Q.o.41.

3 L p ≢ 9

D. D.

ANT. FABRI

I. C. SEBVSIANI,

IN SVPREMO SABAVDIÆ

Senatu Preſidis primarij & Sereniſſimi Sabaudiæ Ducis Conſiliarij ab Intimis,

CONIECTVRARVM

IVRIS CIVILIS LIBRI VIGINTI:

IN QVIBVS DIFFICILES PLERIQVE IVRIS IVSTINIANEI loci, nouis cùm emendationibus, tum interpretationibus explicantur, & vera rectáque Iuris principia ſtabiliuntur.

Cum triplici INDICE *copioſiſſimo*, I. *Principiorum & Concluſionum Iuris, quæ hic proponuntur, explicantur, aut demonſtrantur.* II. *Legum emendatarum aut explicatarum.* III. *Authorum, quorum opiniones recenſentur, vel probantur, aut refelluntur.*

Huic poſtremæ demùm editioni acceſſerunt, quæ hactenùs ab omnibus deſiderabantur, SVMMARIA ſingulis Capitibus præfixa, ad faciliorem eorum, vtpotè prolixorum, deinceps lectionem deducentia.



LVGDVNI,

Sumpt. PHIL. BORDE, LAVR. ARNAVD, ET CLAVD. RIGAVD.

M. DC. LXI.

CVM SVPERIORVM PERMISSV.

AMPLISSIMO, ET CLARISS. VIRO

RENATO LYOBARDO CHATELARDO

IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præſidi Primario.

ANTONIVS FABER S. D.

CVM in omni ſcientiarum & diſciplinarum genere præſtantiſſimis quibuſque viris periculoſum ſemper viſum fuit, vir clariſſime, incerta, ac ſæpius iniqua, de ſcriptis ſuis aliorum iudicia experiri, tùm his maxime temporibus eorum, qui de iure ſcribunt, miſerrima conditio eſſe videtur, quos neceſſe eſt, vel ita ſcribere, vt nihil ſcribant, vel ſi quid de ſuo ſcribunt communem ferè omnium reprehenſionem incurrere. Quanquam enim tanta Iuriſprudentiæ amplitudo & præſtantia eſt, vt nullo quæſtionum aut librorum numero concludi poſſit, veterum tamen interpretum admirabili diligentia, ingeniíque fœcunditate factum eſt, vt niſi quod ipſi prius dixerunt, nihil nuncà nobis dici poſſe videatur. Quòd ſi quid ab iis prætermiſſum reperitur, vel minus rectè obſeruatum (cuiuſmodi plæráque in tam vaſta ſcientia ſupereſſe adhuc credendum eſt) iam frequens multorum vox eſt, ab eorum qui de nobis tam benè meriti ſint traditionibus recedere, & nouas requirere, aut ſequi, nec tutum eſſe, nec honeſtum, vt ſi quis contra audeat, cum impudentem, hæreticum in iure, ſic enim loquuntur, & quod omnium indigniſſimum eſt, nihil niſi Grammaticum eſſe vociferentur. Vnde fit vt docti plerique viri, ſed tamen nimis timidi, & puſilli animi, a ſcribendi ſtudio reuocentur: Alij contrà nimis temerè omnem ſuam operam libris conſcribendis dedant, in quibus nihil ſit, niſi quæ in veterum ſcriptis melius legere poſſimus, ac plerúmque commodius. Illorum certè puſillanimitas, & inhoneſta verecundia excuſari non poteſt, qui rumores, vt dici ſolet, ante ſalutem ponunt. Sed horum præcipuè diligentia reprehendenda eſt, publicis Iuriſprudentiæ ſtudiis longè magis perniciosa, quibus tot librorum millia nocent potius, nec niſi ornandis, aut verius onerandis Typographorum officinis proficiunt. At rectius aliorum iudicium eſt, qui licèt veterum gloriæ neque addi poſſe quicquam, neque detrahi debere exiſtiment, fatentur tamen multa ab illis prætermiſſa eſſe, & ignorata: nec eorum authoritati tantum tribuunt, vt cum ipſis errare malint, quàm ſoli benè ſentire. Huiuſmodi plures noſtra hæc ætas tulit, quorum opera, & diligentia quantam obſcuriſſimis, ac denciſiſſimis iuris noſtri tenebris lucem attulerit, ipſa, ſi loqueretur, Iuriſprudentia teſtaretur. Et iam nemo eſt qui non fateatur, niſi qui aut diſſimulant, aut ingenij imbecillitate, & ſi dicere liceat, obſcuritate impediuntur, ne à tenebris, quibus aſſueti ſunt, reuocari poſſint, lucémque intueri. Fatetur Italia quæ Alciati primi veluti cæterorum parentis matrem, & pàtriam eſſe gloriatur. Fatetur Hiſpania, quæ duorum Antoniorum, Auguſtini, & Goueani, gloriam toto orbe celeberrimam priſcorum laudibus anteponit. Fatetur denique Gallia, quæ Budæi, Duareni, Molinæi, Cuiacij, Hotomanni Petri Fabri, tótque aliorum Iuriſconſultorum ſcriptis doctiſſimis illuſtrata, nunc cæteris totius Europæ prouinciis nobiliorem ſe iactat, quibus anteà veterum in-

terpretum gloriæ longè inferior cedere cogebatur. Ego ſanè, vt iam de me dicere incipiam, ex quo aliquid in Iuriſprudentia ſapere per ætatem licuit, facere non potui, quin, hos præcipuo quodam iure laudarem, mihíque imitandos proponerem: quos videbam ita diligenter, erudité, & ſubtiliter tractare omnia, vt nos demum veram, non rudem, aut adumbratam iuris ſcientiam aſſecutos, ac de libris noſtris omnium optimè meritos eſſe iudicarem. Qua ex opinione cœpi poſteà eorum exemplo ſic eſſe affectus, vt ex alieno iudicio pendente nollem, nec vllius authoritate moueri, niſi eius, qui præter vanam nominis oſtentationem rationis potiſſimùm authoritatem præ ſe ferret. Ita factum eſt, vt nouas plæráſque in iure opiniones, & obſcuriorum locorum interpretationes adinuenerim, à receptis veterum aut recentiorum interpretum ſententiis omnino abhorrentes: ſed à vera: rectáque iuris ratione minùs, meo iudicio, alienas: Quas dum in ſcholis eſſem, ſedulò, & diligenter ſelectas in diuerſa capita diſpoſueram, eo conſilio, & propoſito, vt ſi poſt aliquot annos placerent, quæ tunc probabantur, in publicum exirent; incertámque iudiciorum aleam ſubirent. Sed à ſcholis reuerſus, tuíſque, vir clariſſimè, imperiis foro addictus, vti planè diuerſam prouinciam ingreſſum me vidi, ita de vetere meo conſilio dubitare cœpi, & à ſcribendi ſtudio, quod anteà conceperam, pœnè reuocari. Præuidebam enim fore, vt hos meos libros, in quibus nihil ferè eſſet quod Accurſij, Bartoli, Iaſonis, aliorúmque communibus traditionibus conueniret, ij improbarent, qui nihil niſi Bartolos, & Iaſones loquerentur: quorum in forenſibus diſceptationibus præcipua eſt & ſemper fuit authoritas. Illud verò odioſum, adeóque dignum reprehenſione videbatur, iis me non placere, quibus tantùm tribuerem, quantum mihi non auſim arrogare, & ex quorum de me iudicio ac opinione, mea omnino eſſet metienda exiſtimatio. Cogitabam quàm difficilè ſit, præſertim nouo homini, nouas opiniones inducenti, de iure ſic ſcribere, vt omnibus ſatisfaciat, & vanitatis notam fugiat aut temeritatis. Quæ mihi eò magis pertimeſcenda erat, quòd ego nec ingenio excellens nec longi temporis ſtudio in hac iuris diſciplina exercitatus, necdum quatuor & viginti annos natus (ſit hæc non induſtriæ meæ laus, ſed errorum potiùs meorum excuſatio) videbam exprobaturos mihi plæróſque, quòd præmaturè de iure ſcriberem, nimiúque confiſenter magnum aliquid aſſecutum me crederem in ea ſcientia, qua vix vlli hactenus contingit vel vnam paginam ſic ſcribere, vt non aliquid in ea ab aliis deſiderari & varij errores, vt alia aliorum iudicia ſunt, pro cuiuſque arbitrio notari poſſint. Neque tamen vinci, & perſuaderi potui vt à ſcribendi inſtituto diſcederem, vel horum librorum editionem in nonum vſque annum, quod vulgare multorum conſilium eſt, dimitterem. Quin potiùs his ipſis rationibus in priore mea ſententia magis confirmatus, facturum rectiùs me putaui, ſi in hac ætate, quæ ſola errorum meorum, & imprudentiæ veniam facilius impetrabit, ac priuſquam forenſium occupationum mole obruerer, hos ſtudiorum meorum & ſcholaſticarum lucubrationum primos fructus integro iam anno domi ſeruatos publicè exhiberem, tanti ab omnibus æſtimandos, quanti bono & docto cuique viro, nec iniquo alienorum laborum æſtimatori videbitur. Non enim tantùm mihi tribuo, vt opiniones meas omnibus probari poſſe vel debere confidam: quas ideò *Coniecturarum* nomine donatas volui, vt ex eo omnes intelligerent non eſſe mihi eas iuris Sententias aut Axiomata, ſed Coniecturas, neque ita improbabiles, quin defendi meo iudicio facilè poſſint, neque tamen ita neceſſarias, quin poſſint etiam refelli ab iis qui feliciori ingenio, & maiore eruditione præditi, in ſcriptis meis facient, quod in alienis videbunt, nec diſſimulo, me feciſſe, à quibus illud vnum dari mihi poſtulo, vt rationibus duntaxat, non interpretum, licèt approbatiſſimorum, & celeberrimorum, authoritatibus moueantur: Sic fiet vt quid verum, quidve falſum ſit melius appareat, libentiúſque mutem ſententiam à qua me veritatis cognitio reuocabit. Erit verò mihi iucundiſſimum, cæteris longè vtiliſſimum; tot legum à nemine hactenus, vt arbitror, intellectarum veras interpretationes ab iis diſcere, quas ſi hic meus conatus extorquere poterit, ſatis deſiderio meo factum putabo, nihilque præterea ad laudem deeſſe mihi arbitrabor. Sed earum præcipuè legum exceptiones intelligere cupio, quarum his libris emendationes proponuntur, recentioribus quidem & venuſtioribus horum temporum interpretibus familiares, iis verò, quibus veteres tantùm placent, prorſus odioſæ, & moleſtæ: quorum frequens illud in more verbum eſt, Non ſolere emendari leges niſi ab iis, qui in legibus nihil intelligunt. Quod tamen quàm ridiculè & falsò ab iis dicatur, teſtes ſunt doctiſſimi omnes ætatis noſtræ Iureconſulti, qui in corruptiſſimis pleriſque iuris locis emendandis tantam diligentiam bono publico præſtiterunt, quantam iis interpretandis operam veteres perdiderunt. Multi enim librariorum inſcitia, multi imperitorum interpretum audacia ſic deprauati ſunt,

vt

vt qui in recepta lectione defendenda pertinax eſſe velit, ei omnimo neceſſe ſit abſurdam & fatuam aliquam interpretationem comminiſci. Quales innumeras in Accurſij gloſſis, & veterum commentariis cernimus· a librorum quibus vtebantur corruptione vt credibile eſt, potius quàm à tantorum virorum ignorantia profectas, dum in iis corrigendis ad ſuperſtitionem vſque religioſi eſſent, & quod homine indigniſſimum puto, nuda verborum figura magis quàm ratione ducerentur. At quoniam in emendationibus recipiendis magna cautio adhibenda eſt, vt non niſi quam parciſſimè fieri poteſt, admittantur, quòd non minus reprehendendæ ſunt, quæ otioſæ, quàm approbandæ eæ, quæ ad legum ſententiam aſſequendam neceſſariæ videntur, placuit emendationibus meis aliquot alienarum reprehenſiones ſubiungere, & receptam lectionem aduerſus recentiorum opiniones defendere, vt in libris meis aliquid eſſet, quo lectorum omnium animi, diuerſáque iudicia oblectarentur. In quo, aliis fortaſſe ſatisfeci · mihi, vt dicam liberè, non ſatisfeci, cui ſanè moleſtiſſimum fuit ingenioſum agere in operibus alienis: & eorum maximè quorum elegantiam, ſubtilitatem, & diligentiam laudare longè iucundius fuiſſet, quàm authoritatem, quæ iam apud omnes tanta eſt quanta eſſe debet, impugnare, & errores (ſi errores ſunt, quos eſſe puto) refellere. Sed quia tam diligenter illi in iure verſati ſunt vt nihil intactum reliquerint, ac fere in omnibus vel cum ipſis vel contra ipſos ſentiendum ſit, facilè omnes factum noſtrum excuſabunt, qui ſolius veritatis amore ducti cogitabunt melius inquiri eam non poſſe, quàm omnium opinionum de ea re de qua quæritur recenſitione, & earum quæ non probantur refutatione. Sic Labeonem, Iulianum, Papinianum, tres maximos ac primos Iuriſprudentiæ noſtræ Duces à Iaboleno, Marcello, & Paulo plæriſque locis rectè notatos legimus, quamuis horum longè minor, quam illorum authoritas, & eruditio haberetur. Nempe, docta omnia non ſunt, quæ à doctiſſimis viris proficiſcuntur: nec humanæ imbecillitatis conditio patitur adeò perfectè quem ſcribere, vt nihil prætermittat, & nunquam à veritate aberret. Illud duntaxat proſpiciendum eſt diligenter, ne in alienis opinionibus refellendis immodeſtè quid dicatur, & reprehendendi ſtudio potius quàm diſcendæ aut inueſtigandæ veritatis. Quod ego in his libris quantum potui maximè curaui: eámque ob cauſam ex pluribus quæ cumulare nolui, ea duntaxat ſelegi, licèt non omnia, quæ ab aliis omnibus, quorum ſcripta legere licuit, & libuit, (quis enim omnium legere aut poſſit, velit?) prætermiſſa vel ignorata exiſtimaui. Quale verò cumque eſt, quod feci, totum id tibi vni, vir clariſſimè, optimo iure debitum, iámque inde a multis annis dicatum, nunc libens offero, & præſto. Serius profecto, quàm oportuerat, ſi debiti diem, tótque obligationum, quibus me obſtrictum tenes, vim, & conditionem ſpectes: ſed tamen ſat citò ſi ingenij mei imbecillitatem, operis difficultatem, forenſium occupationum, quibus me à ſcholis redeuntem deditum voluſti, impedimenta cogitabis. Quæ ſi aut nulla, aut minora fuiſſent, perfectiora nunc haberes, quæ præſto rudia penè, & impolita. Nec tamen diutius iis poliendis cunctari volui, non ſolùm vt citiùs, ac oportuniùs tibi de noua iſta dignitate gratularentur, quæ iamdiu quidem virtutibus tuis debita, nunc verò ſumma totius populi expectatione, & admirabili doctiſſimorum, optimorúmque omnium gratulatione honorificentiſſimè oblata, ac decreta eſt: ſed etiam ne magnam tuam de ſtudiis meis ſpem, longiore quàm par ſit mora, & fruſtratione deciperem, indéque fieret vt temporis vſuræ, cæterarumque acceſſionum additamentis debiti mei, quod vix iam poſſim exſoluere, quantitas, ſolutioníſque difficultas augeretur. Quanquam enim te non durum aut moleſtum creditorem eſſe expertus ſcio, verendum tamen mihi fuit, quod prouidi debitores ſolent, ne ſi humanitate & facilitate tua, liberiùs abuterer, nullum poſthac ad menſam tuam aditum haberem, de qua tam ſæpe egenti mihi pecunias numeraſti. Tua, vir clariſſime, infinita erga me merita intelligo, quorum frequentia, & magnitudine à primis ſtudiorum meorum temporibus tibi deuinctum me voluiſti, vt ſi quid ex induſtria, & diligentia mea acquiri potuit, tanquam ex peculio meo profectitio quæſitum, patriæ poteſtatis iure vindicare poſſis. Me enim non vt eum, qui tibi natura, & ſanguine coniunctus ſit, ſemper dilexiſti (quod ad gloriam, virtutiſque ſtudium ſufficere mihi poterat) ſed vt filium amaſti, & patre meo vita functo, quo tempore conſilio, & auxilio maiore opus fuit, ne ab inſtituto, vixque tunc inchoato ſtudiorum meorum curſu reuocaret, tanta me voluntate, ac officiis omnibus vltrò proſecutus es, vt facilè intellexerim viuo te non deeſſe mihi patrem, qui me meáque omnia diligenter curet, humaniter foueat, ſtudioſè amplectatur. Inter cætera verò, quæ à te profecta ſunt innumera in me beneficia, illud vnum tacere tunc non poſſum, quòd mihi ad hæc Iuriſprudentiæ ſtudia accedenti, magiſtrum dediſti D. Ioan. Antonium Manutium, ciuilis diſciplinæ in Taurinenſi Academia profeſſorem celeberrimum, & ingenij acumine, orationis eloquen-

tia, doctrinæ præſtantia antiquis ipſisiuris authoribus comparandum, Cuius ſoſius, vt iuſſeras, auſpiciis, & præceptis, tantùm profeciſſe me glorior, quantum vix in alterius ſchola proficere poſſet is, qui me ingenio, & diligentia longè ſuperaret. Quod tu ex his fructuum meorum primitiis intelliges, ſi quid fortè in iis erit, quod oculis, & auribus tuis dignum arbitreris. Etſi autem verendum potius mihi eſt, ne tibi eximia præ cæteris, præſtantique eruditione, prædito leuia hæc, & penè puerilia videantur: attamen non deſpero, quin pro ſingulari erga me humanitate, & beneuolentia iis, qualiacunque ſint, authoritatem tuam accommodaturus ſis, omnia probaturus, & aduerſus eorum, quorum nec reprehenſionem curo, nec iudicium requiro, obtrectationes, & calumnias, ſi quæ emergent, defenſurus. Id ſi à te impetrauero, faciam alacriter, vt quicquid mihi poſthac à forenſi exercitatione otij dabitur, ad ſcribendi ſtudium conferam, nihilque prætermittam eorum omnium, quæ ad illuſtrandam Iuriſprudentiam, tuámque de me opinionem ſuſtinendam pertinere exiſtimabo. Bene vale, vir clariſſime, & reipublicæ mihique diu fœlix viue.

AD AMICVM LECTOREM EX MARTIALI.

Svnt bona ſunt quædam mediocria, ſunt mala plura,
Quæ legis hic: aliter non fit, amice, liber.

INDEX

INDEX

CAPITVM XX. LIB.

CONIECTVRARVM.

PRIOR NVMERVS CAPVT, POSTERIOR verò paginam huius editionis demonſtrat.

LIBRI PRIMI.

EXplicatur l.qui Romæ 122.in princ.ff. de verb.oblig. 1.1

Emendatur l.5.ff.de impenſ. reb. dot. fact. & explicatur l.ſi is qui.56. §.quod dicitur de iur.dot. 2.2

Defenditur,& explicatur vulgata lectio l. Mæuio.41.§.1. de leg.2. 3.3

Explicatur l.26.C.de iur.dotium. leg.26.ff.depoſiti.l.37. § codicillis.de leg.3. 4.4

Additur negatio in l.cum reus.14.ff.de fideiuſſor. 5.5

Defenditur reſponſum Scæuolæ in l.prædia.27.§.liberto.de inſt.leg. 6.5

Ex eodem titulo explicatur l.Seia 20.& alia nonnulla. 7.6

Noua emendatio l.7. §.ſi vir.ſolut. matr. & explicatio l. vlt.de fund.dot. 8.7

Defenditur,& explicatur recepta lectio l.interdum.14.ff. de in rem verſo. 9.9

Conciliatio l.ventre.84.de acq.hær. cum l.ſi filius.19 ff.de liber.& poſth. 10.10

Emendatur Claudij notain l.generali 32.§.1.de vſufruct. leg. 11.11

Explicatur l.1.C.de hær.tutor.& l.2.Cod.de magiſtr.conuent. 12.13

Interpretatio noua l.fructus.7.§.Papinianus.ff.ſolut matrim. 13.14

Reſtituitur vetus lectio duobus Pandectarum locis. 14.16

Malè ab omnibus explicatam, & à nonnullis emendatam l.ex aſſe.52 ff.ad leg.Falc. 15.17

Superſtitibus liberis dotem profectitiam ad patrem non reuerti,iure vetere,aut nouo. 16.18

Addendum eſſe negationem in l.hæres.21.§.quòd ſi hic ſeruus ff.de fideiuſſor. 17.21

Diſſenſio Vlpiani à Paulo,in quæſtione §.ſi à furioſo. l.2. ff.pro emptor. 18.21

An generalis ſententia ſit leg.filio præterito 17.ff.de iniuſt. rupt.& irrit.teſtam. 19.22

Emendatur l.1.ff.de ſeru.ruſt.præd. 20.23

LIBRI SECVNDI.

DE differentia bonæ fidei poſſeſſoris,& malæ fidei poſſeſſoris, cum de ſumptuum in alienam rem factorum repetitione quæritur. 1.25

Explicatur & emendatur l.paterfamilias.28. de reb. auctor.iud.poſſ.aliàs l.13.de priuil.cred. 2.27

Recta ſententia,& vetus lectio l.ſi dictum. 56. ff.de euict. 3.28

An perfecta emptione & locatione periculum omne ad emptorem,& conductorem pertineat. 4.29

Emendatur l.& hæc diſtinctio.35.ff.locat. 5.30

Ad l.fructus.33.& l.pen ff.de rei vin. 6.31

Diſſenſiſſe Iureconſultos in quæſtione l.cum quis 38.qui hominem.ff de ſolut. 7.32

Emendatio leg.Papinianus.23.ff. de donat. vir. & vxor. 8.33

An ſocius ſocio de damno infecto cauere compellatur. 9.34

Conciliatio l.28.ff.de iur.fiſc.cum l.vlt ff.qui pot.in pigno. habeant. 10.36

Emendatur l ſi quis.17.§.ſi impubes,ff.de inſtit.act. 11.37

Quæ actio competat aduerſus fideiuſſorem, qui promiſſum hominem ante promiſſoris moram occidit. 12.38

Explicatio l.ſi extraneus 33.de iur.dotium.& leg Neſennius.41.de re iud. 13.39

Emendatio l.ſicut 21.de re iud. 14.40

De quæſtione & ſententia l.ſi Stichum.16. de verb. oblig. & l.qui decem 72.§.Stichum ff de ſolut.& liber. 15.41

Ad §.vlt.l.4 ff.de cond.inſt. & ratione introducendæ cautionis Mucianæ. 16.43

Emendatur l.qui de creditore.11.in fine.ff.de damn. infec. 17.44

Interdicta quædam eſſe duplicia, tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſionis. 18.45

Emendatur l.Lucius. 32.ff.de don. 19.46

In l.tranſigere.18. Cod. de tranſact. verba illa, Excepto adulterio,addita eſſe ab imperito interprete. 20.47

LIBRI TERTII.

DE natura Prætoriarum cautionalium ſtipulationum. 1.49

Valde corruptam eſſe l.in hoc 14.ff.com.diuid. 2.51

Nouationem iure Digeſtorum quibuſdam caſibus non aliter fieri,quàm ſi id ſpecialiter expreſſum ſit. 3.52

Hærede poſt aditam hæreditatem reſtituto in integrum, ſubſtitutioni locum fieri. 4.54

Emendatio l.inter cauſas.26.§.ſed cum ſeruus.ff.man. 5.56

Ad l propter.C.de adulter 6.57

Ad §.Cato l.4.de verb.oblig.noua coniectura. 7.57

Emendatio §.vlt.l.4.de verbor.oblig & l.prætor.20. §.hoc autem interdictum.de oper.noui nunc. 8.59

Ad l.lex Cornelia.28.ff.de vulg. & l.pater.10.ff.de ca. & poſtl. 9.60

Iuliani,& Papiniani ab Africano diſſenſio. 10.62

Emendatio l.pen.ff.de iur.codicill. 11.63

Malè à nonnullis emendatum, & ab aliis explicatum §. donationis l.cum pater.de leg.2. 12.64

Ad l.ſi hæres.110.ff.de legat. 13.65

Emendatio noua §.quoniam l.cum tabulis.ff.de his quæ vt indign. 14.66

In l.filius.28.ff.de liber.& poſthum.in princ.pro inſtitui. legendum eſſe ſubſtitui. 15.68

Ad

Ad l.item veniunt.20.§.ait Senatus.ff.de pet.hered. 16.69
Explicantur omnes leges tituli. C. de inoff.don. Et Nouell. 92. 17.69
Deeſſe negationem in l.pen.§.1.ff.de adm.leg. 18.72
Emendatur l.cum quis.38.§.1.ff.de ſolut. 19.73
Emendatur l.vlt.ff. de pact.dot. & l.intereſt.6.C. de vſufruct. 20.74

LIBRI QVARTI.

Condictionem ex cauſa furtiua & rerum amotarum dari in ſolidum contra heredem. 1.75
Abundare negationem in l.2.ff.de crim.ſtellion. 2.79
Diſſenſio Caſſij & Iauoleni in quæſtione l.ſi ſeruus 25.ff.de ſtipulat.ſeruor.& leg.4.de diuerſ. tempor.præſcription. 3.80
Vera ſententia & lectio l.imperium 3.ff.de iuriſd. 4.81
Emendatur §.pen.l.3.ff.de minor. 5.82
Ad l.ſi fundus 23.ff.ad leg.Falcid. 6.83
De ordinariis & extraordinariis iudiciis. Et emendatio l. actio 47.ff.de neg geſt. 7.84
Emendatur l.vbi purè 19.§.1.ad S.C.Trebell. & l.ſi quis iniuriam 35.ff.de iniur. 8.86
Malè à nonnullis emendatum eſſe §.ſi pater.l.ſi cùm dotem 22.ff.ſolut.matr.& quomodo probabilius emendari poſſit oſtenditur. 9.87
Ad l.Pomponius 9.ff.de neg.geſt. 10.89
Emendatio §.qui dotale.l.cum pater 77.de leg.2. 11.90
Ad l.verbis 4.ff.ad leg.falcid.& l.ſi creditori 28.de leg.1. 12.91
Ad §.id quod ex ſubſtitutione l.1.ff.ad l.falc. 13.93
Ad l.2.& 3.ff.ad S.C.Trebel. 14.95
Emendatio §.vlt.l.1.de leg.3. 15.97
Emendatur §.tandiu.l.qui bona 23.ff.de acquir. rer. dom. 16.98
De fructibus à bonæ fidei poſſeſſore perceptis & emendatio l.fructus 45.ff.de vſur. 17.99
Explicatur l.ſi quis reum 5.ff.de liberat.leg. 18.101
Vera lectio & ſententia l.ſi quis 51.§.1.ff.de re iudic. 19.102
Nihil emendandum eſſe in l.ſub conditione 16.ff.de condi. indeb.& explicatio l.Iulianus 60.ff.eo. 20.104

LIBRI QVINTI.

Explicatio §.vlt.l.vlt.de leg.3. 1.105
Emendatio l.legauit 25.ff.de liberat.leg. 2.106
Veram eſſe receptam lectionem l.penult.ff.de conſt. pecun. 3.108
Explicatur l.cùm ſocietas 4.ff.pro ſocio. 4.109
Additur negatio in l.3.ff.de inſtruct. & inſtrum. legat. 5.110
De ſententia & emendatione §.vltim. leg. ſi mulier 59.de iur.dot. 6.111
Ad §.ex aſſe. d.l.ſi mulier. 7.ibid.
Emendatio l.Neratius 11.ff.de ſeruo corrupt. 8.112
Ad l.res quæ 54 ff.de iur.dot.& alias. 9.113
Explicatio l.ſi ex precio 6.C.ſi cert.pet. 10.114
Emendatio §.vlt.l.cùm eſſent 33.ff.de ſeruor.vrb.præd. 11.116
Nihil à Pandectarum Compoſitoribus immutatum eſſe in l.ante tabulas 5.ff.de iur.codic. 12.117
De quæſtione l.ſi duo 16.ff.de leg.præſtand. 13.118
Emendatio l.cui res 29.de act.empt. 14.120
Explicatio l.cùm bona 16.ff.de reb.auth.iud.poſſid.vel vendend. 15.121
Ad §.ſed cùm emptor.l.à Diuo Pio 15.ff.de re ind. 16.122
Variæ emendationes. 17.123
Aliæ emendationes. 18.124
Indicantur Triboniani additiones quibuſdam Digeſtorum locis. 19.126
De ſententia & emendatione l. item quod Sabinus 17. §. vlt.& l.ex facto 19.ff.de hær. inſtit. 20.127

LIBRI SEXTI.

De legatis ex vetere & nouo iure, ſingularia quædam necdum ab interpretibus rectè explicata. 1.129
Ad §.ſi quis ex mortis l.1.ff.quod legat. 2.134
Deprauatiſſimum eſſe textum §.tametſi. l.in ratione 30.ff. ad leg.falc.& quomodo emendandus ſit. 3.ibid.
Emendatio, l.in quartam 91. & explicatio l. Titia 86.ff. ad leg.fal. 4.138
Ad l.filium 24.C.fam.erciſc. 5.141
Emendatio l.ob hæc verba 20.ff. de his qui notant. infam. & in l.fundum 20.ff.de euict. 6.142
De purgatione moræ. 7.143
Triboniani error in §.ſi cui fundus Inſt de leg. 8.146
Ad l.1.ff.de rer.permut. 9.147
Ad l.vlt.ff.de cond.cauſ.dat. 10.150
De ſententia §.ſi ſub conditione. l.facta 63.ff.ad S.C.Trebell. & obſeruata Triboniani additio in l. ſi cui 31.§. vl.eod. 11.151
Ad l.4.§.1.ff.de ſtatulib. 12.153
Emendatio l.2.ff.qui potior.in pign.hab. 13.154
Emendatio §.vlt.l.2.ff.de ſuis & leg. 14.155
Ad l.Micinius 61.ff.de rei vin. 15.157
Emendatio l. etſi non adſcripta 9. Cod. de fideicom.libert. 16.158
Venditoris rem tradere volentis dolus quomodo æſtimetur. 16.160
Emendatur §.quis cùm eſſet.l.cùm poſt mortem 43. de admin.& pericul. 18.162
Emendatur & explicatur perdifficilis Papiniani ratio in l.cum tabulis 16.in prin.ff.de his quæ vt indig. 19.163
Emendatio l.ſi conuenerit 4.ff.de pact.dot. 20.165

LIBRI SEPTIMI.

Interpretatio l.3.in pr.ff.de vſur. 1.169
Emendatio §.in his quoque eiuſdem legis. 2.171
De fructibus & vſuris legatorum ac fideicommiſſorum. 3.172
Interpretatio l.Herennius 42. aliàs l.fructibus ff.de vſuris. 4.173
Emendatio l ſanè 11 ff de iure dotium. 5.175
Duobus locis corruptum eſſe textum l. quod autem ff. de don.int.vir.& vxor. 6.ibid.
De differentia filijfamilias & ſerui in fideicommiſſariæ hæreditatis reſtitutione. 7.177
Ad l.ſi cum de in rem verſo 6.ff.de vſur.& l.1.Cod.de fideicomm. 8.178
Vera nouáque interpretatio d.l. cùm de in rem verſo, & l. litibus 20.C.de agr.& cenſit.lib.11.tit.47. 179
De bonorum vacantium vſucapione aduerſus fiſcum. Ad l.quamuis 18.ff.de vſuc. 10.181
Filiumfamilias iure veteri fuiſſe acquiſitionis capacem. 11.182
Ad l.Pomponius Philadelphus 35.ff.fam.erciſc. 12.184
Ad l.ſi vir 3.ff.pro donato, & l.nunquam 31.ff.de vſucap. 13.185
Ad l.ſi vnquam 8.Cod.de reuoc.don.l.cùm auus 102.ff.de con.& demonſt. 14.186
Ratio & ſententia d.l. ſi vnquam, & l.tale pactum 40. §. vlt.ff.de pact. 15.188
Malè ab omnib. intellectam & à nonnullis emendatam l. debitor 59.ff.ad SC.Treb & ad l.3 ff.de Separ. 16.189
Vera emendatio & interpretatio dict.leg. debitor 59.ff.ad Treb. 17.192
Ad l.1.C.de luit.pign.& l.pen.§.1.ff.de excep.rei iud. 18.194

Emendatio

Emendatio l. ſi pignore 22. §. ſi prædo ff. de pigneratitia actione. 19.195

Vera lectio & interpretatio l. poſt contractum 15. ff. de donat. 20.ibid.

Libri Octavi.

De ſententia & emendatione l. ſi Titius 48. ff. de fideiuſſ. 1.199

Ad prima & poſtrema verba eiuſdem legis. 2.201

Quibus caſibus reſtitutio minoris proſit fideiuſſori, & ad l. Exceptiones 7. in fin. ff. de except. 3.202

De emendatione §. quod vulgò l. Stichum aut Pamphilum 95 ff. de ſol. 4.204

De varia lectione & interpretatione l. Marcellus 25. ff. de fideiuſſor. 5.206

Vera interpretatio & emendatio d l. Marcellus. 6.208

Indicatur & reprehenditur Triboniani additio in l. 3. §. vlt. ff. de cond. cauſ. dat. 7.210

Alia Triboniani additio in l. Dominus teſtamento 53. ff. de cond. ind. 8.211.

Eiuſdem Triboniani alia & apertior nota in l. ſi ego 9. §. 1. ff. de iur. dot. 9.212

Emendatio l. vlt. ff. eod. tit. de iur. dot. 10.213

Ad l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pig. & ad Nou. 97. de æqual. dot. §. his conſequens. 11.215

Ad §. quia vero Nou. 97. de æqual. dot. 12.217

Mulieris priuilegium vt creditoribus etiam anterioribus præferatur non tranſire in liberos. 13.118

Emendatio §. 1. l. hinc quæritur 19. ff. de pecul. 14.221

Cur non ſicut venditio ita pignus nominis debitoris ipſo iure valeat. 15.223

Cur conuentio de pignore nominis per prætorem defendatur. 16.224

Quæ ſit differentia inter pignus nominis conuentionale & iudiciale. 17.226

Triboniani nota ad Pomponium in l. quamuis ff. de pigno. act. 18.227

Emendatio l. filiusfamilias 16. ff. qui teſta. facer. 19.228

Recta emendatio l. ſi primo 8. ff. de liber. & poſt. 20.229

Libri Noni.

De poſthumi hæredis inſtitutione, ad formulam Galli Aquilij & primum caput legis Velleæ. 1.231

Ex quo iure deſcendat poſthumorum ſuorum & alienorum inſtitutio & ad §. vlt. l. Titius 25. ff. de lib. & poſt. 2.234

Ad § ſi quid tantum l Gallus ff. de lib. & poſth. 3.236

Quam corruptus ſit contextus eiuſdem legis in §. quod ſi qui filium, & quam malè à nonnullis emendatus, ac quomodo emendari debeat. 4.237

Emendatio & interpretatio l. ſi pater filium 26. ff. de vulg. & pup ſubſt. & l. poſthum. 24. ff. de lib. & poſth. 5.240

Ad §. ſi eius l. Gallus. 6.243

De ſententia l. ſi quis filio 6. §. ſed ſi pater ff. de iniuſt. rupt. 7.247

Emendatio § ſiue autem eiuſdem legis & interpretatio l. ſi ſtatuliberа 6. in pr. & §. 1. ff. de ſtatul. 8.248

Vera lectio & interpretatio §. forſitan l. Gallus ff. de lib. & poſt. 9.252

Ad §. in omnibus l. Gallus. 10.255

Cur ad inſtitutionem Aquiliani nepotis non fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis. 11.260

Ad §. quidam rectè l. Gallus. 12.262

Ad §. idem credendum eiuſdem legis. 13.265

Noua interpretatio l. filio præterito 17. C. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſta. 14.267

Explicatio l. poſthumus 12. ff. de iniuſt. rupt. & irr. fac. teſt. & ad l. 3. C. de inoff. teſt. 15.272

Ad verſ. idem & circa eiuſdem legis. 16.273

Ad §. nunc de lege l. Gallus ff. de lib. & poſt. 17.277

Quid noui inductum ſit ſecundo capite legis Velleæ. 18.278

Cur fuerit neceſſarium ſecundum caput legis Velleæ. 19.281

Exhæredatione non perimi ius ſuitatis ad l. 1. §. ſi pater in poteſtate de coniun. cum eman. lib. & ad l. qui in alien. 6. §. interdum ff. de acq. hær. 20.284

Libri Decimi.

Cur non fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis, ad impediendum ne ſuccedendo nepos Velleanus rumperet. 1.287

Ad §. ſequenti parte l. Gallus. 2.288

Ad §. videndum eiuſdem legis. 3.290.

An ſubſtitutum pupillaris lege Cornelia confirmetur ad l. pater 10. in pr. ff. de cap. & poſtlim. 4.294

Iuliani à Scæuola & Papiniani ab vtroque in eandem quæſtionem diſſenſio ad §. vlt. d. l. pater ff. de cap. & poſtlim. 5.296

Ad l. quod ſi filius 21. eo. tit. 6.298

Alia Scæuola à Papiniano diſſenſio in quæſtione §. vlt. d. l. quod ſi filius & emendatio l. ſi pater captus 29. ff. de vul. & pup. ſubſt. 7.301

Si viuo patre filiusfamilias captus ſit ab hoſtib. cur legi Corneliæ locus non ſit & emendatio l. 2. §. ſi quis vndè legit. 8.305

De poſthumo Corneliano ad l. qui vxorem 15. ff. de iniuſt. rupt. & irr. fact. teſt. 9.307

An Cornelianus poſthumus Vellejanus dici poſſit. 10.309

Conciliatio l. qui vxorem 15. ff. de iniuſt. rupt. & irr. fac. teſt. cum l. poſthumus ff eo. 11.312

Interpretatio & emendatio §. filium l. ſi quis poſthumo ff. de lib. & poſt. & ad l. ſcripto 7. ff. vnde lib. 12.313

Ad §. ille caſus l. Gallus. 13.317

Ad §. vlt. l. Gallus. 14.318

De differentia filij & nepotis in quæſt. §. & quid ſi tamē l. Gallus & ad l. verum 8. §. 1. ff. de iniuſt. rup. 15.319

Explicatio & emendatio l. qui duos 3. de coniug. cum emancip. liber. 16.322

Ad l. vlt. eiuſdem Tituli. 17.325

Explicatur elegans Papiniani locus in l. qui ex liberis 2. §. ſi teſtamento ff. de bon. poſſ. ſec. tab. 18.326

Inſignis Triboniani error in §. non tamen Inſtit. quib. mod. teſt. infir. 19.329

Aliud Triboniani facinus in §. ſi factum l. conficiuntur 8. ff. de iur. codic. 20.331

Libri Vndecimi.

Ex pluribus correis debendi non ſemper pro fideiuſſore habendum eum ad quem pecunia non peruenerit. 1.334

Correos debendi nunquam vice mutua fideiuſſiſſe videri, niſi cum id nominatim actum eſt. 2.337

Explicatur ſubobſcurus necdum intellectus Venuleij locus in l ſi ex duobus 12. §. 1. ff. de duobus reis. 3.340

Quid noui induxerit Iuſtiniani conſtitutio nou. 99.343

Abrogatum à Iuſtiniano Papiniani reſponſum quod extat in § duo rei l. inter eos 51. de fideiuſſ. & malè à nonnullis emendatum §. vlt. ſi plures 17. eo. 5.345

Correo debendi qui totum ſoluit mandati actionem aduerſus correum non competere ad l. 1. alias 2. C. de duob. reis & emendatio l qui fide 56 ff. mand. 6.146

Actionem negotiorum geſtorum aduerſus correum non competere correo, qui totum ſoluit: nec rurſum de in rem verſo, Ad l. nam & Seruius 21. & l. ex facto 30. ff. de neg. geſt. & l. ſi pro patre 10. §. vlt. de in rem verſo 7.347

Neque communi diuidundo actionem correo aduerſus correum dandam eſſe, neque condictionem ex l. ſi & me & Titium 32. de reb. cre. 8.351

Correo qui totum ſoluit actionem aduerſus correum ex in-

ternallo

*interuallo cedi non poſſe. ad l. Modeſt. 76. ff. de ſolut. l. 1. C. de cont. iud tutel. l. cum alter. 2. C. de fideiuſſ. l. vt fideiuſſor 39. ff. eo. & emendatio l. cum is 36. eo. 9.352

Emendatio & explicatio leg. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mandato de ſolut. leg. ſi minorit 25. de adminiſt. tutor. l. ſi res obligata 57. de legat. 1. l. cum pupillus 21. de tutel. & rat. diſtr. 10.355

Ad § nunc tractemus l. 1. de tutel. & ratio diſtrab. 11.357

Correo qui totum ſoluit non competere vtilem actione mandati aduerſus correum, & obſeruata Triboniani manus in l. alterius 20. in pr. D. de tutel. & ration. diſtrah. 12.359

Cogendum eſſe creditorem ei ex correis qui totum ſoluit actione ſua aduerſus alium cedere ſi ante ſolutionem aut in ipſo actu ſolutionis ceſſio petatur. 13.367

Si correo nulla actione cedere creditor poſſit an cedendarum actionum exceptione repellatur, & an pro parte, an in ſolidum fieri vllo caſu ceſſio debeat. 14. ibid.

Non magis fideiuſſori quàm correo competere exceptionem cedendarum actionum. Ad l. ſi ſtipulatus 15. §. 1. de fideiuſſ. & de differentia correorum, fideiuſſorum & mandatorum 15.369

Quantum interſit an correi debendi aut ſtipulandi ſocij ſint necne Ad l. in l. 2. D. ad leg. falc. 16.372

Nullam prorſus actionem correo debendi qui totum ſoluit competere aduerſus correum non ſocium. Et obſeruata imperiti interpretis aut Triboniani manus in l. 1. quæ alias 2. C. de duobus reis. 17.374

An pactum vnius ex correis credendi aut debendi proſit noceatve alteri. Et de emendatione l. ſi vnus 27. D. de pact. & l ſi duo. 5. D. de recep qui arbit. 18.375

De correis teſtamento factis, itémque de ſententia & emendatione l. eandem 9 l. ſi id quod is in fi. de duob. reis. & veterum iuris authorum obſeruata diſſenſio. 19.377

Omiſſam exceptionem cedendarum actionum non magis quàm exceptionem ordinis aut diuiſionis locum facere conditioni: & de differentia correorum, fideiuſſorum & mandatorum. Ad emendatio l. 2. C. de fideiuſſ. tutor. l. pen. ff. eo. l. vlt. C. de conſtit. pecun. 20.378

LIBRI DVODECIMI.

DIuiſio debiti an & quando ex partis petitione inducatur, & obſeruata Triboniani additio in l. inter. eos 51. §. 1. de fideiuſſ. 1.380

An confeſſio pactúmue cedentis noceat ceſſionario ad l. 1. C. de oblig. & actio. & l. cum maritus 29. §. vlt. D. de pact. dotal. 2.382

Solutionem factam cedenti etiam poſtquam debitor ceſſionem reſciuit, dummodo non ab ipſo ceſſionario, prodeſſe indiſtinctè debitori ne à ceſſionario conueniri poſſit. 3.383

An & quibus caſibus etiam poſt ceſſionem agere cedens poſſit, aut exceptione repellendus ſit? Et emendatio §. vlt. l. 27. D. de procurat. 4.384

Reprobantur alia noſtrorum diſtinctiones & interpretationes ad § ſi heres ſcriptus l. facta 63. D. ad SC. Treb. & ad §. quod ſi is l. 4. de dol. mal. excep. 5.387

Interpretatio noua & vera l. 3. C. de donat. 6.388

Ceſſi nominis periculum an ad cedentem ſpectet, an ad ceſſionarium, ad §. ſoror l. pupill. 96. D. de ſolut. 7.390

In quo diſpar ſit conditio mariti cui dotis cauſa nomen ceſſum eſt, & alterius cuiuſlibet ceſſionarij ad §. ſi à debitore l. promittendo 41. D. de iur. dot. 8.391

An exceptio compenſationis, aut alia quæ obſtaret cedenti obſtet ceſſionario. 9.393

An in cauſa reconuentionis cogatur ceſſionarius cedentem defendere. Emendata l. ſi quis in rem 34. & explicata l. pater 70. de procur. 10.394

Exceptio quæ obſtabat deleganti an & quando obſtet ei cui facta eſt delegatio. & emendatio §. apud Iulianum l. 4. D de dol. excep. 11.397

Anaſtaſij conſtitutionem in l. per diuerſas 22. C. mandat. non pertinere ad indubitatas obligationes, & quænam illa ſint. 12.398

Emendatio l. ſi a te 9. D. de except. rei iudicat. 13.400

Explicatio §. 1. d. l. ſi à te 9. de except. rei iudic. 14.402

Emendatio §. item Iulianus l. ſi mater cod. tit. de except. rei iudic. & l. 3. C. de dot. promiſſ. 15.404

Tribonianiſmi quidam. 16.405

Alij Triboniſmi. 17.408

Emendatio §. qui ſeruum. l. huiuſmodi 84. de leg. 1. 18.412

Defenditur recepta lectio l. 3. & emendatur l. 4. D. de regul. Caton. 19.413

Refutatur alius noſtrorum error in tractatu de reg. Caton. & indicatur inſigne Triboniani facinus in §. quando autem. l. 3. D. de iur. fiſc. 20.416

LIBRI DECIMITERTII.

REtractata quæſtio, An dos profectitia ſoluto matrimonio reuertatur ad patrem ſuperſtitibus liberis & an in huiuſmodi dote filiafamilias aut emancipata habuerit olim habeatve hodie heredem. 1.418

Ad l. vlt. vt legat. nomi. cau. & ad l. illam 19. C. de collat. 2.421.

Ad l. ſi cum dotem 22. in pr. ff. ſolut. matr. & ad §. cum inter l. inter 26. ff. de pact. dot. 3.422

An in dote per patrem donata aut aduentitia potuerit filiafamilias heredem habere. 4.424

Male à recentioribus emendatum §. 1. l. 2. ff. ſol. matri. & ad l. Caius 41. eod. 5.425

Filiofamilias de dote etiam aduentitia ſine conſenſu & authoritate patris agere nullomodo poſſe. 6.427

Ad Auth quod locum C. de collation. 7.428

Ad l Babius 30. ff. de pact. dot. 8.429

Explicata l poſt dotem 40 ff ſol. matr. & in quo derogatum ſit iuri veteri cum quæritur an in dote ſiue profectitia ſiue aduentitia heredem habere filiafamilias aut emancipata poſſit. 9.430

Defunctis ex præmortua muliere liberis vtrum profectitia dos ad auum paternum an ad patrem reuertatur 10.431

An dos data filiis imputanda ſit præmortua filia in legitimam nepotis. 11.432

Dotem quæ ab auo per filiam ad nepotem peruenit profectitiam cenſeri debere non aduentitiam. 12.435

Quid ſi filia quæ dotem accepit ſucceſſioni paternæ aut legitimæ cum iureiurando renunciauerit, & de aliis noſtrorum in propoſita quæſtione diſtinctionibus. 13.436

An quoties vltimo ex heredibus aut legatariis aut fideicommiſſariis decedenti ſubſtitutio ſit, inducatur inter eos reciproca. 14.437

Si nouiſſimo ex pluribus impuberibus decedenti ſubſtitutio facta ſit, nunquam tacitam reciprocam induci neque pupillarem neque fideicommiſſariam. 15.441

Quid ſi vltimo decedenti ſubſtitutus quis ſit per fideicommiſſum ad §. Se a libertus l. Titia teſtamento 87. ff. de legat. 2. 16.443

Quibus caſibus videatur ſubſtitutio facta ab vltimo decedente cum id expreſſum non eſt. 17.445

Interpretatio §. cum ita l. heredes mei 57. ff. ad S.C. Trebe. 18.446

Ad l. pen. C. de impub. & aliis ſubſt. 19.448

De differentia pupillaris & fideicommiſſariæ ſubſtitutionis, & quid ſi poſt mortem pluribus relictum ſit fideicommiſſum. 20.450

LIBRI DECIMIQVARTI.

EXplicata & emandata l. Pannonius Auitus 86. ff. de acquir hered. 1.454

De verbis fideicommiſſorum ad §. vlt. l. vnum ex familia ff de legat. 2. 2.458

Inconſulta Triboniani nota in l. Pamphilo 39. in pr. ff. de legat. 3. 3.460

Ad l. vlt. ff. de ſeruis export. 4.462

Alia

Alia Tribomani nota in §.1.l.Pamphilo 39.ff. de legat.3. 5.464

Prohibita alienatione extra familiam, non eſſe prohibitam extranei heredis inſtitutionem & emendatus §. quindecim l.pater 58.ff.de leg.3. 6.465

Ad §.fundum.& §.Iulius Agrippa l.pater.38.ff. de leg.3. & ad §.pradium l.qui ſolidum 78.ff.de leg.2. 7.468

De ſententia & emendatione § libertus l.cum pater 77.ff. de leg.2. 8.470

Ad § fratre l.peto 69.ff.de leg.2. 9.472

Explicatio & emendatio §.ſed etſi fundum l. vnum ex familia 69.ff.de leg.2. 10.473

An prohibitus alienare, & iuſſus fundum in familia relinquere, poſſit extraneum heredem habere ab inteſtato ad §.pen.l.pen.ff.de leg.2. 11.479

Ad §.cum inter l.cum pater 77 ff.de leg.2.& ad §. Iulius Agrippa l.pater 38.ff.de leg.3. 12.480

Prohibitum vendere extra familiam non videri prohibitum donare. 13.482

An fideicommiſſum reciprocum, quod ex iuxta alienationis prohibitione inducitur ſit ſemper conditionale an etiam aliquando purum. 14.483

Prohibitus extra familiam alienare an poſt denunciationem alienare impune poſſit. 15.485

Explicatio §.filiam l.pater 38 ff.de leg.3. 16.ibid.

Ad l hac edictali.C.de ſec.nupt. 17.482

An doli exceptio bona fidei iudicium faciat quod prius fuit ſtricti iuris Ad l. Seia 42.ff. de mort. cauſ. donat. 18. 484

De replicationibus doli, quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe exiſtimantur ad l.3.C.de excepe. 19.486

Cur teſtamentum non valeat ſine heredis inſtitutione, nec inſtitutio ſine aditione. 20.487

LIBRI DECIMIQVINTI.

DE iudiciis bonæ fidei, ſtrictis & arbitrariis generalia quædam, nec minus tamen ſingularia. 1.489

Actiones arbitrarias, ex ſtrictis fieri nunquam poſſe. Et obſeruata Triboniani manus in l. quod Epheſi 4.§.1.ff. de eo quod certo loco. 2.492

Non ſicut loci ita temporis ratione induci arbitrariam. 3. 494

Obſeruata Triboniani adnotatio in l.promiſſor 21.§.1.ff.de conſt.pecun. 4.497

Alia quædam obſeruata & emendata in eo. tit. ff. de conſt. pec.& ad l.ſi heres 73 ff.ad SC.Treb. 5.499

De differentiis inter conditionalem legatarium & creditorem conditionalem. 6.503

Vera ratio differentiarum de quibus proximè dictum eſt. 7.505

Piſſimè à compoſitoribus corruptum Caij reſponſum in §. ſi reo l.9.ſi à reo 70.ff.de fideiuſſ. 8.500

Ad l.vlt.C.de inſt.& ſubſt. 9.512

Ad l.precibus 8.C.de impub.& aliis ſubſt. 10.516

De breuiloqua vt vocant & reciproca ſubſtitutione ad l. in teſtamento 4.C.de teſt.milit. 11.519

Subſtitutionem directam ſiue à pagano ſiue à milite factam in caſum agnita hereditatis nunquam cenſeri fideicommiſſariam. Ad l. verbis 7.& l. centurio 15.ff. de vulg. ſubſtit. 12.521

Tribus locis corruptam eſſe l.precibus.C. de impub. & aliis ſubſt. ac quomodo emendanda ſit. Et ad l.Papinianus 43.ff.ad SC.Treb. 13.526

Explicata l.Scæuola 76.ff.ad SC.Trebell.l.4. Cod. de cod. l.ſi fundum 92.§.vltim ff. de legat.1. & alia pleraque de iure codicillorum tam ex teſtamento quam ab inteſtato. 14.530

Melius quàm antehac explicata Seueri & Antonini conſtitutio, de qua in §.non tantum.Inſt.de cod. 5.535

Emendatio l.2.§.codicillorum.ff.de iur.cod. & ad l. generalitèr 30.§.ſi quis ſeruo.ff.de fideic.libert. 16.539

Emendatio & explicatio l.4.ff.de manum teſta. 17.541

Emendatio l. vxorem 29.ff.eo.tit. de manu.teſt.l. quidam 25.§.ſi quis filium. ff.ad CS. Treb. & explicatio l.cum ex falſis 47.ff.de man.teſta. 18.543

Emendatio l.4.ff.de vulg ſubſt.l. Lucius 40.ff.de teſta.milit.& explicatio l.quamuis.C.de impub.& aliis ſubſtit. 19.547

Emendatio l. ſi quis heres 35.§.1. l.ſi ſolis 80.§. item ſi ſeruus.& l.toties 81.ff.de acq.here. 20.550

LIBRI DECIMISEXTI.

DIfferre iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris cùm quæritur de ineunda rei debita æſtimatione. 1.553

In quo eluceat differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris cùm de æſtimanda re debita tractatur. 2.556

Vera interpretatio l.3.§. in hac ff.commod. l. vinum.22.ff. de reb.cred.l.vlt ff.de cond.trit. 3.558

Ad l.pen.ff.de cond.trit. 4.561

An rei debitæ æſtimatio poſſit creſcere poſt condemnationem, aut poſtquam perempta relict. 5.566

De differentia moræ per lapſum diei & eius quæ per interpellationem ſiue iudicialem ſiue extraiudicialem contrahitur in ineunda rei debita æſtimatione. 6.568

Ad l.hominem 37.ff.mand.continuata tractatio. 7.572

Emendatio l.quoties.59. ff. de verb. obl. & de differentia diei & conditionis. 8.575

De differentia mandati & aliorum bonæ fidei contractuum in debita re æſtimanda. Ad primam partem l. hominem 37.ff.mand. 9.577

De emendatione & ſententia l.cùm quis 23. ff. de oblig. & act. 10.579

De æſtimatione rerum furtiuarum & amotarum 11. 580

Diſſenſio Iureconſultorum in quæſtione l.ei qui 9 ff.de furt. & obſeruata in ea lege Triboniani manus, & in l. iuſiurandum 34.§.non ſemper.ff.de iureiur. 12.583

De Iureiurando quod interpretes appellant veritatis. 13. 585

De nouatione quæ fit ex iudicato. 14.588

In actione hypothecaria nunquam iurari in litem. 15.591

Ad l.ſi inter 21.§.vlt.ff.de pignor.& l.2.quib. mod. pign. 16.594

Obſeruata Triboniani manus in l.qui reſtituere 68. ff. de rei vind.& in l.4.§.iurare.& in l.5.ff.de in lit.iur. 17. 596

In actionibus arbitrariis De eo quod metus cauſa, & De dolo in litem nunquam iurari. 18.600

Triboniani eſſe totum §.quatenus.l. item ſi cum 14.ff.quod met. cauſ.& de illius ſententia ac emendatione. 19. 602

In interdictis nunquam in litem iurari poſſe. 20.609

LIBRI DECIMISEPTIMI.

EXplicatio l.1.C. de inoff. teſt.l.2.Cod. de pet.har.l.filium 20.§.ſed quemadmodum ff. de bon.poſſeſſ. contra tabul. 1.612

Emendatio l. ſi heredem 10. Cod.eo.tit. de inoff. teſtam. 2. 615

Emendatio l.Statius Florus 48.ff.de iur. fiſc. 3.616

Emendatio l.2.C.de tranſact. 4.619

Emendatio l.hac ſcriptura 26.ff.de cond.& demonſt. 5.620

Corruptum fuiſſe à Triboniano reſponſum Marciani in l.filiusfamilias.114.§.apud Marcellum.de leg.1. 6.622

Emendatur §.ſi centum l.Imperat.70.de leg.2. 7.624

Emendatio l.1.C.de ord.iud. 8.626

Explicatur & emendatur l.tutor decedens 26.ff. de liber. legat. 9.628

Indicatur Tribonianiſmus in l.1.eod.tit.de lib.leg. 10.631

Alij Tribonianiſmi tres in l.ſi quis reum.5.eod.tit.de liber legat. 11.633

De ſententia & emendatione l. ſi mandatu 59. §. creditor ff.mandat. 12.636

Refutatur Accurſij diſtinctio circa debitoris pupillaris liberationem. 13.637

Emendatio §. vſumfructum. l. Stichum aut Pamphilum 95.ff.de ſolut. 14.639
Deprauatam eſſe à Triboniano ſententiam l.ſeruus decem. 68.eod.tit.de ſolut. 15.644
Emendatur l.ſi alterius 10.D.de hered.inſt. 16.647
De ſententia & vera lectione l.pen.D.de coll.dot. 17.649
Ad l.generaliter 6.in princ.C.de inſt.& ſubſtit. 18.653
Interpretatio l.Lucius 85.ff.de hered.inſti. 19.658
Ad §.ex facto l.ex facto 17.ff.ad SC. Treb. 20.662

LIBRI DECIMIOCTAVI.

INſignis Triboniani error in interpretanda Marcelli ad Iulianum nota in l.quamuis. 8.§. ſi mulier. ff. ad SC.Velleian. 1.664
Indicantur aliæ Triboniani additiones in l.ſed etſi lege 25. §.adeo.ff.de petit.hered. 2.667
Alia Triboniani additio in ead.l.ſed etſi lege. §. quod autem quis. 3.670
Ad l.filiusfam.114.§.diui.11.de legat.1. 4.674
Ad l.poſt mortem.12.C.de fideic. 5.676
Ad l.mulier quæ in duobus 22. in princ.ff.ad SC. Trebell. 6.679
Ad §.vtrum autem l.apud Iulianum 11. ff. eod. tit. Ad S.C.Trebell. 7.683
Ad verſ.vltim. d.l.apud Iulianum & ad l. ille à quo 13. in pr.eod.tit. 8.687
Ad l.ſed cum ab hærede 12.ff.eod.tit. 9.691
Emendatio & explicatio. §. ſi ego hæres l.cogi 16. ff.eod. tit.ad SC.Trebell. 10.694
Duo Tribonianiſmi ad Paulum in l.qui ita 66. §.1. & §. vlt.eod.tit. 11.697
Ad §.tempeſtiuum eſt.l.ille à quo 15.ff.eod.tit.ad SC. Trebel. 12.699
Ad §.vlt.l.facta 63.eod.tit. l. ſi non lex 83.§.1.ff. de hered.inſt.l.tractabatur 14.ff.de teſtam. milit. 13.701
Ad l.ſi Titio & Meuio 61.de legat 2.d.l.1.§.vlt.de leg.3.l. 2.§.vlt.ff.de ſuis & legit.l.4.C.ad SC.Treb. 14.706
Emendatio l.pater meus 29.§. vlt. de legat.2. & retracta quæſtio l.1.§.quod ex ſubſtitutione. & §.ſi coheredis.ad leg.Falcid. 15.711
Emendatio l.1.§.pen.ff.de his quæ in teſta.delent. 16.714
Explicatur tit.de his quæ in teſt.del. 17.716
Ad §.vlt. l. ſi quis ſeruum 8. & ad l.cum autem 9.ff.de leg.2. 18.721
Quænam actio detur fideicommiſſario pro conſequendo debito per hæredis aditionem confuſo,ad §.ſi ex Trebelliano l.ita tamen 27.ff.ad SC.Treb. 19.727
Ad l.fideiuſſ.29.§.pen.& §.hoc idem.ff.mand. & l.eum de indebito.25.ff.de probat. 20.732

LIBRI DECIMINONI.

EXplicatio l.1.C.de donat.ante nuptias. 1.734
Explicatio l.2. C.de dot.caut.non numer. eiúſque conciliatio cum l.1.C.de don.ante nupt. 2.736
De fictione breuis manus, & ficta traditione circa ſpeciem l.1. C. de donat. ante nupt. & l.2.C.de dot.caut. numer. 3.739
Triboniani manus in l. Diui fratres 27. ff. de liber. cauſ. 3.741
De nunciatione noui operis pro ſeruitute ad l.qui viam 14. ff.de ope.noui nunciat.& l.vnica de remiſſ. 5.743
De oppigneratione ſeruitutum. 6.745
De differentia ſeruitutum vrbanarum & ruſticarum:item conſtitutarum & conſtituendarum, ſi de ipſarum oppigneratione quæratur. 7.747
De oppigneratione vſusfr.vſus,& habitationis. & ad l.1. ff.de vſuf.legat.8. 8.749
De vſucapione & longa quaſi poſſeſſione ſeruitutum. 9.750
De differentiis vſucapionis,& præſcriptionis longi temporis,maximè in acquirenda ſeruitute:& ad l.ſi quis diuturn.10.ff.ſi ſeruit.vindicet. 10.752
Ad l.3.§.ductus aquæ ff.de aqua quotid.& æſtiua. ..754
Ad l.ſi quis emptionis 8.C.de præſcript.30. vel 40. annorum obſeruatus Triboniani error. 12.756
De ſeruitutibus quæ in ſuperficie conſiſtere dicuntur. Item de iis quæ ſuperficiario conſtituuntur ab herede pendente conditione legali. 13.757
Explicatio l.nam ſatis 6.§.1.quemad.ſer.amit. 14.758
De differentiis vrbanorum & ruſticorum prædiorum,itemque ſeruitutum vrbanarum & ruſticarum, & de variis ſeruitutibus. 15.760
Interpretatio l.vlt. D.commun.præd.l.vſusfr.26.D.de ſtipul.ſeruorum. 16.763
Retractata quæſtio, An coniunctis perſonis non in poteſtate conſtitutis acquiri poſſit aliqua actio ex alterius ſtipulatione. 17.766
De fideicommiſſo quod quis à depoſitario aut alio debitore ſuo reliquerit. Ad l.Publia.26.ff.depoſit.& l.ſi pecunia 77.de leg.1. 18.767
Obſeruata Triboniani manus in l. Caius 45. ff. ſol.matr.l. quodcunque.§.ſi quis ita,de ver.obl.l.pater.7.C.de pact. conuent. 19.769
Quid Iuſtinianus ſignificare voluerit iis verbis, & aliis quibuſdam modis,in §.omnium.Inſtit.de act.& de præiudicialibus actionibus,& interdictis. 20.771

LIBRI VIGESIMI.

INterpretatio l. Areſcuſa 15. ff. de ſtatu hominum. 1.774
Quando inſpiciendum ſit tempus quo conditio impletur quando tempus quo ſit impleta, & ad l.vlt.ff.de conſt. inſt.l.idem erit.16.de ſtat.hom. 2.777
Emendatio d.l.Areſcuſa.15.ff.de ſtat.homin. 3.779
De ſententia & emendatione l. ſi fuerit 10. §. planè.ff. de rebus dub. 4.780
De reconuentione. 5.782
Quid noui à Iuſtiniano inductum ſit in reconuentionibus 6.784
De ſententia l.qui non cogitur 22. D.de iud.l.nulli.10.C. eodem,& de laico clericum reconueniente coram iudice. laico,vel contra. 7.785
In actionibus in rem nunquam eſſe locum reconuentioni. 8.786
De actionibus in rem ſingularia quædam. 9.789
Nullas eſſe actiones mixtas in rem, & in perſonam, & emendatio.§.quædam actiones.Inſt.de act. 10.791
De diſtractione dominiorum bonitarij & Quiritiarij,directi & vtilis. 11.793
De ſeruitutibus per aditionem confuſis à legatario vel fideicommiſſario reſtituendis ad l.Papinianus 38. alias l.in omnibus ff.de ſeruit.& l.ſi & 9. ff.comm.præd.12. 796
De confeſſoria & negotiatoria actione: & de differentia vindicationis ſeruitutem & rerum corporalium ad §. æquè verſ.ſanè.Inſt.de act. 13.798
Emendati varij loci in tit. D. quæ in fraud. creditorum. 14.800
Ad l.vlt.§.vlt.eod.tit.quæ in fraud.cred.& ad l.vlt.C.eo. 15.803
Actionem Paulianam neque pignoratitiis creditoribus dari,neque in rem eſſe. 16.804
De pignore rei alienæ.l.1.in princip.ff de pig. & confirmata Pauli à Modeſtino diſſenſio. 17.805
Ad tit.de oper.libert.varia obſeruata & emendata,& ad tit.Quarum rerum actio non detur. 18.808
De operarum editione, æſtimatione,& indictione. 19.813
ad l.frater à fratre 38.ff.de condict.indeb. 20.816

ANTONII

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI,

SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS *Conſiliarij ab intimis, & in ſupremo Sabaudiæ Senatu Præſidis Primarij.*

CONIECTVRARVM LIBER I.

Explicatur l. qui Romæ 122. in princip. D. de verb. oblig.

CAPVT I.

SVMMARIA.

1 *Duplex legis* qui Romæ,*interpretatio à Doctoribus allata reyciitur.*
2 *Duplex eiuſdem legis lectio.*
3 *Noua eius interpretatio.*
4 *Quomodo differat qui in certam diem debet, ab eo qui in incertum diem.*
5 *Plus præſtare eum quàm debet, qui ante diem ſoluit.*
6 *Quis ſit effectus obligationum ex quibus quid præſtari certo loco debet?*
7 *Explicatur* §.cùm ita l.continuus, ff.de V.O.
8 *Ratio dubitandi* in d.l.qui Romæ.
6 *Quanam vſuræ per oblationem congruo loco & tempore factam impediantur.*

1 LEGIS † *qui Romæ*, in principio, *de verborum obligat.* duplex interpretatio
afferri ſolet: vetus vna,& communi ferè
omnium interpretum conſenſu recepta,
vt incongruò loco, & tempore, facta
oblatio debitori non proſit: noua altera,
vt debitor, qui diuiſis penſionibus ex conuentione pecu-
niam debebat, ſi integram eam primo menſe offerat, li-
cet incongruo loco, & tempore, ſibi tamen præiudicet,
vt præſenti die quantitas ab eo integra peti poſſit. Sed
quemadmodum prior interpretatio ridicula eſt,quia, ſiue
de principali, ſiue de vſurarum obligatione quæratur,
obligationem incongruo loco,& tempore, factam debi-
tori non prodeſſe tam apertú eſt,vt probabile non ſit de
eo conſultum Scæuolam fuiſſe: Ita poſteriorem admittē-
dam non eſſe ex eo intelligimus, quòd iniquiſſimum eſſet
oblationem incongruo loco, & tempore factam debitori
nocere: qui ſummam integram non ſimpliciter obtulit,
ſed cum ea adiectione, & conditione, vt quod creditori
vſurarum nomine prorogauerat, in debitum cōputaretur.
Vnde Scæuola quærit, An cùm oblatum ſit integrum de-
bitum, computatis ſcilicet vſuris iā prorogatis,nihilomi-
nus creditor integrā ſummā ſua die petere poſſit,ſine vlla
vſurarum iam prorogatarum computatione. At neque
huic poſteriori interpretationi conuenire poterit, quod
lex ait, poſſe ſtipulatorem ſua die ibi vbi ſoluendam ſti-
pulatus eſt, integram quantitatem petere. † Siue enim 2
Florentinam lectionē ſequamur, & ſolutionem per men-
ſes tres diuiſam fuiſſe dicamus, non poteſt verum eſſe,
ſua die integram pecuniam peti antequam dies omnes
venerint. *l. ſi neceſſarias.* 8.§.*ſi annua.D. de pign. act.* Siue
poſt tres menſes; vt vulgo legitur, & legendum eſſe pro-
babilius eſt, ſolutionem fieri debuiſſe exiſtimemus, aper-
tiſſima eſt Scæuolæ ſententia, non niſi poſt tres menſes
integram quantitatem peti poſſe. † Alia igitur interpre- 3
tatio quærenda eſt,& illud primum intelligendum, quod
neſcio an quiſquam adhuc animaduertit, oblationem in
ea ſpecie congruo loco, & tēpore, factam fuiſſe. Ac con-
gruo quidem tempore, quoniam inuito creditori ante
diem ſolui poteſt.*l. quod quis* 50.*D. de oblig. & actio.l.ſti-
pulatio iſta.* 38.§. *ſi inter.l. continuus* 137.§. *cùm ita. D.de
verb. oblig.l.quod certa* 70. *D. de ſolut.* quibus omnibus in
locis quod dicitur ante diem ſolui poſſe, haud dubiè ſic
intelligi debet, vt & inuito creditore poſſit. † Nam in *d.* 4
§. *inter.* differentiam Vlpianus conſtituit inter certam, &
incertam diem, quod is qui in certam diem debet, toto
medio tempore liberam ſoluendi poteſtatem habet. Qui
verò in incertam,ita demum videtur præſtare quod pro-
miſit,ſi poſt diei euentum ſoluere paratus ſit. At differen-
tia nulla erit, niſi ſic Vlpianus intelligatur, vt qui in diem
certam promiſit, ſtatim creditori inuito ſoluere poſſit:
cùm & qui in diem incertam promiſit, ſi confeſtim ſol-
uat creditore conſentiente, vtique liberetur. Et in *d.* §.
cùm ita. eleganter Venuleius diſtinguit inter ſolutionem,
& petitionem, vt obligatione in diem concepta ſolui an-
te diem poſſit, peti verò non poſſit. Atqui volente debi-
tore etiam ante diem peti nihil vetat. Ergo ita hoc ex-
plicandum eſt,vt quamuis ab inuito debitore ante diem
peti non poſſit, inuito tamen creditori ante diem ſolui
poſſit† Quidni verò cùm is qui ante diem ſoluit,plus præ- 5
ſtet, quàm debeat,*l. Iauolenus.* 15.*in ſi D. de ann legat.*quia
diei adiectio eſt pro reo, non pro ſtipulatore. *L. cum qui*
41.§.*vlt. D.de verb. oblig.l. intra* 7. *D. de re iudicat.* Vnde
etiam illud eſt quod Paulus reſpondit in *l. qui res.* 98.

§. *mihi decem. D. de ſolut.* cũ, qui mihi Calendis Februariis
dare promiſit, ſi eadem Titio ſolutionis gratia adiecto
Calendis Ianuariis promittat, ei rectè ſoluere: quia cùm
in diem ſit mea quoque obligatio, etiã mihi, inquit, ſol-
ui poteſt ante Calendas Februarias. Mihi ſcilicet, inuito,
vt recta ratio ſit, & conueniens ei de quo Paulus quærit,
An promiſſor qui Titio Calendis Ianuariis inuito me
ſoluit liberetur. Congruo quoque loco factam eſſe obla-
tionem in ſpecie *l. qui Romæ.* Illud probat, quod quamuis
debitor pecuniam Romæ obtuliſſe proponatur quam in
longinqua prouincia poſt mẽſes tres daturũ ſe ſpopon-
derat, poſt paucos tamen dies eam obtulit, vt lex ait, hoc
eſt, vt ego interpretor, priuſquã in longinquam illã pro-
uinciã perueniri poſſet. Ex quo apparet factam eſſe obla-
tionem eo tempore quo pecunia certo loco debita eſſe
6 dici nondum poterat, † cùm huiuſmodi obligationibus
ex quibus præſtari quid certo loco debet, tacitè inſit tẽ-
pus intra quod ad eum locũ perueniri poſſit *dict. l. cùm
ita §. ſi ita quis. D. de verb. obligat.* Cuius rei effectus ille
eſt, vt toto eo tẽpore quo tacitè ineſt inuito creditori ſol-
ui poſſit vbique, vt Venuleius ait in *d. §. cùm ita.* quamuis
poſt id tempus, hoc eſt cum iam certo loco deberi inci-
pit, alibi inuito ſtipulatore ſolui non poſſit. *l. pen. de eo
7 quod cert. loc.* † Sic enim accipi debet quod ſcriptum eſt
in *d. §. cùm ita vel quia vbique poteſt ſoluere*, vt vbique
inuito creditori ſolui poſſit, licet *Accurſius* & cæteri
paſſim aliter interpretentur. Ille verò eius loci ſenſus
eſt, promiſſorem qui cùm Romæ eſſet, Epheſi daturum
ſe promiſit, tranſacto tempore intrà quod Epheſum per-
ueniri potuit, ex ſtipulatione teneri, quòd per eum ſtete-
rit, quominus obligationi ſatisfactum ſit, nõ ſolùm quia
Epheſi per alium dare, ſed etiam quia ipſe vbique ſoluere
potuit, eo ſcilicet tẽpore ante quod Epheſum perueniri
potuit: neque enim ante id tempus Epheſi potiùs quàm
vllo alio loco debitum fuiſſe dici poteſt. Ergo in pro-
poſita ſpecie *l. qui Romæ.* oblationem congruo loco, &
8 tempore factam fatendũ eſt: † eamque perelegantem du-
bitandi rationem eſſe, quam his verbis Scæuola notat,
*cùm in integram ſummam qua ſtipulatione obligatus erat,
obtulerit.* Propter quam videbatur oblationem congruo
loco, & tempore, factam debitori prodeſſe debere. Sed
aliud Scæuolæ iudiciũ eſt, vt perinde ac ſi facta non eſſet,
creditor poſſit integram ſummam non computatis vſu-
ris prius iam prærogatis, ſua die, & loco deſtinato, exi-
gere: Ratione illa, vt videtur, quod huiuſmodi vſuræ
non propter moram, ſed ex conuentione prorogatæ ſunt,
indéque fit vt minus offerat debitor qui pecuniam ſibi
creditam offert detracta ea ſumma quam creditori ſuo
9 vſurarum nomine prorogauerat. † Generaliter igitur diſ-
finiri poteſt oblationem congruo loco, & tempore, fa-
ctam impedire quidem moram, & vſurarum ex mora
debitarum exactionem, aut retentionem. *l. Seia 12. D. de
vſur. l. lecta 41. D. de reb. cred.* ſed non earum, quæ ex
conuentione debentur. Neque enim ſine maxima credi-
torum iniuria aliter conſtitui poſſet, quos, ſine fœnore
non credituros, lucro vſurarum conuentarum fraudari
non oportet. Fraudarentur verò, ſi debitoribus, pecuniæ
creditæ qua diu fortè vſi eſſent, ad dictam diem, aut ante
diem ſine vſuris reſtituendæ poteſtas eſſet.

CAPVT II.

Emendatur l. 5. D. de impenſ. in reb. dotal. fact. & explicatur l. ſi is qui 56. §. quod dicitur. de iure dot.

SVMMARIA.

1 *Quo ſenſu neceſſaria impenſa dotem ipſo iure minuere dicantur.*
2 *Vtiles impenſæ dotis repetitionem non morantur.*
3 *Caſus quo fundus in dotem datus propter impenſas neceſſarias, dotalis eſſe deſinit.*
4 *Ratio cur impenſæ neceſſariæ quæ totius fundi æſtimationem exæquant, efficiant vt totus dotalis eſſe deſinat, ſi verò partem tantum, ne pro ea quidem parte dotalis eſſe deſinat.*
5 *Neceſſaria impenſa quæ dicatur?*
6 *Quo ſenſu Vlpianus dicat* impenſas neceſſarias dotem minuere.
7 *Emendatur* l. 5. ff. de impenſ. in res dot. fact.

QVod † vulgò dici ſolet impenſas neceſſarias ipſo 1
iure dotem minuere, *l. dote 61. de ritu nupt. l. 1. §. 1.
l. pen. de impenſ. in reb. dot. fact. l. 2. de dot. præleg.* Paulus in
l. ſi is qui Stichũ 56. §. 2. de iur. dot. ita interpretatur, vt tamẽ
non efficiant res dotales aliqua ex parte deſinere eſſe
dotales: quod ipſum ſic accipiendum eſt, vt fundus in
dotem datus tanquam pro impenſis neceſſariis ſolutus
& velut compenſationis iure marito non acquiratur:
(eum namque mulieri impenſas offerenti reſtituendum
eſſe certiſſimum eſt:) cæterùm impenſæ neceſſariæ ha-
ctenus efficient fundum deſinere eſſe dotalem, vt quandiu
earum nomine marito ſatisfactum non erit, fundus ab
eo repeti non poſſit. *§. antepen. Inſtitut. de act. l. 5. de im-
penſ. in reb. dotal. fact.* † In quo neceſſariæ ab vtilibus 2
differunt, quæ ſiue volente, ſiue ignorante aut inuita mu-
liere factæ ſint, nunquam eiuſmodi ſunt, quæ dotis repe-
titionem impedire aut remorari poſſint: ſed ſiquidem
ſine mulieris voluntate factæ ſunt, exactionem duntaxat
habent: ſi verò muliere volente deduci tantum poſſunt,
id eſt per exceptionem pignoris quodammodo nomine
retineri, *l. voluptuaria 7. cum l. ſequen. de impenſ. in reb.
dotal. fact. l. 7. §. vltim. D. ſolu. matrim. l. impenſa 79. de verb.
ſignificat.* At longe aliud eſt impenſis neceſſariis ipſo iure
dotem minui: aliud verò pignoris nomine dotem retineri
ob impenſas vtiles quas mulierem, cuius voluntate factæ
ſút, præſtare æquũ eſt. *l. dote. 5. D. de dot. præleg.* Nã & hodie
poſt Iuſtiniani Conſtitutionem in *l. vnica. §. ſed nec ob
impenſas. C. de rei vxor. action.* dubitandum non eſt dotis
propter impenſas neceſſarias retentionẽ ſupereſſe: quam
tamen propter vtiles licet mulieris voluntate factas, pe-
nitus ſublatam eſſe certiſſimum eſt. Neque enim voluit
Iuſtinianus aut ex iuris ratione velle potuit, vt dos im-
penſis neceſſariis imminuta, ante earum reſtitutionem
peti poſſit: ſed id tantum conſtituit, vt cùm peti dos po-
teſt, quod contingit, vtilibus impenſis in eam quodam-
modo factis, nulla ei pignoris nomine retentio obiici
poſſit, ſed omnimodo dos reſtituatur, tum impenſæ vti-
les mandati vel negotiorum geſtorum actione repetan-
tur. † Quod autem diximus impenſas neceſſarias non 3
efficere vt fundus in dotem datus omnino deſinat eſſe
dotalis, exceptionem vnam habet: niſi in eum tantum
impenſum ſit per partes quanti ipſe fundus eſt: quo caſu
Scæuola dicebat fundum omnino deſinere eſſe dotalem,
niſi mulier ſponte marito intra annum impenſas obtule-
rit, vt Paulus refert in *dict. §. 2. l. 50. de iure dot.* Intra annũ
igitur fundum dotalem remanere Scæuola putabat ea ra-
tione, quòd ſi dotalis eſſe deſineret, alienari poſſet: alie-
natus autem poſtea data pecunia rurſus dotalis fieri non
poſſet. Sed Paulus contrà putat, ſtatim deſinere eſſe dota-
lem: neque tamen interim, id eſt intra annum mulieri ad
offerendas impenſas, datum alienari poſſe, quoniam etſi
dotalis non ſit, in eo tamen eſt, vt muliere impenſas re-
ſtituente in cauſam dotis teneri poſſit: neque verò no-
uum eſt, vt etiam eius fundi, qui dotalis non eſt, alienatio
lege Iulia inhibeatur: ſufficit enim, mulieri actionem de
dote competere poſſe, licet interea non competat, *l. 3. D.
de fund. dotal.* † At difficilius ſciri poteſt cur impenſæ ne- 4
ceſſariæ, quæ integram totius fundi æſtimationẽ æquant,
efficiant vt totus deſinat eſſe dotalis: ſi verò partem dun-
taxat æquent, ne pro ea quidẽ parte dotalis eſſe deſinat.
Niſi fortè ita conſtitutum dicamus, quòd cùm impenſa
tanti eſt, quanti totus fundus, videatur dici poſſe fun-
dum

dum deſinere eſſe dotalem ſine iniuria mulieris, cuius
reuera nihil intereſt fundum illum habere, quem niſi
prius oblata integra æſtimatione habere non poſſit:
quanquam illius affectioni hactenus indulgetur, vt ſi
fundum habere vel potius redimere malit, maritus æſti-
mationem intra annum accipere compellatur. At cùm
pro parte duntaxat æſtimationis fundi impenſa facta eſt,
ſemper mulieris intereſt partem illam potius habere,
quàm eius æſtimationem, vel eo ſaltem nomine, quòd
alia pars ei ſupereſt quam ab alia diuiſam habere nolit:
neque enim inuita, aut ignorans ad communionem com-
pellenda eſt, *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum. de condict.
indeb.* Eleganter verò Paulus, *ſed ſit tantum in fundum*
5 *dotalem impenſum ſit per partes, &c.* † Cùm enim neceſſa-
ria impenſa ea ſit, qua non facta dos imminuitur. *leg. im-
penſ. in rebus dot. fact. l. 79. de verborum ſignificat.* apparet
neceſſariam dici non poſſe eam quam integram totius
dotis æſtimationem abſumit: quanquam facilè contin-
gere poteſt vt eadem impenſa neceſſaria ſæpius facta
dotem exæquet, atque ideò ſuperet. Quod cum Ioannes
& Accurſius non animaduerterent, dixerunt Paulum
exempli gratia ſcripſiſſe *per partes*, neque dubitandum
quin idem dicendum ſit & ſi vnica impenſa dotis æſti-
mationem æquauerit, quod tam eſt ridiculum, quàm cæ-
tera fere omnia, quæ de iſta quæſtione apud Accurſ. le-
guntur, in cuius gloſſis omnia ſunt ita inuoluta & in-
certa, vt ex iis vix aliud quicquam intelligere poſſimus,
quàm nihil eum intellexiſſe. Putat enim impenſas ne-
ceſſarias efficere, vt quaſi pignoris nomine retineri dos
poſſit, quod diſerte negat *l. 5. de dot. præleg.* tum Pauli &
Scæuolæ eandem ſententiam eſſe vult, vt fundus in quem
tantum impenſum eſt quanti ipſe fundus eſt, remaneat
quodammodo dotalis, cùm tamen Paulus dicat magis
eſſe *vt in cauſam dotis reuertatur*: quibus verbis Scæuolæ
6 ſententiam manifeſſimè corrigit. † Eandem quæſtionem
Vlpianus tractat in *l. 5. de impenſ. in reb. dotal. fact.* quid
ſit quod dici ſolet impenſas neceſſarias ipſo iure dotem
minuere. Id autem ita interpretatur, vt efficiant fundum
deſinere eſſe dotalem, id eſt, quemadmodum ſupra inter-
pretati ſumus, vt quandiu earum nomine marito ſatisfa-
ctum non erit, fundus ab eo repeti non poſſit, non autem
vt ipſe fundus aut ſingula corpora dotalia ipſo iure di-
minuatur. *leg. 1. §. 1. de dot. præleg.* Rationem verò ſubiicit,
quod abſurdum eſſet diminutionem corporis fieri pro-
pter pecuniam. Cuius ſententiæ vis illa eſt, vt pro im-
penſis neceſſariis nullam corporum dotalium partem
retinere inuita muliere maritus poſſit, quaſi ex iis ipſis
ſibi ſoluerit quod pro eis impendit: & ex diuerſo vt ipſa
mulier nullam fundi partẽ petere poſſit, niſi prius obla-
tis impenſis in totum fundum factis, licet earum longè
minor ſit quàm totius fundi æſtimatio. Quibus conſe-
quenter ſcribit, *Vbi ergo admittimus, adminutionem dotis
ipſo iure fieri vbi non ſunt corpora, ſed pecunia*, &c. Hic
verò ingenuè fateor me non intelligere quid ſibi Vlpia-
nus velit, hoc eſt quid illud ſit de quo quærit, multóque
minus quid reſpondeat. Cùm enim proximè dixerit,
corporibus in dotem datis, impenſas neceſſarias ipſo iure
dotem non corpora minuere, cur quærit vbinam admit-
tamus diminutionem dotis ipſo iure fieri? Rurſus quòd
reſpondet, ibi demum diminutionem dotis ipſo iure fieri
vbi non ſunt corpora, ſed pecunia, vel vbi corpora ſunt
æſtimata, verum non videtur, cùm certiſſimum ſit his
caſibus ipſorum corporum, itémque pecuniæ non dotis
diminutionem fieri. Nam in pecunia ratio admittit pro-
pter pecuniam diminutionem fieri. Rectè verò *in pecunia*,
non *in pecuniaria dote*: cùm & in ea dote quæ ex corpo-
ribus conſtat, ratio patiatur diminutionem fieri, ſed non
in ipſis corporibus: niſi fortè æſtimata ſint: quo caſu
ipſorum æſtimatio in dotem data intelligitur, *l. quoties
7 5. Cod. de iure dot.* † Ego corruptum eſſe hunc Vlpiani
locum non dubito, & quantũ coniectura aſſequi poſſum,
ita reſtituendum, vt pro eo quod vulgo legitur *ipſo iure*,
reponamus *ipſa in re*, in illis verbis, *vbi ergo admittimus
diminutionem dotis ipſo iure fieri?* itémque in illis ſequen-
tibus, *ipſo iure dos diminuetur*. Paria enim ſunt diminui
dotem ipſa in re, & ipſam rem dotalem, non dotis vni-
uerſitatem diminui. Quam verò facilis & lubricus hic
error fuerit tam apertũ eſt, vt ab omnibus hanc noſtram
emendationem vel eo ſolo nomine ſtatim probatum iri
confidamus.

CAPVT III.

Defenditur, & explicatur vulgata lectio l. Mæuio. 41. §. 1. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Dote à marito vxori legata qui debeatur?*
2 *Interpretatio legis* Mæuio 41. §. 1. de legat. 2. *ab Accurſio tradita reiicitur.*
3 *Improbatur Goueani opinio & interpretatio legis ab eo allata.*
4 *Bartoli & Butrigarij peculiares ſententia de horum verborum differentia,* peruenitſſet & peruenit.
5 *Multum intereſſe vtrum maritus vxori dotem leget, an extraneus.*
6 *Differentia ratio redditur.*
7 *Ratio edicti de alteruiro, eiuſque abrogatio.*
8 Deducendi *verbum* in d. l. Mæuio, *ad vtiles tantum impenſas, non etiam ad neceſſarias pertinere.*
9 *Taxatum quid dicatur?*

MVltum intereſt vtrum vxori ſuæ dotem teſtator ita
leget, *Quicquid propter Titiam ad me dotis nomine
peruenit, tantam pecuniam heres meus ei dato*, an verò ipſius
heredis vxori, hoc modo. *Quicquid propter Titium ad te
peruenit.* † Hoc enim poſteriore caſu, tota dos ſine vlla 1
deductione impenſarum mulieri debetur, & taxationis
loco habentur verba illa, *quicquid ad te peruenit*. Priore
verò, cùm vir vxori dotẽ relegat, id tantum legare videtur,
quod in iudicio de dote mulier conſequi poſſet, vt Iure
conſultus ait in *l. Mæuio 41. §. 1. de legat. 2.* † Cuius ſen- 2
tentia quamquã ſatis aperta, ab *Accurſio* tamen intellecta
non eſt, qui inter legata duntaxat, non inter teſtatorum
perſonas differentiam conſtituendam eſſe putat, vt nihil
interſit, an maritus leget, an extraneus: ſed ſiue ille ſit, qui
legat, diſtinguatur an ſimpliciter dotem leget, an cum ad-
iectione illa *quicquid peruenit*: vt illo caſu non plus mu-
lieri præſtetur, quàm dotis iudicio conſequeretur: hoc
verò impenſarum deductionis ratio nulla habeatur. At
Iureconſultus apertè ſcribit non idem ius ſeruari debere
in teſtamento extranei, quod ſeruatur in teſtamento viri,
& addit, *illic verò, vbi vir vxori relegat*, neq; duplicẽ illũ
legandi modum diſtinguit, quẽ Accurſius diſtinguendum 3
exiſtimat. † Sed neque Goueani, clariſſimi & ſubtiliſſimi
Iureconſulti opinionem probare poſſum, qui verba illa,
vbi vir vxori relegat, alieno loco poſita eſſe ſcribit, & dif-
ferentiam quam inter maritum, & extraneum Iabolenus
apertè ponit, contraria prorſus interpretatio ſic explicat,
vt in teſtamento viri verba illa, *quidquid ad me peruenit*,
taxationis loco habeantur, extraneo autem legante id
tantum legato contineatur, quod impenſis deductis reſti-
tuendum eſſet iudicio de dote: Nec animaduertit Iure-
conſultum in illis verbis, *non dubito*, ad propoſitam quæ-
ſtionẽ reſpondere, quæ eſt de legato ipſius heredis vxori
relicto extranei teſtamento: quo tamen caſu totam dotem
ſine vlla impenſarum deductione mulieri ex teſtamento
præſtandã eſſe diſertè ſcribit. Niſi fortè virũ doctiſſimum
fefellit lectio Florentina quæ habet, *non dubito quin vxori
ſua.* At rectius in aliis ferè omnibus codicibus legitur
tua (ſimilis error eſt in *l. ex aſſe. 28. ff. ad S.C. Trebellian.*)
idque verba illa ſequentia demonſtrant, *quicquid ad te*

peruenisset. vtique enim dixiſſet Iabolenus *quicquid ad*
me peruenit, ſi de legato teſtatoris vxori relicto intelle-
4 xiſſet. † Æquè verò ſuauis eſt Bartolus, qui Butrigarium
ſecutus neſcio quid ſomniat de horum verborum diffe-
rentia, *peruenisset*, & *peruenit*, nec videt ea verba, *quicquid*
ad te peruenisset, *vt tantum ei dares*, teſtatoris non eſſe,
ſed Iureconſulti, verba illa teſtatoris, *quidquid ad Seium*
propter Titiam dotis nomine peruenit, ad propoſitam quæ-
ſtionem adaptantis, & ad perſonam ipſius heredis, cum
quo per epiſtolam loquebatur, referentis: Nec illud
etiam Bartolus videt, quod tamen apertiſſimum eſt,
Iabolenum inter legantium perſonas, non inter legato-
rum formulas differentiam conſtituere. Quare nec ſibi
ipſe ſatisfacit, qui poſt longam diſputationem nihil aliud
concludit, quàm ſe totam quæſtionem hanc ſub dubio,
5 vt ipſe loquitur, dimittere. † Ego verò indubitatè con-
cludo, quod initio capitis propoſui, multum intereſſe,
vtrum maritus leget an extraneus. Illo caſu, ea verba,
quidquid ad me peruenit, impenſarum deductionem non
excludere: Poſteriore verò, hæc ipſa verba, *quicquid ad*
te peruenit, taxationis loco haberi, & efficere vt mulieri
dotem repetenti nulla obiici deductio poſſit. Quod in
Ipſo §. tam apertum eſt, vt vix vllus quiſquam de eo
dubitaturus fuiſſet ſi diſſimilitudinis huius ratio aliqua
ab interpretibus excogitari potuiſſet: quæ tamen re
6 paulò attentiùs conſiderata in facili eſſe videtur. † Cùm
enim teſtator vxori ſuæ dotem relegat, ita facere credi-
tur, quod intelligat ſe defuncto, eam iudicio de dote actu-
ram, vt proinde interpretatione in heredis fauorem fa-
cta dicamus, non videri teſtatorem plus legaſſe, quàm
eo iudicio mulier conſequeretur, arg. *l. penultim. D. de*
7 *dot. preleg.* † Quæ etiam iuris veteris ratio fuit, propter
quam mulier, cui maritus aliquid legauerat, etiam non
adiecto eo, *dotis nomine*, alterutro tamen, id eſt vel dote,
vel legato contenta eſſe cogebatur, quamquam ſingulari
fauore dotium, quibus paſſim plus æquo indulſit Iuſti-
nianus, hoc ius, quod Edictum de alterutro dicebatur,
hodie ſublatum eſt, *l. vnica. §. ſciendum. C. de rei vxor. act.*
vnde à Triboniano addita videntur verba illa, *pro dote*
compenſandi animo, in *l. cum ab vxo. 53. de legat.* 2. quæ
de dotis, ſeu rei vxoriæ actione apertè loquitur. At cùm
extraneus puta heredis vxori legat hoc modo, *quicquid*
ad Seium heredem peruenit, eadem interpretatio admitti
non poteſt, quia heredis fauor nullus eſt, niſi quatenus
heres eſt, & defuncti perſonam repræſentat: atque ideò
nulla admiſſa voluntatis coniectura, verba illa generalia
prout ſonant, interpretamur, & generaliter intelligimus,
vt quicquid ad eum dotis nomine peruenit, totum, id
8 eſt non deductis impenſis reſtituatur. † Ex eo autem,
quod de impenſis deducendis Iureconſ. loquitur, intelli-
gimus de neceſſariis idem dici non poſſe, quarum ſc li-
cet deductio nulla eſt, ſed ipſo iure retentio. *l. 5. de im-*
penſ. in reb. dotal. fact. Vtilium duntaxat deductio eſt, *l. 8.*
eod. id eſt per exceptionem retentio; vt ſuperiore capite
expoſuimus, & quaſi pignoris nomine, vt ait *leg. dote. 5.*
D. de dot. praleg. Ergo ſi heredis vxori legatum ſit hoc
modo, *quicquid propter eam ad heredem dotis nomine per-*
uenit, nil ea res ad impenſas neceſſarias pertinebit, quæ
cum ipſo iure dotem minuant, efficiunt vt eò minus ad
maritum dotis nomine peruenisse videatur. Sed huius
legati commodum in eo verſabitur, vt mulier, cui de dote
agenti impenſarum vtilium ipſius voluntate factarum
deductio obiici poſſet, ex teſtamento integram dotem
nulla obſtante exceptione conſequatur. Quod ſi neceſſa-
riæ duntaxat impenſæ in dotem factæ ſint, humanius
fortaſſe fuerit, vt legati aliqua vtilitas ſit de iis idem di-
cere, quod de vtilibus ait Iureconſultus, & deductionis
verbum, quod ille vſurpat extra ſignificationẽ propriam
ad retentionem quoque extendere, argu. *l. fundus. 24. D.*
de inſtruct. vel inſtrum. legat. Eleganter autem verba illa
quicquid ad te peruenit, taxationis loco haberi ait, quem-
admodum in iudicio de dote officium iudicis eſt vtiles
impenſas mulieris voluntate factas iubere deduci, tum
quod iis deductis ſupereſt, reſtitui, ſic in propoſito caſu
teſtator videatur dotem taxaſſe, id eſt ita legaſſe, vt nihil
amplius ex ea deduci poſſit. † Taxatum enim verè dicitur 9
quod deductis deducendis reliquum eſt. Planè quamuis
de impenſarum deductione duntaxat Iabolenus loqua-
tur, dubitandum tamen non eſt, quin de vtilibus quoque
impenſis ſine mulieris voluntate factis, quarum exactio
tantùm, non autem deductio eſt, idem dici poſſit, ex veri-
ſimili teſtantis voluntate, quem non eſt exiſtimandum ei
cui retinendi facultatem abſtulit, exigendi poteſtatem
relictam voluiſſe.

CAPVT IV.

Explicatur l. 26. Cod. de iur. dot. l. 26. D. depoſiti l. 37. §. codicillis. de legat. 3.

SVMMARIA.

1 *Ex vnius pacto aut ſtipulatione alteri actionem quæri non poſſe.*
2 *Explicatur* lex 26. C. de iure dotium.
3 *Aliorum interpretatio reiicitur.*
4 *Imperatores de æquitate & rei effectu potius quam de iure ſtricto reſpondere.*
5 *Explicatur* l. 7. C. de pact. conuent.
6 In l. 26. ff. de poſ. *Depoſitum filio reſtitui ex cauſa fideicommiſſi.*
7 *Filio reſtitui, non tamen vt heredi matris.*
8 *Vera quæſt. legis* cũ quis, 37. §. codicillis, ff. de legat. 3.
9 *Nepti nubenti ex aui materni dotem dantis ſtipulatione, vtilem actionem acquiri.*

PLeriſque placet adfectionem perſonarum efficere, vt
alteri per alterum actio acquiratur: quod mihi pla-
cere non poteſt. † Iuris enim regula generalis eſt, ex vnius 1
pacto, aut ſtipulatione alteri actionem quæri non poſſe.
l. quæcumque. 11. D. oblig. & action. l. ſtipul. iſta 38. §. alteri
D. de verbor. oblig. nec ſi mater filio, aut pater emancipa-
to, aut filius matri, aut emancipatus patri ſtipuletur. *l.*
inter. 26. §. penultim. D. de pact. dotal. l. debitor. 59. §. vltim.
D. ad S.C. Trebellian. l. ſi genero. 26. Cod. de iur. dot. † quam 2
de emancipato loqui non de extraneo, vt quidam putant,
apparet ex illis verbis, *tibi extraneo conſtituto*, ſcilicet *per*
emancipationem, vt rectiſſimè ex Græcis *Thalelæus* inter-
pretatus eſt, & ego in quibuſdam codicibus ſcriptum
legi. Item ex illis præcedentibus, *pater communis*, quæ
oſtendunt in ea ſpecie ſtipulatorem filiam habuiſſe, cu-
ius nomine dotem dabat, & filium emancipatum, cui
dotem reddi ſtipulabatur. † Nec rurſus aliorum inter- 3
pretatio probari poteſt, qui ex patris ſtipulatione filio
emancipato directam actionem denegant, vtilem con-
cedant. Illa enim verba generalia ſunt, *nec tibi prohibente*
iure quærere potuit actionem, & eum effectu ſic intelli-
genda, vt filio per patrem nec directa nec vtilis actio
acquiri poſſit, † cùm Imperatoribus ſolenne ſit de æqui- 4
tate, & rei effectu potiùs quàm de ſtricto iure reſpõdere,
vt *in l. penult. Cod. ad exhib. l. pater. 7. C. de pact. conuent.*
Sic per matris pactum etiam dotale filio actionẽ nullam
quæri ſcriptum eſt in *l. pactum. 4. Cod. eo.* vt non ſine cauſa
Africanus in *l. pater. 23. D. de pact. dotal.* adiecerit, *quos in*
poteſtate habebat, vt intelligamus, filiis per emancipatio-
nem extranei conſtitutis patrem ſtipulari non poſſe. † 5
Nec me in contrariam ſententiam mouet, quod ſcriptum
eſt in *dict. l. pater 7. Cod de pact. conuent.* ex pacto aui vti-
lem actionem nepotibus acquiri. Id enim commodè ac-
cipi poteſt de nepotibus ex filio, quibus in poteſtate re-
tentis, auus vtiliter poſt mortem ſuam dari ſtipulatur.
l. quodcumque 45. ſic ita quis de verborum obligat. l. ſi ita 9.
D. de pact. dotal. Nec rurſus quod in *l. Publia. 26. D. depoſit.*
Paulus ait depoſitũ ex matris voluntate filio reſtituendũ
eſſe. Nã de actione depoſiti Paulus nõ loquitur, quæ ex 6
certiſſima

certiſſima iuris ratione filio per matrem acquiri non po-
teſt, ſed quod reſpondet depoſitum filio reſtituendum
eſſe omnino ſic intelligi debet vt reſtituatur ex cauſa
fideicommiſſi, cùm & fideicommiſſi verbis illis mater vſa
ſit, *ſi aliquid humanum mihi contigerit, filio meo reſtitues*, &
hodie poſt conſtitutionem Diui Pij à quocunque debito-
re, præſertim à defuncto, fideicommiſſum relinqui poſſit.
l. ſi pecuniā. 77. de legat. 1. in cauſa verò fideicommiſſi vt-
cumque precaria voluntas quæratur, coniectura poſſit
admitti, *l. cū proponebatur. 64. de legat.* 2. † Errant ſanè, meo
7 iudicio, qui in ea ſpecie filio depoſitum reſtitui putant,
quaſi matris heredi, cùm ex iis verbis legis, *filio meo, quem
ex alio marito ſuſcepi*, non obſcure colligi poſſit, ex
poſteriore quoque matrimonio liberos matrem habuiſſe,
ad quos omnes ab inteſtato pro æquis partibus legitima
matris hereditas pertinet, *l. 4. D. ad S. C. Tertyll.* Eóque
nimirum colore maritus cum filio prioris thori conten-
debat, ſcilicet ex communium liberorum perſona, aut
ſi mauis, proprio ipſius mariti nomine, ad quem ſpectat
vſusfructus bonorum maternorum, communibus liberis
quo ad proprietatem duntaxat acquiſitorum, *l. 1. & tot.
tit. Cod. de bon. matern.* Neque enim dici poteſt quod qui-
dam tentant, res depoſitas mariti proprias fuiſſe. Quod ſi
verum eſſet, falsò diceretur filio reſtitui eas debere cùm
maritus vindicationis iudicio agens, vtique de victoria
8 incertus eſſe non poſſit. † Similis etiam error eorum
eſt, qui in *l. cùm quis. 37. §. codicillis, de legat.* 3. ex patrui
conuentione fratris filio depoſiti actionem quæſitam
fuiſſe exiſtimant, cùm tamen de eo Scæuola non quærat,
ſed de eo duntaxat, an ex ſola teſtatoris ſcriptura depo-
ſitum probari poſſit, quod propter defuncti iuſiurandum
magis eſſe ait. Siuè igitur fratris filius patruo heres exti-
terit, ſiue alius, is qui heres eſt depoſitum petere po-
terit, quod ſignificant verba illa, *nec aliam vllam proba-
tionem habeant*, ſcilicet heredes. Nam ſi Florentinam
lectionem ſecuti, legamus, *habeat*, neceſſario ponendum
erit fratris filium patruo hæredem extitiſſe, quod tam
ex teſtamento quàm ab inteſtato facilè contingere po-
teſt, & in dubio, cum nullos liberos habuiſſe teſtator
proponitur, ita contigiſſe credendum eſt. Petetur autem
in ea ſpecie depoſitum actione depoſiti, non ex teſta-
mento, cum inutile ſit legatum quod repræſentationis
commodum nullum habet, *l. ſin autem 29. de legat.* 1. *l.
Aureius. 28. §. vltim. D. de liberat. legat.* Nec ratione alia
reſponſum illud Scæuolæ pertinet ad titulos. De legatis,
quàm quod pecunia illa depoſita legata erat: quemadmo-
dum *l. Publia*, collocata eſt à Triboniano *ſub tit. Depoſit.*
quia in eius ſpecie depoſitæ erant res de quibus quære-
batur, licet ex fideicommiſſo non depoſiti actione, vt
9 diximus, repetantur. † Hæc quamquam ita ſunt, tamen
dotium fauore ſingulariter receptum eſt, vt nepti nu-
benti ex aui materni dotem dantis ſtipulatione vtilis
actio acquiratur *l. Caius Seius 45. D. ſolut. matrimon.* vbi
ratio propria redditur, *ne commodo dotis mulier defrande-
tur, & fauore nuptiarum.* Quæ verò ſubiicitur, *& maximè
propter affectionem perſonarum*, abundans potius, quàm
idonea ratio eſt, aut eam fortaſſe ob cauſam adiecta, vt
intelligamus ſolum fauorem nuptiarum, & dotis, facere
non poſſe vt ei quæ nubit vtilis actio acquiratur, ex alte-
rius quàm patris ſtipulatione, niſi ſtipulatoris perſona
talis ſit, quam probabilis aliqua adfectio ad ſtipulandum
pro filia vel nepte induxerit.

CAPVT V.

Additur negatio in l. cùm reus. 14. D. de fideiuſſor.

SVMMARIA.

1 *Si reo fideiiuſſor heres extiterit, fideiuſſoriam obligatio-
nem extingui ſola principali permanente.*
2 *Idem eſſe ſi reus fideiuſſori heres extiterit, ex Sabinia-
norum ſententia.*
3 *Species & ſententia legis 14.* ff. de fideiuſſor.
4 *Accurſij & Bartoli interpretatio reiicitur.*

† SI reus fideiuſſorem heredem ſcripſerit, conſtat in- 1
ter omnes, fideiuſſoriam obligationem extingui, &
ſolam principalem tanquam pleniorem remanere. *l. 5. D.
de fideiuſſorib. l. Stichum. 95. §. quod vulgo. de ſolution.* † 2
Idemque Sabiniani admiſerunt, ſi reus fideiuſſori heres
extiterit, quorum ſententia tandem contra Proculianos
obtinuit. *l. cùm quis. 38. §. vltim. l. ſi duo 93. in fi. ff. de ſolut.
l. heres à debitore. 21. §. quòd ſi hic ſeruus de fideiuſſ.* Quid 3
ergo ſi reo ex propria perſona competat exceptio aliqua
quæ fideiuſſori non competebat? finge ſtipulatorem
pactum feciſſe de non petendo à reo duntaxat (quod
fideiuſſori non prodeſſe certum eſt. *l. niſi hoc actum. 22.
D. de pact.*) an non iniquum ſit periclitari ſtipulatorem,
& exceptione ſummoueri quam fideiuſſor aut quilibet
ipſius heres obiicere nullam poſſet? Ita ſanè eſt. Et ideò
ſtipulatori ſuccurrendum eſt, vt ſi reus ex perſona ſua
conuentus exceptione fideiuſſori non competente vſus
fuerit, in factum vel doli mali replicatio ſtipulatori de-
tur. Dolo namque reus facit, qui cùm fideiuſſori heres
extiterit, id tamen recuſat ſoluere quod alius quilibet
fideiuſſoris heres ſoluere compelleretur. Quæ ſententia
eſt. *l. cùm reus. 14. de fideiuſ.* in qua manifeſtum eſt addita
negatione legendum eſſe, *exceptione fideiuſſori non com-
petente* Nam ſi receptam lectionem ſequamur, ſiue exce-
ptionem reo & fideiuſſori communem fuiſſe dicamus,
verum non erit quod Iulianus ait ſtipulatori dandam in
factum vel doli mali replicationem, cùm in dolo non ſit
reus idémque fideiuſſoris heres qui exceptione ſibi &
fideiuſſori competente vtitur: † ſiue exceptionem hanc 4
ſoli fideiuſſori competere dicamus cum Accurſio &
Bartolo, non video quomodo reus ex perſona ſua, id eſt
tanquam reus conuentus, exceptionem ſoli fideiuſſori
competentem opponere poſſit: quod cùm facit, non tam
dolosè profectò quàm ſtultè, hoc eſt iuris imperita, fa-
cere credendus eſt, præſertim cùm tota fideiuſſoria obli-
gatione ſublata fideiuſſoriam quoque exceptionem om-
nino peremptam eſſe neceſſe ſit.

CAPVT VI.

Defenditur reſponſum Scæuolæ in l. prædia. 27. §. liberto, de inſtruct. legat.

SVMMARIA.

1 *Species*, dicti §. liberto.
2 *Accurſij error ob non intellectam dicti reſponſi ratio-
nem.*
3 *Alienatum non videri, quòd nondum traditum, aut
cuius nomine venditori non eſt ſatisfactum.*
4 *Differentia inter legatum fundi inſtructi, & legatum
fundi cum omnibus quæ in eo ſunt, ex qua prima Ac-
curſij obiectio refutatur.*
5 *Secunda obiectio contra dictum Scæuolæ reſponſum.*
6 *Differentia inter vſusfructus & proprietatis lega-
tum.*
7 *Tertia obiectio diluitur.*
8 *Generali legato eorum omnium quæ in aliquo loco ſunt
Calendarium non contineri.*
9 *Legatis omnibus quæ in domo ſunt an, & qui nummi
contineantur?*
10 *Non præſumi diligentem patremfam. pecuniam otioſam
habere.*

† CVm Pamphilo liberto heredi ex parte ſcripto 1
patronus per præceptionem fundum legaſſet,
eo adiecto, *cum inſtrumento & his quæ in eodem erunt*

 tùm

cùm moriar : Scæuola reſpondit etiam vinum in eo fundo
repertum quod viuus teſtator vendiderat, & cuius pretij
partem tertiam acceperat, ad Pamphilum libertum ex
cauſa præceptionis pertinere, niſi manifeſtè contrariam
2 defuncti voluntatem coheredes approbent. † Cuius reſ-
ponſi rationem Accurſius non intelligens, in propoſita
ſpecie contrariam teſtatoris voluntatem liquere ex Ro-
gerij ſententia contendit, maximè, inquit, ſi poſt factum
teſtamentum teſtator vinum vendidiſſe proponatur,
quòd hæc alienatio argumentum quoddam ſit mutatæ
voluntatis. argum. *l. ſi ea toto.* 8 *de leg.* 1. *l. fideicomm.* 11. §. *ſi
rem ſuam, de leg.* 3. atque ita efficit vt quod in propoſito
caſu ad libertum pertinere Scæuola reſpondit, prorſus
contraria interpretatione ad coheredes pertineat, niſi
contrariam voluntatem libertus approbet, cuius tamen
probandæ onus incumbere coheredibus Scæuola ſcribit.
Quod quemadmodum indiſtinctè ſcribit, ita ego genera-
liter verum arbitror, ſiue ante, ſiue poſt factum teſtamen-
3 tum facta venditio ſit. † Vtroque enim caſu dici poteſt,
nondum videri alienatum vinum quod nondum tradi-
tum eſt, atque adeò cuius nomine venditori pretium ſo-
lutum aut alio modo ſatisfactum non eſt. *l. quod vendidi.*
19 *de contra. empt* §. *vendita. Inſtit. de rer. diuiſ.* ex quo ad
Accurſij obiectionem reſponderi poteſt. Planè pro qua
parte ſolutum precium eſt, vix dici poteſt vinum præce-
ptionis legato contineri: & probabilius eſt verba illa, *vi-
num in doliis remanent*, de vino cuius pretium ſolutum
non eſt, accipi debere: neque enim videtur in doliis re-
manſiſſe vinum quod quandocunque volente emptore
auferri poteſt. Pretium autem iam acceptum liberto ex
cauſa præceptionis reſtituendum eſſe ex propoſiti legati
verbis dici nullo modo poteſt. Verum igitur eſt quod
Scæuola reſpondit, vinum à teſtatore venditum, quod
tamen in doliis remanſit, ad legatarium, hoc eſt libertum
coheredem ex cauſa præceptionis pertinere. Cui malè
obiicitur *l. quæſitum* 12. §. *Celſus. hoc titul.* vbi agitur de le-
4 gato fundi inſtructi, † quod multum differt à legato fun-
di cum omnibus quæ in eo ſunt: neque enim quæcunque
in fundo ſunt, inſtructi appellatione continentur, ſed ea
duntaxat quæ ideò in fundo ſunt vt eo ſit inſtructior pa-
terfamilias. *d. l. quæſitum.* §. *idem reſpondit domo inſtructa.*
23. eiuſmodi profectò non ſunt ea quæ venalia ſunt,
præſertim vina, quibus licet venalia non ſint, fundus ta-
men inſtructus intelligi non poteſt. *l. ſi ita.* 15. §. 1. *eodem.*
5 † Minus verò ad rem pertinet quod idem Scæuola re-
ſpondit *in l. generali* 32. §. *vxori. de vſufruct. legat.* do-
muum & omnium rerum quæ in iis eſſent vſufructu le-
gato, non videri teſtatorem de iis legandis, quæ venalia
6 eſſent, ſenſiſſe. † Magna enim eſt hac parte inter vſusfru-
ctus & proprietatis legatum differentia: ſiquidem qui
vſumfructum legat, non poteſt videri cogitare de iis quæ
venalia habet, niſi forte quis dicat pecuniæ ex iis redactæ
quaſi vſumfructum conſtituere teſtatorem voluiſſe: quod
tamen neque teſtatoris verba inducunt, neque heredis fa-
uor patitur vt in dubio ſine coniectura admittatur. At
legata proprietate omnium rerum quæ in domibus ſunt,
dici non poteſt quid impediat quominus etiam ea quæ
venalia ſunt legato contineantur. Niſi aliquid fortè ſit ex
quo contraria teſtatoris voluntas appareat, vt ſi dixerit,
cum omnibus rebus ſuis: hæc enim adiectio efficit vt de iis
duntaxat rebus videatur ſenſiſſe teſtator quas in vſus
ſuos, non quas venales habuit. *l. argumento.* 25. §. *ſi quis
addiderit. l. pediculis.* 32. § *item cùm quæreretur*, *de aur. &
7 arg. legat.* † Poſtremò non obſtat quod dici ſolet, fundo
legato cum omnibus quæ ibi ſunt, ea quæ ad tempus ibi
ſunt non videri legata *l. ſi fundus.* 44. *de legat.* 3. Nam in
propoſita ſpecie, ſiue poſt teſtamentum vinum venditum
eſſe dicamus, non ideò tamen fit vt teſtamenti tempore
venale fuerit, cùm plerumque contingat vt quæ prius
vendere noluimus, poſteà mutato conſilio vendamus: ſiue
ante teſtamentum facta venditio ſit, manifeſtum eſt te-
ſtatorem qui viuo iam vendito legauit omnia quæ in
fundo ſunt, neque vinum ab eo fundo abſtulit, voluiſſe vt
ad libertum ex cauſa præceptionis pertineret. Illud etiam
dici poteſt, legatis omnibus quæ in fundo ſunt, ea tamen
legata non intelligi quæ in alium locum tranſlata teſta-
tor voluit, vt in ſpecie *l. ex facto.* 35. §. *vltim. de here. inſt. l.
ſi ita* 86. *de leg.* 3. *l. penultim.* §. *vltim. de aur. & argent. legat.*
At aliud probandum eſſet in iis quæ teſtator tandiu in
fundo remanere voluit, quandiu ſua eſſent: hæc enim ve-
rè dici poſſunt ita eſſe in fundo, vt ibi perpetuò ſint. Se-
quitur apud Scæuolam, *In eo fundo inſtrumenta Calendarij
& nummos reliquit. Reſponſum eſt de nummis quoque, vt ſu-
prà reſponſum.* Ergo de Calendario non idem reſponſum
eſt: neque enim nomina debitorum in aliquo loco eſſe
dici poſſunt, *l. ſi fideicommiſſum.* 50. §. 1. *de iudic.* † & ideò 8
generali legato eorum omnium quæ in aliquo loco
ſunt, nunquam Calendarium continetur *l. Caius Seius* 86.
de leg. 2. *l. vxorem.* 41. § *legauerat, l. quæſitum.* 78. §. 1. *l. ſi mi-
hi* 92. *in princ. &* §. *vlt l. prædiis.* 91. §. *pater. de leg.* 3. Atqui
ſupradictis locis eadem videtur conſtitui ratio nummo-
rum & Calendarij, *vt in d.* §. *legauerat. d. l. quæſitum.* §. 1. *&
l. ſi mihi* § *vlt.* Sed cùm de nummis quæritur, certum eſt
diſtinguendum eſſe, an fœnerandi, an verò præſidij cauſa 9
in fundo ſint, vt hoc caſo legato contineantur, priore ve-
rò non contineantur. *d. l. ſi fundus.* 44. *l. ſi chorus.* 79. §. 1. *ſi
ita* 86. *de legat.* Quod cùm ita ſit, quæri adhuc poteſt. Cur
tot locis indiſtinctè ſcriptum ſit, pecuniam numeratam
legato generali non contineri. † An quòd in dubio præ- 10
ſumendum non ſit prudentem & diligentem patremfa-
milias pecuniam otioſam habere voluiſſe? Igitur legata-
rio incumbet onus probandi pecuniam repertam fœnori
deſtinatam non fuiſſe. Quid ergo eſt, quod ait Scæuola
nummos repertos ad libertum ex cauſa præceptionis
pertinere, niſi manifeſtè contrariam defuncti voluntatem
coheredes approbent? Puto fauorem heredis efficere vt
in dubio probationem à legatario exigamus, argum. *l. fi-
deicommiſſa.* 11. §. *ſi quis decem. de legat.* 3. inde verò fieri vt
cùm idem legatarius & heres eſt, vt in ſpecie §. *liberto. &
l.* 64. *de leg.* 3. probandi onus in coheredes transferatur.
Illa namque verba teſtatoris, *cum his quæ in eodem erunt*,
liberti legatarij & coheredis intentionem iuuant, vt nulla
prorſus ratio ſit, cur non aliis coheredibus probationis
onus iniungatur potiùs quàm ipſi liberto, cuius tanquam
heredis & legatarij cauſa fauorabilior eſt. Neque verò
huic noſtræ ſententiæ obſtat *d. l. quæſitum.* §. 1. vbi filio
herede ſcripto, cui domus legata eſt cum omnibus quæ
ibi ſunt, nummos tamen deberi Paulus ſcribit. Primùm
enim verba illa, *quòd iam tibi maiorem partem facultatum
dederim*, facilè poſſunt ita accipi vt tamen filius heres in-
ſtitutus non ſit. Tum illa ſequentia, *contentus eſſe debes*, ſa-
tis indicant teſtatorem quàm minimum facere potuit fi-
lio relinquere voluiſſe, vt proinde ex veriſimili ipſius vo-
luntate legatum ſtrictè interpretemur, vt ad nummos
non pertineat, niſi de his quoque legandis manifeſtè vo-
luntas teſtantis adprobetur. Quæ etiam ratio eſſe vide-
tur, propter quam ibidem Paulus reſpondet, verba illa,
*argentum omne & ſupellectilem & quodcunque habeo tibi
dono*, quantumuis generalia ſint, tamen ad argentum &
ſupellectilem quæ alibi eſſet non pertinere, niſi id quoq;
teſtatori placuiſſe legatarius probauerit.

CAPVT VII.

Ex eodem titulo explicatur l. Seiæ 20. & aliæ nonnullæ.

SVMMARIA.

1 *Prima quæſtio circa reſponſum Scæuolæ* in princip. d. l. Seiæ.
2 *Interpretatio verborum Scæuolæ ab aliis tradita.*
3 *Verus eorum verborum ſenſus.*

4 *Altera*

4 *Altera quæſtio circa idem reſponſum a Scæuola non deciſa.*

5 *Legatum fundi inſtructi cum ruſtico inſtrumento & ſuppellectile generale eſſe.*

6 *Conciliatur* l.quæſitum.§.pen.de inſtr.vel inſtrum.leg. cum §.pen.l.18.ff.eod.tit.

7 *Aliud eſſe generali legato certas ſpecies adiici, aliud certi numeri ſpeciem demonſtrari.*

CIrca reſponſum Scæuolæ in princip.*l.Seia.20.de inſtruct.& inſtrum.legat.*de duobus quæri poteſt. Primùm,cur legatum generale in teſtamento factum ex codicillis perita interpretatione coanguſtetur. Alterum,cur legatum in codicillis ita relictum, *fundos quos reliqui ita vt ſunt inſtructi ruſtico inſtrumento ſupellectile*,&c. generale non ſit,vt etiam ea contineat quæ quotidiani vſus gratia comparata ſunt,quemadmodum contineret ſi ſimpliciter inſtructi fundi legati eſſent. *l. quæſitum 12.§.ſed ſi* 1 *fundus eod.*† Ad primum Scæuola reſpondet,teſtamento quidem inſtructum fundum legatum (ita enim legendum eſſe vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius fœliciter & eruditè iampridem obſeruauit)verùm non amplius deberi quàm inſtructi appellatione contineri velle ſe manifeſtè oſtendiſſet in codicillis,*quos ſanè poſt obliuionem teſta-* 2 *mentaria ſcriptura feciſſet.* † quorum verborum quis ſenſus ſit *Accurſius* non explicat. Alij ſic interpretantur,vt teſtator in codicillis oſtenderit quod in teſtamento prætermiſerat, quid inſtructi appellatione vellet contineri. Sed interpretatio hæc, propoſitam dubitationem non tollit. Cùm enim in teſtamento inſtructus fundus legatus ſit, & huiuſmodi legato contineantur etiam ea quæ patrisfamilias vſus quotidiani gratia in eo fundo fuerũt. *d.§.ſed ſi fundus*,neque in codicillis detractum aliquid ſit, ſed additum,*ruſtico inſtrumento ſupellectile*,&c.quæſtio eſt cur ea duntaxat debeantur,quæ in codicillis inſtructi appellatione contineri velle ſe teſtator oſtendit. Ad quam dubitationem proculdubio Scæuola reſpondet iis verbis, 3 *quos ſanè poſt obliuionem teſtamentaria ſcriptura feciſſet.* † Senſus autem eſt,teſtatorem, qui memor ſe in teſtamento inſtructum fundum legaſſe,poſteà adiecit in codicillis, *ruſtico inſtrumento ſupellectile*, &c. non videri ita facere, vt legatum in teſtamento relictum imminuat, ſed potiùs vt augeat. *argum.l quæſitum.§ penultim. hoc titul* At in propoſito caſu teſtatorem codicillos feciſſe,poſt obliuionem teſtamentariæ ſcripturæ, id eſt cùm amplius memor non eſſet ſe in teſtamento fundum inſtructum legaſſe, putaſſetque duntaxat fundum ſe legaſſe, vt colligitur ex iis codicillorum verbis,*Poſteà mihi venit in mentem, Seiæ fundos quos reliqui, ita vt ſunt inſtructi ruſtico inſtrumento dari volo.*Ex quo fit vt Seiæ ea duntaxat debeantur, quæ 4 in codicillis teſtator expreſſit. † Ad poſteriorem dubitationem Scæuola non reſpondet. Nos videamus an dici poſſit multum intereſſe an fundus legetur inſtructus cũ ruſtico inſtrumento,& ſupellectile,an verò inſtructus ru-5 ſtico inſtrumento, &c. † Priore namque caſu legatum fundi inſtructi generale eſt, adeò vt etiam ea contineat quæ patrisfamilias vſus quotidiani gratia in eo fundo fuerunt: adiectio verò illa *cum ruſtico inſtrumento*, non tam imminuere quàm ex abundanti legatum augere creditur,vt Papinianus ait *dict.l.quæſitum.§.penultim.* At cùm fundus legatus inſtructus ruſtico inſtrumento, nullum eſt fundi inſtructi legatum generale, cùm iam inde ab initio teſtator oſtendat quid inſtructi appellatione contineri velit,ſcilicet ruſticum inſtrumentum, ſupellectilem,& cætera quæ ſpecialiter expreſſit. Atque ita Scæuolam ſenſiſſe vel ex eo apparet, quòd ait in teſtamento in quo legatus erat fundus inſtructus cum ſuis villicis & reliquis colonorum peti potuiſſe omnia quæ fundi inſtructi appellatione veniunt,niſi poſteriore legato in codicillis quos poſt obliuionem teſtamentariæ ſcripturæ feciſſet, teſtator quid inſtructi appellatione contineri vellet,manifeſtè oſtendiſſet. † At rurſus eidem Papi- 6 niani ſententiæ in *d.l.quæſitum.§ penultim. de inſtruct. vel inſtrum.legat.* obſtare omnino videtur *l. cùm de lanionis 18.§.penultim. eod.* vixque vlla conciliationis ratio reperiri poteſt,niſi differentiam conſtituamus inter legatum hoc, *villam meam inſtructã lego cum ſupellectile*, & illud, *villam meam ita vt ipſe poſſedi cum ſupellectile lego.* Hæc enim verba,*vt ipſe poſſedi*,ſua natura nihil ſignificant, ſed id duntaxat de quo teſtatorem ſenſiſſe apparet.*d.l.Seia.§.vltim.*Vnde fieri videtur,vt ex huiuſmodi legato, *villam meam ita vt ipſe poſſedi cum ſupellectile lego*,nihil debeatur præter ſupellectilem & cætera quæ nominatim teſtator expreſſit. Quod ſecus eſt cùm villa inſtructa legata eſt:hoc enim legato certum eſt quid contineatur,& obiectio illa, *cum ſupellectile*, pro legati augmento potiùs quam interpretatione habeatur. Planè ſi teſtator ſimpliciter ita legauerit,*villam vti poſſedi lego*, placet villam intelligi legatam vti inſtructa eſt,*l.prædiis. 9.§.1. de leg.3.* non tam ex vi & proprietate legati vt arbitror, quàm quòd in dubio nihil ſit quod melius ſtatui poſſit, ne ſi nihil præter villam deberi dicamus,verba illa, *vti poſſedi*, fruſtrà adiecta eſſe fateamur. ☛ Illod poſtremò obſeruandum eſt, aliud eſſe legato generali certas ſpecies adiici, aliud verò certi numeri ſpeciem demonſtrari. Hoc enim caſu modus generi datus in his ſpeciebus intelligitur,vt eleganter Papinianus ait in *l.leg 9.de ſupell.leg.*vbi rationem hanc reddere videtur, quòd priore caſu ſpecies per imperitiam enumeratæ intelliguntur:poſteriore verò apparet teſtatorem non intellexiſſe, in genere contineri eam ſpeciem cui ſpeciali enumeratione certum modum & numerum dedit.*d.l. cùm de lanionis.§. cui fundum.de inſtru.vel inſtruct. legat.* Hæc autem omnia Accurſius, Bartolus,& cæteri interpretes vulgo malè explicant, & neſcio quid de participij per quod genus ſignificatur determinatione ridiculè, vt pleraque alia, comminiſcuntur.

CAPVT VIII.

Noua emendatio l.7.§.ſi vir. ſol. matr. & explicatio l vlt.de fund.dotal.

SVMMARIA.

1 *Fructus appellatione non venire quod ſemel remotum non renaſcitur.*

2 *Quando impenſa in lapidicinas fundi dotalis à marito facta ipſi præſtande ſint?*

3 *Cuius ſit marmor in lapidicinis fundi dotalis repertum, virine an vxoris?*

4 *An impenſam in aperiendis lapidicinis factam mulier marito præſtare debeat?*

5 *Difficultas duplex ex verbis Vlpiani* in l.7.§.ſi vir.ff. ſolut.matrim.

6 *Maritum nihil iuris in rebus dotalibus habere niſi ratione fructuum.*

7 *Reiicitur Græcorum interpretum ſententia.*

8 *Accurſij & Bartoli interpretationem ipſis Vlpiani verbis contrariam eſſe.*

9 *Emendatur* d.§.ſi vir.

10 *Vlpiani ratio explicatur.*

11 *Ratio veteris lectionis,& explicatio.* l. vlt. ff. de fund. dot.

12 *Iauolens ſententia* in d.l. vlt.

SI vir in fundo dotali lapidicinas marmoreas inuenerit,& aperuerit, multum intereſt an eæ tales ſint in quibus marmor creſcat,& renaſcatur, quales in Gallia & Aſia multæ ſunt,an verò aliud marmor eſſe non poſſit, quam quod iis apertis extractum eſt.Illo caſu marmor in fructu eſſe dicitur, poſteriore verò non item: † nam vt 1 eleganter Accurſius ait, fructus appellatione contineri

non poteſt id quod ſemel remotum poſtea non renaſci-
2 tur. *l.penultim.in princip.D.de contrahen empt.* † Rurſus ſi
apertę lapidicinæ ſint eiuſmodi, in quibus marmor non
renaſcatur, diſtinguendum eſt, an earum apertura fundus
dotalis fructuoſior, an deterior factus ſit, facile namque
contingere poteſt vt fructuoſior fiat, puta ſi marmoris
reperti maior ſit quàm totius fundi, qui antea erat, æſti-
matio. Fundo autem fructuoſiore facto certiſſimum eſt
impenſas marito præſtandas eſſe. *l. voluptuaria 7. de im-
penſ.in rebus dotalib.fact.l.7 §.vltim.ſolut.matrimon.* At ſi
vel deterior vel non fructuoſior factus ſit fundus nulla
ratio eſt vt harum impenſarum, quæ nec neceſſariæ nec
3 vtiles dici poſſunt, exactionem maritus habeat. † Quæ
cùm ita ſint, ſi quæratur cuius ſit marmor in lapidicinis
fundi dotalis repertum, viri ne an vxoris, intelligimus re-
ſpónderi ſine diſtinctione non poſſe. Nam ſi in iis lapidi-
cinis aliud marmor naſci & creſcere poſſit, id quod iam
extractum eſt, cùm in fructu ſit, vt diximus, ad maritum
proculdubio pertinebit, ad quem omnes dotis fructus
ſpectãt. *l.dotis 7.de iur.dot.l.pro oneribus 20.Cod. eo.* Quòd
ſi aliud marmor naſci non poſſit, id quod extractum eſt,
quemadmodum in fructu non eſt, ita neque mariti eſſe
poteſt, ſed tanquam dotale mulieris remanet, adeò vt ſine
ipſius voluntate alienari nequeat: eo autem mulieris vo-
luntate alienato, nummi ex ea venditione recepti dotis
4 efficiantur. *l.ſi ex lapidicinis 32.D.eodem.* † Item ſi quæra-
tur an mulier impenſam in aperiendis lapidicinis factam
marito præſtare debeat, apparet diſtinguendum eſſe, an
fundus deterior, an fructuoſior factus ſit. Nam ſiue mar-
mor in iis lapidicinis renaſcatur, ſiue non, fructuoſiore
tamen facto fundo impenſa omnimodo præſtabitur, de-
teriore facto, non præſtabitur: quinimo maritus iudicio
de dote in id quod intererit mulieris, condemnabitur. Et
hæc omnia, ſi rationibus non legibus diſputandum eſſet,
nemo eſt qui non ſtatim veriſſima & iuris rationi appri-
5 me conſentanea eſſe fateretur. † Atqui longè aliter ſen-
tire videtur Vlpianus in *leg 7 §.ſi vir.D.ſolut.matrimonio.*
vbi ſcribit, marmore extracto ex lapidicinis in quibus
aliud non renaſcitur, & fundo fructuoſiore facto, mar-
mor eſſe mariti, impenſam verò eidem præſtandam non
eſſe. Quod vtrumque qua ratione verum ſit, defendi certè
non poteſt. Etenim veriſſimum eſt, marmor ex iis lapidi-
cinis tractum, in quibus aliud non renaſcitur, in fructu
non eſſe, vt idem Vlpianus eodem loco ſubiicit, quod ſi
ita eſt, neque ad maritum pertinere vllo modo poteſt, *dict.
l.ſi ex lapidicinis. de iur.dot.* quam ob cauſam Vlpianus
tota *dict.l.7.* ita ſemper loquitur, vt quæ ad maritum per-
tinere vult, ea in fructum cedere dicat: quæ verò in cauſa
dotis remanere putat, ea omnia in fructum cedere neget:
6 † neque enim in rebus dotalibus quicquam iuris maritus
habet niſi ratione fructuum, vt quod in dotis fructu non
7 eſt, ne quidem volente muliere mariti eſſe poſſit. † Ridi-
culi verò ſunt Græci, qui lapides iſtos, quos in fructu
non eſſe fatentur, interim tamen tanquam fructus ad
maritum pertinere contendunt, neque animaduertunt
tam in *dict.§.ſi vir.* quàm in *l.vltim.de fund. dotal.* diſpu-
tari cuius ſint facto iam diuortio, & eo tempore quo in
iis aut nullum aut totum ſolius mariti ius eſſe neceſſe eſt:
Quod autem in *dict §.ſi vir:* Vlpianus adiicit, marito im-
penſam præſtandam non eſſe, adhuc obſcurius vel potius
abſurdius eſt. Omnino enim iuris ratio facit, vt impenſa
per quam fructuoſior dos facta eſt ſoluto matrimonio
reſtituatur: ne ex mariti iactura mulier locupletetur: quod
cum etiam in prædonis perſona iniquiſſimum eſſe dica-
tur, *l.planè 38.de pet. heredit.* multò minus in propoſito
caſu admittendum eſt, id eſt in marito cuius in cæteris ea-
dem quæ bonæ fidei poſſeſſoris ratio eſt. *l.fructus. 45. de
8 vſur.* † Ex quo moti Accurſius & Bartolus dixerunt mu-
tari caſum in iis verbis, *& impenſa non eſt ei præſtanda*, &
incipere Vlpianum loqui de fundo deteriore facto, quod
tamen ipſius verbis apertè repugnat: & non eſt exiſti-
mandum monere eum voluiſſe impenſam quæ fundum
deteriorem facit, marito præſtari non debere. Verius igi-
tur eſt, corruptum eſſe hunc Vlpiani locum: neque tam
de illo dubitandum arbitror, quàm in eo elaborandum
quomodo emendari & reſtitui poſſe videatur. Nam quod
ex recenſioribus vir doctiſſimus ſcripſit legendum eſſe,
nec fructuoſiorem fecerit, poſteriorem ſanè dubitationem
tollit, ſed prior illa ſemper manet, quòd marmor extra-
ctum ex iis lapidicinis in quibus aliud non renaſcitur,
quanquam in fructu non eſt, Vlpianus tamen mariti eſſe
ait. Illud etiam me valde mouet quod Vlpianus ſenten-
tiæ ſuæ rationem illam reddit, *quia nec in fructu eſt mar-
mor.* quæ tamen prorſus aliena eſt, ſiue quæramus cur
marmor mariti ſit, ſiue cur impenſa marito præſtari non
debeat. Quanquam Accurſius ſuæ illius commentitiæ in-
terpretationis memor, ita eam explicat vt impenſa mari-
to non præſtetur, quia in fructu, id eſt vtilis non ſit. Sed
nihil proficit, non ſolùm quia fructuoſiorem factum eſſe
fundum Vlpianus dicit, ſed etiam quia marmor non im-
penſam in fructu eſſe negat. † An ergo probabilius dici 9
poteſt Vlpianum ſcripſiſſe, marmor mariti non eſſe, at ei-
dem impenſam præſtandam eſſe. Id verò aſſequemur, ſi
negationem poſitam in illis verbis, *& impenſa non eſt ei
præſtanda*, tollamus, & in ſuum locum transferamus, id eſt
inter duo illa verba, *mariti eſt*, ita enim in vulgatis codi-
cibus legitur rectius, quam in Florentinis, *marmor quod
caſum neque exportatum eſt mariti.* Quo poſito dici non
poteſt quam rectè his omnibus conueniat ratio, quæ ſub-
iicitur, *quia nec in fructu eſt marmor.* † Hæc enim recta, 10
vera & propria ratio eſt propter quam marmor mariti
non eſt. Rurſus, ſi vtilis impenſa, marito præſtanda eſt,
etiam eo caſu quo marmor in fructu eſt, & ad maritum
pertinet, id eſt ſi lapidicina talis ſit in qua marmor creſ-
cat & renaſcatur. *l.vltim.de fund. dotal.* quanto magis in
propoſita ſpecie marito præſtanda eſt, in qua ne quidem
in fructu eſt marmor? magis enim hoc quàm illo caſu
maritus periclitatur. Et ita rationem hanc Vlpiani ex-
plicandam arbitror. † Huic verò tam craſſo errori cau- 11
ſam dediſſe videtur *dict.l vltim.de fund.dotal.* in qua La-
beonis ſententia proponitur, exiſtimantis in eadem, vt
videtur, ſpecie, marmor mariti eſſe. Sed cùm ita Labeo di-
cebat, de iis lapidicinis proculdubio intelligebat in qui-
bus creſcere lapis poteſt. Et ea nimirum ratio eſt propter
quam Iabolenus reprehendit quod idem Labeo dicebat,
viro impenſam à muliere præſtandam non eſſe, quaſi &
neceſſaria non eſſet, & fundus deterior eſſet factus. Re-
prehendit autem ea ratione, quod non neceſſarias tan-
tum, ſed etiam vtiles impenſas à muliere præſtari opor-
teat: fundus verò deterior non ſit ſi tales ſunt lapidicinæ
in quibus creſcere lapis poteſt, de quibus proculdubio
ſenſiſſe Labeonem neceſſe eſt cùm marmor viri eſſe di-
xit. † An igitur Iaboleni ſententiam eam fuiſſe dicemus, 12
vt non aliter impenſa marito præſtanda ſit, quam ſi in
lapidicinis renaſcatur marmor? Minime verò. Cùm enim
vtiles impenſas à muliere præſtandas eſſe dicat, manife-
ſtum eſt fructuoſiore facto fundo mulierem omnimodo
teneri, licet lapidicina talis ſit, in qua creſcere marmor
non poſſit. Verùm ita Iabolenus dixit, quòd in caſu de
quo Labeo reſponderat, id eſt cùm marmor in lapidicina
renaſcitur, contingere non poteſt vt fundus deterior fiat,
cùm vix ſit vt niſi in ſaxoſis & ſterilibus fundis huiuſmo-
di lapidicinæ reperiantur. At cum in lapidicina marmor
non renaſcitur, vt plurimum euenit vt deterior fiat fun-
dus, quanquam & fructuoſior fieri poteſt, ſi vt initio dixi,
maior ſit marmoris reperti quam totius fundi, qui antea
erat æſtimatio. Ex quo intelligimus quàm parum cautè
nonnulli ſcripſerint fundum fructuoſiorem fieri non
poſſe quin marmor in fructu ſit: hoc enim caſu fundus
fructuoſior fit qui pluris vendi poteſt quàm antea, nec ta-
men marmor in fructu eſt. Sic Labeo dicebat fundum
deteriorem factum eſſe in quo lapidicina inuenta eſt in
qua marmor renaſcitur, neque tamen ideò marmor ad
maritum pertinere, id eſt in fructu eſſe negabat. *dict.l.
vltim.*

vltim. D. de fund. dotal. Illod ſanè prætermittendum non arbitror, *in dict. §. ſi vir*, verba illa, *niſi ſalus ſit*, non continere exceptionem ad omnia præcedentia, ſed ad id duntaxat quod proximè dictum eſt, in fructu marmor non eſſe, quod Accurſius & Bartolus non intellexerunt.

CAPVT IX.

Defenditur, & explicatur recepta lectio l. interdum 14. D. de in rem verſo.

SVMMARIA.

1 *Vera quæſtio d. l. 14.*
2 *Aliud teneri actione de in rem verſo, aliud teneri de peculio.*
3 *Quum ſeruus communis in alterius domini rem vertit, alterum dominum cuius in rem verſum nihil eſt, de in rem verſo non teneri.*
4 *Marcelli nota ad Iulianum.*
5 *Communem dominum qui ſeruo peculium ademit, actione de peculio teneri non poſſe.*
6 *Explicatur & confirmatur Marcelli ſententia.*
7 *Difficultas ex eadem nata ſoluitur.*
8 *Quæſtio pro ſententia.*

1 VLpianus † *in l. ſi in rem. 13. de in rem verſo.* refert apud Iulianum tractatum fuiſſe ſi vnius ſerui plures domini ſint, & in rem alterius ex iis verſum ſit, quod ſeruo creditum eſt, vtrum is ſolus in cuius rem verſum eſt, an & ſocius actione de in rem verſo conueniri poſſit. Ita enim quæſtionem concipiendam arbitror, non quomodo Accurſius, an de eo quod in rem ſocij verſum eſt, poſſit alter ſocius actione de peculio conueniri. Quamuis enim quod in rem domini verſum eſt, in ſerui peculio ſit, vt cùm de peculio agitur, de eo quoque quod in rem verſum eſt, agi videatur, attamen dubitandum non eſt Vlpianum actionem de in rem verſo ab actione
2 de peculio ſeparare, † cùm & lóngè aliud ſit teneri actione de in rem verſo, aliud teneri de peculio: & nemo vnquam dubitauerit pro peculio ſocij, ſocium de peculio conueniri poſſe. *l. ſi duo 15. D. de pecul. l. hinc quæritur. 19. §. vltim. eod. l. etſi non. 8. §. vltim. D. commun. diuid.* Reſpondet verò Vlpianus ex Iuliani ſententia, eum ſolum conueniri in cuius rem verſum eſt, ſicuti cum ſolus iuſſit: ex cuius exempli comparatione magis intelligimus loqui Vlpianum de actione de in rem verſo ab actione de peculio ſeparata, vt quemadmodum ex pluribus dominis is ſolus qui iuſſit in ſolidum tenetur *l. 1. quod iuſſu.* ita is ſolus in cuius rem verſum eſt in ſolidum teneatur. hoc eſt actione de in rem verſo, non de peculio, quæ non in ſolidum datur, ſed eatenus duntaxat quate-
3 nus peculium patitur, *§. præterea. Inſtitut. quod cum eod.* † Finge igitur mihi & Titio communem eſſe ſeruum Stichum, qui ab vnoquoque noſtrum habeat centum in peculio, id eſt, peculium ducentorum nobis etiam commune. Si Sempronius ei trecenta crediderit, quæ ipſe in ſolius Titij rem tota verterit, multum ſanè intererit an actione de peculio conueniat, an actione de in rem verſo. Illo namque caſu ducenta tantum à me Sempronius conſequetur, quoniam in communi peculio ducenta tantum ſunt: at actione de in rem verſo trecenta conſequeretur, cùm integra trecenta in rem ſocij mei verſa ſint. Iuliani ergo ſententia eſt, quam & Vlpianus probat, ſeparandam hac parte actionem de in rem verſo ab actione de peculio, nec quemadmodum hanc, ita illam propter id quod in rem alterius ſocij verſum eſt, aduerſus
4 alterum ſocium competere. † Quod quanquam æquiſſimum eſt, & rationi maximè conuenientaneum, vt non teneatur actione de in rem verſo is in cuius rem verſum nihil eſt, Marcellus tamen apud Iulianum libro duodecimo Digeſtorum (ita enim emendanda eſt inſcriptio *l. 14. ex l. 16. pecul.* vel huius ex illa) notat interdum etiam contingere, vt propter hoc quod in rem alterius ſocij verſum eſt, de in rem verſo cum altero agi poſſit: hæc enim ſunt verba *l. 14.* ex quibus adhuc manifeſtius eſt quæſtionem Iuliani de actione de in rem verſo, non de peculio intelligi debere, quia poſt verba illa, *propter hoc quod in rem alterius ſocij verſum eſt*, fruſtra ſint adiecta illa, *de in rem verſo*, ſi cum Accurſio ſic intelligantur, *De eo quod in rem verſum eſt actione tamen de peculio.* Vt taceam Iuliani quæſtionem ex Marcelli nota intelligendum eſſe, niſi Marcelli notam cauillationem potius eſſe fateri volumus. Marcellus igitur notat Iuliani ſententiam ſemper veram non eſſe. Qui enim, inquit, ſi in propoſita ſpecie, ſeruo meo & Titij peculium quod à me habebat, id eſt centum, ademero? Peculium quod ſupereſt, totum Titij ſocij mei proprium eſt. *l. qui ergo 16. in fin. de pecul.* vbi ex eiuſdem Marcelli ad Iulianum notis, 5
id ipſum proponitur. Ita igitur fiet, vt ego, qui peculium amplius non habeo, de peculio conueniri non poſſim. Nimirum actionem de peculio à mea perſona incipere neceſſe eſt, vt quamuis manente peculij communione poſſim de peculio conueniri ſupra quàm ſeruus communis à me in peculio habeat, tamen ſi à me nihil omnino habeat, nec rationis nec æquitatis ſit ex ſocij mei perſona aduerſus me de peculio actionem dari. Ipſa enim peculiorum non ſerui communio efficit vt ex pluribus dominis alter alterius nomine de peculio teneatur, ideoque ſi ſocij ſeparata peculia habeant, ſinguli pro ſuo duntaxat peculio conueniuntur, *dict. l. ſi duo*, itemque ſi peculium, quod antea fuit commune, facta ab altero ex dominis ademptione alterius proprium factum ſit. Cum ergo de peculio conueniri non poſſim, quæſtio illa ſupereſt, an teneat actione de in rem verſo. Et Marcellus ait me teneri: Quod licet indiſtinctè dicat, ego tamen ſic accipiendum non puto, vt ea actione tantum cogar præſtare, quantum ſocius meus in cuius rem verſum eſt præſtare cogeretur, hoc eſt trecenta. Iniquiſſimum enim eſſet me, in cuius commodum nihil verſum eſt, adempto peculio trecenta præſtare, qui, ſi peculium non ademiſſem, actione de peculio nonniſi ducenta præſtarem. Sed neque hæc ducenta, quæ actione de peculio, ſi ademptum non eſſet, præſtarem, puto me actione de in rem verſo præſtare debere. Cùm enim bona fide peculium ademerim (alioquin ademptio non faceret quin de peculio teneret) æquum etiam non eſt eius me peculij poſt ademptionem onus ſentire. Quid ergo eſt? Adempto peculio nihil me ex perſona mea actione de in rem verſo præſtare debere arbitror, ſed ex perſona Titij ſocij mei tantum quantum ex eiuſdem perſona actione de peculio præſtitiſſem, ſi ei peculium non ademiſſem, id eſt centum. Idque non obſcure Marcellus innuit, cùm ait, poſſe me à ſocio repetere id in quo damnatus fuerit, quod vtique falſum eſſet, ſi quid ex perſona mea præſtarem, vt contingit in actione de peculio. *d. l. & ſi non 8. §. vlt. commun. diui.* † Nec ſanè abſurda aut iniqua eſt hæc Marcelli 6
ſententia, ſi ſubtilius intueare. Nam qua ratione & æquitate conuentũ me de peculio præſtare neceſſe eſt ex ſocij mei perſona ſupra quàm in peculio habeam, ſcil. ne in plures aduerſarios diſtinguatur qui cum vno contraxerit, *l. & ancillarum 27. §. vlt. de pecul.* eadem prorſus ratione & æquitate adempto peculio, actione de in rem verſo præſtare debeo quantum ſocius in peculio habeat: neq; magis cõqueri poſſum cur ex perſona ſocij teneat de in rem verſo, quàm cur ex eiuſdem perſona teneat de
peculio. † Dices fortaſſe, imò diuerſam harum actionum rationem eſſe: ſocium enim ex ſocij perſona teneri de peculio propter peculiorũ communionem, vt diximus: ſublata igitur communione nullã rationem eſſe cur de in rem verſo teneatur: Et hæc vnica fortaſſe ratio eſt, quæ interpretibus inextricabilẽ quæſtionis huius exitum fecit. Sed facilis reſponſio eſt, ſublata quoque per ademptionem peculiorum communione, æquum eſſe teneri me de in rem verſo, quòd ipſe peculium 7

ademerim,

ademerim, atque ita effecerim, ne ex perſona ſocij mei de peculio conueniri poſſim: alioqui dicendum erit, creditoris mei conditionem facto meo deteriorem fieri poſſe. Planè quia peculium bona fide ademi, mihi in hoc ademptio proderit, vt qui actione de peculio ducenta præſtitiſſem, nec à ſocio meo niſi centum repetiiſſem (alia namque centum ex perſona mea debuiſſem) poſt ademptionem, centum duntaxat præſtem, eáque integra à ſocio repetam. Præſto autem actione de in rem verſo, quia ex ſocij, in cuius rem verſa ſunt, perſona ea præſto. Vnde fit vt ſi nihil in rem ſocij mei verſum ſit, nulla aduerſus me actio creditori competat, nec de peculio, quoniam ademptum eſt, nec de in rem verſo, quoniam in rem verſum nihil ſit. Quid igitur ſi peculium quod à me communis ſeruus habebat ademptum nõ ſit, ſed mortuum, vt loquitur *l. peculium 40. de pecul.* vel finitum aliquo ex iis modis de quibus agitur in *tit. quand. act. de pec. eſt anna.* hoc eſt alienatione, vel manumiſſione aut morte ſerui? Et dicendum eſt his omnibus caſibus me, in cuius rem nihil verſum eſt, de in rem verſo cõueniri nõ poſſe: cùm intra annũ de peculio agi poſſit, poſt annum verò potius per creditorẽ quam per me factum videatur quominus de peculio teneat. Ne fortè quis malè ita colligat ex eo quod Marcellus de ademptione tãtùm loquitur. Nã ſi aliis quoq; caſibus idem admittendũ putaſſet, generaliter dixiſſet, *Quid enim dicemus ſi ſeruus ab altero ex dominis peculium nullum habere cœperit:* neq; interdũ contingere ſcripſiſſet, quot nos ciuibus contingeret. Ac ſanè vix veriſimile eſt tot caſus à Iuliano & Vlpiano vel omiſſos vel ignoratos fuiſſe. Nec ad rẽ pertinet, quod ad Marcelli notã Paulus ſubnotat, ſententiã Marcelli procedere ſi de peculio agi nõ poſſit: neq; enim id ita accipi debet, vt procedat omni caſu quo de peculio agi nõ poteſt ſed ſtrictius, vt nõ procedat ſi de peculio agi poſſit. Quod maximè conſequens eſt ei quòd diximus, non aliam ob cauſam teneri ſpeciem de in rem verſo, propter hoc quod in rem alterius ſocij verſum eſt, quam quia ipſius facto contigerit, ne de peculio agi cum eo poſſet.

8 † In Pauli nota illud obſeruadum eſt, quod quæſtionem dixit pro ſententia: quod Accurſium fefellit. Ita autem dixit, quòd Marcelli ſententia per quæſtionem concepta erat iis verbis, *quid enim dicemus?* Alioqui ſi quæſtionem pro dubitatione intelligas, non magis vno quàm alio caſu procedit. Errant igitur meo iudicio, qui Marcelli sẽtentiam aliter explicantes, putant in *d. l.* 14. legendũ eſſe addita negatione, *ſi peculium ſeruo ab altero ademptũ non fuerit.* Mihi locus hic ſanè difficillimus, ſed interpretatio noſtra accommodatiſſima, & veriſſima videtur: quæ tamen ſi tui minus ſatisfaciet, cogitare is debebit Marcelli caſum valde eſſe nouum, ſingularem atque dubitabilem: cuius ſcil. rationem nullam habuit Iulianus, aut etiam Vlpianus, qui tamen Marcelli ad Iulianum notas non indiligenter legerat: ex quo probabiliter ſuſpicari liber, Marcelli notam Vlpiano non placuiſſe: quod & verba illa confirmant, *quam ſententiam puto veram.* Placuit tamen Paulo, placuit etiam Triboniano: neque verò dubitandum eſt quin hodie Iuliani ſententia ex Marcelli nota interpretanda ſit, poſteaquam placuit Iuſtiniano, vt omnia Iureconſultorum reſponſa, quaſi ab vno ore, & à ſolo Iuſtiniano profecta intelligantur.

CAPVT X.

Conciliatio l. ventre 84. de acquirend. hæredit. cum l ſi filius 16. D. de liber & poſthum.

SVMMARIA.

1 *Prima dubitatio in ſpecie legis 16. de lib. & poſthum.*
2 *An in ſpecie dicta legis natus fuerit poſthumus?*
3 *Plenum ventrem fuiſſe in ſpecie d. l. rationibus conuincitur?*
4 *Africanus cum Papiniano conciliatur?*
5 *Bonorum poſſeſſionis decretum nonniſi deficiente iure dari.*
6 *In quo differant legum ſupradictarum ſpecies.*
7 *Intereſſe in ſpecie dictarum legum, an incertum ſit plenum eſſe ventrem, necne?*
8 *Alia dubitatio circa dictarum legum ſpecies.*
9 *Conciliatio Africani cum Papiniano ab aliis tradita refutatur.*
10 *Interpretatio l. 4. §. vlt. de ben. poſſeſſ. cont. tab.*

EX omnibus Digeſtorum legibus, quæ cùm inter ſe pugnare videantur, conciliari tamen commode poſſunt, nullatum mihi vnquam difficilior conciliatio viſa eſt, quàm *l. ventre. de acquirend. hered. cum l ſi filius* 16. *de liber. & poſthum.* † In cuius ſpecie illud primùm arduam 1
& elegantem dubitationem habet, ab interpretibus magnis contentionibus agitatam, vtrum vacuus fuerit venter, an plenus, & ſi plenus vẽter fuerit, an natus ſit poſthumus, necne: Sed quoniam ſiue vacuus, ſiue plenus venter fuerit: ſiue natus poſthumus, ſiue non natus, pugnare videtur *dict. l. ſi filius. cũ l. ventre.* quod pauci interpretes obſeruarunt, † non valde in hoc laborabimus vt quid verius ſit inueſtigemus, ſed viri doctiſſimi *Iacobi Cuiacij* ſententiam libenter ſequemur, qui ex Florẽtina lectione primus, quod ſciã elegantiſſimè & veriſſime obſeruauit natum fuiſſe poſthumũ, vt in iis verbis, *poſthumo non nato,* Iureconſultus *non* dixerit pro *nondum, vt in l. 2. ſi pars hered. petat. l. ſi duobus* 16. *in princip. de leg.* 1. *l. Papinianus* 8. §. *quoniam autem. de inoff. teſtam.* † Certè plenum fuiſſe 3
ventrem illud apertiſſimè conuincit, quod Africanus in poſteriore legis parte ſcribit filium videri fuiſſe heredẽ ab inteſtato, cùm tamen Papinianus *in l. ventre,* ſcribat ſi vacuo ventre mulier fuit, non ideò minus filiũ ex teſtamento heredem intelligi quòd incertus de ſtatu ventris, deceſſerit, ſcil. quia ad acquirendam hæreditatem nullo eius facto opus eſt, ſolaq; legis authoritas ſufficit, quæ cum ſemper certa ſit, patris hereditatẽ filio tribuit ſi vacuo ventre mulier fuerit. *l. cùm quidam* 30. §. *ſuum heredẽ de acquir. hered.* Addi etiã poteſt quod Africanus ait nepotem ſuum heredem auo eſſe, hoc eſt, vt interpretor, ab inteſtato. Sui enim heredis nomen legis duodecim tabularum eſt vſurpatum in ſucceſſione inteſtati, non teſtati: vnde titulus *De ſuis & legitimis.* At ſi vacuus venter, aut poſthumus non natus fuiſſet, ratio facit vt in priore legis parte, hoc eſt dato ſubſtituto vel coherede, filius ex teſtamento heres fuiſſe intelligeretur: datio enim ſubſtituti vel coheredis efficit vt ſuſtineri teſtamentum poſſit in id vſq; tempus quo natum vel non natum fuiſſe poſthumum appareat. Cur non enim retro fingatur filius heres fuiſſe ex eo teſtamento, quod ſemper valuit, nec vnquam aut deſtitutum aut ruptũ eſt? arg. *l. ſi pater meus* 36. *de ſolut.* Idque ſatis apertè poſterior Africani ſpecies & ratio oſtendit. Plenum igitur ventrem fuiſſe neceſſario dicendum eſt. † At rurſus obſtare videtur *d. l. ventre.* 4
in qua disertè Papinianus ait, ſi ventre pleno mulier fuit, filium heredem ſcriptum interea decedentem nihil ad heredem ſuum tranſmittere: poſſe tamen ex æquitate decretum poſtulare, quoniam eo ſuperſtite futurum eſſet vt alterutro caſu patris hereditatem obtineret. Africanus verò, *d. l ſi filius.* filium ait nondum nato poſthumo morientem ab inteſtato heredem intelligi, ideò quòd quo tempore moritur certum eſſe incipiat neminem ex eo teſtamento heredem fore. Cùm enim ſubſtitutus aut coheres nullus datus ſit, apparet filium, cuius morte teſtamentum deſtituitur, ex teſtamento heredem eſſe non poſſe, & ideò ſublata omnino teſtamentariæ ſucceſſionis ſpe, cauſæ inteſtati locum eſſe. Quæ ratio vſque adeò aperta eſt & vera, vt qui Papinianum contrà putaſſe diceret, planè neſcio quid ad eam pro Papiniano reſpõdere poſſet. Accedit quod Africanus ſubiungit hoc caſu idem euenire, quod filio ſub conditione, vt vocant

poteſta

poteſtatiua inſtituto : quo caſu certiſſimum eſt filium ante impletam conditionem morientem, ſi nullum coheredem aut ſubſtitutum habeat, ab inteſtato ſuccedere, quod & Papinianus ſcripſit in *l. vlt. de condit. inſt.* Ergo Papinianus ab Africano diſſentire dici non poteſt. Multoque minus quod ex recentioribus vir doctiſſimus tentat, explicandum eſſe Africanum ex Papiniano, vt quod ille ait, filium ab inteſtato heredem exiſtere : ſic intelligatur vt accepto decreto bonorum poſſeſſionis commodum ad ſuos heredes tranſmittat, vel ita vt ſi filius dum vixit, decretum non acceperit, heredibus eius eodẽ Prætoris beneficio ſuccurratur. *ex l.4. & 5. de bonor. poſ-*
5 *ſeſſ. contr. tabul.* † Nam ſi ex neceſſaria iuris ratione filius ab inteſtato heres fuiſſe intelligitur, quid ei aut eius heredibus decretum prodeſſe poteſt: quod vt idem vir doctiſſimus fatetur, & veriſſimum eſt, numquam niſi deficiente iure datur, *l. ſcriptus 12. de Carbon. edict. l.1. §. ſi quis prima de vent. in poſſeſſ. mitt. l. & mulieri. 15. §.1. de cura furioſ.* Rurſus in altero illo exemplo quo Africanus vtitur filio ſub poteſtatiua conditione inſtituto, & priuſquam ei pareret mortuo, decretum neceſſarium eſſe quis dixerit? Certè nec Africanus, nec Papinianus ipſe
6 decretum vllo modo requirit † Dicendum igitur eſt, differẽtes eſſe legum ſpecies: quamuis in vtraque plenus venter fuerit, tamen in ſpecie Africano propoſita certum fuiſſe, ventrem eſſe plenum, at in ſpecie Papiniani hoc ipſum fuiſſe incertum : Id enim eſt, quod Papinianus ait, *pleno ventre mulier fuit, & interea filius deceſſit*, id eſt incerto eo an venter plenus eſſet an vacuus: quomodo in priore ſpecie dixerat, *ſi vacuo ventre mulier fuit,*
7 *& incerto eo filius deceſſit.* † Multum verò intereſſe arbitror an incertum ſit ventrem plenum eſſe, necne, quia cùm hoc incertum eſt dici non poteſt quod Africanus ait, certum eſſe filio moriente neminem ex eo teſtamento heredem futurum. Cùm enim ventre vacuo filius ſit futurus heres ex teſtamento, neceſſariò fit vt quandiu incertum eſt an vacuus venter ſit, an plenus, tandiu quoque incertum ſit, an ex eo teſtamento heres filius futurus ſit. Pendet igitur hoc caſu non tantum cauſa teſtamenti, ſed etiam inteſtati, quia quandiu filius ex teſtamento heres eſſe poteſt, non defertur ei ab inteſtato hereditas : vt proinde ſi filio neque ſubſtitutus, neque coheres datus ſit, tam inteſtati quam teſtati cauſa filij morte deſtituatur. Nec ad rem pertinet, quod per rerum naturam certum ſit ventrem eſſe plenum : neque enim ideò fit vt per rerum naturam certum ſit filium ex teſtamento heredem eſſe non poſſe : ſcilicet quia etiam ſi ventre pleno mulier fuerit, facilè tamen contingere poteſt vt filius ex teſtamento ſit heres, forte ſi antequam appareat plenum eſſe ventrem, partus in vtero corrumpatur: quo caſu fatendum eſt, perinde ex teſtamento heredem eſſe filium, ac ſi reuera vacuus venter fuiſſet. Quid enim intereſt an reuera vacuus venter, an ita plenus, vt tamen plenum eum eſſe nemo ſciet? Quod ſi obiicias ex euentu apparere plenum fuiſſe, reſpondebo euẽtũ hunc expectari nõ poſſe, quia nemo ſit qui moriẽte filio teſtati vel inteſtati cauſam ſuſtinere poſſit, indeque fieri vt quo inſtanti moritur, non ſolùm teſtati, ſed etiam inteſtati ſucceſſio deſtituatur, nec filius ex teſta-
8 mento aut ab inteſtato heres fuiſſe intelligatur. † Sed hic rurſus dubitari poteſt, cur ergo diuerſum admittamus, ſi vacuo ventre mulier fuit, & incerto eo filius deceſſerit, cùm hoc etiam caſu incertum ſit an ex teſtamẽto aut ab inteſtato filius heres futurus ſit. Eleganter tamen reſponderi poteſt quod iam ſuprà diximus, filium ſtatim heredem eſſe ex lege, quæ ventrem vacuum eſſe certa eſt: nec verò quemadmodum ventre re vera pleno poteſt contingere, vt habeatur pro vacuo, ſcilicet ſi plenum eum eſſe nunquam appareat, in ventre re vera va-
6 cuo poteſt vnquam contingere vt habeatur pro pleno. † Ex his porro intelligimus egregiè decipi eo qui vt Papinianum cum Africano concilient, ſubſtitutum vel coheredem in *d. l. ventre.* datum fuiſſe comminiſcuntur: nam ſi aliquis datus proponeretur qui teſtamentum ſuſtineret, & vtique ventre pleno filius heres eſſet ex teſtamento poſthumo non nato : quod tamen Papinianus apertè negat. † Et hinc quoque interpretandum eſt 10
quod Iurec. ſcribit in *l.4. §. vlt. de contr. tabul.* & intelligendum de filio emancipato, cui neceſſarium eſt decretum omni caſu quo bonorum poſſeſſionem aut ſecundùm tabulas, aut contra tabulas accipere non poteſt. Quod ſi etiam de filio qui in poteſtate ſit intelligatur, dicendum eſt fuiſſe quidem in ea ſpecie reuera plenum ventrem, ſed incerto eo filium deceſſiſſe, vt *in dict. l. ventre*, atque ita commodè vterque locus conciliabitur cum *d. l. ſi filius.* Veréque diffiniri poterit tam ſuo quàm emancipato filio neceſſarium eſſe decretum: ſed maximè emancipato vt ait *d. l.4. §. vlt.* ſcilicet quia nec interim adire hereditatem poteſt, nec ſine aditione heres eſſe. Suo igitur non aliter neceſſarium eſt, quàm ſi incertum ſit an plenus ſit venter qui reuera plenus eſt, neque coheres aut ſubſtitutus datus ſit. At quamuis reuera vacuus venter ſit, aut ventre pleno coheres vel ſubſtitutus datus, neceſſarium eſt emancipato ne interea decedens heredi ſuo relinquat nihil. Quamquam, vt ex Iuliano ſubiicitur in *l. 5. de contr. tabul.* ſi ante acceptum decretum filius deceſſerit, æquiſſimum eſt Prætorem decernere vt ipſius heredi ſaluum ſit commodum bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas, vel contra tabulas: vt in effectu parum interſit an filius decretum acceperit, an non, & an plenum ventrem ſciuerit, an incerto eo deceſſerit, cum omni caſu hereditatis emolumentũ in ipſius heredes tranſmittatur. Et ad hoc fortaſſe reſpicientes interpretes, non putarunt magno labore inquirendam conciliationem *d. l. ſi filius, cum l. ventre.* quæ tamen, niſi eo quo diximus modo exponatur, explicari, meo iudicio, nulla ratione poteſt.

CAPVT XI.

Emendatur Claudij nota in l. generali. 32. §.1. de vſufr. legat.

SVMMARIA.

1 *Species* §.1. l. generali.
2 *Ratiocinatio Accurſij ad dicti §. ſpeciem.*
3 *Duplex Interpretum error in explicandis Claudij verbis indicatur.*
4 *Vera quæſtio dicti* §.1.
5 *Solo vſufructu legato proprietatem legatam non videri.*
6 *Explicatur* l.15. de aur. & arg. leg.
7 *An, & quando finitus vſusfructus ad proprietatem non reuertatur?*
8 *An in* d. §. Claudius *Scæuola reſponſum reprehendat?*
9 *Difficultas nata ex illis Claudij verbis.* eo magis quòd æquis partibus.
10 *Claudij nota emendatur, & emendationis ratio redditur.*

† Mirum ſanè videtur, quod Iuriſconſultus Scæuola in ſpecie, de qua conſultus fuerat, reſpon- 1
dit *in leg. generali, capite trigeſima ſecunda §. 1. Digeſt. de vſu & vſufructu legato.* auiæ legatum bonorum vſumfructum, ita vt poſt ipſius mortem ad tres nepotes (tot enim nepotes ponere nos oportet in hac ſpecie) heredes ſcriptos pertineret ſeu rediret, vel ad eum qui ex iis ſupereſſet, duobus ante auiam mortuis, tum auia ipſa defuncta, ad ſolam filiam ſuperſtitem non reuerti, ſed ad eos omnes pertinere ad quos proprietas pertinet: hoc eſt, etiam ad præmortuorum liberorum heredes, pro iis videlicet partibus ſeu portionibus ex quibus ipſi

ſententia, *dicta leg. tertia, §. primo. (Hec autem repetitio, qua ſit poſt amiſſum capitis minutione vſumfructum, quæritur, an & ius adcreſcendi ſecum ſaluum habeat, vt puta: Titio & Manio vſusfructus legatus eſt, & ſi Titius capite minutus eſſet, eidem vſumfructum legauit: Quæſitum eſt. ſi Titius ex repetitione vſumfructum haberet, an inter eos ius adcreſcendi ſaluum eſſet. & Papinianus libro decimoſeptimo Quæſtionum ſcribit, ſaluum eſſe, perinde ac ſi alius eſſet Titio in vſufructu ſubſtitutus: hos enim tametſi non verbis, re tamen coniunctos videri.)*

7 † Quæ omnia quamquam ita ſunt, cùm in quam ratio & ratiocinatio illa ſuperior Interpretum ſubſiſtere nullo modo poſſit, propter tot illa quæ iam dixi, & quidem omnium certiſſima, mihi tamen perſuadere non poſſum, (non magis quam hi ipſi Interpretes) quod etiã Fulgoſius iam olim rectè vidit, Claudio diſplicuiſſe opinionem ſeu reſponſum Scæuolæ, cuius alioquin reſponſa cætera ipſe perpetuò probare ſolet, & eorum reſponſorum aliquam ſubinde rationem reddere, quæ prima viſione, vt loquuntur noſtri id eſt primo intuitu, ac minus diligenter intuenti aduerſus ſummam & expoſitam iuris rationem, aut teſtatoris voluntatem Scæuola reſpõdiſſe videtur, quale profectò iſtud eſt de quo nunc iſto capite quærimus: cùm ſuperſtes filia ex manifeſta teſtatricis voluntate propter ſubſtitutionem in vſufructu factam ad omnium bonorum vſumfructum admittenda videretur.

Ac ſanè, ſi Claudij Tryphonini verba ſuperius ſcripta rectè expẽdamus, nihil minus ea quàm reprehendentis verba eſſe comperiemus. Cur enim is, Claodius inquam Tryphoninus, non credidiſſet vſumfructum in vicem portionum hereditariarum inter liberos datum fuiſſe? An fortè quia id Scæuola dixerat? Minimè gentium: Quonam igitur diuinatio illa Claudij Tryphonini, cùm Scæuolam alia ratio mouere potuerit. Inepta profectò reprehendendi ratio hæc eſt, ſi rationem quam alius non attulit, arbitrio tuo talem qualem velis comminiſcare, tum & reprehendas. Nihil enim effeceris, ſi is quem reprehendis alia ſe ratione motũ fuiſſe oſtendat.

8 † Verum illud longè difficilius eſt, quonam igitur pertineat ratio illa Claudij Tryphonini; *Eò magis, quòd æquis partibus hæredes erant ſcripti.* Tantùm enim abeſt, vt ex ea colligi poſſit, quod Claudius Tryphoninus voluit, vſumfructum in vicem portionum hereditariarum datum non intelligi, vt potius contrariarum exinde probetur manifeſtè. Liberis enim ex æquis partibus hæredibus ſcriptis, prudens conſilium teſtantis matris animaduertitur, quæ cùm tres filios heredes ſcriptos cogitaret poſſe hereditatem adire, poſſe etiam repudiare, poſſe viuere, poſse etiam mori: vt iis in omnem caſum prouideret, eos heredes inſtituit ex trientibus, vt ſi heredes eſse vellent, ex æquis partibus heredes eſsent: Quòd ſi quis eorum portionem ſuam repudiatam vellet (tota enim hereditate ab omnibus repudiata, de legato iam ampliùs quæri non poſset) prouidit, vt is in ſolatium ſaltem repudiatæ à ſe portionis hæreditariæ vſumfructum nudum haberet, & quidem ſuæ duntaxat portionis, ſi alij quoque liberi ſuperſtites eſsent, ne alioquin piorum filiorum matris iudicia comprobantium cauſam deteriorem facere videretur, quàm eius qui portionem h[illegible]ditariam repudiaſset: At aliis liberis poſt aditam hereditatem mortuis, voluit mater ei ſoli qui ſupereſset omnium bonorum vſumfructum deberi, vt qui proprietatis partem nullam haberet, ſaltem qu[illegible]diu viueret, præmortuorum liberorum heredibus i[illegible]fructu præferretur. Eleganter igitur Iuriſconſultus Scæuola benè reſpondit, omnibus liberis portiones hereditarias agnoſcentibus, tum duobus mortuis ei qui ſupereſset ſolius portionis ſuæ vſumfructum deberi, quia ſubtiliter animaduertit non aliam ob cauſam matrem liberis vſumfructum legaſse, quam in vicem & locum portionum hereditariarum, ſi aliquos ex iis portiones ſuas hereditarias repudiare contingeret. Quod cùm ita ſit, neceſſariò conſequens eſt adita ab omnibus hereditate vſusfructus legatum euaneſcere, cum in vicem & locum portionis hereditariæ quicquam habere non debeat is qui ipſam portionem habeat. Vſumfructũ verò in vicem portionum hereditariarum inter liberos datum ideò credidit Scæuola, quòd liberi ex æquis partibus: hoc eſt, trientibus heredes ſcripti erant. Nam liberis omnib. inſtitutis ex æquis partibus fruſtrà mater legat vſumfructum omnium bonorum qui ad eos ipſo iure rediturus eſt: niſi in vicem & locum portionum hereditariarum: nec ſanè alia ratio reddi poteſt. Planè liberis ex diſparibus partibus inſtitutis dici poſſet iis omnibus legatum vſumfructum, vt qui in proprietate diſpares eſſent, ſaltem quandiu viuerent ex æquis partibus hereditate fruerentur: ſed æquis partibus in proprietate factis, neque hoc, neque aliud quicquam probabile dici poteſt. † Fatendum igitur eſt Claudium Scæuolæ ſententiam probare, vt alias ſolet, non improbare, ob idque notam eius ita reſtituendam eſſe vt legamus, *Claudius nam credidit.* Error enim valde probabilis eſt, emendatio verò ex iuris ratione omnino neceſſaria, eoque magis admittenda: quòd ſi vulgatam lectionem ſequamur, non Claudium vel Scæuolam, ſed vtrumq; ſtolidiſſimum & ineptiſſimum eſſe dicemus: Scæuolam qui ad ſubſtitutionem in vſufructu factam non animaduertens, apertè contra teſtatricis voluntatem reſponderit: Claudiũ verò qui in reprehendendo Scæuolæ reſponſo hoc ipſum nõ animaduertit, quod animaduertere Scæuola debuerat. 10

Capvt XII.

Explicatur l. 1. C. de hered. tutor. & l. 2. C. de magiſtrat. conuent.

SVMMARIA.

1 *Ex dolo defuncti ſucceſſores ex contractu in ſolidum teneri.*
2 *Superiori regula etiam in quaſi contractibus locũ eſſe.*
3 *Retinetur negatio* in l. 1. C. de hered. tut. *à quibuſdam ſublata.*
4 *Nec magiſtratus nec tutoris heredem ex defuncti negligentia teneri, niſi dolo ſit proxima.*
5 *Verba illa* l. 4. de fideiuſſor. tut. negligentia propria heredi non imputabitur, *quomodo accipienda.*
6 *Regula propoſita* in princ. l. 1. C. de hered. tut.
7 *Verbis illis dictæ legis* 1. ſic non contra tutorem, &c. *interpretationem dictæ regulæ, non exceptionem contineri.*
8 *Emendatur* §. 1. Inſt. de perpet. & tempor. act.
9 *Caſus quo ſuperiori regulæ locus non eſt, inueſtigatur.*

† IVris ciuilis regula eſt, ex contractib. ſucceſſores ex dolo eorum quibus ſucceſſerunt non tantum in id quod peruenit, ſed in ſolidum teneri, *l. ad ea, 157. §. vlt. de regu. iur. l. ex depoſiti. 12. l. ex contractibus 49. de oblig. & action.* licet dici ſoleat ex dolo defuncti heredẽ non teneri niſi pro qua parte ad eum peruenit, *l. hered. 5. de calumniat. l. quod diximus. 16. §. vlt. quod met. cauſ. l. ſi hominem. 7. datur. depoſit.* † Sed & in quaſi contractibus ei regulæ locum eſſe intelligimus *ex l. 1. C. de hered. tutor.* vbi quod ſcriptum eſt, heredes tutorum ob negligentiam quæ non latæ culpæ comparari poſſit, condemnari non oportere ſatis oſtendit, ob eam igitur quæ lata culpa ſit, doloque comparari poſſit, condemnari debere. Quomodo *& in l. 2. C. de magiſt. conuen.* ex eo quod Imper. Alex. reſcribit in heredes magiſtratus, cuius non lata culpa idoneè pupillo cautum non eſt, actionem dari non ſolere, intelligimus heredem magiſtratus, cuius lata culpa, dolove factum eſt vt pupillo idoneus tutor datus non ſit, inſolidum teneri. Atque ita omnino 1 2

3 ſentiendum eſt. † Nam quod placet nonnullis *in d.l.1.*
C.de hered tutor. negatione ſubiata legédam eſſe, *heredes*
tutorum ob negligentiam quæ latæ culpa comparari poſſit cõ-
demnari non oportere, eiiciendum omnino eſt, aut illud
reprehendendum quod *in l.6. D. de magiſtr.conuent.* Vlp.
ſcribit magiſtratus heredé teneri, ſi tanta fuerit magi-
ſtratus negligentia vt cautioné omnem omitteret: quod
verum rectumq; exemplum eſt eius negligentiæ, quæ la-
4 tæ culpæ comparari poteſt. † Nam de leui tutoris culpa
heredé non teneri. idem Vlpianus ait *in l.4 eod.* vbi mo-
net nec magiſtratus nec tutoris heredem ex defuncti ne-
gligétia teneri niſi ex ea quæ ſimilis ſit culpæ dolo pro-
ximæ. Dixi, *ex defuncti negligentia*, vt eos refellam qui
quod eo loco ſcriptum eſt, de ipſius heredis negligentia
intelligendum putant: quod ſi ita eſſet, parũ rectè Iure-
conſultus heredem tutoris ſimilem diceret magiſtratus
heredi, cuius negligentia propria nulla eſſe poteſt. Parũ
etiam accommodatè ſubiiceret heredem dolo proximæ
culpæ ſuccedaneum eſſe, quod cum ait, innuit ſatis cul-
pæ dolo non proximæ, id eſt leuis, eum ſuccedaneũ non
5 eſſe. † Nec ad rem pertinet quod *in l.4. de fideiuſſ. tutor.*
ſcriptum eſt negligentiam propriam heredi non impu-
tari. Id enim non quomodo ij putant ſic accipi debet, vt
ipſius defuncti negligentia heredi imputetur: ſed ita vt
ne quidem propria imputetur: quod maioré habere vi-
debatur dubitationem: cùm aduerſus heredem tutoris
ex proprio dolo iuretur in litem, cõtra quem tamen ex
ipſius tutoris dolo non iurari eadẽ illa lex non obſcure
ſignificat. Denique generale eſt vt ex proprio magis &
6 facilius quàm ex alieno facto quis teneatur. † At fuſiùs
explicanda nobis eſt ſententia *l.1.C.de hered.tutor.* In ea
primùm regula conſtituitur, quam diximus, vt ex negli-
gentia quæ non latæ culpæ comparari poſſit, tutorum
heredes non condemnentur. Tum ſubiicitur, condem-
nari tamen trib. caſibus. Si contra tutorem lis inchoata
ſit, Si ex damno pupilli lucrum captatũ, Si gratia præſti-
tum ſit: Quas poſteriores exceptiones ad dolum, latámq;
culpam pertinere certum eſt: Ex hoc argumẽto vtuntur:
qui ſublata negatione regulam de lata culpa ſcriptã vo-
lunt. Sed non animaduertunt ſecundum hanc interpre-
tationem futurũ vt regulam exceptio deſtruat, cùm du-
bitandum non ſit iis duobus exemplis quæ ad dolum,
latámq; culpam pertinent, generaliter ſignificari ob do-
lum & latam culpam tutoris adherſus heredem inſoli-
dum agi poſſe, nec diſſimilitudinis ratio reddi poſſit cur
iis caſib. potiùs quàm aliis, lata culpa, doluſve defuncti
in perſona heredis coerceatur. Atqui exceptionem de
7 de regula eſſe debere, fortaſſe inquies. † Verũ responde-
bo iis verbis, *ſi non contra tutorem*, &c. non tam exceptio-
nem quàm interpretationem regulæ contineri. Regulã
illam eſſe. Ex leui culpa tutoris defuncti heredem non
teneri. Interpretationem verò illam, Non aliter igitur
teneri, quàm ſi contra tutorem lis inchoata ſit, cùm litis
conteſtatione etiam pœnales actiones ab vtraq; parte
tranſmittantur, & temporales perpetuentur, *l.vlt.de fide-*
iuſſ.tuto. At ſi ex damno pupilli lucrum captatum vel etiã
gratia præſtitum ſit: quib. duobus caſibus eùm in dolo
tutor ſit, vel ſaltem eius culpæ conſcius: quæ dolo non
malè cõparetur, iuris ratio facit vt ex ipſius perſona in
ſolidum heres conueniatur. Nec rectè probare poſſis he-
redem tutoris ex ipſius cõtractu de leui culpa teneri de-
bere, quia ipſe tutor teneretur: malam enim eſſe ratioci-
nationem oſtendit Vlp. *in d.l.4.de magiſt.conuen.* cùm ait
non ſimiliter teneri heredes magiſtratuum, & tutorum
8 vt ipſi magiſtratus, tutoréſq; tenentur. † Verùm ſupra-
dictæ iuris regulæ multum obſtare videtur quod Iuſti-
nianus ſcribit *in tit.de perpet. & tempor. act.* §.1. *verſ.ali-*
quando, aliquando ex contractu actionem contra heredé
non dari, velut cùm teſtator doloſè verſatus eſt, & ex
ipſius dolo nihil ad heredem peruenit. Niſi dictionem,
veluti, quam in veterib. libris deeſſe plerique teſtantur,
tollendam exiſtimemus, quæ doctiſſimorum omnium
ætatis noſtræ Iureconſultorum ſententia eſt. Quòd ſi ita
legamus, aliquando ex contractu actionem aduerſus he-
redé non competere, cùm teſtator doloſè verſatus eſt, &
ad heredem nihil peruenit, eo ipſo intelligimus regu-
lam in contrarium eſſe, vt cùm eo contractu actio venit,
etiam ex dolo defuncti in ſolidũ heres teneatur. † Quis 9
verò ſingularis ille caſus ſit, quo ſuperiori regulæ locus
non eſt, in difficili videtur. Nam quod poſt Theophilũ
vulgo creditur, eum ſignificari ſi actione ex contractu
depoſiti, ex cauſa incendij, ruinæ, naufragij neceſſitatem
habente quis experiatur, nõ videtur ad Iuſtiniani verba
ſatis accommodatum, cum de eo quod tumultus, incen-
dij, ruinæ, naufragij cauſa depoſitum eſt, in heredem de
dolo mortui actionem in ſimplum polliceatur Prætor,
licet nihil ad eum peruenerit. *l.de eo.18.depoſit.* Et tamen
Iuſtinianus eum caſum ſignificare videtur, quo nulla ad-
uerſus heredem ex contractu actio competat, ſi nihil ad
eum peruenerit. Niſi fortè quis dicat id intelligi debere
de ea actione depoſiti, quatenus ratione delicti, ad pœnæ
perſecutionem competit. Nam vſq; ad ſimplum, rei non
pœnæ perſecutio eſt. Atque ita exiſtimandum eſt.

Capvt XIII.

Interpretatio noua l.fructus.7. §.Papinianus. D.ſolut.matr.

SVMMARIA.

1 *Species* §.Papinianus.
2 *In diuiſione pecuniæ ex vindemia percepta rationem ha-*
bẽdã eſſe tẽporis quo matrimoniũ ſtetit, nõ locationis.
3 *Superioris regulæ rationem à Papiniano redditam malè*
ab Accurſio explicatam fuiſſe.
4 *Vera dictæ rationis explicatio.*
5 *In diuiſione pecuniæ ex locatione fundi dotalis percepta*
non tẽpus locationis, ſed traditionis ſpectandum eſſe.
6 *Tertiam portionem* in d.§ *octo aureorum eſſe debere.*
7 *Non tantum ex die locationis, ſed etiam contracti ma-*
trimonij dotiſque traditæ fructuum tam ciuilium
quam naturalium diuiſionem faciendam eſſe vt pro
parte temporis quo ſtetit matrimonium, fructus reti-
neat maritus.
8 *Totam futuram mercedem in contributionem venire, ſiue*
ante, ſiue poſt fructus perceptos fundus à muliere in
dotem datus ſit.
9 *Fructuarius decedens penſionem fructuum à colono iam*
perceptorũ nomine ſoluendam ad heredẽ tranſmittit.
10 *Reſponſio* ad l.Iulianus §.ſi fructibus. de act.empt. *&*
eius explicatio.
11 *Alia interpretatio verborum Papiniani reijcitur.*
12 *Quomodo* in d. §. Papinianus *quarta portio mercedis*
cum fructibus vindemiæ confundatur.
13 *An in* d.§. *ſpecie fructibus ab vxore iam perceptis quar-*
tam, an verò tertiam ſummæ mercedis portionem con-
ſequatur maritus.

ARduum ſanè eſt, & difficile præſtare quod huius
capitis inſcriptio pollicetur. Tot enim ab omni-
bus, tum veteribus tum recentioribus interpretibus hu-
ius loci interpretationes excogitatæ ſunt, vt non tam
noua afferri poſſe videatur, quàm in [illegible] elaborandum
eſſe, vt ſciatur quid in tanta opinionum varietate pro-
babilius dici poſſit. Sed quoniam ex omnibus nulla eſt,
vt arbitror, ad Papiniani ſententiam & elegantiam ac-
commodata, ego meam non fortaſſe inſubtilem [illegible]tè
nouam, & à nemine, quod ſciam, hactenus tra[illegible]m,
hoc capite proponendam exiſtimaui. † Quæ vt melius 5
intelligatur, facti ſpecies ponenda primum eſt, tam ſin-
gula Papiniani verba quantum accurate fieri poterit,
explicanda. Speciem ſic pono: Maritus fundum vin-
demia plenum Calendis Octobribus in dotem tradi-
tum accepit, tum collecta vindemia æſtimationis
duode-

doodecim aureorum Calendis Nouembribus fruendum
locauit, quòd in eo meſſes quoque eſſent: locauit autem
duodecim etiam aureis: atq; ita tam ex vindemia, quàm
ex penſione totius dotis, fructus quatuor & viginti au-
reorum fuit. Sic percepta vindemia, locatoque fundo
matrimonium vſque ad Calendas Februarias conſtitit,
hoc eſt tribus menſibus à die locationis, quatuor verò à
die traditi fundi dotalis. Soluto matrimonio quæſitum
eſt de omnibus his fructibus inter coniuges diuidendis.
2 † In quo primum dubitatio nulla eſſe poteſt quin 12.
aurei ex vindemia percepti ſic diuidendi ſint, vt pro ra-
ta temporis quo matrimonium ſtetit, quatuor maritus
retineat, octo reliquos mulieri reſtituat: neq; de eo pu-
to Papinianum aut Vlpianum dubitare *in d. §. Papinia-
nus*. cuius verba illa, *non à die locationis*, apertè oſtendunt
loqui eum de fructib. ex conductione perceptis, hoc eſt
de mercede, quam 12. aureorum fuiſſe poſuimus. Quis
enim tam ſtupidus ſit, vt in animum inducere poſſit fru-
ctus vindemiæ inter coniuges diuidi inſpecto locationis
tempore. Nihil quippe vindemia cum locatione cómu-
ne habet. Aut certe qui vindemiam dixerit diuidi inſpe-
cto locationis tépore, eum neceſſe eſt fat[...] [...]nſta facta
locatione totam vindemiam vel ad virum vel ad mulie-
rem duntaxat pertinere debere, quod nimis ſtultum eſt:
vt mirum ſit Accurſium in huius loci interpretatione,
principium §. generaliter de omnib. fructibus & natu-
ralibus, & ciuilib. vt vocant, intelligere. Sed eum procul-
dubio fefellerunt ſequentia, quorum pauló obſcurior
3 eſſe videtur interpretatio. Nam Papinianus poſtquàm
ſic regulam concepit, vt fructus non ex die locationis
diuidantur, ſed habita ratione præcedétis temporis quo
mulier in matrimonio fuit, confirmationis gratia ſubii-
cit, *neque enim ſi vindemiæ tempore fundus in doté datus ſit,
eúmque vir ex Calendis Nouembribus primis fruendum lo-
cauerit, menſis Ianuarij ſuprema die facto diuortio, retinere
virum & vindemiæ fructus, & eius anni, quo diuortium fa-
ctum eſt, quartam partem mercedis æquum eſt*. Quam ratio-
nem male idem Accurſius ſic explicat, quod ſi fructus
ex die locationis diuiderentur, fieret vt propoſito caſu
duodecim aurei ex vindemia ante locationem percepti
ad virum duntaxat pertinerent. Rurſus vt ex mercede,
quæ etiam duodecim aureorum eſt, non niſi quarta pars
marito deberetur. Nam ſi ita Papinianus intellexit, faci-
lè reſpondebunt qui locationis tempus inſpiciendum
eſſe putant (contra hos enim Papin. diſputat) quod di-
cunt in diuidendis fructibus inſpici tempus locationis
de iis intelligi debere qui ex cauſa locationis percipiun-
tur, alios, hoc eſt, vindemiæ fructus, ex locationis die nó
diuidi, ſed ex tempore traditæ poſſeſſionis, vt proinde
marito, qui tertia tantum parte anni in matrimonio ſte-
tit, ex vindemiæ fructibus tertia tantùm pars debeatur,
nec abſurdum illud ſequatur quod Papinianus putat, in-
tegros vindemiæ fructus ad maritum pertinere. Planè
quod idé Papinianus addit diuiſa mercede inſpecto lo-
cationis tempore, futurum vt quartam duntaxat partem
mercedis maritus retineat, id verò neceſſarió admittút,
& fortiter aſſerunt qui ex die locationis fructus diuidi
arbitrantur: ſed quod Papinianus iniquum eſſe ait, illi
æquiſſimú eſſe contendunt, nec refelli vlla ratione poſ-
ſunt ex iis quæ apud Papinian. ſequuntur. Nam in verſic.
aliqui, non probat iniquum eſſe quod illi æquiſſimú pu-
tant, ſed abſurdum eſſe quod ij abſurdiſſimum fatentur.
4 † Quare Papin. ratio, quæ ex eleganti & Papinianea bre-
uitate difficilis eſt, ſic explicari debet, ineptè nonnullos
exiſtimare ſoluto matrimonio fructus ex conductione
perceptos ex conductionis die diuidi. Nam ſi interrogé-
tur, cur maritú totius menſis Octobris cómodo priuét,
vix eos aliud quicquam reſpondere poſſe, quàm quòd
toto eo menſe nulla dú penſio debita ſit: nec ſanè alius
ſententiæ huius color eſſe poteſt. Atqui eadem ratione
fiet, vt marito integros vindemiæ fructus deberi dica-
mus, & octo menſium fructib. mulierem fruſtremur. ſci-

Ant. Fabri, de Coniect.

licet quia verum ſit illis octo menſibus fructus nullos
perceptos eſſe, quæ enim Calendis Octobribus collecta
vindemia eſt, eam præteritorum non ſequentium men-
ſium fructum eſſe certiſſimum eſt. Ergo quemadmodum
iniquiſſimum eſſet mulieri nullam parté vindemiæ re-
ſtitui, quæ tamen nonniſi tertia parte anni in matrimo-
nio ſtetiſſet, ita iniquiſſimum erat maritú nonniſi quar-
tam parté mercedis retinere, qui tertia parte anni onera
matrimonij ſuſtulit: & quemadmodum ratione vinde-
miæ plus, ita ratione mercedis minus daretur marito,
quàm ex ratione & æquitate dari oporteat. Portò quar-
tam duntaxat partem mercedis marito dari iniquum eſ-
ſe non probat Papinianus, ſed integros fructus maritú
retinere iniquiſſimum eſſe conuincit euidenti abſurdo,
quia hoc admiſſo, idem quoq; neceſſarió admittendum
ſit, ſi altero poſt collectam vindemiá die diuortium fa-
ctum ſit, quo tamen caſu nemo ſit tam ineptus aut ſtul-
tus, qui marito vindemiam totam deberi dicat, cum vno
tantum die matrimonium ſteterit. Et hoc eſt quod Pa-
pinianus ait, *alioqui ſi coactis vindemiis altera die diuortiú
intercedat, fructus integros retinebit*. Qua in ratiocinatio-
ne ſubintelligendum illud eſt, ſi maritum integros vin-
demiæ fructus retinere iniquiſſimum eſt, illud etiam ini-
quum eſſe quartam dútaxat mercedis parté eum retine-
re: hoc enim ex eodé fonte, principio, & errore naſcitur.
† Ergo cum Papiniano cócludendum eſt, fructus diuidi 5
non inſpecto locationis, ſed traditi fundi die: quod ſi ita
eſt, omnino ſequitur in propoſito caſu diuiſioné ſic fieri
oportere vt ex vigintiquatuor aureis qui in fructu ſunt,
octo maritus retineat, ſexdecim verò mulier reſtituat.
Octo, inquá, hoc eſt quatuor ex vindemia, quatuor etiá
ex mercede. Idque ex regula à Papiniano conſtituta ſic
neceſſarió ſequitur, vt ex ea nihil aliud inferri verè poſ-
ſit. Et tamen ex omnibus quotquot vnquam fuerunt
interpretibus nemo fuit qui Papinianum ita reſpondiſ-
ſe crediderit, ſed elegátius quiddam, & à communi ho-
minum ſenſu remotius. Nec enim ſanè verba Papiniani
omnino aperta ſunt, nec tamen meo iudicio ita obſcu-
ra, vt non facilè & commodè interpretationem noſtram 6
admittant. † Sic autem Papinianus ſcribit, *Itaque ſi fine
menſis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor menſibus matri-
monium ſteterit, vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis
confundi debebút, vt ex ea pecunia tertia portio viro relin-
quatur*. Quorum verborum corticem nudamq; figuram
intuentes pleriqùe, dixerunt Papiniani ſententiam hanc
eſſe, vt duodecim aurei ex vindemia redacti cum quarta
parte mercedis confundantur, hoc eſt cum tribus au-
reis: atque ita ex quindecim, maritus tertiam partem,
id eſt quinque retineat. Alij aliter interpretantes qua-
tuor duntaxat, alij etiam ſex marito relinqui debere
commenti ſunt. Ego, vt propoſui, nec plus nec minus
quàm octo apud maritum remanere debere omnino có-
tendo, & ſi quid in iure affirmari poteſt, conſtanter aſſe-
uero. Nam præter ea quæ ſupra dixi, illud etiam valde
mouet quod in ſeq. §. ſubiicitur, futuram quoq; merce-
dem quæ debebitur, venire in contributionem, quemad-
modum & futuræ vindemiæ ſpem computationi cedere
ſcriptum eſt *in §. item ſi meſſes*. † vt generaliter diffiniri 7
poſſit, cùm de fructuum tam naturalium quàm ciuilium
diuiſione quæritur, perinde omnia obſeruari, ac ſi eo
ipſo die quo traditus fundus eſt fructus omnes à marito
percepti eſſent. † Miror verò, nec ſatis mirari poſſum 8
ingenia multorum diſſimilitudinis rationem magno la-
bore inueſtigantium cur dato in dotem fundo ante col-
lectam vindemiá futuræ mercedis ratio nulla habeatur,
dato autem poſt collectam vindemiá etiam futura mer-
ces contribuatur. Etenim non ſolùm diſſimilitudinis ra-
tionem nullam adferunt quæ ratione prædito homini
ſatisfaciat, ſed etiam parum ſubtiliter faciunt, qui diſſi-
mile volunt eſſe quod Vlpianus ex Papiniano idé eſſe
ait. Vlpiani enim verba ſunt, *ex contrario quoque idem ob-
ſeruandum eſſe*, id eſt, vt ſequentia explicant, ſi mulier

percepta vindemia fundum viro in dotem dederit. De-
nique perpetuum illud eſt, vt cùm penſio vice fructus
cedat, ita vt frui dicatur qui penſionem percipit, *l. arbo-
ribus* 11. *§. vſufructuarius, de vſufru.* eodem quo fructus
9 iure cenſeatur. † Sic quamuis fructuarius decedens ad
heredem non tranſmittat fructus pendentes, ſed per-
ceptos duntaxat. *l. ſi fructuarius* 13. *quib. mod. vſufruct.
amitt.* penſionem tamen fructuum iam à colono percep-
torum nomine ſoluendam eum tranſmittere reſponſum
eſt, licet mortis tempore, penſionis ſoluendæ dies non-
dum venerit, *l. defuncta.* 58. *de vſufruct.* ſcilicet quia ſi
fundum non locaſſet fructus percepiſſet, eorumque cõ-
modum in heredem ſuum tranſmiſiſſet. Sic in *l. vlt. de
iur. fiſ.* emptor qui à colono fiſci ſingulari priuilegio
fructus auferre non poteſt, integram totius anni pen-
ſionem conſequitur, licet integræ penſionis dies non-
dum venerit, nimirum quia vniuerſos fructus auferret,
ſi fiſci priuilegio colonus non defenderetur, vt eo loco
Iureconſultus ſcribit. Ergo & in propoſito caſu dicen-
dum eſt in contributionem venire totam mercedem
etiam quæ debebitur, quia ſi poſt collectam vindemiam
fundum maritus nõ locaſſet, & ante factas meſſes diuor-
tium factum fuiſſet, ſpes meſſium in computationem
veniſset, *§. item ſi meſſes.* Cur non ergo pecunia meſſium
10 in computationem veniet? † Nec ſuperioribus quicquã
aduerſatur *l. Iulianus.* 13. *§. ſi fructibus de actio. empt.* vbi
inter fructus & mercedem differentia illa conſtituitur,
quòd ſi fructibus iam maturis ager diſtractus ſit, etiam
fructus emptori cedunt, ſin locatus ager fuit, penſiones
ad eum pertinent qui locauerat. Senſus enim eſt, con-
ſtituendam differentiam inter fructus maturos & pen-
ſionem nondum ſolutam, vt quamuis maturi fructus
ad emptorem pertineant, penſio tamen, cuius ſoluendæ
dies iam venit, aut citò veniet, penes venditorem eun-
démque locatorem remaneat, ſcilicet ſi ante factam ven-
ditionem percepti ſint fructus, *d. l. vlt. de iur. fiſc.* ea ra-
tione quòd ſi locatus fundus non fuiſset, venditionis
tempore iam perceptis fructibus, nec fructus nec pen-
ſionem petere emptor potuiſset: vt vel ex eo loco ma-
gis appareat verum ſemper eſse quod diximus, ei pen-
ſionem deberi, cui fructus ipſe, ſi locatio non interue-
niſset, deberetur: quod Accurſius, cæterique non intel-
ligentes mirum eſt quantum in eius loci interpretatio-
ne ſe exerceant. Igitur, vt ad inſtitutam diſputationem
reuertamur, dubitandum non eſt Papiniani ſententiam
illam eſse, vt dato in dotem fundo ante perceptam vin-
demiam, tum locato ante meſses, tota pecunia meſſium
in contributionem veniat, vt contingeret ſi poſt colle-
ctas per colonum meſses, ante perceptam vindemiam
matrimonium diuortio ſolueretur. Quid enim obſecro
intereſt, an poſt, an ante ſolutum matrimonium colonus
meſses colligat: Et hoc nimirum eſt quod Papinianus
dixit, iniquum eſse, maritum quartam duntaxat partem
mercedis retinere, cùm tertia parte anni ſteterit matri-
monium, qui tamen ex communi noſtrorum interpre-
11 tatione tertiam duntaxat quartæ retineret. † Scio eſse
qui Papinianum ſic intelligant, vt iniquum ſit, maritum
mercedis quartam partem retinere, quaſi minus retinere
debeat ſcilicet quartæ tertiam. Sed ſi Papiniani ſenten-
tia eſt, quartam duntaxat partem mercedis computari,
mala erit illa ratio vt non inſpici debeat locationis
tempus, quia æquum non ſit maritum quartam partem
mercedis retinere: neque enim hoc ex illo ſequitur, ſed
potiùs quartam quartæ. Quòd ſi Papinianum ſic intelli-
gas, vt iniquum ſit virum & integros vindemiæ fructus,
& ſimul quartam mercedis partem retinere, adhuc inep-
tior erit Papiniani ratio: nam etſi ex portione nihil ma-
rito tribuas, tamen ſolos vindemiæ fructus integros
penes eum remanere iniquiſſimum eſset: itémque ſolam
quartam mercedis ſi ei nihil des ex fructibus. Ac ſanè ſi
Papiniani rationem diligentius expendas, totam merce-
dem, id eſt, meſſium pecuniam in contributionem veni-
re ſtatim fatebere. Reſtat igitur, vt quis vltimorum ver-
borum ſenſus ſit, cõſideremus. Meminiſſe autẽ oportet,
quod initio capitis diximus in principio §. nihil propo-
ni de fructibus naturalibus, ſed tantùm quæri de ciuili-
bus, vt manifeſtè probauimus: cui conſequens eſt, vt in
fine ſ §. de alio non reſpondeat Papinianus, quàm de quo
propoſita quæſtio eſt: nimirum an quartam duntaxat, an
verò tertiam mercedis partem maritus retinere debeat.
Et cùm veriſſimum ſit quod probauit, penſionẽ non ex
die locationis diuidi, ſed habita ratione præcedentis tẽ-
poris, quo mulier in matrimonio fuit, appareat manife-
ſtè viro, qui per tertiam partem anni matrimonij onera
ſuſtulit, tertiam quoq; penſionis partem relinqui opor-
tere: neq; hoc à Papiniano dici neceſſe fuiſſet, niſi quia
diuortij tempore quarta duntaxat mercedis portio de-
bebatur, vnde eleganter dubitari poterat quomodo ter-
tiam partem conſequi maritus poſset. Et ad hanc nimi-
rum dubitationem reſpondens Papinianus, confunden-
dam ait quartam partem mercedis cum fructibus, vt ſic
facta confuſione quæ quarta erat fieri tertia poſſit: idq;
ſignificant verba illa, *vt ex ea pecunia tertia portio viro
relinquatur.* Habebit igitur vir tertiam partem mercedis,
id eſt, quatuor; habebit igitur vir tertiam partem vinde-
miæ, hoc eſt quatuor. Habebit igitur octo. Sed de his
quatuor nihil dicit Papinianus, quia neque de his quiſ-
quam dubitabat, neq; in principio §. de iis quæſtionem
propoſuerat. † Ex quo intelligimus quod Papinianus 12
ait confundendam quartam partem mercedis cum fru-
ctibus, de fructibus ſuperfluis intelligi debere, iis ſcili-
cet qui deducta tertia parte ſuper ſunt. Ergo in propoſi-
to caſu ſic diuiſio fiet, vt ex fructibus vindemiæ, qui sũt
duodecim aureorũ, quatuor maritus retineat (quis verò
de hoc dubitet?) tum ſuperfluos octo confundat cũ quar-
ta portione mercedis quæ debetur, id eſt tribus aureis,
ſicque facta confuſione facile erit viro ex duodecim
aureis tertiam partem mercedis, hoc eſt quatuor reti-
nere. † Quid igitur ſi fructus ex re dotali percepti nul- 13
li ſint, fortè ſi iam percepta vindemia fundus in dotem
datus ſit (hoc enim caſo vindemiæ fructum augere dotẽ
certum eſt, *l. prox. ſupr. l. dotis 7. de iur. dot.*) an quia nihil
eſt cum quo quarta mercedis portio confundi poſſit,
quarta portione maritum contentum eſse oportebit?
Minimè verò, ſed ita reſtitui dos debebit vt omnino ex
portione quæ debebitur pro modo temporis, quo dota-
le prædium fuit, mercedis partem maritus retineat. Quæ
eſt ſententia *§. ex contrario.* Poſtremò non tantùm mer-
cedis, ſed etiam vindemiæ ſpem venire in computatio-
nem monet Iureconſul. in §. *item ſi meſſes* cuius quoque
ſententia alioquin obſcura ex iis quæ diximus manife-
ſte explicata relinquitur.

CAPVT XIV.
Reſtituitur vetus lectio duobus Pandectarum locis.

SVMMARIA.

1 *Pandectarum Florentinarum authoritas.*
2 *Species* legis 40. §. vlt. de leg. 3.
3 *Ratio reſpõſi Sceuolæ* in dict. l. *ab Accurſio nõ intellecta.*
4 *Legatorũ per vindicationẽ & per præceptionem natura.*
5 *Differentiam eſſe inter retinere & accipere.*
6 *Emendatur dictus* §. vlt.
7 *Locus corruptus* in prin. l. vlt. ff. de vſufr. *emendatur.*
8 *Varia interpretationes dictæ legis vltimæ reyciuntur?*
9 *Aliud mendum* in d. l. vlt. *corrigitur.*

ETſi † Pandectarum Florentinarũ apud omnes ma- 1
xima & præcipua merito eſt authoritas, iam tamen
maior apud pleroſq; eſt, quàm eſse debeat qui tantũ iis
tribuunt, vt veterum librorum lectionẽ omnino aſper-
nandã arbitrentur. Multa enim in veteribus libris ſunt
longè

longè emendatiora quàm in Florẽtinis, in quibus etiam
multa grauiſſimis erroribus corrupta à doctiſſimis om-
nibus ætati noſtræ Iureconſultis obſeruata ſunt, & in
dies plura obſeruantur. Ego ex multis quæ notaui duo
nũc adferã, quæ apertiſſimũ ſententiæ noſtræ teſtimoniũ
ſuppeditabunt. Primus locus eſt *in l. poſt emancipationem*
2 40. §. *vlt. de legat.* 3. † Vbi ſpecies huiuſmodi proponitur.
Heredibus ſcriptis Seia ex dodrante, Mæuia ex qua-
drante fideicommiſſum à Seia relictum eſt, vt quicquid
ad ſe ex hereditate perueniſſet, filio reſtitueret, hortis
duntaxat retentis. Tum generali capite fideicommiſſi
teſtator, quiſquis ſibi heres eſſet de omnibus, vt præſta-
ret quod cuique legaſſet, præſtari fierive iuſſiſſet. Facta
igitur ex cauſa fideicommiſſi totius dodrantis reſtitu-
tione, dubitatum eſt an hortos in aſſem vindicare Seia
poſſit. Dubitandi cauſa illa eſt, quòd cùm Seia ex do-
drante inſtituta ſit, non niſi dodrantem in hortis habe-
re videatur reliquus verò quadrans ad Mæuiam ex
quadrante inſtitutã pertinere. Nec pro Seia quicquam
facit, quòd hortos retinere iuſſa eſt. Poteſt enim hoc ex
teſtatoris voluntate ſic intelligi, vt dodrantem, quem in
hortis habebat, retinere iuſſa ſit, non etiã Mæuiæ qua-
drantem vindicare: Nam ſi hoc ſenſiſſet teſtator, non
retentionis, ſed præceptionis verbo vſus fuiſſet, hoc
enim verè eſt præcipere, ſi in re hereditaria non tuam
tantùm, ſed etiã coheredis portionẽ conſequare. Verùm
Scæuola reſpondet coheredis fideicommiſſum videri, vt
quadrantem, quem in his hortis haberet, Seiæ redderet:
3 † quod cur ita reſpondeat *Accurſius* intellexiſſe non vi-
detur, licet dubitandi rationẽ rectè perceperit. Videtur
autem Scæuola reſpexiſſe ad generale illud fideicõmiſſi
caput, quo teſtator cauit, vt quiſquis ſibi heres eſſet de
omnibus, præſtaret quod cuiq; legaſſet, præſtari fierive
iuſſiſſet: quaſi nõ aliam ob cauſam id adiecerit, quàm vt
Mæuiam ex quadrante ſcriptam rogaret, de quadrante
quem in hortis haberet Seiæ reſtituendo. Et ob id ni-
mirum non reſpondet Scæuola, poſſe Seiam in aſſem
hortos vindicare, quod fuerat quæſitũ, ſcilicet vt intelli-
gamus integros hortos Seiæ deberi ex generali fidei-
commiſſo, non autem ex verbis illis, *retentis hortis*, quæ ſi
ita acciperentur, ac ſi hortos præcipere iuſſa eſſet Seia,
4 vtiq; & vindicare ipſa hortos in aſſẽ poſſet. † Hæc enim
fuit legatorum per vindicationẽ & per præceptionem
natura, vt ſine illo heredis facto atque adeò ante aditam
hereditatem vindicari à legatario propria authoritate
poſſent, vt Caius in Inſtitutionibus ſcribit. Ex quo in-
telligimus non adiecto illo generali fideicõmiſſi capite
aliud reſponſurum fuiſſe Scæuolam, licet contrà ſenſiſſe
videatur *Accurſius* qui ſimile quiddam reſponſum putat
à Papiniano *in l. cũ pater in princip. de legat.* 2. & ab Afri-
cano *in l. ſi ſeruus* 108. § *penultim. de legat.* 1. quibus tamẽ
locis non proponitur teſtator iuſſiſſe retineri quid, ſed
5 accipi quod longè diuerſũ eſt. † Retinemus enim quæ
habemus, accipimus quæ non habemus: Nec ſanè vllo
iuris loco reperias Iureconſultos vſq; adeò à proprie-
tate verborũ recedere, vt quem teſtator retinere voluit,
6 eũ accipere, aut præcipere iuſſum interpretentur. † Hæc
cùm ita ſint, apparet Scæuolæ reſponſum omnino ſic
legendũ eſſe, *Reſpondit etiã, coheredis fideicõmiſſum videri
vt quadrantẽ quẽ in his hortis haberet, Seiæ redderet.* Quam
fuiſſe veterem lectionẽ, ex veteribus libris apparet. An
in Florentinis ſic legitur, *vt quadrantem quem in his hortis
haberet Seia redderet.*, omnino ridiculè, & falsò. Nec
enim quadrantem in his hortis habebat Seia, ſed dodrã-
tem: & ſic iam quadrantem habebat, nihil ſupererat de
quo reſtituendo coheres Mæuia rogata intelligi poſſet.
Sed hoc apertius eſt quàm vt pluribus demonſtrari ſit
7 neceſſe. † Alter locus æquè, imò magis corruptus eſt *in
l. vlt. de vſufru. legat.* cuius principiũ in Pand. Flor. ſic le-
gitur, *nihil intereſt vtrum bonorũ quis an rerũ tertia partis
vſumfructum legauerit.* In veteribus fere omnibus ſcriptũ
eſt, *multũ intereſt*: quod rectius eſſe ſequentia illa oſten-
dunt, *nam ſi, at ſi*: ex quibus manifeſtum eſt conſtitui ea
lege differentiam aliquam, quæ tamen quomodo expli-
cari poſſit, difficile videtur. † Neque enim dici poteſt 8
quicquam intereſſe an rerum tertiæ partis, an bonorum
vſusfructus legetur: cùm legatum vtrunque generale
ſit, nec ſingulas duntaxat res, ſed etiam iura complecta-
tur. *l. nam quod* 14. §. *vlt. ad S.C. Trebell.* quam ob cauſam,
in l. quoties 34. §. *vlt. de vſufr.* differentiam cõſtituit Iure-
conſultus inter legatum vſusfructus bonorum, & rerum
ſingularum, non autem rerum vniuerſarum vel certæ
partis: nihil enim hæc inter ſe differunt. Rurſus quod
Accurſius tentat in verſicul. *at ſi certarum*, mutari caſum,
minus probabile eſt: ita enim vt quæ præcedunt mutila
& imperfecta remaneant. Quorſum enim illa, *nam ſi
bonorum*, &c. An quod in legato vſusfructus bonorum
maior dubitatio eſſet, quam in legato vſusfructus tertiæ
partis? At hoc dici non poteſt. Ipſa enim bonorum ap-
pellatio oſtendit id quoque, quod in actionibus eſt, bo-
norum appellatione contineri *l.* 49. *de verb. ſignif.* Le-
gato autem vſufructu rerum tertiæ partis, probabilius
dubitari poterat an idem dicendum eſſet. Etſi enim
generali rei nomine, etiam cauſæ & iura continentur.
l. rei. 23. *eod.* tamen rerum appellatione potius corpora
ſingula quã iura & actiones ſignificari certũ eſt. Quam
ob cauſam Iureconſultus *in d. l. nam quod.* §. *vlt.* poſtquã
dixit, *ſed & ſi quis bona rog. tus ſit reſtituere.* Senatuſcon-
ſulto Trebelliano locum fore, ſubiicit idem eſſe etſi fa-
miliam, quod maiorem habebat dubitationem, quaſi
familiæ appellatione ſerui & filij duntaxat contineri
viderentur *l. pronunciatio.* 195. §. *penult. de verb. ſignific.*
Addit, idem etiam dicendum eſſe ſi pecuniam rogatus
quis ſit reſtituere, quod adhuc dubitabilius, erat quia, *vt
in l. cogi.* Vlpianus ſcribit, voluntatis quæſtio eſſe poteſt
an de pecunia tantùm, an verò de tota ſucceſſione te-
ſtator ſenſerit. Poſtremò ſubiicit idem etiam eſſe ſi te-
ſtator vniuerſam rem ſuam reſtitui voluerit, quaſi hoc
omniũ maximam haberet dubitationem, licet minorem
habeat quã ſi vniuerſas res ſuas reſtitui voluiſſet, ideoq;
ne quid dubitationis ſupereſſet *in l. ſeq.* ex Paulo additur
vel omnia ſua. Præterea cur Venuleium *in d. l. vlt. de vſu-
fru. leg.* dixiſſe volumus *rerum tertia partis*? An quia aliud
probandum ſit, ſi rerum quartæ aut quintæ partis vſuſ-
fructus legatus ſit? Minimè verò. An quòd ita ex facto
proponeretur? At qui non ex libris reſponſorũ ſumpta
eſt ea lex, ſed ex libro decimo actionũ. An deniq; exẽpli
cauſa? Verùm longè conuenientius erat dicere, *rerum
certa partis.* Quare, † vt tandẽ quod ſentio aperiã, non 9
dubito quin, pro *rerum tertia partis*, legendũ ſit *rerũ cer-
tarum*: quod *Accurſius* ſanè nõ ignorauit, ſed tamẽ quid
ſentiret liberè dicere auſus non eſt. Ita verò ſi legamus,
nõ minus elegãs quàm facilis erit totius legis ſentẽtia,
rectéq; ad hanc differentiã alia adiicietur *ex. d. l. quoties.
§. vlt. de vſufr.* Errorẽ ferè ſimilem ineſſe iamdudum
ſuſpicatus ſum *in l. in ratione.* 1 1. § *tametſi ad Falcid.* Sed
de tota illius loci quæſtione & emẽdatione, itémq, *l. in
quartam* aliàs, ſi Deus volet, commodiore loco ſcri-
bemus.

CAPVT XV.

Malè ab omnibus explicatam, & à nonnullis emendatam l. ex aſſe. 52. D. ad leg Falcid.

SVMMARIA.

1 *Differentia quadam circa patroni inſtitutionem no-
tanda.*

2 *Retinetur Florentina lectio* in d. l. ex aſſe.

3 *Si inſtituto ex aſſe patrono extraneis legatum ſit, totius
hereditatis quadrantem apud eum iure Falcidia re-
manere.*

4 *In ſpecie dictæ legis legatis duobus relictis vtriuſque Falcidiam ex vnius tantùm legato deduci.*
5 *Reÿcitur Goueani emendatio in dicta lege negationem addentis.*
6 *Patrono ex aſſe instituto, à quo legatum eſt filio vel alteri coniunctæ perſonæ, non dimidiam, ſed quartam duntaxat hereditatis partem Falcidia iure deberi.*
7 *Goueani obiectio.*

1 REfert † multum an ex aſſe, an ex debita duntaxat
portione patronus a liberto heres inſtituatur. Nam
ſi ex debita duntaxat portione inſtitutus ſit, ab eo legata
relinqui non poſſunt extraneis perſonis, ſed coniunctis
tantùm *l.4. D. de cond. & demonſtr. l.ſi eius.64.§.
vlt. D. ad S.C. Trebell.* Si verò ex aſſe ſcriptus ſit, eodem
iure cenſetur quo alij heredes, vt pro eo ſaltem ſemiſſe,
qui alteri relinqui potuit, legata omnibus præſtet. Qua
ex differentia, illa etiam naſcitur, vt ſi ex debita portione
inſtitutus, legatis grauatus ſit, ſuæ tantùm portionis
falcidiam habeat, ſi verò ex aſſe, totius hereditatis. Ex
quo petenda eſt ratio, & ſententia *l. ex aſſe 52. D. ad leg.
Falcid.* quæ meo iudicio malè a veteribus interpretibus
explicata, peſſimè verò à recentioribus emendata eſt:
2 † Placet enim Florentina lectio, ſecundùm quam libertus,
qui ducentos aureos in bonis habebat, patronum
ex aſſe heredem inſtituiſſe proponitur, & filio legaſſe
centum viginti, extraneo reliqua, id eſt octoginta. Quo
caſu cùm deponendæ falcidiæ ratione quæreretur, Marcellus
reſpondit, diminutionem legati quod extraneo
præſtatur, proficere filio ad conſequenda ſolida quæ ei
3 legata ſunt. † Verùm igitur eſt vtrumque quod diximus,
inſtituto ex aſſe patrono, extraneis quoque legari
poſſe, ſed totius hereditatis quadrantem iure falcidiæ
apud eum remanere debere. Etſi enim filio integra centum
viginti præſtanda eſſe Marcellus ait, non tamen id
ita accipi debet, vt eorum duntaxat quæ extraneo relicta
ſunt, falcidiam protinus heres habeat, ſed ita vt
cùm totius hereditatis quadrantem ſaluum habere debeat,
ex legato quod extraneo præſtat integrum eum
deducat. In quo turpiter *Accurſ.* labitur, qui cùm ex
ducentis quinquaginta patrono deberi ſciret, neque tamen
ea integra ex legato quod extraneo relictum eſt
deduci poſſe crederet, dixit filium quoque falcidiam pati,
vt quod Marcellus ait, filium conſequi ſolida quæ ei
legata ſunt, ſic accipiatur, vt plus conſequatur filius
quàm ſi de legato extranei nihil diminueretur, quod totum
ineptum & nugatorium eſt. Huius verò iuris, quod
prima facie iniuria videtur, ratio illa, quòd in propoſita
ſpecie talis libertus proponitur, qui citra patroni fraudem,
filium in centum heredem facere potuit, & patronum
in aliis centum, ab eoque viginti legare filio.
Quod caſu nemo diceret, falcidiam paſſurum filiũ, cùm
etiam patrono ex debita, hoc eſt dimidia parte inſtituto,
certum ſit filio vſque ad rationem legis falcidiæ legari
poſſe. Rurſus quamquam patrono ex aſſe inſtituto,
legari extraneo poteſt, vt diximus, attamen non debet
huiuſmodi legatum fraudi eſſe patrono, quominus totius
hereditatis integrum quadrantem conſequatur.
4 † Neque verò nouum eſt, legatis duobus relictis, vtriuſque
falcidiam ex vnius tantùm legato deduci. Nam &
ſi ſeruus tibi legatus ſit, cúmque rogatus ſis manumittere,
ac præterea ipſi ſeruo legatum aliquid ſit, Senatus
cenſuit in ipſo quidem ſeruo falcidiæ locum non eſſe,
ſed in eo quod præterea ſeruo legatum eſt, ita falcidiam
admittendam, vt inde & quod pro ſeruo præſtandum
eſt, ſumatur *l.ſi ſeruum 33. cum duab. ſequ. D. ad leg. falcid.*
Sic igitur & in propoſito caſu admittendum eſt, in filij
quidem legato falcidiam ceſſare, ſed ex eo quod extraneo
relictum eſt, patrono conſuli, ne in ipſius odium
filij fauor retorqueatur. Idque profectò non tam ſubtili,
quàm coacta ratione. *vt in l. ſi fundus 29. eod.* Scilicet
quòd heres ex aſſe inſtitutus quartam habere debeat,
nec tamen ex filij legato deducere quicquam poſſit.
Nec ad rem pertinet *l. 1. §. interdum. D. ſi cui plus quam
per leg.* vbi Iureconſultus ait etiam patrono ex aſſe inſtituto,
ſemiſſem ei integrum ſeruandum eſſe, in eámque
rem interponi cautionem, ſi purè legato quicunce
aliquid ſuprà partem patrono debitam legetur. Hoc
enim tum demum verè dicitur cùm legata, quibus affecta
& onerata eſt hereditas, non coniunctis & exceptis
perſonis, ſed extraneis relicta ſunt, cùm legatis quæ extraneis
relinquuntur patroni portio non minuatur, iis
verò quæ exceptis perſonis relinquuntur ad falcidiæ
rationem reducatur. *d. l. 4. ſupr. de cond. & demonſt. l. ſi
eius. 64. §. vlt. D. hoc tit.* † Quod cùm ita ſit, apparet malè 5
ex recentioribus Iureconſultum, alioquin acutiſſimum,
& in emendandis legibus fœliciſſimum, Antonium Goueanum
ſcripſiſſe, addendam in hac lege negationem, &
legendum, *quod extraneo non præſtatur.* Primùm quoniam,
vt initio poſuimus, inſtituto ex aſſe patrono nulla
ratio eſt cur non quemadmodum ab alio quolibet,
ita ab ipſo legari extraneis poſſit, ſaltem pro ea parte
quæ ei tanquam extraneo, non tanquam patrono relicta
intelligitur, hoc eſt, ſupra dimidiam. † Rurſus cum à 6
patrono legatum eſt filio vel cui alteri coniunctæ perſonæ,
conſtat patrono non dimidiam, ſed quartam duntaxat
hereditatis partem deberi. Ex his igitur neceſſariò
fit id quod hac lege dicitur, vt filius integra centum &
viginti conſequatur: patronus verò legatum quod extraneo
relictum eſt hactenus diminuat, vt ſaluam totius
hereditatis falcidiam habeat. Et verò vix eſt vt rectè
quis diminui legatum dicat, quod nullatenus præſtatur:
præſertim ſi vulgatam lectionem ſequamur, hoc eſt, filio
centum duntaxat, extraneo autem viginti relicta ponamus.
Cur non enim ex ſemiſſe viginti præſtabitur, &
quidem integra, cùm adhuc futurum ſit, vt octoginta
heres retineat? Quare cum diminui legatum extraneo
relictum Marcellus dicat, omnino recipienda eſt Florentina
lectio, vt centum viginti filio, reliqua, id eſt octoginta,
extraneo libertus legauerit. Ac fortaſſe vulgata
lectio iam olim ab *Accurſio* probata virum doctiſſimum
refellit, ſi quidem viginti duntaxat extraneo legatis,
omnino neceſſe eſt vt vel nulla legati diminutio fit, vel
legatum nullatenus præſtetur: quod vtrumque Marcellus
negat. Neque † obſtat quod idem *Goueanus* obiicit 7
ita poſito iure fieri vt deterioris conditionis ſit patronus
ex aſſe quàm ex ſemiſſe inſtitutus. Nam cum à patrono
ex ſemiſſe, puta in centum, herede ſcripto poſſint
filiò ſeptuagintaquinque legari, ita vt nonniſi vigintiquinque
patronus retineat, apparet eiuſdem ex aſſe inſtituti
ſi legatis filio relictis oneratus ſit meliorem eſſe
conditionem cùm quinquaginta retineat. Sanè ſi extraneis
tantum legatum ſit, melior erit conditio patroni
ex dimidia parte inſtituti, quàm in huius legis ſpecie, ex
aſſe. Sed captioſa argumentatio eſt à patrono, qui extraneis
duntaxat dare damnatus eſt, ad eum, à quo etiam
coniunctis perſonis legatum eſt.

CAPVT XVI.

Superſtitibus liberis dotem profectitiam ad patrem non reuerti, iure vetere, aut nouo.

SVMMARIA.

1 *Contraria Martini & Bulgari ſuper hac quæſtione opiniones.*
2 *Martini ſententiam & veteri & nouo iuri conformem eſſe.*
3 *Accurſij reſponſio* ad l. vlt. §. 1. vt legat. nom. cau.

4 *Vocem*

4 *Vocem* filiafamilias in l.4.C.ſolut. matrim. *irreptiam eſſe.*
5 *Ratio cur liberis ſuperſtitibus dos profectitia apud maritum remaneat, non autem ad patrem reuertatur?*
6 *Species & emendatio* legis poſt dotem 40. ſolut. matrim.
7 *Vlpiani locum* in fragmentis tit.de dotib.§. 2. *de liberis prædefunctis non de ſuperſtitibus accipiendum eſſe.*
8 *Vera quæſtio & ſententia* §. cùm inter, legis 26.ff.de pact. dotal.
9 *Cur mortua muliere pro ſingulis liberis prædefunctis quinta dotis apud maritum vetere iure remanſerint?*
10 *Cur ſextæ dotis propter liberos diuortij tempore ſuperſtites olim retinerentur?*
11 *Sextas in ſingulos liberos pro dimidia tantum parte dotis iure vetere retineri ſolitas fuiſſe.*
12 *Retentionem ſextarum, quæ diuortio facto fiebat, à Iuſtiniano ſublatam eſſe, reliquas non item.*
13 *An aliqua Iuſtiniani conſtitutione quintæ ſublatæ ſint.*

1 VEtus † fuit quæſtio inter Bulgarum & Martinum magnis altercationib. agitata, an mortua in matrimonio filia ſuperſtitibus liberis profectitia dos ad patrem reuertatur: *Bulgarus* enim, vt pleriſque locis *Accurſius* refert, teneri putat, *Martinus* verò propter liberos penes maritum remanere contendebat. Cuius ſententia vſque adeò æqua vulgo viſa eſt, vt eam de conſuetudine obſeruari omnes teſtentur, ita tamen improbabilis vt ex veteribus omnibus interpretibus paucos reperias, qui *Bulgari* ſententiam ex iuris ratione veriorem eſſe non defendant.
2 † Ego verò *Martini* opinionem vt æquiſſimam, ita veriſſimam eſſe auſim dicere, nec vetere tantum, ſed etiam nouiſſimo iure, licet ex recentioribus plerique diſſentiant. Et vetere quidem iure maritum dotem profectitiam propter liberos lucrifeciſſe, oſtendit manifeſtè *l.vlt. §.1. vt legat. nomin. caueat.* vbi ſic Iureconſultus loquitur, quaſi dubitari non oporteat, quin apud maritum vnius filij ſuperſtitis nomine
3 dos remanere debeat. † Nam quod *Accurſius* & Bartolus reſpondent tractari eo loco de filia emancipata, cùm feciſſe teſtamentum proponatur verum quidem eſt, ſed ad tollendam obiectionem nihil facit: neque enim hac parte emancipatam filiam à filiafamilias differre exiſtimandum eſt, cùm certi iuris ſit profectitiam dotem licet emancipatæ filiæ datam ad patrem nihilominus re-
4 uertit. *l.5. de diuort. l.fil.a.59. ſolut. matrim.* † Quam ob cauſam doctiſſimi viri plerique mirantur quod ſcriptum eſt in *l.4.C. eod.* mortua muliere profectitiam dotem ad patrem redire, ſi mulier in matrimonio filiafamilias deceſſerit. Ac ſanè fatendum omnino eſt quod ij volunt, irreptitiam eſſe dictionem, *filiafamilias*, vel dicendum additam eſſe, quod in ea ſpecie filiafamilias eſſet cui dos à patre data fuerat, non quòd eam filiamfamilias fuiſſe neceſſe ſit. Adiuuat etiam Martini opinionem quòd *in l.filiusfamilias.17. ad Maced.* ſcriptum eſt, mortua in matrimonio puella patri repetitionem dotis dari. Puellam enim eo loco interpretari debemus eam quæ liberos nunquam habuit *vt in l.vxorem.41.§. teſtamento, de leg.3.* vbi marito defuncto ideo puella alij nubere proponitur, vt intelligamus nullis ex alio matrimonio ſuperſtitibus liberis, potuiſſe patrem & fratrem dotis partem ſtipulari. Idem probat *l.illam, C.de collat.* ad quam aliud reſpondere non poſſunt *Bulgari* defenſores, quàm loqui eam de filia emancipata: quòd etſi veriſſimum eſt, tamen minus accommodate dici iam ſuprà probauimus. Sed etſi legibus, quæ tam multæ & apertæ ſunt, deficeremur, ipſa tamen iuris ratio, quæ patri profectitiæ dotis repetitionem dat, facit vt liberis
5 ſuperſtitibus aliud dicendum videatur. † Ratio illa redditur *in l.iure ſuccurſum. 6. de iure dot.* vt ad quem ſummus mœror peruenit, ad eundem quoque ſummus honor pertineat, ne pater & filiæ mortuæ, & dotis amiſſæ damnum ſentiat. Atqui ſuperſtitibus ex præmortua & filiæ liberis, negari non poteſt quin maior ad liberos ex matris, quàm ad patrem ex filiæ morte dolor perueniat. Ergo ad quos ſummus dolor peruenit, ad eoſdem dotis commodum pertinere rationis & æquitatis eſt. *argu. Authen.in ſucceſſione. Cod.de ſuis, & legit.* Aut ſi maior parentum erga liberos, quàm liberorum erga parentes affectionem eſſe volumus (quod dici non poteſt) fiet vt ex voluntate filiæ, quæ liberos ſuos plus, quàm patrem dilexit, liberis potius quàm patri dotem deberi dicamus. Nec enim audiendus eſt pater ſi dicat in filiæ poteſtate non fuiſſe dotem liberis ſuis dare, & patri auferre, cùm non aliam ob cauſam pater ab initio filiæ dotem dederit, & verò dare coactus ſit, quàm propter liberos, ſi qui ex eo matrimonio naſcerentur. Hæc enim ſola vt matrimoniorum contrahendorum, ita dotis conſtituendæ cauſa, origo, & finis eſt, *l.1.ſolut.matrim.* Ergo tam bono matris voto, tam iniqua patris voluntas opponi non debet. † Quò pertinet *l.poſt dotem.40.eod.* vbi 6
Papinianus ſcribit patrem, qui ſine filiæ voluntate (ita enim locum illum rectiſſimè vir doctiſſimus *Iacobus Cuiacius* iampridem emendauit) ſtipulatus eſt diuortio facto dotem dari, ſi poſt impletam ſtipulationis conditionem filia moriatur, poſſe quidem ex ſtipulatu agere: ſed non aliter quàm ſi filia ſine liberis deceſſerit. Vbi ridiculus eſt *Accurſius*, qui verba hæc ſuperflua eſſe notat, cum tamen Iureconſultus non minus requirat vt filia ſine liberis deceſſerit, quàm vt ſtipulationis conditio impleta ſit. Ex quibus apparet *Martini* ſententiam iure vetere veriſſimam fuiſſe, nec ei vllam Digeſtorum legem aduerſari. Nam quod tot locis generaliter ſcriptum eſt dotem profectitiam mortua in matrimonio filia ad patrem reuerti debere, facilem habet reſponſionem, ſupplendos omnes eos locos ex aliis qui liberorum ſuperſtitum potiorem faciunt cauſam quàm patris: quod vel ipſa ratio *l.iure ſuccurſum*, manifeſtè oſtendit. Sed non fuiſſe tam curioſos iuris authores ita diſtinguere, quoniam de eo ius certum eſſet, & ita ſcriberent ad differentiam duntaxat aduentitiæ dotis, cuius nulla repetitio eſt, licet in matrimonio ſine liberis mulier deceſſerit. *l.1.de bon.damnat. l.annua.79. de iur.dot.* † Vnus tan- 7
tum locus eſt qui ad huius quæſtionis explicationem valde pertinet, ac doctiſſimos quoſque ætatis noſtræ Iureconſultos meo iudicio fefellit. Is eſt in Vlp. fragmentis *tit.de dotibus.* vbi ille ſcribit mortua in matrimonio filia dotem reuerti ad patrem, ſeruatis tamen penes maritum in ſingulos liberos quintis. Quod ſi ita eſt, neque vera fuiſſe videtur iure vetere opinio Bulgari cum ſuperſtitibus quinque liberis, totam dotem maritus retineret, neque Martini cum vnico tantùm filio ſuperſtite, non niſi quinta dotis pars marito deberetur, reliquum patri reſtitueretur. Atque ita viri plerique docti ſentiunt, vt ex illo Vlpiani loco tota hæc quæſtio deciſa & explicata videatur. Sed mihi longè aliud iudicium eſt, qui video *in l.vlt.§.1.vt legat.nomin. caueat.* vnius filij ſuperſtitis nomine totam dotem à marito retineri: neque minus fauorabilem eſſe vnius filij cauſam quam plurium, ſi de matris ſucceſſione quæratur: quod omnium manifeſtiſſimè probat *l.illam. C. de collat.* in iis verbis, *cuiuſcunque ſint numeri.* Quid ergo eſt? Puto, quod Vlpianus eo loco ſcribit, de prædefunctis non ſuperſtitibus liberis intelligi debere: vt propter liberos præmortuos, quintæ duntaxat: propter ſuperſtites verò tota dos retineretur. Idque meo iudicio innuit *l. inter. 26.§. cùm inter.de pact.dotal.* vbi pactum conuentum proponitur, vt ſi ex matrimonio liberi ſuperſtites non eſſent, tota dos reſtitueretur, id eſt, vt ego interpretor, ſine vlla quintarum retentione. Quod pactum fruſtra interponeretur ſi ita ius eſſet, vt liberis nullis ſuperſtitibus nihil ex dote reſtitueretur. Nec tamen ſimili ratiocinatione poſſis in contrariam ſententiam argumentari ex eo, quod ibidem

Papinianus adiiell, huiuſmodi pacto inter contrahentes
id actum intelligi, vt ſuperſtitibus liberis filia defuncta
dos retineatur. Ex quo Bartolus, vt Bulgari ſententiam
defendat colligit, defuncta ſuperſtitibus liberis filia do-
8 tem non retineri ſi pactum non intereeſſerit. † Longè
enim alia illius loci ſententia eſt, nec de eo apud Papi-
nianum dubitabatur, An defuncta liberis ſuperſtitibus
filia dos retineretur, quod certiſſimum erat, præſertim
facto de ea re tacito pacto: ſed de illo duntaxat, an dotis
quoque portio, quæ additamenti cauſa data fuerat, apud
maritum remaneret. In quo dubitationem illud facie-
bat, quod pactum de dote factum eſſet: hæc autem por-
tio non tam dos quam doti addita eſſe videretur. Sed
hanc quoque eodem iure cenſeri Papinianus ait: idque
eleganter, & ſuo more conciſè, probat eo argumento,
quòd cùm conuenit vt mortua ſine ſuperſtitibus liberis
filia dos patri redderetur, manifeſtum eſt id actum eſſe,
vt ea quoque portio quæ doti addita eſſet reſtitueretur:
tum quòd ea dotis incrementum potiùs quàm noua dos
intelligi debeat. *l. 4. de iur. dot.* tum etiam quòd non ſit
exiſtimandum eum, qui dotem reſtitui voluit, non co-
gitaſſe de illa etiam portione reſtituenda, quam dotis
cauſa addiderat. Atqui cùm conuenit vt mortua ſine li-
beris ſuperſtitibus filia dos patri redderetur, id tacitè
non reſtituatur. Ergo eadem interpretatione hanc quo-
que conuentionem ſic accipere debemus, vt nec ea por-
tio reſtituatur quæ doti addita eſt. Sicque locus is enar-
randus & intelligendus mihi videtur. Probat igitur ma-
nifeſtè quod volumus, mortua nullis relictis liberis fi-
lia, non ideo tamen totam dotem patri debuiſſe reſtitui,
ſi ex eo matrimonio liberi interueniſſent, niſi pacto
conſtitutæ dotis tempore interpoſito contrarium actum
9 fuiſſet. † Huius porrò iuris veteris rationem ſi quis
quærat, hæc fortaſſe afferri poteſt, quòd ſtatim atque
marito naſcuntur liberi, quaſi in eorum perſona dotis
pignus conſtituatur, quorum ſcilicet cauſa futurum ali-
quando ſit, vt dotis retentionem habiturus ſit, vt quam-
uis eos poſtea mori contingat, iniquum tamen ſit atque
adeò inhumanum patri dotam auferri, ne præter dolo-
rem amiſſi filij, dotis etiam quam ſuperſtite filio lucra-
turus erat damnum ſentiat *arg. d. l. iure ſuccurſum. de iur.
dot.* Verùm quoniam non minor ad patrem ex filiæ,
quàm ad maritum ex præmortuorum liberorum morte,
dolor perueniat, æquum æſtimauerat vetus legiſlator ita
rem temperari, vt in ſingulos liberos vnam duntaxat
quintam maritus retineret: vnde fiebat vt aliquando
plus retineret quàm pater, aliquando minus, aliquando
etiam totam dotem, niſi pater ſibi in danda dote proſ-
10 pexiſſet, *vt in d. §. cum inter.* † Sanè ſextarum alia ratio
erat. Hæ namque propter liberos diuortij tempore ſu-
perſtites retinebantur, vt eodem loco Vlpianus teſtatur;
& apparet *ex §. ſileat. l. vnic. C. de rei vx. act.* quem de ſex-
tis non de quintis accipiendum eſſe paulò poſt oſtende-
mus. Diſſimilitudinis autem ratio erat, quòd ante diuor-
tium amiſſorum liberorum dolor non minus matrem,
quàm patrem afficiat, vt proinde inciuile eſſet aliquid
ex dote mulieri eo nomine auferri, & marito applicari.
Sanè pro ſuperſtitibus liberis æquum videbatur mul-
ctari mulierem retentione ſextarum, quaſi eam, cùm
diuertit ſuperſtitibus liberis, qui tam ſancti fœderis
perpetuum pignus eſſe ſolent, non ſit exiſtimandum
valde liberos ſuos curare, quibus neglectis alios ſpectare
51 maluerit. Non † tamen in ſingulos liberos quemadmo-
dum quintæ, ita etiam ſextæ in infinitum retinebantur:
ſed pro dimidia tantùm dotis parte, quia cùm permiſſa
& libera eſſent diuortia, non debuit mulier indotata
conſtitui: niſi ab initio ita conueniſſet. Liberis namque
interuenientibus dotis conditionem pacto deteriorem
fieri potuiſſe certum eſt *l. 1. de dot. præleg.* vt contingit
in ſpecie *l. 2. de pact. dot.* in qua proponitur pactum fuiſ-
ſe, vt quoquomodo diſſolutum eſſet matrimonium, li-
beris interuenientibus dos apud virum remaneret, hoc
eſt, vt etſi diuortio matrimonium ſolueretur, tamen ma-
ritus totam dotem retineret. Hæc cùm ita iure vetere
obtinerent, Iuſtinianus *in l. vn. §. ſileat. C. de rei vxor. act.*
omnem retentionum verboſitatem, vt ipſe loquitur, ſu-
ſtulit, & ſpecialiter eam, quæ ob liberos fiebat. † Quod 12
nonnulli ſic accipiunt, vt *Martini* opinio, quæ olim ali-
quo caſu vera eſſe potuit, hodie poſt eam conſtitutio-
nem vera eſſe nunquam poſſit. Quibus aliud reſpon-
dendum non eſt quàm quod olim *Bulgaro Martinus*
reſpondit, ſuſtuliſſe Iuſtinianum retentiones quæ di-
uortio facto fiebant, nihil verò noui induxiſſe ſi ſuper-
ſtitibus liberis mulier in matrimonio mortua ſit: quod
ſane veriſſimum eſſe duplex Iuſtiniani ratio demõſtrat.
Prior illa eſt, quod ipſe naturalis ſtimulus parentes ad
liberorum educationem ſatis hortetur. Cuius rationis
ſenſus non eſt, patrem ex ſuis bonis non ex dote matris
liberos alere debere: ſed ille potius, non eſſe retentio-
nibus cogendam mulierem filios alere, ad quorum edu-
cationem vel ſola ferente natura ſatis ipſa impellitur.
Ex quo intelligimus ea conſtitutione ſextas duntaxat
ſublatas eſſe, non etiam quintas, quæ vt diximus, præ-
mortuorum liberorum nomine retinebantur. Niſi for-
tè quis Iuſtiniani ſententiam illam eſſe putet, vt ſuper-
ſtitibus liberis mortua muliere dos à marito non reti-
neatur: quod non eſt admittendum. Nam præter, id
quod de iis retẽtionibus loquitur Iuſtinianus, quæ olim
in iudicio de dote fiebant, quod non contingebat ſuper-
ſtitibus ex mortua in matrimonio muliere liberis: (ne-
que enim hoc caſu dotis repetitioni locus erat, vt dixi-
mus) illud etiam apertum eſt, auum, præſertim mater-
num, qui alios fortè aut liberos, aut ex liberis nepotes
habeat, non ita valde ad ſuperſtitis nepotis educatio-
nem incitari: vt taceam viuis quidem parentibus non
niſi educationem liberis deberi: iis verò præmortuis,
etiam hereditatem: quæ ratio facit, vt quod de libero-
rum educatione viua matre Iuſtinianus ſcribit, non ſi-
mili modo ad auum protrahi poſſit. Altera ratio eſt, *ne
varium genus culpa mariti contra vxores excogitent, vt
poſſint eadem retentione contra eas vti*, ex qua manifeſtius
eſt loqui Iuſtinianum de matrimonio per diuortium nõ
morte mulieris ſoluto. Nam iſtis retentionibus ob li-
beros ita demum locus erat, ſi aut mulieris, aut eius pa-
tris culpa diuortium factum eſſet, vt ſupradicto loco
Vlpianus refert. † Quæ quamquam ita ſunt, aliqua ta- 13
men Iuſtiniani conſtitutione ſublatas eſſe quintas dubi-
tandum non eſt, quarum ſcilicet mentionem nullam aut
in Digeſtis, aut in Codice nobis reliquit. Sed iis ſublatis
quid hodie obtineat dubitari magis poteſt, hoc eſt, An
maritus dotem totam reſtituat non retentis quintis,
quas olim retinebat. An verò dotem totam retineat qui
olim non niſi quintas retinebat. Sed probabilius eſt,
Iuſtinianum in fauorem patris, quintas ſuſtuliſſe, tum
quia tota ea Conſtitutione dotis repetitioni quantum
poteſt, fauet: tum etiam quia in *§. extraneum*, ait ſe pa-
renti tacitam ex ſtipulatu actionem concedere. Quod
non ita accipiendum eſt, vt quoties pro filia dotem pa-
ter dat, eam ſibi ſoluto matrimonio reſtitui ſtipulatus
intelligatur (alioqui etiam ſuperſtitibus ex matrimonio
liberis dotem repetere poſſet) ſed vt quoties profecti-
tiam dotem repetere pater poteſt, ex ſtipulatu petere
poſſit, licet ſtipulatio nulla interceſſerit. Atqui nullis
ſuperſtitibus liberis mortua filia dotis exactioni locus
erat etiam iure vetere. Hodie igitur hoc caſu actione
ex ſtipulatu dotem pater repetet: vt quintarum dedu-
ctionem non patiatur, cùm actioni ex ſtipulatu nulla
obiici retentio poſſit. *d. l. vnic. § ſileat. in fin. C. de rei vxor.
act.* Cæterùm, licèt quintas & ſextas Iuſtinianus ſuſtu-
lerit, veriſſimum tamen eſt quod propoſuimus, tam no-
uo iure quàm vetere mortua in matrimonio filia ſuper-
ſtitibus liberis profectitiam dotem ad patrem non re-
uerti. Sed de quæſtione iſta nimis fortaſſe multa dixi-
mus, quamquam & Vlpiani locus & Iuſtiniani

Conſtitutio videntur breuius explicari non potuiſſe.

CAPVT XVII.

Addendam eſſe negationem in l. heres. 21. §.quòd ſi hic ſeruus. D. de fideiuſſ.

SVMMARIA.

1 *Obſcurum eſſe Africani argumentum quo probare voluit fideiuſſore ſtipulatori herede exiſtente ſolam obligationem fideiuſſoriam perimi.*
2 *Iure vetere electo reo fideiuſſorem, & viciſſim electo fideiuſſore reum liberari ſolitum, iure nouo non item.*
3 *Explicatur* l.egiſti 84.de ſolut.
4 *Ex pluribus fideiuſſoribus vno electo reliquis liberationem vetere iure contigiſſe.*
5 *Exceptio à diſpoſitione* legis vlt.C.de fideiuſſ.
6 *Manere fideiuſſorem obligatum etiam quum creditor in poſſeſſionem bonorum debitoris miſſus eſt.*
7 *Explicatur* §.vlt.inſt.de replic.

SI ſtipulator reum heredem inſtituerit, fideiuſſoris obligationem perimi certiſſimum eſt, ſiue ciuilis, ſiue naturalis tantùm in reum fuiſſet, quoniam nemo apud eundem pro ipſo obligatus eſſe poſſit. *l. ſi quis pro eo.56.§.1.l. Granius. 71. de fideiuſſ.* At ſi quidem ſtipulator fideiuſſorem heredem ſcripſerit, placet ſolam fideiuſſoris obligationem perimi. *d. l. heres à debitore.* 21.§. *quod ſi ſtipulator.de fideiuſſ.* quod quia nouum quodammodo videtur, Africanus eo loco confirmat hoc argumento, quòd ſi poſſeſſio rerum debitoris creditori data ſit, æquè dicendum eſt fideiuſſorem manere obligatum. 1 † Cuius tamen ratiocinationis quis ſenſus ſit ego neque intelligo, neque intelligi poſſe puto. Etenim ſi debitorem, cuius bona à creditore poſſidentur, ideò liberatum eſſe dicamus, accommodatum non erit exemplum hoc ad id de quo Africanus quærit. Scilicet an fideiuſſoris obligatio ita perimi poſſit, vt tamen reus maneat obligatus. At in exemplo propoſito extincta principali, fideiuſſoria nihilominus remaneret, quod neque iuris ratio patitur, neque quod Africanus ait, *æquè dicendum eſſe*, niſi id prorſus contraria interpretatione intelligimus, *per contrarium*: quod quàm abſurdum & ineptũ ſit nemo eſt qui non ſtatim ex Latini ſermonis ratione intelligat. Quòd ſi cùm poſſeſſio rerum debitoris creditori data eſt, adhuc debitor obligatus eſt, ineptior erit Africani argumentatio vt fideiuſſoris obligatio tolli poſſit non ſublata principali, quod remanente principali, fideiuſſoria quoque non tollatur. Ex hoc enim potiùs inferre poteſt ſublata ergo vna tolli alteram. Illud certè nullo modo inferas. Poſſe igitur principali manente tolli fideiuſſoriam: de quo tamen Africanus diſputat. Sed neque verum eſt perita poſſeſſione rerum debitoris, fideiuſſorem adhuc manere obligatum. 2 † Quanquam enim iure vetere creditori licebat relicto reo fideiuſſorem eligere. *l.3. l.iure.5. Cod. de fideiuſſ.* attamen ita ius erat vt altero electo alter liberaretur. *l.ſi ei cui 11. D.mandat.* vbi Pomponius ſcribit fideiuſſorem, qui cùm damnatus eſſet ex cauſa fideiuſſionis creditori poſtea heres extitit, habere mandati actionem quam tamen non haberet ſi accepto per eum iudicio reus liberatus non eſſet, *d.l.heres.§.vlt. de fideiuſſ.* Sic electio reo liberari fideiuſſorem, licet integrum debitum creditor à reo conſequi non potuerit intelligimus *ex l. ſi mandatu. 45. §.vlt. mandat.* vbi creditor qui mãdato fideiuſſoris cum reo egit, comparatur ei qui mandato debitoris ab alio ſtipulatur id quod ſibi debetur, periculo tamen debitoris, vt tam hîc quàm ille mandati actionem habeat in id quod minus à reo ſeruare potuit: quemadmodum enim priore caſu perempta eſt per delegationem prima debitoris obligatio, ita poſteriore, fideiuſſor electione rei liberatus eſt: quod ſignificant verba illa, *quia ſequenti mandato liberaretur ex priore cauſa.* 3 † Ex quo etiam explicare ſoleo *l.egiſti.84. de ſolut.* in qua Proculus ait fideiuſſoribus acceptis pro naturali ſerui obligatione multum intereſſe, an dominum an ſeruum ipſum creditor eligat: electo namque domino, quod fit ſi cum eo de peculio agatur, non ideò fideiuſſores liberari: accepta verò pecunia à ſeruo, cui peculij adminiſtrationem dominus permiſit fideiuſſores quoque liberari: quod omnino ita accipiendum eſt etſi minus ſoluerit ſeruus quàm deberet: integro namque debito ſoluto, neque dubitatio vlla erit cur non fideiuſſores liberentur, neque aliud iuris conſtituetur ſi cum domino de peculio actum ſit, cuius ſolutione inſolidum facta, etiam fideiuſſores liberari conſtat. *l.cum quis.38.§ pen.de ſolut.* Huius porrò diſſimilitudinis ratio illa eſſe videtur, quòd cùm pro domino fideiuſſores accepti non ſint, nulla ratio eſt cur electione domini liberentur, ſed ſerui duntaxat ad cuius obligationem acceſſerunt: alia enim domini, alia ſerui obligatio eſt. 4 † Sed & pluribus in eandem obligationem fideiuſſoribus datis, vnius electione, cæteris liberatio contingebat. adeò vt dubitatum ſit an adoleſcente curatorem eligente tutor liberetur. *l. tutores.39.§. adoleſcens. de adminiſtr. tutor.* Quamquam hoc Iuſtin. correxit, *in l.vlt. C. de fideiuſ.* vbi generaliter conſtituit vt pluribus ad eandem rem obligatis vnius electio creditori non præiudicet, quominus quod ab vno ſeruare non potuit ab aliis conſequatur: ex quo magis apparet, verum eſſe quod dicimus, iuris veteris regulam eam fuiſſe, vt electo fideiuſſore reus, & viciſſim electo reo fideiuſſor liberaretur, excepto 5 † tantùm caſu *l.vlt. D.de reb.credit.l. ſi decem.21. D. de ſolu.* qui ſpecialem habet rationem propter verba ſtipulationis. Quod cùm ita ſit, non eſt exiſtimandum Africanum ſcripſiſſe, electo reo ita vt eius bonorum poſſeſſio creditori data ſit, fideiuſſorem adhuc manere obligatum: at potius *non manere*, quod proculdubio conuenientius eſt ei quod probare vult, nouum non eſſe vt principalis obligatio remaneat, extincta fideiuſſoria. 6 † Nam & cùm in poſſeſſionem bonorum debitoris creditor miſſus eſt, ipſe debitor adhuc obligatus manet, non ſolùm quia quamdiu bona diſtracta non ſunt, poteſt ſe defendere. *l.2.§.vlt.l.6. §.1.quib.ex cauſ.in poſſ. eat.* ſed etiam quia bonis diſtractis ſi creditor ex iis in ſolidum ſatisfactum non ſit, ipſo iure obligatio non perimitur, ſed debitori duntaxat exceptio datur, adeò vt ſi quid poſtea quæſiuerit, rurſus exigi ab eo poſſit. *l.3.C. de reb.author.iud.poſſid.* At fideiuſſor ipſe obligatus non manet, quem rei electione liberatum eſſe certiſſimum eſt. 7 † Nec obſtat *§. vlt.inſt.de replic.* qui non ita accipiendus eſt, quaſi creditor qui aduerſus reum agit, & exceptione ſummotus eſt, contra fideiuſſorem poſtea vtiliter agere poſſit: ſed ita vt creditor qui ſi aduerſus eum agere reperiri poſſet exceptione illa, *ſi non bonis ceſſerit*, contra fideiuſſorem agens huiuſmodi exceptione non repellatur.

CAPVT XVIII.

Diſſenſio Vlpiani à Paulo, in quæſtione §. ſi à furioſo.l.2.D.pro emptor.

SVMMARIA.

1 *An ei qui à furioſo rem emit Publiciana competat.*
2 *Rationes duæ pro ſententia Vlpiani.*
3 *Pauli ſententia defenditur.*
4 *Reſponſio ad ratiocinationẽ Vlpiani exiſtimantis ementi à furioſo Publicianam competere?*

1 Mali

5 *Malè à quibuſdam emendatum fuiſſe* dictum §. ſi à furioſo.

6 *Diuerſam eſſe vſucapionis & Publiciana rationem.*

QVanquam furioſus rei ſuæ dominium transferre in alium non poteſt, ſicut nec quicquam aliud facere, *l.5. de reg. iur.* tamen vtilitatis cauſa receptum eſt: vt ſi quis rem furioſi ab ipſo bona fide emerit & ſtatuto tempore poſſederit, vſucapere eam poſſit. *l. pignori, 13. §. cum qui. de vſuc. l.2. §. ſi à furioſo. D. pro empt.* vbi de eo inter iuris authores conſtitiſſe Paulus ait, hoc eſt nullam dubitationem & controuerſiam habuiſſe.
5 † Sed an ei qui furioſi rem emit, Publiciana competat, maximæ dubitationis fuit, vt nec hodie, quid ſentiendũ ſit, ſciri poſſe videatur, Paulus namque *in d. §. ſi à furioſo.* negat competere, itémque acceſſionem poſſeſſionis, quemadmodum ex re euicta emptori de euictione actio
2 denegatur. At † Vlpian. *in l. ſed etſi. 7. §. 1. De Public.* ſic ratiocinatur, vt emptorem qui vſucapere poteſt, Publicianam quoque habere neceſſe ſit ex manifeſta iuris regula, cum is, qui Publiciana actione experitur, eo colore rem ſibi reſtitui poſtulet. quaſi à ſe vſucaptam, vt Iuſtinianus ait *in §. namque de actio.* Addi etiam pro Vlp. poteſt, ſine poſſeſſione nullam eſſe poſſe vſucapionem, *l. ſine 25. de vſuc.* nec ſine titulo, & bona fide, *l. nullo 24. C. de rei vindic. l. vlt. C. pro hered.* hoc ipſum autem Publicianam ſatis eſſe. *l. 1. de Publician.* Cur non igitur Pu-
3 bliciana detur ei, cui vſucapiendi ius conceditur? † Sed ſi Paulum defendere volumus, cuius opinio longè elegantior videtur, eam rationem afferemus, quæ mouiſſe illum videtur, quòd cum furioſus rem ſuam vendit, licet ignoranti & bonæ fidei emptori, tamen emptio nulla eſt, cùm certi iuris ſit furioſum rei ſuæ vendendæ poteſtatem non habere. Quòd ſi emptio non valet, dic. profectò non poteſt dandam ei Publicianam, quam certum eſt ei duntaxat dari, qui ex iuſto titulo rem poſſedit. *d. l. 1. D. de Public.* Vnde etiam fit, quod primo loco Paulus infert, vt ſi res à furioſo vendita euincatur, aduerſus furioſum de euictione agi non poſſit, quoniam qui de euictione agit, ex empto agit, *l. ex empto. 11. de act. emp.* Item illud, vt emptori acceſſio quoque poſſeſſionis denegetur, non alia ratione, quàm quòd emptor non ſit, cum emptio nulla interceſſerit. Eodem igitur modo inferas, neque vſucapere eum poſſe. Ac ſane ex ſtricta iuris ratione veriſſima, & prorſus neceſſaria conſecutio eſt: ſed cum vtilitatis cauſa receptum ſit, vt vſucapere poſſit, recedimus hac parte à iuris regula, & vſucapionem ſine titulo procedere admittimus. Nam in his quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt, non poſſumus
4 ſequi regulam iuris, *l. in his. 15. D. de leg.* † Ex quo ad Vlpiani ratiocinationem reſponderi poteſt. Neque enim ſi vtilitatis cauſa receptum eſt, vt qui à furioſo bona fide emit, vſucapere poſſit, illud etiam recipiendum eſt, vt ei Publiciana competat, cùm id quod contra iuris rationem receptum eſt, non ſit producendum ad conſequentias. *l. quod vero. D. eo. l. quæ propter. 162. de R. I.* Cui ſimile quiddam traditur, *in l. qui negotia. 34. D. mandat.* vbi non valde diſſimilem Vlpiani ratiocinationem, *in leg. ſingularia, 15. D. ſi cert. pet.* Africanus ex eo refellit, quod id ex quo argumentum ſumebat Vlpianus, benignè receptum eſſet. In propoſito autem, ei qui à furioſo bona fide emit vſucapiendi facultas conceditur, vtilitatis tantùm cauſa, id eſt fauore boni publici, quo introducta dicitur vſucapio. *l. 1. de vſuc.* At Publicianam acceſſionem poſſeſſionis, & actionem de euictione, nullus fauor publicus adiuuat, ſed priuata duntaxat contrahentium vtilitatis, *l. bene à Zenone. verſ. eodémque. C. de quadr. præſc.* propter quam à iuris regula recedere,
5 ſcriptumque ius inſuper habere non debemus. † Quæ cum ita ſint, apparet malè à nonnullis reiecta eſſe quaſi ſpuria & ſuppoſititia verba illa *d. §. ſi à furioſo nec Pu-*
6 *blicianam competit, & acceſſio poſſeſſionis.* † Poſtremò diuerſam à Paulo conſtitui vſucapionis & Publicianæ rationem, quam tamen eandem faciunt qui exiſtimant vtilitatis cauſa concedendam emptori non ſolum vſucapionem, ſeu etiam Publician & acceſſione poſſeſſ. priuatam ipſius vtilitatem intuentes, non publicam, de qua tamen Paulus, vt diximus, proculdubio intelligi debet. Ridiculus verò eſt *Accurſius*, qui ad horum locorum conciliationem ſcribit concedendam emptori Publicanam aduerſus extraneum, denegandam verò aduerſus ipſum furioſum. Nam præter id quod omnibus generale eſt, vt aduerſus dominum Publiciana non detur, *l. pen. & vl. D. de Public.* illud etiam manifeſtum eſt, Vlpianum, vt quemadmodum aduerſus furioſum vſucapio emptori prodeſt, ita & Publicianam aduerſus eundem ille habeat. Et ex diuerſo, Pauli rationem facere vt neque aduerſus extraneum Publicianam habere poſſit.

Capvt XIX.

An generalis ſententia ſit l. filio præterito. 17. D. de iniuſt. rupt. & irrit. teſtam.

SVMMARIA.

1 *Filio præterito patris iudicia improbante promiſcuè, etiam extraneis inſtitutis teſtamentum conſeruari.*

2 *Diuerſam eſſe ſpeciem* l. poſthumus. 12. de iniuſto rupt. & irrit. teſt. à ſpecie l. ſi filio. 17. eod. tit.

3 *Reſponſio ad* l. ſi duobus. §. 1. de bon. poſſeſ. contr. tab. *& eius ſpecies.*

4 *Prius teſtamentum rite factum poſteriore minus perfecto rumpi, quum is qui ab inteſtatorem habiturus eſt hæres inſtituitur.*

5 *Verba* l. quod vulgò. ff. de bon. poſſeſſ. cont. tab. *ab Accurſio & Bartolo malè intellecta explicantur.*

6 *Ratio dubitandi* ad l. 1. §. vlt. ſi tab. teſtam. null. ex-tab.

7 *Ratio decidendi.*

NEmo eſt qui neſciat quod Papinianus ſcripſit, filio præterito patris iudicia comprobante ex bono & æquo defendi teſtamentum, licet iuris ſcrupuloſitate nimiaque ſubtilitate ruptum eſſe videatur, *l. filio. 17. D.*
de iniuſt. rupt. † At nondum inter omnes conſtare vide- 1
tur, an id generaliter & perpetuò verum ſit, hoc eſt ſiue in eo teſtamento inſtituti ſint fratres, aut alij ab inteſtato venientes, ſiue extraneus quilibet. Sunt enim qui inſtituto extraneo aliud admittendum exiſtimant, vt hæredes eſſe non poſſint, licet filius in poteſtate præteritus patris iudicia non impugnet. Alij contrà nihil intereſſe putant quis in teſtamento ſcriptus ſit, dummodo patris voluntatem filius agnoſcat. Quorum ſententia mihi longè probabilior videtur. Id enim duntaxat Papinianus intuetur, vt ſi iniuriã remittat is cui ea facta eſt ſupremam defuncti hominis. voluntatem, quæ ampliùs reformari non poteſt, conſeruemus: cùm hac parte non tam hæredis ſcripti quàm ipſius teſtamenti fauor inſpiciendus ſit. Verùm huic ſententiæ opponitur quod *in d. l. filio* Papinianus ſcribit, *ſi præteritis fratribus partem hæreditatis non reuocauit*: ex quibus apparet in Papiniani ſpecie inſtitutos fuiſſe fratres, qui ſuo iure ab inteſtato ſuccedere poſſent. Sed inde non rectè concludas, aliud exiſtimaſſe Papinianum in extraneis inſtitutis, de quibus tamen non loquitur, quia in fratribus ex facto acciderat id de quo conſulebatur, cum ea lex ſumpta ſit ex Papiniani libro quinto Reſ-
ponſorum. † Opponitur etiam *l. poſthumus. 12. verſic. idem* 2
dicendum. D. eodem titulo. cuius tamen ſpecies longè diuerſa eſt ab ea de qua quærimus, nec tantus fauor eſt teſtamenti, quod nec approbatum eſt, nec improbatum, quantus eius quod expreſſa filij voluntate approbatum,

& cõfirmatum eſt, vt didiei ex Doctore meo D. Ioanne
Manutio dum ille perelegantem rationem hanc redde-
ret, à nemioe adhuc obſeruata, cur in ſpecie *l. poſthnmus*
ad defendendum teſtamentum opus fuerit reſcripto D.
Hadriani, quod in caſu *l. filio.* neceſſarium non foit.
3 † Probabilius fortaſſe quis moueatur ex *l. ſi duob.* 12.
§. 1. *D. de bon poſſ. contr. tab.* vbi Iureconſultos ſeribit, ſi
prius teſtamentum extet iure factum, quo filius exhæ-
redatus eſt, ſequeus imperfectum in quo preteritus ſit,
poſteriore teſtamento præteritum ita deorum recte bo
norum poſſeſſionem petere poſſe, ſi remoto quoque
filio potiores ſint in hæreditare poſteriore reſtamento
ſcripti hæredes: quòd ſi hæreditatem obtinere non poſ-
ſint, filium quoque excludi. Ex eo enim intelligimus
aliquando contingere vt ex teſtamento in quo præteri-
tus eſt filius, etiam remoto eo, hæreditas tamen obti-
neri non poſſit, quod cum eo caſu verum non ſit quo
inſtituti ſunt ab inteſtato venientes, *d. l. filio.* neceſſe eſt
vt de extraneis intelligatur. Nec ſanè ad eum locum ac-
commodatius vllum exemplum afferri poſſit. Sed reſ-
pondendum eſt, in propoſita ſpecie, extraneũ hæredem
poſteriore teſtamento ſcriptum etiam remoto filio, hoc
eſt abſtinente, & patris iudicia probante, hæreditatem
obtinere non poſſe, non quod in caſu *l. filio.* diuerſa ag-
natorum, & extraneorum ratio cõſtituenda ſit, ſed quia
cum priore teſtamento ritè facto, in poſteriore imper-
fecto ſeu ioiuſto exrraneus hæres inſtitoitur, prius te-
ſtamentum, quod ritè factum eſt, non rumpitur. *l. filius.*
7. *de teſta.* vnde fit vt filius per bonorum poſſeſſionem
contra tabul. hæreditatem auferre non poſſit ei à quo
eſt exhæredatus, *l. non putanit.* 8. *D. de bon. poſſ. cont. tab*
4 † At eum in poſteriore teſtamento imperfecto hæres
ſcribitur is qui rem ab ioteſtato habiturus eſt, conſtat
prius teſtamentum, quãquàm ritè factum, per poſterius
rumpi. *l. 2. D. de ininſt. rupt.* Credo, quòd boe caſu perin-
de ferè ſit, ac ſi coram teſtibus teſtator inteſtatum velle
ſe deeedere diceret, quod ſufficeret vt ſcriptis hæredi-
bus hæreditas auocaretur, *l. vlt. inſi. D. de his quæ in teſta.
delen. l. 1. §. ſi hæres. D. ſi tab. teſtam. null. extab.* Porrò cum
prius teſtamentum non eſt ruptum, poſterius non valet,
neque per prætorem defenditur, licet filius in eo præ-
teritus patris iudicia comprobet, quia perfectum potios
quàm imperfectum teſtamentum defendere Prætor de-
bet. Cum verò prius ruptũ eſt, poſterius, licet imperfe-
ctum ſit, Prætoris tamen iuriſdictione ſuſtinetur, ſi
præteritus filius conſentiat, quia hîc nulla ratio eſt, cur
non ex bono & æquo Prætor teſtatoris volontatem
tueatur: quam approbat is cuius gratia iure imperfe-
cta & iniuſta cenſebatur. Ergo, eum in poſteriore teſta-
menro imperfecto ſcriptus eſt is, qui ab inteſtato ſuc-
ceſſurus eſt, teſtamentum defendit Prætor, non ex eo
quòd ſcriptus ſit agnatus potius quã extraneus, ſed quia
prius ruptum eſt. Quo caſu vtiliter demum bonorum
poſſeſſionem contra tabulas petere filius poteſt: quæ vt
peti poſſit, ſatis eſt vt mortis tempore patris tabulæ ſint
eiuſmodi, ex quibus adiri hæreditas, vel ſecundum eas
bonorum poſſeſſio peti poſſit, cuiuſmodi hæ ſunt, quas
diximus Prætoris iuriſdictione defendi, ſi filius præ-
teritus iudicia patris adprobet. At cum iure ſuo vtitur,
& bonorum poſſeſſionem contra tabulas petit, incipiũt
tabulæ eſſe in eo, vt ex iis bonorum poſſeſſio amplius
5 peti non poſſit. † Et hoc eſt quod ait *l. quod vulgo. D. de
bon. poſſ. contra tab. quamnis neutrum eorum poſtea ſecutum
ſit, vel ſequi potuit,* quæ verba obſcuriſſimam habent ſen-
tentiam, nec ab *Accurſio* aut alio, quod ſciam, explica-
tam: Quam ſi Bartolus intellexiſſet, non ita curioſè du-
bitaſſet. Quomodo fieri poſſit vt bonorum poſſeſſio de-
tur contra tabulas, quæ cum ipſo iore nollæ ſint tabu-
larum nomen non mereatur. Rurſus non dixiſſet, huiuſ-
modi tabulas, ſi ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, iure
prætorio valere ideóque iure prætorio reſcindi: nam fi-
lio oon approbante iudicia patria certum eſt nullo iure
valere: nec ciuili nec prætorio, ſed filium præteritum
poſſe ſuo iure ab inteſtato hæreditate ſcripto herede
euincere, vt Paulus apertè ſcribit in *l. is qui. 15. D. de leg.
præſt.* & Vlp. *in l. ſi duo. 16. eo.* quod ſi bonorum poſſeſſ.
ſecuodum tab. hæredi ſcripto data ſit, eſſe ea ſine re, vt
idem Vlpianus loquitur in §. *vlt. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.*
Dicendum igitur eſt filio prætetito patris iudicia non
probaote, quamquam omni iure inutile eſt teſtamentũ,
vtiliter tamen peti poſſe boootum poſſeſſionem contra
tabulas, quamuis ea perita booorum poſſeſſio ſecundũ
tabulas peti noo poſſit, quia ſoffieit mortis tempore ta-
bulas tales fuiſſe ex quibus peti potuerit, quod hîc
contigiſſet, ſi patris voluntatem filius approbaſſet. Quid
autem intereſt an petita bonorum poſſeſſione contra
tabulas, an quo alio modo filius oſtendat ſe patris iudi-
cia non probare? † Ex his petenda eſt dubitaodi ratio 6
ad l. 1. §. vlt. D. ſi tab. teſta. nulla ex ſtab. vbi Iurec. ſcribit,
ſi emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in po-
teſtate fuerat, præteritus: emancipatum petentem ab in-
teſtato bonorum poſſeſſionem, vode liberi, tuendum eſ-
ſe vſque ad dimidiam, periode atque ſi nullas tabulas
pater reliquiſſet. Nam filius qoi io poteſtate fuerat, præ-
teritus, totam patris hereditatem ſibi ab inteſtato debe-
ri contendebat eo colore, quòd frater exheredatus fue-
rat, & extraneus ſcriptus heres, qui exheredatum pror-
ſus excluſiſſet (ponimus enim merenter exheredatum)
ſi præteritus patris hereditate abſtinuiſſet, vt quamuis
ab inteſtato ſucceſſerit, oon tamen debeat ea res pro-
deſſe exheredato, qui ſuo iure, & ex perſona propria te-
ſtamentum patris impugnare non poterat. Vt in *l. ſi pa-
troni. 55. §. qui fideicommiſſum. D. ad S.C. Trebell.* prior fi-
deicommiſſarius poſtulabat vt ſibi falcidiam detrahere
liceret, eo colore, quòd niſi ipſe heredem ſcriptum he-
reditatem adire coegiſſet, fideicommiſſum ſecundo loco
datum intercidiſſet. † Sed quemadmodum Papinianus 7
eo loco ſcribit, reſtitutionem ex Trebelliano fieri de-
bere, id eſt falcidiæ locum eſſe non poſſe, quia ſemel adi-
ta hereditate omnia defuncti voluntas rata conſtitua-
tur: ita in propoſito eleganter Vlpianus reſpondet,
emancipatum filium ab inteſtato petentem bonorum
poſſeſſionem vnde liberi, perinde tuendum vſque ad
partem dimidiã, atque ſi nullas tabulas pater reliquiſ-
ſet: qoia teſtamentum per omnia irritum aut potius nul-
lum, & iniuſtum, ad ſolam exheredationis notam profi-
cere non debent *l. penult. D. de bon. poſſeſſ. cont. tab. l. ſi pa-
tronus. 12. § ex teſtamento. D. de bon. libert.* & ſemel iniu-
ſto dicto teſtamento tota defuocti voluntas irrita &
iniuſta conſtituatur. Quod ſi herede ſcripto extraneo,
& præterito filio io poteſtate, teſtamentum ita eſſet nul-
lum, vt ne filij adprobatione defenderetur, vix dubitari
poſſet, cur non ab inteſtato filius exheredatus dimidiã
hereditatis partem conſeqol deberet. Quod cùm ita ſit,
reprehendendi profecto ſunt, qui ex eo loco putant
probari regulam *l. filio*, in extraneo herede ſcripto lo-
cum non habere, quod filius exheredatus citra inoffi-
cioſi querelam admitti non poſſet, quam & nos vtique
neceſſariam eſſe fatemur ſi præteritus patris iudicia
probet, nec hereditatem petat, quod in ea ſpecie Vlp.
non ponit, nec non ponendum exiſtimamus, alioqui
exheredatus ab inteſtato vniuerſam hereditatem, non
dimidiam dumtaxat conſequeretur.

CAPVT XX.

Emendatur l. 2. D. de ſeruit. ruſtic præd.

SVMMARIA.

1 *Conciliatio Pauli cum Vlpiano in quæſtione, an in ſer-
uitute actus iter quoque contineatur.*
2 *Seruitute actus ſimpliciter conſtituta itineris ſeruitutem
non contineri.*
3 *Quid plus ſit in via quam in actu.*

4 *Verba* etiam ſine iumento *irreptitia eſſe* in d. l. 1. de ſeruit. ruſtic. præd.
5 *Verbum* ambulaudi *in via definitione perperam ſublatum eſſe.*
6 *In via aliquid amplius eſſe quam in itinero & actu ſimul.*
7 *Occaſione potiùs quàm iure eum iter habere qui actum habet.*
8 *Cur nihil agat qui actum ſtipulatus iter quoque ſtipulatur.*
9 *Solutio obiectionis petita* ex l. 2. ff. quemad. ſeruit. amir.
10 *Rectè actum cum fructu comparari.*

OBſcura quæſtio eſt, An in ſeruitute actus iter quoque contineatur. Nam Vlp. quidem *in l. loci. 4. §. 1. ſeru. vin.* poſſe actum eſſe ſine itinere diſertè ſcribit, & *in l. ſi mater. 11. §. ſi quis iter. de excep. rei iudic.* eum qui iter petiit, ſi deinde actum petat, exceptione rei iudicatæ nó ſubmoueri ait: quod vtique falſum eſſet, ſi in actu iter quoque contineretur, arg. *l. egi tecum. 26. eo.* At Paulus *in l. 1. de adim. legat.* eum qui actu legato iter adimit, nihil adimere reſpondit, ratione illa quod ſine itinere actus eſſe nouquam poſſit. Cui ſimile videtur quod Iulianus ait *in l. qui vſumfructum. 58. de verb. oblig.* eum qui ſtipulatus actum, poſteà iter ſtipulatur, non magis vtiliter ſtipulari quàm ſi decem ſtipulatus poſtcà quinque ſtipuletur: quod tamen minus verè diceretur, ſi actu promiſſo iter quoque non deberetur: quò etiam pertinet *l. ſi pupillus. 9. §. vlt. de nouat.* vbi iiſdem ferè verbis ex Vl-
1 piano idem proponitur. † Mihi non videtur alia horum locorum conciliatio afferri poſſe, quàm quæ ab *Accurſio* iam olim allata eſt, omniumque interpretum conſenſu adprobata, vt ſeruitus actus ſine ſeruitute itineris eſſe poſſit, at ſine itinere eſſe non poſſit. Eum namque qui agat, ire quoque neceſſe eſt: ſed cùm non aget, ire eum non eſt neceſſe: nec ſine promiſſoris magna iniuria conſtitui aliter poſſet, qui cùm vna duntaxat ſeruitute obligatum ſe voluerit, duplici tamen incommodo afficeretur. Sicque proculdubio accipiendum eſt quod *in l. 1. de ſeru. ruſt. præd.* ſcriptum eſt, eum qui actum habeat etiam iter habere: ſcilicet vt is cui ſeruitus actus conſtituta eſt, eo ipſo eundi poteſtatem acqui ſiuiſſe intelliga-
2 tur. † At ſeruitutem actus ſimpliciter conſtitutam itineris ſeruitutem non continere probatur manifeſtè ex *d. l. 1. de adim. leg.* Cùm enim certiſſimum ſit poſſe quem ita vti ſeruitute actus, vt tamen ſine iumento ire non poſſit, apparet eum qui actu legato iter adimit, hanc ſaltem ſine iumento eundi facultatem adimere, ſi actu legato, ea facultas legata intelligatur. At nihil eum adimere Paulus ait, quia actū adimere noluit, ſed iter. Iter verò quod dederat, eſt eiuſmodi ſine quo actus eſſe nullo modo poſſit. Idem etiam minus quidem apertè, ſed tamen non minus eleganter confirmat *l. & per iuſiurandum. 13. §. 1. de accepti l.* vbi Vlpianus ſcribit, ſi quis viam ſtipulatus accepto iter vel actum fecerit, nullius momenti eſſe acceptilationem: idémq; probandum ſi actus tantùm accepto fuerit latus: ſed ſi præter actum, iter quoque accepto latum fuerit, conſequens eſſe dicere liberatum eum qui viam promiſerit. Quod ſi ſeruitus itineris in actûs ſeruitute cōtineretur, vix dici poſſet quid intereſſet inter actus & itineris ſimul & actus duntaxat acceptilationem: quemadmodum nec intereſt vtrum viam duntaxat quis accepto ferat, an iter & actum ſimul: vt eo loco Iurecon. ait, quia viæ ſeruitus ſine actu & itinere nulla eſt, vt omnium elegantiſſimè is locus probat, quem mihi commodiſſimè indicauit *Ludouicus Peliſſo* Viennenſis, vir acutiſſimus mihique amiciſſimus cum aliquando de quæſtione iſta inuicem conferremus, & in vtramque partem contrariis opinionibus diſputaremus. Hæc ſi ita ſunt, vt procul dubio ſunt, manifeſtiſſimè falſum relinquitur, quod *in l. 1. ruſtic. præd.* Vlpiano tribuitur, eum qui actum habeat, iter quoque habere etiam ſine iumento. Qui enim it ſine iumento, is ſeruitute itineris vtitur, non autem itinere ſine quo actus eſſe nullo modo poteſt. Qui verò & actus & itineris ſeruitute vtitur, eum non actum duntaxat, ſed etiam
viam habere neceſſe eſt. † Nam vt in *dict. l. 1.* Vlpianus 5
diffinit, nihil aliud via eſt, quam ius eundi, agendi, & ambulandi, ex quo intelligimus in via hoc vnum plus eſſe quàm in actu, quòd qui actum duntaxat habet, tantùm ire agere poteſt (hæc enim duo pro coniunctis accipio, itémque illa in diffinitione itineris eundi ambulandi, vt de illis, *dare facere*, ſcribit Iureconſultus in *l. ſæpe 53. D. de verb. ſignif.*) qui viam, etiam ambulare poteſt. Hoc verò nihil aliud eſt quàm ire ſine iumento, vt ex itineris diffinitione apparet, quam ibidem Vlpianus hanc adfert, vt iter ſit ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi. † Veriſſimum igitur puto, quod adhuc à nemine animaduerſum miror, ex imperiti alicuius interpretis gloſſa in textum irrepſiſſe verba illa, *etiam ſine iumento*, quod vt ſentiam, præter certiſſimam illam iuris rationem quam attuli, ea quoque coniectura mouet me quòd in quibuſdam libris ſic ſcriptum vidi, *eóque vti poteſt etiam ſine iumento*: quæ lectio etiam nunc in Inſtitutionibus cernitur, *tit. de ſeruit.* ſed librario Florentino elegantius viſum eſt ſcribere *etiam ſine iumento*, reiectis prioribus illis verbis quaſi ſuperfluis. Illud etiam mihi ſuſpicionem auget, quòd eiuſdem interpretis (vt probabile eſt) temeritate & imperitia factum eſt, vt in quibuſdam Inſtitutionum exemplaribus addita ſint verba illa in diffinitione actus, *ambulandi hominis*, quæ tamen in emendatioribus omnibus
codicibus deſunt. † His erroribus decepti plerique (ita 5
malè iacto principio tota ſeries inuoluitur erroribus) putarunt corruptam eſſe viæ diffinitionem ab Vlpiano traditam *in d. l. 1. ruſt. præd.* quaſi eadem quoque ſit actus diffinitio: & auſi ſunt dicere pro *ambulandi*, legendum eſſe *trahendi*, aut quid aliud ſimile, quod actus diffinitione non contineatur. Sed qui ſententiam noſtram probabunt, facile intelligent quam eleganter Vlp. dicat viam eſſe ius eundi, agendi & ambulandi: quàm etiam accommodatè rationem reddat, *nam & iter & actum via in ſe continet.* Scilicet, quia ſi non eſſet ius ambulandi actum duntaxat contineret: ius ambulandi, hoc eſt eundi ſine iumento, quod ſeruitutis itineris proprium eſt, facit vt itineris quoque ſeruitutem contineat. Denique actus ſine ſeruitute itineris eſſe poteſt, via ſine ſeruitute
actus & itineris eſſe non poteſt. † Quod tamen non ſic 6
accipiendum puto, vt quicunque actus & itineris ſeruitutem habet, viæ quoque ſeruitutem habeat: eſt enim aliquid amplius in via quam in aliis duabus ſimul, puta ius lapidem aut tignum trahendi, & rectam haſtam ferendi *l. qui ſella. 7. §. 1. & 2. ruſtic. præd.* Vnde ſi mihi poteſtatem feceris ambulandi ac præterea iumentum agendi, non etiam vehiculum, nemo dubitat quin & iter & actum habeam. *d. l. qui ſella. in pri.* me tamen viam non habere ſcribit Iurec. *in l. ſi tam 13. D. de ſeruit.* nimirum quia actus eſt ius agendi iumentum vel vehiculum, via verò ius agendi ſimpliciter, hoc eſt agendi omnia, iumentum, armentum, vehiculum, & cætera: vt verè dici poſſit ſublatis quidem ſeruitutibus actus, & itineris, ſublatam quoque viæ ſeruitutem: *d. l. & per iuſiurandum. §. 1. de accepti.* at illis conſtitutis hanc non ideo conſtitutam neceſſariò intelligi. Ex quibus omnibus concludere licet, eum qui actum habeat, habere quidem iter, ſed tamen ita vt ſine iumento ire non poſſit. Quæ videtur fuiſſe *Accurſij* ſententia & interpretatio *ad d. l. 1.*
† ad quam notat eum qui habet actum, habere iter eo 7
ipſo, & hoc quantum ad commoditatem non quantum ad ſeruitutem, ſeu occaſione potiùs quàm iure vt loquitur *l. 2. de riuis.* An non autem habet iter iure ſeruitutis ille, qui ſine iumento eundi, hoc eſt ambulandi ius habet? vt non vana ſit coniectura in libro Accurſij, veteribúſq; omnibus ea verba quæ tollenda putamus iam
olim

olim defuiſſe. Verum huic noſtræ ſententiæ illud valde obſtare videtur, quod ſupra ex Iuliano & Vlpiano retulimus, eum qui actum ſtipulatus eſt, ſi iter quoq; ſtipuletur, nihil agere, *l. qui vſumfructum. 58. de verb. oblig. l. 9. §.*
8 *vlt. de nouat.* † Cur non enim itineris ſeruitutẽ acquirit, ſi acquiſito actu hæc nondum acquiſita intelligitur. Reſponderi tamen commodè poteſt in ſtipulationibus cùm quæritur quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda eſſe, *l. ſtipulatio iſta. 38. § in ſtipulationibus, de V. O.* inde verò fieri vt qui actum ſtipulatus poſtea iter ſtipulatur, illud ipſum ſtipulari intelligatur quod iam ſtipulatus fuerat, id eſt iter id quod in actu continetur, & ſine quo eſſe actus non poteſt. Nam & eum qui decem ſtipulatus poſtea quinq; ſtipulatur, nihil agere Iulianus ſupradicto loco ſcribit, licet præter decem, alia quinque habere quis poſſit, ſcilicet quia quinq; ex decem ſtipulatus intelligitur, *arg. l. ſtipulatio iſta. 38. §. cum qui dicat. D. de verb. obl.* Idem igitur & in propoſito dicendum eſt, vt interpoſita actus ſtipulatione, non alias vtilis ſit itineris ſtipulatio, quàm ſi de itineris ſeruitute actum eſſe manifeſtè appareat. Iam verò quod Vlpianus ſcribit *in l. 9. §. vlt. de nou.* præter ſuperiorem interpretationem, poteſt etiam ex Rubrica ſic accipi, vt qui actum ſtipulatur, deinde iter, nihil nouet, ratione illa quòd non intelligatur facta nouatio niſi cùm poſteriore ſtipulatione aliquid amplius quàm priore continetur, *l. ſcire 29. de verb oblig.* At iter minus quidpiam eſt quàm actus, cum actũ continere non poſſit. Quòd ſi quis iter ſtipulatus actum poſtea ſtipuletur, dicemus factam nouationem vt ſola poſterior ſtipulatio maneat priore perempta, quòd plus ſit in actu quàm in itinere, cùm dubitandum non ſit poſſe ſeruitutem actus ſic conſtitui, vt etiam itineris ſeruitutem contineat. *l. ſi tam. 13. de ſeruit.* † Sed omnium
9 difficillima obiectio eſt *l. 4. quemad. ſeruit. amit.* Vbi eum qui iter & actum habet, ſi ſtatuto tempore tantùm ierit, actum nihilominus retinere ait Paulus ex Sabini, Caſſij, & Octaueni ſententia, & rationẽ ſubiicit quod ire quoque per ſe poſſit is qui actum habeat, *Per ſe*, inquam, id eſt ſine iumento. Verùm obſeruandum eſt loqui Paulũ de eo qui iter & actum habeat, id eſt actum ita conſtitutum, vt etiam ſeruitutem itineris contineat: quod cõuentione fieri poſſe proximè diximus: alioqui ſtatuto tempore, tantùm ire non potuiſſet qui actum duntaxat habuiſſet. Ita verò conſtituta ſeruitute actus, dubitandũ non eſt quin per ſe quoque ire poſſit is qui actum habeat, eoque ipſo ſeruitute actus vti dicatur. Ratio igitur dubitandi, ex qua magis ſententia noſtra confirmatur, illa eſt, quòd qui tantùm fuit, ſeruitute actus vſus non videatur, at potius ſeruitute itineris. Quod certè verum eſt, ſi de actu ſimpliciter conſtituto quæratur. Sed deciſionis ratio illa eſt quòd ſeruitus actus cum ſeruitute itineris conſtituta proponatur, quo caſu ex conuentione fit vt ire per ſe poſſit is qui actũ habeat. Sic dicimus eum qui vſumfructum habet, ſi ſciens tantùm vtatur, fructum nihilominus retinere. *l. arboribus, 12. §. Sed & ſi aliq. de vſufruct. l. is qui, 20. quib. mod. vſufr. amitt.* quia qui fructum habet cum vſu coniunctum, per ſe vti poſſit, qui tamen vti non poſſet ſi fructum duntaxat haberet, *l. 5. §. 1. vſufruct. quemadm. caueat.* † Recta enim actus & 10
fructus computatio eſt, vt quemadmodum ſine itinere actus eſſe nunquam poteſt, poteſt tamen ſine ſeruitute itineris, ita fructus ſine vſu nunquam eſſe poſſit, tamen eſſe ſine ſeruitute vſus. Qua diſtinctione rectiſſimè *Ioannes & Accurſius* conciliant *d. l. 5. cum l. per ſeruum. 14. §. 1. de vſu & habit.* & longè rectiùs quàm qui regulam illam *l. per ſeruum*, vt ſine vſufructus eſſe nunquam poſſit, perpetuam non eſſe ſcripſerunt.

ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER II.

Capvt I.

De differentia bonæ fidei poſſeſſoris, & malæ fidei poſſeſſoris, cùm de ſumptuum in alienam rem factorum repetitione quæritur.

SVMMARIA.

1 *Duplex quæſtio de impenſarum in rem alienam factarum repetitione.*
2 *Accurſij ad vtramque quæſtionem reſponſio per diſtinctionem.*
3 *Noua Cuiacij opinio.*
4 *Sũptus vtiles tã in hæreditatis petitione quàm in rei vindicatione malæ fidei poſſeſſorẽ nõ deducere ſed tollere.*
5 *Voluptuarias impenſas in ſpeciali in rem actione à malæ fidei poſſeſſore tolli, modò ſine rei diſpendio id fiat.*
6 *Neceſſarias tã bonæ quàm malæ fidei poſſeſſori præſtari.*
7 *Deductionis poteſtas.*
8 *Quid de vtilibus impenſis ſtatuendum ſit, quæ ſine rei, in quam factæ ſunt, detrimento tolli non poſſunt?*
9 *Caſus quo impenſas neceſſarias malæ fidei poſſeſſor non deducet.*
10 *Explicatur ratio.* l. vtiles 39. ff. de pet. hæred.

1 ELEGANS † atque vtilis quæſtio eſt, De impenſarum in rem alienã factarum repetitione: quæ duobus præcipuè capitibus continetur: Primum eſt, An in rei vindicatione aliud obſeruetur, quàm in petitione hæreditatis: Alterum, An bonæ fidei poſſeſſoris melior conditio ſit, quàm prædonis. † Ac quod ad primum pertinet, vulgò probata eſt *Accurſij* ſententia, diſtinguentis petitionem hæreditatis à rei vindicatione in vtilium, & voluptuariũ impenſarum deductione: vt vtiles in petitione hæreditatis etiam malæ fidei poſſeſſori imputentur. *l. plane. 38. de petit. hæred.* voluptuariæ a. non quidem imputentur, ſed tollantur, ſi modò id fieri poſſit ſine detrimento eius rei in quam factæ ſunt. *l. vtiles, 39. eo. in fi.* At in rei vindicatione vtiles non imputentur, ſed tollantur duntaxat. *d. l. domum.* voluptuariæ verò à malæ fidei poſſeſſore nec imputari nec tolli poſſint. Ex quo etiam apparet quid de ſecundo quæſtionis huius capite Accurſius ſenſerit, Separandum ſcilicet bonæ fidei poſſeſſorem à prædone. Illius enim meliorem eſſe conditionem, vt neceſſarias & vtiles impenſas, ſiue ſpeciali ſiue vniuerſali in rem actione conueniatur, imputare poſſit, voluptuarias autem oppoſita doli mali exceptione retinere, *d. l. planè, & ſeq. de pet. hær.* Malę verò fidei poſſeſſorẽ in petitione hæreditatis voluptuarias impẽſas imputare non poſſe, ſed tantùm tollere, & in rei vendicatione vtiles imputare non poſſe, voluptuarias verò omnino perdere. † Sed ex recentioribus Iacobus Cuiacius vir do- 3
ctiſſimus nouam opinionem induxit, vt cùm de ſum-

ptibus neceſſariis & vtilibus agitur, ſeparanda non ſit petitio hæreditatis ab actione in rem ſpeciali, nec bonæ fidei poſſeſſor a prædone. Omnes enim imputari actori, ſiue generali, ſiue ſpeciali actione experiatur, & ſiue bonæ ſiue malæ fidei poſſeſſor ſit is cum quo agitur: ſi modò res extet in quam ſumptus facti ſunt, fructúſque percepti ſunt, *leg. quòd ſi ſumptum. 37. D. de pet. hæred.* Mihi neque Accurſij neque viri doctiſſimi opinio probari
4 poteſt. † Nam quod vterq; putat, ſumptus vtiles in petitione hæreditatis malæ fidei poſſeſſori nõ minus præſtari quàm bonæ fidei poſſeſſori, probabile non videtur, cùm perpetuò verũ ſit poſſe culpam ei obiici, quòd temere & ſciens in alieno ſolo ædificauerit. *§. certè. Inſtit. de rerum diuiſ. d. l. domum. C. de rei vind.* cui loci quamquam de ſpeciali in rem actione ſint, non de vniuerſali, nulla tamen ratio eſt vt hac parte ſpecialem ab vniuerſali ſeparemus: nec ſanè diſſimilitudinis ratio vlla reddi poteſt: in eoque viri doctiſſimi ſententiam aduerſus Accurſium probo, & ſequor. In eo autẽ proſſus improbo, quòd in ſpeciali quoq; actione in rem [illegible] inter bonæ fidei, & malæ fidei poſſeſſorem differentiam conſtituit: quæ tamen aperte ponitur *in dict. §. certè. & dict. l. domum* Et magis improbo, quod idem reſpondet iis locis de ſtricto iure reſponderi, non de æquitate & rei effectu. Nam & Papinianus *in l. ſumptu. 48. de rei vindic.* ſcribit ſumptus in prædium alienum factos peti quidẽ non poſſe, ſed exceptione [illegible] oppoſita per officium iudicis æquitatis ratione [illegible] ſi a bonæ fidei poſſeſſore facti ſint: vt intelligamus in malæ fidei poſſeſſore ne quidem æquitatis ratione ſeruari debere. Et *in l. ſin autem. 27. §. vlt. eodem.* Paulus ſcribit, *Si poſſeſſor ante litem conteſtatam ſumptus fecit*, nẽpe quoniam quia poſt litem conteſtatam facti ſunt, tanquàm à malæ fidei poſſeſſore facti reputari non poſſunt. Quam verò rationem vir doctiſſimus adfert, quòd iniquum ſit damnum ſentire malæ fidei poſſeſſorem, Vlpianus refellit *in l. Iulianus 37. eod.* quòd non debuerit in aliena area certus ædificium ponere. Hoc igitur duntaxat ei concedendum eſſe, vt ſine diſpendio domini areæ tollat ædificiũ quod po-
5 ſuit. Rurſus † quod Accurſius putat in ſpeciali actione in rem voluptuarias impenſas à malæ fidei poſſeſſione ſeruari non poſſe, pugnat apertè cum *l. in fundo. [illegible] §. cõſtituimus. eod.* ipſis verbis, *picturáſq; corradere.* Picturarum enim impenſæ voluptuariæ ſunt *l. vtiles 39. verſ. videamus. de petit. hered.* ex cuius loci coniunctione cum *d. § conſtituimus.* apparet nihil hac parte inter ſpecialem, & vniuerſalem in rem actionem intereſſe. At inter bonæ fidei & malæ fidei poſſeſſorem diſtinguendũ puto, quòd voluptuarias quoque impenſas bonæ fidei poſſeſſor per doli exceptionem ſeruat, malæ fidei poſſeſſor duntaxat tollit ſi ſine rei diſpendio facere id poſſit. *d. verſ. videa-*
6 *mus.* De † neceſſariis autem & vtilibus impenſis ita ſtatuendum arbitror, vt neceſſarias quidẽ tam malæ quàm bonæ fidei poſſeſſori præſtemus *d. l. domũ. §. C. de rei vẽdicat.* vtiles autem bonæ fidei poſſeſſor deducat, prædo non deducat, ſi modò paratus ſit dominus vt ſine rei, in quam factæ ſunt detrimento tollantur, *d. l. domũ. & l. 48. de rei vendi.* Ratione illa, quod imputandũ ſit ei, qui ſciens alienam rem impendit. Dices, Cur non ergo in neceſſariis idem obtinet, vt repetere eas prædo non poſſit? Reſpondebo, quia fieri non poteſt vt ſine rei in quam factæ ſunt, detrimento tollantur: ſi quidem neceſſariæ impenſæ eæ dicuntur, quæ ſi factæ non ſint, res aut peritura aut deterior futura ſit. *l. impenſæ 79 de verbor. ſignifi.* Quò pertinet ratio illa *l. planè 38. de petit. hered. ne petitor ex aliena iactura locupletetur.* Eo namque loco de neceſſariis quoque impenſis Paulus tractat, de quib. verè illud dici poteſt, ſi in prædonis perſona earum ratio non haberetur, futurum vt ex aliena iactura petitor locupletaretur. At de vtilibus idem dici non poteſt, quas pati petitor poteſt vt ſine rei detrimento tollantur: quo caſu ex aliena iactura proculdubio non locupletabitur, neq; tamen impenſas prædo deducat, ſed tollet, quæ longè differentia ſunt. Deductionis † enim poteſtas illa eſt, vt non 7
niſi prius oblatis impenſis peti res poſſit. Atqui deducere non poteſt, prætextu impenſarum rei reſtitutionẽ recuſare non poteſt: ſed tantum quas fecit tollere, ſi modo ſine rei detrimento facere id poſſit. Quare nec Paulus in *d. l. planè*, ſimpliciter ait, prædonem quoq; neceſſarias & vtiles impenſas deducere, quod falſum eſt, ſed, in huius quoque perſona haberi rationem impenſarum, ne petitor ex aliena iactura locupletetur: quod omnino ſic accipi debet, vt neceſſarias quidẽ impenſas deducat, vtiles vero tollat. Nam & ſecundum hanc interpretationem in prædonis quoque perſona vtilium impenſarum ratio habetur, quarum tollendarum poteſtas ſtricto iure nulla ei ſupereſſe deberet. Quid ergo ſi nolit petitor pati vt vtiles impenſas tollat? Poteſt ſanè id pro ſuo iure facere. *d. l. in fundo. §. cõſtituimus. de rei vindi.* ſed hoc caſu vtiles quoque impenſæ deducentur, ne, vt Paulus ait, ex aliena iactura petitor locupletetur: quæ ratio hoc demũ caſu in vtilibus impenſis locum habet, non autem ſi paratus ſit petitor pati vt tollantur. Quæ † cùm ita ſint, 8
dubitari probabiliter poteſt, quid de vtilibus impenſis ſtatuendum ſit, quæ ſine detrimento ei in [illegible] factæ ſunt, tolli non poſſunt. Et putarem hoc [illegible] iudi[illegible] & ex perſonis cauſiſq; variè conſtituere debere. Finge enim dominum eaſdem impenſas facturum fuiſſe, æquũ ſanè eſt vt impenſas ſatisfaciat, vſq; eò ſaltem quo pretioſior res facta eſt, & ſi plus pretio fundo acceſſit, altẽ id quod impẽſum eſt. Finge pauperem, qui ſi id reddere cogatur, laribus & ſepulchris auitis carendum habeat. *d. l. in fundo.* Puto potius ei ſuccurrẽdum, cui [illegible] imputari poteſt, quàm prædoni, [illegible] ſaltem hoc ipſum obiici poteſt quod temere in rem quam alienam [illegible] impenſas fecerit. Videtur enim quodammodo ſua voluntate impenſas amiſiſſe, vt ait Caius *in l. 7. §. ex diuerſo de acquir. rer. domin.* † Cæterum his quæ diximus impenſas neceſ- 9
ſarias deduci, vtiles verò duntaxat tolli, obſtare videntur *l. 1. C. de infant. expoſ. & l. ex argento. 13. D. de condict. furt.* in quibus ne quidem neceſſariæ impenſæ deducuntur. Prior Accurſij re[illegible] non placet, vt [illegible] ſit in fure, quàm in [illegible] fidei poſſeſſore. C[illegible] [illegible] conditio [illegible] qui rem [illegible] [illegible] *vt in l. domum. C. de rei vindi.* [illegible] furtum [illegible] [illegible] [illegible] quia ſine rei detrimento [illegible] non [illegible] petitorem pro [illegible] commodum quod [illegible] ſuæ [illegible] [illegible] cum tolli impenſæ non poſſ[illegible] eſt vt quęquam præſtet pro ea [illegible] quam [illegible] conſequitur. Scilicet ſi malæ fidei poſſeſſor [illegible] N[illegible] in eo qui bonam fidem habeat aliud [illegible] andũ eſſe [illegible] lex ait, ex qua [illegible] intelligitur quo[illegible] volumus, [illegible] liorem bonæ fidei poſſeſſoris quàm prædonis c[illegible]o-
nem eſſe debere. † Ob[illegible] etiam *l. vtiles [illegible] de peti hered.* 10
vbi quod pertinet ad voluptuarias impen[illegible] diuerſa ratio conſtituitur, prædonis, & bonæ fidei poſſeſſoris, vt huic proſit doli exceptio, illi verò o[illegible] turpiter probè non debuiſſe cum in alienam rem ſuperuacuas impenſas facere, vt tamen poteſtas ei fiat tollendorum eorum quæ ſine ipſius rei detrimento tolli poſſunt. At reſpondeo rationem illam [illegible] non ſic accipi debere, vt prædoni imputari non poſſit ſi in alienam [illegible] vtiles impenſas fecerit, ſed vt multò magis imputari poſſit, ſi ſuperuacuas fecerit. Neque tamen ideo prohibendum eum impenſas voluptuarias tollere, ſi ſine rei detrimento facere id poſſit, eadem æquitatis ratione quam in vtilibus vſurpauimus, ne ex aliena iactura petitor locupletetur. Atque ita in voluptuariis & vtilibus impenſis in prædonis perſona eandem prorſus rationem conſtituimus, itémque in ſpeciali & vniuerſali in rem actione,

ne, ſed in omnibus bonæ fidei poſſeſſorem à prædone
ſeparamus.

Capvt II.

Explicatur & emendatur l. paterfamilias. 28. de reb.author.iudic.poſſid alias l. 13. de priuil. credit.

SVMMARIA.

1 *Nuda ſui heredis exiſtentia pupillares tabulas non confirmari.*
2 *Non aduerſari huic ſententiæ Iauolenum* in l. paterfam.ff.de reb.aut.iud.poſſid.
3 *In ſpecie* d. l. paterfam. *ſubſtitutum non ex ſubſtitutione pupillari, ſed ex vulgari tacita ſuccedere.*
4 *Error Accurſij* ad d. l. *diſtinguentis inter pupillum qui ab initio, & eum qui poſt immixtionem abſtinuit.*
5 *Reijcitur diſtinctio ab aliis Interpretibus allata.*
6 *Retinetur negatio in d.l.paterfam, in verbis* Idem in filio ſubſtituto &c.
7 *Conciliatio* l.Iulianus de acquir.hered.*cum* d.l.paterfam.
8 *Diſsimilitudinis ratio inter pupillum & ſubſtitutum in d.l.paterfam.*

IN tractatu de ſubſtitutionibus, magna, & difficilis
quæſtio eſt, An nuda ſui heredis exiſtentia pupillares
tabulæ confirmentur, hoc eſt an pupillo datus ſubſtitu-
1 tus, etiam eo abſtinente ex ſubſtitutione admittatur. †
In qua placet ſententia exiſtimantium non confirmari,
vt manifeſtè probat *l.apud Iulianum.* 11. §. *idem Iulianus.*
D.ad S.C.Trebell.& quod pleriſque iuris locis ſcriptum
eſt non adita patris hereditate pupillares tabulas cor-
ruere, *l.2.l.ſed ſi plures.10.§.ſi ex aſſe. D. de vulga. & pu-
pill.ſubſtit.* Certiſſimum autem eſt ſuum heredem quam-
uis per abſtentionem non deſinat ſuus heres eſſe, *l.cùm
quaſi.*30.*§.ſed etſi ſuus. de fideic. libert.* tamen à Prætore
heredis loco non haberi. *l. ſi filius.* 12. *de interrog.action.*
quam ob cauſam nudum ſui heredis nomen gerere di-
citur *in l.2.§.adoptiui.ad S. C. Tertull.* quod non ſufficit
vt ex voluntate teſtatoris pupillares tabulas confirma-
tas eſſe dici poſſit: cùm veriſimile non ſit teſtatorem de
nudo ſui heredis nomine cogitaſſe: alioqui filio in po-
teſtate conſtituto ſuſtitui vulgariter non poſſet qui quá-
tumuis abſtineat, efficere tamen non poteſt vt ſui here-
dis nomen amittat. *d.§.ſed etſi ſuus.* Abſtentionis namq;
beneficium eſt ex iuriſdictione Prætoris. *l.neceſſarius.* 57.
de acquir. hered. qui heredis nomen ſicut dare non po-
tuit. §.*quos autem. Inſtit.de bonor.poſſeſs.* ita neq; adimere.
2 † Verùm huic ſententiæ valde obſtare videtur *l.paterfa-
milias.28.de reb.author.iud.poſſ.* aliàs *l.13. de priuileg.cre-
dit.* in cuius ſpecie, quamuis pupillus hereditate patris
abſtinuiſſe proponeretur, Iauolenus tamen non dubi-
tat quin mortuo eo intra pubertatem ſubſtitutus ad-
mittatur, ſed de illo duntaxat quærit, An patris quoque
creditoribus reſpondere compellatur, quod magis eſſe
ait. Non igitur dici poteſt quod Ioannes tentauit, in ea
ſpecie datum fuiſſe pupillo coheredem: hoc enim ſi ita
eſſet, & coheres portionem ſuam agnouiſſet, vtique ſub-
ſtitutus pupillo patris onera ſubire non compelleretur.
l.Iulianus. 42. *de acquir.her.* Ergo pupillum ex toto aſſe
inſtitutum fuiſſe fatendum eſt, vt manifeſtius apparet
ex eo quod lex ait, propter abſtentionem filij bona pa-
tris vendita fuiſſe. Nam ſi pupillo coheres datus fuiſſet,
ipſius non patris bona væniiſſent. At videamus ne ex ea
lege magis probetur, nuda ſui heredis exiſtentia pupil-
lares tabulas non confirmari. Si enim confirmarentur,
nulla ratio eſſet vti ſubſtituto hereditatem pupilli
adeunte, vtramque, patris ſcilicet & filij hereditatem
coniungi diceremus. Siquidem pupilli (cuius intereſt
teſtamentarium ſucceſſorem habere potius, quàm legi-
timum) fauor poſtulat, vt ſi patris hereditas ære alieno
grauata & oppreſſa ſit, ſubſtitutus pupilli tantùm ſuc-
ceſſionem amplecti poſſit, ne metu onerum patris, ti-
midius impuberis adeat hereditatem *dict.l. Iulianus.* At-
qui Iauolenus in *d. l.paterfamilias*: quæſtionem propo-
ſitam apertè ſic diffinit, vt patris & filij hereditas con-
iungatur, & in omni ære alieno quod patris, aut filij
fuit, ſubſtitutus obligetur: Pupillares igitur tabulas
nuda ſui heredis exiſtentia confirmatas non eſſe dicen-
dum eſt. Mortuo tamen impubere ſubſtitutum admit-
ti, lex ait, non ex pupillari ſubſtitutione, vt quidam
putant, (filij enim abſtentione extincta eſt) ſed ex vul-
gari, quæ poſt Diui Marci Conſtitutionem in pupillari
tacitè continetur, *l. 4. de vulgar.*. Ex quo maximum
argumentum ſumi poteſt, aduerſus eorum ſententiam
qui vulgarem ſubintellectam in pupillari expreſſa ad
patris bona non pertinere exiſtimant. Nam † in *d. l.* 3
paterfamilias. apertiſſimum eſt ex pupillari ſubſtitutio-
ne non ſuccedi, ſed ex vulgari tacita, aut potius ſubin-
tellecta, & tamen patri potiſſimum ſuccedi, tum pu-
pilli quoque hereditatem quaſi accreſcendi iure ſubſti-
tuto acquiri, arg. *l.qui patri 59.de acquir.hered.* Neque ad
rem pertinet quod in *d.l. paterfamilias.* ſubſtitutus viuo
pupillo non admittitur. Ita enim Iureconſultus in ea
ſpecie reſpondiſſe videtur, quòd ſubſtitutus ſimpliciter
datus fuerat, *ſi filius impubes decederet*, nullo caſu ex-
preſſo aut vulgari, aut pupillari, quòd cùm ſit, mani-
feſtum eſt teſtatoris voluntatem illam eſſe, vt niſi mor-
tuo pupillo ſubſtitutus non admittatur: nec ſi pupillus
abſtinuerit. At cùm teſtator ita loquitur, *ſi filius heres
erit, & impubes deceſſerit*, caſus pupillaris qui illis ver-
bis continetur, *ſi heres erit*, ad illum trahitur, ſi heres
non erit. Illa verò ſequentia, *& impubes deceſſerit*, quæ
in pupillarem caſum adiecta erant, vulgari contingente
reiiciuntur, nec repetita intelliguntur, quia non eadem
vtriuſque caſus ratio eſt. † Cæterùm, egregiè, meo iu- 4
dicio, errat *Accurſius*, & qui Accurſium ſecuti ſunt,
diſtinguentes pupillum, qui ab initio abſtinuit, hoc eſt
nunquam ſe immiſcuit: ab eo, qui poſt immixtionem
abſtinuit, vt priore caſu tabulæ pupillares infirmentur,
poſteriore confirmentur. Etenim iam is qui ab initio
abſtinuit, quàm qui poſt immixtionem, ipſo iure heres
eſt, & tamen neuter à Prætore heredis loco habetur. *d.
l. neceſſarius. 57. de acq. hered. & l.ſi filius.12.de interrog.
action.* neque inter hunc, & illum diſſimilitudo, aut diſ-
ſimilitudinis ratio aliqua reddi poteſt. † Scio eſſe qui 5
reſpondeant, pupillo poſt paternæ hereditatis immix-
tionem abſtinente hereditatem patris & filij, quæ re-
uera coniuncta eſt, haberi pro non coniuncta, quod ad
ipſum duntaxat pupillum, non quod ad alios pertinet.
Sed ſi ita eſſet, fieri vt excluſo ſubſtituto, legitimi he-
redes pupilli patri quoque heredes eſſent: quod Iauo-
lenus negat in *d. l.paterfamilias.* cùm ait nihil inter-
fuiſſe creditorum adiretur, néc ne, pupilli hereditas,
cùm ea bona omiſſa à ſubſtituto hereditate ad credito-
res non pertinerent. Niſi fortè deteriorem faciemus
conditionem ſubſtituti quàm legitimi hæredis: quod
abſurdum eſt: cùm fauor ſubſtituti, ad fauorem pupilli
ſpectet, cuius intereſt, vt iam diximus, teſtamentarium
potiùs quàm legitimum ſucceſſorem habere. Igitur dicē-
dum eſt in *d.l.paterfamilias.ver.at cum ſubſtitutus* ab im-
perito interprete addita eſſe verba illa, *poſtquam pupillus
ſe paterna miſcuerit hereditati.* Hauſta enim eſt ea lex ex
Iauoleni libro primo Epiſtolarum: & in epiſtola qui Ia-
uolenum conſuluerat, illud tantùm expoſuerat pupillū
heredem inſtitutum, paterna hereditate ſe abſtinuiſſe:
nec dixerat poſt immixtionem abſtinuiſſe, quod Iauole-
nus diuinare non potuit, nec etiam ſupplere debuit,
ſi ex eo tota quæſtionis illius diffinitio pendebat. Rur-

ſus in vet. *at cùm ſubſtitutus*, illud duntaxat proponitur
ſubſtitutum filio, ipſius hereditatem adiiſſe poſtquam
pupillus ſe paternæ miſcuerat hereditati: nec ſubſecu-
6 tam eſſe abſtentionem Iureconſultus ait. † Verùm in-
terpretem hunc illud fortaſſe fefellit, quod in pleriſque
veteribus libris de eſt negatio in *d. l. paterfamilias*, in illis
verbis, *idem in ſubſtituto filio herede ſeruandum non eſt*,
vt Accurſius quoque notauit. Quam lectionem ſecutus
malus interpres, cùm videret in verſ. *at cùm ſubſtitutus*.
concludi ſubſtitutum pupillo etiam in omni ære alie-
no, quod patris fuit, obligari : exiſtimauit de alio caſu
Iauolenum tractare, quàm de priore, in quo pupillus
abſtinuiſſe proponebatur, vt vbique idem in ſubſtituto
quod in filio ſeruetur. Nam quemadmodum in filium
qui patris hereditate abſtinuit actio creditoribus non
datur, ita neque in ſubſtitutum dari. At quemadmodum
in filio datur poſtquam is paternæ ſe miſcuit heredita-
ti, ita quoque in ſubſtitutum dari; quoniam hoc caſu
7 patris & filij hereditas vna ſit. † His verò difficultati-
bus, & erroribus, cauſam dedit *d. l. Iulianus 24. de acq.
hered.* in qua Vlpianus Marcelli ſententiam refert, &
probat, vt pupillo ſubſtitutus paternæ hereditatis one-
ra ſubire non compellatur. Cui contraria viſa eſt *d. l.
paterfam.* ſi cum negatione ſic legatur, vt quod in filio
ſeruatur, idem in ſubſtituto ſeruandum non ſit. Sed ani-
maduertendum eſt relatam ab Vlpiano Marcelli ſen-
tentiam ita procedere, ſi coheres aliquis adſit qui filio
abſtinente patris teſtamẽtum ſuſtineat in eiuſdem Mar-
celli diſtinctione in *l. quæſitum 40. de acq. hered.* Quæ di-
ſtinctio licet tanquam à Iuliano prætermiſſa, ad eum ex
Marcelli notis additur, tamen Iuliano quoque placuiſ-
ſe videtur, vt colligi poteſt ex *l. ita tamen. 27. §. qui ſuſ-
pectam. ad Trebell.* in fine, iis verbis, *ſi verò coheredem ha-
buerit retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede
adeunte, quamuis ipſe patris omiſiſſet hereditatem ex ſubſti-
tutione adire.* Itémque in *§. à patre*, ibi, *ſatis erit vel vnum
cogi adire: hoc enim facto etiam is qui patris hereditatem
non adijt, filij adire, & reſtituere compelletur.* Denique con-
ſtat pupillo ſubſtitutum ita demùm hereditate patris
repudiata, pupillarem amplecti poſſe, ſi adſit coheres,
cuius aditione patris teſtamentum ſuſtineatur. At in *l.
paterfamil.* pupillus ſolus ex aſſe inſtitutus erat, vt ex
ipſius legis verbis ſuprà probauimus. Non igitur ad eas
leges conciliandas negationem tollere oportet quæ ſi
8 ſublata eſſet, nulla conciliationis ratio iniri poſſet. †
Alia namque proculdubio iuris ratio eſt in filio, alia in
ſubſtituto. Filij pudori parcitur, vt patris potiùs quàm
ipſius bona væneant, quia quod bona ipſius cum pater-
nis coniuncta ſunt ſit ex iure non ex ipſius filij facto, vt
proinde æquiſſimum ſit eum ab oneribus non ſponte
ſuſceptis liberare, vt ait *l. ſi filius 12. de vulgar.* At cùm
ſubſtitutus filij hereditatem adit, tunc, id eſt, cùm adit,
patris & filij hereditas vna eſt, & ipſius ſubſtituti facto
vtraque hereditas coniungitur. Cùm enim ſubſtitutus
intelligeret, aut intelligere deberet, filij hereditatem adi-
ri non poſſe, niſi prius adita patris hereditate (hoc enim
eſt quod lex ait, *vnum eſſe teſtamentum*,) fit vt adeundo
filij hereditatem, paternam ſibi quoque acquiſitam vo-
luiſſe videatur: atque ita cùm ipſius facto vtraque here-
ditas coniuncta ſit, improbè profectò ſeparationem po-
ſtulat. Et hæc eſt diſſimilitudo, diſſimilitudiniſque ratio
quam Iauolenus ponit in *d. l. paterfamilias*, cuius
ſententiam nec ab Accurſio, nec ab alio per-
ceptam eſſe qui intelligent facilè no-
ſtram hanc emendationem re-
cipiendam exiſtima-
bunt.

CAPVT III.

Recta ſententia, & vetus lectio l. ſi dictum 56. D. de euict.

SVMMARIA.

1 *Supra quadruplum pœnam vix promitti poſſe.*
2 *Retinetur vox* ſimpla *in d. l. 56. & vox* triplũ *additur.*
3 *Multum intereſſe in vendendo promiſſa ſit ſimpla, necne.*
4 *An conuentio de dupla compromittenda perpetuam pariat ex empto actionem.*
5 *Aliud eſſe* quantum venditor præſtare, *aliud* quantum promittere debeat.
6 *Malè ab Accurſio & aliis acceptam fuiſſe l. ſi in venditione 60. de euict.*

IN *l. ſi dictum 56. D. de euict.* Paul. ſcribit ſi dictum fuerit
vendendo vt ſimpla promittatur, vel triplum, aut
quadruplum, ex empto perpetua actione agi poſſe. Quod,
quam ſententiam habeat Accurſ. non intellexit, qui eam
eſſe putat vt huiuſmodi pacta non valeant quod tam
certum eſt vt de eo ſenſiſſe Paulum veriſimile non ſit.
Cur non enim valeant, quæ nec bonis moribus, nec le-
gibus contraria dici poſſunt? Sanè † ſuprà quadruplum 1
vix eſt vt pœnam promittere quis poſſit, quemadmo-
dum nec vltra quadruplum vlla actio extenditur, vt Iu-
ſtinianus ait in §. *omnes autem. Inſtit. de act.* Credo, quod
nimis immodica ſit adfectio eius, qui ſupra quadruplum
conſequi aliquid velit: adfectionibus autem præſertim
tam immodicis indulgendum non eſt, quas ciuilis legiſ-
lator quantum facere poteſt reprimere ſemper ſolet. *l.
pen. D. ad exhib. l. ex domini. 40. de dam. infect.* Alij autem
non probantes quod in *d. l. ſi dictum.* Paulus ait de ſim-
pla, ita legendum exiſtimant, *ſi dictum fuerit vendendo vt
dupla promittatur*: moti ex illis verbis quæ ſequuntur,
vel triplum aut quadruplum, item ex eo quod licet di-
ctum non ſit in venditione, vt ſimpla promittatur, ex
empto tamen actio eſt in ſimplum, & in id quod inte-
reſt, *l. ſi in venditione. 60. D. de euict.* † Ego quamquam 2
Florentinam lectionem mancam eſſe arbitror, puto ta-
men rectè legi *vt ſimpla promittatur*: ſequentia ſic legen-
da arbitror, *vt duplum vel triplum aut quadruplum pro-
mitteretur*: quomodo in quibuſdam libris ſcriptum vi-
di, quæ rectiſſima lectio eſt. † Quamquam enim ſi in vẽ- 3
ditione dictum non ſit quantum venditorem pro eui-
ctione præſtare oporteat, ſimplam venditor præſtat *d. l.
ſi in venditione.* multum tamen intereſt an in vendendo
promiſſa ſit ſimpla, an promiſſa nõ ſit. Quoniam ſi pro-
miſſa non ſit, poteſt emptor antequam res euincatur iu-
re poſtulare vt ſibi dupla repromittatur. *l. 2. eo. tit.* adeò
vt idem quoque obtineat, ſi ſimplam per errorem ſtipu-
latus ſit. *l. emptori. 37. §. vlt. eo.* Quod ex ædilitio edicto
deſcendiſſe videtur, *l. quod ſi nolet. 31 §. quia aſſidua. D. de
ædilit. edict.* vbi Iurec. ait, ſi duplam venditor nõ cauerit,
ex empto agi poſſe vt caueatur, ea ratione quod aſſidua
ſit duplæ ſtipulatio: ea autem quæ moris, & conſuetudi-
nis ſunt in bonæ fidei iudiciis venire debeant. Hæc au-
tem actio quam ex ædilium edicto in id competere di-
cimus, vt dupla promittatur, cùm honoraria ſit (ædilium
namque edictum iuris honorarij pars & portio quædam
eſt, §. *prætorium. Inſtit. de iur. natur.*) perpetua non eſt. At ſi
in vendendo hoc ipſum exprimatur, vt dupla promitta-
tur, actio ex empto ad duplam perpetua erit, quæ ſcili-
cet ciuilis eſt: cum ex conuentione deſcendat. † Et hæc 4
eſt ſententia *d. l. ſi dictum.* in qua non illud tantùm vult
Paulus quod omnes ſciunt, ſi in vendendo dictum ſit vt
dupla promittatur, ex empto agi in id poſſe, ſed hoc
caſu perpetuam eſſe actionem ex empto, quæ per-
petua

petita non eſt ſi citra conuentionem, & ſola ædilitij edi-
cti poteſtate competat, quod ipſa quoque legis inſcrip-
tio confirmat. Ergo quod Iauolenus ſcribit, euictionis
nomine nihil venditorem præſtare præter ſimplam, ſi
aliud non conuenerit, omnino ſic intelligi debet, ſi eui-
cta res ſit, antequam in id actum eſſet vt dupla promit-
tatur. Alioqui, priuſquam res euicta ſit, ſimpla emptori
præſtanda non eſt, quamuis eam rem alienam, aut obli-
gatam eſse appareat, ſed tantum quantum emptoris in-
tereſt eam rem alienate aut obligatam ſciuiſſe. *l.4. D.de
actio. empt.* Rurſus obſeruandum eſt quod ſcriptum eſt
in *d.l.ſi in venditione, quantũ venditorem pro euictione præ-*
5 *ſtare oporteat*. † Aliud enim eſt quærere, quantum ven-
ditor præſtare, aliud quantum promittere debeat. Si di-
ctum non ſit quantum præſtare debeat, nihil præſtabit
præter ſimplam, & ſi quid præterea intereſt, vt eo loco
Iureconſultus ſcribit. At ſi priuſquam præſtari quicquã
oporteat, quæratur quid promittere debeat, dicemus
promittere duplam debere, *d.l.2.eod.& l.quod ſi nolit.31.
§.qui aſſidua. de edilit. edict.* ita tamen ſi aut pretioſa res,
aut mancipium: non ſi alia res væneat, vt Vlpianus in-
6 terpretatur in *d.l.emptori.37.de euict.* † Hæc verò *Accur-
ſius* quoque non intellexit, qui quod ſcriptum eſt in *l.ſi
in venditione.* ſic accipit, ſi expreſsè dictum ſit vt euictio-
nis nomine ſimpla duntaxat præſtetur: aut ſi ex certa
ſcientia id omiſsum fuerit, ne dupla præſtetur. Malè etiã
alij eam legem de vilioribus rebus interpretantur: nam
& euicta re pretioſiſſima ſi in vendẽdo nihil dictum ſit,
ſimpla tantùm præſtatur: planè antequam euicta ſit, ex
empto agi poteſt vt dupla promittatur, & ſi eo nomine
agetur, nec tamen dupla promittatur, dupli reus con-
demnabitur. *d.l.2.de euiction.*

CAPVT IV.

An perfecta emptione & locatione pericu-lum omne ad emptorem, & con-ductorem pertineat.

SVMMARIA.

1 *Rei locatæ periculum etiam tradita eius poſſeſſione ad conductorem non pertinere.*
2 *Obſtare è diametro* §. cùm autem Iuſtitut. de empt. vendit. l. ſi fundus 33. ff. locat.
3 *Ratio* l. quod ſi neque ff. de peric. & commod. rei vend.
4 *Diſtinctio ad conciliationem* d. l. ſi fundus cum d. §. cùm autem.
5 *Si venditor ex cauſa aliqua extrinſeca rem venditam præſtare non poßit, vel pretium emptori remittendum, vel actiones quas venditor habet remittendas eſſe.*
6 *Quid iuris, ſi venditor nullam in emptorem actionem transferre poſſit.*
7 *Accurſij error Africani ſententiam intra propoſitum caſum reſtringentis.*
8 *Cur rei locatæ periculum ante traditam poſſeſſionem ad conductorem non pertineat?*
9 *Qua in re conductor emptori comparari poſſit, quod ad periculum rei locatæ.*

EMptionem, & locationem nudo conſenſu perfici
certiſſimum eſt, neque rei traditionem requirere, *l.1.
D.loca.* Tamen in emptione multum intereſt an nudus
conſenſus interuenerit, an rei quoque traditio ſubſecu-
ta traditione cùm in emptorem dominium transferatur.
§.vendita. Inſtit.de rer. diuiſ. dubitare nemo poteſt, quin
ad eum omnimodo periculum pertineat, quomodo ab
omnibus rectè accipitur *l. Lucius.12.D.de euict.* † in lo- 1
catione, quoniam dominium non transfertur, huic di-
ſtinctioni locus non eſt, ac longè probabilius dubitari
poteſt, an ad conductorem rei locatæ periculum ſpe-
ctet. Africanus autem in *l. ſi fundus. 33. D.locat.* ean-
dem conſtituere videtur rationem conductionis tradita
poſſeſſione: vt in vtraque rei periculum ad venditorem
vel locatorem ſpectet, hactenus tamen vt vel pretium
vel merces remittatur, non vt, ſi quid præterea intereſt,
præſtetur. † Cui ſententiæ ex diametro obſtat §. *cùm* 2
autem. Inſtitut. de empt. & vend. vbi Iuſtinianus ſcribit,
perfecta emptione, quòd fit nudo conſenſu, licet tradita
res non ſit, periculum omne ad emptorem pertinere,
ita vt re perempta, quam nunquam nactus fuit, pretium
nihilominus ab eo peti poſſit. Qui Africani ſententiam
tuentur, aliud reſpondere non poſſunt, quàm in Inſtitu-
tionibus proponi ea, quæ ſunt ex ſummo iure, & rudi-
menta: In Digeſtis verò incrementa iuris, & diligen-
tius exactas res ad æquitatem. Quaſi verò quod ſcrip-
tum eſt *in d.§. cùm autem.* pleriſque etiam Digeſtorum
locis ſcriptum non ſit. Vt in *l.cùm emptor.5.§.1.de reſ-
cind. vendi.* vbi dicitur mortuo homine vendito perin-
de habendam eſſe venditionem ac ſi traditus fuiſſet:
venditorem namque liberari, & emptori hominem pe-
rire. Et in *l. vlt. de condict. ob cauſ. dat.* vbi Celſus inter
emptionem, & contractum Do vt des, triplicem diffe-
rentiam conſtituit, quarum vna & præcipua illa eſt,
quod mortuo homine promiſſo, pecunia eo nomine
data repeti poteſt. At in contractu emptionis mortuo
homine vendito pretium ſolutum repeti non poteſt,
quin non ſolutum peti poteſt. Sic in *l. venditor. 21. de
hered. vel action. vendit.* Paulus ait venditorem, qui nul-
lius culpæ argui poteſt, eo mortuo ne pretium quidem
debere. Et generaliter rei venditæ periculum ad empto-
rem omnimodo pertinere ſcriptum eſt in *l. 7. 8. & 11.
D. de peric. & commod. rei vendit. l.4. 5. & 6. C. eod. l. ſi in
emptione. 34. § penult. de contrahend. empt. l. quod ſi is. de iur.
dot.* aliiſque infinitis Codicis, & Digeſtorum locis.
† Nam quod ait *l. quòd ſi neque. 14. D. de peric. & com-* 3
mod. rei vendit. lectis venditis ſi ante traditionem eos
ædilis plebis, cùm in via publica poſiti eſſent, concide-
rit, venditoris periculum eſſe, optimam rationem ha-
bet, quia non fortuito caſu ſed hominis facto & per
venditoris incuriam, aut ſtultitiam lecti in via ponun-
tur: quod tamen *Accurſius* non intellexit. Nec ſanè vl-
lus iuris locus eſt qui huic certiſſimæ ſententiæ repu-
gnet, præter *d. l. ſi fundus*, cuius tamen verba ſic aperta
ſunt, vt vix rectè quiſquam adhuc reſpondere poterit.
Accurſius, in fundo publicato id ſpeciale eſſe ſcribit, nec
tamen ſpecialitet rationem vllam affert. Ego non dubi-
to, quin illius loci ſpecies proprium aliquid habeat, ex
quo à iuris regula eo caſu recedendum Africanus pu-
tauerit. Nam & idem Africanus in *l. ſi ſoluturus. 39. de
ſolut.* mercem periculo emptoris eſſe ait, ea ratione
quòd perfecta emptio ſit, quam nos ſine traditione ſolo
conſenſu perfici diximus. At cur in ſpecie *l. ſi fundus.*
aliud reſponderit, vt rei venditæ pretium venditoris
periculo ſit, ratio valde in obſcuro poſita eſſe videtur.
† Probabiliter tamen diſtingui poteſt, an ex cauſa ali- 4
qua extrinſeca, an verò per ipſam rem venditam fiat,
quominus tradi poſſit. Hoc enim caſu cùm per ipſam
rem fit quominus præſtari poſſit, hoc eſt cùm omnino
perempta eſt, ita vt in rerum natura eſſe deſierit, vt in
exemplis *d. l. cùm autem.* pretium venditori omnimodo
præſtandum eſt, ea ratione, quod quamuis ante traditio-
nem rei venditæ dominium penes venditorẽ remaneat,
tamen perfecta emptione in emptoris poteſtate ſit pretij
ſolutione rei venditæ poſſeſſionem ac dominium, quan-
docunque voluerit, nanciſci, vt imputandum ei ſit quòd
ſtatim nactus non ſit: nec probè poſtulare poteſt vt ſibi
res præſtetur, quæ per rerum naturam præſtari nequit.
† At ſi res vendita, ex cauſa aliqua extrinſeca 5

præſtari non poſſit, fortè quòd fundus publicatus, vel ſeruus furto ſubtractus ſit, rectè emptor intendere poteſt vt ſibi res præſtetur, quæ per rerum naturam præſtari poteſt: ſed venditor liberabitur, ſi actiones ſuas cedere paratus ſit: quas ſi nullas habeat, quod contingit ſi aut aliena res ſit quæ furto ſubtracta eſt, aut fundus venditus publicatus, æquiſſimum eſt ſaltem ad pretij reſtitutionem eum teneri, quod non præſter eam rem quam per rerum naturam præſtare poteſt, ſi fortè aut eam quæ aliena eſt emere, aut fundi publicati pretium iis quibus aſſignatus eſt præſtare velit. Hancque diſtinctionem apertè meo iudicio illud confirmat quod Iuſtinianus in *in d. §. cùm autem.* exempla ponit rei venditæ, quæ aut perempta aut deterior facta eſt, ita vt per rerum naturam talis qualis vendita eſt, præſtari non poſſit. Tum ſubiicit, ſi homo venditus fugerit aut ſubreptus ſit (quibus caſibus per rerum naturam præſtari nihilominus poteſt) non ſimpliciter liberari venditorem, ſed actiones ſuas emptori cedere compellendum: ex quo intelligimus quamdiu res vendita in rerum natura extat, tamdiu ad eius perſecutionem emptori actionem ex
6 empto ſupereſſe. † At rurſus, quid ſi nullam actionem venditor habeat quam in emptorem transferre poſſit. Is caſus à Iuſtiniano prætermiſſus eſt, ſed ſupplendus eſt ille Inſtitutionum locus ex *l. quod ſæpe 35. §. ſi res vendita. D. de contrahen. empt.* vbi Caius ſcribit venditorem ob hoc ipſum damnandum eſſe, quòd in emptorem nullas actiones transferre poteſt. Quod omnino ſic accipiendum videtur, vt pretij duntaxat iacturam ſentiat, non etiam vt ad præſtationem eius quod emptori intereſt teneatur, arg. *d. l. ſi fundus 33. D. locat.* Nam qui alienam rem vendidit, non ideò ſtatim tenetur ad id quod emptoris intereſt quia rem alienam vendiderit, ſed ita demùm ſi euicta ea res ſit, *l. 3. C. de euict. l. ſi plus. 74 §. mota D. eodem.* quod cùm ante traditionem fieri non poſſit, conſequens eſt vt ob hoc ſolum quod furto ſubtracta re quæ vendita erat, nullam actionem emptori cedere venditor poteſt, ad pretij duntaxat remiſſionem
7 aut reſtitutionem condemnetur. † Ergo malè *Accurſius* Africani ſententiam in eo duntaxat fundo qui publicatus ſit procedere putat, cùm aliud obſeruandum non ſit, ſi maiore vi, aut iniuria potentioris, vel latrocinio factum ſit quominus rem venditam emptori præſtare venditor poſſit. Sed longè grauior eorum error eſt, qui quod his tantùm caſibus conſtitutum eſt, generaliter accipiendum putant, licet res vendita ſit perempta aut deterior facta ſit, vt per rerum naturam præſtari non
8 poſſit. † Sanè locationis alia ratio eſſe videtur. Licèt enim iiſdem ferè iuris regulis venditio, & locatio conſiſtant, tamen ſi fundus locatus chaſmate perierit, aut terræmotu ita corruerit vt nuſquam ſit, conſtitutum eſt domini damnum eſſe, hactenus vt mercedem nondum ſolutam remittere, vel ſolutam reſtituere compellatur, *l. ex conducto. 15. §. 1. in fin. locat.* Credo, quia conductori nil imputari poſſit quod rei conductæ poſſeſſionem citiùs nactus non ſit, quam licet nactus eſſet, lo-
9 catori tamen eidémq; domino res ſua periiſſet. † Planè in eo fortaſſe conductor emptori non malè comparabitur, vt fructuum nomine, qui ante rem peremptam percipi potuerunt mercedem præſtare teneatur, ac ſi eos percepiſſet, quos vtique ſi ſtatim perfecta locatione fundi poſſeſſionem nactus eſſet, percipere potuiſſet. Verùm huic noſtræ ſententiæ illud fortè quis obiiciat, quod Africanus in *d. l. ſi fundus.* hac etiam parte locationem emptioni comparat. Sed eleganter erit Africani ratiocinatio, ſi ſecundum diſtinctionem noſtram ita accipiatur, vt quod in fundo publicato locato reſpondit, emptionis exemplo ſic confirmetur, vt cùm idem in emptione quoque recipiatur, in qua regulare eſt ad emptorem rei venditæ periculum omnino ſpectare, idē multò magis in locatione recipiendū ſit. Quare publicato fundo eandem locationis & venditionis rationem eſſe non negamus, at eodem perempto fortè chaſmate aut terræ motu ſic vt nuſquam appareat, longè diſſimilem horum contractuum cauſam eſſe contendimus.

CAPVT V.

Emendatur l. & hæc diſtinctio. 35. D. locat.

SVMMARIA.

1 *Similitudo emptionis & locationis.*
2 *Eum qui rem alienam ſiue ignorans ſiue ſciens locauit, ad id quod conductoris intereſt indiſtincte teneri.*
3 *Duo requiri vt locator in id quod conductoris intereſt non teneatur.*
4 *Tolluntur verba* per fraudem in d. l. hæc diſtinctio.
5 *Accurſij & aliorum reſponſio* ad l. ſi quis domum 9. ff. locat.
6 *Quam vim habeant verba illa* locatorem ex conducto teneri.

SVperiore † capite diximus de emptionis & locatio- 1
nis differentia, ab omnibus ferè prætermiſſa: nunc de ſimilitudine dicemus quam vix vllus adhuc animaduertiſſe videtur. Scilicet quemadmodum ab ignorante vendito fundo alieno, ita ab ignorante locato fundo alieno tam conductori ex conducto, quàm emptori actionem ex empto competere, non tantùm ad pretij aut mercedis reſtitutionem, ſed etiam ad præſtationem eius quod intereſt. Ac in emptione quidem dubitari de eo non oportet quod apertè ſcriptum eſt innumeris iuris locis.
† Sed in locatione aliud vulgo probatum eſt, vt ſi quis 2
ignorans alienam rem locauerit, eáque euicta fiat vt cōductori non liceat, quod ei præſtare locator debet, eo nomine aduerſus locatorem ex conducto quidem actio detur, ſed hactenus tantùm, vt mercedem remittere vel reddere debeat. Cuius ſententiæ autorem interpretes Africanum citant in *l. & hac diſtinctio. 35. D. locat.* vbi quod prius dixerat certis caſibus locatorem non teneri ad id quod conductoris intereſt, cui frui non licet: ſubiicit in eo demum verè dici qui & ſuum prædium fruendum locauerit, & bona fide negotium contraxerit, non in eo qui alienum prædium per fraudem locauerit, nec reſiſtere domino poſſit quominus is colonum frui prohibeat. Ex quo ſic ratiocinantur, vt in eo qui alienum prædium ignorans locauerit, aliud recipiendum ſit, nec niſi ad mercedis remiſſionem, aut reſtitutionem teneatur. Quod ipſum tamen vel ex illo Africani loco mani-
ſeſtè refellitur. † Duo enim requirit ille, vt locator in id 3
quod conductionis intereſt non teneatur. Primum vt ſuum prædium fruendum locauerit: Alterum, vt præterea negotium bona fide contraxerit. Primum eò pertinet vt intelligamus eum, qui alienam rem locauit, indiſtinctè teneri, ſiue ignorans, ſiue per fraudem rem alienam locauerit. Alterum verò Africanus ideo adiicit, quòd non ſufficiat locatorem prædium ſuum locaſſe, ſi prætereà dolo malo fecerit quominus eo frui conductor poſſit: Quid enim ſi quis prædium ſuum pignori iam datum, & antichreſim, alij fruendum locauerit? Hîc, ſi nihil aliud requireretur, quàm vti ne alienum prædiū locatum ſit, dicendum eſſet ſecurum eſſe locatorem qui prædium ſuum locauerit. At quoniam creditori pignus perſequenti reſiſtere non poteſt, quominus conductorem frui prohibeat, magis probandum eſt, vt quidquid conductoris intereſt, ex conducto præſtet. Rurſus ex eo quod Africanus hæc duo coniunctim requirit, vt quis prædium ſuum locet, ac prætereà bona fide, magis intelligemus

ligemus non ſufficere vt quis alienum prædium bona fide locet: alioqui illod vnum Africanus requirere debuerat, vt bona fide negotium contrahatur, noo etiam vt præter bonam fidem proprium quis prædium locet. Quibus conſequenter fatendum neceſſariò eſt, reiicienda eſſe verba illa, *per fraudem*, quæ huic interpretum errori cauſam proculdubio dederunt, ac imperito interpreti
4 potiùs quàm Africano tribuenda. † Interpretem verò illud monuiſſe videtur, quòd in ſequentibus apud Africanum legebatur in veteribus pleriſque libris *ne reſiſtere domino poſſit*, quaſi Africanus de eo loquatur qui alienum prædium locauit, ne reſiſtere domino poſſit, quominus is colonum frui prohibeat, ac proinde de eo qui alienom prædium per fraudem locauit. Sed cùm ex Pandectis Florentinis, aliiſque emendatioribus Codicibus didicerimus legendum eſſe, *nec reſiſtere domino poſſit*, intelligimus Africani ſententiam illam eſſe, vt omnimodo in id quod intereſt teneatur, quicunqoe alienum prædium locauit, nec reſiſtere domino poteſt quominos is colonum frui prohibeat. Nec ſanè diuerſitatis ratio eſſe poteſt, cur ignorans venditor teneatur io id quod emptoris intereſt, ignorans locator non teneatur.
5 † Atque ita Vlpiaous apertè diffinit in *l. ſi quis domum. 9. D. locat.* ad quam *Accurſius* aliud reſpondere non poteſt, quàm loqui eam de locat. alienæ rei locatore ſciente, cùm tamen domum bona fide emptam Vlpianus dicat, nec locationis tempore locatorem eam ſciuiſſe alienam exprimat. Defendi etiam non poteſt, quod alij reſpondent, Vlpianom ex Pomponij ſententia illud tantùm dicere, locatorem ignoranti ex conducto teneri. Id verò ſic accipi debere, vt non ad id quod intereſt, ſed ad mercedis remiſſionem vel reſtitutionem teneatur, vt in *l. ſi fundus 33. eo.* de cuius ſententia præcedente capite diximus. Etenim Vlpianus docet ſatis, nihil hac parte intereſſe an ſciens, an ignorans quis alienam domum locauerit, & an dolo malo culpave eius aliquid factum ſit, an nollo ipſius dolo, aut culpa euicta res ſit, vt apparet ex illis verbis, *iſque euictus ſine dolo malo, culpave eius, nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit.* Dolo autem vel culpa locatoris interueniente, nemo dixerit eum in id quod conductoris intereſt non teneri. Idem igitur admittendum Vlpianus putat, licet nullus locatoris dolus, aut culpa interueniſſe proponatur. In eamque rem Pomponij authoritate nititur, quæ ferè ſuperuacua eſſet in id vt mercedem remittere vel reddere locator debeat. Hoc enim nollam prorſus dubita-
6 tionem habet. † Prætereà cùm locatorem ex conducto teneri ſimpliciter Iureconſulti dicunt, ita ferè ſemper intelligunt, vt in id quod conductoris intereſt teneatur: quæ actionis ex conducto natura eſt. *l. 2. l. Præſes. 17. C. de locat.* Ob idque nimirum in *d. l. ſi fundus. 33. D. locat.* Africanus poſteaquàm dixit conductorem fundi publicati poſſe agere ex conducto vt ſibi frui liceat, quoniam ex eo ſequi videbatur, poſſe eum agere in id quod ſua intereſt, eleganter ſubiicit abſolutè id verum non eſſe, ſed hactenus vt merces ei remittatur. Quæ eadem adiectio ponitur aliis omnibus locis in quibus ex conducto non agitur in id quod intereſt: vt in *l. ex conducto. 15. §. pen. eod.* vbi illud etiam Iureconſultus addit, quod ſententiam noſtram manifeſtè confirmat, ſi fortè dominus conductorem frui non patiatur, vel cùm ipſe locaſſet, vel cùm alius alienam rem, vel quaſi procurator vel quaſi ſuam, id quod intereſt præſtari. Neq; tamen adhuc ſe *Accurſius* temperare poteſt quin cauilletur, & verba illa, *quaſi procurator*, de eo procuratore intelligi qui ſciebat ſe procuratorem non eſſe. Sed quid ad illa reſpondebit *vel quaſi ſuum?* Idem fortaſſe, de eo intelligi debere, qui ſciebat alienum. At hoc nimis diuinare eſt, & perelegantem illius loci ſententiam deſtruit, facitque ineptum Vlpianum, qui in re tam aperta Proculi authoritatem afferat.

Capvt VI.

Ad l. fructus. 33. & l pen. D. de rei vindicat.

SVMMARIA.

1 *De fructibus ſerui poſt litem conteſtatam perempt. poſſeſſore præſtandis.*
2 *Non eſſe ſeparandum bonæ fidei poſſeſſorem a* [illegible] *quum de fructibus poſt litem conteſtatam præſta*[illegible] *agitur.*
3 *Explicatur Pauli nota ad Labeonis ſententiam.*
4 *In ratione fructuum habenda ſeparari eum cuius* [illegible] *culpáve homo perijt, ab eo cuius dolus vel culpa argui non poteſt.*
5 *Explicatur* l. Iulianus. §. 1. & l. 21. §. 1. de R.V.

MOrtuo homine petito poſt inchoatum vindicationis iudicium, ſi de fructuum ratione habenda quæratur, diſtinguendum arbitror an dolo aut culpa poſſeſſoris ao ſuo fato perierit. Etenim nullo modo poſſeſſoris dolo aut culpa interueniente, ſic fructuum ratio habebitur, vt quoad ſeruus vixerit duntaxat æſtimentur ex Labeonis ſententia *l. pen. D. eod.* A ſi dolo aut culpa poſſeſſoris perierit, Trebatij ſententia vtemur, vt eò vſque fructuum ratio habeatur, quouſque haberetur, ſi non periiſſet. *l. fructus. 3. eo.* Habet autem hæc diſtinctio rationem manifeſtam. Dolo enim aut culpa poſſeſſoris mortuo homine vindicationis iudicium ideò non tollitur, quòd videatur adhuc extare is, qui dolo poſſeſſoris extante deſiit. *l. ſi ſeru. 91. D. de verb. oblig.* At cùm nulla poſſeſſoris culpa arguitur, vindicationis iudicium non ſupereſt niſi pro fructibus, & quemadmodum hominis pretium amplius non debetur, ita fructuum, niſi quoad ſeruus vixerit, ratio haberi uoo poteſt. Quæ ſententia eſt *l. vtique. 16. de rei vindic.* io qua ideo Paulus ſcribit etiam mortuo homine vtique neceſſariam eſſe ſententiam propter fructus & partus, & ſtipulationem de euictione: ſed non vtique poſt litem conteſtatam fatum à poſſeſſore præſtandum eſſe, id eſt, vt interpretor, aliam rationem eſſe æſtimationis, aliam fructuum perempti hominis. Fructus vtique hoc eſt indiſtinctè tam à bonæ fidei poſſeſſore quàm à prædone præſtandos eſſe, ſed ab eo duntaxat, qui malæ fidei poſſeſſor ſit. Vera igitur eſt Labeonis ſententia à Paulo relata *in dict. l. pen. de rei vindic.* vt homine petito poſt litem conteſtatam mortuo fructus quoad is vixerit æſtimentur. † Nec *Accurſij* diſtinctio recipi poteſt bonæ fidei poſſeſſorem à prædone ſeparantis: cùm, vt diximus, poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores ratione fructuum prædones conſtituantur. *l. ſumptus. 48. D. eod. l. ſed etſi. 25. § ſi ante. D. de petit. hered.* Sicque intelligo quod Papinianus ſcribit *in l. ſi nauis. 62. §. fin. de rei vindic.* generaliter, cùm de fructibus æſtimandis quæritur, animaduerti debere non an malæ fidei poſſeſſor fruitus ſit (ita enim legendum eſt, non *fruiturus*) ſed an petitor frui potuerit ſi ei tradita res fuiſſet. Non quòd in eo qui ab initio bonæ fidei poſſeſſor fuit, aliud admittendum ſit, ſed vt quemlibet poſſeſſorem poſt litem conteſtatam malæ fidei poſſeſſorem effici intelligamus. Nam de fructibus poſt litem conteſtatam perceptis loqui Papinianum ex eo apparet, quòd ait eos fructus æſtimari debere quos petitor percipere potuiſſet ſi ei tradita res fuiſſet, ſcilicet petitionis tempore, hoc eſt litis conteſtatæ. *l. amplius. 15. D. rem. rat. haber.* Siue igitur bonæ fidei poſſeſſor, ſiue prædo fuerit ab initio is à quo petita res eſt, id ſemper obſeruabimus, vt eos fructus æſtimemus qui ad mortem vſque ſerui percipi potuerunt. *dict. l. pen.* † Et quod Paulus notat ita veram eſſe Labeonis ſententiam, ſi non priùs is homo in eam valetudinem inciderit, propter quam

operæ eius inutiles factæ ſint, eò potius pertinet vt ne
quidem in mortis vſque tempus fructuum rationem
ſemper habendam exiſtimemus, quàm vt illo caſu per-
empta re ſuo fato in æſtimandis fructibus rei iudicatæ
tempus ſpectemus. Hoc enim ita demùm verè dicitur, ſi
dolo aut culpa poſſeſſoris homo perierit, vt idem Pau-
lus ex Trebatio & Pomponio refert *in d. l. fructus. 33.
eod.* Et valde mirandi ſunt, qui Labeonis ſententiæ Tre-
batij & Pomponij authoritatem obiiciunt, ſed illi ma-
gis qui vt non ſolùm Labeonem cum Trebatio, ſed etiã
Paulum cum ſeipſo pugnantem faciant, contra libro-
rum omnium authoritatem, & manifeſtam iuris ratio-
nem ſcripſerunt legendum eſſe *in d. l. fructus. ſi ſine dolo.*
4 † Etenim ſi eùm ſine dolo aut culpa poſſeſſoris petitus
homo periit fructuum ratio habeatur vſque ad rei iudi-
candæ tempus, quid obſeruabimus ſi dolus aut culpa
poſſeſſoris interueniſſe proponatur? Iniquiſſimum ſanè
fuerit deterioris conditionis non eſſe eum cuius culpa,
5 adeoque dolus arguatur. † Cùm verò hanc Pomponij
& Trebatij ſententiam Iuliano quoque placuiſſe Pau-
lus teſtetur: conſequens eſt vt quod ex eodem Iuliano
Vlpianus refert *in l. Iulianus. 17. §. 1. de rei vindicat.* poſ-
ſeſſorem poſt moram factam in reddendo homine qui
mortuus eſt fructuum nomine vſque ad rei iudicatæ
tempus condemnari debere, ſic accipiatur, ſi dolo aut
culpa poſseſsoris mortuus ſit ex Pauli interpretatione,
ne alioqui Iulianum aut ſibi contrarium fuiſse, aut do-
loſum ab eo cui nihil imputari poſſit non diſtinxiſse
fateamur, quorum alterum abſurdum, alterum à Iuliani
ſubtilitate alienum eſse videtur. Ad rem verò non per-
tinet *l. ſi à bona fidei 21. D. eodem.* quæ non de fructibus
loquitur, ſed de homine petito, & cùm adiicit præſtan-
dos eſse à poſſeſſore fructus eius temporis, quo poſse-
dit oſtendit eius temporis quo ipſe non poſsedit fru-
ctum eum præſtare non debere. Nec ſanè aliter ſine ma-
xima poſseſsoris iniuria conſtitui poſset, qui nullius
doli aut culpæ arguitur, quique ab initio bonæ fidei
poſseſsor fuit. De illo enim lex loquitur, non de malæ
fidei poſseſsore. Quanquam hac parte, vt diximus, hoc
eſt eùm de fructibus reſtituendis quæritur, non bonæ
fidei poſseſsor à prædone ſeparandus eſt, ſed is cuius
dolo aut culpa homo periit vel fugit, ab eò cuius cul-
pa dolúſve argui non poteſt.

Capvt VII.

Diſſenſiſſe Iureconſultos in quæſtione l. cùm quis. 38. §. qui hominem. D. de ſolut.

SVMMARIA.

1 *Africani ab Vlpiano diſſenſio in illa quæſtione, an qui hominem promiſit, ſtatulibero ſoluto liberetur.*
2 *Media Neratij ſententia ſuper hac quæſtione.*
3 *Nihil intereſſe in hac quæſtione, certum an incertum quis hominem promiſerit.*
4 *De quo promiſſore accipienda ſit Neratij ſententia.*
5 *Rationes Iureconſultorum in propoſita quæſtione diſſentientium.*
6 *Probabiliorem videri Vlpiani ſententiam.*

QVi hominem promiſit, ſi ſtatuliberum ſoluat, quæ-
ſitum eſt an liberetur. † Africanus *in l. cùm quis.*
1 *38. §. qui hominem. D. de ſolution.* magis putat expectan-
dam non eſse conditionem, ſed confeſtim creditorem
agere poſse, & debitori cõdictionem competere. Quod
ait creditorem agere poſse, oſtendit debitorem libera-
tum non eſse, & conſequenter ſolutum hominem con-
dicere poſse. Iuris enim regula eſt, ex quibus cauſis li-
beratio contingit, ex iiſdem ceſsare condictionem: & ex
contrario ceſsante liberatione condictionem compete-
te, *l. qui hominem 34. §. vlt. eod. l. ſi non ſortem. 26. §. qui filio-
familias. & §. ſi decem. D. de condi. indeb.* At Vlpianus *in l.
ſtatu liberum. 9. §. penult. de ſtatulib.* Octauenum exiſti-
maſſe refert in propoſita ſpecie debitori liberationem
contingere, ratione illa, quòd etſi ante ſolutionem ſta-
tuliber ad libertatem perueniſſet, proculdubio obliga-
tio extingueretur. Ea namque ſola in obligatione con-
ſiſtere, quæ pecunia lui, præſtarique poſſunt: in quorum
numero libertas cenſeri non poteſt. Quam ſententiam
veram ſibi videri Vlpianus eo loco ſcribit, itémque
Pomponius *in l. ſi mihi. 92. D. de ſolut.* De condictione
quid ſentiant non exprimunt, hoc eſt, an debitori ea cõ-
petat, quam Africanus competere putat. Sed in dubio
ſequemur iuris regulam, vt quem liberari exiſtimarunt,
eundem condicere non poſſe crediderint. † Verùm *in l.* 2
Neratius. 63. de condict. indeb. Caius ex Neratio mediam
quandam ſententiam refert, ac ſequitur, nouam prorſus,
& ſingularem, vt in propoſita ſpecie debitor nec libere-
tur, nec condicere poſſit. Non liberari probat ex eo,
quòd in plenum ſtipulatoris hominem non fecerit, quæ
etiam Africani ratio eſt in *d. l. cùm quis. 38. §. qui homi-
nem.* Statu libero quippe libertatis caſus implicitus eſſe
dicitur *in l. vlt. D. ſi ex nox. cauſ. agat.* Poſſe autem condi-
cere ideo negat, quòd hominem debitum dederit. Qua
ex ratione manifeſtè *Accurſij* ſententia conuincitur,
qui in horum locorum conciliationem, diſtinguendum
putat, certúſne an incertus homo ſit promiſſus. † Etſi 3
enim Neratius de certo homine loquitur, tamen verba
captanda non ſunt, cùm ſiue certus ſiue incertus pro-
miſſus ſit, illa ſemper ratio liberationem impediat,
quòd in plenum ſtipulatoris homo factus non ſit. Con-
dictionem verò, ex Neratij ſententia illud vtroque caſu
remoratur, quòd qui ſtatuliberum ſoluit, promiſſum
hominem ſoluerit. Nam cùm homine generaliter pro-
miſſo, debitoris electio ſit, *l. plerumque. 11. §. vlt. de iur.
dot.* apparet eum qui Stichum ſtatuliberum ſoluit, non
minus ſoluere quod debet, quàm qui Stichum ab initio
promiſit: Ne aliter interpretantibus obiici poſſit, eum
qui in genere hominem promiſit vt ſibi conſuleret, &
liberiorem præſtandi, quem vellet, poteſtatem haberet,
deterioris conditionis eſſe non debere, quam qui ab
initio certo homini præſtando ſe adſtrinxit. Et quod
Africanus indiſtinctè promiſſum hominem ponit, nõ eo
pertinet vt de homine generaliter promiſſo ſenſerit, ſed
vt intelligamus nihil hac parte intereſſe an certum, an
incertum hominem quis promiſerit. Rurſus apud Vl-
pianum & Pomponium de homine certo tractari ma-
nifeſtum eſt, & tamen debitorem, ſi ſtatuliberum ſoluat,
liberari dicitur. † Niſi fortè hîc diuinare volumus, Ne- 4
ratium de eo promiſſore loqui, per quem ſtatuliber fa-
ctus eſt is qui ab initio promiſſus fuerat, quod tamen
recipiendum non eſſe ipſa Neratij ratio demunſtrat.
Etenim ſi per promiſſorem factum proponeretur, vt ſta-
tuliber fieret is qui promiſſionis tempore ſtatuliber
non erat, quo caſu in dolo promiſſor eſſet, accommoda-
tius & probabilius non liberari eum Neratius defen-
diſſet, ea ratione quòd ipſius dolo factum eſſet ne in
plenum ſtipulatoris homo fieret. At cùm aliam ratio-
nem non adferat, quàm quòd homo ſtipulatoris in ple-
num factus non ſit, idémque dici poſſit ſiue per promiſ-
ſorem ſiue per alium ſtatuliber factus ſit, apparet ex
ſententia Neratij diſtinctioni huic locum eſſe non poſ-
ſe. Quare, niſi me valde fallo, fatendum neceſſariò eſt
quod propoſui, Iureconſultos in quæſtione iſta diſſen-
ſiſse, Octauenum, Vlpianum, & Pomponium ab Africa-
no, Caium verò, & Neratium ab omnibus. Atque huius
diſſenſionis argumentum præbere videtur quod in *d. l.
9. § penult. de ſtatulib.* Vlpianus ait, *tractatum eſt.* Id enim
omnino ſic accipi debet vt de quæſtione iſta inter iuris
autores dubitatum, & diſputatum ſit: quod magis ac
magis confirmant ſequentia illa, *quæ ſententia mihi vi-
detur vera.* † Præſertim cùm in vtramque partem ratio- 5
nes

nes valde probabiles adduci poſſint. Nam quod Africano placet debitorem, qui ſtatuliberum ſoluit, non liberari, optimã rationẽ habet, quia perfectè hominẽ ſtipulatoris nõ fecerit. Quod etiam addit, dandã ei condictionem, eſt ex iuris regula quã huius capitis initio retulimus. Neq; tamen minus probabilis eſt illa Neratij ratio, vt condicere non poſſit, quòd hominem debitũ dederit: Debitum enim datum eſſe certiſſimum eſt. Ergo indebiti condici non poteſt. Poſtremo Octaueni, Vlpiani, & Põponij ſententia rationem perelegantem habet, quam ſupradicto loco Vlpianus refert, vt hominis debitor licet ſtatuliberum ſoluerit, nihilominus liberetur. Nam & ſi ante ſolutionem ad libertatem perueniſſet, tota obligatio extingueretur, cùm ea tantùm in obligatione conſiſtant quæ pecunia lui præſtarique poſſunt. Cur non ergo liberabitur, ſi eum ſoluat qui nondum liber
6 eſt, ac nec fortaſſe vnquam libertatem conſequetur? Et ſanè ſi quis rationem hanc paulò accuratius perpendat, horum ſententiam longè probabiliorem eſſe fatebitur: Africani quippe, & Neratij rationem conuincit. Verum enim eſt, quod & Neratius ait, eum qui ſtatu liberum ſoluit, hominem debitum ſoluere, cùm ſeruum deberet, ſtatuliber autem ſeruus eſſe non deſinat, vt in princip. *d.l.9.* Vlpianus ait. Cur igitur debiti ſolutione non liberabitur? Dices cum Africano, & Neratio, quia ſtatulibero implicitus eſt caſus libertatis. Id verò Vlpianus non negat, ſed non ideò liberationem impediri debere contendit, quandoquidem, & ſi ante ſolutionem ad libertatem perueniſſet, tota obligatio extingueretur.

CAPVT VIII.

Emendatio l.Papinianus. 23. D. de donat. inter vir. & vxor.

SVMMARIA.

1 *An omnes indiſtinctè donationes inter virum & vxorem ſola donatoris morte confirmentur?*
2 *Diſſenſiſſe Vlpianum à Papiniano in hac quæſtione.*
3 *Reyciuntur variorum reſponſiones ad duas Vlpiani & Papiniani leges contrarias.*
4 *Annui appellatione quid veniat?*
5 *Emendatur* l.quidam de pact.dotal.
6 *An* §.ſiue autem l. cum hic ſtatus *generaliter de omnibus inter virum & vxorem donationibus accipiendus ſit?*
7 *Papiniani ſententiam etiam Imperatoribus diſplicuiſſe.*
8 *Redditur ratio ſententiæ Papiniani.*
9 *Vnam tantùm de donationibus inter virum & vxorem confirmandis à Seuero & Antonino orationem habitam fuiſſe, contra Duarenum oſtenditur.*
10 *Tollitur vox* rectè è d.l. Papinianus.
11 *Ratio emendationis.*

1 DOnationes inter virum & vxorem, quas iure ciuili nos valere certum eſt, donatoris morte confirmari poſt Diui Seueri, & Antonini conſtitutionem, nemo eſt qui neſciat. Dubitari tamen poteſt, An generaliter id verum ſit, ſiue traditione, ſiue ſtipulatione interueniente donatio facta eſſe proponatur. Extat enim Papiniani ſententia ab Vlpiano relata & probata in *l. Papinianus 23. D. de donat. inter vir. & vxor.* orationem Diui Seueri ad rerum duntaxat donationes pertinere: Proinde ſi maritus vxori ſuæ ſtipulãti ſpopõderit ipſius heredes conueniri non poſſe, licet durante voluntate
2 maritus deceſſerit. † Cui ſententiæ ex contrario obſtat *l. ſi ſtipulata. 33. eod. titul.* in qua idem Vlpianus ſcribit, ſi mulier annum ſtipulata ſit, id quidem ex ſtipulatu conſtante matrimonio petere non poſſe: ſed ſi manente matrimonio, eadémque voluntate maritus deceſſerit, ſtipulationem ex Senatuſconſulto confirmari. Et apertius, *in l. cùm hic ſtatus. 32. §. ſiue autem. 18. eod. tit.* idem Vlpianus ait, ſiue res fuit; quæ donata eſt, ſiue obligatio remiſſa donationem effectum habituram, & generaliter vniuerſas donationes, quæ antea impediebantur, ex oratione valere, hactenus vt præmorientis donatoris morte confirmentur. Ex quibus manifeſtè apparet Vlpiani ſententiam illam eſſe vt oratio Diui Seueri, non ad rerum duntaxat, ſed etiam ad verborum donationes pertineat. † 3
Nam quod vulgo reſpondetur, ſpeciale eſſe in annuo, quod Vlpianus ait in *d. l. ſi ſtipulata.* nihil minus quàm verum eſt, cùm verba illa, *quia in annuo quoque donatio vertitur,* oſtendant ſatis Vlpianum ita reſpondiſſe in annuo, non quòd in aliis rebus aliter reſponſurus eſſet, ſed quia annui hac parte eadem ratio ſit, quæ aliarum rerũ, cùm in annuo quoq; donatio vertatur. Ridicula eſt etiã *Accurſij* reſponſio, & interpretatio, qui ſtipulationem annui de pecuniæ annuæ ſtipulatione intelligit, † cùm 4
tamen annui appellatione cibaria, & veſtiaria ſignificentur, *l. annua. 20. D. de annuis legat.* de quibus accipiendam puto *l. ſi cui 14. eod.* propter illa verba, *ex dignitate perſonæ*, quæ proculdubio ad legatarij non legantis perſonam referri debent. Relictis enim cibariis & veſtiariis ſine adiectione ſummæ, dignitas, & qualitas legatarij inſpicienda eſt, vt ſciatur quæ cibaria, & veſtiaria debeantur. Et ea nimirum dubitandi ratio eſt propter quã in ſpecie *d. l. ſi ſtipulata*, promiſſio annui donationem continere non videbatur, quòd maritus vxori ex officio cibaria & veſtiaria præſtare teneatur. Sed quamquam vxorem alere maritus debet, nihil tamen ei alimentorum nomine donare poteſt. *l. quidam. 22. D. de pact. dotal.* vbi dicitur quod etiam annui nomine datur, ſpeciem donationis eſſe. Hoc ita, niſi ab initio inter virum & vxorem conuenerit, vt mulier ſe ſuoſque aleret, quo caſu videri poteſt maritus non annuum donaſſe, quàm cum alimentis debitis compenſaſſe, *argum. l. ſi quis. 21. §. vlt. de donat. int. vir. & vxor.* † Cæterùm in *d. l. quidam.* obiter 5
notandum eſt, malè vulgo legi, *ac ſi inter virum,* &c. ne adiectio illa prorſus inanis, & inepta ſit, at potiùs tollendam particulam, *ac*, tum maiuſculis literis legendum *ſi inter ſe, & virum non conueniſſet vt hæ mercedes ſibi alimentorum nomine darentur.* Hæc enim verba continent formulam exceptionis, quam mulieri dari non debere Iulianus ait, vt *in l. ſi quis. 17. §. 4. de inſtit. action.* Rurſus, vt ad propoſitam diſputationem redeamus, quod idem Accurſius reſpondet *ad d. § ſiue autem.* loqui eo loco Vlpianum, non de promiſſione, ſed de liberatione ad quam procliuiores eſſe debemus, verum etiam non eſt. † Ge- 6
neraliter enim ſcribit omnes donationes quas prius non valere dixerat, ex oratione confirmari. Prius autem, hoc eſt in *l. 3. ſciendum eod. titul.* quæ ſumpta eſt ex libro præcedente, dixerat improbatas eſſe omnes inter virum & vxorem donationes, ſiue donati corporis traditio facta ſit, ſiue ſtipulandi promiſſum, vel debitori accepto latum ſit, quibus etiam verbis oſtendit nihil hac parte promiſſionem ab acceptilatione differre. † Atque huic ſenten- 7
tiæ rectè conuenit *l. 2. C. de dot. cauſ. cant. non numer.* in qua Imp. Alexand. reſcribit generaliter & indiſtinctè id quod à marito vxori conſtante matrimonio donatum eſt, poſſe ab ipſius heredibus peti, ſi modò legitimè confecta donatio ſit. Legitimè verò conficitur duobus modis, traditione, & ſtipulatione, vt rectè eo loco *Accurſius* interpretatur. Sed vt Papiniani ſententiam defendat, malè reſpõdet *in d. l. 2.* ſecutam fuiſſe traditionem, quod repugnat poſtremis illis verbis, *ab heredibus mariti quatenus liberalitas interpoſita eſt, peti poteſt.* Subſecuta enim traditione, donatario non petitione, ſed retentatione conſuli oporteret, porro peti quod donatum eſt niſi ex ſtipulatione non poteſt. Ex quo apparet Papiniani ſententiam non tantum Vlpiano, ſed etiam Imperatoribus non placuiſſe, proinde ſequendam non eſſe: vt valde mirum ſit hodie vulgo ab omnibus interpretibus eam probari.

8 probari. † Habet tamen rationem non inelegantem, ſi
orationis verba ſpectes. Ait enim oratio, *heredem verò
eripere*, &c. *d.l. cùm hic teſtatus. §. an oratio.* Eripi verò
nisi quod penes alium ſit non poteſt. At Vlpianus, &
cæteri adorationis ſententiam potiùs quàm ad verba
reſpexerunt, quæ cùm de confirmandis inter virum &
vxorem, donationibus facta ſit, idque ex æquitate con-
tra nimium iuris rigorem, nulla ratio eſt cur ad rerum
potiùs quàm verborum donationes coanguſtetur. Quæ
cùm ita ſint, quærenda reſponſio eſt ad *d. l. Papinianus.*
quæ ſola interpretes in hunc errorem inuexit. Ac faci-
lis reſponſio eſſet, ſi ea lex alterius quàm Vlpiani eſſet:
dici enim poſſet, diſſenſiſſe Papinianum à cæteris, neque
tam de conciliatione quæreretur, quàm de illo, quæ ſen-
tentia probabilior videretur. Sed cum Vlpianus *in d. l.
Papinianus.* Papiniani ſententiam probet, vix aliud dici
poteſt quàm Vlpianum variaſſe, & Papiniani ſenten-
9 tiam, quam prius probauerat, poſtea improbaſſe. † Ne-
que enim probabile eſt, quod doctiſſimus *Duarenus ad
titul. de donat. int. vir. & vx.* comminiſcitur, duplicem de
donationibus inter virum & vxorem confirmandis ora-
tionem habitam fuiſſe: priorem à Seuero, poſteriorem
ab Antonino Seueri filio. Illam ad eas duntaxat res per-
tinuiſſe quæ vxoris cauſa comparatæ eſſent: Hanc verò
pleniorem fuiſſe, & de omnibus quæ inter coniuges do-
nationis cauſa geruntur, locutam eſſe. Priorem Papinia-
ni temporibus factam fuiſſe, Poſteriorem verò poſt oc-
ciſum Antonini iuſſu Papinianum, quòd parricidij pú-
blicus defenſor eſſe recuſaſset. Etenim præter id quod
nullo iuris loco duplicis huius orationis mentio ſit,
pugnat etiam hæc ſententia cum *d. l. cum hic ſtatus.* in
cuius principio Vlpianus ait Antoninum Auguſtum
ante exceſsum patris ſui oratione in Senatu habita au-
torem fuiſse. Senatui cenſendi vt donationes inter vi-
rum & vxorem, quæ antea nec ab initio valebant, nec
donatoris morte confirmabantur; in vim donationum
cauſa mortis defenderentur: ex quo apparet viuo Papi-
niano huiuſmodi orationem in Senatu habitam fuiſse.
Niſi fortè duplicem quoque Antonini orationem com-
miniſcamur: quamquàm ne hoc quidem ad id de quo
quærimus quicquam proficiet. Illius enim, quæ ante
exceſsum Diui Seueri habita eſt, interpretationem Vl-
pianus facit, cùm ait generaliter vniuerſas donationes,
quæ antea non valebant, ex oratione confirmari. Nec
Duareni commentum adiuuat quod ibidem Vlpianus
addit, orationem Antonini non ad ea tantùm quæ vxo-
ris cauſa comparata ſunt, ſed ad omnes donationes in-
ter virum & vxorem factas pertinere: ex quo infert ille
priorem orationem, quam Diui Seueri fuiſse ait, de iis
tantùm quæ vxoris cauſa comparata eſsent, cauiſse.
Quod ſi verè colligeretur, (falſum verò eſse apparet *ex
l. 3 & l. ſi maritus. 10. C. de donat. inter vir & vxor.* non ſa-
tis rectè Papinianus putaſset orationem Diui Seueri ad
rerum donationes pertinere. Sed nec ad ea quæ à marito
vxoris cauſa comparata ſunt, pertinere Papinianus pu-
tabat, ſi ea ſtipulatione duntaxat promiſsa necdum tra-
dita eſsent. Rerum namque donationes intelligebat, nó
quibus res aliqua donatur (omnem enim donationem
alicuius rei eſse neceſse eſt) ſed quæ ex rei traditione nó
ex ſtipulatione effectum ſumunt. Denique eandem Diui
Seueri, & Antonini orationem fuiſse certum eſt, quæ
nunc à Seuero, nunc ab Antonino, nunc ab vtroque ha-
bita dicitur, quòd vtroque ſuperſtite & imperante ha-
10 bita ſit. † Igitur probabilius eſt in *d. l. Papinianus*, ab in-
terprete additam eſſe dictionem *rectè*, quæ ſola inextri-
cabilem quæſtionis huius exitum facit. Ea verò ſublata
dici poterit Vlpianum eo loco Papiniani ſententiam
referre duntaxat, non etiam probare: at in aliis locis
manifeſtè improbare: quod in libris noſtris non eſt
nouum. Nam & in *l. ſi aliena 10. §. vltim. D. de vſucap.* idé
Vlpianus Scæuolæ ſententiam refert, quam tamen im-
probat *in l. qui vas. 48. §. ancilla. de furt.* & Papinianus *in
l. ſi fideiuſſor. 19. de dolo.* refert Neratium Priſcum, & Iu-
lianum reſpondiſſe fideiuſſorem qui promiſſum animal
ante moram occidit, de dolo teneri, quoniam à ſtipula-
tione liberatus ſit. Idem tamen in *l. Stichum aut Pamphi-
lum. 95. §. 1. de ſolut.* vbi ſententiam ſuam exponit, fide-
iuſſorem ex ſtipulatu non de dolo teneri deſendit. † Ve- 11
riſſimum autem eſſe quod dicimus, ab imperito inter-
prete additam eſſe dictionem illam, *rectè*, manifeſtè ap-
paret ex gloſſa *Accurſij*, qui ad verba illa, *Papinianus pu-
tabat*, ſic notat, *& malè ſecundum quoſdam*, quæ interpre-
tatio nimium impudentis, & temerarij interpretis eſſet,
ſi Vlpianus Papinianum rectè putaſſe ſcripſiſſet. Sed &
interpretes ita notaſſet, *imò malè*, non *& malè*, quod eui-
dens argumentum eſt in *Accurſij*, & veterum libris di-
ctionem illá in textu defuiſſe. Deeſſe autem debére, ex iis
quæ tóto hoc capite diximus, iam dubitare nó oportet.

Capvt IX.

An ſocius ſocio de damno infecto cauere compellatur.

S V M M A R I A.

1 *Toties inutilem eſſe damni infecti ſtipulationem, quoties alia ratione ſarciri damnum poteſt.*
2 *Quæſtio* l. ſi ædibus. de dam. infect.
3 *Duo caſus quibus inter ſocios neceſſaria eſt damni infecti ſtipulatio. & n. 4.*
5 *Secundum caſum cum primo ab Interpretibus confuſum eſſe.*
6 *Genuina ſecundi caſus declaratio, & explicatio.* l. inter quos. 39. de dam. infect.
7 *Quid ſignificent verba illa* l. inter quos. Quantum quis vicino præſtat, tantùm ab eo conſequi.

SI propriis meis ædibus vicinas communes ego & tu
habeamus, & communes meis propriis ruinam mi-
nentur, ius eſt mihi inuito te per actionem Communi
diuidundo conſequi, vt communes noſtras mihi reficere
liceat, & impenſas in refectionem factas pro qua parte
dominus exiſtes eodem iudicio Communi diuidundo,
aut Pro ſocio reſtituas. *l. ſi ædes. 12. D. commun. diuid. l. ſi
ædibus. 32. D. de damn. infect.* Neque hoc caſu cogeris mi-
hi cauere de damno infecto, † quia magis obtinuit ſen- 1
tentia exiſtimantium toties damni infecti ſtipulationé
interponi non debere, quoties alia actione ſarciri dam-
num poteſt, vt in propoſita ſpecie contingit. *d. l. ſi ædibus.
l. damni. 18. §. ei cuius. cum §§. ſeqq. l. qui bona. 13. §. de illo.
D. de dam. infect.* Vnde generaliter traditú eſt inter quos
paries communis eſt ædificiorum nomine quæ quiſque
propria habet, ſtipulationem damni infecti duobus dun-
taxat caſibus neceſſariam eſſe, nimirú cùm aut alter ſo-
lus ædificat, & vitium ex opere futurú eſt: Aut alter pre-
tioſiora ædificia habet, & plus damni ſenſurus eſt deci-
dente pariete, *l. inter quos. 39. eod.* Aliis caſibus neceſſaria
non eſt damni infecti ſtipulatio, ſed tamen aliquando
interponi ſolet, *d. l. ſi ædibus.* quod ſummopere animad-
uertendum eſt, vt intelligamus inutilem non eſſe iis ca-
ſibus ſtipulationem, vt committi non poſſit (quod *Ac-
curſius* ſenſit ad *l. damni. 43. §. 1. eod.*) & Caium in *d. l. ſi
ædibus, inutilem* dixiſſe pro *non neceſſariam.* † quod vel ex 2
ipſa illius quæſtione apparet, quæ non de illo eſt, An ſo-
cius ſocio de damno infecto cauere poſſit, ſed, An cauere
debeat. Reſpondet verò Iureconſ. inutilem eſſe ſtipula-
tionem, id eſt, caueri non debere quia ſocio alia actione,
& remedio ciuili poſſit eſſe conſultum: fruſtra autem is
qui ciuilem actionem habeat honorariam deſideret. *l. 1.
D. de Publician.* Idq; apertius Pompon. declarat, cùm ait
duobus caſibus neceſſariam eſſe inter ſocios hanc de
damno infecto ſtipulationem. *d. l. inter quos.* innuens aliis

caſibus

caſibus neceſſariam non eſſe: vtiliter tamen interponi
poſſe, quod apertius expreſſum eſt in *d. l. damni. 43. §.*
3 *cùm parietem. eod.* † Obſeruandi verò ſunt, & enarrandi
duo illi caſus, quibus ſtipulatio de damno infecto inter
ſocios neceſſaria eſſe dicitur. *d.l. inter quos.* Primus eſt, vt
diximus, cùm ex ſociis vnus ſolus ædificat, & ex ipſius
opere damnum timetur. Nam ſi vterq; ædificet, conſtat
neceſſariam non eſſe ſtipulationem, *d.l. 43. §. 1.* quia cùm
par vtriuſque ſocij culpa, & periculum eſt, neutri aduer
ſus alterum actio competit. *l. ex damni. 40. §. 1. in fin. eod.*
Vno autem duntaxat ædificante ideò ſtipulatio neceſ-
ſaria eſt, quia iudicio Communi diuidundo, aut pro ſo-
cio damnum factum ſarciri non poteſt, cum vtrunque
iudicium non aliter l[illegible]cum habeat, quàm ſi de re com
muni agatur, quod hic non euenit. Ponimus enim ſocij
proprias ædes ex communi ruina damnum paſſas fuiſ-
ſe. Et hic caſus rectiſſimè conuenit illi regulæ quam ſu-
prà ex Caio poſuimus, vt damni infecti ſtipulatio tunc
demum neceſſaria ſit, cùm illius qui ſibi timet, indemni-
tati alia occaſione conſultum eſſe non poteſt. † Secun-
4 dus caſus, qui à Pomponio pro[illegible]itur, maiorem dubi-
tationem habet ac ſubtiliori [illegible] inquiſitione. Eſt
autem eiuſmodi. Si vnus ex ſ[illegible] qui communem ha-
bent parietem pretioſiora æd[illegible] beat, vt decidente
5 pariete maius da[illegible] um p[illegible] ſſurus [illegible] ſſe videatur. † In quo
primum adnotandus eſt omnium ferè iuris interpretum
error manifeſtiſſimus, exiſtimantium intelligi id debere,
ſicut alter ex ſociis, aut vterq; in communi pariete ædi-
ficet, quorum neutrum dici [illegible] teſt. Si e[illegible] in vnus dunta-
xat ex ſociis ædificet, non d[illegible]fferet hic caſus à ſuperiore,
quod (etſi Ioannem ita [illegible] ſi[illegible] *Accurſius* refert, *in d.l. in-
ter quos.*) tamen Pomp[illegible]nij verbis non conuenit, quibus
apertiſſimè duo caſus ex ſuperiore regula excipiuntur.
Neq; verò vt aduerſus ſo[illegible]um æ[illegible]ficantem ſocius actio-
nem habeat, requiritur vt is qu[illegible] non ædificat pretioſio-
ra ædificia habeat, ſed illud ſufficit vt ex opere eius qui
ædificat, damnum ſuis ædibus timeat is qui non ædifi-
cat: quo caſu cùm ciuilem actionem non habeat, ſtipu
latio ei neceſſaria eſt, vt diximus. Quòd ſi vterque ædi-
ficet, diſtinguendu[illegible] et[illegible] m n[illegible] eſt an vnus ex iis maius
damnum paſſuru[illegible] ſit, fortè quòd preti[illegible]ſiora ædificia
habeat, aut ædes o[illegible]us inſt[illegible]ct[illegible]s. Cùm enim hoc caſu
vtrinſq; facto & [illegible] p[illegible] d[illegible] cta, Sabini, & Vlpiani
ſententia ſequenda eſt, vt [illegible] p[illegible] vt[illegible] q[illegible] e cauſa nihil
alter alteri præſt[illegible]re debe[illegible] *d.l. ex damn. 40 §. 1. eod.* Eſt
igitur Pomponius de illo caſu intelligendus, cùm neu-
ter ex ſo[illegible]iis ædificat, [illegible]ter tamen altero pretioſior[illegible] ædi-
ficia habet. At [illegible]detur hoc ad[illegible]ſari ſuperiori r[illegible]gulæ,
quæ damni infecti ſtipulationem iis caſibus neceſſariã
eſſe ne[illegible] qu[illegible]bus alia actione damnum ſarciri poteſt.
Diximu[illegible] enim eum qui pretioſiora ædificia habeat poſ-
ſe parietem, [illegible]s ruinam veretur, reficere, tum impen-
ſas in re[illegible]nem factas iudicio communi diuidundo
aut pro ſocio à ſ[illegible]cio pro qua parte parietis dominus
eſt recuperar[illegible] *d.l. ſi ædib.* Et hoc eſſe videtur, quod in-
terpretibus [illegible]nibus tenebras offudit, vt Pomponij ele-
6 gantia[illegible] pere-pere non potuerint. † Animaduertere ve-
rò debuerunt poſſe hoc quoq; caſu contingere vt dam-
ni infecti ſtipulatio [illegible]rorſus neceſſaria ſit, fortè ſi is qui
pretioſiora ædifici[illegible] [illegible]ber parietem communem reficere
nolit. Quid eni[illegible] [illegible]ut pecuniam in promptu non ha-
beat, aut ſi quam ha[illegible]e[illegible] fœnori potius collocare, quàm
in refectionem impendere velit? Iniquum ſanè eſſet pe-
riclitari eum, nec à ſocio de damno infecto pro ipſius
parte ſtipulari poſſe. Quamquam enim dici quodammo-
do poteſt imputare eum ſibi debere quod communem
parietem n[illegible]n refecerit, præſertim ſi reficiendi poteſtaté
habuerit, tamen ſatis in ea punitur, quòd parietis com-
munis decidẽtis iacturam pro ſua parte patitur, & dam-
ni quod propriis ædibus datum eſt communi pariete pro
ſua tantum parte repetitionem habet. Neq; enim ſocius
ſupra ſuam partem ſocio de damno infecto cauere com-
pellitur, *d.l. damn. 43. §. 1. verſic. ſed ſi maxime. eod.* Sed &
pro ea parte damni dati repetitionem ſocius non habe-
ret, ſi interpoſita ſtipulatio non eſſet, quia, vt iam dixi-
mus, quoties communis parietis vitio nulla alterius ex
ſociis culpa damnum aliquod accidit, nihil ſocius ſocio
præſtat, niſi damni infecti ſtipulatio interuenerit: quæ
ſanè dici neceſſaria non poteſt, ſi eum qui pretioſiora
ædificia habet ruinoſum parieté reficere ponamus, cùm
iudicio Pro ſocio, aut Communi diuidundo ipſius in-
demnitati conſultum eſſe poſſit. Neque huic noſtræ in-
terpretationi poteſt obiici, Pomponiũ in *d.l. inter quos.*
nihil de hoc caſu exprimere. Nam cùm dicat duobus
duntaxat caſibus nece[illegible]ariam eſſe inter ſocios de damno
infecto ſtipulationé, ſufficit duos caſus proponi in qui-
bus neceſſariam eam eſſe appareat. Quid ergo ſi iuxta
parietem nobis communem ædifici[illegible] habeamus vtraque
eiuſdem pretij & æſtimationis? Et Pomponius in *d.l. in-
ter quos.* ſcribit hoc caſu quia vtriuſque periculum æqua-
le eſt, quantum quis vicino præſtat, tantùm ab eo conſe-
qui. De † quorum etiam verborum ſenſu omnes, quot- 7
quot vnquam fuere, interpretes dubitauerunt. Quibuſ-
dam placuit, quos *Accurſius* refert, decidente pariete cõ-
muni, & damno dato, alterum ex ſociis alteri viciſſim
damnum reſarcire iudicio Communi diuidũdo, vel Pro
ſocio. Quàm interpretationem apertè conuincit regula
d.l. ex damni. 40. §. 1. Malè tamen *Accurſius* vt eam refel-
lat, ſcribit in re communi damnum contingere non poſ-
ſe. Alioqui dicendum eſſet nunquam inter ſocios pro re
communi ſtipulationem damni infecti interponi poſſe,
quod falſiſſimum eſſe nec ipſe *Accurſius* in quibuſdam
caſibus diffitetur. Neque ad rem quicquam facit *l. arbor.
19 §. ſi per eundem. D. commun. diuid.* vbi Paulus ait im-
penſam factam in viam duobus communiter per eundé
locum debitam negotiorum geſtorum actione repeti,
non Communi diuidundo, aut Pro ſocio. Primum enim
obſeruandum eſt reprehendi eo loco Pomponium, qui
in illa ſpecie ei ex ſociis, qui impenſam feciſſet, actioné
Pro ſocio, aut Communi diuidundo dandam eſſe conté-
debat. Multo igitur magis in propoſito caſu dediſſet,
hoc eſt cùm communis paries vtriuſque ædibus ruinã
fecit. Deinde Paulus eo loco de via communi loquitur,
non de pariete cuius longè diſpar & diſſimilis ratio eſt.
Etenim ſi per eundem locum via nobis debeatur, & in
eam impenſa facta ſit, rectiſſima eſt Pauli ratio, vt Com-
muni diuidundo, agi non poſſit, quia iuris communio ſe-
paratim inte[illegible]lligi nequeat: Quoniam ſi viæ ius, quod in-
corporale eſt, ab ipſo corpore ſepares, id eſt a loco per
quem via debetur, nihil reperias c[illegible]mmune in quod im-
penſa facta ſit: eſt enim fact[illegible] in ipſum locum quem cõ-
munem non eſſe certum eſt *l. 4. in princ. D ſi ſeruit. vindi.
l qui duo 30 de ſeruit. ruſtic. præd.* In qua ratiocinatione
illud ſubintelligendum eſt, non niſi pro ea re quæ ſit
communis iudicio Cõmuni diuidundo locum eſſe poſſe.
l. commun. diuid. Quod de communi pariete ſimiliter dici
non poteſt, quem, cùm & corporalis ſit, & communis,
in iudicium communi diuidondo venire nequaquã am-
bigendum eſt, *d l. ſi ædibus. 32. de damn. infect.* Idem *Ac-
curſius in d l. inter quos.* Pomponium ſic intelligit, vt quã-
tum ſocius ſocio præſtat, tantum ab eo conſequi poſſit
interpoſita ſtipulatione, quod tamen, inquit, fieri non
debet. Sed Interpretatio hæc Pomponij verbis non con-
uenit, in quibus nihil eſt quo poſſit colligi interpoſitam
fuiſſe ſtipulationem, vt illud taceam, quod iam ſæpius
repetij de damno, quod rei communis vitio contigit,
nihil ſocium ſocio præſtare debere. Mihi videtur, om-
nium iuris interpretum in horum verborum interpre-
tatione errorem illum eſſe, quòd putant Pomponium de
damno facto ſarciendo diſputare, cuius tamen verba de
damno infecto loqui eum demonſtrant. Ait enim quia
periculum æquale eſt quantum ſocius ſocio præſtat,
tantum à ſocio eum conſequi. At damno dato periculũ
amplius nullum eſt, ſed damnum datum. Ad quod ſi in-
terpretes

terpretes animaduertiſſent, nunquam dubitaſſent qua
actione damnum factum ſarciri oporteat, an Communi
diuidundo, an Pro ſocio, an ex interpoſita damni infecti
ſtipulatione, quorum omnium nihil dici poteſt. Omni-
no igitur ita Pomponins intelligi debet, vt non aliter
ſocius ſocio de damno infecto caueat, quàm ſi viciſſim
ſibi à ſocio caueatur, ſecundum quam interpretationem
tantum ſocius à ſocio conſequitor qoantum præſtat, ſci-
licet damni infecti cautionem. Nam cùm æquale peri-
culum eſt, iniquum fuerit vnum ex ſociis ſolum alteri
cauere, nec dici poteſt vter cauere debeat: & qui ſibi ca-
ueri vult, debet prius alteri cauere, vt in ſpecie *l. 43. §.
cùm parietem. de dam. infect.* At cum æquale periculum
non eſt, vt cùm alter ex ſociis pretioſiora ædificia habet,
non eſt neceſſe tantum eum præſtare quantum conſe-
quitur. Cogitur enim ſocio, qui pretioſiora ædificia ha-
bet cauere de damno infecto, neque tamen ipſe viciſſim
à ſocio eam cautionem conſequi poteſt.

Capvt X.

Conciliatio l. 28. D. de iur fiſc. cum l. vlt. D. qui potior. in pignor. habeant.

Svmmaria.

1 *Etiam eos qui diuerſis temporibus contraxerunt, eodem tamen tempore pignoris obligationem acquirere.*
2 *Sententia & ratio* l. 28. ff. de iur. fiſci.
3 *Cur tutoribus & curatoribus ante redditam adminiſtrationis rationem cum fiſco contrahere non liceat?*
4 *Cur in ſpecie* d. l. vlt. *Seia fiſco præferatur in bonis poſt priorem obligationem ante nouationem quæſitis.*
5 *Priorem creditorem qui poſtea nouatione facta eadem pignora accipit in ſuum ipſius locum ſuccedere.*
6 *Per* ſecundam obligationem *in* d. l. vlt. *nouationem ſignificari.*

SI is, qui mihi obligauerat quæ habebat habiturúſq;
eſſet, cum fiſco contraxerit, Vlpianus & Papinianus
reſponderunt in re poſteà acquiſita fiſcum potiorem eſ-
ſe, quia pignoris cauſam præuenerit in *l. 28. D. de iur. fiſc.*
cui ab omnibus opponitur *l. vlt. in princ. D. qui potior. in
pign. habeant.* vbi Scæuola in eadem vt videtur ſpecie,
reſpondet eum qui prius contraxit, fiſco præferri debe-
re. Ac ſanè iuris regula ſic ſe habet, vt qui prior eſt tem-
pore, iure quoq; potior ſit, & in pignoris perſecutione
præferatur. Sed non ſemper tempore prior intelligitur
ille qui prius contraxit, at is demum qui prius rem obli
1 gatam habuit, † cùm poſſit contingere, vt qui diuerſis
temporib. contraxerunt, eodem tamen tempore pignoris
obligationem acquirant, vt euenit cùm duobus futuræ
res diuerſis temporib. obligatæ ſunt, quo caſu traditum
eſt vtrunq; in pignore concurrere, *l. idémque. 7. §. vlt. D.
eod.* Hoc ita, ſi eadem vtriuſq; creditoris cauſa, idémque
fauor ſit, nam ſi alter tacitæ hypothecæ beneficium ha-
beat, non ſolùm alteri concurrit, ſed etiã tempore prior
eſſe intelligitur, quia eo ipſo quod contrahit, hypothecã
habet alter verò non aliàs, quàm ſi eam ſibi acquirat, fi-
2 nito perfectoq; contractu cuius ea acceſſoria eſt. † Quæ
ſententia & ratio eſſe videtur *d. l. 28. de iure fiſc.* in qua is
qui prius cùm priuato expreſſam hypothecam habente
cõtraxerat, poſteà cum fiſco contraxiſſe proponitur, cui
legis beneficio in omnium debitorum bonis tacita hy-
potheca conſtituitur. *l. aufertur. 49 §. fiſcus. D. eod* vt mirũ
non ſit ſi in bonis poſt vtramq; obligationem quæſitis
præferatur: non ex priuilegio, quod *Accurſius* tentat, ſed
ex iure communi, quo qui tempore prior eſt in pignoris
conſtitutione, idem, vt diximus, in pignoris perſecutione
potior quoq; eſt. Quid ergo ſi vtriuſq; creditoris eadem
cauſa, idémq; fauor ſit, ac vterq; ex lege in debitoris bo-
nis tacitam hypothecam habeat. Et dicendũ eſt hic aliud
ſeruari non debere, quàm ſi neuter tacitæ hypothecæ
priuilegium haberet: quo caſu diximus vtrunque in pi-
gnore cõcurrere, nec eum qui prius contraxit poſteriori
præferri. *d. l. idémque. §. vlt qui potior in pign. habeant.* pro-
pter quam cauſam ſi à duobus pupillis mutuam pecuniã
diuerſis temporibus quis acceperit, & ex eorum pecunia
rem aliquã comparauerit, placet alterũ alteri in pignore
non præferri, quia licet diuerſis temporibus contraxe-
rint, vtriuſq; tamé priuilegium eodem tempore incipit,
hoc eſt cùm ex eorum pecunia res emitur, *d. l. idémque. in
princip.* Quod cùm ita ſit, malè *Bartolus, in d. l. vltim. qui
potior. in pign. hab.* Seiam fiſco ob eam cauſam præferri
putat, quod duplex priuilegium haberet, temporis ſcili-
cet, & tutelæ: cùm in rebus poſt obligationem quæſitis
temporis priuilegium nullum ſit: tacita autem hypothe-
ca, quæ ratione tutelæ per legem conceditur, *l. pro officio.
20. C. de adminiſtr. tut. l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. action.* fa-
uorabilior, & potentior non ſit, quàm quæ fiſco tribui-
tur. Imò hanc fauorabiliorem eſſe apparet ex *lege 3. §. ex
illa. D. ad leg. Cornel. de falſ.* vbi Marcianus. † refert ex 3
Diui Seueri, & Antonini conſtitutione falſi pœnam ir-
rogari tutoribus, & curatoribus qui ante redditam ra-
tionem adminiſtrationis cum fiſco contrahunt. Cuius
conſtitutionis ratio alia non fuit, quàm ſingularis pupil-
lorum fauor, quibus licet tacitam hypothecam haben-
tibus, fiſcus tamen ex ſua tacita præferretur, ſi eorũ tu-
toribus & curatoribus ante reſtitutam tutelam vel curã
cum fiſco contrahere permitteretur. Nam ſi fauore fiſci
ita conſtitutum eſſe diceremus, debuerant prohiberi cũ
fiſco contrahere, non tantùm tutores & curatores, ſed 4
generaliter ij omnes quorum bona tacitè obligata ſunt,
quod nequaquam conſtitutum eſt. Quare, † cùm quæri-
tur cur in *d. l. vlt. qui potior. in pignor. hab.* Seia fiſco præ-
feratur, ratio ex tacita hypotheca quam in tutoris bonis
Seia habebat, peti non poteſt, cùm ſi mutuis priuilegiis
inter ſe certarent, fiſcus ei præferretur. Sed &, ſi quæra-
tur cur ei fiſcus non præferatur, commodè reſponderi
nõ poterit, quoniam omnia tutoris bona expreſsè obli-
gata habebat. Quanquam enim ratio hæc facit vt in bo-
nis iam obligationis tempore quæſitis fiſco præferatur,
dict. l. vltim. § 3. & l. 8. eodem tamen in iis quæ poſt obli-
gationem acquiſita ſunt idem dici non poteſt, vt oſten-
dit *d. l. 28. de iur. fiſc.* quam, cùm generaliter loquatur,
coangustandam non puto ad eum caſum quo iis qui
priùs contraxit tacitæ hypothecæ beneficium non ha-
buit, cùm etſi habuit, tacita fiſci hypotheca ſemper effi-
ciat vt cauſam pignoris fiſcus preueniſſe intelligatur. *d.
l. 1. ex illa. de falſis. l. quod quis. 34. D. de reb. autho. iudic.
poſ. d.* Alia igitur ratio quærenda eſt, cur in *d. l. vlt.* Seiã
fiſco præferri Scæuola reſponderit, non tantùm in bo-
nis iam in obligationis tempore quæſitis, quod mino-
rem dubitationem habet, ſed etiam in aliis omnibus quę
poſt priorem obligationem tutor acquiſiuit. *Accurſius*,
cuius ſententiam plerique probarunt, ſic Scæuolam in-
terpretatus eſt, vt Seia fiſco præferatur, in iis omnibus
quæ poſt priorem obligationem acquiſita ſunt, prius
tamen quàm cum fiſco contraheretur. Qua interpreta-
tione ſi Scæuolæ verbis, & elegantiæ conueniens eſſet,
alia profectò facilior, & accommodatior excogitari non
poſſet. Sed ſi rectè inſpicias, non dubitabis aliud quiddã
reſpondiſſe Scæuolam, quod & probabilius ſit, & ele-
gantius. Alioqui de illis tantùm rebus reſpondiſſet quas
tutor prioris obligationis tempore habuit, non etiam
de iis quæ poſt priorem obligationem acquiſiit, cùm
exiſtimandum non ſit aliam rationem eſſe rerum iam
obligationis tempore acquiſitarum, & earum quæ po-
ſteà acquiſitæ ſunt, priùs tamen quàm cum fiſco contra-
heretur. Probabilius igitur dici poteſt, Scæuolæ ſenten-
tiam illam eſſe, vt in iis quoq; bonis, quæ poſt fiſci obli-
gationem acquiſita ſunt, Seia fiſco præferatur, hactenus
tamen vt in iis quæ poſt factam nouationem, & ſecun-

dam obligationem acquiſita ſunt, non præferatur: quod
vtrumq; maximam rationem habet. Nam in iis quæ poſt
priorem obligationem, & ante nouationem acquiſita
ſunt, ideo præfertur, quòd nouationis poteſtate factum
eſt, vt quæ priori obligatione futura bona dicebantur,
ea facta ſint præſentia, quæ ſcilicet eo tempore iam ac-
quiſita ſunt. Proinde eo iure cenſeri debent quo ea quæ
prioris obligationis tempore iam quæſita erant, vt in
omnibus Seia fiſco præferatur. Nec enim dicendum eſt
nouationem ei nocere debere, vt quæ anteà fiſco prior
5 erat, eadem poſterior ſi cu facta ſit, argu. *l. 1. de nouat.* †
cùm certi iuris ſit priorem creditorem qui poſtea noua-
tione facta eadem pignora accepit, ſibi ipſi in ſuum locũ
ſuccedere, & ſuperioris temporis ordinem retinere *l. 3.
in princip. l. creditor. 12. §. Papinianus. D. eod.* At in iis quæ
poſt nouationem factam acquiſita ſunt, Papiniani, & Vl-
piani ſententiæ locus erit, fiſcus iure tacitæ hypothecæ
cauſam pignoris præueniſſe cenſeatur. Idq; eſt, opinor,
quod, Scæuola ait, Seiam fiſco præferri in iis etiam re-
bus quæ poſt priorem obligationem acquiſitæ ſunt, vt
intelligamus non præferri in iis quæ poſt ſecundã obli-
6 gationem, id eſt poſt nouationem acquiſitæ ſunt. † ſe-
cundam enim obligationem interpretari debemus, non
eam quæ com fiſco contracta eſt, ſed eam quæ cum Se-
ia, cum qua etiam prior contracta fuerat. Quòd ſi quis
huic noſtræ ſententiæ obiiciat nouationẽ in propoſito
caſu in fraudem fiſci factum videri, quia ſi ea facta non
eſſet, in omnibus poſt ſuam obligationem quæſitis Se-
iæ præferretur. Reſpõdebo, in fraudem non facere eum
qui ſibi proſpicit ne ſuum perdat, neve pignorum qui-
bus ſibi cautum erat perſecutionẽ amittat propter obli-
gationem poſteriorem cum fiſco contractam, arg. *l. Iulia-
nus. 42. D. de acqu. hered. l. mater. 27. §. 1. ſi quis omiſ. cauſ.
teſta. §. ſumma. 21. D. de pecul.* Planè ratione pecuniæ poſt
fiſci obligationem creditæ non præferretur, quoniam
hoc ſine fiſci & priorum creditorum fraude fieri non
poſſet *d. l. 12. §. Papinianus. qui pot. in pignore habeant.*

Capvt XI.

Emendatur l. ſi quis. 17. §. ſi impubes. D. de inſtit. act.

Svmmaria.

1 *Pupillum qui tutoris autoritate inſtitorem præpoſuit & locupletior factus eſt, inſtitoria teneri.*

2 *Caſus quo pupillus non locupletior factus inſtitoria in ſolidum tenetur.*

3 *Senſus* d. l. ſi quis. §. 3.

4 *In pari æquitatis cauſa pupillum aliis fauorabiliorem eſſe.*

5 *Pupilli vtilitatem, publicæ vtilitati & cauſæ cedere.*

6 *Cur pupillus ex facto inſtitoris non mercem ſed alias res exercentis in ſolidum non teneatur.*

1 Pupillus † inſtitoria actione tenetur, ſi tutoris autho-
ritate inſtitorem præpoſuerit, & locupletior factus
ſit, *l. verum. 9. cùm l. ſequ. D. de inſtit. action.* itémque ſi ei
qui præpoſuerat hæres extiterit, & inſtitorem remouere
tutores potuerint, nec tamen voluerint, *l. 11. eod.* quod
cùm vix aliam rationem habeat, quàm quòd ab ipſo pu-
pillo tutorem authoritate propoſitus videatur is, qui à
tutoribus remoueri potuit, nec remotus eſt, ego ſic ac-
cipiendum puto, vt hoc etiam caſu pupillus non niſi in
quantum locupletior factus eſt teneatur, arg. *d. l. 10. eod.*
2 † Quòd ſi nec locupletior factus ſit, nec inſtitorem re-
mouere tutores potuerint, ſeparandus erit, inſtitor qui
mercem exercet, ab aliis, vt qui cum illo contrahit pu-
pillum ſibi obliget in ſolidum: qui cum aliis, aduerſus
pupillum ex eorum contractibus agere niſi in quantum
locupletior factus eſt non poſſit, *l. ſi quis mancipiis. 17. §. ſi
impubes. D. eod.* vbi diſſimilitudinis ratio redditur *propter
vtilitatẽ promiſcui vſus.* ex qua intelligitur loqui eo loco
Iureconſultum de pupillo qui locupletior factus nõ eſt,
& cuius tutores inſtitorem remouere non potuerunt.
Alioqui non vtilitas promiſcui vſus pupillũ obligaret,
ſed naturalis ratio, quæ nec pupillum ex aliena iactura
locupletiorem fieri patitur. *l. naturaliter. 13. §. vlt. cum l.
ſeq. de cond. indebit.* licet ei qui cum inſtitore contraxit
imputari poſſet, arg. *l. planè 8. de petit. hered.* Item illa,
quòd remouendus fuit à tutoribus inſtitor ſi eius opera
vti nollent. Idémq; multò magis probandum eſſe Pau-
lus ait, ſi ex contractu qui ante aditam hereditatem in-
terceſſerit, agatur: tum totum omnium rationem illam
ſubiicit, *non enim imputandum eſt ei, qui ſciens dominum
deceſſiſſe cum inſtitore exercente merce contrahat.* Hic ergo
erratũ eſſe puto, & pro *ſciens* legendum *neſciens.* Etenim
æquum non videtur aduerſus pupillum inſtitoriã actio-
nem in ſolidum dari ei, qui ſciens eum qui inſtitorem
præpoſuerat deceſſiſſe pupillo herede relicto cuius tu-
tores inſtitorem nondum remouere potuerunt, aut ante
aditam à pupillo hereditatem cum inſtitore contraxit.
Huic namque imputari procul dubiò poteſt quòd ita fe-
cerit, aut planè non video cui magis imputari poſſit.
Sed etſi nihil ei imputari poſſet, ſatis erat Paulo, dicere
non eſſe imputandum ei qui cum inſtitore mercem
exercente contrahat, nec debuerat addere verba illa
ſciens dominum deceſſiſſe. Quorſum enim addidit? An
quòd ei imputari poſſit ſi neſciuerit? Multò minus.
An quòd prius de eo locutus fuiſſet, qui ſciens domi-
num deceſſiſſe cum inſtitore mercem exercente con-
traxiſſet? Minimè verò. Ergo cùm de eo loquatur cui ni-
hil imputari poteſt, probabilius eſt loqui eum de neſ-
ciente, non de ſciente. † Senſus autem eſt, ei qui ignorãs 3
dominum deceſſiſſe cum inſtitore mercem exercente
contraxit, nihil imputari poſſe, & ideò propter vtilita-
tem promiſcui vſus aduerſus pupillum licet non factum
locupletiorem in ſolidum actionem ei dari, cùm tamen
is regulariter non niſi quatenus locupletior factus eſt
ex ſuo aut alterius facto obligetur. Dices fortaſſe nec
ei quicquam imputari poſſe qui neſciens dominum de-
ceſſiſſe contraxit cum inſtitore mercem non exercen-
te, arg. *§. rectè. Inſtit. de mand. l. inter. 26. §. 1. D. eod.*
neque tamen dubitandum eſſe, quin Paulus eo loco in-
ter mercis inſtitorem, & alios manifeſtam differentiam
conſtituat. Et haud ſcio an res hæc errori cauſam dede-
rit. Sed qui Pauli rationem rectè intelligat, facilè reſ-
pondebit nihil quidem imputari poſſe ei qui ignorans
dominum deceſſiſſe cum inſtitore contraxit, ſiue mer-
cem exercente, ſiue non, at id non ſufficere vt ei aduer-
ſus pupillum locupletiorem non factum actio ex con-
tractu inſtitoris detur. † Quamquam enim iniquum vi- 4
detur nocere ei probabilem ipſius ignorantiam, *d. §. rec-
tè.* tamen iniquius eſſet pupillum, cui nihil etiam im-
putari poſſet ſupra quàm locupletior factus ſit, teneri,
cùm nec ipſe pupillus qui contraxit, ſi conditionem
ſuam meliorem nõn fecerit, iure naturali teneatur. *l. pu-
pillus. 59. de obligat. & act. l. quod pupillus. 41. de condit.
indebit.* Sicque æquitas, contraria & maiore æquitate
tollitur, *vt in l. ſi ſeruus communis. 61. §. quod verò. D. de
fur.* Nam in pari æquitatis cauſa longè fauorabilior eſt
pupillus, quem quoniam propter ætatis lubricum ſibi
conſulere non poteſt, & natura ipſa, cuius, vt ita dixe-
rim, culpa fit ne ſibi conſulere poſſit, & ciuilis legiſ-
lator quibus facere poteſt modis tuetur, vt nullum
damnum ſentiat. † Sanè non vſq; adeò fauendum ei eſt, 5
vt ipſius vtilitati, publica cauſa, & vtilitas poſtponatur:
& ideò in mercis inſtitore illud ſingulariter receptum
eſt, vt ſi quis ignorans dominum deceſſiſſe cum eo con-
traxerit, etiam pupillum ſibi obliget, quamuis ex eo con-
tractu locupletior factus non ſit, quia vtilitas promiſcui
vſus publica eſt. Hancque differentiæ rationem perele-
ganter & conciſè ſuo more Paulus docet cùm ait

imputandum non eſse ei qui neſciens dominum deceſ-
ſiſse cum inſtitore mercem exercente contrahat, ac ſi di-
ceret, vt is qui cum inſtitore mercem exercente contra-
hit pupillum obligatum habeat, ſufficere vt nihil ei im-
putari poſſit, quod contingit ſi neſciens dominum vita
6 deceſſiſse cum inſtitore contraxerit.† At vt is qui cum
alio inſtitore mercem non exercente contraxit, aduer-
ſus pupillum locupletiorem non factum actionem pa-
ratam habeat, non ſufficere vt nihil ei imputari poſſit, ſi
illius cauſa publicæ vtilitatis fauorem non contineat.
Quæ etiam ratio eſt propter quam idem Paulus ſimpli-
citer non dixit, nihil poſse imputari ei qui neſciens do-
minũ deceſſiſse cum inſtitore contraxit, ſed adiecit, *mer-
cem exercente*, ne quis forte exiſtimaret de iis qui cũ aliis
inſtitoribus contrahunt, idem dici poſse, quibus quidẽ
nihil imputari poteſt ſi neſcientes dominum deceſſiſse
contraxerint, ſed non ideo pupillum ſi locupletior fa-
ctus non ſit obligare ſibi poſsunt. Præterea quamuis in
inſtitore mercem exercente ſingulari iure receptum eſ-
ſet, vt qui cum eo contraherent ſcientes dominũ deceſ-
ſiſse nihilominus pupillum obligatum haberent, quod
verum non eſt, attamen non vere diceretur nihil iis im-
putari poſse, *l. pen. D. de rebus credit.* Qui potius dicendũ
eſset imputari quidẽ iis poſse cur contraxerint, ſed eam
rem non facere quominus pupillum ſibi obligauerint
propter vtilitatem promiſcui vſus. Quod tamen abſur-
diſſimum eſset. Nulla enim iuris parte ſuccurritur ei cui
propria culpa imputari poteſt, ex regula *l. quod quis* 203.
de regul. iur. Cùm igitur Paulus de eo loquatur cui nihil
imputari poteſt, itémq; de pupillo locupletiore non fa-
cto, vt ſuprà probauimus, neceſsariò admittẽdũ eſt quod
volumus pro, *ſciens*, legẽdũ eſse, *neſciens*, quæ lectio Pauli
ſententiam non ſolùm veram, ſed etiam longè elegan-
tiorem facit, quàm vulgo ab interpretibus accipiatur.

Capvt XII.

Quæ actio competat aduerſus fideiuſſorem qui promiſſum hominem ante promiſſoris moram occidit.

SVMMARIA.

1 *Iureconſultos in propoſita quæſtione inter ſe diſſenſiſſe.*
2 *De dolo actionẽ quauis alia deficiente demum concedi.*
3 Vtilem actionem *dici quæ directa non eſt, non quæ re-
ſtituta eſt.*
4 *Exiſtimaſſe Papinianum in l. Stichum. §. 1. de ſolut.
actionem ex ſtipulatu in fideiuſſorem, cuius facto ho-
mo promiſſus perijt, competere.*
5 *Latinorum Interpretum ad ſuperiorem quæſtionem diſ-
ſenſio.*
6 *Papinianum in dicta quæſtione ſibi ipſi contrarium non
fuiſſe.*
7 *Quomodo Iulianus cum ſeipſo conciliandus?*
8 *An fideiuſſor ex mora ſua principalem obligationem
perpetuet?*

Cvm dici ſoleat hominis promiſſi interitu ante mo-
ram contingente promiſſorem liberari, *l. ſi ex legati.*
23. *de verb. oblig.* elegans dubitatio eſt, quæ actio compe-
tat aduerſus fideiuſſorem, qui promiſſum hominem an-
te promiſſoris moram occidit. Quãquam enim promiſ-
ſoris mora fideiuſſoris obligationem perpetuat, tamen
non idem in fideiuſſore receptũ eſt, vt ipſius facto prin-
cipalis quoq; obligatio perpetuetur. Vnde fit vt homi-
ne promiſſo à fideiuſſore occiſo nulla promiſſoris mo-
ra præcedente promiſſor liberetur, ac per conſequen-
tias fideiuſſoris quoque obligatio, quæ acceſſoria eſt,
extincta videatur. At quoniam iniquum eſſet fideiuſſo-
rem ſibi facto ſuo liberationem acquirere, dubitari dum
non eſt quin obligatus maneat, † ſed quænam aduer- 1
ſus eum actio competat, nondum conſtat, & ego inter
ipſos iuris authores controuerſum fuiſſe arbitror. Nam
Papinianus in *l. ſi fideiuſſoris.* 19. *D. de dolo.* Neratij & Iu-
liani ſententiam refert, vt fideiuſſor actione de dolo
conueniendus ſit, neque ex ſtipulatione conueniri poſ-
ſit, quoniam liberato reo ipſe quoque per conſequen-
tias liberatus eſſe intelligatur. At idem Papinianus in
l. Stichum. 95. §. 1. *de ſolut.* ſcribit fideiuſſorem in eadem
prorſus ſpecie, ex ſtipulatione nihilominus teneri,
quemadmodum, inquit, teneretur ſi debitor ſine herede
decederet. Cui Paulus ſubſcribit in *l. mora.* 88. *D. de ver-
bor. obligat.* & in *leg. cum filiusfamilias* 49. *eod.* itémque
Marcianus in *l. mora.* 32. *§. vlt. de vſur.* quibus locis actio-
nem ex ſtipulatu quam aduerſus fideiuſſorem dandam
putant, vtilem non directam eſſe interpretantur. Sed &
quod magis mirum eſt, Africanus in *l. cum quis.* 38. *§. pe-
nul. de ſolut.* refert Iulianum exiſtimaſſe in fideiuſſorem
qui promiſſum hominem ante moram occidit, actio-
nem ex edicto reſtitui: quod ſi ita eſt, non videtur ve-
rum, quod in *d. l. ſi fideiuſſor.* Papinianus ait Iulianum in
ea fuiſſe ſententia, vt fideiuſſorem de dolo teneri exi-
ſtimaret. Hæc enim prorſus contraria ſunt, Fideiuſſo-
rem actione De dolo teneri, &, in eum actionem ex edi-
cto reſtitui: † quandoquidem certi iuris eſt toties actio- 2
nem De dolo ceſsare quoties actio ex edicto reſtitui
poteſt: nunquam enim De dolo actio niſi in ſubſidium,
& quauis alia deficiente conceditur, *l. Diuus.* 7. *D. de in
integr. reſtitut. l. 1. §. idem Pomponius. D. de dolo.* Ex quo eo-
rum ſententia refellitur, qui vt Iulianum cum ſeipſo, &
cæteris concilient, putant actionem ex ſtipulatu, quæ
ipſo iure perempta eſt, ex edicto De dolo reſtitui aduer-
ſus fideiuſsorem, ob idque vtilem dici in *d. l.* 49. *de verb.
oblig. &* *l.* 32. *§. vlt. de vſufruct.* Quod Iuliani, & Neratij
ſententiæ perſpicuè aduerſatur in *d. l. ſi fideiuſſor.* 19. *de
dolo.* vbi manifeſtum eſt tractari de actione De dolo,
non de actione ex ſtipulatu, quæ ex edicto De dolo re-
ſtitui poſſit, quæ ſi poſset, actio De dolo neceſsaria non
eſset: porrò cùm neceſsaria non eſt, vtilis eſse non po-
teſt. Sed & quibus locis ſcriptum eſt fideiuſsorem vtili
actione ex ſtipulatu teneri, edicti De dolo mentio nulla
fit, † vt non ſit exiſtimandum vtilem actionem à Iure- 3
conſultis dici, quòd reſtituta ſit, ſed quod directa non
ſit, cùm ſublata principali obligatione, fideiuſsoria dire-
cta remanere non poſſit. Minus placet Græcorum ſubti-
litas, qui diſtinguendum exiſtimant an fideiuſsor dolo
promiſsum hominem occiderit, an ſine dolo, vt priore
caſu in eum actio De dolo detur, poſteriore verò vtilis
quam in factum appellant.† Etſi enim nullo fideiuſsoris 4
dolo interueniente, De dolo teneri non poteſt, tamen
Papinianum in *d. l. Stichum.* 95. §. 1. oſtendit manifeſtè,
ne ſi fideiuſsoris dolus interuenerit, teneri eum de dolo,
ſed actionem ex ſtipulatu ſupereſse, perinde ac ſi pro-
miſsor ſine herede decederet. Nam debitorem Stichi aut
Pamphili, qui Stichum interfecit, ſi poſteà Pamphilus
ſuo fato peremptus ſit, competat fideiuſsori, qui pro-
miſsum hominem de quo fideiuſserat, occidit. Et aduer-
ſus debitorem de dolo actionem dandam eſse ait, quia
delicta non debeat eſse impunita: qua ex ratione ap-
paret loqui eum de debitore qui dolo Stichum occide-
rat, alioqui nec de dolo teneretur, ſed potius in fa-
ctum, nec delictum commiſiſse videretur qui impru-
dens occidiſset *l. ſi quis abſentis.* §. *in verſicul. longè. D. de
obligat. & action.* Ergo quod ſequitur, fideiuſsoris aliam
rationem eſse vt ex ſtipulatu non de Dolo conueniatur,
de eo intelligi debet qui dolosè promiſsum hominem
interfecit, vt horum recta comparatio ſit, & ridicu-
lus non ſit Papinianus, qui moneat nullo dolo in-
teruemiente fideiuſsorem de dolo non teneri. Rurſus
quod ſcriptum eſt in *dict. leg.* 49. §. *vlt. de verb. oblig.* &
l. 32. §. *vltim. de vſur.* fideiuſsorem vtili actione ex ſtipu-
latu teneri, non de actione in factum accipi poteſt,
ſed

ſed de actione ex ſtipulatu neceſſariò intelligendum eſt, ſecundum Pauli ſententiam in *l.mora. 88. de verb. oblig.* idq; ex ſuperioribus omnino ſequitur. Nam qua ratione fideiuſſoris dolo interueniente actio de dolo aduerſus eum non datur, eadem prorſus admittendum eſt, fideiuſſorem qui dolo careat in factum non teneri, cùm vtroq; caſu verum ſit ex Papiniani ſententia actionem ex ſtipulatu supereſſe: & actio in factum iis caſibus locum non habeat, quibus dolo interueniente de dolo agi
5 non poſſet.† Poſtremò communis Latinorum interpretum diſtinctio probabilis non eſt, vt ita demùm fideiuſſor de dolo teneatur, ſi nulla prius contracta mora promiſſum hominem occiderit. Nam Iuliani & Neratij ratio, *quoniam debitore liberato per conſequentias fideiuſſor quoq; dimittitur*, docet fideiuſſorem, qui poſt cótractam moram promiſſum hominem occidit, nihilominus de dolo teneri, quia cùm fideiuſſoris mora promiſſori non noceat, vt initio capitis diximus; conſequens eſt vt hoc quoque caſu, quemadmodum debitor hominis interitu liberatur, ita fideiuſſor per conſequentias liberatus eſſe intelligatur. Neque verò aut in *d.l. fideiuſſor.* aut in *l. Stichum.* aliiſq; legibus diſtinguitur an fideiuſſor poſt moram ſuam promiſſum hominem occiderit, néc ne: ſed iſtùm in *d.l.49. de verb. oblig.* Paulus ponit factam fuiſſe moram, quia non de homine occiſo loquitur, ſed fato ſuo perempto, quo caſu mora nulla præcedente tam fideiuſſor quàm debitor liberaretur: Mora per debitorem contracta, vterq; obligatus maneret. Propter quam cauſam additum eſt in *d.l. ſi fideiuſſor. ante moram*, ſcilicet debitoris non fideiuſſoris, vt ex ratione ſubiecta intelligitur. At ſi fideiuſſor ſolus in mora fuiſſet, ſolus quoque hominis morte non liberaretur, debitor liberaretur. Idémq; eſt ſi circa moram promiſſum hominem fideiuſſor occiderit. Nã Papiniani ratio in *d.l. Stichum.* iis verbis, *quemadmodũ tenebatur ſi debitor ſine herede deceſſiſſet*, oſtendit nouum non eſſe vt ſublata principali obligatione, fideiuſſoria remaneat: quod ſi ita eſt, cur nõ ex ſtipulatu fideiuſſor tenebitur, licet nulla præcedente mora promiſſum hominem occiderit? Quare verius eſt, Iureconſultos in quæſtione iſta, vt aliis infinitis, diſsenſiſse, nec fortè de eo quiſquam dubitaret, ſi Paulus cũ Neratio, aut Papinianus cum Iuliano conciliandus eſset. At quoniam Papinianus & Iulianus, nõ inter ſe, ſed ſibi ipſi contrarij viſi ſunt, hinc factum puto vt in conciliatione quærenda interpretes omnes tùm veteres, tùm recen-
6 tiores tantopere laborauerint. † Mihi verò Papinianus ſibi contrarius fuiſse non videtur. Nam in *l. ſi fideiuſſor. de dolo.* Iuliani & Neratij ſententiam, & rationem refert duntaxat, quam tamen nec probat, nec improbat. Sed in *l. Stichum* quid ſentiat apertè exprimit, ſcilicet ſublata principali obligatione fideiuſsorem nihilominus obligatione retineri, idque probat exemplo debitoris qui ſine herede deceſſit, à quo datus fideiuſſor non ideò liberatur, quominus ex ſtipulatu conueniri poſſit: ex quo ad
7 Iuliani, & Neratij rationem facilè reſponderi poteſt. † Sed difficilius eſt Iulianum cum ſeipſo conciliare, quem Papinianus in *d.l. ſi fideiuſſor*, refert exiſtimaſse fideiuſſorem de dolo teneri, cùm tamen Africanus in *d. l. cùm quis. 38. §. pen. de ſolut.* teſtetur ipſius ſententiam illam fuiſſe vt in fideiuſsorem actio ex edicto reſtituatur: quæ media quædam ſententia eſt. Etenim ſi aduerſus fideiuſſorem actio ex ſtipulatu reſtituatur, ex edicto fiet vt de dolo non teneatur. Itemq; vt liberato debitore fideiuſſor ipſo iure deſinat teneri ex ſtipulatu: quod Papinianus, Paulus, & Marcianus non admitterent. Ego Iuliani ſententiã iſtam fuiſse arbitror, vt actio ex ſtipulatu, quæ aduerſus fideiuſsorem competebat, ipſo iure per debitoris liberationem extinguatur: ſed tamen reſtituatur ex edicto ex quibus cauſ. maior (de illo enim Iulianum loqui in *d. §. pe.* manifeſtiſſimum eſt) ſi dolus non interuenerit, quo caſu nemo vnquam dixit de dolo agi poſse. Quod ſi fideiuſsoris dolus adſit, neceſsariò agendum de dolo, quia hoc caſu reſtitui non poſſit, actio aduerſus fideiuſsorem ex edicto illo generali, cui dolo interueniente nunquam locus eſse poteſt. Alioqui ſuperuacuum eſſet edictum De dolo, ex quo ſcilicet actio non datur, ſi alia competat vel ipſo iure vel ope reſtitutionis, *d.l. 1. §. idem Pomponius, de dolo.* Semper autem reſtitutioni locus eſset ex illa generali clauſula, *ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.*: cùm dolus iuſta cauſa ſit reſtitutionis. Vnde Paulus in *l. cùm miles. 30. § vlt. ex quib. cauſ. maior.* monet aduerſus eum qui Reipublicæ cauſa abfuit, & alienam rem vſucepit, reſtitutionem dari (ſcilicet ex edicto illo) licet, inquit, ſine dolo malo abfuerit, vt intelligamus dolo accidente ceſsare reſtitutioné ex eo edicto, & de dolo agendum eſse. Sic *in l. quidam. 38. de dolo.* Vlpianus ſcribit eum qui deceptus debitorem acceptilatione liberauit, ſi minor ſit, in integrum reſtitui poſse, nempe ex edicto de minoribus? ſi maior, non poſse, (nimirum ex edicto ex quib. cauſ. maior. quo maiorib. ſuccurritur) ſed de dolo agere debere: quod & ſcriptum eſt
in l. 1. §. pen. eod. † Huic porrò Iureconſultorum diſſenſioni & controuerſiæ cauſam dediſse videtur vetus illa quæſtio, An fideiuſſor ex mora ſua, propriam obligationé perpetuet, de qua iam olim dubitatum fuiſse Paulus refert in *l. ſi ſeruum. 91. §. nunc videamus. de verb. obli.* vbi Pomponij ſententiam magis probat exiſtimantis perpetuare, eáque ratione confirmat, quod fideiuſsor obligationem ſuam facto ſuo tollere non debeat. Quod fortiſſimum argumentum eſt pro Papiniani, Pauli, & Marciani aduerſus Iulianum, Neratium, & Africanum ſententia. Si enim fideiuſsor ex facto ſuo ſibi liberationem acquirere non poteſt, illud in propoſito quæſtionis neceſſariò relinquitur, fideiuſsorem, qui promiſsum hominé ante debitoris moram occidit, ex ſtipulatione nihilominus teneri, vt aduerſum eum neque ex edicto actionem reſtitui, neque de dolo agi neceſse ſit. Ea verò ſententia vt fideiuſsor ex propria perſona obligationem ſuam perpetuare poſſit, Scæuolæ quoque placuit *in l. ſi libertus. 44. de oper. liber.* & quemadmodum æquior eſt, ita magis communiter exiſtis probata fuiſse videtur.

CAPVT XIII.

Explicatio l. ſi extraneus. 33. de iur. dot. & l. Neſennius. 41. de re iudicat.

SVMMARIA.

1 *An, & quando aduerſus eum qui marito dotem promiſit actio in ſolidum detur?*
2 *De quo donatore accipienda ſit.* l. ſi extraneus ff. de iur. dot.
3 *Reijcitur conciliatio* d. l. ſi extraneus *cum* l. Neſennius de re iudic. *ab Accurſio allata.*
4 *Dos vtrique coniugi donata an mulieri ſoli acquiratur?*
5 *Eum qui mulieri duntaxat dotem donatam voluit à marito inſolidum eius nomine conueniri poſſe.*
6 *Et quidem tam conſtante quàm ſoluto matrimonio.*
7 Extraneus *quis dicatur in* l. vlt. de iur. dot.

CVm † quæritur, an aduerſus eum qui marito dotem 1
promiſit, actio in ſolidum detur, vt ei non proſit ſi facere non poſſit, certum eſt diſtinguendum eſſe an mulieris debitor fuerit is qui dotem promiſit, an eùm debitor non eſſet, donandi animo dotem promiſerit. Nam ſi debitor fuit, nulla ratio eſt cur non conueniatur in ſolidum, quemadmodum ſi marito delegatus non eſſet, ab ipſa muliere conueniretur. At ſi debitor non fuit, donandique animo dotem promiſit, ſubdiſtinguendum puto, an vxori tantum an & marito donare voluerit, vt priore caſu in ſolidum à marito conueniri poſſit, qui non ei donauit. *l. Neſennius. 41. D. de re iudicat.* quemadmodum is qui donare mihi volebat delegatus à me creditori meo ſtipulanti ſpoponderit, *l. pen. D. de nouat.* vel

imus tibi donare vellet,& tu donandi Secundo
atém haberes , Primus Secundo ex voluntate tua
ndi promiſerit.*l.qui id quod.33.§.vlt.D.de don.*vbi
onem Hermogenianus reddit quòd his caſibus ne-
tium ſuum gerat is cui promittitur , qui ſcilicet ab
o qui promittit nihil accipit. Quòd ſi marito quo-
que promiſſor donare voluit , dicendum eſt ſecundum
Diui Pij Conſtitutionem eum qui ex liberalitate cõue-
nitur non niſi in quantum facere poteſt cõueniri debe-
2 re,*l.Diuus.28. de reg.iur.l.ſi extraneus.33.de iur.dot.*† quæ
accipienda eſt de donatore qui non ſolùm mulieri, ſed
etiam marito donare voluit. De illo enim loquitur qui
promiſit non ex neceſſitate,ſed ex volũtate,hoc eſt do-
nãdi animo,ac proinde qui erga eum ipſum cui promi-
ſit,eam voluntatem habuit.Nam & ſententiam ſuã Vlp.
confirmat ex Diui Pij conſtitutione, quam tamen certũ
eſt donatori non prodeſſe , niſi aduerſus eum ipſum cui
donatum eſt.*d.l.Neſennius.l.pen.de nouat.l.33.§.vlt.de do-
nat.* Nec probanda eorum ſententia eſt , qui,verba illa,
quemq; in id quod facere poſſet,ſi conueniſſet, condẽnauerat,
de muliere intelligunt, cùm præcedentia omnia ſint de
marito,de muliere verò ne verbum quidem. Neq; tamẽ
id ita accipi volo,vt ſoli marito donauerit, (alioqui ſo-
luto matrimonio dotis exactionem mulier nõ haberet)
ſed vtrique cõiugi donatum voluerit,marito cõnſtante
matrimonio,vxori poſt ſolutum matrimoniũ,neutri ve-
rò in totum,vt Vlp. loquitur *in l.licet.43.§.quoties.de iur.
3 dot.*quæ dotis natura & conditio eſt.† Quod cùm ita ſit,
nil neceſſe eſt nos cum *Accurſio* cõminiſci,*in d.l. Neſen-
nius,*donatorẽ factum fuiſſe debitorem prius quàm cum
eo ageretur. Nec rurſus quod alij reſpõdent,*in l.ſi extra-
neus,*nõ maritum cum promiſſore, ſed vxorem aduerſus
maritum ſoluto matrimonio agere:quod quanquam ve-
rum eſt,ad rem tamen non pertinet. Vlpianus enim ma-
rito imputari non poſſe ait quòd donatorem ad ſolutio-
nem non præcipitauerit,quem ſi conueniſſet in id dun-
taxat quod facere poſſet,cõndẽnare feciſſet,quæ poſtre-
ma verba palàm eſt de marito aduerſus promiſſorem,nõ
de vxore aduerſus maritum agẽte intelligi debere. Huic
verò noſtræ interpretationi non obſtat quod in fine *d.l.
ſi extraneus,*Vlpianus ait,in propoſito caſu id quod pro-
miſſum eſt mulieri acquiri ad quam rei commodum reſ-
4 picit.Neq; † enim id ſic accipi debet,vt ſoli mulieri do-
natum ſit,ſed ita, vt cum vtrique coniugi donatum ſit,
magis tamen mulieri quàm marito acquiri dicamus, Ad
illam enim ipſius rei,ad hunc fructuum duntaxat com-
modum reſpicit. Quòd ſi mulieri ſoli donatum eſſet,du-
bitatio nulla eſſe poſſet, quin mulieri acquireretur,neq;
Sabini ſententia interpretatione egeret,quæ tamen ne-
ceſſaria fuit,quoniam marito primùm donatio facta eſſe
proponebatur. Fieri enim poteſt vt propter mariti per-
ſonam donandi animo dotẽ promittat is,qui ſi alius ma-
ritus eſſet, promittere dotẽ nollet.arg.*l.ſicut 8.ſed ſi pro-
miſerit.D.quib.mod.pign.vel hypoth.ſolu.*Et ob eam cauſã
Paulus in *d.l.Neſennius.*de illo diſertè loquitur,qui *pro
muliere,cui donare volebat dotem marito promiſit,*quoniam
in eo qui marito quoque donare voluit, dubitatio nulla
5 eſſe poterat.† Deniq; ſi mulieri duntaxat donatum ſit,
non puto verum eſſe quod Vlpianus ait , marito impu-
tari non poſſe cur promiſſorem ad ſolutionem nõ præ-
cipitauerit,& ab eo dotem in ſolidum exegerit. Alioqui
dicendum eſſet , ſi Titius donare mihi volens delegatus
à me creditori meo ſtipulanti ſpoponderit, iſque prius-
quam cum eo ageretur, cùm tamẽ agi poſſet,facultatib.
defectus ſit vt amplius ſolidum ab eo conſequi creditor
non poſſit qui anteà potuit,meum periculũ eſſe vt quod
à Titio ſeruare creditor non poterit à me conſequatur,
eadem æquitatis ratione, quia ei pepercerit cui ego etiá
pepercíſſem, quicque erga me liberalis & munificus ex-
titerat. Quod tamen vix eſt vt admittendum ſit, ne qui
ſemel liberatus eſt,creditoris facto,& culpa rurſus obli-
6 getur. † Videndum autem eſt,cur in *d.l. Neſennius.*Pau-
lus adiecerit , *maximè , ſi conſtante matrimonio petat.* Si
enim verbi hæc eſic accipiantur , vt ſoluto matrimonio
agens maritus exceptione repellatur , iniqua erit Pauli
ſententia,cum ſoluto quidem mulieris morte matrimo-
nio dos aduentitia mariti lucro cedat.*l.5.de bon. damn.*&
apud Vlpianum *tit. De duobus.§.aduentitia.* diuortio au-
tem facto vel nullam dotis partem maritus petere poſ-
ſit,vel cùm petere poteſt,nulla ei exceptio obiici debeat.
l.ſi donaturus.9.§. vlt.de cond. cauſ.dat. vbi elegans ratio
redditur , quia maritus ſuum negotium gerit:quam cer-
tum eſt,longè magis ſoluto , quam conſtante matrimo-
nio locum habere : cum hoc caſu non niſi ratione fru-
ctuum:priore verò ratione proprietatis negotium ſuum
maritus gerat.Ex quo etiam apparet Paulum ſic intelli-
gi non poſſe,vt cùm tam ſoluto,quàm conſtante matri-
monio in ſolidum dotem petere maritus poſſit , multò
magis tamen conſtante quàm ſoluto : illud igitur ſupe-
reſt,Pauli ſententiam eam eſſe,vt tam hoc quàm illo ca-
ſu maritus,cui donatum non eſt,in ſolidum exigere do-
tem poſſit : ſed maximè ſi conſtante matrimonio petat,
quia tunc ſuum negotium gerat ratione fructuum qui
pro oneribus matrimonij ad eum omnimodo pertinẽt:
Quod ſoluto matrimonio indiſtinctè dici non poteſt,cũ
ſi diuortio ſolutum ſit,& liberi nulli interuenerint,nul-
lam dotis partem retinere debeat,ſed integram exigere,
& mulieri reſtituere,vt ſuperiore libro diximus cap.16.
quo caſu cùm non tam ſuum , quàm mulieris negotium
gerat , æquum eſt exceptionem quæ aduerſus mulierem
opponi poſſet , marito quoque obiici.*d.l.ſi donaturus.§.
vlt.*quod *Accurſius* non intellexit,Iam verò ad rem nõ
pertinet,quod ex Labeone proponitur *in l.penult. C. de
iure dot.*quoties de dote promiſſa agitur , non oportere
in quantum facere poteſt condemnari eum qui promi-
ſit.† Nam quod Paulus notat id ſemper in extraneo ve- 7
rum eſſe,de illo intelligi debet , qui ex neceſſitate pro-
miſit,non qui ex voluntate,& donandi animo:hic enim
ferè eſt vt extraneus non ſit , qui parentis officio fungi-
tur. Neque verò eum qui donandi animo dotem promi-
ſit Iureconſulti vnquam promiſſorem ſimpliciter appel-
lant,ſed vel donatorem, vel promiſſorem donandi ani-
mo,vt in *d.l.ſi extraneus. & l. Neſennius.* Dici etiam po-
teſt Labeonis temporibus, hoc eſt ante Diui Pij conſti-
tutionem, nondum obtinuiſſe vt donator vltra faculta-
tes non conueniretur : atque ideo Pauli notam ſic intel-
ligi debere,vt rectè Labeo ſenſerit in extraneo, non vel
hodie Labeonis ſententia in quolibet extraneo vera ſit,
ſi donator extraneus dici poteſt. Nec obſtat quod Pau-
lus ait,in extraneo ſemper veram eſſe. Aliud enim eſt,in
quolibet extraneo veram eſſe,quod falſum eſt,aliud ve-
rò in extraneo debitore veram eſſe ſemper,hoc eſt,tam
conſtante,quàm ſoluto matrimonio:ad differentiam ſo-
ceri,in quo diſtinguit an conſtante an ſoluto matrimo-
nio dos ab eo petatur : quanquam re vera concludit ad-
uerſus Labeonis ſententiam , neutro caſu ſocerum con-
demnari in ſolidum niſi ex magna cauſa puta ſi quid
dolo fecerit , quod pugnare videtur cum *l.ſicut 21. & l.
ſed hoc ita.22.de re iudic.*De quibus in ſeq.cap.videamus.

CAPVT XIV.

Emendatio l.ſicut.21.D de re iudic.

SVMMARIA.

1 *An mulieris pater ex dotis promiſſione in ſolidum con-
ueniri poſſit?*
2 *Diſtinctio qua Accurſius duos Pauli locos in hac quæ-
ſtione inuicem pugnantes conciliauit.*
3 *An de actione quæ ſoluto matrimonio competit acci-
pienda ſit* l.ex diuerſo.ff.ſol.matrim.
4 *Coniungitur Neratij & Pauli ſententia,& difficultas ex
coniunctione naſcens indicatur.*
5 *Emendatio* d.l.ſicut. *& emendata ſenſus.*
6 Vtique *pro* indiſtinctè.

Qui

QVi honor marito habetur, vt iudicio de dote oon niſi in id quod faeere poteſt, condemnetur, *l. maritum. 12. D. ſolut. matrim.* eundem ſoceto quoque, hoc èſt patri mariti, cum de dote nurus agit, haberi eertum eſt, *l. rei iudicata. 15. § vltim. D. eod.* quia vt in *l. ſeq.* Pompo-
1 nius ait, patentis locum ſocer obtiner † Sed ſi ax dioerſo mulieris patee ex promiſſione dotis à marito conueniatur, quæri ſolet, neque inter omnes conſtare videtur, an ei honot idem habendus ſit. Dubitationem verò illud feciſſe videtur, quod licet hic quoque ſocer patentis locum obtineat, tamen ex officio & neceſſitare dotem promiſit, vt proinde illios conditio durior eſſe debeat, *arg. l. ſi extraneus. 33. de iure dot.* de euius ſententia ſuperiore eapite diximus. Paulus tamen in *l. ex diuerſo. 17. ſolut. matr.* Proculum & Neratium ſcripſiſſe tefert iuſtum eiſe, vt ei idem honor habeatur vt non niſi in quantum
2 facere poteſt condemnetur. Quod † conſtante quidem matrimonio veriſſimum eſt, adfinitatis ſcilicet veneratione, vt idem Paulus ait *in l. penult. de iure dot.* Sed ſoluto matrimonio quemadmodum adfinitas tollitur, ita ſoceri priuilegium finiri videtur, vt in ſolidum conueniatur, quomodo apertè Pomponius diffinit *in l. ſed hoc ita. 22. D. de re iudicat.* vbi quod in l. præeedente Paulus indiſtinctè dixerat, ſocerum ex promiſſione dotis in ſolidum conueniri poſſe, Pomponius ſic accipiendum ait, ſi ſoluto matrimonio conueniatur. Qua diſtinctione *Accurſius* vtitur, vt duos Pauli locos, qui inuicem pu-
3 gnare videntur, concilies. † At videndum eſt, ne & quod ſcriptum eſt *in l. ex diuerſo.* ſocerum ex dotis promiſſione, non niſi in quantú facere poteſt teneri, ſic accipiendum ſit, ſi ſoluto matrimonio conueniatur: quod magis eſt, cùm vtriuſque loci eadem fere verba ſint, nec de illo vnquam dubitatom ſit, an ſocer conſtante matrimonio in ſolidum conueniri potuerit, quem certiſſimum ſuit oon potuiſſe, ſed de illo duntaxat, an ſoluto matrimonio idem honor ei habendus ſit: de quo quæri ſolere
4 Paulus ait *in d. l. ex diuerſo.* † Quare ſubtilius eſt, quod nonnulli tradiderunt, vtrumq; Pauli locum ſic coniungendum eſſe, vt quod vni deeſt, ex altero ſuppleatur. Æquum enim eſſe, quod & Neratius putabat, ſoluto matrimonio ſocerum ex dotis promiſſione in quantum duntaxat facete poſſet, condemnari, ſed alio iure nos vti, vt in ſolidum condemnetur, ex eiuſdem Neratij ſententia. Habet tamen hæc quoque interpretatio illud incómodi, quòd verum non videtur ex Pauli ſententia eo iure nos vti, vt ſocero non proſit exceptio ſi facere non poſſit, eùm idem Paulus *in l. pen. de iure dot.* ſcribat eam exceptionem ſocero ex cauſa & perſona concedendam eſſe. Quid enim, inquit, ſi ſpecie futuræ dotis induxerit generum, & cùm ſciret ſe dotem præſtare non poſſe, id egerit vt genero inſidiaretur? Quibus verbis non obſcurè oſtendit ſocerum ſi nullius doli & fraudis conſcius ſit, etiam ſoluto matrimonio in ſolidom non teneri, & eo iure nos vti, vt non niſi ex magna cauſa in ſolidum condemnatur. Nec admittendum eſt, quod *Accurſius* putat, ſententiam Pauli in *l. ſicut. 21. de re iudic.* ita procedere, ſi ſocer dolo quid fecerit. Etenim præter id quod ex iis verbis, *ſed alio iure vtimur*, apparet regulam illam conſtitui, vt in ſolidum teneatur, dici etiam non poteſt æquum eſſe honorem ſocero haberi qui generum doloſè induxit ſpecie futuræ dotis quam ſciebat ſe præſtare
5 non poſſe: † Ergo recepta lectio emendanda eſt, & ea potiùs ſequenda, quæ in quibuſdam codicibus reperitur, in quib. ſic legitur, *ſed alio & alio iure vtimur.* Cuius lectionis ſenſus eſt, æquum quidē eſſe, ſocerum ex promiſſione dotis ſoluto matrimonio in ſolidum oon condemnari, ſed alio & alio iure nos vti, id eſt, enm nunc in ſolidū condemnari, nunc non condemnari. Regulariter non condemnari, ex cauſa tamen & perſona cōdemnari, hoc eſt ſi dolo dotem promiſerit, vel ſi talis perſona ſit quæ vix aliquo honore digna eſſe videatur, ſecundum diſtinctionem *d. l. pen. de iure dot.* Atq; ideò rectè *in l. ſeq.* ex Pomponio ſubiicitur hoc ita accipiendum eſſe, ſi ſoluto matrimonio dos a ſocero petatur. Nam ſi conſtāte matrimonio, certo iure vtimur ſocerum ſuprà quàm facere poſſit non teneri, nec ſi doloſè dotem promiſerit, aut eo honore indignus ſit, adfinitatis ſcilicet ratione,
vt *in d. l. pen.* † Paulus ait. Itaque interpretor verba illa 6
Pomponij, *ſuccurrendum vtique eſt*, id eſt indiſtinctè, nec inſpecto eo, an cauſa aliqua ſit propter quam ſocer in ſolidum condemnari debeat. Quomodo *in l. frater à fratre. 38. de condict. indeb.* Africanus ait, *vtique quidem pro ea parte qua ipſe patri heres extitiſſet, repetiturum*, id eſt, non admiſſa ea diſtinctione, An ex peculio fratris creditoris ad fratrem debitorem aliquid peruenerit: quæ diſtinctio poſteà ponitur, cùm quæritur, An pro qua parte frater creditor heres extitit, repetitioni locus ſit. Notandum autem eſt, quod emendationem noſtram, aut potius veterem lectionem valde confirmat, ſecundum hanc interpretationem fieri vt Neratij ſententia, quam Paulus refert *in d. l. ex diuerſo.* veriſſima ſit, & planè eadem illa, quæ refertur *in d. l. ſicut.* illo duntaxat addito, perpetuam eam non eſſe, ſi fortè magna aliqua cauſa aut ſoceri perſona aliud ſuadeat, nec æquitas repugnet. Nam alio iure nos vti, quàm quod æquum ſit, abſurdiſſimum eſſet, nec Paulum vel Neratium aliter exiſtimaſſe eredendum eſt. Denique ſi regulariter aduerſus ſocerum maritus in ſolidum agere poſſet, eòque iure vteremur, non puto Paulum id prætermiſſurum fuiſſe *in d. l. ex diuerſo.* in qua Proculi, & Neratij ſententiam ſic refert, vt ab ea non recedat, nec alio iure nos vti exprimat.

CAPVT XV.

De quæſtione, & ſententia l ſi Stichum 16. de verb. oblig. & l qui decem. 72. § Stichum D de ſolut. & liberat.

SVMMARIA.

1 *Duas res alternatiuè ſtipulatus & alteram ex cauſa lucratiua natus an alteram ex ſtipulatu petere poſſit?*
2 *Illius rei qua ad ſtipulatorem peruenit æſtimationem à promiſſore eo caſu præſtari non poſſe.*
3 *An res qua alternatiua ſtipulationis tēpore mea erat, deinde mea eſſe deſiit, inuito mihi à promiſſore ſolui poſſit?*
4 *Ex generali hominis ſtipulatione etiam eum qui ſtipulationis tempore fuit, et inuito à promiſſore rectè ſolui.*
5 *Perperam à quibuſdam emendatum fuiſſe §. Stichum l. qui decem de verb. oblig.*
6 *Diſſenſiſſe Papinianum à Marcello in quæſtione illa, an in eo homine qui legatarij aut ſtipulatoris aliquando fuit, licet poſtea alienatus ſit, legatum vel ſtipulatio conſiſtat?*

TRitum eſt in iure ciuili duas lucratiuas cauſas circa eandē rem & perſonā cōcurrere nō poſſe. Proinde ſi rē aliquā ex cauſa lucratiua ſtipulatus ſim, quā poſtea ex cauſa quoq; lucratiua nāciſcar, ſtipulationē euaneſcere, *l. inter ſtipulantē. 83. § ſi rē. D. de verb. obli. l. in perpetuū. 61. de ſolut.* quomodo & legatū extinguitur, ſi rei legatæ dominiū ex lucratiua cauſa ad legatariū perueniat. *l. planè.*
34. §. quòd ſi rē. l. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruū. de leg. 1. † Vnde 1
quæritur, ſi qui Stichū aut Pāphilū alternatiuè ſtipulatus ſit, & alterū ex cauſa lucratiua nactus ſit, an alterū ex ſtipulatu petere poſſit. Cùm enim in alternatiois ſtipulationib. electio ſit promiſſoris, *l. plerumq; 11. §. vlt. de iur. dot.* dicendū videretur ſtipulationē euaneſcere, cùm eum, qui ſtipulatoris factus eſt, promiſſor præſtare nō poſſit: eum verò quē præſtare poteſt, præſtare cogi non debeat, vt ſalua ei electio ſit. Verius tamē eſt in eius perſona qui præſtari poteſt ſtipulationem conſiſtere, *l. ſi Stichum 16. D. de verb. oblig.* Credo, quòd qui Stichum aut Pamphilum promittit, vtrumque ſeparatim promittere intelligitur ſub ea conditione, Si alterum non dederit, *arg. l. cùm ita. 9. de option. legat.* quæ conditio exiſtit cùm alterum ex aliqua cauſa ſtipulator conſecutus eſt: ille enim

dari amplius non poteſt. Abſolutè igitur, quaſi ſtipulationis conditione exiſtente petetur is qui præſtari poterit. *l. Stichum aut Pamphilum.* 55. ibi, *quem neceſſe habeo*
2 *dare. D. ad leg. Aquil.* † Quod ego aduerſus *Accurſij* ſententiam ſic accipiendum puto, vt promiſſor ſit illius qui ad ſtipulatorem peruenit æſtimationem præſtare velit non audiatur. Alioqui fiet vt duæ cauſæ lucratiuæ circa eandem rem & perſonam concurrant, cùm is qui rem habet ipſius quoque pretium & æſtimationem habere intelligatur, indéque fiat vt qui ex duplici teſtamento eiuſdem rei legatarius eſt, ſi prius rem ipſam ex altero conſecutus fuerit, eiuſdem æſtimationem ex altero petere non poſſit. *§. ſi res aliena. Inſtitut. de legat.* Quare ad rem non pertinet ſi quis Vlpianum obiiciat in *l. cum res.* 47. *§. ſed Stichus. de legat.* 1. vbi, ſi Stichus aut Pamphilus legetur, & alter ex iis in fuga ſit vel apud hoſtes, præſentem deberi ait, vel abſentis æſtimationem. Multû enim intereſt an ex ſeruis legatis aut promiſſis alter ideò præſtari non poſſit, quòd in fuga vel apud hoſtes ſit, an quòd in ſtipulatoris dominium peruenerit. Nec enim illis caſibus duæ cauſæ lucratiuæ circa eandem rem & perſonam concurrunt: quæ poſteriore caſu concurrerẽt. Denique ſi eius qui ſtipulatoris aut legatarij factus eſt æſtimatio præſtari poſſet, abſolutè verum non eſſet quod Pomponius ait *d. l. ſi Stichum.* reliquum deberi à ſtipulatore, nec quod Iulianus in *d. l. huiuſmodi.* 84. *§. ſi Titio Stichus & in l. non quocunque.* 82. *§. vlt. de legat.* 1. alterû peti poſſe. Malè enim ageretur, & cauſa plus peteretur, ſi non relicta debitori electione, alter duntaxat, qui præſtari poteſt, peteretur. *§. plus autẽ. Inſtit. de action.*
3 † At ſi Stichum aut Pamphilum ſtipulatus ſim. cùm iam meus eſſet Pamphilus, dubitatio maior eſt an ſi poſtea meus eſſe deſierit inuito mihi ſolui poſſit. Neque enim commode obiici poteſt, quod *Accurſius* obiicit, duas lucratiuas cauſas circa eandem rem & perſonam concurrere non poſſe, cùm hic ſimul non concurrant, & ſolutionis tempore res amplius mea non ſit. Marcellus tamen in propoſito caſu ſcripſit nec obligationem, nec ſolutionem in Pamphilo conſiſtere, *in l. qui decem.* 27. *§. Stichum. D. de ſolut.* quia inutiliter quis rem ſuam ſtipulatur. *l. nemo.* 82. *&* 87. *de verb. oblig.* quæ autem ab initio inutilis fuit ſtipulatio, ex poſt facto conualeſcere non
4 poteſt. † Sed ſi hominem in genere ſtipulatus ſim, aliud ibidem Marcellus probat, vt etiam vnum ex iis qui ſtipulationis tempore mihi ſeruiebant dando promiſſor liberetur. Tum ſubiicit, *vt quidam ipſa & hic ex iis dari ſtipulatus eſt, qui eius non erant.* quorum verborum ſententia illa eſſe videtur, effectu quidem ipſo hoc quoque caſu ſtipulatorem de iis ſenſiſſe videri qui ſui non erant quoniam ex ſuis neminem ſtipulari potuit. At quia generalibus verbis ſtipulatio concepta eſt, vt eam ab initio inutilem fuiſſe dici non poſſit, fieri vt promiſſor omnes ſoluere poſſit qui ſolutionis tempore ſtipulatoris non ſint, licet ſtipulationis tempore eiuſdem fuerint, vt quamuis in obligatione eſſe non potuerint, tamen in
5 ſolutione eſſe poſſint. † Quod cùm Marcellus apertè ſcribat, eorum ſententia probanda non eſt, qui putant legendum eſſe *num* per interrogationem, non *vnum*, exiſtimantes Marcellum concludere hoc quoque caſu hominem qui ſtipulationis tempore ſtipulatoris fuit, quemadmodum in obligatione, ita in ſolutione eſſe non poſſe. Nam & idem Marcellus ſcripſit, ſi quis duos homines promiſerit, & Stichum ſoluerit, poſſe eum eiuſdem Stichi dominium poſteà conſecutum dando liberari, *in l. ſi quis duos,* 67. *eod. tit.* & tamen negari non poteſt quin is qui duos homines ſtipulatus eſt, de iis vi ipſa ſenſerit qui ſtipulationis tempore ſui non erant, quemadmodum & is qui hominem in genere ſtipulatus eſt. Nec rurſus dici poteſt quicquam intereſſe an ſtipulationis tempore Stichus ſtipulatoris fuerit, an ante ſolutionem eiuſdem factus ſit, cùm ſtipulatione rei promiſſæ dominium nacto, per æquè inutilis ſtipulatio fiat, ac ſi ſtipulationis tempore ea res ſtipulatoris fuiſſet. *l. nemo.* 87. *d. l. ſi Stichum.* 16. *dict. l. inter.* 83. *§. ſi rem. de verb. oblig.* Sed &, ſi ita ſtipulatus ſim, *hominem ex his, quos Sempronius reliquit, dare ſpondes?* cùm tres Sempronius reliquiſſet, eorúmque aliquis iam meus eſſet, idem Marcellus ſcripſit mortuis quidem duobus, qui alterius erant, nullam obligationem supereſſe: ſed ſi ante eorum mortem is qui meus fuit meus eſſe deſierit, hactenus confirmari, & valere ſtipulationem, vt hic qui ſupereſt peti poſſit. *d. §. Stichum in fi.* Ex quo apparet Marcelli ſententiam illam fuiſſe, vt hominis ſtipulatione generaliter concepta, is quoque ſeruus ſolui poſſit qui ab initio aut ante ſolutionem ſtipulatoris fuit, ſi ſolutionis tempore alienus fuerit. Neque enim diſtinguendum arbitror, quod quidam diſtinguunt, an ſtipulationi modum aliquem, an nullum ſtipulator adiiciat, cùm id efficere non poſſit, vt in eo homine qui ſtipulatoris fuit ſtipulatio conſiſtat, ac proinde vtroque caſu ſtipulator vi ipſa de iis ſenſiſſe videatur qui ſtipulationis tempore ipſius non erant. Ita enim ſemper in dubio interpretari debemus, vt ſtipulatio valeat potiùs quàm pereat. *l. quoties.* 80. *de verb. oblig.* † Hæc quam- 6
quam ita ſunt, & ex Marcelli ſententia veriſſimè dicuntur, Papinianus tamen *in l. Mauius.* 66. *§. duorum. de leg.* 2. aliud exiſtimaſſe videtur, vt in eo homine qui legatarij aut ſtipulatoris aliquando fuit, licet poſteà alienatus ſit, nec legatum nec ſtipulatio conſtat. Cuius ſententiæ rationem illam reddit, quòd hominis legatum orationis compendio ſingulos homines contineat, vt quemadmodum ab initio non conſiſtit in his, qui legatarij fuerint, ita fruſtrà ſoluatur is cuius dominium poſteà legatarius adeptus eſt, tametſi dominus eſſe deſierit. *Eadémque* inquit, *ratio ſtipulationis eſt.* Certè eadem ſtipulationi ratio conuenit. Nam, vt initio diximus, quemadmodum legatum, ita ſtipulatio eius rei non valet quæ ad legatarium, aut ſtipulatorem pertinet: & quemadmodum legatum, ſic ſtipulatio hominis orationis compendio ſingulos homines continet. Rurſus, quæ ratio Marcellum mouiſſe videtur vt exiſtimaret ex hominis ſtipulatione, etiam eum ſolui poſſe qui anteà ſtipulatoris fuit, ſi modò ſolutionis tempore alienus fuerit, in legato quoque locum habet: quoniam cùm ſtipulationis, aut legati verba generalia ſunt, ſtipulator aut legatarius agens, probè recuſare non poteſt, quominus eum accipiat, qui appellatione hominis continetur, & cuius præſtationem ſolutionis tempore nihil impedit. Quòd ſi obiiciat, ſtipulationis tempore obligationem in eo conſtitui non potuiſſe, in promptu contradictio erit, ſtipulationem generaliter de homine non de hoc aut illo conceptam eſſe, nouum autem non eſſe vt non expreſſum non noceat, quod expreſſum noceret *l. nonnunquam* 56. *de cond. & demonſt. l. ſi ita.* 65. *§. illi ſi volet. de leg.* 3. Atque ita ego, ſi ſolius Papiniani authoritas ſolius Marcelli authoritatem non vinceret, pro Marcello aduerſus Papinianum diſputarem. Eos enim in quæſtione iſta diſſenſiſſe negari non poteſt, quicquid *Accurſius*, & cæteri cauſentur, neque diſſenſionis tollendæ gratia admittendum eſt quod ex recentioribus quidam vir clariſſimus, & Iureconſultus elegantiſſimus tentauit, interpretis eſſe non Papiniani verba illa, *eadémque ſtipulationis ratio eſt*, quæ nos probauimus, etiamſi à Papiniano prætermiſſa eſſent, tamen ex eiuſdem ratione prorſus intelligi debere: nec ſanè hac parte inter ſtipulationem, & legatum diſſimilitudinis rationem aliquam probabilem excogitari poſſe arbitror.

Capvt XVI.

Ad §. vltim. l. 4. D. de condit. instit. de ratione introducenda cautionis Mucianæ.

SVMMARIA.

1 *Cur ita inſtitutus*, ſi ſeruum non alienauerit, *quum ſolus heres ſcriptus eſt, ſub impoſſibili conditione inſtitutus videatur?*
2 *Sub impoſſibili conditione ſcriptum videri maritum ita ab vxore inſtitutum, ſi dotem nec petierit nec exegerit.*
3 *Cur in ſpecie* d. §. vlt. *legitimis heredibus quorum intereſt, non caueatur, coheredi verò, cuius longè minùs intereſt, caueatur?*
4 *Vera ratio ab authore affertur.*
5 *Differentia inter conditiones quæ in faciendo & eas quæ in non faciendo conſiſtunt.*
6 *Cur in ſpecie* d. §. vlt. *Muciana cautio locum non habeat?*
7 *Ratio cur in vltimis duntaxat voluntatibus, non etiam in contractibus cautio Muciana introducta ſit?*
8 *In donationibus cauſa mortis Muciana locum non eſſe*

1 VIx † quiſquam adhuc rationem reperire potuit eius quod ex Iuliano Vlpianus ſcribit in *l. 4. §. vlt. de condition. inſtit.* eum qui ita heredes inſtitutus eſt, Si ſeruum hereditarium non alienauerit cauentem coheredi implere conditionem: at ſi ſolus heres ſcriptus ſit, ſub impoſſibili conditione inſtitutum videri. Cùm enim is cui ſub conditione non faciendi aliquid hereditas relicta eſt, ei cauere debeat Muciana cautione, ad quem iure ciuili deficiente conditione hereditas pertinere poteſt. *l. is cui.* 18. *D. de cond. & demonſt.* eáque cautio pro conditionis implemento habeatur. *l. Muciana.* 7 *princip. D. eod.* videbatur in propoſito caſu conditionem ſic cómodè impleri poſſe, ſi legitimis heredibus ab inteſtato venientibus huiuſmodi cautio præſtaretur. Nam ſi quis dicat cautioni locum non eſſe, quòd hæc conditio viuo herede, ſcilicet ſerui morte impleri poſſit, *l. cùm tale.* 72. *§. Titius. l. hoc genus.* 106. *eod.* facilè refelletur ex eo quòd coherede dato cautioni locum eſſe Iulianus putabat, quo tamen caſu obiici etiam poteſt cautionis Mucianæ vtilitatem nullam eſſe in iis conditionibus, quæ alterius, quàm cui iniunctæ ſunt morte impleri poſſunt. Sed hoc ad rem non pertinet niſi conditiones ad mortem alterius reſpiciant: quod hîc non contingit, vt ex recentioribus nonnulli erudite, & ſubtiliter obſeruarunt. Minus etiam dici poteſt, quod *Accurſius* tentat, cautioni locum eſſe non poſſe, quia nemo ſit cui caueatur. Nam legitimis hæredibus caueri poteſt, &, ſi vera eſt regula *dict. l. is cui.* multò magis iis cauendum eſt, quorum ratione totius hæreditatis intereſt, quàm cohæredi, ad quem deficiente conditione pars duntaxat hæreditatis pertinebit.

2 † Nec ſimile eſt exemplum quo *Accurſius* vtitur ex *d. l. Muciana. §. vlt.* vbi maritus hæres ſcriptus ſub ea conditione, Si dotem nec petierit nec exegerit, ſub impoſſibili conditione ſcriptus dicitur, quia nemo ſit cui caueat. Ibidem enim ratio ſubiungitur, quòd ipſo iure impleta videatur conditio, cùm nemo ſit quem maritus de dote conuenire poſſit adeundo hæreditatem. Quæ ratio ſic explicari debet, cautionem Mucianam ideò interponi, vt aditam hæreditatem vel acquiſitum legatum reſtituat is qui accepit, ſi poſtquam acceperit conditio defecerit, *d. l. is cui. & l. cum ſub hac.* 67. *de conditio. & demonſtr.* At poſt aditam hæreditatem à marito ex aſſe ſcripto, conditionem illam, Si dotem neque petierit, neque exegerit, deficere non poſſe, cùm eo tempore nemo futurus ſit, à quo peti, aut exigi dos poſſit. Quod in caſu propoſito ſimiliter dici non poteſt. Nam licet ſolus hæres ſcriptus ſit is cui conditio illa adſcripta eſt, Si ſeruum hæreditarium non manumiſerit, aut alienauerit, manifeſtum eſt hæreditatis aditionem non efficere vt conditio impleatur, nec ſeruus alienari poſſit, qui potius niſi adita hæreditate alienari verè non poteſt. Illa igitur dubitatio ſemper manet, † Cur legitimis hæredibus quorum intereſt non caueatur cohæredi verò cuius longè minus 3
intereſt caueatur. Neque rurſus verum eſt quod *Bartolus* vult, huiuſmodi conditionem De non alienando facilè reſpui & inſuper haberi, cùm in fauorem ſerui adiiciatur, ne alterius quàm hæredis ſeruitutem expetiatur, vel eius qui hæredis hæres ſit. Aut ſi conditio hæc reſpuenda eſt, quærenda ratio erit, cur fauore cohæredis non reiiciatur, cui omnimodo præſtanda cautio eſt vt conditio impleatur. Poſtremò, nec eorum opinio probanda eſt, qui Iuliani ſententiæ rationem illam afferunt, quòd poſt aditionem ſeruus hæreditarius alienari prohibitus, hæreditarius non ſit: fruſtrà verò eius ſolius temporis ratione qua iacet hæreditas, mox aditurus hæres legitimo hæredi caueret ſe hæreditarium ſeruum non alienaturum. Etenim ſecundùm hanc interpretationem dicendum eſſet, inutilem duntaxat fore cautionem, quam tamen Iulianus ait locum habere non poſſe, ob idque impoſſibilem eſſe conditionem, quæ, ſi aliqua ratione cautio præſtari poſſet, impoſſibilis non eſſet, nec ideò minus impleri deberet, quòd vtilitatis nihil haberet, quemadmodum contingit, ſi hæres inſtitutus ſit ſub ea conditione, Si hæreditarium ſeruum manumiſerit, quo caſu traditum eſt de facto implendam eſſe conditionem, licet ante aditam hæreditatem facta manumiſſio, prorſus vana & inutilis ſit, *l. mulier.* 20. *§. 1. de condition. inſtitu.* Sed & cohærede dato eadem ratio faceret, vt cautioni locus eſſe non poſſet, quæ tamen ex Iuliani & Vlpiani ſententia omnino neceſſaria eſt. Denique ſi hæres ex aſſe ita ſcriptus ſit, Si Stichum non alienauerit, nec teſtator hæreditarium dixerit, idem probandum, puto vt ſub impoſſibili conditione ſcriptus videatur, quod vtique falſum eſſet, ſi cautionem ea ſola ratio impediret, quod ſeruus hæreditarius iacente duntaxat, non etiam adita hæreditate dicatur. Hic enim hæreditarium ſeruum interpretari debemus, non propriè eum, qui ſit iacentis hæreditatis, ſed impropriè eum qui teſtatoris fuit, & ſucceſſionis iure hæredi acquiſitus, ad differentiam eius qui nunquam teſtatoris fuit, vt inferius dicemus. † Ego verò, ſi quid mei iudicij 4
eſt, puto non ineleganter dici poſſe, Hæredem ex aſſe ſcriptum, Si ſeruum hæreditarium non alienauerit, ideò ſub impoſſibili conditione inſtitutum videri, quòd cùm ante aditam hæreditatem conditionem implere debeat, eam tamen non niſi adita hæreditate implere poteſt. Ac quidem ante aditam hæreditatem implere debere, ipſa conditionis natura demonſtrat, quæ inſtitutionis fruſtrà adiiceretur, ſi ea non impleta ex inſtitutione adiri hæreditas poſſet: quò etiam pertinet *d. l. mulier.* 20. *§. 1. de condit. inſtit.* Porrò, ante aditam hæreditatem implere eam non poſſe ex eo intelligimus quòd ſi, vt ante introductum Mucianæ cautionis remedium contingebat, hæres ita inſtitutus deceſſeris non alienato ſeruo hæreditario, non ideò tamen conditionem impleuiſſe videri poſſit, quia quòd non alienauerit magis imputandum ſit quòd non potuerit, quam quòd noluerit: cùm ante hæreditatem alienare non potuerit. † Et hæc differen- 5
tia eſt inter eas conditiones quæ in faciendo, & eas quæ in non faciendo conſiſtunt, quòd illæ etiam ante aditam hæreditatem de facto impleri poſſunt, *d. l. mulier. §. 1.* hæ non poſſunt: quæ ſi poſſent, Muciana cautione nil opus eſſet. Poſt quam inductam rectè eas omnes non faciendi conditiones impoſſibiles eſſe dicimus, quæ nec ipſius remedio, nec alterius, quàm eius cui adſcriptæ ſunt, morte impleri poſſunt. Quanquam autem hæc de

qua quærimus,eiuſmodi eſt, vt ſerui morte viuo hærede impleri poſſit, quoniam tamen, vt initio capitis diximus, de ſerui morte teſtator non cogitauit, fit vt quia Mucianam cautionem non admittit, impoſſibilis rectè dicatur, id eſt talis quæ ſtatim impleri non poſſit. Nam expectata ſerui morte impleri eam poſſe apertiſſimum
6 eſt. † Cur verò Muciana cautio hic locum non habeat, ratio ex teſtatoris voluntate petenda eſt: quæ in propoſito caſu talis fuit, vt hæres poſt aditam hæreditatem conditionis ſatisfaceret, cui ſcilicet ante ſatisfacere nequeat, hæc verò præpoſtera conditionis natura eſt. Vtrumque enim teſtator voluit, & hæredem prius hæredem non eſſe quàm conditionem impleuiſſet, & conditionem prius non impleri quàm adita hæreditas eſſet: quæ cùm prorſus contraria & pugnantia ſint, in dubio melius eſt vt hæreditas adeatur, & conditio tanquam impoſſibilis reiiciatur: impoſſibilis enim eſt quæ ante aditam hæreditatem impleri non poteſt. Quod ſi hæres ita inſtitutus cohæredem habeat, conditio hæc impoſſibilis non eſt, quoniam vtrique teſtatoris voluntati rectè ſatisfieri poteſt, vt nimirum hæreditas ab eo qui purè ſcriptus eſt adeatur, tum conditio ab altero impleatur. Neque enim, quod ad teſtatoris voluntatem pertinet, quicquam intereſt vter priùs hæres ſit, vt conditio impleatur, ſi modò aliquis teſtamentarius hæres ſit. At quia teſtamentarium hæredem habere omnimodo voluit, ob idque talem conditionem adſcripſit, quæ non niſi poſt aditam hæreditatem impleri poſſit, dicimus voluntatem ipſius non fuiſſe vt deficiente conditione legitimi hæredes admitterentur, atque ideò vel ex ratione *d.l.ss eni.* nulla ratio eſt cur iis cautio præſtetur. Cohæredis alia ratio eſt, ad quem ex voluntate teſtatoris deficiente conditione hæreditas pertinet: vt poſtquàm in eo teſtatori ſatisfactum eſt quòd ex teſtamento hæredem babat, in eo etiam ſatisfiat vt ſeruus hæreditarius non alienetur. Diuerſum verò eſt ſi de ipſius hæredis ſeruo teſtator conditionem adſcripſit hoc modò, *Titius hæres eſto ſi Stichum ſeruum ſuum non alienauerit.* Licet enim ex aſſe Titius hæres ſit, non ideò tamen ſub impoſſibili conditione ſcriptus eſſe dicetur, cùm huiuſmodi conditio talis non ſit quæ poſt aditionem hæreditatis impleri debeat: eámque ob cauſam legitimis hæredibus cauendum erit. Quæ ratio eſt propter quam Iulianus ſupradicto loco de ſeruo hæreditario loquitur, non quòd aliud probandum ſit, Si teſtator ſeruum ſuum alienari prohibuit, vt ſuprà diximus. Illud etiam difficile
7 eſt, needum ſatis fortaſſe explicatum. † Cur in vltimis voluntatibus duntaxat, non etiam in contractibus Muciana cautio introducta ſit. Nam ſi centum ſtipulatus ſim ſub ea conditione, Si in Capitolium non aſcendero, conſtat quandiu certum non eſt me aſcendere non poſſe, hoc eſt me viuo, ſtipulationem committi non poſſe, ſed moriente me, quaſi tum demum ſtipulationis conditione exiſtente hæredi meo actionem ex ſtipulato dari, perinde ac ſi, cùm morerer ſtipulatus eſſem, *l. ita ſtipulatus.115.de verb oblig.§. at ſi ita. Inſt. eod.* Et diſſimilitudinis huius ratio illa eſſe videtur, quòd ſi in vltimis voluntatibus conditionis euentus expectaretur, fieret vt quamuis exiſtente conditione ſuprema tamen defuncti voluntas intercideret, neque hæreditas aut legatum hæredi aut legatario acquireretur. Cùm enim ipſo mortis inſtanti duntaxat conditio exiſtat, conditionis autem exiſtentia non faciat vt quod ſub conditione relictum erat eo ipſo acquiſitum intelligatur, ſed tantùm vt perinde ſit, ac ſi relictum eſſet purè. *l. si qui 13. de cond. inſtit.* apparet hæreditatem non agnitam, aut legatum non acquiſitum (neque enim pendente conditione acquiri potuit) in hæredis aut legatarij hæredem tranſmitti nō poſſe. Atque ita, contra voluntatem teſtatoris, legatum intercideret, cuius conditio viuo legatario extitiſſet. Quod in ſtipulationibus & contractibus dici non poſſet, in quibus iam inde ab initio acquiritur obligatio, licet petitio in euentum vſque conditionis ſuſpendatur. *l. vſusfructus. 26. de ſtipul. ſeruor.* & ideo exiſtente conditione eo tempore quo ſtipulator moritur, nihil prohibet in ipſius hæredes ſtipulationem tranſire, vt ex ea agere poſſint. Hæc autem ratio facit vt in iis conditionibus quæ viuo hærede aut legatario impleri poſſunt, Mucianæ cautioni locus non ſit, quoniam omiſſa ea fieri poſſit vt teſtatoris voluntas exitum ſortiatur. † Hinc 8
etiam colligo in donationibus cauſa mortis eidem cautioni locum non eſſe, *arg. d.l.7. de cond. & demon.* quæ de legatis duntaxat, & hæreditatibus loquitur, non etiam de donationibus cauſa mortis, ex quibus obligatio & acquiſitio præſens naſcitur, ſi modò per ſtipulationem contrahantur. Et quod Iuſtinianus ſcribit in *Nouel. 22. de nuptiis.* extra illius Nouellæ tractatum verum non videtur, vt in donationibus cauſa mortis, Mucianæ cautioni locus ſit inter coniuges duntaxat, ne quod in honorem bene tranſacti matrimonij relictum eſt, ei non acquiratur cui honor habitus eſt, at ipſius hæredi cui ratione matrimonij nihil relinqui oportuit. Sed & Iuſtinianus de iis duntaxat donationibus loquitur, quæ à morientibus relinquuntur: quarum diuerſa ratio eſſe videtur ab iis quæ mortis tantùm cogitatione fiunt. Nā quæ huius generis ſunt ad contractuum propius quam ad vltimarum voluntatum naturam accedunt: illæ verò legatis potius in omnibus ferè comparantur, *l. vlt. C. de don. cauſ. mort.* quæ eo ipſo quòd diſtinctionem hanc tollit, oſtendit iure vetere ita Iureconſultos diſtinxiſſe, & etiam hodie diſtinguendum eſſe, præter quàm in caſu *d.l. vlt.* hoc eſt, cùm de donationis inſinuatione quæritur. Illæ enim, quæ in teſtamento relinquuntur, non poſſunt ante conditionis euentum accipi: quod ſecus eſt in aliis quæ ſtipulatione perficiuntur. Sanè diſſimilitudinis ratio, quæ à nonnullis affertur, vt in vltimis voluntatibus Muciana cautio inducta ſit, non etiam in contractibus, quòd teſtatorem veriſimile ſit modum potius, quàm conditionem facere voluiſſe, in contractibus autem hæc interpretatio admitti non poſſit, ad rem non pertinet. Alioqui dicendum eſſet in iis quoque conditionibus quæ viuo hærede aut legatario impleri poſſunt, huic cautioni locum fore, aut alia ratio quærenda erit cur in illis potius quàm in his modum facere teſtator voluerit: quod rationem nullam habet.

Capvt XVII.

Emendatur l. quid de creditore. 11. in fine. D. de damn. infect.

Svmmaria.

1 *Etiam ſuperficiario & vſufructuario de damno infecto cauendum eſſe.*
2 *Diſſenſio inter Marcellum & Vlpianum in quæſtione, an creditori pignoratitio, vel ei qui bona fide à non domino emit, de damno infecto cauendum ſit.*
3 *Reÿcitur diſtinctio inter pignoratitium creditorem, & bonæ fidei emptorem, ab Accurſio propoſita.*
4 *Bonæ fidei emptori potius quàm pignoratitio creditori cauendum eſſe.*
5 *Conciliatur* l. 13. §. ſuperficiarium. cum l. quid de creditore. ff. de damno. infect.
6 *Tolluntur verba irreptitia ex* l. Ariſto. 58. ff. de acquir. hæred.

EDicto Prætoris De damno infecto conſtitutum eſt, vt is à quo cautio poſtulatur, ſic caueat vt ſatiſdet ſe ſi quid damni fiat præſtaturum, & quicquid ſtipulatoris intererit reſtituturum ſi dominus non ſit ædium quorum nomine cautio poſtulatur: eam ſoli domino ſatiſdationem Prætor remittit. *l. Prætor. 7. D. de damn. infect.*

Sed

Sed & ſi quis dominus non ſit, ſuo tamen nomine promittat, domini iure cenſebitur, vt repromittere duntaxat, non etiam ſatiſdare debeat, *l. qui bona. 13. in princip. & §. 1. D. eodem.* vbi eum qui bona fide a non domino emit ſatiſdare non debere Vlpianus ait, ratione illa quòd ſuo nomine id faciat. Haue ſuperficiarius, vſufructuarios, & creditor ſatiſdant? *l. hoc amplius. 9. §. quaſitum. l. quamuis. 10. l. ſi finita. 15. §. ſi quaſi, & §. ſeq. D. eod.* ſcilicet alieno nomine id faciunt non ſuo. Nam idem reſpondendum eſt cùm quæritur, cui cauere debeat is cuius ædes proximam ruinam & damnum minantur.

1 † Nam & ei qui dominus non ſit cauendum eſt. *dicta l. decimateria. § ſuperficiarium.* vbi ſuperficiario, & vſufructuario cauendum eſſe ſcribitur. Puto, quòd quamuis ſuo nomine non promittant, ad quos nimirum ædes nõ pertinent, ſuo tamen nomine ſtipulantur, ad quos ædiũ vſus, & fructus ſpectat: propter quam cauſam domini appellatione continentur dicuntur. *l. 1. D. ſi ager vectig. l. in venditionem. 8. D. de rebus author. iudic poſſid.* ſcilicet cùm pro re in qua ſuperficiem, vel vſumfructum habent, aliquid ſibi dari vel fieri poſtulant, non etiam ſi quid ab ipſis petatur quod ad proprietatis potiùs, quàm ſuperficiei vel vſusfructus cauſam pertineat. Prioris generis eſt cautio iis præſtanda: poſterioris illa, quæ ab ipſis præ-

2 ſtari debet. † De pignoratitio creditore & eo qui bona fide à non domino rem emit, dubitatio maior eſt, an iure ſibi de damno infecto caueri poſtulent. Quanquam enim Vlpianus in *d. §. ſuperficiarium.* apertè ſcribit, ei qui à non domino bona fide emit ex Marcelli ſententia cauendum non eſſe, iniquum tamen videtur nullo remedio ſubueniri ei cui nihil imputari poſſit. arg. *d. l. ſi finita. §. Iulianus ſcribit. eod.* & cuius in omni ferè iuris parte eadem quæ domini ratio eſt, in eo præſertim quod iam diximus, vt quemadmodum dominus, ita hic ſatiſdare non debeat, ſed tantùm repromittere, *d. l. 7. & 13. eod. tit.* Auger etiam dubitationem, quòd in *l. quid de creditore. 11. eod.* Vlpianus aduerſus Marcelli ſententiam ſcribit æquiſſimum ſe putare vt creditori pignoratitio caueatur, & per ſtipulationem ſuccurratur: quem tamen conſtat ex contrario deterioris conditionis eſſe quam bonæ fidei emptorem, in eo vt eùm hic repromittere duntaxat, ille tamen ſatiſdare debeat. Quibus rationibus motus *Accurſius* dixit, Marcelli ſententiam in *d. § ſuperficiarium.* de iuris rigore defendi poſſe, ſed de æquitate, vt ipſe loquitur, aliud probandum eſſe, vt ei quoque qui à non domino bona fide emit, quemadmodum pigno-

3 ratitio creditori caueatur. † Eam tamen inter hos differentiam eſſe, quòd creditori cauendum eſt, licet pignoris poſſeſſionem nactus ſit, quia ex nudo pacto actionem hypothecariam habeat: emptori verò non aliter quam ſi rei bona fide emptæ poſſeſſionem nactus ſit: atque ita intelligendum eſſe Vlpianum in *d. l. qui de creditore.* vbi inter pignoratitium creditorem & bonæ fidei emptorem differentiam manifeſtam conſtituit. Sed cùm de eo creditore loquatur, qui pignus iam accepit, nec minus emptio conſenſu ſolo contrahatur quàm hypotheca, appatet diſtinctionem hanc *Accurſij*, nec Vlpiani verbis, nec iuris rationi conuenire. Generaliter enim de bonæ fidei emptore Vlpianus loquitor, nec diſtinguit an ei tradita poſſeſſio ſit, necne. At neque vllo iuris loco ſcriptum eſt, bonæ fidei emptori cauendum eſſe, vt proindè temerarium fortaſſe videri poſſit quod *Accurſius* Marcelli ſententiam de æquitate falſam eſſe ait: & id

4 ſupplet, quod Vlpianus ſupplendum non putauit. † Ego verò mihi perſuadere non poſſum, creditori pignoratitio vtiliter caueri, & bonæ fidei emptori non caueri: at potius huic cauendum, illi non cauendum eſſe exiſtimo. Alio namque remedio creditori ſuccurri poteſt, vt ſcilicet debitori denunciet vicinas ædes ruinam minari: quo facto ſi poſt interpoſitam cautionem damnum datum ſit, quod eo nomine præſtabitur, creditori in pignus cedet: ſi verò debitor admonitus cautionem non poſtulabit, equum erit creditori actionem de dolo accommodari ſi damno dato pignus in eam cauſam peruenerit vt ex eo debitum amplius ſeruari non poſſit. At bonæ fidei emptori neque alio vllo modo conſuli poteſt, quem tamen iniquiſſimum ſit periclitari & eam rem amittere cuius dominium longo vſu capere poſſet. Sed & Vlpianus in *d. l. quid de creditore.* his verbis, *nam nec in huius perſona committi ſtipulationem*, oſtendit manifeſtè quod volumus, maiorem eſſe rationem vt bonæ fidei emptori, quàm creditori caueatur, in eóque duram fuiſſe Marcelli ſententiam, quòd in vtroque ius idem conſtituebat, & ſtipulationem, nec in huius (bonæ ſcilicet fidei emptoris) perſona committi exiſtimabat. Cui conſequenter dicendum eſt, quod apud Vlpianum ſequitur, æquiſſimum eſſe vt huic ſuccurratur, ſic accipi debere vt Marcelli ſententia in altero duntaxat vera ſit, & in altero iniqua. Vera in pignoratitio creditore, iniqua in bonæ fidei emptore, quem procul dubio Vlpianus intelligit, cùm ait, *huic ſuccurrendum eſſe.* De illo enim proximè locutus fuerat, vt dubitandum non ſit ea quæ ſequuntur, *id eſt creditori, per ſtipulationem*, interpretis eſſe, non Vlpiani. Quod enim Vlpian. dixerat *huic*, ſubtilis interpres interpretatus eſt, *id eſt creditori*, tum illud, *proſpiciendum, ita, per ſtipulationem*: ex quo poſteà factum eſt vt in textum illa omnia irreperſerint, *id eſt creditori per ſtipulationem*, quæ manifeſtum eſt ſuperioribus parum apte coniungi, ac potius ita in textum inſerri debuiſſe, *huic, id eſt creditori proſpiciendum per ſtipulationem.*

5 † Interpretem feſellit quod in *d. l. 13. §. ſuperficiarium.* Vlpianus ait bonæ fidei emptorem inutiliter de damno infecto ſtipulari. Nec animaduertit Vlpianum eo loco Marcelli ſententiam referre duntaxat, non etiam probare, quam & refert & improbat in *d. l. quid de creditore.* Id verò non eſſe nouum, ſuprà oſtendimus cap. 8.

6 † Similem errorem obſeruaui in *l. Ariſto. 28. D. de acquir. hered.* in cuius fine verba illa, *deliberanti de adeunda hereditate*, puto addita eſſe textui ex gloſſa interpretis explicantis dictionem *heredi*, in textu poſitam: vt facile eſt ex totius legis contexto & lectione animaduertere. Niſi quis malit dicere tranſpoſita eſſe, & in textu poſt dictionem *heredi* reponenda. Vtrumque enim probabile: alterutrum verò prorſus neceſſarium eſſe videtur. Sed poſterior hæc interpretis additio recta eſt, vt ipſe titulus oſtendit, & *l. Ariſto. 5. D. de iur. deliber.* Prior verò, de qua hoc capite diximus, tam falſa eſt meo iudicio, quàm magni momenti.

CAPVT XVIII.

Interdicta quædam eſſe duplicia tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſionis.

SVMMARIA.

1 *Interdictorum diuiſio in ſimplicia & duplicia.*
2 *Duplicia interdicta non tantum eſſe retinendæ poſſeſſionis, ſed etiam adipiſcendæ & recuperandæ?*
3 *Perperam à Caiacio ſublata eſſe verba vltima l. 2. §. de interd.*
4 *Quo ſenſu interdicta duplicia tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſionis eſſe dicantur?*
5 *Cur Iuſtinianus exhibitoria & reſtitutoria inter dicta duplicia eſſe neget?*

INter † multas interdictorum diuiſiones, & differentias, vna illa eſt, vt quædam ſimplicia ſint, quædam duplicia. *l. 2. in prin. D. de interd.* Simplicia ſunt, in quibus actor à reo diſtinguitur, nec vterque eorum inter quos interdictum redditur actoris & rei munere fungitur. Duplicia verò, in quibus ex contrario quis actor reúſve 1

ſit diſcerni non poteſt, & par vtriuſque litigatoris conditio eſt. §. *tertia. Inſtit. eo.* vbi additur ſimplicia eſſe omnia quæ aut reſtitutoria, aut exhibitoria ſunt: Duplicia autem prohibitoria duntaxat: nec ea quidem omnia, ſed quædam duntaxat, vt interdictum *vti poſſidetis, & vtrubi,* quæ retinédæ poſſeſſionis interdicta ſunt, *d. l. 2. in princ. §. retinendæ. Inſtit. eod.* Nam, vt Vlpian. ait *in l. 1. §. 1. De vti poſſid.* interdictum *vti poſſidetis*, prohibitorium eſt ad retinendam poſſeſſionem. Hinc porrò intelligimus duplicia interdicta pauciſſima eſſe, ſimplicia verò longè plura, ac ferè omnia. Cùm enim interdictorum quædam ſint reſtitutoria, quædam exhibitoria, alia prohibitoria, Iuſtinianus ſupradicto loco innuere videtur, reſtitutoria, & exhibitoria omnia ſimplicia eſſe, itémque prohibitoria, niſi quæ ſunt retinendæ poſſeſſionis, vt illa *vti poſſidetis*, & *vtribi*. Sed non ita intelligi Iuſtinianus debet. Paulus namque *in d. l. 2. de interd.* ex qua is Inſtitutionum locus ſumptus eſt, quanquam initio ait ſimplicia eſſe interdicta exhibitoria, & reſtitutoria, itémque prohibitoria, præterquam retinendæ poſſeſſionis, tamen in fine legis ſubiicit eſſe etiam interdicta quædam duplicia tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſio-
2 nis. † Quorum verborum ſenſus ille eſt, Duplicia eſſe interdicta, non tantùm quæ ad retinendam poſſeſſionem pertinent, ſed etiam quæ ad recuperandam aut adipiſcendam, ſcilicet quæ ſunt huiuſmodi vt in iis par vtriuſque litigatoris conditio ſit. Exemplum autem interdicti duplicis quod adipiſcendæ poſſeſſionis gratia proponatur, ſumi poteſt ex Saluiano interdicto. Etenim ſi colonus res ſuas in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique dominio in ſolidum obligatæ eſſent, conſtat non tantùm ipſis duobus dominis aduerſus extraneum, ſed etiam inter ipſos Saluianum interdictum reddi poſſe, *l. 1. §. 1. D. de Saluian. interd.* quo poſteriore caſu vtrumque actorem & reum eſſe neceſſe eſt, priuſquam ſciatur vtrius conditio melior eſſe debeat, cùm ſibi vterque idem ius aſſerat, & vindicet. Idémque de interdicto. *Quorum bonorum* dici poteſt ſi duobus einſdem hereditatis bonorúm ve poſſeſſio data eſſe proponatur: quo etiam caſu cùm ab initio dici non poſſit quis actor aut reus eſſe debeat, duplex interdictum reddi neceſſe eſt. Rurſus recuperandæ poſſeſſionis interdicta *Vnde vi, & De vi armata,* duplicia eſſe poſſunt, licet reſtitutoria ſint. Fortè ſi me ædium aut fundi poſſeſſorem tu vi deieceris, ego autem ex continenti te quoque vi deiecero, vt in *l. 3. §. cum igitur. de vi & vi armata.* Nam ſi tu aduerſus me interdictum impetraueris & ego aduerſus te, quòd vterque noſtrum ſe vi deiectum eſſe dicat, non poteſt apparere quis actor, aut quis reus ſit, prius
3 quam conſtet quomodo, & cui vis facta ſit. † Verum igitur eſt quod Paulus ſcripſit in *d. l. 2. §. vlt. de interd. Sunt etiam* (ita enim & rectius in pleriſque editionibus legitur) *interdicta vt diximus, duplicia tam recuperandæ quam adipiſcendæ poſſeſſionis.* Nec ratio vlla eſt cur poſtrema hæc verba vel reiiciantur in legem proximè ſequentem, vel tanquam ſpuria tollantur, vt ex recentioribus vir doctiſſimus *Iacobus Cuiacius* author eſt. Quem illud ſanè feſellit, quòd Pauli ſententiam illam eſſe putat, vt interdicta quædam ſint quæ ideò duplicia dicantur, quòd ſint adipiſcendæ, & recuperandæ ſimul poſſeſſionis. Hoc verò nimis euidenter abſurdum, & ridiculum eſt. Neque defendi poteſt exemplo quod adfert *Accurſius* eadem interpretatione deceptus. Nam interdictum *Ne vis fiat ei qui in poſſeſſionem miſſus eſt,* licet prohibitorium, & reſtitutorium ſit, tamen ad recuperandam & adipiſcendam ſimul poſſeſſionem non pertinet. E[illegible] o illorum verborum ex noſtra interpretatione ſenſus ille magis probandus eſt, vt interdicta duplicia non tantùm ſint retinendæ poſſeſſionis, de quibus initio legis Paulus di-
4 xerat, ſed etiam adip[illegible]dæ, & re[illegible]uperandæ. † Duplicia, inquam, non quòd ſint adipiſcendæ, & recuperandæ ſimul poſſeſſionis (quod fieri nullo modo poteſt) ſed quia ſiue ſint adipiſcendæ tantùm, ſiue recuperandæ tantùm, non appareat quis actor in iis, aut quis reus dici poſſit. Ac ſanè ſublatis illis verbis, *tam recuperandæ quã adipiſcẽdæ poſſeſſionis,* manca & inutiliter adiecta videbũtur quæ remanebunt. *ſunt etiam interdicta vt diximus duplicia,* nec commodè explicari poterunt. Elegans tamen dubitatio eſt, Cur tam in *d. l. 2. in pr.* quam apud Iuſtinianum, cùm de interdictis duplicibus agitur, exempla ſumantur ex interdictis retinendæ poſſeſſionis ſcilicet, *vti poſſidetis, & vtrubi,* non etiam ex aliis quæ adipiſcendæ aut recuperandæ poſſeſſionis gratia dictantur. † Ac 5
rurſus, Cur Iuſtinianus ſupradicto loco exhibitoria & reſtitutoria interdicta duplicia eſſe neget, quæ tamen nos duplicia eſſe poſſe oſtendimus. Nam interdicta Vnde vi, & De vi armata, quæ ſola ſunt recuperandæ poſſeſſionis, reſtitutoria non prohibitoria ſunt. Et puto commodè reſponderi poſſe, Interdicta retinendæ poſſeſſionis, quæ prohibitoria ſunt, magis propriè duplicia dici, quòd ſimplicia eſſe nequeant: & ipſis edicti verbis ita proponantur, vt non appareat pro quo aduerſus quẽ proponantur, ſed vtrique ex litigatoribus pari conditione promittantur. Quod in aliis omnibus tam reſtitutoriis quam exhibitoriis, & prohibitoriis, itémque tam adipiſcendæ quàm recuperandæ poſſeſſionis diuerſum eſt, vt longiore ſingulorum commemoratione intelligi facilè poteſt. Cætera igitur ex ſui natura, & origine omnia ſimplicia ſunt: Poſſunt tamen etiam duplicia eſſe, ſi quando talis caſus contingat, vt in reddendo interdicto reus ab actore diſcerni non poſſit. At quæ retinendæ poſſeſſionis interdicta ſunt, ſui natura, & origine ſunt duplicia, adeò vt vix ſimplicia eſſe poſſint.

CAPVT XIX.

Emendatur l. Lucius. 32. D. de donat.

SVMMARIA.

1 *Donationes lege Cincia quantum fieri potuit coanguſtatas fuiſſe.*
2 *Vera quæſtio & ſpecies* d. l. lucius.
3 *Ratio emendationis & reſponſio Scæuolæ in* d. l. lucius.

NOn poſſum probare, aut intelligere, quam rationem habeat, quod Scæuola reſpondit in *l. Lucius. 32. ff. de don.* in facta donatione, *Hoſpitio illo, quamdiu volueris vtaris ſuperioribus diætis omnibus gratuito, idque te ex voluntate mea facere hac epiſtola notum tibi facio,* donatoris heredes voluntatem mutare poſſe. Cùm enim donatum ſit quandiu donatione vti donatarius voluerit, non quandiu donatori placuerit, apparet manifeſtè id actum eſſe vt viuente & volente donatario ne quidem à donatoris heredibus donatio reuocari poſſit. † Nec eſt 2
quòd quis obiiciat legis Cinciæ poteſtate coanguſtatas quantum fieri potuit donationes vt ſtrictiſſimè accipiantur, & in dubio ſic, vt contrà donatarium interpretatio fiat. Quantumuis enim ſtrictè donationem hanc accipias, tamen efficere non poteris vt quod diſertè actum & donatum eſt non præſtetur, niſi dicas lege Cincia prohibitam eam fuiſſe, quod tamen verum non eſſe ex eo intelligimus quod Scæuola non obſcurè innuit ab ipſo donatore reuocari illam non poſſe. Pl[illegible]ne ſi ſimpliciter facta eſſe proponatur non adiectis illis verbis, *quandiu volueris,* fatebor ex legis Cinciæ poteſtate ſi voles ſic eam accipi debere vt donatoris morte reuocetur, ſi ipſius heredes voluntatem mutent. Non tamen hanc dubitandi rationem fuiſſe arbitror ad *l. Aquilius. 27. D. eod.* in cuius ſpecie ſi donatio mera eſſet, dubitari non oporteret quin non ſ[illegible]m ab Aquilij Reguli hæredibus reuocari poſſet. ſed etiam ab ipſo Regulo, quòd facta eſſet ab eo iuuene, id eſt, vt interpretor, minore licèt,

licèt aliàs iuuenis appellatio alium ſeorſum & ſignificationem habeat *l. non aliter. 59. §. vltim. D. de legat. 3.* At donatione ſic concepta, *Dono tibi quamdiu volueris*, nulla ratio eſt vt durante donatarij voluntate donatio reuocetur.
2 † Quare probabilius eſt apud Scæuolam de alio quæri, & aliam ſpeciem tractari, de illo ſcilicet, qui donationis finem non in donatarij voluntatem contulerat, ſed in poteſtate ſua retinuerat, vt pro eo quod vulgo legitur, *quamdiu volueris*, legamus *quamdiu voluerim*. quo caſu quamuis me quandocunque volente reuocari donatio poſſit, tamen mortuo me in eadem voluntate videbatur hæredes meos voluntatem mutare non poſſe, quaſi mea morte irreuocabilis facta ſit donatio cuius reuocandæ poteſtas ex arbitrio meo & voluntate pendebat. Quo enim inſtanti morior, certum eſſe incipit me amplius voluntatem mutare non poſſe. Sed Scæuola ad donatoris mentem reſpiciens, ipſius hæredes voluntatem mutare poſſe reſpondit, quòd ex modo illo donationi adiecto *quamdiu voluerim*, appareat manifeſtè id actum eſſe donationis tempore, vt ex donatarij voluntate donationis reuocatio non penderet. Secundùm quod eam ſic interpretamur, vt quod ſibi donator excepit, ſuis quoque hæredibus excepiſſe intelligatur, arg.
3 *l. ſi pactum. 9. ff. de probat.* Atque † hanc quam reſtituimus veterum lectionem fuiſſe, conijci facile poteſt ex gloſſa *Accurſij*, qui in propoſita ſpecie reſponſum Scæuolæ eam rationem habere putat quòd ab ipſo quoque donatore ſi viueret donatio reuocari poſſet; quod nec verum eſſet, nec veriſſimile ab *Accurſio* dictum, ſi donatio in donatarij volũtatem collata eſſe proponeretur. Nam & illi ipſi qui legis Cinciæ poteſtatem tantam fuiſſe aiunt, quanta profectò non fuit, fatentur donationem ſic factam, *Dono tibi quamdiu volueris*, ab ipſo donatore reuocari non poſſe. Cùm vero donationis reuocandæ facultatem ſibi teſtator reſeruauit verum eſt quod *Accurſius* ait eum donationem reuocare poſſe: & rectiſſima ratio eſt vt donatoris hæredibus permittatur id quod ipſi donatario permitteretur. Sed & idem *Accurſius* ad *l. Aquilius*, ſcripſit donationem, de qua agitur in *l. Lucius*: eſſe precariam. At precaria non eſt ſi donem tibi *quamdiu volueris*, ſed ſi donem *quamdiu voluerim. l. 1. D. de precar.* Erroris autem cauſa illa procuidubio fuit, quod in pleriſque veteribus libris litera *m* ſcribitur hac nota ʒ, quæ non multum diſtat à litera *S*, Vnde & in *l. Titia. 62. in fi. D. de iure dot* manifeſto errore ſcriptum eſt, *datus* pro *datum*. Denique vnius literæ in alteram mutatio facillima fuit, & in libris omnibus frequentiſſimè occurrit.

CAPVT XX.

In l. tranſigere. 18. C. de tranſact. verba illa, *Excepto adulterio*, addita eſſe ab imperito interprete.

SVMMARIA.

1. *Cur adulterij crimen ab alijs criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus in* d. l. *diſtinguatur.*
2. *Iure vetere relegationis tantùm pœnam adulteris fuiſſe irrogatam.*
3. *De crimine adulterij tam accuſatorem quàm reum tranſigere poſſe.*
4. *Reijciuntur variæ emendationes* d. l. tranſigere, *ab Interpretibus propoſitæ.*
5. *Rationem reddi non poſſe cur poſterioribus Imperatorum conſtitutionibus de crimine adulterij tranſigere non liceat.*
6. *Verba illa,* citra falſi accuſationem *quid ſignificent* in d. l. tranſigere.
7. *Corruptam eſſe ſententiam* l. ſi mulier. 4. ad S.C. Turpill.
8. *De cauſa falſi non de crimine falſi licere tranſigere.*
9. *De criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus nec tranſigere nec paciſci licere.*

NVlla in Codice lex, quæ obſcuriorem tractatum habeat quam *l. tranſigere. 18. C. de tranſaction.* in cuius interpretatione de duobus præcipue quæri ſolet. Primùm, Cur ex priore regula, qua continetur, De criminibus capitalibus ſanguinis pœnam ingerentibus tranſigere & paciſci licere, adulterij crimen excipiatur, & hac parte à cæteris diſtinguatur. Deinde, An ex poſteriore regula, quæ habet De criminibus ſanguinis pœnam non ingerentibus tranſigere non licere, falſi crimen excipiatur iis verbis, *citra falſi accuſationem.* † At 1
quidem, quod ad priorem dubitationem pertinet, nulla videtur ratio reddi poſſe, cur adulterij crimen à cæteris ſeparetur, aut iure vetere, aut nouo. Etſi enim iure vetere de crimine adulterij tranſigere & paciſci non licebat quin actor in Senatuſconſulti Turpilliani pœnam incideret, *l. de crimine. 10. C. ad l. Iul. de adult.* non tamen in eo à reliquis differebat, quoniam iuris veteris regula illa erat, de criminibus capitalibus, ſanguinis pœnam non ingerentibus tranſigere & paciſci non licere citra falſi accuſationem, vt apparet ex poſteriore parte *l. tranſigere.* † Iure autem vetere, hoc eſt ante Conſtantini, & Con- 2
ſtantij tempora, obtinebat vt adulterij crimen ſanguinis pœnam non irrogaret, at ne quidem deportationis, ſed tantùm relegationis, vt recentiores omnes communiter ſentiunt, & rectiſſimè probant, tum ex *l. ſi quis viduam. 5. D. de quæſt.* in qua adulterium cum inceſtu coniunctum deportatione duntaxat coercetur: tum ex infinitis alijs Iuris locis adeòque ipſis verbis legis Iuliæ, quibus adulterij damnata mulier teſtis eſſe prohibetur, & qui adulterij damnatam vxorem ducit, coercetur. Neque dubitant, quin Tribonianı ſint verba illa, *ſi quocunque modo capitalem pœnam euaſerit. in l. caſtigari. 9. C. ad leg. Iul. de adult.* quemadmodum & quod in *Inſtitut.* ſcriptum eſt *tit. de public. iudic.* lege Iulia de adulterijs temeratores alienarum nuptiarum gladio puniri: neque ego de illo amplius dubitari poſſe arbitror. † Nouo autem iure 3
poſtquam adulterij crimen capitale factum eſt, vt ſanguinis pœnam ingereret, nihil etiam dici poteſt cur non de adulterio, vt de alijs omnibus criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus, tranſigere, & paciſci concedatur, ex perpetua & eleganti ratione *l. 1. de bon. eorum qui ſibi mortem conſciuer.* quòd honeſta ſit quælibet ratio redimendi ſanguinis. Quamquam enim ratio hæc reorum magis propria eſt, tamen ad accuſatores quoque accommodatur, quos ſubſcriptionis neceſſitas adſtrinxit, *dict. l. quamuis. in fine.* cuius vis illa eſt, vt pœnæ talionis ſubijciantur: & fruſtra reis promitteretur, ſanguinem ſuũ redimere, ſi accuſatores de iiſdem criminibus tranſigere vel paciſci prohiberentur. Idque manifeſtè probat *l. tranſigere*, quæ etſi de accuſatore loquitur, non de reo (vt apparet ex eo quod in falſi, id eſt Senatuſconſulti Turpilliani accuſationem actores incidunt non rei. & is propriè tranſigere & paciſci dicitur, qui rem aliquam gratis vel accepto aliquo remittit, non is cui remittitur, *l. 1. D. de tranſact.*) in priore tamen parte ait, De criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus tranſigere & paciſci licere, quod proculdubio ſic accipiendum eſt, vt accuſatores de iis tranſigentes, aut paciſcentes in S. C. Turpillianum non incidant, ne ſi iis metus Senatuſconſulti libera tranſigendi & paciſcendi poteſtas auferatur, nulla reis miſeris redimendi ſanguinis ſpes aut ratio ſuperſit. Et quemadmodum par delictum eſt accuſatoris præuaricatoris, & rei fugientis veritatis inquiſitionem, vt ait *d. l. de crimin.* ita par vtrique danda eſt licentia, & quod vni cõceditur, alteri quoque cui cedendũ.

Hæ:

Hæc cùm ita ſint, apparet manifeſtè in *l. tranſigere*, verba illa, *excepto adulterio*, non eſſe Impp. Diocl. & Maximiani, quorum temporibus crimen adulterij pœnam ſanguinis non irrogabat, vt diximus, cùm tamen priore regula *l. tranſigere*, ſit de criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus, vt ex poſteriore apparet, in illis verbis, *de aliis verò criminibus quæ ſanguinis pœnam non ingerunt*.
4 Exceptio autem, vt dici ſolet, de regula eſſe debet: † in quo deceptus vir quidam doctiſſimus, & magni inter temporum noſtrorum Iurecõnſultos nominis, legem *tranſigere*, ſic emendauit, tranſpoſitis detractiſque negationibus, vt petelengentem ipſius ſententiam omnino perturbauerit. Alij, vt nihil immutarent, ſcripſerunt verba illa, *excepto adulterio*, Triboniani eſſe reſpicientis ad poſteriorum Imp. Conſtitutiones, quibus crimen adulterij capitale factum eſt, ex eorum numero quæ ſanguinis pœnam irrogant. Eo tamen ex iure vetere retento, vt de illo tranſigere, & paciſci non liceat, quemadmodum olim non licebat, quoniam hac parte iuri veteri expreſſe derogatum non ſit, ſed in illo duntaxat vt ſanguinis pœnam ingeraт, quod olim nón ingerebat. At ex tis, quæ ſupra diximus horum quoque ſententia apertiſſimè refellitur. Nam cùm ex iuris ratione ſic comparatum ſit, vt de criminibus ſanguinis pœnam ingerentibus tranſigere liceat, dubitandum non eſt, quin permiſſa intelligatur tranſactio pactúmque de crimine adulterij, ex ipſa conſtitutione qua id crimen capitale factum eſt. Ob idque Conſtantinus *in d. l. quamuis. C. de adult.* cuius temporibus ex Conſtantis, & Conſtantij conſtitutione crimen adulterij pœnam ſanguinis iam irrogabat, iis perſonis quibus adulterij accuſatio permittitur, legem imponit vt crimen abolitione, ſi voluerint, compeſcant, quaſi etiam, quod antea obtinebat, *l. abolitionem. 16. C. eo.* derogatum eſſet priorum Impp. Conſtitutionibus, quibus aliud conſtitutum non fuerat, quam vt capitale eſſet crimen adulterij, quod prius capitale non erat. Neque tamen ex ea Conſtantini lege rectè, meo iudicio, quis inferat, Tribonianum *in l. tranſigere*. verba illa *excepto adulterio*, addidiſſe, qui ſi aliquid addere voluiſſet, raptus potius quàm adulterij crimen excepiſſet. Nam & Diocletiani temporibus crimen raptus pœnam ſanguinis ingerebat, vt conſtat *ex l. qui cœtu. 5. §. vlt. D. ad leg. Iul. de vi publ.* & extat Iuſtiniani Conſtitutio *in l. vnic. C. de rap. virg.* qua expreſſe ſancitum eſt, vt de eo crimine non ſolum tranſigere & paciſci non liceat, ſed etiam criminis vindictam per diſſimulationem negligere non poſſit is ad quem criminis delatio & perſecutio pertinet. Ergo veriſimilius eſt addita eſſe verba illa *excepto adulterio*, ab imperito interprete, ad idque ſpectante quòd etiam crimen adulterij ſanguinis pœnam ingerit, neque tamen de eo tranſigere aut paciſci liceat: nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus quorum ea lex eſt, exceptionem hanc adſcribi non potuiſſe: hodie verò non tantùm adulterij, ſed etiam raptus crimen excipiendum eſſe: idque ex poſteriorum Impp. Conſtitutionibus potius, quam ex eo in his criminibus proprium aliquid ſit, propter quod in iis ius diuerſum ab aliis
5 conſtitui debuerit. † Quod qui intelliget, nunquam in quærenda diſſimi[…] ſtudios ratione laborabit, quæ licet ab omnibus quæſita, nondum tamen, quod ſciam, ab aliquo inuenta eſt. Quis enim illam probet, quòd tranſactio & pactio de crimine adulterij [lenocinij] ſuſpicione fieri non poſſit, cùm certum ſit lege Iulia de adulteriis non teneri maritum qui gratis iniuriam ſuam remiſit, *l. mariti. 29. §. plectitur. D. de adult.* qui vtique teneret ſi io lenocinij ſuſpicionem incurreret, quemadmodum tenetur is qui pro comperto ſtupro per miſiam accepit *d. §. plectitur*. De quo Iureconſultus loquitur *in l. 2. § 2. eo.* [...] ſtuprum aut adulterium p[...] ſtum fu[...], vt poſteà pecuniam acceperit. Et qui dotis [...] modum vindictæ d[...] ſuæ [...] ere non erube[...] Papinianus [...] *in l. miles. 11. §. ſocer. eod.*

Manifeſta quoque eſt lenocinij ſuſpicio, cùm alicuius ope, conſilio, dolo malo factum eſt, vt vir fœminá ve in adulterio deprehenſi pecunia, aliáve qua pactione ſe redimerent. *l. is cuius. 14. eod.* Sed ſi dolus nullus adſit, nec pecunia, lenocinij ſuſpicio ceſſat, neque ideò minus de adulterio paciſci prohibitum eſt. *dict. l. de crimine.* Quæ ab aliis ratio affertur, vt de crimine adulterij tranſigere, & paciſci non liceat, quia de adulterio accuſare poſſint coniunctæ duntaxat perſonæ, quibus concedendum non eſt vt priuata commoda honori ſuo præferant, recta etiam, & propria non eſt. Nam & ante Conſtantiani conſtitutionem *in l. quamuis*, adulterij accuſatio publica erat, & cuiuis de populo competebat, neque tamé de ea tranſactio, aut pactum fieri poterat. Et marito, patrique, licet coniunctis perſonis, ſemper conceſſum fuit propriam iniuriam gratis remittere. *d. § plectitur in fin.* Vera igitur ratio, Cur olim de crimine adulterij tranſigere & paciſci non licuerit, alia quærenda non eſt, quàm quæ *ex d. l. de crimine*, ſatis apertè colligitur, quòd prævaricator ſit is qui de criminę non capitali paciſcitur, vel tranſigit. Quòd ſi quis quærat, Cur ergo capitali facto crimine adulterij de illo tranſigere & paciſci non liceat, cùm prævaricator non ſit qui de crimine ſanguinis pœnam ingerente tranſigit, aut paciſcitur, Reſpondebo fruſtra rationem quæri eius quod contra certiſſimam iuris veteris rationem à poſterioribus Imperatoribus conſtitutum eſt, apud quos eſt pro ratione voluntas Quamquam quod in crimine raptus à Conſtantino primum inductum, deinde à Iuſtiniano auctum, & confirmatum eſt, rationem aliquam habere videtur propter atrocitatem delicti, quod, vt Iuſtinianus ait, præter homicidium grauius quiddam adnexum habet. Sed in adulterio nec delicti atrocitas tanta eſt, nec reddi ratio alia poteſt, propter quàm eo permittendum non ſit ſanguinem ſuum quib. facere poteſt modis redimere. Sequitur iam vt de poſteriore regula *l. tranſigere*, videamus. † Eſt autem huiuſmodi, De criminibus capitalibus ſanguinis 6
pœnam non ingerentibus tranſigere non licere, *citra falſi accuſationem*, in quibus poſterioribus verbis maxima quoque dubitatio incutit, an falſi crimen ex regula excipiatur, quaſi de eo tranſigere liceat, an potius is eorũ verborum ſenſus ſit, vt qui de crimine non capitali, id eſt, ſanguinis pœnam non ingerente tranſigit, in Senatuſconſulti Turpilliani accuſationem incidat. Quæ poſterior interpretatio recentioribus pleriſque magis probata, mihi prorſus neceſſaria eſſe videtur. Nam præter id quod Latini ſermonis ratio vix patitur vt *citra falſi accuſationem* dicamus, pro *excepta falſi accuſatione*, illud etiam verum non eſt, de crimine falſi tranſigere licere: cùm neque diſſimulationis ratio reddi poſſit, neque dubitandum ſit in S.C. Turpillianum incidere eum qui de crimine falſi tranſigit: ſicut in cæteris criminibus ſanguinis pœnam non ingerentibus contingit. Idque euidenter meo iudicio probat *l. quæſitum. D. ad S.C. Turpill.* in qua quod dicitur eum qui libello Principi dato falſum ſe obiecturum minatus eſt, ſi non obiecerit Turpilliano Senatuſconſulto non teneri, innuit ſatis aliud probandum eſſe in eo, qui crimen falſi obieciſſet, & denunciaſſet. Quod apertius intelligitur *ex l. 1. §. accuſationem. verſ. at quin Papinianus. eod.* vbi Vlpianus ex Papiniani ſententia ſcribit mulierem quæ idcirco ad falſi accuſationem non admittitur, quòd ſuam ſuorúmue iniuriam non perſequatur, Senatuſconſulto Turpilliano non plecti, vt intelligamus mulierem quæ ad falſi accuſationem ideò admittitur, quòd ſuam, ſuorumve iniuriã perſequatur, ſi deſiſtat Senatuſconſulto teneri, *l. ſi fœmina. 5. C. eo.* Ex † qua, iuncto §. *accuſationem*, apparet, vt 7
hoc quoque notemus, corruptam eſſe Papiniani ſententiam in *l. mulier. 4. D. eod.* in qua proponitur mulierem, quæ falſi crimen iniuriæ propriæ poſt interpoſitam denunciationem deſtens omiſit, Senatuſconſulto non teneri, at potius legendum eſſe, *non iniuria propria*, ſi

Vlpiano

Vlpiano credimus Papiniani ſententiam referenti *in d. verſicul. atquin Papinianus*. & ſi verum putamus, quod certi iuris eſſe ait *d. l. ſi fœmin d.* quam *Accurſius* cum *dicta l. mulier.* conciliare non poteſt: Abſurda enim eſt Ioannis diſtinctio, quam probat, an mulier pacto an citra pactum ab accuſatione deſtiterit, cùm in Senatuſconſulti interpretatione Paulus moneat nihil intereſſe an ita quis ab accuſatione deſiſtat, vt cum aduerſario de compoſitione criminis loquatur an ita vt affectum & animum accuſandi deponat, ſed ſufficiat eum non peragere reum quem accuſauerat, *l. ab accuſatione. 6. eod.* Cæteri verò conciliationis modi ab *Accurſio* relati nec ipſi *Accurſio* probantur, nec ipſi malo interpreti probari
8 poſſunt. † Ergo de crimine falſi tranſigere non licet citra Senatuſconſulti Turpilliani accuſationem: quod ſi ita eſt, falſi crimen ex generali regula excipi non debet. Neque iis locis quibus ſuper falſo tranſactum eſſe legimus, de falſi crimine tranſactū eſſe intelligere debemus, ſed de cauſa falſi, quæ iam ciuiliter intentari, & exerceri poteſt, *l. de fide. 16. cum ſeq. C. ad leg. Corn. de falſ.* in quo reprehendendi ſunt qui ſcribunt ſe non intelligere quid ſit de crimine falſi tranſigere, ſi aliud ſit quàm de falſo inſtrumento tranſigere. Longè enim differentia ſunt trãſigere de falſo inſtrumento, & de crimine falſi tranſigere: Aut ſi hæc differentia non ſunt, ego planè non intelligo quid illud ſit quod ſcriptum eſt *in d. l. de fide.* ei qui de fide inſtrumenti quærat duplicem litigandi viam tributam eſſe, per accuſationem & per priuatam diſcepta-
9 tionem. † Ex eo porrò quod volumus *in l. tranſigere.* verba illa, *citra falſi accuſationem*, de Senatuſconſulti Turpilliani accuſatione intelligi debere, (nam Senatuſconſultum ad eos pertinet qui aut falſa crimina intendunt, aut falſas reorum excuſationes admittunt. *l. 1. D. ad Senatuſconſultum Turpill.*) intelligimus poſteriorem regulam *l. tranſigere*, vt de criminibus ſanguinis pœnam non ingerentib. tranſigere non liceat, ſic accipiendam eſſe, vt de his ne paciſci quidem permiſſum ſit: vt omnino differant crimina ſanguinis pœnam non ingerentia ab aliis de quib. & tranſigere & paciſci licere lex ait. Nempe in Senatuſconſultum Turpillianum incidit nõ tantùm qui tranſigit, ſed etiam qui paciſcitur, aut qui alio modo ab accuſatione deſiſtit. *l. in Senatuſconſultum. 15. eod.* Idque manifeſtius probat *l. de crimine*, quæ de adulterij crimine nec paciſci licere ait, quod tamen non aliam ob cauſam iure vetere obtinebat, quàm quòd de criminib. ſanguinis pœnam non ingerentib. & tranſigere & paciſci non liceret, vt apparet ex eo quod in *d. l. de crimine.* prævaricator dicitur is qui de adulterij crimine paciſcitur. Facit etiam quod Paulus primo Sententiarum ſcribit, de quib. tranſigere non licet, nec paciſci licere. Sanè priuſquam accuſatio inſtituta ſit multùm intereſt an pecunia accipiatur, an liberaliter accuſatio remittatur. Illud fieri non poteſt, hoc verò poteſt. *l. 6. §. pactūſve D. his qui notant. infam. l. mariti. 29. §. plectitur. de adult. l. qui cœtu. 5. §. vlt. D. ad l. Iul. de vi pub.* In quorum locorum interpretatione cæcutientes vulgares interpretes pactum à tranſactione diſtinxerunt, ac pleraq; alia, vt error ex errore ſequitur, contra iuris rationẽ & principia cõmenti ſunt.

ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER III.

CAPVT I.

De natura Prætoriarum cautionalium ſtipulationum.

SVMMARIA.

1 *Prætoriarum ſtipulationum diuiſio.*
2 *Cautionalium ſtipulationum eam eſſe naturam vt præcedentem obligationem nouent ac perimant.*
3 *Explicatur* l. ſed etſi ff. de euict.
4 *Quam actionem nouet damni infecti ſtipulatio quæ cautionalis eſt?*
5 *Ratam rem haberi ſtipulatio an ſit cautionalis, an verò iudicialis?*
6 *Cautionales ſtipulationes cur* inſtar actionum habere *dicantur?*
7 *Cautionales ſtipulationes induere naturam actionum quas nouanter perimunt.*
8 *Iudicialium ſtipulationum natura.*
9 *Communes ſtipulationes quæ dicantur?*

1 PRÆTORIÆ † ſtipulationes, aut iudiciales ſunt, aut cautionales, aut communes. *lege 1. de Prætor. ſtipulat.* Iudiciales Vlpianus diffinit, quæ propter iudicium vt ratum fiat interponuntur, cuiuſmodi eſſe ait ſtipulationes Iudicatum ſolui, & De noui operis nunciatione. Cautionales eas, quæ inſtar actionis obtinent, & vt ſit noua actio intercedunt, vt ſtipulationes De legatis, De tutela, Ratam rem haberi, & Damni infecti. Communes denique illas, quæ ſunt iudicio ſiſtendi cauſa. Ac de iudicialibus quidem ſtipulationibus dubitatio nulla eſſe poteſt, cur iudiciales dicantur: ſcilicet quia propter iudicium interponuntur. Nam & tres clauſulæ quæ continẽtur ſtipulatione Iudicatū ſolui, de iudicato ſoluẽdo, De re defendenda, & Dolū malum abfuturum eſſe, omnes ad iudicij ſecuritatẽ, & confirmationem pertinent. *l. 6. l. ex clauſula. 17. D. iud. ſolut.* Et ſtipulatio quoque de noui operis nunciatione eam conditionem habere dicitur, Si iudicatum fuerit, ſine cauſa aliqua acciderit, neq; res defendetur. *l. ſtipulatio. 21. §. habet de operis noui nunciat.* † Sed de ſtipulationi- 2
bus cautionalibus dubitatio eſt non inelegans, cur proprio nomine cautionales appellantur, cùm ea omnium ſtipulationum communis natura ſit, vt ideò interponantur, quò quis tutior, & ſecurior ſit, vt idem Vlpianus ſcribit in *dicta lege 1. de Prætor. ſtipulat.* Ego ex earum diffinitione, puto rectè colligi & explicari poſſe cur cautionales dicantur. Nempe quoniam intercedunt vt ſit noua actio, vt eſt in Florent. vel ſi vulgatam lectionem ſequi volumus, vt fiat nouatio. Vtriuſque enim lectionis idem ſenſus eſt, huiuſmodi ſtipulationes ideò interponi, vt priſtina actio, quæ ſtipulatori competebat, in ſtipulationem iure nouationis transfundatur, proinde tota ſtipulatoris cautio in ſtipulatione cautionali conſiſtat. Id verò ſingularum cautionalium ſtipulationum exemplis facilè oſtendi poteſt. Stipulatio quæ legatorum, vel fideicommiſſorum nomine interponitur, nouat actionem ex teſtamento, vt qui legatum ſibi relictum ſtipulatus eſt, amplius ex teſta-

mento agere non poſſit, *l. ſi ſub conditione.*23. *D. de ac-
cept.l.ſi Stichum.*8. §. 1. *D. de nouat.* vbi quod dicitur ita
demum nouari actionem ex teſtamento ſi id actum ſit,
nó eò pertinet, vt ſpecialiter id agi neceſſe ſit (hoc enim
noua primùm Iuſtiniani Conſtitutione inductum eſt in
l.vlt.C.de nouat.) ſed vt nouationem ſemper fieri intelli-
gamus, niſi ſpecialiter in contrarium actum ſit, Quomo-
do *in ſeq.*§.ſcriptum eſt, nouationem fieri ſi id actum ſit,
vt nouetur, id eſt, inquit lex, vt Seius debeat, quod Ti-
tius promiſit. Et apertius *in l.dotem.*30. *de iur. dot.* Iure-
conſultus, quod dixerat dotem priore matrimonio da-
tam facto poſtea diuortio non aliter conuerti in poſte-
tius matrimonium, quàm cùm hoc agitur, ſubinde ſic
explicat, duiomodo hoc agi ſemper interpretemur, niſi
probetur aliud conueniſſe. Et de hac fortaſſe nouatione
Papinianus intelligendus eſt *in l. cùm filius.* 76. §. *heres
meus. D.de legat.*2. Sic ſtipulatio Rem pupilli ſaluam fo-
re, tutelæ actionem nouat, & perimit, vt ex ſtipulatu agi
neceſſe ſit. *l.ſi pupillus.*9.*D.de nouat.* Sic ſtipulatio duplæ,
quæ in rerum pretioſarum venditione interponi ſolet,
actionem ex empto nouat, *l.ex empto.*11.§. *qui autem.D.
de action.empt.* in illis verbis, *ſiue ſtipulatio interpoſita eſt,
ex ſtipulatu non tenebitur, ſiue non eſt interpoſita, ex empto*
3 *non tenebitur,* † ex quibus explicandū eſt quod ſcriptum
eſt in *l.ſed etſi.*18. *de euict.ex dupla quoque ſtipulatione vel
ex empto poteſt conueniri.* Nimirum ex ſtipulatione, ſi ſti-
pulatio interuenerit, Ex empto, ſi ſtipulatio, non inter-
uenerit (quod non intelligens Bato, verba illa, *ex empto,*
expungenda eſſe putauit.) Neque enim aliter ex empto
agi poteſt, quàm ſi ex ſtipalatione agi non poſſit. *l.ſi ſer-
uum.*4. *D.de action.empt.* in cuius ſpecie dubitandi ratio
illa erat, cur ex empto agi non poſſe videretur, quòd
dupla promiſſa eſſet. At non ideò minus ex empto agi
poſſe Paulus reſpondit, quia ex ſtipulatione prius agi
non poſſit, quàm emptori aliquid abſit: hæc enim illius
ſtipulationis forma, & conditio eſt. Quòd ſi ex ſtipula-
tione agi poſſet, ex empto proculdubio agi non poſſet,
idque ipſa Pauli ratio demonſtrat. Et quod ait *l.ſi vendi-
tione.*60.*de euict.* venditorē euictionis nomine teneri ad
ſimplam, & ex natura actionis ex empto in id quod in-
tereſt ſi in venditione dictum non ſit, quantùm pro eui-
ctione præſtare eum oporteat, oſtendit manifeſtè inter-
poſita duplæ ſtipulatione ex empto in id quod intereſt
agi non poſſe, licet ſupra duplam interſit. Planè aliarum
rerum nomine de quibus in venditionibus caueri ſolet,
an ex empto agi poſſet, dubitatum fuit. Caſſius negabat
illa, vt veriſimile eſt, ratione, quòd interpoſita dupla ſti
pulatione, nouata, & perempta ſit ex empto actio. At Iu-
lianus, cuius ſententiam Vlpianus probat, deficiente du-
pla ex empto agendum putabat, *d.l.ex empto.*§.*Caſſius.de
act.emp.* Credo, quod in duplæ ſtipulatione contrahen-
tium animus ille eſſe videatur, vt litis duntaxat æſtima-
tionem taxent, non etiam ſi quid præterea interſit. Sic
ſtipulatio qua heres ſub conditione ſcriptus ſubſtituto
cauet nihil ſe ex ea hereditate diminuturū, de qua Pau-
lus tractat *in l.inter omnes.*12.*D. qui ſatiſd.cogant.* & in *l.
Paulus* 8. *de Præt. ſtipul.* actionem ex teſtamento nouat,
vt ſi quid promiſſor ex hereditate diminuerit, iam ex
ſtipulatu, non ex teſtamento teneatur. *d.l.inter omnes,* in
4 iis verbis, *& ſi obtinuerit, committi ſtipulationem.* † De
damni infecti ſtipulatione dubitatio eſſe poteſt, quam
actionem nouet, cùm nulla ſtipulatione interpoſita de
damno facto nulla actio competitura eſſet, vt eleganter
Vlpianus docet *in l.Prætor ait.*7.§.1. *& Caius in l.*6.*D.de
damn.infect.* Sed non ideò minus cautionalis dici debet:
imò eò magis, quòd ea non interpoſita nullo remedio ei
qui damnum paſſus eſſet, cautum eſſe poſſet, vt ſemper
verum ſit in huiuſmodi ſtipolatione totam ſtipulatoris
cautionem conſiſtere. Quòd ſi talis caſus contingat, in
quo citra damni infecti ſtipulationem de damno facto
agi poſſit (vt euenit ſi facto hominis damnum detur, vt
in ſpecie *l.ſi fiſtula.*18.*D.de ſeruit.vrban.præd.* aut ſi is qui
damnum timet, in poſſeſſionem miſſus non ſit admiſſus,
quibus caſibus ſi damnum fiat in factum tenetur is qui
cauere noluit, *l.ſi finita.*§.*vltim. D.de damn.infect.*) inter-
poſita ſtipulatio actionem in factum nouabit, quomodo
intelligi debet, quod ſcriptum eſt in *d.leg. ſi fiſtula ſed &
damni infecti ſtipulari à te potero.* Scilicet vt ſi ſtipulatus
ſim, poſteà in factum agere non poſſim. Eò magis quòd
ſubſidiaria eſt in factum actio, neque cum alia concur-
rere poteſt. Stipulatio, quæ vſusfructus nomine inter
proprietarium & vſufructuarium interponitur, nouat
actionem in rem, quę finita vſufructu proprietario com-
peteret. Denique ſtipulatio de rato, quam Vlpian. inter
cautionales enumerat, nouat condictionem, in cuius lo-
cum interponi dicitur *l.vltim.*§. *vlt. D.ratam rem haber.*
Videtur enim id tacitè inter contrahentes agi, vt condi-
ctio perimatur, & ſola actio ex ſtipulatu ei qui indebi-
tum ſoluit aduerſus procuratorem competat. *l.ſi ſine.*22.
§.*quoties. D.eod.* † Quod ſi ita eſt, quis propitiis auribus 5
eos audiat, qui Vlpianum reprehendunt, aut eos qui ver-
ba illa, *& ratam rem haberi,* ex Vlpiani textu euellūt? At-
qui, inquiunt, ſtipulatio De rato maxima ex parte ad iu-
dicij ſecuritatem & confirmationem pertinet. Ergo iu-
dicialis eſt. Imò iudicialis dici non poteſt, cùm non ideò
interponatur vt iudicium ratum fiat, quin potiùs vt ſibi
ſtipolator conſulat in eum caſum quo iudicium irritum
conſtitueretur. Adeò vt in eius quoque vtilitatem com-
mitti poſſit, cuius interſit iudicium irritum fieri, fortè ſi
condemnatus, falſo procuratori litis æſtimationem ſol-
uerit, neque dominus rem ratam habeat. Neque enim
ſemper ſtipulatio hæc committitur in id quod ſtipula-
toris intereſt ratam rem haberi: ſed in id quoque quod
ipſius intereſt à falſo procuratore deceptum eum non
eſſe, *l.ſi procurator.*18.ibi, *quòd damnatus ſoluit. D.eod.* Ex
his apparet omnium cautionalium ſtipulationum na-
turam illam eſſe, vt præcedentem actionem nouent &
perimant † Reſtat nunc, vt de illo videamus, cur inſtar 6
actionum habere dicantur, *d.l.*1. *Prætor. ſtipulat.l.non ſo-
lum.*20.*rem rat.haber. l.ſi ambo.*10.§. *vlt. de compenſat.leg.
actionis.*37.*de oblig.& action.* An quòd ad inſtar actionum
à Prætore petantur, & dentur ex edicto? Ita nonnulli
putant, quorum ſententia probabilis non videtur. Etſi
enim de ſtipulatione damni infecti verè dicitur, vt non
aliter committi poſſit quàm ſi à Prætore pro tribunali
poſtulata ſit. *l.*4.§ *hoc autem iudicium. D.de damni infect.*
tamen de duplæ ſtipulatione idem dici non poteſt, quā
certū eſt ſine Prætoris iuſſu interponi, vt vel ex eo in-
telligitur quod licet dupla promiſſa non ſit, tamen ex
empto ad duplam agi poteſt. *l.quòd ſi nolit.*31.§. *qui aſſi-
dua.D.de ædilit.edict.* Ac rurſus ſtipulationem Ratam rem
haberi, nemo dixerit ex ſpeciali Prætoris imperio inter-
poni, quam tamen Vlpianus cautionalem eſſe ait. † Igi- 7
tur verius fortaſſe fuerit, cautionales ſtipulationes ob
eam cauſam dici habere inſtar actionum, quòd actionū
quas nouant & perimunt naturam induūt, & vicem re-
præſentant, vt ex omniū enumeratione intelligi poteſt.
Nam legatorū nomine interpoſita ſtipulatio in omnib.
eodem iure cenſetur, quo, ex teſtamento actio, ſi ſupereſ-
ſet, cenſeretur, adeò vt nec in ſtipulatoris heredem pen-
dente conditione tranſmittatur, quoniam nec legatum
tranſmittitur licet conditionalis ſtipulatio tranſmitta-
tur, *l.*1.§.*ſi quis ſub conditione. D.vt leg.vel fideicom.nomin.
caueat.* vbi additur huic ſtipulationi eaſdem cauſas &
conditiones ineſſe, quæ actioni ex teſtamento: proinde
ſi qua ſit exceptio, quæ petenti legatum opponi ſoleat,
eandem quoq; ex ſtipulato agenti opponi poſſe. Vnde fit
vt ſi ſerui legati nomine legatarius ſtipuletur fugitiuū
eum non eſſe præſtari, nihil veniat in ſtipulationē, quia
qualis ſit, talis ex teſtamento præſtari debeat. *l. ſi legati.*
56. *de legat.* 1. Sic ſtipulatio Rem pupilli ſaluam fore
quemadmodum tutelæ actionem nouat, ita ipſius natu-
ram induit vt prius ex ea agi non poſſit, quam tutelæ
agi poſſet ſi interpoſita ſtipulatio non eſſet: & ex quibus
cauſis

cauſis tutelæ agi non poſſet, ex iiſdem neque ex hac ſtipulatione agi poteſt, *l.1. l.4. generaliter. D. rem pupill. ſalu. ſer.* Quo etiam pertinet *l. cùm pupillus. 9. D. eodem.* in qua ſic Pomponius argumentatur, vt oſtendat ea omnia quæ in tutelæ iudicium veniunt, in hanc quoque ſtipulationem venire. Proinde tutorem qui in reſtituenda tutela aliquandiu moram fecit, fructuum nomine & vſurarum medij temporis teneri, vt in *l. ſeq.* Africanus ait: non alia ratione quam quòd hæc actionis tutelæ, quæ bonæ fidei eſt, natura ſit: licet in actionem ex ſtipulatu nec fructus nec vſuræ veniant niſi poſt litem conteſtatam. *leg. videamus. 38. §. ſi actionem de vſur.* Et hoc eſt quod Iureconſul. ait in *l. aliam. 29. D. de nouat.* petere priuilegium tutelæ, ſi poſt pubertatem tutelæ actio nouetur: vt intelligamus facta nouatione per ſtipulationem Rem pupilli ſaluam fore, quæ ante pubertatẽ interponitur, *l.1. l. ſeruum. 6. D. rem pupill. ſalu. ſer.* non ideò tamen tutelæ priuilegium perire. Idémq; de duplæ ſtipulatione, & aliis cautionalibus omnib, dicendum eſt, vt inſtar eius actionis habeant in cuius locum interponuntur: propter quam cauſam in *l. non ſolum. 20. D. rem rat. hab.* dicuntur repræſentare vicem actionum. Et in eam rem textus eſt perelegans in *l. vlt. ff. eod.* vbi Africanus ait ſtipulationem Ratam rem haberi, interponi in locum conditionis, & ideò ſtipulatione teneri eum, qui, ſi ſtipulatio interpoſita non eſſet,
8 condictione teneretur. † Iudicialium ſtipulationum alia natura eſt, quæ non aliam ob cauſam interponuntur, quàm vt iudicium ratum fiat, nõ etiam vt noua actio ſit, & vetus perimatur. *l. ſi Stichum. 8. §. idem Celſus. ff. de no-*
9 *uat.* † Ex quo apparet quænam communes ſtipulationes dicantur: Eæ ſcilicet, quæ non ſolùm ad iudicij ſecuritatem, & confirmationem pertinent, ſed etiam priorem actionem nouãt, & perimunt. Cuiuſmodi eſſe Vlpianus ait ſtipulationem Iudicio ſiſti. *d. l. 1. de Prætor. ſtipul.* Efficit enim vt quod priſtina actione petebatur, ex ipſa ſtipulatione præſtandum ſit, ſiue in duplum eſſet actio, ſiue tripli, aut quadrupli, *l. 2. §. vltim. cum l. ſeq. ff. qui ſatiſd. cogant. l. vlt. ſi quis in ius vocat. non ier. l. quoties. 91. de verb. obligat.* Ac præterea propter iudicium interponitur, vt ipſa ſtipulationis verba demonſtrant. Malè tamen id nonnulli probant ex *l. ſi eum 10. §. qui iniuriarum ff. ſi quis cautio.* vbi quod dicitur, hanc ſtipulationem dari propter ipſam rem non ſic accipi debet vt propter iudiciũ detur: ſed propter iniuriam: ſequitur enim, *iniuriarũ autem actio heredi non competit.* Senſus verò eſt, non poſſe heredẽ agere ex ſtipulatione interpoſita propter actionem iniuriarum, quoniam nec iniuriarum agere poteſt, nec ipſi ſtipulatori, ſi vellet, omiſſa iniuriarum actione ex ſtipulatu agere permitteretur. Scilicet quoniam hæc ſtipulatio communis eſt, nec tantum iudicialis ſed etiam cautionalis, & ideò actionem iniuriarum propter quam interponitur, ſic repræſentat, vt quemadmodum illa, ita hæc neque heredi, neque aduerſus heredem competat.

Capvt II.

Valde corruptam eſſe l. In hoc. 14. D. commun. diuid.

SVMMARIA.

1 *Quibus caſibus impenſæ communi nomine factæ per actionem communi diuidundo repetantur?*
2 *Obſcuram eſſe Pauli illationem in verbis,* quæ cùm ita ſint. d. l. 14.
3 *Nec directum nec vtile iudicium communi diuidundo ei competere qui rei communis partem alienauit.*
4 *Nota ad* l. ſi quis putans. ff. communi diuid.
5 *Reijcitur interpretatio dicti verſiculi* quæ cùm ita ſint. *ab Accurſio propoſita.*
6 *Reſtitutio verborum quæ in* d. l. 14. *corrupta videntur.*
7 *Cur impenſas nec communi diuidundo Iudicio, nec negotiorum geſtorum actione repetat qui fundum communem alienauit.*
8 *Additur linea integra in* d. l. 14. verſic. ſed diuerſum.
9 *Deeſſe in Pandectis Florentinis mediam lineam in* leg. muto. 6. §. 1. ff. de tutel. & in l. quid ergo. 90. ff. de leg. 1.

NOn † ſemper impenſæ in rem communem factæ 1 iudicio Communi diuidundo repetuntur, ſed ita demùm ſi communi nomine factæ ſint, hoc eſt, ab eo, qui ſciuit ſe ſocium habere. *l. in hoc iudicium 14. D. commun. diuid.* Impenſæ igitur factæ à ſocio, qui fundum ſuum proprium eſſe exiſtimabat, iudicio Communi diuidundo repeti non poſſunt: At quoniam ſi vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli mali retineri poſſent, *leg. ſumptus 48. de rei vindic.* & doli mali exceptio bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur, *l. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum. de leg. 1. l. ſed & ſi. 21. D. ſolut. matrim.* magis eſt vt ſi cum ſocio qui impenſas fecit agatur Communi diuidundo, æquitate ipſius iudicij eas retinere poſſit, quia bonæ fidei iudicium eſt Communi diuidundo. Hinc fit vt ſi partem ſuam alienauerit ſocius, qui impenſas fecerat, quoniam cum eo Communi diuidundo agi non poteſt, nihil habeat vnde impenſas retinere poſſit: Emptor tamen, quemadmodum ſi rei vindicatione conueniretur, impenſas à venditore factas per doli exceptionem retinere poſſet, ita ſi Communi diuidundo iudicio conueniatur, ipſius iudicij æquitate eas retinere poterit. *d. l. in hoc iudicium.* In qua ſequitur, *Quæ cùm ita ſint, rectiſſimè dicitur etiam impendiorum nomine vtile iudicium dari debere mihi in ſocium etiam manente rei communione.* † Hic illud 2 primùm explicari non poteſt, qua ratione Paulus ex præcedentibus inferat impendiorum nomine actionem dari ſocio qui impenſas fecit in fundum communem, quem ſuum proprium eſſe exiſtimabat, cùm potius ex iis quæ prius dixit, & quæ mox ſubiicit, appareat, nec directum, nec vtile iudicium dandum eſſe ei qui in fundum communem quaſi in proprium impenſas fecit, (de quo Paulum loqui ex principio legis apparet) quoniam eo animo non fecit vt ſibi aliquem obligaret. *l. ſi quis cum. 29. D. eod.* † Deinde abſurdum videtur iudicium Com- 3 muni diuidundo ei dari qui rei communis partem alienauit, cùm neque directum competere poſſit ſublata communione, neque vtile ex æquitate dandum ſit ei cuius facto res communis eſſe deſiit, licet aduerſus eum dari poſſit *l. ſi quis putans. 6. in princip. D. eod.* † in cuius ſpecie obſeruandum eſt ſumptus in rem communem factos eſſe ab eo, qui communem eſſe ſciebat, ſed in ſocij perſona labebatur, quo caſu vtile eſt iudicium Commu- 4 ni diuidundo ei, qui ſumptus eo animo fecit, vt ſibi aliquem obligaret, *d. l. in hoc iudicium. & l. ſi quis cum. D. eod.* Ergo quod Paulus ait in *dict. verſic. quæ cùm ita ſint,* neque ex ſuperioribus inferri poteſt, neque ex iuris ratione verum eſt. † At nec *Accurſij* interpretatio placet, 5 exiſtimantis Paulum in *d. verſic. quæ cùm ita ſint,* caſum, vt ipſe loquitur, mutare, & incipere de illo dicere, qui in fundum communem impenſas fecit quem ſibi cum alio communem eſſe ſciebat, ſed cum quo communis eſſet, ignorabat. Nam in præcedentibus nihil eſt ex quo id colligere poſſimus, & ridiculum videtur mutationem caſus comminiſci in iis verbis, *quæ cùm ita ſint,* in quibus ex contrario manifeſtum eſt, Paulum aliquid ex præcedentibus inferre: Ac præterea interpretatione *Accurſij* admiſſa defendi non poterit quod Paulus ait, vtile iudicium ſocio dandum eſſe qui fundi, quem communem eſſe ſciebat, partem alienauit. Licet enim eo animo impenſas fecerit vt ſibi alium obligaret, non ideò tamen vtile iudicium Communi diuidundo habere poteſt, cùm ipſe fecerit vt res communis eſſe deſierit, ſed tantum negotiorum geſtorum. *dict. leg. in hoc iudicium. verſic. diuerſum. in fin. dict. leg. ſi quis cum.* vbi dicitur iudi-

cium communi diuidundo mihi ſufficere, quia non negotium ſocij gero, ſed propriam rem tueor, oſtendit negotiorum geſtorum agere non poſſe cum iudicium Cõmuni diuidundo ſufficit. *l. ſi quis putans. §. caterum eod. l. ſi communes. 40. D. de negot. geſt. l. Pretor. 9. §. generaliter. D. de reb. author. iudic. poſſid.* At rurſus manente rei communione ſocius qui impenſas fecit negotiorum geſtorum agere non poteſt, ſed Communi diuidundo. *d. verſic. diuerſum.* in illis verbis, *quia in ea cauſa fuit, vt mibi actio dari deberet.* Nullo igitur caſu verum eſſe poteſt quod

6 Paulus ait, ſocium aduerſus ſocium vtile iudicium habere, etiam manente rei communione. † Quare non dubito quin totus hic Pauli locus valde corruptus ſit, ac primum ita reſtituendus, vt in illis verbis, *vtile iudicium dari debere*, addita negatione ſic legamus, *dari non debere.* Moueor quod ei qui dum proprium fundum exiſtimat impendia fecit, neque directum, neque vtile, neque negotiorum geſtorum, neque Communi diuidundo iudicium dari poteſt, cum ſibi neminem obligare voluerit, *d. l. in hoc iudicium, & d. l. ſi quis cum.* quæ eiuſdẽ Pauli eſt. Deinde quia ſecundum receptam lectionem verba illa *etiam manente rei communione*, oſtendunt multo magis dandum eſſe vtile iudicium ſublata communione, quod falſum eſt, & ex iis ipſis quæ prius Paulus dixit, omnino

7 refellitur. † Cùm enim ratione impenſarum, quas venditor fecit in fundo, quem ſuum proprium eſſe exiſtimabat, competat emptori retẽtio, vt proximè Paulus dixit, rationis eſt vt eas venditor petere non poſſit, neque directo iudicio Communi diuidundo, quia ſublata cõmunio eſt, neque vtili, quod ex æquitate datur, non ſolùm quoniam ipſius facto ſublata eſt communio, ſed etiam quia iniquum ſit ſocium eaſdem impenſas duobus præſtare: venditori ſcilicet, & emptori cui retentione cautũ eſt. Quæ ratio facit vt venditori non tantum Communi diuidundo, ſed etiam negotiorum geſtorum actio denegetur. Nam quod in eadem lege Paulus ait ei dandam actionem negotiorum geſtorum, illo caſu verum eſt quo impenſæ factæ ſunt ab eo, qui fundum communem eſſe ſciebat. Rurſus illo caſu, quo emptori impenſarum nomine retentio non competit, cui ſcilicet fundi tantùm pars vendita eſt. Vix enim eſt vt totum fundum vendat is, qui ſe fundi partem duntaxat habere intelligat, quomodo *Accurſius* rectiſſimè interpretatur. Cui non obſtãt verba illa, *etſi abalienauero prædiũ*, cùm prædij pars quælibet rectè prædium dicatur, *l. planè vbi. 34. §. vlt. de leg. 1. l. dotale. 13. §. 1. D. de fund. dotal.* Quemadmodum ex diuerſa illa. *ſi alienauero partem meam, in verſic. caterum.* ſic neceſſariò accipienda ſunt, ſi totum fundum, quem meũ proprium eſſe exiſtimabam, alienauero, cuius tamẽ pars duntaxat mea erat. Alioqui fundi tantùm parte alienata, ſiue is pro indiuiſo communis erat, ſiue pro diuiſo, nullam emptor pro impenſis in meam factis retentionem habere poteſt, quemadmodum nec eam partem ſocius meus vindicare. Sequitur apud Paulum, *etiam manente rei communione.* Quibus verbis ſecundum noſtram emendationem proponit caſum magis dubitabilem de ſocio qui rem communem, quam propriam eſſe putabant, non vendidit, vt nihilominus nulla ei actio competat. Cuius ſententiæ rationem ſtatim non aperit, ſed tacitè obiectionem quandam diluit, ex qua ſententiæ huius ratio facilè intelligi poteſt. Ait autem, *Diuerſum eſt enim cùm quaſi in rem meam impendo quæ ſit aliena aut communis.* Hic verò manifeſtiſſimus error eſt cùm in ſuperioribus de illo tantùm Paulus locutus ſit, quaſi in rem ſuam im-

8 pendit quæ communis erat. † Nec planè video, quomodo corrigi poſſit, niſi integram lineam addamus, & ſic legamus:

Diuerſum eſt enim cùm quaſi
in rem alienam aut communem, & cùm quaſi
in rem meam impendo, quæ ſit aliena aut communis.

Vt ſenſus ſit, multum intereſſe vtrum quis impendat, quaſi in rem alienam, aut communem, an verò quaſi in rem ſuam, quæ ſit aliena, aut communis. Hoc enim caſu, id eſt, inquit Paulus, vbi quaſi in rem meam impendo (quod adiici neceſſe non fuiſſet, ſi ita Paulus ſcripſiſſet, *diuerſum eſt enim cùm quaſi in rem meam impendo*) me retentionem duntaxat habere, quia mihi neminem obligare volui. At cùm puto rem Titij eſſe quæ ſit Mæuij, aut eſſe mihi communem cum alio quàm eſt, quoniã id ago vt alium mihi obligem, me actionem quoque habere, ſcilicet Communi diuidundo manente communione, vel negotiorum geſtorum ſublata communione. Ita namque explico quod ſequitur, *& ſicut negotiorum geſtorum actio datur mibi aduerſus eum cuius negotia curaui, cùm putarem alterius ea eſſe: ita & in propoſito igitur*, (Sic enim & rectius vnico contextu in quibuſdam libris legitur) *etſi alienauero prædium danda mihi erit vt Iulianus quoque ſcribit negotiorum geſtorum actio*, quia tempore alienationis in ea cauſa fuit prædium vt mihi actio dari deberet, ſcilicet communi diuidundo. *d. l. ſi quis cum eod.* Non ſufficiente actione Communi diuidundo quod contingit, ſublata communione facto illius qui impenſas fecit, neceſſariò ad actionem negotiorum geſtorum recurrimus. Etſi autem plæriſque minus probabile videbitur integram lineam, in Florentinis potiſſimùm, Pandectis deeſſe, error tamẽ probabiliſſimus eſt propter duplicis lineæ ſimile principium & ſimilem finem. Neq; id iis nouum erit qui infinitis Pandectarum Florentinarum locis ſimiles errores obſeruarunt, † Nam & in *l. muto. 9. §. 1. D.* 9
de tutel. ſimili errore quo in *d. l. in hoc iudicium.* cùm ſcriptum eſſet, *quàm*
ſi ſatis dederit, hoc eſt non aliter ei gerere permittendũ quàm
ſi rem ſaluam fore cauerit.
media linea à Florentino librario prætermiſſa eſt. Sic denique, ne videamur in ſimilib. erroribus conquirendis, qui paſſim occurrunt, diligentes videri, in *l. quid ergo. 90. de leg. 1.* nemo non videt malè in Florentinis integram lineam deeſſe, & ex aliis codicibus ſic legendum eſſe, *Planè ſi pluribus filiis inſtitutis in eos verbis legatorum bona diuiſerit, voluntatis ratione, legatorum actio, &c.*

CAPVT III.

Nouationem iure Digeſtorum quibuſdam caſibus non aliter fieri, quàm ſi id ſpecialiter expreſſum ſit.

SVMMARIA.

1 *Quibus coniecturis veteres iuris authores nouationem ex veriſimili ſtipulantium voluntate interceſſiſſe putauerint?*
2 *Nouationem iure vetere etiam tunc interceſſiſſe quum id tacite actum eſt vt nouatio fiat.*
3 Et *pro* aut *ſubſtituitur in* l. hominem. 32. ff. de nouation.
4 *Legem* ſæpe. 53. de V.S. *ad legis aut edicti interpretationem non ad hominum conuentiones pertinere.*
5 *Emendatio & explicatio* l. ſi is cui ab. ff. de nouat.
6 *Nouationem aliquando ex mente contrahentium etiam repugnantibus Scripturæ verbis factam cenſeri.*
7 *Interpretatio* d. l. ſi is cui 26. de nouat. *ab Accurſio allata reijcitur.*
8 *Caſus quibus non aliter iure antiquo fiebat nouatio quàm ſi id ſpecialiter actum eſſet.*
9 *An nouatio facta cenſeatur ſi in poſteriore ſtipulatione tantundem ſit quantum in priore?*
10 *Duplici actione repetitioni dotis iure Digeſtorum conſultum fuiſſe.*

IVris veteris regula fuit, non aliter nouationem fieri, quàm ſi inter contrahentes id actum ſit. *l. 1. D. de noua.* Ad quam Iuſtinianus addidit in *l. vlt. C. eo.* vt numquam id

id videatur agi, niſi cùm expre[illegible]ſè [illegible]ctum [illegible]ſt. Plerumque
enim iore vete[illegible]e facti quæſtio [illegible] l[illegible]quebatur an id m[illegible]
coo[illegible]rahentes [illegible] [illegible]n eſſet vt n[illegible]uatio fieret, néene, qu[illegible]s
1 iuris veteris [illegible]mbiguitates Iuſtinianus appell[illegible]t. † Erant
verò coniecturæ quædam, ex quib. veteres iuris autores
nouationem ex verti[illegible]nili ſtipulantium voluntate intro-
ducebant vt ſi poſteriore ſtipulatione amplius quàm
priore contineretur, vel ſi mutata debitoris perſona cre-
ditor quod ſibi à Titio debebatur, à Sempronio ſtipola-
retur. *§. pratoria. Inſtit. quib. mod. tollit. oblig* Vnde Vlpianus
in *l. ſcire debemus. 29. de verb. oblig.* ait nouationem non
fieri ab eo qui decem debebat, poſtea decem & quinque
ſtipuler, qooniá tot ſint ſtipulationes quot ſummæ ſint,
iodéq; fiat vt poſterior ſtipulatio priore vberior & ple-
nior non ſit. Ergo ſit ab eo qui decem debebat, quinde-
cim ſtipuler, dicendum eſt ex Vlpiani ſententia nouari
præceden[illegible]m obligationem, & in ſequentem transfun-
di. Sic Iulianus in *l. qui vſumfructum. 58. eod.* nouationem
fieri ait, ſi is qui vſum vel iter ſtipulatus erat, poſteà fru-
ctum vel actum ſtipuletur: quia poſteriore ſtipulatione
amplius quàm priore contineatur. Rurſus cùm quod
mihi Titius debet, à Sempronio ſtipulor, id tacitè agi
videtur vt nouatio fiat, hoc eſt vt Titius liberetur, &
ipſius obligatio in Sempronij perſonam transferatur. *l.
vlt. § vlt. D. de nouat.* Quam ob caoſam eleganter Celſus
dicebat in propoſita ſpecie nouationē ita demùm fieri,
ſi id actum ſit, vt nouetur, id eſt, inquiebat ille, vt Sem-
proius debeat quod Titius promiſit, *l ſi Stichum. 8. §. ſi
quis ita. D. eod.* quaſi differentia non ſint id agi, vt Sem-
pronius debeat quod Titius promiſit, & id agi vt noua-
2 tio fiat. † Quod igitur pleriſque Digeſtorum locis ſcri-
tum eſt, ita demùm nouationem fieri ſi id actum ſit, non
ſic accipiendum eſt vt expreſsè id agi neceſſe ſit (hoc
enim ad Iuſtiniani Conſtitutionem pertinet) ſed vt taci-
tè id agi videatur niſi contrarium expreſsè actum ſit. *d.
l. ſi Stichum. 8. §. 1. iuncta l. 1. de Prater. ſtipul.* (de qua pri-
mo huius libri capite diximus) *l. dotem. 30. D. de iur. dot.
l. te hominem. 32. de nouat.* in qoa Paulus rationem reddēs,
cur ſi cùm tu hominem, & Seius decem mihi debeat,
ego ab olio ſtipoler nouandi cauſa, quod te & Seium
mihi dare oporteat, vtraque tua ſcilicet, & Sej obligatio
noueiur: Reſpondet qooniam vtraq; in poſteriorem ſti-
3 pulationem deducta ſit. † Qua ea ratione, vt hoc quoq;
adnotemus, apparet in illis verbis, *quod te, aut Seium*, le-
gendum eſſe *&* pro *aut*: cùm manifeſtum ſit, in alterna-
tiua ſtipulatione vtramque rem non contineri niſi ha-
ctenus, vt alterutra præſteror, non etiam ex vtraque peti
poſſit. Et ideò Marcellus, cuios ſententiam Vlpianus re-
fert, & probat in *d. l ſi Stichum. 8. §. ſi decem. eod.* rectè pu-
tabat in propoſito caſu, neque te, neque Seium liberari:
ſed in poteſtate promiſſoris eſſe vtrum liberate malit.
Idque *Accurſius* nōn negat, neque tamen *&* pro *aut* le-
gere audet, ſed inepta interpretatione, *aut* pro *&* ſcri-
4 ptum eſſe ait. † quam in rem abutitur *l. ſape. 53. de verb.
ſignific.* in qua, quod dicitor coniunctionem pro diſion-
ctione, & viciſſim diſiunctiooem pro cooiunctione ſæ-
pe accipi, ad legis aut edicti interpretatiooem pertinet,
non ad hominum conuentiones, in qoibos, quoniam
duorum cōſenſu perfiniuntur, coniuncta pro diſiunctis,
aut diſioncta pro coniunctis accipi non poſſunt, niſi ma-
nifeſta illa ſit contrahentiom voluntas. *l. pen. in fin. C. de
verb & rer. ſignific.* Alioqoi dicendum erit, nihil intereſſe
an in ſtipulatione aliove contractu dictum ſit, *aut*, vel *&*,
quod abſurdum eſt, pugnatque cum *l. inter ſtipulantem.
83. §. ſi ſtipulante. D. de verb. oblig.* ac aliis innumeris iuris
5 locis. † Sic & in *l. ſi is cui. 26. D. de nouat.* eundem erro-
rem ineſſe ſuſpicor in illis verbis, *quod ille, aut quod ille
debeat*, in quibus etiam *&* pro *aut* legendum eſſe arbi-
tror, licet *Accurſius* diſſentiat. Etſi enim idem in ea ſpe-
cie Celſus reſpondere videtur, quod Marcellus in *d. l. 8.
§. ſi decem eod.* nimirum vt neutra ex prioribus obliga-
tionibus perempta ſit, ſed in ſecundi promiſſoris pote-
ſtate ſit, vtram peremptā v[illegible]lit (& hoc eſſe videtur quod
Accurſium fefell[illegible], errorique cauſ[illegible] d[illegible]t tamen ſi ſe-
quentia inſpicias non idem a Cel[illegible] quod à Marcello
reſponſum eſſe fat[illegible]ber[illegible]. Nam apud C[illegible]um [illegible]uitur,
ita demum in poteſtate A[illegible] eſſe pro quo ve[illegible] ſoluere,
ſi fingamus ita actum fuiſſe vt alterutrum daret. A[illegible]o-
quin, inquit, vtrumque ſtipulatus videtur, [illegible] vtrumque
nouatum ſi nouandi animo hoc fiat. Quis verò d[illegible],
ea ſtipulatione *quod ille aut quod ille debet*, vtrumque
quod ille, & ille debet contineri[illegible] Atqui, inqui[illegible]s, illud
quoque dici non poteſt ita concepta ſtipulatione *quod
ille, & quod ille debet*, neutrum nouari, & in po[illegible]teſtate
promiſſoris eſſe vtrum ex debitoribus liberare malit.
Nam apertè Caius repugnat in *l. vlt. §. 2. 1. eod.* [illegible] 6
nihil præterea proponatur. Sed ſi fingamus ita actum,
vt promiſſor alterutrum duntaxat daret, [illegible]dum non
erit ſcripturam ad contrahentium voluntatem accom-
modari. Quemadmodum ex contrario, ita concepta ſti-
pulatione *quod ille, aut quod ille debet*, ſi fingamus ita in-
ter contrahentes actum vt vtrumq; detur, dubitandum
non eſt vtramq; ſtipulationem nouari, licet ſtipulationis
verba repugnare videantur. Sēper enim in ſtipulationib.
cæteriſq; contractib. ſequimur id quod actum eſt, *l. ſem-
per. 34. de reg. iur.* At cùm iſta ſtipulatus ſum, *quod ille, aut
ille debet*, fingendum non eſt ita actum alterutrum detur,
cùm ex ipſis ſtipulationis verbis id actum eſſe manife-
ſtè appareat. † Et ridiculè *Accurſius*, quod lex ait, *alio- 7
quin*, ſic interpretatur, *ſi hoc fingamus actum vt vtramque
det.* Ineptè enim ſubiicerentur verba illa, *vtrumque ſtipu-
latus videtur*. Sic igitur Caius intelligendus eſt, vt in pro-
poſita ſtipulatione niſi fingamus ita actum vt promiſ-
ſor alterutrum daret, ſtipulator vtrumque ſtipulatus vi-
deatur, quòd tum demùm verè d[illegible]citur cùm ſtipulatus
eſt, *quod ille, & quod ille debet. d. l. te hominem, & l. vlt. §. vlt.
de nouat.* (Eodem errore in *l. cum in fundo § vlt. de iur. dot.*
puto ſcriptum *aut* pro *&* in illis verbis, *promiſit, aut ſol-
uit.*) Porrò quo caſu ſtipulator vtrumq; ſtipulatus fuiſſe
videtur, vtrumque etiam nouaſſe i[illegible]telligitur. *d. l ſi is qui.*
in qua quod additur, *ſi nouandi animo hoc fiat*, ita inter-
pretandum eſt, ſicut diximus, vt nouandi animo fieri vi-
deatur niſi contrarium expreſsè actum ſit, *d. l. vlt. §. vlt.*
† Ex his verò quæ toto hoc cap. ſcripſimus, apparet 8
plæriſque caſibus iure Digeſtorum contingere potuiſſe
vt nō aliter nouatio fieret quàm ſi id ſpecialiter actum
eſſet: Iis ſcilicet, quibus nihil erat ex quo colligi poſſet,
eam contrahentium voluntatē fuiſſe, vt nouatio fieret.
Fortè, ſi poſteriore ſtipolatione minus quàm priore cō-
tineretur: vt in ſpecie *l. qui vſumfructum. 58. de verb. oblig.*
vbi Iulianus ſcribit eum qui ſtipulatur actum, deinde
iter: vel fructum, deinde, vſum, nihil agere niſi ſe nou[illegible]n-
di animo ita facere ſpecialiter expreſſerit. Nimirum
quia minus eſt in vſo quam in fructo: minus in itinere,
quàm in actu. Adeò autem verum eſt poſteriore ſtipu-
latione qua minus continetur, priorem oon nou[illegible]ri, vt
etſi delegatus ſit is qoi minus promiſit ab eo qui anteà
plus promiſerat, nouatio tamen non fiat. *leg. cum qui.
56. ſi à te. D. de verb. oblig.* vbi tamen eadem exceptio
addi poteſt, quæ in *dict. leg. qui vſumfructum.* additur, niſi
ſtipolator nouandi animo ſe ab alio ſtipulari ſpeciali- 9
ter expreſſerit. † Quòd ſi in poſteriore ſtipulatione
tantumdem ſit, quantum in priore, moltum intereſ-
ſe dicendum eſt an idem in vtraque ſtipulatione pro-
miſſor ſit, an verò delegatus ſit is qui ſecunda ſtipu-
latione promiſit. Priore caſu nouatio non fit niſi id
ſpecialiter expreſſum ſit. *dict. leg. ſcire. 29. eod.* Poſteriore
verò nouatio fit. *dict. leg §. ſi quis ita. de nouat.* Sic in *leg.
aliam. 29. eo.* Paulus ait poſt pubertatem tutelæ actio-
nem nouari, itémque poſt diuortium actionem de
dote, ſi id ſpecialiter actum ſit. Quoniam veriſimi-
le non eſt mulieris quæ poſt diuortium à marito do-
tem ſtipulatur, vel pupilli qui poſt pubertatem à tu-
tore, voluntatem illam eſſe vt actio de dote, vel tu-

tulæ nouetur, & in ſtipulationem transfundatur: cùm
iis longè conſultius ſit agere de dote, vel tutelæ, quæ
bonæ fidei actiones ſunt, quàm ex ſtipulatu quæ ſtricti
iuris eſt: Multa namque priuilegia babet actio de dote,
itémque tutelæ, quæ actio ex ſtipulatu non habet. Hinc
verò perenda ratio eſt eius quod ex Proculi ſententia
Pomponius ſcribit in *l. ſi diuortio. 21. de verb. oblig.* mu-
lierem quæ centum duntaxat in dote habebat, ſi diuor-
tio facto ducenta dotis nomine ſtipulrtur, centum dun-
taxat ex ſtipulatu petere, alia centum actione de dote
10 deberi. † Duplex enim fuit iure Digeſtorum ad repeti-
tionem dotis comparata actio, vna quæ rei vxoriæ, ſeu
De dote dicebatur, & bonæ fidei erat, §. *fuerat. Inſtit. de
action. l. in bona. 36. D. de pecul. l. ſed & ſi. 21. D. ſolut. ma-
trim.* altera ex ſtipulatu ſtricti iuris ante nouam Iuſtinia-
ni Conſtitutionem *l. vnic. C. de rei vxor. action.* Nemo au-
tem dixerit mulierem quæ bonæ fidei actione De dote
tuta eſt, ex ſtipulatu id agere vt bonæ fidei actio in ſtri-
ctam transfundatur. Quæ ratio facit, vt ſi dos ex ſtipu-
latu debita fuerit marito, fortè promiſſa ab extraneo
(nam promittendo dotem omnes obligantur. *l. promit-
tendo. 41. de iur. dot.*) eámque maritus ab vxore ſtipule-
tur, nouatio fiat, neque dos dupletur, vt Vlpianus ait in
d. l. ſi Stichum. 8. §. vlt. D. de nouat. Nimirum quoniam
actio ex ſtipulatu, ex qua primùm dos debebatur, vbe-
rior non erat ea quæ ex Poſteriore ſtipulatione compe-
tit: perſonæ autem mutatio efficit vt interpretemur ſti-
pulatorem nouandi animum habuiſſe, & à priore obli-
gatione recedere voluiſſe. Idem de tutelæ actione di-
cendum eſt, vt poſt pubertatem non nouetur, niſi id
ſpecialiter exprimatur, quia non ſit veriſimile priuile-
gium actionis tutelæ amittere voluiſſe eum, qui à tuto-
re ſtipulatus eſt. Quod ſi ante pubertatem ſtipulatus ſit,
quoniam ex ſtipulatu actio, tutelæ actionis naturam in-
duit, & repræſentat, iiſdémque priuilegiis, & præſtatio-
nibus gaudet, fit vt tutelæ actionem nouet etiamſi id
ſpecialiter non exprimitur, quemadmodum primo hu-
11 ius libri capite explicauimus. † Simile etiam eſt quod
ait *l. ſi rem 31. §. ſi duo. de nouat.* correum ſtipulandi, poſt
contractam obligationem ſtipulantem à reo promit-
tendi poſſe cum nouatione liberare ab altero correo
ſtipulandi cùm id ſpecialiter agit. Quia niſi ſpecialiter id
agat vt nouatio fiat, non poteſt videri eo animo ſtipu-
lari vt nouet: at potius dicendum eſt inutilem eſſe po-
ſteriorem ſtipulationem, qua illud ipſum promittitur,
quod iam debebatur. *l. qui bis. 18. de verb. oblig.* Planè ſi
correus ſtipulandi creditori ſuo delegauerit reum pro-
mittendi, apparet id actum eſſe vt nouatione debitor li-
beraretur, *d. §. ſi duo. in fin.* vt non ſit neceſſe id ſpeciali-
ter agi quia id actum eſſe ex ipſa delegatione intelligi-
tur. At cùm nihil eſt ex quo nouandi animus colligi
poſſit, vt cùm correus ſtipulandi id ipſum ſtipulatur
quod iam ſtipulatus erat, rectiſſimè dicitur nouationem
ita demùm fieri, ſi id ſpecialiter actum, hoc eſt dictum
12 ſit. † Quæ cùm ita ſint, eorum obſeruatio reiicienda
eſt, qui tribus illis Digeſtorum locis, hoc eſt in *leg. qui
vſumfructum. 58. de verb. oblig. l. aliam. 29. l. ſi rem. 31. §. ſi
duo.* à Triboniano addita putant verba illa, *ſi id ſpeciali-
ter actum eſt*: quæ nos oſtendimus ab ipſis Iureconſultis
prætermitti non potuiſſe: & quibus locis prætermiſſa
ſunt, ex iuris ratione omnino ſubintelligi debere.

Capvt IV.

Herede poſt aditam hereditatem reſtituto in integrum, ſubſtitutioni locum fieri.

SVMMARIA.

1 *Bartoli ſententia ſuper hac quæſtione retinetur.*
2 *Soluuntur argumenta contra Bartoli ſententiam allata.*
3 *Filium etiam abſtinentem, nomine tamen heredem patris eſſe.*
4 *Hereditatem adita, deinde per abſtentionem vel per reſtitutionem omiſſam pro adita non haberi.*
5 *Diſtinctio à Doctoribus inter abſtentionem & reſtitutionem in hac quæſtione propoſita improbatur.*
6 *Ratio dubitandi & decidendi in* l. 6. §. ſi filius. ff. de bon. libert.
7 *Patrono nunquam tantum indulgeri vt in eius fauorem à iure communi recedatur.*
8 *An cùm minor annis poſtquàm ex parte heres extitit, reſtitutus eſt, eius partis onus coheres ſuſcipere cogatur.*
9 *Reſponſio ad* l. ait Prætor. §. ſed quod Papinianus. ff. de min. *quæ contra Bartoli ſententiam facere videtur.*
10 *Reſpondetur ad alteram obiectionem* ex l. vltim. de ſucceſſor edict. *petitam.*
11 *Diſtinguendum eſſe in propoſita quæſtione inter legitimam & teſtamentariam hereditatem.*

ANceps dubitatio eſt de qua in vtramque partem
diſputari probabiliter poteſt, An ſi heres inſtitu-
tus, cui ſubſtitutus datus eſt, hereditatem adierit, túmque
ætatis beneficio reſtitutus ſit, ſubſtitutio, quæ heredita-
tis aditione euanuerat, in integrum reſtitutione conua-
leſcat. † *Bartolus* conualeſcere credidit, cuius ſenten- 1
tiam veteres ferè omnes interpretes ſequuntur. At re-
centiores improbant, & fiſcum tanquam ad bona va-
cantia admitti contendunt. Mihi opinio Bartoli longè
probabilior videtur. † Etſi enim dici ſolet, quod illi 2
obiiciunt, poſt aditam hereditatem vulgares ſubſtitutio-
nes expirare. *l. poſt aditam. 5. C. de impub. & aliis ſubſtit.*
abſurdum tamen videtur, & contra teſtatoris volunta-
tem aditam hereditatem interpretari, eam quæ poſt im-
petratam reſtitutionem in integrum eſt pro non adita,
cùm reſtitutio faciat, vt qui heres fuit, nunquam fuiſſe
videatur, & perinde habeatur, ac ſi hereditatem non
adiiſſet. Quòd ſi obiicias eum qui ſemel heres fuit ſem-
per heredem manere. *l. ei qui ſoluendo. 88. de hered. inſtit.*
Reſpondebo non tam heredem eſſe quàm nudum here-
dis nomen gerere, vt Iureconſultus loquitur in *l. 2. §.
adoptiui. D. ad S.C. Tertull.* cùm à Prætore heredis loco
non habeatur. *l. neceſſarys. 57. de acquir. hered.* Nec veriſi-
mile eſſe teſtatorem de tali herede cogitaſſe, qui non
niſi nomine heres ſit: at potius de illo qui defuncti per-
ſonam effectu repræſentet, ac in omnia ipſius iura vni-
uerſamque rem ſuccedat. † Alioqui filio in poteſtate 3
conſtituto vulgariter ſubſtitui non poſſet, cùm is quan-
tumuis abſtineat, facere tamen non poſſit quin nomine
patris heres ſit. *d. §. adoptiui.* propter quam cauſam dici
ſolet non eſſe ſine herede eum qui ſuum heredem ha-
beat, quamuis ſe abſtinentem, *leg. cùm quaſi. 30. §. ſed etſi
ſuus. de fideic. libert.* licet à Prætore heredis loco non ha-
beatur. *l. ſi filius. 12. de interrog. act.* Igitur ex veriſimili te-
ſtantis voluntate dicendum eſt, fiſco adeoque legitimis
heredibus præferendum eſſe ſubſtitutum poſtquàm he-
res qui prius adierat in integrum reſtitutus eſt. Quomo-
do Scæuola reſpondit in *l. ex contractu. 44. D. de re iudi-
cat.* in cuius ſpecie apparet ſubſtitutum ſiue vulgariter,
ſiue pupillariter datus eſſet in vulgarem caſum ſuccede-
re, ex eo quod viuo pupillo, & in bona defuncti eum ad-
mitti lex ait, neque tamen vulgarem ſubſtitutionem
immixtione pupillæ ſic expirare, vt non eiuſdem ab-
ſtentione reuiuiſcat. † Abſtentionis enim eadem quæ 4
reſtitutionis poteſtas, & vis eſt, vt hereditas adita, pro
non adita habeatur. Vnde fit vt ſi pupillæ, quæ poſt im-
mixtionem abſtinuit, ſubſtitutus nullus datus ſit, ſed
coheres, ea portio quæ ad pupillum peruenerat, cohere-
di accreſcat. *d. l. ex contractu.* quamuis verum ſit ius ac-
creſcendi in portionibus agnatis locum non habere. *l.
vnic. §. his ita. C. de caduc. toll.* Nimirum quoniam ferè eſt
vt

vt agnita noo ſit ea portio quæ poſt aditionem repu-
5 diata eſt. † Nec eorum ſubtilitas probanda eſt, qui abſtentionem à reſtitutione ſeparant: cum tam abſtentionis quàm reſtitutionis beneficium ex Prætoris iuriſdictione ſit. *d. l. neceſſarijs.* indéque fiat vt tam is qui abſtinuit, quàm qui reſtitutus eſt, heres nomine maneat, neuter verò a Prætore heredis loco habeatur. *d. l. cum quaſi. §. ſed et ſi ſuus, de fideic. libert. & l. 3. §. adopt. ad S.C. Tertull. l. & ſi ex modica. 6. § ſi filius. D. de bon. libert.* vbi Vlpianus ſcribit nihil intereſſe an heres à liberto ſcriptus abſtinuerit, an in integrum reſtitutus ſit: vtroque enim caſu patronum ad inteſtati liberti ſucceſſionem admitti. At cùm is demùm teſtatus dicatur cuius hereditas adita non eſt, *l. inteſtatus. 64. de verb. ſignif.* apparet aditam dici non poſſe eam, quæ poſt aditionem abſtentio-
6 ne, aut in integrum reſtitutione repudiata eſt. † Idque Vlpianus innuere videtur his verbis, *quamuis nomine heres ſit*, quibus eleganter & conciſè dubitandi decidendique ratio continetur. Videbatur enim excluſum patronum à ſucceſſione liberti, cuius hereditatem filius ex teſtamento adierat. Sed quoniam filius poſt abſtentionem aut reſtitutionem nomine duntaxat heres eſt, eleganter Vlpianus reſpondet admittendum eſſe patro-
7 num: † Neque alia huius ſententiæ ratio eſt: ex qua intelligitur nihil hac parte contra iuris ciuilis regulas propter ius & reuerentiam patronatus conſtitutum eſſe, vt quidam autumant: cui ſcilicet nulla iuris parte vſquã adeò indulgetur vt in patroni fauorem à iuris ratione recedatur. Et exemplum quo vtuntur ex *leg. qui duos. 9. §. ſi cum filio. D. de reb. dub.* magis diſſimile eſt: quia quod in dubio pater ante filium mortuus eſſe præſumitur, *d. l. qui duos. §. cum in bello.* non fit ex certa aliqua iuris aut naturæ regula, ſed ex communi parentum voto, & naturæ ordine, qui tamen ſæpiſſime turbatur *l. nam etſi. 15. D. de inoffi. l. ſcripto. 7. D. vnd. libert.* vt mirum non ſit ſuo dubio patronatus reuerentia incertam iuris præſumptionem elidat. At quod ſumma iuris ratione conſtitutum eſt, ex ſola patronatus reuerentia immutari nō poteſt, cuiuſmodi illud eſt quod dicimus, Reſtituto
8 herede ſubſtitutum admitti, vel non admitti. † Denique Iureconſultus in *l. ſi minor. 61. de acquir. hered.* Diui Seueri Conſtitutionem refert, vt ſi minor annis poſtquam ex parte heres extitit in integrum reſtitutus ſit, eius partis onus coheres ſuſcipere non cogatur, ſed bonorum poſſeſſio creditoribus detur. Quo reſcripto opus non fuiſſet, ſi ex iuris ratione agnita portio poſt reſtitutionem vt integrum coheredi non accreſceret. At quia iniquum videbatur ei inuito accreſcere, qui aditionis tempore partem duntaxat hereditatis acquiſiuiſſet, ne alioqui Prætoris beneficium in concedenda reſtitutione in integrum ei captioſum ſit, cui nihil imputari poſſit *l. Paulus. 8. de Prætor. ſtipulat.* optimam rationem habet Seueri reſcriptum, vt totius hereditatis onera inuitus ſubire non compellatur. Atque hoc quidem fauore coheredis conſtitutum eſt: ſed vt ei volenti accreſcat, fit proculdubio ex ſumma iuris ratione, quæ inter coheredes iuri accreſcendi locum facit. Nec dici poteſt cur hac parte fauorabilior coheredis quam ſubſtituti cauſa eſſe habeat, cum vix alio colore coheredes ad coheredis portionem deficientem vocentur quàm quòd rei quodammodo ſubſtitutus videatur *l. ſi Titio. 61. §. vlt. de l. 2.* nec inter ſe ferè in alio differant, quàm quòd coheres tacita, ſubſtitutus verò expreſſa teſtatoris voluntate nitatur: vt proinde ad conſeruandam defuncti voluntatem fauorabilior ſubſtituti, quam coheredis cauſa eſſe debeat. Certè huius fauorabilior, quàm illius eſſe non poteſt.
9 † Verùm huic noſtræ ſententiæ obiiciuntur duo iuris loci, quibus nec *Bartolus*, nec qui *Bartoli* ſententiam ſecuti ſunt, reſpondere potuerunt. Primus eſt in *l. ait Prætor. 7 § ſed quod Papinianus. de minor.* vbi Vlpianus Papiniani ſententiam refert, vt minore poſt aditionem reſtituto ſubſtitutus ſeruus neceſſarius nec liber nec heres eſſe poſſit. Niſi hereditas non ſit ſo[...]do: ex Diui Pij, & Seueri conſtitutione. Qua exceptione *Bartolus* in ſuæ ſententiæ confirmationem abutitur, n[...] anim aduertit alijs caſibus regulam contin[...] vt ſubſtitutio hereditatis aditione perempta reſtitutione in integrum non conualeſcat. Niſi reſpondeamus quod verum eſt, aliam rationem eſſe heredis ſerui neceſſarij, aliam alterius ſubſtituti. Cùm enim neceſſarius heres ille ſit, qui omnino, & protinus poſt teſtatoris mortem heres eſt, vt Iuſtinianus diffinit in §. 1. *Inſtit. de hered qualit. & differ.* apparet ſeruum, qui non niſi neceſſarius heres eſſe poteſt, poſtquàm alter heres extitit, ex ſubſtitutione heredem eſſe non poſſe: cùm is qui prius heres fuit, per reſtitutionem heres eſſe non deſin[...]t. Vnde Papinianus rectè dicebat ſemper ſubſtitutum ſeruum excludi, nec eum caſum excipiebat, Si hereditas ſoluendo non ſit. Sed quoniam quæ ratio facit vt contra iuris regulam inſtitui poſſint ſerui neceſſarij, licet cum iis teſtamenti factio non ſit, vt ſcilicet ipſorum potius quam dominorum bona væneant, eadem locum habet cùm heres ſcriptus poſt aditionem reſtituitur, quia cum eo creditores agere non poſſunt: Diui Impp. Pius, & Seuerus reſcripſerunt, permittendum hoc caſu ſeruo neceſſario vt ex ſubſtitutione heres eſſe poſſit: quaſi vtiles actiones non tam habere, quàm excipere videatur. Alioqui non poteſt Prætor vtiles actiones ſeruo decernere, cuius perſona iure Prætorio prorſus incognita eſt, quemadmodum & iure ciuili, niſi hactenus vt heres neceſſarius eſſe poſſit. At bonorum poſſeſſor neceſſarius eſſe non poteſt. Ergo quod de ſeruo Papinianus putabat, non idem de aliis dici poteſt, quos Prætor vtiles bonorum poſſeſſores efficit vt actiones vtiles habeant, quemadmodum in fine *d. §. ſed quod.* Vlpianus ait: nec iam ex eo loco *Bartoli* ſen-
tentia impugnari poteſt. † Altera obiectio eſt ex *l. vlt. de* 10
ſucceſſ. edict. ad quam difficilior reſponſio videtur. Apertè enim Papinianus ſcribit cognatum inferioris gradus, edicti ſucceſſorij beneficium non habere, ſi prior ex propria parte poſſeſſionem acceperit, licet ob auxilium ætatis abſtinendi facultatem impetrauit, ob idque fiſco ea bona tanquam vacantia deferenda eſſe. Etſi verò de cognato inferioris gradus, non de ſubſtituto loquitur, eadem tamen vtriuſque ratio eſſe videtur vt poſt aditam ab altero hereditatem aut petitam bonorum poſſeſſionem excludantur, & fiſco poſtponantur. Quomodo *Accurſius* ratiocinatur, qui ad *d. l. vlt.* ſic notat. *Sic in leg. poſt aditam. C. de impub.* Sanè quod addit de *l. ſi minor. de acq. hered.* ridiculum eſt. Repugnat enim ea lex potius quam conuenit Papiniani reſponſo, vt ſuprà explicauimus.
† At videamus ne dici poſſit, multum intereſſe, an de 11
legitima, an de teſtamentaria ſucceſſione quæratur. In teſtamentaria, hereditatem agnitam haberi pro non agnita, ſi non cum effectu agnita ſit, quia voluntati teſtatoris prius ſatisfactum dici non poſſit. Legi verò, & Prætori ſatisfactum eſſe ſtatim atque vni hereditas aut bonorum poſſeſſio delata, vel acquiſita eſt: neq; id præterea legem aut Prætorem requirere, vt cum effectu acquiratur. Vnde ſiebat iure vetere, vt ſi ſuus heres aut proximus agnatus delatam ſibi hereditatem repudiaſſet, ſequentis gradus liberi, aut agnati non admitterentur. Hoc enim eſt quod dici ſolebat in ſuis, & agnatis ſucceſſionem non eſſe. *l. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legit. §. placebat. Inſtit. de legit agnat. ſucceſſ.* Quod tamen, quoniam iniquum videbatur, Prætor ſic temperauit, vt hi ex capite *vnde agnati* excluſi, ex ſequenti *vnde cognati* admittantur. *dict. § placebat.* Vnde intelligi poteſt, ſi vni ex cognatis delata ſit bonorum poſſeſſio, iſque eam repudiauerit, eum qui ſequentis gradus ſit edicti ſucceſſorij beneficium habere, vt quemadmodum Prætor iniquum exiſtimauit ſolam delationem proximo agnatorum gradui factam ſequentes excludere, ob eamque rem cùm ex capite *vnde agnati*, excluſi eſſent, eos ex capite *vnde cognati*, admiſit ita in conſtituendo iure bonorum poſſeſ-

ſionis *vnde cognati* prouiderit vt ex ſola delatione vni facta ſequentes non excludantur, quia hîc nullum ſequens caput ſit, ex quo admitti poſſint, ſed ita demùm ſi prior gradus bonorum poſſeſſionem acceperit, quod oſtendunt illa Papiniani verba, *cùm prior ex parte propria poſſeſſionem accepiſſet.* Priore igitur poſſeſſionem accipiente ſequêtium ius omnino tollitur, licet poſtea prior abſtineat, & ſucceſſorij edicti poteſtas perimitur, quod ideò duntaxat propoſitum eſt ne bona diutius vacua iaceant. *l.1.de ſucceſſ.edict.* Qua etiam ratione puto ſi proximus agnatus hereditatem adierit, túmque ætatis beneficio reſtitutus repudiauerit, ſequentes admitti non poſſe, nec *vnde agnati*, nec *vnde cognati.* arg. *d.l.vlt.* Nec obſtant, *l.2.§.ſi quis adita. & l.2.§.ſi bonorum. D.ad S.C. Tertullian.* Habent enim propriam rationem ex verbis S.C. vt Iurecon. ait, quod ab *Accurſio*, & vulgaribus interpretibus ignoratum, à recentioribus eleganter & rectè obſeruatum eſt.

CAPVT V.

Emendatio l. inter cauſas. 26. §. ſed cùm ſeruus. D. mand.

SVMMARIA.

1 *Quam actionem habeat is, cui ſeruus alieno mandatu ab eo emptus furtum fecit?*

2 *Iniquum eſſe vt ob furtum etiam mea culpa à ſeruo alieno factum noxalis actio mihi non competat.*

3 *Culpa nomine leuem culpam in iure ſignificari.*

4 *Vera quæſtio* d. §. ſed cum ſeruus. *eiuſque reſolutio.*

5 *Emendatur* d. §. ſed quam *& emendati ſenſus proponitur.*

6 *Locatorum vel commodatorum ſerui de ſuo dolo in ſolidum teneri.*

7 *Caſus quo mandatarius cui ſeruus emptus culpa mandatoris furtum fecit, non in ſolidum ſed noxali tantùm actione aduerſus mandatorem experiri poteſt.*

1 SI † ſeruus quem mandatu meo emiſti, furtum tibi fecerit: quæſtio eſt an aduerſus me noxalem duntaxat furti actionem habeas, an contrarium mandati in omne id quod tua intereſt. Et ſi quidem culpa mea dolove factum ſit vt damnum paſſus ſis, fortè ſi talem ſeruum emi mandauerim de cuius moribus te non monuerim, conſtat me in ſolidum teneri. *l. ſi ſeruus communis. 61. §. quod verò. de furt.* Sed ſi mea nulla culpa ſit, æquius eſt te mandati actione aliud non conſequi, quàm vt tibi ſeruus noxæ deducat. *l. inter cauſas. 26. §. ſed cùm ſeruus. D. mandat.* Vbi exceptio ſubiungitur. *ſi tamen ſine culpa tua id acciderit.* Ergo ſi culpa tua furtum tibi ſeruus meus fecerit, ne quidem noxali actione experiri poteris. Atqui vix eſt vt furtum tibi ſine culpa tuâ fiat. *l. cum duobus. 52. §. damn. D. pro ſocio.* Vix igitur eſt vt no-
2 xali agere poſſis. † Quod tamen iniquiſſimum eſſe nemo negauerit. Neque enim ex culpa & negligentia tua ſeruo meo permitti debet vt furtum tibi faciat. Niſi fortè omiſſis duodecim tabularum legibus Lacedæmones aut priſcos Gallos imitari volumus, apud quos furta non modò impunita, ſed etiam laudi habita fuiſſe legimus, ſi ſic fierent vt ἐν τῷ ἔργῳ fures non deprehenderentur. Ac ſanè quod infinitis iuris locis ſcriptum eſt, ex furto ſerui dominum noxali actione teneri, accipiatur cum ea diſtinctione, ſi non eius cui furtum factum eſt culpa interceſſerit, (deterior enim mandatarij, quàm aliorum conditio eſſe non debet,) fiet vt facilè iuris regula illudatur, & delicta impunita remaneant. Nec receptam lectionem rectè tueri poſſis, licet verba illa, *ſine culpa tua*,
3 de inſigni & lata mandatarij culpa intelligas. † Quod tamen commodè facere non poſſis, quoniam quibus iuris locis culpam indiſtinctè Iureconſulti dicunt, leuem, non latam, aut leuiſſimam intelligunt. *l.2.§.1.l.4.§.vlt.l. in actionibus. 5. de lit. iur. l. ſemper. 15. §. cum autem. D. quod vi aut clam. l. quæſitum. §. illud. de precar. l. contractus. 25. de regulis iuris.* Deinde quantumuis lata & inſignis culpa ſit eius, cui furtum ſit, ſatis tamen in eo coercetur quòd integram totius damni æſtimationem conſequi non poteſt, nec vſque adeò plectendus eſt vt ei ſerui nomine noxalis actio denegetur. Finge mercatorem tabernam in loco publico noctu apertam reliquiſſe atque ita ipſius merces à ſeruo tuo ſubtractas eſſe: Inſignis profectò ipſius culpa eſt, neque tamen auſis negare ei te noxali actione teneri, ſi à ſeruo tuo furtum factum eſſe appareat. Multò igitur magis in mandatario idem probandũ eſt, qui licet in culpa ſit, veriſimiliter tamen furtum paſſurus non erat ſi cui gratia mandatum non ſuſcepiſſet. † Denique Iureconſultus *in d. §. ſed cum.* non quærit an 4
mandatarius ob furtum ſerui noxaliter agere poſſit aduerſus mandatorem (id enim erat ſine dubio, vt idem Paulus ait *in l. pen. commod. & l. ſi domum. 45. D. locat.* neq; in eam rem Neratij authoritate opus erat) ſed an noxali actione contentus eſſe cogatur, ne contrario mandanti iudicio in ſolidum agere poſſit. Hoc verò difficile videbatur, quia licet æquum ſit non oportere cuiquam plus damni per ſeruum euenire, quàm quanti ipſe ſeruus ſit, multo tamen æquius eſt nemini officium ſuum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam ſui commodi cauſa ſuſceperit, damnoſum eſſe: vt Africanus diſputat *in l. ſi ſeruus. 61. §. quod verò D. de furt.* Sed hoc demùm rectè dicitur, cum mandantis culpa argui poteſt, quæ ſi nulla ſit, maior ratio eſt vt is qui mandauerat, & cui nihil imputari poteſt, noxæ deditione liberetur. Planè ſi ſeruum petat indemnem mandatarium præſtare compelletur, *l. ſi ſeruus Titij. 70. de leg. 1.* Atque ita ſupradicto loco Paulus ex Neratij ſententia reſpondet, mandatario noxalem duntaxat, non in ſolidum actionem competere, *ſi tamen*, inquit, *ſine culpa tua id acciderit.* Igitur cùm ipſius mandatarij culpa furtum factum eſt, dicemus ei non tantùm noxalem, ſed etiam in ſolidum agere licere. Ita enim ex ſuperioribus omnino ſequitur, quod tamen abſurdiſſimum eſt. Neq; aliud dicere Accurſius poteſt quàm verba illa de mandatarij in emendo culpa intelligi debere, quod nec poſteriorem hanc dubitationem tollit, nec verum eſt, cùm apertè Paulus de mandatario loquitur, cuius culpa furtum accidit. † Emendanda igitur eſt vul- 5
gata lectio, & pro *tua*, legendum *mea*, vt ſimili errore in *l. ſi mandatu. 45. §. vlt. D. eod.* ſcriptum eſt *tuam*, pro *meam.* Et ſenſus erit, noxalem duntaxat actionem tibi competere, non contrariam mandati in ſolidum, niſi culpa mea furtum acciderit. Hoc enim caſu, id eſt vt ſequentia explicant, ſi ſciſſem furem eſſe ſeruum, nec tibi prædixiſſem vt poſſes præcauere, tunc quanti tua interſit, tantùm me tibi præſtare debere. Mihi namque culpa hæc imputari poteſt, licet non reticuerim dolo malo, vt facilè contingit. Sed in actione mandati, itémque depoſiti, culpa hac parte à dolo ſeparanda non eſt, *d.l. 61. §. quod verò, de fur.* In commodato, locatione, & ſimilibus aliud obſeruandum eſt, vt qui commodauit ſeruum vel locauit, ſi ab ipſo furtum factum ſit non vltra ſerui pretium teneatur, *d l. 61. §. circa commodatum.* vbi additur, *ſi non dolo quid fecerit.* Ita enim legendum eſt retenta negatione, quæ in vulgaribus libris omnibus eſt, licet in Florentinis malè deſit. † Abſurdum namque fuerit, commoda- 6
torem aut locatorem ſerui, ſi dolo aliquid fecerint, non vltra ſerui pretium teneri, vt idem Africanus ſcribit *in l. ſi ſeruus. 31. in fin. de pignor. action.* aut eos quorum dolus argui non poteſt ne quidem ad ſerui pretium teneri: horum quippe melior conditio eſſe debet, quàm ſi dolum feciſſent. Idque apertè ſcriptum eſt *in dict. l. pen. commod. l. ſi domum. 45. D. locat. & d. leg. ſi ſeruus. 61. § 1. de furt.* vbi dicitur bonæ fidei conuenire, vt in huiuſmodi iudiciis doli nomine in ſolidum teneatur is qui dolum commiſit,

commiſit, quæ etiam ſententia eſt illius exceptionis, *niſi quid in his amplius ſit*, id eſt, niſi præter ſerui furtum, dominum quoque dolum interceſſiſſe proponas. Eodem plane ſenſu quo *in d. §. ſed cùm*. Paulus ſcribit, *niſi culpa mea id acciderit.* 7 † Ei tamen quod dicimus mandatario aduerſus mandatorem in ſolidum actionem dari ſi mandatoris culpa furtum factum ſit, exceptio ſubiicienda eſt, niſi mandatarij quoque culpa argui poſſit. Quid enim ſi ipſe vltrò cuſtodiam ſeruo dederit argenti fortè vel nummorum, cùm alioquin dominus nihil vnquam tale feciſſet? Hoc caſo aliter obſeruandum eſt, vt mandatario non in ſolidum, ſed noxalis tantùm actio detur, quomodo Africanus intelligendus eſt in *d. l. 61. §. hæc ita pro ſo. de furt.* quamuis magnus Africani interpres diſſentiat: quem proculdubio hic Pauli locus fefellit. Cæterum nec quæuis mandatarij culpa impedit quominus in ſolidum agere poſſit, ſed ea duntaxat, quæ furto cauſam dat, vt in exemplo illo Africani, cùm mandatarius ſeruo empto cuſtodiam argenti vel nummorum vltrò committit. Eſt enim quod ſibi imputet cur commiſerit cùm ſciret dominum nunquam tale quid feciſſe. At ſi forte per imprudentiam nummos ſuos in arca aperta reliquerit, & eos ſeruus emptus ſubripuerit, licet in culpa quodammodo ſit, in ſolidum tamen aget, quia furto cauſam non dedit, nec vltrò cuſtodiam commiſit.

CAPVT VI.

Ad l. propter. 7. C. de adulter.

SVMMARIA.

1 *An ſponſus ſponſam de adulterio iure mariti accuſare poſſit?*
2 *Quomodo accipiendum ſit Diui Pij reſcriptum* in l. ſi vxor. §. Diui. ff. ad leg. Iul. de adult.
3 *Quomodo legatur* d. l. propter. C. de adult.
4 *Verba illa*, quaſi ſponſa, *quem ſenſum habeant* in l. ſi vxor. §. ſi minor. ff. ad leg. Iul. de adult.

1 NOndum † inter omnes conſtat an ſponſam de adulterio ſponſus iure mariti accuſare poſſit. Quidam enim ſunt hac de re iuris loci in vtramque quæſtionis partem ancipites, qui niſi diſtinctione adhibita commodè explicari non poſſunt. Primum autem diſtinguendum arbitror, an accuſationis tempore maritus ille ſit qui de adulterio ſpõſam accuſare vult, hoc eſt eam, quæ adulterij tempore ſponſa fuit, an verò ſponſaliorum tempore accuſatio inſtituatur. Rurſus ſi iam accuſationis tempore contractum matrimonium eſt, an adulterium eo tempore commiſſum eſſe dicatur, quo ſponſa vxor eſſe potuit, an eo, quo vxor nondum propter ætatem eſſe potuit. Si ſponſaliorum tempore accuſatio inſtituatur, non puto iure mariti accuſare poſſe eum, qui maritus non eſt, &, vt apertius dicam, ſolum maritum, non ſponſum iure mariti accuſare poſſe exiſtimo. Nam & ea, quæ vni deſponſa adulterium commiſit, poſteà alteri à patre in matrimonium tradi poteſt, quo caſu de adulterio priorem ſponſum agere non poſſe Papinianus reſpondit *in l. miles. 11. §. quærebatur. D. ad leg. Iul. de adulter.* non quod aliis caſibus ſponſo ſponſam iure mariti accuſandi poteſtas concedatur, ſed vt intelligamus in propoſito caſu, ſi priori ſponſo nupta poſt adulterium ſponſa fuiſſet, futurum vt de adulterio iure mariti accuſari poſſet. Quod ipſum tamen non indiſtinctè verum eſt, ſed ita demum ſi adulterij commiſſi tempore vxor eſſe potuit, ea, quæ de adulterio accuſatur. *l. propter. 7. C. eod.* quæ propter hanc cauſam de violata virgine adulta loquitur, itémque de eo qui poſtea maritus eſſe cœpit, vt oſtendat neque eam quæ adulterium commiſit, quo tempore vxor eſſe nondum potuit, neque etiamſi vxor eſſe potuit, iure tamen mariti à ſponſo accuſari poſſe, priuſquàm maritus eſſe cœperit. Idque apertius tractat Vlpianus in *l. ſi vxor. 13. §. ſi minor. 6. D. eod.* vbi ſcribit ſi minor duodecim annis in domum deducta mariti, adulterium commiſerit, mox apud eum ætatem excesſerit, vxórque eſſe cœperit, non poſſe eam iure viri de adulterio quod ante ætatem nupta commiſit, accuſari. Poſſe tamen quaſi ſponſam accuſari ex reſcripto Diui Seueri, de quo prius dixerat, *in §. Diui.* quoque cautum eſt vt in ſponſa etiam adulterium vindicetur, quia neque matrimonium qualecunque, nec ſpem matrimonij violare permittatur. † Ex quo apparet non ſic illud Diui Seueri 2 reſcriptum intelligi, vt ſponſa iure mariti accuſetur, ſed vt de adulterio accuſari poſſit, nunc iure mariti, ſi tempore adulterij vxor eſſe potuit, poſteaque maritus eſſe cœpit is qui adulterij tempore ſponſus fuerat, nunc iure extranei, ſi duo hæc, aut ex iis alterum deſit. † Scio 3 eſſe qui in *d. l. propter*, malunt legere, *propter violatam virginem quæ poſteà adulta eſſe cœpit*, quod ſi rectum eſſet, vtique Alexandri reſcriptum cum Vlpiani reſponſo pugnaret. Alexandri ſententia eſſet, maritum iure viri accuſare poſſe eam quæ adulterij tempore ſponſa fuit, & impubes, & poſteà adulta eſſe cœpit. Vlpiani verò non poſſe hanc iure mariti accuſari, ſed quaſi ſponſam. † Sed nec illud probo quod iiſdem placet, illa Vlpiani 4 verba, *quaſi ſponſa*, ſic intelligi, vt præceſſerint ſponſalia, priuſquam ea in mariti domum deduceretur. Potius enim oſtendunt ſponſalia nulla præceſſiſſe ſed nuptias, quæ tamen propter ætatem nuptiæ non fuerunt. Vnde & Vlpianus ait, *ante ætatem nupta*. Quanquam verò ſponſa fuit, tamen quaſi ſponſa accuſari poteſt ex ſententia reſcripti Diui Seueri: quo factum eſt, vt ſuprà diximus, vt in ſponſa quoque adulterium vindicetur propter ſpem matrimonij: Quæ longè maior, certè non minor eſt in nupta ante ætatem, licet verè nec nupta nec ſponſa ſit, quàm in ſponſa, ob idque iuſta adueniente ætate vxor eſſe incipit, nec nouis nuptiis opus eſt, quæ in ſponſa requiruntur. *l. dotis promiſſio. 68. D. de iur. dot.* Nihil igitur intereſt an ſponſalia præceſſerint, an non: ſi modò ſine ſponſalibus ſpes aliqua matrimonij fuit eo tempore quo adulterium commiſſum eſſe dicitur: hoc eſt ſi ante ætatem nupta fuit.

CAPVT VII.

Ad §. Cato. 4. D. de verb. oblig. noua coniectura.

SVMMARIA.

1 *Factorum quæ in ſtipulationem deducuntur, diuiſio in diuidua & indiuidua.*
2 *An ex facti indiuidui ſtipulatione ſtipulatoris heredes in ſolidum agere, promiſſoris verò heredes in ſolidum conueniri poſſint?*
3 *Diſtinctio inter heredes ſtipulatoris & heredes promiſſoris in hac quæſtione adhibita.*
4 *Diſſimilitudinis inter vtroſque ratio.*
5 *In facti indiuidui ſtipulatione promiſſoris heredes omnes ex vnius facto teneri, quum heredis in ea mentio fit.*
6 *Facti indiuidui ſtipulatione in rem concepta ſtipulatoris heredes omnes agere, & promiſſoris teneri.*
7 *Diſtinctio propoſita in* d. §. Cato *inter facti diuidui & indiuidui ſtipulationem, eiuſque ratio.*
8 *Verba illa* §. Cato, quod niſi in ſolidum peccari non poterit, &c. *conſtructionem non recipere.*
9 *Differentia inter* committi ſtipulationem & committi in ſtipulationem.
10 *Reijcitur interpretatio dicti verſicul* quod niſi *à Duareno allata.*

11 *Noua*

11 *Noua dicti verſiculi emendatio.*
12 *Differentia inter ſtipulationem iter fieri, & ſtipulationem amplius non agi.*
13 *Stipulationem hanc* Per te noo fieri quominos mihi ire agere liceat, *ſimilem eſſe ſtipulationi*, Titium heredémque eius rem ratam habiturum, *non autem ſtipulationi* Iter fieri *ex Paulo contra Catonem oſtenditur.*
14 *Error Catonis* in d.§.Cato.
15 *Ratio pro Catone.*
16 *In factis indiuiduis ſtipulationibus quibus pœna adijcitur, & in quibus heredum mentio fit, pœnam ab eo per quem factum eſt proportione hereditaria exigi.*
17 *Pauli ad Catonem notam ab Accurſio intellectam non fuiſſe.*

DE huios §. ſententia nemo vnquam fuit, qui non
valde dubitauerit, aut qui in eius interpretatione
ſibi ſatisfecerit. Habet enim non modò obſcutiſſimum
tractatum, ſed etiam verba vſque adeò ambigua, & con-
torta, vt vix quicquam rectè ex iis coniici poſſe videa-
tur. Sed priuſquam de verbis dicamus, tota quæſtio, de
diuiduis & indiuiduis facieudi ſtipulationibus breuiter
1 explicanda eſt, ac paulò altius repetenda. † Omnia fa-
cta, quæ in ſtipulationem deduci poſſunt, diuidua vel
indiuidua ſunt. Diuidua dicuntur, quæ pro parte fieri,
pro parte non fieri poſſunt. Indiuidua verò quæ vel
nulla ex parte vel in totum fieri neceſſe eſt. Prioris ge-
neris illa ſunt, Agere. Ratum habere, cæteraque eiuſmo-
di. Poſterioris autem Iter fieri, Habere licere, Per te non
fieri quomious mihi ire agere liceat, & ſimilia. Ac in di-
uiduis quidem dubitatio nulla eſt, quin ſi in ſtipulatio-
nem deducta ſint, defuncto ſtipulatore, aut promiſſore
inter heredes ipſo iure, & ex lege duodecim tabularum
diuidantur. Sed de indiuiduis tota quæſtio eſt, quibus io
ſtipulationem deductis ſtipolatio indiuidua dicitor.
2 † Quæſtio autem in eo eſt, an ex huiuſmodi ſtipolatio-
nibus, promiſſoris aut ſtipulatoris heredes in ſolidum
agere aut conueniri poſſint, adeò vt vnius facto aduer-
ſus cæteros quoqoe aut in cæterorum vtilitatem ſtipo-
latio committatur. De quo eleganter & accuratè Iure-
conſulti Vlpianns & Paulus tractant *in leg.2.§.item ſi in*
3 *facto.l.3.& l.4. D.de verb.oblig.* † Primùm autem diſtin-
guendum eſt inter heredes ſtipulatoris, & heredes pro-
miſſoris. Si promiſſor plures heredes reliquerit, & vnus
ex iis fecerit quod non fieri oportuit, indiſtinctè dici
poteſt cæteros quoque teneri, ſed familiæ erciſcundæ
iudicio repetere poſſe quod præſtiterint, ab eo, cuius
facto ſtipulatio in ſolidum commiſſa eſt. Si verò ſtipu-
lator plusibus heredibos relictis deceſſerit, & quæratur
an vno ex iis prohibito, cum fortè promiſſum eſſet. Per
promiſſorem non fieri quominus ſtipulatori ire agere
liceat, cæteri qui prohibiti non ſunt ex ſtipulatu expe-
riri poſſint, Paulus diſtinguit an ſtipulationi pœna ali-
qua adiecta ſit, nécne. Pœna enim non adiecta ſtipola-
tionem oon committi, niſi pro parte eius, qui prohibi-
tus eſt, quia cæterorum non interſit. Pœna adiecta in
ſolidum committi ſtipulationem, hoc eſt, ita vt quiſque
pro parte hereditaria ex ſtipulatu agere poſſit, quia pœ-
næ adiectio efficiat vt quærendum non ſit an ſingulo-
rum interſit, ſed illud duntaxat inſpiciendum quæ ſit
qoantitas, & conditio ſtipulationis, vt licet nihil agen-
tium interſit, ſtipulationis conditionem extitiſſe ſuffi-
ciat. Sed tamen qui prohibiti non ſunt ſi ex ſtipulatu
agant doli exceptione ſubmoneri poterunt, vt Paulus
monet in §. *vlt. d. l.* 2. quoniam ipſorum nihil intereſt,
ſatiſque promiſſor in eo pooitur, quòd ei, qui prohibi-
4 tus eſt, præſtat quanti ipſius intereſt. † Huius porrò diſ-
ſimilitudinis, qoam inter ſtipulatoris & promiſſoris he-
redes conſtituimus, rotionem Vlpianus reddit *in l.3.eod.*
quod intereſt prohibiri à nemine prohiberi: coheren
dum verò illius qui prohibitus eſt, nihil intereſt cohe-
dem prohibitum fuiſſe. Sed hic quoque ſubdiſtinguen-
dum arbitror, an ſic concepta ſtipulatio ſit, *Per te non
fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi, heredique meo
agere liceat*, ao ita vt heredis mentio non fiat, hoc modo,
Per te non fieri quominus mihi agere liceat. † Ac priore 5
duntaxat caſu verum eſſe arbitror quod *in d.l.2.§.vlt.&
l.3.* dicitur promiſſoris heredes omnes vnios facto tene-
ri, & vno ex ſtipulatoris heredibos prohibito, in cæ-
terorum quoque perſona ſtipulationem committi. Nam
ſi heredis mentio io ſtipulatione facta non ſit, magis
eſſe puto vt neque alius promiſſoris heres teneatur
quàm is per quem factum eſt qnominus ſtipulatori ire
agere liceat: neque ex ſtipulatoris heredibus quiſquam
ex ſtipulatu agere poſſit præter eum qui prohibiros eſt.
Idque meo iudicio faciunt verba ſtipulationis, ex qui-
bus actiones omnes, quæ De ſtipulationibus ineurront
decidi & terminari debent. Si enim cùm ab vno ex pro-
miſſoris heredibus prohibitus eſſes, aduerſus illum à
quo prohibitus non es experiaris ex ea ſtipulatione in
qua heredis mentio facta non ſit, obiici tibi poterit ex
iis verbis ſtipulationis, *Per te non fieri*, alium conneniri
non poſſe, quàm per quem factum eſt: per eum verò ni-
hil factum eſſe contra quem experiris. Aut ſi cùm co-
heres tuus prohibitus eſſet, oon tu, ſtipulationem in tua
quoque perſona commiſſam eſſe intendas, æquè tibi
obiici poterit ex iis ſtipulationis verbis, *quominus mihi
ire agere liceat*, nullam tibi actionem acquiſitam eſſe,
cui, ſi velis, ire agere liceat. Quòd ſi heredis mentio in
ſtipulatione adiecta ſit, prohibentis coheres recuſare
non poteſt quominus pro ſua parte actionem excipiat:
cùm ad hoc ſufficiat *Per heredem* factum eſſe ex iis ſti-
pulationis verbis, *neque per heredem*. Quemadmodum &
coheres illius, qui prohibitus eſt, ex iis verbis, *heredique
meo*, rectè ex ſtipulatu agere poteſt, licet prohibitus non
ſit, quia ad hoc vt ſtipulatio committatur, ſufficiat he-
redem ſtipulatoris prohibitum eſſe. † Quod ſi ne- 6
que promiſſoris neque ſtipulatoris perſona demonſtra-
ta ſit, ſed ita fortè concepta ſtipulatio ſit, *iter fieri, habere
licere*, idem dicendum eſt vt omnes promiſſoris heredes
teneantur, licet per eos factum nihil ſit, itémque omnes
ſtipulatoris heredes agere poſſint, etiam qui prohibiti
non ſunt, qnia ſtipulationis verba aliud non requirant
quàm vt iter factum non ſit, non inſpecto eo an per te,
an per alium, me petente an coherede meo factum non
ſit. His verò cognitis explicandus oobis eſt. *§.Cato.* † In 7
eo primùm Catonis diſtinctionem Paulus refert, vt
pœna certæ pecuniæ promiſſa, Si quid aliter factum ſit,
mortoo promiſſore, ſi ex pluribus heredibus vnus con-
tra quàm cautum eſt fecerit, ab omnibus pœna commit-
tatur pro portione hereditaria, ſi id factum, de quo cau-
tum eſt, indiuiduum ſit, veluti *iter fieri*. Ab vno verò pro
portione ſua ſi diuiſionem recipiat, veluti, *amplius non
agi*. Cuius differentiæ rationem illam Cato reddebat,
*quod in priore caſu omnes commiſiſſe videntur, quod niſi in
ſolidum peccari non poterit illam ſtipulationem, Per te non
fieri, quominus mihi ire agere liceat.* † Hæc enim §. verba 8
ſunt, in quorum tamen constructione magnus interpre-
tum labor eſt, neque ſanè videntur commodè conſtrui
poſſe, nec ſi Priſcianum, cæteróſque nobiliores Gram-
maticos conſulamus. Primùm enim *peccare illam ſtipu-
lationem* Latinè dici non poteſt pro *committi ſtipulatio-
nem*, vt parum acutè quidam ſcripſerunt, exiſtimantes
dici ſolere *committi ſtipulationem*, pro *committi in ſtipula-
tionem*, qnod falſum eſt. † Nam committi ſtipulatio- 9
nem aliud non eſt, quàm diem aut conditionem ſtipu-
lationis cedere: qnomodo dicimus *committatur ſtipula-
tio*. At *peccatur ſtipulatio* quis dixerit? Sed neque ita Pau-
lus ſcribere potuit *quod niſi in ſolidum committi non po-
terit illam ſtipulationem*. Palam enim ſcribendum eſſe
committi non poterit illa ſtipulatio. Deinde ſtipulatio *Iter
fieri* longè differt ab illa *Per te non fieri, &c.* vt ſuprà di-
ximus. Quòd cùm ita ſit, inepta erit Pauli ratio, ſi ſic
intelligatur,

intelligatur, vt in ſtipulatione *iter fieri* ideo omnes coheredes ſtipulationem commiſiſſe videantur, quòd niſi in ſolidum peccari non potuerit aduerſus illam ſtipu-
10 lationem *Per te non fieri*, &c. † Ineptior verò ſi ex *Duareni* ſententia (qui Taurellum ſecutus omnium peſſimè locum hunc interpretatus eſt) verba illa, *quod niſi in ſolidum peccari non poterit*, parentheſi circumſcribamus, & ſequentia *illam ſtipulationem* ad præcedentia illa referamus, *omnes commiſiſſe videntur*. Idque clarum & aper-
11 tum eſt. † Proinde iam dubitari non oportet quin Florentina & communis, qua nunc vtimur, lectio emendanda ſit, ac potius ita legendum, *quod in priore caſu omnes commiſiſſe videntur quod* (ſine accentu pro *id quod*, non pro *quia*) *niſi in ſolidum peccari non potuit, vt in illa ſtipulatione Per te nõ fieri quominus mihi ire agere liceat*. Quod à me ſuperioribus annis obſeruatum, & nobiliſſimo mihique chariſſimo adoleſcenti Alexandro Guerino communicatum, cùm ſingulas titnli de *verb. obligat.* leges communi ſtudio & diligentia percurreremus, poſteà in vetere libro ſic ſcriptum comperi, cuius authoritas me in priore ſententia magis ac magis confirmauit.
12 † Habet verò hæc lectio ſententiam perelegantem, ex qua rationem differentiæ à Catone redditam eam eſſe intelligimus, vt in priore caſu, hoc eſt in ſtipulatione *iter fieri*, vno non faciente ſtipulatio in ſolidum committatur, quia videantur omnes coheredes commiſiſſe, id quod niſi inſolidum committi & peccari non potuit. Poſteriore autem caſu, hoc eſt in ſtipulatione *amplius non agi*, non videntur omnes commiſiſſe quod in partem committi potuit, quod tamen à Catone prætermiſſum eſt, quaſi id ex præcedentibus & comparatione ſtipula-
13 tionis *iter fieri* ſatis intelligeretur. † Hanc porrò ſtipulationem *iter fieri* Cato illi ſimilem eſſe dicebat *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, vt hæc quoque in ſolidum committatur aduerſus omnes promiſſoris heredes, ſi per aliquem ex iis factum ſit quominus mihi ire agere liceat; quia quod per vnum fiat, per omnes factum eſſe videatur. Sed hanc Catonis ſimilitudinem Paulus reprobat iis verbis, *ſed videamus ne non idem hic ſit*, id eſt ne non ſatis rectà ſtipulatio hæc, de qua proximè dictum eſt, *Per te non fieri*, &c. ſimilis eſſe dicatur illi *iter fieri*: At potius ſimilis ſit illi *Titium heredémque eius ratum habiturum*, vt quemadmodum ex hac ſolus ille heres tenetur qui ratum non habet, & ſolus is agit à quo petitum eſt: ita ex illa, *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, ſolus ille teneatur ſtipulatori per quem factum eſt quominus ei ire agere liceret, & ex pluribus ſtipulatoris heredibus alius experiri non poſſit, quàm cui ire agere non permitteretur. Atqui, inquies, manifeſta eſt inter huiuſmodi ſtipulationes differentia, cùm ſtipulatio De rato factum diuiduum contineat, il-
14 la verò, *Per te non fieri*, &c. factum indiuiduum. † Et hoc nimirum eſt in quo Cato fallebatur, nihil intereſſe exiſtimans an heredis mentio in ſtipulatione facta ſit, an non: ſed illud tantùm diſtinguens an diuiduum, an indiuiduum factum ſtipulatione contineatur, cùm tamen prior quoque diſtinctio neceſſaria ſit, & manifeſtam ra-
15 tionem habeat, quam nos ſuprà explicauimus. † Quòd ſi obiicias in ſtipulationibus indiuiduis per omnes factum videri, quod per vnum ex omnibus factum eſt. Reſpondebo ideò pertinere, vt ſi heredis mentio facta ſit, ſufficiat aliquem ex heredibus id feciſſe quod niſi in ſolidum facere non potuit. Sed ſtipulatione ſic concepta, vt illius tantùm perſona demonſtrata ſit, per quem fiat id, de quo non faciendo ſtipulatio interponitur, hac ratione abuti non debemus, vt quod ob vno ex heredibus factum eſt, à cæteris omnibus factum eſſe interpretemur. Verum enim eſt per eos nihil factum fuiſſe. Idque eo magis probandum eſt, quòd Paulus de ea ſtipulatione loquitur, cui pœna ſubiecta eſt: quo caſu abſurdum non eſt pœnam exigi ab eo per quem factum eſt pro ipſius portione hereditaria, tum ex ſtipulatione aduerſus alios agi, vt per eos non fiat quominus ſtipulatori ire agere liceat. Cùm pœna præmiſſa non eſt, non ita explicari res poteſt. Is enim per quem factum eſt, in id quod ſtipulatoris intereſt conuenitur, nec niſi pro portione ſua hereditaria. Vnde fit vt aduerſus cæteros quoque ex ſtipulatione heredis mentio facta non ſit.
† At pœna præmiſſa, quæ commodè diuidi poteſt, nec 16
impedit quominus in ſolidum ex ſtipulationis agi poſſit aduerſus cæteros per quos nihil adhuc factum eſt, vt ſtipulatorem ire agere patiantur, commodè hæc interpretatio admitti poteſt, vt pœna exacta ab eo qui prohibuit pro ipſius portione hereditaria, cæteri nullo modo teneantur, ſi modò per eos non fiat quominus ſtipulatori ire agere liceat. Obſeruandum verò eſt, quod mirificè diſtinctionem noſtram confirmat, omnibus iuris locis quibus dicitur ſtipulationem hanc *per te non fieri*, &c. vno prohibente in ſolidum committi, ita ſtipulationem concipi vt heredis mentio fiat, veluti in *leg. heredes. 25. §. in illa. ff. famil. ercisc. l. 2. §. item ſi in facto. l. 3. leg. in executione. 85. §. quòd ſi ſtipulatus. ff. de verb. oblig.*
† *Accurſius*, cuius temporibus nondum corrupta erat 17
vera lectio quam veterem fuiſſe dicimus, bene vidit reprehendi à Paulo Catonem in eo, quòd ſtipulationem *Iter fieri* illi ſimilem eſſe dicebat *Per te non fieri*: ſed quid ſibi Paulus velit non intellexit, vt ex ipſius gloſſis perſpicere quiuis poteſt, maximè verò ex gloſſula in illis verbis *non fieri*, in qua notat eandem eſſe illam ſtipulationem de qua prius idem Paulus dixerat in *l. 2. §. item ſi in facto*. Quod ſi admittas, planè non video quænam eius loci ſententia aut interpretatio excogitari poſſit. Cæteræ, quæ in hunc vſque diem ab aliis excogitatæ ſunt, tam improbabiles & à Pauli verbis alienæ ſunt vt vix dignæ videantur, quæ vel referantur, vel ratione potiùs quàm ſilentio refellantur.

CAPVT VIII.

Emendatio. §. vlt. l. 4. de verb. obligat. & l. Prætor. 20. § hoc autem interdictum de oper. noui nunciat.

SVMMARIA.

1 *Corruptam eſſe* d. §. vlt. *lectionem.*
2 *Vtilitas quid ſignificet?*
3 *Accurſij interpretatio ad §. incertam* l. 2. ff. de Prætor ſtipulat.
4 *Ex ſtipulatione damni infecti & alijs quæ incertam quantitatem continent, obligationem defuncti promiſſoris inter heredes pro hereditaria portione vtilitatis cauſa ſcindi.*
5 *Reijcitur quorundam interpretatio ad* d. §. vlt. l. 4. de verb. oblig.
6 *Emendatio* d. §. vlt.
7 *Differentia inter opus publicum & priuatum, ad damni infecti ſtipulationem pertinens.*
8 *In quo differat damni infecti ſtipulatio, à noui operis nuntiatione.*
9 *Emendatur & explicatur* §. hoc interdictum. l. 20. de noui oper. nuntiat.

QVoniam ſuperiore capite de indiuiduis ſtipulationibus diximus, & *§. Cato. l. 4. de verbor. obligat.* explicauimus, placet hoc etiam capite aliquid addere de ſententia & emendatione *§. vlt. dict. l. 4.* † cuius lectio 1
mihi corruptiſſima eſſe videtur. Neque enim verum eſt, quod Paulus in eo ſcribit, ex parte ſtipulatorum vtilitatis cauſa receptum eſſe, vt ſi is qui duplam ſtipulatus eſt deceſſerit pluribus heredibus relictis, vnuſquiſque ob euictionem ſuæ partis pro portione ſua actionem habeat,

bear,idémque eſſe in ſtipulatione fructuaria, damni in-
fecti,& ex operis noui nunciatione. Nam & idem Pau-
lus in *l.2.§ incertam. de Prætor. ſtipulat.* ſcribit in huiuſ-
modi ſtipulationibus, & ſimilibus, quæ incertam quan-
titatem,hoc eſt, eius quod intereſt præſtationem conti-
nent,ſumma ratione fieri, vt vno ex ſtipulatoris heredi-
bus vincente in partem eius ſtipulatio committatur,
hoc enim facere verba illa ſtipulationis, *quanti res eſt*.
At quod ſumma ratione fit, vtilitatis cauſa receptum
eſſe dici non poteſt,nec ſummam rationem interpretari
poſſumus æquitatem à ſtricta ratione differentem,ſi ve-
rum eſt quod in *d.§.incertam.* Paulus ait,id fieri ex ipſis
verbis ſtipulationis. Quod enim tale eſt,videri non po-
2 teſt fieri ex æquitate rationi ſtrictæ contraria. † Nec
rurſus dici poteſt,quod quidam tentauerunt, vtilitatem
eo loco pro eo quod intereſt vſurpari. Etſi enim qui-
buſdam iuris locis eo ſenſu vtilitatis appellatio ſumi-
tur, tamen vix eſt vt in propoſita quæſtione ſic accipia-
tur,cùm ea demum vtilitatis cauſa recepta eſſe dici ſo-
leant,quæ contra ſummam ſtrictámque iuris rationem
3 ex æquitate recepta ſunt. † *Accurſij* quoque interpreta-
tio diſplicet ad *d.§. incertam.* vbi notat ſumma ratione
fieri vt inter promiſſoris heredes obligatio diuidatur,
cùm tamen apertè lex dicat ſumma ratione fieri, vt vno
ex heredibus ſtipulatoris vincente in partem eius ſtipu-
latio committatur, idque fieri ex illis verbis ſtipulatio-
nis, *quanti res eſt*, quæ nihil aliud ſignificant quàm id
quod intereſt. *l. vlt. D. eod.* Heredum verò ſtipulatoris
amplius non intereſt quàm pro hereditaria cuiuſque
portione. Summa igitur ratione ſit non vtilitatis cauſa,
vt pro ſua quiſque parte ex ſtipulatu actionem habeat.
4 † Neque tamen id ita accipi velim, quaſi exiſtimem in
perſonis heredum promiſſoris, defuncti obligationem
non ſcindi. Quod enim ſcriptum eſt *in dict. §. incertam.*
quamuis poſſit dici ex perſona heredum promiſſoris non poſſe
deſcendentem à defuncto ſtipulationem diuerſam conditio-
nem cuiuſque facere, non eò pertinet vt corrigatur quod
prius dictum erat, ſcindi obligationem in perſonis here-
dum:ſed vt intelligamus eam inter promiſſoris, & ſtipu-
latoris heredes differentiam eſſe, quòd quamuis in om-
nibus idem ius ſit,tamen in promiſſoris heredibus vti-
litatis cauſa receptum eſt,quod in perſona heredum ſti-
pulatoris ſumma & ſtricta iuris ratione obtinet. Iuris
enim ratio facere videtur, vt ex perſona heredum obli-
gationis conditio non immutetur *l.2.§. ex his de verbor.*
oblig. Ipſi autem promiſſori pro parte nec reſtitutio nec
defenſio contingere poteſt, quin ſi in ſolidum ſtipula-
tioni non ſatisfecerit,in ſolidum condemnetur, *d.l.4 in*
fin. At quoniam id quod ſtipulatori præſtandum eſt
commodè diuiſionem recipit, & iniquum videtur eum
qui hereditatis partem tantùm habeat integrum onus
ſentire, vtilitatis cauſa receptum eſt vt obligationis
5 conditio promiſſoris heredum perſona immutetur. †
Quod ſi ita eſt,eorum interpretatio probabilis non vi-
detur qui in *d.l. 4.§. vlt.* verba illa, *ipſa autem promiſſori,*
ſic explicant,*ex parte promiſſoris*, vt quod de ipſo pro-
miſſore Paulus ait, de promiſſoris heredibus intelliga-
tur.Hoc enim nec Pauli verbis, nec iuris rationi con-
uenit, ex qua verum eſt promiſſoris heredes partis præ-
ſtatione liberari.*l.in executione.85.§. in ſolidum. l.cum ex*
cauſa.139.de verb.oblig.l. ex damni.40.§. pen. de damn.in-
*fect.l.ſuprà 11.§.officium.D.aqua pluu.arcend.*Deniq; nul-
la hac parte inter promiſſoris & ſtipulatoris heredes
differentia eſt,niſi quòd in his ſumma & ſtricta iuris ra-
tione,in illis verò ex æquitate,& vtilitatis cauſa defun-
cti obligatio ſcinditur. *d l.2 §. incertam. de Prætor.ſtipu-*
6 *lat.*† Vnde coniicio in *dict. l.4.§.vlt. de verb.oblig.* malè
ſcriptum eſſe, *Hac vtilitatis cauſa ex parte ſtipulatorum*
recepta ſunt, idque potius ex imperiti interpretis gloſſa
in textum irrepſiſſe. Sequitur vt videamus de emenda-
tione *l Prætor.20.§. hoc autem interdictum.* (ex illis enim-
que verbis initium §.ſumendum eſt,non ex illis, *adiici-*
tur & illud) *D.de operis noui nunciat.* Illud enim mirum
atque adeò falſum eſt quòd Vlpianus ait, ſi is qui in pu-
blico ædificat non ſatis dederit, ſed tantùm repromiſe-
rit,poſſe eum prohiberi quominus ædificet, nec permit-
tendum eſſe in publico ædificare, priùs quàm appareat
quo iure quis ædificet. † Etenim certi iuris eſt, in noui 7
operis nunciatione cùm de repromiſſione aut ſatiſda-
tione quæritur,ita obſeruari vt de eo opere quod in pri-
uato fit,ſatiſdari: de eo verò quod in publico, duntaxat
repromitti oporteat.*l.1.§. ſtipulatio itaque. de Prætor.ſti-*
pul.† In quo differt noui operis nunciatio à damni in- 8
fecti ſtipulatione,in qua ex contrario ſic diſtinguitur vt
ratione eius quod fit in flumine publico ſatiſdationem
exigat:pro re verò propria,nuda repromiſſione conten-
ta ſit.*d.l.1.§ item ex cauſa. l.Prætor.7.§.1.l.qui bona.13.§.*
1.D.de damn. infect. Cuius diſſimilitudinis illa fortaſſe
ratio eſt, quod publicè interſit rei publicæ damnum
non fieri,eáque res magni momenti ſit. At nouum opus
fieri in flumine publico non ita magni eſſe momenti,&
is qui in publico ædificanti nouum opus nunciat, & de
alieno iure contendit non de ſuo,& tanquam alieni iu-
ris petitor repromiſſione contentus eſſe debet, vt Pau-
lus ait in *l.non ſolum.8.§.ſi cùm poſſem.de oper.noui nunciat.*
Vtcumque verò ſit,illud apertiſſimum eſt, ei qui nouum
opus nunciat ædificanti in publico repromittendum
duntaxat non etiam ſatiſdandum eſſe: neque defendi
poſſe ſententiam *d.§.hoc autem interdictum.* quia cùm ni-
hil interſit an qui in publico ædificat, repromittat: an
qui in priuato,ſatiſdet.*leg.de pupillo.5.§.ſi is cui.D.eod.*
apparet Prætoris interdictum,quo vim fieri vetat ei qui
pro opere facto in loco priuato ſatiſdedit, ad eum quo-
que protrahi debere qui ratione operis in publico fa-
cti repromiſit, vt non magis huic quàm illi vim facere
liceat quo minus cœptum opus perficiat. Sed me illud
etiam mouet,quòd cùm interdicti verba nihil de loco
publico dicatur, incongrua & parùm accommodata vi-
detur ratio illa, *neque permittendum fuit in publico ædifi-*
care,&c.† Quorſum enim *in publico*? An quòd in priua- 9
to ædificans repromiſſione liberetur? Id verò dici non
poteſt,nec vlla alia probabilis eorum verborum ſenten-
tia excogitari: nullam certè hactenus excogitatam eſſe
intelliges, ſi *Accurſij* gloſſas, aliorúmque omnium in-
terpretum Commentarios inſpicias,& perlegas. Igitur
probabile eſt ea verba, *in publico*, ſic emendanda eſſe vt
legamus *in eo loco*,quæ interdicti verba ſunt *d. l. Prætor.*
20.in princ.§.deinde. Eſt enim conueniens in interdicti
interpretatione, ipſius interdicti verbis Vlpianum vſū
eſſe. Significant autem *in eo loco in quem nunciatum eſt*
ne quid noui operis fieret, vt ex toto interdicti contextu
intelligi poteſt.Illa verò ſequentia, *priùs quàm appareat*
quo iure quis ædificet,quæ etiam Accurſius malè explicat,
ſic accipienda ſunt, priuſquàm ſatiſdatum ſit:nam vt in
§.præcedente Vlpianus ait, interpoſita ſatiſdatione, ni-
hil intereſt an iure,an iniuria quis ædificet, cum ſecurus
ſit is qui opus nouum nunciauit poſteaquàm ei cau-
tum eſt.

Capvt IX.

Ad l.lex Cornelia.28.D. de vulgar.& l.pater. 10.D.de cap.& poſtlim.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio & ſubdiſtinctio Iuliani in quæſtione illa,an pupillaris ſubſtitutio lege Cornelia confirmetur.*
2 *An pupillares tabulæ lege Cornelia confirmentur ſi patre iam mortuo filius in hoſtium poteſtatem inciderit, & apud eos deceſſerit.*
3 *Ex lege Cornelia directas, non vtiles actiones dari.*
4 *Interpretatio §.1.d.l.pater.*

5 Ratio

5 *Ratio cur impuberis captiui legitima hereditas per legem Corneliam deferatur.*

6 *Legis Corneliæ fictionem ad eum quoque caſum extendi quo filius mortuo patre ab hoſtibus captus eſt, & apud eos deceſſit.*

7 *Cur legis Falcidiæ poteſtas per Prætoris edictum in eis inducta ſit qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem poſſident.*

8 *An ſi filius in ciuitate viuo patre captiuo deceſſerit, ex lege Cornelia pupillares tabulæ confirmentur, ſi pater deinde apud hoſtes deceſſerit.*

9. *Interpretatio Accurſii ad* l. quod ſi. 11. ff. de capt. & poſtlimio. reuer.

10 *Contra eam obiectio, & reſponſio.*

11 *De quo herede accipienda ſit* l. pen. de. ſuis & legit. hered.

12 *An, quum filius pubes viuo patre captus, apud hoſtes decedit patre iam mortuo in ciuitate, an inquam illa filij hereditas ad proximum agnatum pertineat, & an patris hereditas dici poſſit?*

1 IN† quæſtione illa, an pupillaris ſubſtitutio lege Cornelia confirmetur, Iulianus in *l. lex Cornelia.* 28. *D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* monet diſtiuguendum eſſe, an pater, an filius apud hoſtes deceſſiſſe proponatur. Etenim patre apud hoſtes mortuo, ſi poſt ipſius captiuitatem filius in ciuitate deceſſerit, ſiue viuo adhuc, ſiue mortuo patre pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari, quemadmodum & cætera omnia quæ teſtamento ante captiuitatem facto, continentur. Ratione illa, quòd licet filius viuo patre ſui iuris effectus eſſe videatur, tamen ex iuris ratione pater qui non redit ab hoſtibus iam ex eo tempore quo captus eſt deceſſiſſe intelligatur, vt aduerſus quorundam ſententiam Papinianus diſputat in *l. pater* 10. *in princip. D. de capt. & poſtlimin.* Sed ſi patre in ciuitate mortuo filius apud hoſtes deceſſerit, idem Iulianus in *d. l. lex. Cornelia*, ſubdiſtinguendum ait an patre adhuc viuo, an iam mortuo filius in hoſtium poteſtatem peruenerit. Priore caſu legi Corneliæ locum non eſſe, quia per eam non efficitur vt heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit. Idque nullam recipit dubitationem. At poſteriore caſu non incommodè dici hereditatem pupilli ex ea lege ad ipſius ſubſtitutos pertinere.† Hic verò caſus eſt de quo pro- 2 babilius dubitari poteſt. Nam Papinianus in *d. l. pater.* §. *vlt.* diſertè ſcribit legem Corneliam de tabulis ſecundis nihil locutam, eius duntaxat perſonam demóſtraſſe qui teſtamenti factioné habuiſſet. Quod ſi ita eſt, pupillares tabulas in propoſito caſu ex lege Cornelia confirmatas eſſe dici non poteſt, licet ibidem Papin. ſubiiciat Prætorem non minus patris, quàm legis voluntatem ſubſequi debere, & ſubſtituto vtiles actiones dare. Hoc enim potius oſtendit ex lege Cornelia ſubſtitutionem pupillarem non confirmari, quæ ſi confirmaretur directæ non vtiles actiones ſubſtituto darentur, cùm lex Cornelia & hereditatem, & heredem faciat. *l. filius familias.* 18. *D. ad legem Falcid. l. captum.* 9. *l. iis poſtliminy.* 14. *Cod. de poſtlim. reuerſ.*† Ex quo refellitur eorum adnota- 3 tio, qui ex lege Cornelia vtiles tantùm actiones dari exiſtimant, idque probari putant ex *d. l. pater.* 10. §. *vlt.* vbi tamen non à lege, ſed à Prætore vtiles actiones ſubſtituto dandas eſſe dicitur. Ideo autem directas Prætor non dat, quia heredem facere non poteſt. §. *quos autem. Inſtitut. de bonor. poſſeſſ.* Nec rurſus dici poteſt, quod iidé volunt, Prætorem ex mente legis Corneliæ vtiles actiones ſubſtituto dare, cùm apertè Papin. dicat legem Corneliam de ſecundis tabulis nihil locutam eſſe, quin eius perſonam tantùm demonſtraſſe, qui teſtamenti factionem habuiſſet. Et quemadmodum ineptè quis diceret Prætorem ex mente legis 12. tab. vocare emancipatos ad ſucceſſionem inteſtatorum parentum, licet ea lex nihil de emancipatis dixerit, & ſuorum agnatorúmque duntaxat perſonam demonſtrauerit, ita rectè meo iudicio dici non poteſt ex mente legis Corneliæ pupillares tabulas confirmari, de quibus ea lex nec locuta eſt, nec intelligi poteſt, cùm ex contrario eius perſonam demóſtrauerit qui teſtamenti factionem habuiſſet.† Et quod 4 Papinianus ait non eſſe alienum Prætorem ſubſequi non minus patris quàm legis voluntatem, non ſic accipi debet vt non minus ex legis, quàm ex patris voluntate ſubſtituto vtiles actiones à Prætore dentur, ſed ſic potius, vt quemadmodum ei cui legitima impuberis captiui hereditatem lex Cornelia defert, Prætor bonorum poſſeſſionem dat ad tuendam legis Corneliæ voluntatem, (nam legum quoque tuendarum cauſa plærumque bonorum poſſeſſionem dat, *l. ſed cum patrono.* 6. § *penult. D. de bonor. poſſ.*) ita ei quem pater filio impuberi ſubſtituit vtiles ex teſtamento actiones decernat, vt rectam & ſanam patris voluntatem conſeruet, cui nec Cornelia, nec vlla alia lex repugnat. Sufficit enim, nihil Prætorem contra legem facere, licet quod facit, nec ex verbis, nec ex mente legis faciat. *l. nec non.* 28. §. *quod eius. D. ex quib. cauſ. maior.* Atque ita Papinianus intelligendus eſt in *dict. l. pater.* §. *vltim.* non quomodo eum ratiocinari cómmiſcuntur, qui in illis verbis, *quoniam verum eſt nec impuberem quidem factionem teſtamenti habuiſſe*, pro *quoniam*, malunt legere *quanquam.*† Cum 5 tamen ſi quæratur, Cur impuberis captiui legitima hereditas per legem Corneliam deferatur, accómodatior ratio reddi non poſſit, quàm quoniam verum eſt ne impuberem quidem teſtamenti factioné habuiſſe. Id enim conſequens eſt ei quod prius Papinianus dixerat, legem Corneliam de ſecundis tabulis nihil locutam eius duntaxat perſonam demonſtraſſe, qui teſtamenti factionem habuiſſet. Quod de ſucceſſione teſtati intelligendum eſſe apertiſſimum eſt: nam ſucceſſionem inteſtati illud impedire non poteſt quòd teſtamenti factioné non habuerit is de cuius ſucceſſione agitur: alioqui nec pupilli, nec furioſi, ſimiliúmque perſonarum hereditas ab inteſtato vlla eſſet, quod falſum eſt. *l.* 1 *de ſuis. & legit. l. bona.* 22. *D. de capt. & poſtlim.* quæ cùm ita ſint, illa adhuc dubitatio ſupereſt, Cur Iulianus in *dict. l. lex Cornelia.* pupilli hereditatem in propoſito caſu ex lege Cornelia ad ipſius ſubſtitutos pertinere reſponderit. In Florentinis quidem legitur, *non commodè dicitur*, quæ lectio omnem hanc dubitationem tollit. † Sed cùm in ſequenti 6 caſu, Si viuo patre filius in hoſtium poteſtate peruenerit, in quo diuerſum ius conſtituere Iulianus videtur, legi Corneliæ locum non eſſe exiſtimet, Florentina lectio probabilis non eſt: ac longè probabilius dici poteſt verba illa, *ex ea lege*, ſic accipienda eſſe vt legis Corneliæ fictio ad eum quoque caſum protrahatur, Si mortuo patre filius ab hoſtibus captus ſit, non quòd ex eiuſdé legis poteſtate ſubſtitutus pupillo heres eſſe poſſit, ſed quia ei Prætor vtiles actiones det, quas vtique non daret ſi non ad hunc quoque caſum legis Corneliæ fictionem accommodaret. Dico fictionem, non poteſtatem quoniã verum eſt legis Corneliæ poteſtatem quæ illa eſt vt hereditatem, & heredem faciat hoc caſu inductam non eſſe, vt ex ſuperioribus apparet, Planè fictionem inductam eſſe, hoc eſt vt filius impubes apud hoſtes mortuus in ciuitate deceſſiſſe videatur. Atque hoc *Accurſius* non intellexit, qui ſimile eſſe putat quod de lege Falcidia ſcriptú eſt in *l.* 1 §. *ad eos. D. ad l. Falcid.* legis Falcidiæ poteſtatem per Prætoris edictum in iis quoque inductã fuiſſe qui omiſſa cauſa teſtaméti hereditaté poſſidét.† Hoc 7 verò Prætor facere potuit, cum legis Falcidiæ poteſtas alia nó ſit quàm vt heres totius hereditatis quadrantẽ habeat, eò magis quòd ex eiuſdé Prætoris iuriſdictione fit vt aduerſus heredem, qui omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato hereditaté poſſidet, legatariis actio detur, quibus nulla iure ciuili cópetebat, *l.* 1 *D. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* Illud autẽ, vt legis Corneliæ poteſtas in pupillaribus tabulis de quibus locuta nó eſt induceret, facere Prætor nó potuit, quoniã nec heredé facere potuit.† Alter caſus 8

æquè dubitabilis eſt, ſi filius in ciuitate viuo patre cap-
tiuo deceſſerit, An ex lege Cornelia pupillares tabulæ
confirmentur ſi pater apud hoſtes deceſſerit. Et ad hanc
quæſtionem reſpondens Papinianus in *l. quod ſi filius.*
11. *de capt. & poſtlim.* ait nihil eſſe, quod de ſecundis ta-
bulis tractari poſſit, ſiue quoniam viuo patre filiusfa-
milias mori intelligitur, ſiue quoniam non reuerſo eo,
exinde filius ſui iuris fuiſſe videatur ex quo pater ho-
9 ſtium potitus eſt. † Quod rectè *Accurſius* ſic interpreta-
tur, vt ſiue reuerſo, ſiue non reuerſo patre pupillares ta-
bulæ irritæ fiant, quas corruere certũ eſt, ſiue viuo pa-
tre filiusfamilias decedat, ſiue de patris poteſtate exeat.
10 *l. cohæredi. 41. §. cum filia. D. de vulgar.* † Nec obſtat quod
quidam obiiciunt patrem qui ab hoſtibus reuerſus non
eſt ipſo captiuitatis momento deceſſiſſe retrofingi, pro-
inde pupillum in ciuitate mortuum poſt patrem deceſ-
ſiſſe videri. Recta enim collectio non eſt, cùm ad filij
perſonam legis Corneliæ fictio non pertineat: verum
autem ſit filium, qui patre viuo deceſſit, eodem viuo de
ipſius poteſtate exiuiſſe. Neque ſimilis ratio eſt filij poſt
patrem in ciuitate mortui, de quo Papinianus loquitur
in *d. l. pater in prin.* Hunc enim quia patri ſuperfuit, ve-
rum non eſt de patris viui poteſtate exiuiſſe qui ab ho-
ſtibus quandocumque rediens filium in poteſtate habe-
re potuit ex poſtliminij fictione. At cùm filius patre
apud hoſtes viuo moritur, poſtliminij ſpes extinguitur,
& quo temporis inſtanti filius moritur certum eſſe in-
cipit patrem quandocumque redeuntem nunquam fi-
lium in poteſtate habiturum. Vnde fit quod Papinianus
ait, vt filius exinde ſui iuris fuiſſe videatur, ex quo pa-
ter ab hoſtibus captus eſt. Et hoc quoque *Accurſius* non
intelligens, malè *Bulgari* ſententiam ſequitur qui in il-
lis verbis, *videtur fuiſſe*, negationem addendam eſſe exi-
11 ſtimabat. † Cui ſententiæ aduerſatur *l. pen. D. de ſuis &*
legit. in qua idem Papinianus reſpondet, ſi pater apud
hoſtes moriatur, defunctum iam in ciuitate filium vide-
ri patremfamilias deceſſiſſe, ideóque hæredem habere
poſſe. Quod tamen de legitimo hærede accipiendum eſ-
ſe titulus ipſe demonſtrat, neque ad pupillariter ſubſti-
tutum protrahi poteſt, quoniam quæ ratio facit, vt filius
legitimum hæredem habeat, ſcilicet quia paterfamilias
deceſſiſſe creditur, eam pupillarem ſubſtitutionem im-
pedit & extinguit, quæ aliter valere non poteſt quàm ſi
filius in patris viui poteſtate reperiatur, tũ patre mor-
tuo, impubes moriatur. Quòd ſi pater captus ſit ab ho-
ſtibus, mox filius, & ibi ambo decedant, Papinianus in
d. l. 11. de capt. & poſtli. ait ſufficere ſubſtituto leg. Cor-
neliam, id eſt, vt ego interpretor, neceſſarium non eſſe
Prætoris auxilium, quod in poſteriore legis præceden-
tis ſpecie neceſſarium eſſe dixerat. Sed hoc ita demum,
ſi filius reuerſus in ciuitate impubes decedat. Ita enim
Papinianum intelligendum eſſe rectè omnes conue-
niunt, & conſtat ex *l. ſi pater. 29. de vulgar.* vbi ex Scæ-
uola eadem ſententia proponitur. Ex his verò intelligi-
mus etiam ſi pubes filius viuo patre captus fuerit, dein-
de mortuo in ciuitate patre in hoſtium poteſtate de-
ceſſerit, patris hæreditatem ex lege duodecim tabula-
rum non filij ex lege Cornelia ad proximum agnatum
pertinere, *d. l. lex Cornelia. 28. §. vlt. eod.* vbi ſine ratione
quidam legere malunt *impubes*, quàm *pubes*. Cùm tamen
de illo caſu, quo filius viuo patre captus decedit apud
hoſtes, patre in ciuitate mortuo, proximè Iulianus di-
xerit, & verba illa, *quare etiamſi*, de nouo caſu eum tra-
12 ctare manifeſtè oſtendant. † Nouus autem caſus eſt, cùm
filius pubes viuo patre captus apud hoſtes decedit patre
iam defuncto in ciuitate, in quo de pupillari ſubſtituto
tractari non poteſt, cùm pubertate ſubſtitutio pupilla-
ris finita ſit, ſed de legitima duntaxat patris, & filij hæ-
reditate, hoc eſt an fictione legis Corneliæ aliqua filij
hæreditas eſſe intelligatur, quæ ad proximum agnatum
pertineat, an verò ſolius patris hæreditas ſit quæ ex lege
duodecim tabularũ proximo agnato defertur. Et quẽ-
admodum filio impubere mortuo apud hoſtes patre in
ciuitate viuo, lex Cornelia pupillarẽ ſubſtitutionẽ non
confirmat, quia per eam non efficitur vt hæredes habeat
is, qui nulla bona in ciuitate reliquit, ita filio pubere
mortuo lex Cornelia facere non poteſt vt eius hæredi-
tas aliqua ſit quæ ad proximum ipſius agnatum perti-
neat. Ad eum igitur patris hæreditas ex lege duodecim
tabularum pertinebit. *d. §. vlt.* in quo verba illa, *ad agna-*
tum proximum, generaliter intelligenda, & tam ad filij
quàm ad patris hæreditatem referenda ſunt: quod ab
emendatoribus non obſeruatum, errori & emendationi
cauſam dediſſe videtur.

Capvt X.

Iuliani, & Papiniani ab Africano diſſenſio.

Svmmaria.

1 *Filio in ſtipulatione ſolutionis cauſa adiecto etiam poſt capitis deminutionem rectè ſolui, ex Iuliani & Papiniani ſententia.*
2 *Contraria Africani ſententia.*
3 *Seruo ſolutionis cauſa adiecto ne quidem poſt manumiſſionem ex Africani ſententia ſolui poſſe.*
4 *In legibus Papiniani & Iuliani filium ſolutionis cauſa adiectum ſtipulationis tempore emancipatum non fuiſſe.*
5 *Papiniani ratiocinatio in* l. Stichum. 95. §. vſumfructum. 6. de ſolut. *quomodo intelligenda.*
6 *Improbatur ſententia Africani, & Papiniani retinetur.*
7 *Ratio cur vſusfructus per capitis deminutionem amittatur.*
8 *Cur adiecto ſolutionis cauſa ſuperueniens capitis deminutio ſolui non impediat.*

IVlianus † in *l. cum qui. 56. § qui ſibi. ff de verborum obli-* 1
gat. ſcribit, Patre ſibi aut filio ſuo dari ſtipulante, filij
perſonam ſolutionis tantùm gratia in ſtipulatione adie-
ctam intelligi, & ideò ſiue manenti in poteſtate, ſiue
emancipato filio rectè ſolui poſſe. Cui Papinianus con-
ſenſit in *l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quæſitum & §.*
vſumfructum. D. de ſolu. quibus locis ait filium ſolutionis
gratia adiectum videri, & ei qui ſolutionis gratia adie-
ctus eſt capitis diminutionem non nocere quominus ei
rectè ſolui poſſit, quia & ſic ſtipulari poſſum? Mihi aut
Titio cùm capite minutus erit, dari? † Sed huic Iuliani, 2
& Papiniani ſententiæ Africanus ex diametro repu-
gnat *in l. cum quis. 38. in princip. D. eodem.* vbi adiecto ſo-
lutionis cauſa non aliàs rectè ſolui poſſe ait, quàm in
eodem ſtatu maneat quo fuit cum ſtipulatio interpone-
retur. Proinde ſiue in adoptionem, ſiue in exilium ie-
rit, vel aqua & igni ei interdictum, vel ſeruus factus ſit,
non rectè ei ſolui, quia ſtipulationi conuentio hæc taci-
tè ineſſe videatur, ſi in eadem cauſa maneat. Siue igitur
maxima, ſiue media, ſiue minima capitis diminutio in-
teruenerit, (ſingulatum enim exempla Africanus ponit)
Africani ſententia eſt adiecto capite minuto ſolui non
poſſe: & quamuis de filio emancipato non loquatur, ra-
tio tamen qua vtitur oſtendit ſeparandam non eſſe hanc
capitis diminutionem à cæteris, licet in meliorem ſta-
tum mutari videatur is qui ſublato patriæ poteſtatis
vinculo paterfamilias fit. † In quo manifeſtè *Accurſius*
labitur, nec animaduertit idem de eo dici poſſe, qui 3
cùm ſtipulationis tempore ſeruus eſſet poſtea manu-
miſſus eſt. Hunc enim è ſeruitute in libertatem vindica-
tum, in meliorem ſtatum mutatum eſſe certum eſt, &
tamen ei ſolutionis gratia adiecto, poſt manumiſſionẽ
ſolui non poſſe Africanus ſupradicto loco ſcribit. † Si- 4
milis quoque eorum error eſt, qui apud Iulianum, filiũ
ſolutionis gratia adiectum iam ſtipulationis tempore
emanci

emancipatum fuiſſe dicunt, cùm verba illa, *vel manenti in poteſtate, vel emancipato filio rectè ſoluitur*, ſolutionis non ſtipulationis tempus demonſtrent. Et ſequentia, *neque ad rem pertinet: quòd qui filio ſuo dari ſtipulatur ſibi acquirit*, de eo intelligi non poſſint qui ſtipulationis tẽpore emancipatus fuit: quemadmodum nec illa præcedentia, *neque intereſt ſibi aut extraneo cuilibet, an ſibi aut filio ſuo quis ſtipuletur*, cùm filius emancipatus verè extraneus ſit. *l. quinetiam. 55. §. vlt. de rit. nu.* nec vlla dubitandi ratio ſit quominus filio emancipato dari, pater ſtipulari poſſit, ſi modò coniuncta ſua perſona ſtipuletur. Alioqui ſi ſolius filij perſonam comprehendat, ſtipulationem illa ratio impedit, quòd extraneo ſtipulari nemo poſſit, non quòd pater, qui filio ſuo ſtipulatur, ſibi acquirere intelligatur. Atq; huic interpretationi congruit Iuliani ratiocinatio, qui ex eo quod dixerat nihil intereſſe an ſibi aut extraneo, an ſibi aut filio ſuo in poteſtate conſtituto quis ſtipuletur, infert eidem filio ſolutionis gratia adiecto ſolui poſſe, ſiue in poteſtate manenti, ſiue emancipato, ſcilicet poſt ſtipulationem, vt recta, & accommodata illatio ſit. Sic quod Papinianus ſcribit *in d. l. Stichum § vſumfructum. de ſol.* ſi mihi aut Titio vſumfructum dari ſtipulatus ſim, Titio capite minuto facultatem ſoluendi Titio non intercidere, de illo accipi nõ poteſt qui iam ſtipulationis tẽpore capite minutus erat, alioqui ſtipulationis verba ſic concipi oportuit, *Mihi aut Titio capite minuto vſumfructum dari*, & ridiculus eſſet Papinianus, qui de illo quæreret, quod dubitationẽ nullam haberet, ineptior verò illa ratio *quia & ſic ſtipulari poſſumus, Mihi aut Titio, cùm capite minutus erit, dari*. Nã qui negat ſolutionis cauſa adiici poſſe eum qui ſtipulationis tempore capite minutus eſt, illud multo magis negauerit, poſſe quem ſolutionis cauſa adiici in id tẽpus

5 quo capite minutus erit. † At elegans erit Papiniani ratiocinatio, ſi ſic intelligatur, vt adiectio ſolutionis cauſa poſt ſtipulationem capite minuto ſolui nihilominus poſſit, quia & ab initio ſtipulatio potuerit ita concipi vt adiecto ſolueretur, cùm capite minutus erit, vt intelligamus per capitis diminutionẽ nihil accidere propter quod ſtipulationis cõditio immutari debeat, præſertim verò, cùm is qui ſolutionis cauſa in ſtipulatione adiicitur, aliam ob cauſam non adiiciatur, quàm vt ei rectè ſoluere poſſit, cuius fidem ſtipulator exploratam habet:

6 quæ per capitis diminutionem non diminuitur. † Negandũ igitur eſt ex Papiniani ſententia, quod Africanus exiſtimat ſtipulationi in qua ſolutionis cauſa aliquis adiicitur, tacitè conditionem illam ineſſe, ſi in eadem cauſa maneat is qui ſolutionis cauſa adiectus eſt. Hoc enim nimis ſcrupuloſum eſt, nec rationẽ vllam habet, præter aſperam iuris ſubtilitatem, quæ efficit vt per capitis diminutionẽ perſona immutari intelligatur, quæ tamen reuera eadẽ manet. Ad quod reſpiciens Papinianus, eo argumento vtitur, quia & ſic ſtipulari poſſumus, *Mihi aut Titio cùm capite minutus erit dari?* Neq; tamẽ eodem argumentandi genere probare poſſis, quod quidam obiiciunt, vſumfructum capitis diminutione non amitti, quia in id tempus cõſtitui poſſit quo quis capite minutus erit. Diſſimilis enim ratio eſt vſufructuarij, &

7 eius qui non niſi ſolutionis cauſa adiicitur. † Vſusfructus per capitis diminutionem amittitur, quoniam perſonæ debetur, is verò qui capite minuitur alius quodãmodo eſſe videtur. *l. 2. & 3. D. de cap. minut. l. ſeruus. 27. §. vlt. D. de adim. leg.* Proinde extincta perſona cui vſusfructus debebatur, ipſum quoque vſumfructum extingui

8 neceſſe eſt *l. 3. §. vlt. quib. mod. vſufruct. amitt.* † Sed qui ſolutionis cauſa adiicitur, licet per capitis diminutionem mutari videatur, non ideò tamen ſolutionem accipiendi facultatem amittit, quandoquidem nouũ non eſt, vt qui ſolutionis gratia adiectus ſit, alteri quàm ipſi ſoluatur, vt contingit ſi furioſi, vel pupilli perſona adiecta ſit. Nã ita tutori vel curatori pecuniam rectè dari, ſicuti conditionis quoque implendæ cauſa rectè pecunia tutori vel curatori datur. Quod igitur in duab. perſonis recipitur, quæ reuera diuerſæ ſunt, vt altera ſolutionis gratia adiiciatur, alteri verò ſoluatur, nimirum quoniã vel pupillũ vel furioſum in ſtipulatione ſolutionis cauſa adiicit, tutoris, aut curatoris potius, quàm pupilli aut furioſi perſonam reſpexiſſe, & fidem ſecutus eſſe intelligitur, idem multò magis in vna eadémque perſona recipiendũ eſt, vt quæ ſolutionis gratia adiecta eſt, licet iuris fictione per capitis diminutionem, & ſtatus mutationẽ alia eſſe videatur, non ideò tamen ſolutionem accipiendi poteſtatem amittat, quandoquidem ipſius fides, quam ab initio ſtipulator ſecutus eſt, eadem prorſus eſt, quæ ſtipulationis tempore fuit, neque, vt ſupra dictum eſt, per capitis diminutionem diminuitur.

Caput XI.

Emendatio l. pen D. de iur. codicill.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio & ſumma* l. pen. ff. de iur. codicill.

2 *An in ſpecie* d. l. pen. *in totum, an verò pro parte duntaxat filius ea quæ à ſe in codicillis relicta ſunt præſtare debeat?*

3 *Dubitatio nata ex ſpecie in* d. l. pen. *à Marcello poſtea propoſita.*

4 *Marcelli ſententia in dicta quæſtione quænam fuerit?*

5 *Verba illa* pro parte dimidia in d. l. pen. *Marcelli non interpretis eſſe.*

6 *Verba illa*, Imo duntaxat partem debet, *tolluntur à* d. l. pen.

7 *Quænam fuerit Marcelli ſententia in altera ſpecie & quæſtione* d. l. pen.

8 *Cur in eadem lege filius eorum quæ pro parte præſtari non poſſunt nihil præſtet.*

9 *An libertates & ſeruitutes pro parte, an vero in ſolidum præſtentur quum teſtator duos heredes legitimos habens ad vnum tantùm codicillos ſcripſerit.*

10 *Marcellũ in propoſita quæſtione à Papiniano diſſentire.*

11 *Integra legata omnia præſtari ab eo qui pro parte tantùm hæres eſt, ſi teſtator cogitauit alium ſibi pro parte ſucceſſorem futurum.*

IN † ſpecie *l. pen. D. de iur. codicill.* elegans quæſtio proponitur, An filius ad quem pater codicillos ſcripſerat, 1
patre poſtea inteſtato defuncto, natóque poſthumo, ea quæ in codicillis relicta ſunt præſtare cõpellatur, & an pro dimidia parte duntaxat, an in totum. Ac quidẽ agnatione ſui heredis codicillos euanuiſſe dici non poteſt, quoniam, vt eleganter Paulus ait in *l. ab inteſtat. 16. D. eod.* ab inteſtato factis codicillis relicta etiam poſteà natus inteſtati ſucceſſor debet, & quicunque ab inteſtato ſucceſſerit, locum habent codicilli, quorum ab inteſtato vnus tantũ caſus eſt. † Sed de illo magis Marcellus du- 2
bitat, ac longè probabilius dubitari poteſt, An in totũ, an pro parte duntaxat præſtare filius debeat ea quæ à ſe in codicillis relicta ſunt. Nam poſthumum ad quem teſtator codicillis relicta ſunt. Nam poſthumũ ad quem teſtator codicillos non ſcripſit, & de quo, vt Marcellus loquitur, codicillorum tempore nihil ſperauit, ad eorũ quæ in codicillis relicta ſunt præſtationẽ vrgeri, abſurdum atq; adeò iniquum eſſet, licet natus hereditatis partem fratri ab inteſtato auferat. Quamquam autem Mar- 3
cellus apertè ſcribit, pro parte dimidia duntaxat filiũ ad quem codicilli ſcripti ſunt conueniri poſſe, dubitatio tamen ex eo naſcitur, quod paulò poſt ſubiicit, in alia ſpecie, cùm quis duob. filiis ſuperſtitib. decedens ad alterum duntaxat codicillos ſcripſit, cùm alterum mortuũ eſſe exiſtimaret, ſimili modo dici poſſe omnia perinde debere filiũ ad quẽ codicilli ſcripti ſunt, atq; ſi ſolus patri heres extitiſſet: quo caſu dubitatio nulla eſſe poteſt, quin relicta in codicillis in ſolidũ præſtare cõpelleretur.

4 † Ex quo inferri poſſe videtur Marcelli ſentẽtiam eam
fuiſſe, vt in priori ſpecie filius non pro parte dimidia
duntaxat, ſed in ſolidũ conueniri poſſit ad ea præſtanda
quæ ab ipſu teſtator reliquit, cùm de poſthumo naſcitu-
ro non cogitaret. Idque euidentius coniici ex eo poteſt,
quod apud Marcellum ex Vlpiani notis ſubiicitur, *Vl-
pianus notat, imo duntaxat partem debet*: quib. verbis cùm
Marcelli ſententia manifeſtiſſimè reprehendatur, conſe-
quens eſt, vt contrà Marcellus exiſtimauerit, ſcilicet in
ſolidum non pro parte dimidia duntaxat filium teneri.
5 † Atque ita ratiocinantes nonnulli, verba illa, *pro parte
dimidia*, in principio legis poſita interpretis eſſe arbitrã-
tur, & contra Marcelli ſententiam in textum perducta.
Quod tamen mihi veriſimile fieri non poteſt. Primùm,
quoniam ſi ex ſequentib. coniici poteſt quod illi volũt,
& apertum eſſe aiunt, Marcelli ſententiam illam eſſe vt
is ad quem codicillus ſcriptus eſt, in ſolidum teneatur,
vix quiſquam tam imperitus interpres eſſe potuit, qui
nulla ratione motus eam Marcelli ſententiam tam malè
contorſerit, & peruerterit. Solent enim quæ ex interpre-
tum gloſſis in textum irrepſerũt, aut ab imperitis inter-
pretibus textui aſſuta ſunt, eiuſmodi eſſe, quæ veriſimi-
lem erroris colorem aliquem habeant. Sed neque illud
probabile eſt, Marcellum in ea fuiſſe ſententia, vt filium
qui partem duntaxat hereditatis habeat in ſolidum te-
neri exiſtimauerit, ad præſtationem eorum, quæ ab ipſo
relicta ſunt cùm pater eum ſolùm heredem fore exiſti-
6 maret: hoc enim nimis durũ, & iniquum eſſet. † Deniq;
me illud valde mouet quod in Pandect. Florẽtinis, quo-
rum præcipua authoritas eſt, verba illa deſunt, quæ in
aliis codicibus leguntur, *Vlpianus notat*: ſine quib. tamen,
quæ ſequuntur, *imò duntaxat partem debet*, commode ex-
plicari non poſſunt, tum quia Marcellus ſibi in eo con-
trarium fuiſſe veriſimile nõ eſt, tum quòd poſtea ſubii-
ciatur, *eorum tamen, quæ pro parte præſtari non poſſunt, ni-
hil omnino præſtandum*. Scribendũ enim fuerat, *præſtabit*, ſi
mediis illis verbis *imò dũtaxat partem debet*, prior oratio
interrupta eſſet. Ex quo facilè moneor, vt ſentiam hæc
potius verba *imò duntaxat partem debet*, imperiti eſſe in-
terpretis, cùm neq; Vlpiani ſint, niſi illa quoq; *Vlpianus
notat*: quæ imperitus quoque interpres addidit, addenda
eſſe exiſtimemus, neque in præcedentibus aliquid ſit, ex
quo coniici poſſit, Marcelli ſententiam eam eſſe vt filius
ad quem codicilli ſcripti ſunt, ea, quæ a ſe relicta ſunt, in
7 ſolidum præſtet. † Nam quod ait, ſi quis duobus ſuper-
ſtitibus filiis decedens ad alterum codicillos ſcripſerit,
cùm alterum ex his prius deceſſiſſe exiſtimaret, ſimili
modo dici poſſe omnia perinde debere filium ad quem
codicilli ſcripti ſunt, atque ſi ſolus heres patri extitiſſet,
non eò pertinet vt hoc caſu filius in ſolidum teneatur,
quem pro dimidia tantùm parte teneri paulò antè Mar-
cellus dixerat, ſed eum ſenſum habet, vt non minus hoc
caſu codicilli valeant, quã ſi ſolus in rerum natura fuiſ-
ſet is quem teſtator codicillis onerauit. Aliud enim eſt fi-
lium debere omnia, vt Marcellus loquitur, aliud verò
debere integra, vt ij interpretantur, qui dum Marcellum
non excuſant, Vlpianum quoque accuſant, quòd Mar-
celli ſententiam apertiſſimis verbis conceptam non in-
tellexerit. Filius ad quẽ codicilli ſcripti ſunt, omnia de-
bet quæ à ſe relicta ſunt, integra tamen non debet, ſed
pro parte dimidiæ duntaxat: quod ſatis apertè Marcel-
lus ſignificat iis verbis *ſimili modo*. Inepta igitur eſt illa
reprehenſio *imò duntaxat partem debet*. aut inepti potius
qui Vlpiani eam eſſe arbitrantur, nec inepto interpreti
tribuendum animaduertunt. Cùm verò ſic Marcellus
ſcripſiſſet, vtroque caſu, hoc eſt ſiue ſuperſtitibus duob.
filiis, ſiue vno duntaxat, & poſthumo poſteà nato, pater
codicillis ad alterum factis deceſſerit, non niſi pro dimi-
dia parte conuenire eum poſſe, eleganter ſcribit, *eorum
tamen quæ pro parte præſtari non poſſunt, nihil omnino præ-
ſtandum*: quod vtique non verè diceretur, ſi filius omnia
8 à ſe relicta in ſolidum præſtare cõpelleretur. † At quo-
niam pro dimidia tantum parte tenetur, ſi dimidiã præ-
ſtare non poſſit, æquius viſum eſt nihil eum præſtare,
quàm totũ præſtare. Ratione illa, quòd ea quæ pro par-
te præſtari non poſſunt, videatur pater non fuiſſe filio
ablaturus niſi eum ſibi ſolam ſucceſſorem futurum pu-
taret, quo modo Marcellus in *d. l. pen.* argumentatur. In
quo tamen Papiniani aliud iudiciũ fuiſſe videtur, qui in
l. cùm pater. 77. §. cùm exiſtimaret. 29. de leg. 2. in ſimili ſpe-
cie reſpondit releuandũ quidem pro parte dimidia eũ,
qui non niſi pro ea parte heres eſt, ſed libertates ab eo
præſtandas, quas damni cauſa intercidere durum eſſet. † 9
De ſeruitutib. quæ pro parte præſtari non poſſunt, quid
ſentiat eo loco non aperit. Sed in *l. cùm filius. 76. eo.* aper-
tè ſcribit ſeparandas eſſe hac parte ſeruitutes à liberta-
tibus: Libertates in ſolidũ præſtari, quæ nec partis præ-
ſtationem, nec æſtimationem recipiunt. Seruitutes licet
pro parte præſtari non poſſint, tamen nullatenus præ-
ſtari: ſed quoniam æſtimari cõmodè poſſunt, ſi integræ
petantur, partis æſtimationem præſtandam eſſe, niſi ma-
lit legatarius alterius partis æſtimationem heredi præ-
ſtare vt redempta parte ſeruitutis ab eo qui partem he-
reditatis euicit, integram ſeruitutem legatarius conſe-
quatur. In libertatibus non idem dici poteſt: quia cùm
æſtimationem non recipiant, partis æſtimatio præſtari
nõ poteſt: vnde fit vt ab eo qui pro parte tantùm heres
eſt, libertas præſtanda ſit, neq; ſeruus quicquam pro li-
bertate heredi dare compellatur: Sed is à quo libertates
relictæ ſunt, ab eo qui hæreditatis partem abſtulit, redi-
mere partem debet, vt Papinianus ait in *l. qui grau. 11.
cum l. ſeq. D. de iur. cod.* Nam vt libertas non intercidat,
cogitur is à quo relicta non eſt partem quam in ſeruo
habet, ei, à quo libertas relicta eſt vendere. In quo dam-
num patitur is, qui cùm pro parte duntaxat hæres ſit,
libertatis tamẽ integrum onus ſentit. Sed huius damni
cauſa libertatem intercidere nimis durũ Papiniano vi-
detur ac longè durius, quàm hæredem, qui hæreditatis
partem lucretur, ſupra partẽ ex qua hæres eſt in aliquo
grauari. † Hæc cùm ita ſint, fatendum eſt, Marcellum *in* 10
d. l. pen. de iure codic. à Papiniano diſſentire, cùm quòd ait
nihil omnino præſtãdum eſſe eorum omnium quæ pro
parte præſtari non poſſunt, de libertatibus duntaxat in-
telligi poſſit, non etiam de ſeruitutibus, quæ ſaltem in
æſtimatione partis reſtitutionem recipiunt. Marcelli ra-
tio elegans eſt, quia veriſimile ſit non fuiſſe patrẽ filio
ablaturum ea, quæ pro parte præſtari non poſſunt, niſi
eum ſibi ſolum ſucceſſorem futurum exiſtimaſſet. Sed
Papinianus benignior videtur, quippe durum eſſe pro-
pter damnum hæredis, eam teſtatoris voluntatem inter-
pretari, quæ libertatem auferat. † Porrò ex ea Marcelli 11
ratione intelligimus integra legata omnia præſtari ab
eo qui pro parte tantùm hæres eſt, ſi teſtator cogitauit
alium ſibi pro parte ſucceſſurum futurum, vt in ſpecie
l. poſt emancipationẽ 40. de leg. 3. in qua Scæuola reſpon-
dit, patruum à quo vt legitimo hærede teſtatrix petierat
vt hæreditatis partem auunculo ſuo daret, integra lega-
ta à ſe relicta præſtare compellendum, licet ad vtrumq;
vt proximum cognatum ab inteſtato ſucceſſio deuolu-
ta ſit. Nimirum, quoniam, vt rectè *Accurſius* animaduer-
tit, non contra teſtatricis ſpem vterque ſuccedit, ſed ex
ipſius voluntate, licet alio tramite, vt *Accurſius* loqui-
tur, quam teſtatrix ſperauerat.

CAPVT XII.

Malè à nonnullis emendatum, & ab aliis explicatum §. donationis. l. cum pater. de leg. 2.

SVMMARIA.

1 *Retinetur Florentina lectio* in d. §. donationis.
2 *Matrem in ſpecie* d. §. donationis, *inteſtatam deceſſiſſe.*

3 *Et*

3 *Et quidem pluribus heredibus relictis.*
4 *Ex quibus verbis matris fideicommiſſum in* d. §. *induci poſſit?*
5 *Cur in ſpecie* d.§. *non ex donatione ſed ex fideicommiſſo petatur quod per epiſtolam donatum eſt?*
6 *Dubitandi ratio, propter quam fideicommiſſum in* d.§. *filio relictum non videtur.*
7 *Explicatur Papiniani ratio* in l.miles.75. de leg.2.

SVnt qui in §.*donationis.26.l.cùm pater.77.de l.2.* malint legere *inſtitutis* quam *inteſtato*, & ita in veterib. 1 libris ſcriptum eſſe affirment. † Quibus ego aſsentiri non poſſum:& Florentinam receptamq; lectionem longè rectiorem eſſe arbitror, ſecundum quam mater quæ filium habebat, pluribus hæredibus ab inteſtato deceſſiſſe proponitur, cùm plures filias haberet. Ita enim ponendum eſt, licet aliarum mentio nulla fiat, quoniam de illo tantùm cui donatio prædiorum facta eſt, apud 2 Papinianum quærebatur.† Et matrem teſtamentum nõ feciſſe apertius intelligitur ex illis litteris ad ædituum miſſis. *Inſtrumentum voluntatis meæ poſt mortem meam filio meo tradi volo*, ex quibus apparet, nullum voluntatis matris inſtrumentum fuiſſe præter donationis prædiorum epiſtolam, quam in æde ſacra apud ædituum depoſuerat. Porrò per epiſtolam hæredis inſtitutio fieri non poteſt, ſed legatum duntaxat aut fideicommiſſum relinqui. *l. & in epiſt. 22. C. de fideic.* Matrem igitur ab inteſtato diem 3 ſuum obiiſſe ponendum eſt †, adeoq; pluribus hæredib. relictis: alioqui filio à ſemetipſo fideicõmiſſum relinqui non poſſet, & cùm is ſolus hæres eſſet, fruſtrà de fideicommiſſo quæreretur. Quemadmodum & plurib. hæredibus relictis fideicommiſſum prædiorum filio relictorum non valet pro qua parte hæres eſt, ſed pro cohæredum portionib. duntaxat, de quib. Papiniani reſponſum intelligi debet. Cur verò pro iis portionibus fideicommiſſum filio debeatur, *Accurſius*, cæterique interpretes vulgò ignoraſſe videntur, qui ex iis literarum verbis, *poſt mortem meam*, fideicommiſſum induci exiſtimant, & in propoſito caſu dubitandi rationem illam adferunt, quòd ad ædituum, non ad filium literas mater miſerat, quaſi ſi ad filium miſiſſet, dubitari minus poſſet an ei fideicom- 4 miſſum deberetur: † Vnde Papiniani rationem ſic interpretantur, vt quæri nõ oporteat cum ædituo, an cum filio mater locuta ſit, ſed illud duntaxat, in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit. Ego verò Papiniani ſẽtentiam longè diuerſam & elegantiorem eſſe arbitror: & ex donationis prædiorum epiſtola, non ex literis ad ædituum miſſis fideicommiſsum induci exiſtimo. Nam & in *l. miles ad ſororem. 75. in princ. eod. tit.* idem Papinianus in eadem fere ſpecie, ex ſola donationis epiſtola ad ſororẽ ſcripta fideicommiſsum deberi reſpondit, licet nullus ad 5 alium literas ſcripſiſse teſtator proponeretur. † Sed in vtraq; ſpecie illud maiorem dubitationem habere videtur, Cur non ex donatione petatur, id quod per epiſtolã donatum eſt, cùm certi iuris ſit, in abſentem per epiſtolã donationem conferri poſse: & eo demum tempore vires ſumere, cum rem donatam accipit is cui donata eſt, *leg. abſenti. 10. D. de donat.* Ac ſanè ita eſt, ſi eo tẽpore in rerum natura ſit is qui donauit: nam cum donatio mutuũ donantis, & donatarij conſenſum requirat, fieri non poteſt vt vtiliter donatarius cõſentiat eo tempore, quo donator conſentire amplius non poteſt. Ob eámq; cauſam in *d. l. miles*, adiicitur, teſtatorem eam donationis epiſtolam poſt mortem ſuam aperiri mãdauiſse, quoniam ſi eo viuo aperta fuiſset, ſoror ex donatione non ex fideicõmiſso octingentos aureos petiiſset. Eadem ratione in *d. §. donationis.* literarum ad ædituum miſsarum mentio fit vt intelligamus viua matre filium donationem prædiorum agnoſcere non potuiſse. Qui etiam ſenſus eſt eorũ verborum, *ignorante filio*, quia ſciente eo fruſtrà de fidei- 6 commiſso quæreretur, cũ donatio ſufficeret. † Dubitãdi autem ratio, propter quã fideicommiſsum in propoſito caſu filio relictum nõ videbatur, illa erat, quòd in donationis epiſtola mater cum filio, non cũ cæteris hæredib. ab inteſtato ſucceſſuris locuta fuerat: cum tamen abſurdum videatur fideicommiſso obſtringi eum, cuius fidei nihil commiſsum eſt, nec quicquam poſſis committere fidei eius cum quo non loquaris: idq; ſignificant verba illa Papiniani, *verbis fideicommiſſi non ſubnixam:* Sed reſpondet, fideicommiſsum quocunque voluntatis indicio induci, neq; tam de illo quæri oportere cum quo de ſupremis locutus ſit is, qui fideicõmiſsum relinquit: quàm de illo, in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit. † 7 In *d. l. miles*, quemadmodum eadem quæſtio proponitur, ita eadem ratio licet aliis verbis ex Papiniano ponitur, iis verbis, *Placet enim conſiſtere fideicommiſſum, et ſi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur. Accurſius* verò, & cæteri, quemadmodum Papiniani rationẽ *in d. §. donationis*, non intellexerunt, ita eam quæ in *d. l. miles.* poſita eſt, malè, & miſerè ſunt interpretati. Quos proculdubio corrupta eius loci lectio fefellit: neque enim legendum eſt *ac ſi*, ſed *etſi*, vt à clariſſimis, & ſubtiliſſimis Iureconſultis *Petro Fabro*, *& Iacobo Cuiacio* iampridem obſeruatum, multiſq; apertiſſimis cõprobatum eſt. Quo poſito, facile eſt intelligere Papiniani rationem in *d. §. donationis.* ſic interpretandum eſſe, vt cùm in propoſita ſpecie ex donationis prædiorum epiſtola appareat eam fuiſse matris voluntatem vt donata prædia filius haberet, non ideò minus fideicommiſsum ei relictum intelligatur, quia cum eo non cum cæteris hæredibus mater locuta ſit. Aliud enim inſpiciendum non eſse, quàm in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit.

CAPVT XIII.

Ad l. ſi heres. 110. D. de legat. 1.

SVMMARIA.

1 *Vulgata dicta legis interpretatio reiicitur.*
2 *Duplex Accurſij ad eandem legem interpretatio improbatur.*
3 *In* d.l.ſi heres *actionem de dolo in heredem ad hoc dari vt legatario actio ex teſtamento reſtituatur.*
4 *Cur heres qui ſeruo generaliter legato ſeruum furem legatario ſciens dedit, ex eius damno in ſolidum non teneatur?*
5 *Diſtinctio Accurſij, Bartoli & aliorum inter actionem ex teſtamento, & actionem ex contractu.*
6 *An heres qui ignorans ſeruum furem legatario dedit, ex eius facto teneatur?*

MAle † ab omnibus interpretibus acceptam puto 1 *l. ſi heres. 110. D. de l. 1.* quam vulgo ſic intelligunt, vt heres generaliter ſeruum dare iuſsus quẽ ipſe voluerit, ſi ſciens furem dederit, iſque furtum legatario fecerit, duplici actione legatario teneatur, De dolo, & Ex teſtamẽto: De dolo ratione eius quod intereſt vt legatariũ indemnem præſtet: Ex teſtamẽto in id vt alium hominẽ præſtet, quoniam peſſimi præſtatione liberatus non ſit, quoniam ex teſtamento conueniri poſſit. Hanc verò interpretationem refellunt vltima illa legis verba, *& hunc pro noxa dedito relinquat.* Etenim abſurdiſſimum fuerit exiſtimare heredem qui actione de dolo teneatur ad id omne quod propter furtum legatarij intereſt, prætereà actione ex teſtamento ſeruũ pro noxæ dedito relinquere 2 compelli: cùm noxalis actio eam ſemper conditionẽ habeat, ſi damnum non præſtetur, &, vt Vlp. loquitur *in l. 6. § 1, de re iudic.* iudicium ſolius noxæ deditionis nullum ſit, ſed pecuniariam condemnationem ſequatur. † Eámque ob cauſam *Accurſius* ea verba ſic interpretatur, vt electionem legatario tribuat, an de dolo in id quod intereſt agere velit, an ex teſtamento in id vt ſibi alius homo præſtetur, & is qui iam præſtitus fuerat, pro noxæ

dedito relinquatur. Quod etiam Africani verbis conuenire non videtur, quæ oſtendunt heredem ad id præciſè teneri, vt alium hominem præſtet, & prius præſtitum pro noxæ dedito relinquat. Debuerat enim ſcribere, *ad hoc etiam tenetur*, aut quid aliud ſimile, ſi heredi duplicem actionem competere poſſe exiſtimaſſe. Alia quoque *Accurſij* interpretatio placere non poteſt, licet pleriſque probabilior videatur vt iis verbis, *ſed quoniam verum eſt*, à priore ſententia Africanus recedat, & heredem non de dolo in ſolidum teneri exiſtimet, ſed ex teſtamento duntaxat in id, vt alium hominem præſtet, & furem noxæ dedat. Nam præter id, quòd tam facilè ſententiam mutaſſe Africanum veriſimile non eſt, illud etiam defendi vix poteſt, heredem, qui ſeruum furem legatario dedit, licet ſciens dederit, actione ex teſtamento liberatum non eſſe: Fateor legatarium, ſi ex teſtamento agat non cogi eum ſeruum accipere, qui ſit omnium peſſimus: & ea actione conſequi poſſe vt ſibi alius detur: ſed ſi acceperit, licet ignorans, heredem actione ex teſtamento liberatum, ob idque de dolo conueniendum

3 eſſe omnino contendo. † Et illud eſt quod Africanus ait, de dolo malo agi poſſe, quod vtique falſum eſſet ſi ex teſtamento actio ſupereſſet. Nec ſequentia repugnant, quæ ideo duntaxat adiecta ſunt, vt intelligamus in propoſita ſpecie legatario actionem de dolo dari, non in id omne quod ſua intereſt, ſed in id tantùm vt ei arbitrio iudicis actio ex teſtamento reſtituatur, qua herede compellat alium hominem non peſſimum præſtare, & eum qui furtum fecit pro noxa relinquere. Et hoc adiici neceſſe fuit, quoniam regulariter De dolo actio in id datur, quod agentis intereſt. *l. arbitrio. 18. D. de dolo.* ſed tamen datur etiam aliquando in id vt priſtina actio reſtituatur. *dict. leg. arbitrio. §. penult.* præſertim cùm reſtituta actione res ad eum ſtatum reducitur, in quo erat priuſquam dolus committeretur, vt in propoſito caſu con-

4 tingit. † Verùm hic illa iniquitas occurrere videtur, quòd ſi damnum à ſeruo datum ſerui æſtimationem ſuperet, iniquum fuerit heredem cuius dolo id contingit in ſolidum non teneri, neque hoc caſu dici poſſit reſtituta actione ex teſtamento arbitrio iudicis dati De dolo, omnia in priſtinum ſtatum reſtitui, niſi quidquid legatarij intereſt, ei ab herede eadem actione ſarciendum admittamus. Exemplo eius quod in *l. ſi ſeruus. 31. D. de pignor. action.* idem Africanus ſcribit, debitorem qui ſciens furem ſeruum pignori dedit creditori, non liberari ſi eum apud creditorem pro noxæ dedito relinquere paratus ſit, ſed præterea actione pignoratitia creditorem conſecuturum vt indemnis præſtetur, & damnum om-

5 nimodo decidatur. † Scio *Accurſium*, *Bartolum*, & cæteros, qui toti *Accurſij*, & *Bartoli* veſtigiis inſiſtunt actionem ex teſtamento ab actione ex contractu diſtinguere. Sed cùm diſſimilitudinis rationem nullam afferant, probabilius dici poteſt, heredem idcirco legati ſerui nomine in ſolidum non teneri, quòd is legatarij factus ſit, vt quamuis eum dolo heres ſoluerit, alieni tamen ſerui factum minus quàm ſui præſtare debeat. Satiſque dolus ipſius in eo coerceatur, quòd, & alium ſeruum dare, & eum quem prius dederat legatario relinquere compellitur, *pro noxa dedito*, vt Africanus ait. Ex quo intelligi poteſt, ſi ſerui pretium litis æſtimationem ſuperet, in heredis poteſtate eſſe ſi velit damni præſtatione ſeruum recuperare. Ea enim eſt noxæ deditionis natura quemadmodum initio capitis diximus, vt pecuniariam condemnationem ſequatur. Sed & , ſi damnum à ſeruo datum ipſius æſtimationem ſuperet, poterit quidem heres etiam ab initio legatario ſeruum extorquere: at prudentius faciet, ſi eum legatario relinquat pro noxæ dedito, ne ſi eum legatario abſtulerit, poſteà ex ipſius furto in ſolidum conueniri poſſit, quamquam & legatarius ſi volet iuſtè ſerui reſtitutionem recuſabit priuſquam ei litis æſtimatio ſufferatur, arg. *leg. ſi ſeruus 70. de leg.* 1. In pignore, locatione, commodato, & cæteris contractibus, in quibus dominium in accipientem non transfertur, æquius eſt eum qui furem ſeruum doloſè tradidit, ſerui ſui factum præſtare, hoc eſt damnum ab eo datum in ſolidum reſarcire, vt ſuprà *cap. 5.* probauimus. † At ve- 6

rò, hîc illa quoque dubitatio incurrit, ſi ignorans heres ſeruum furem legatario dederit, an æquè teneatur: nam hoc caſu de dolo malo agi non poſſe certum eſt. Sed tamen quoniam illud ſemper verum eſt, heredem in hoc teneri, vt non peſſimum det, rectiſſimè dicetur, hoc quoque caſu heredem ad hoc teneri, vt alium hominem præſtet, & hunc quem iam dedit, pro noxæ dedito relinquat. Quid ergo, inquies, an non deterioris conditionis eſſe debet, qui ſciens, quàm qui ignorans ſeruum furem legatario ſoluit? Ita ſanè, in eo ſcilicet vt aduerſus ſcientem actio ex teſtamento reſtituatur iudicio De dolo, aduerſus ignorantem verò in factum verbis temperanda actio danda ſit, vt Vlpianus loquitur *in l. non debet 11. §. vlt. de dolo.* Nam ex quibus cauſis dolo intercedente de dolo agitur, ex iiſdem ſi dolo agi non poſſit, actioni in factum ſubſidiariæ locus eſt.

CAPVT XIV.

Emendatio noua §. quoniam. l. cùm tabulas. D. de his quæ vt indignis.

SVMMARIA.

1 *Legatum relictum concubinæ cum qua ſtuprum contractum non eſt, auferri non poſſe.*

2 *Nec libertam in ſpecie* d. §. quoniam *plurium concubinam fuiſſe, nec patronum plures concubinas habere voluiſſe contra Accurſium oſtenditur.*

3 *Vera Papiniani ſententiam in* d. §. quoniam.

4 *Quò pertineat illud quod Papinianus dicit*, in ea ſtuprum non contrahi quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur?

5 *Coccej Caſſiani exemplum à Papiniano allatum quò pertineat.*

6 *Reijcitur* dict. §. *conſtructio & interpretatio ab Accurſio & Bartolo allata.*

7 *Verba illa* d. §. quoniam, pleno honore dilexerat, *non de maritali honore ſed de concubinatu eſſe accipienda.*

8 *Concubinam* pleno, *vxorem* pleniori *honore diligi.*

9 *An in* d. §. quoniam *Ruffina Caſſiani concubina fuerit?*

10 *Emendatur* d. §. quoniam, *& emendati ſenſus proponitur.*

11 *Vt ingenua concubina ſit, quid requiratur?*

12 *Cur in* d. §. quoniam *Caſſianus Ruffinam alumnam appellauerit.*

Dici † ſolet nec ſtuprum nec probrum in ea con- 1

trahi, quæ ſe patroni concubinam eſſe patitur, *leg. probrum. 41. de rit. nupt.* Quòd eò pertinet, vt ſi qua mulier ingenua ſe alicui in concubinam tradiderit, matrisfamilias honeſtatem habuiſſe dici non poſſit, vt eodem loco Marcellus ait, licet non ideò ſtuprum in ea contractum fuiſſe intelligatur, vt Papin. ſcribit in *§. quoniam l. cum tabulis. D. de his quæ vt indig.* Nempe ſi in concubinatum aſſumpta ſit cum teſtatione aut ſine teſtatione, cùm obſcuro loco nata eſſet, vel vulgò quæſtum feciſſet, *l. 3. D. de concubin.* Cuius rei effectus ille eſt, vt quod ei relictum eſt cum qua ſtuprum contractum non eſt, tanquam indignæ auferri non poſſit *d. §. cum tabulis.* De cuius ſententia alioqui obſcuriſſima, & à nemine hactenus rectè explicata, dicendum nobis eſt aduerſus veterum, & recentiorum omnium interpretationes. † Pri- 2

mùm enim apertè labitur & cæcutit *Accurſius* qui

Papin.

Papin. ſententiam illam eſſe putat, vt excuſetur liberta,
ſi patrono ſuo petenti eam in concubinam non conſen-
tiat, cùm is aliam haberet, quia nemini iure duas concu-
binas habere liceat. Nam quod Papinianus ait eius qui
concubinam habuit, quod teſtamẽto relictum eſt actio-
nem non denegari, non eam rationem habet, quòd plu-
res concubinas habere non poſſit patronus, qui liber-
tam concubinam haberet vult, cum iam aliam haberet,
ſed quoniam, vt ipſe Papinianus ait, in ea ſtuprum con
trahi non placuit, quæ ſe non patroni concubinam eſſe
patitur. At ſecundum *Accurſij* interpretationem debe-
ſat Papinianus ſcribere ſtuprum in ea non contrahi
quæ ſe patroni concubinam eſſe patitur. Ac fortaſſe ita
Accurſius legit ſublata negatione, quę tamen in Floren-
tinis cæteriſque omnibus quibus nunc vtimur libris
non deeſt. Argumentum coniecturæ præbet, quòd in il-
lis verbis, *non placuit*, ſic notat, *licet alij ſit concubina*, ac ſi
ſenſus eſſet, in eo differentem eſſe conditionem libertæ
& patroni, quòd cùm illa pluribus concubina eſſe poſ-
ſit citra ſtuprum, hic tamen plures concubinas habere
non poſſet. Ego verò quemadmodum Florentinam re-
ceptámque lectionem elegantiorem, & rectiorem eſſe
arbitror, ita *Accurſij* interpretationem prorſus ineptam
& ridiculam eſſe contendo. Cùm in toto Papiniani reſ-
ponſo nihil ſit ex quo colligi poſſit libertam pluribus
concubinam fuiſſe, vel patronum plures concubinas ha-
bere voluiſſe. Quod vtrumque tamen ex *Accurſij* in-
terpretatione comminiſcendum eſt. Minus tamen mi-
randum ſit malè ab eo omnia explicari quæ nec ab alio
3 vllo quod ſciam rectè explicata ſunt. † Mihi videtur
Papiniani ſententiam eam eſſe, vt recta conſecutio non
ſit ſi quis inferat ſtuprum commiſiſſe mulierem, ea eo
quòd ſe alterius quàm patroni concubinam eſſe paſſa
eſt. Fieri namque poſſe, vt ſiue liberta, ſiue ingenua ſit ea
de qua quæritur, concubina eſſe poſſit eius qui patronus
non ſit, neque tamen ſtuprum in ea contrahatur. Quid
enim ſi aut obſcuro loco nata ſit, aut vulgo quæſtum
fecerit, aut teſtatio præceſſerit? His caſibus probrum
fortaſſe in ea muliere eſſe intelligitur: certè matrisfami-
lias honeſtatem non habet *d. l. probrum.* at de ſtupro ar-
gui non poteſt: ideoque quod ei teſtamento relinque-
tur, tanquam indignæ non auferetur, quod vtique au-
ferretur, ſi ſtuprum in ea contractum eſſe diceretur.
4 † Ergo quod Papinianus ait ſtuprum in ea non contrahi
quæ ſe non patroni concubinam eſſe patitur, non eò
pertinet, vt in ea ſtuprum contrahatur quæ patroni
concubina (hoc enim multo minus dici poteſt) ſed vt in
ea quoque non contrahatur quæ ſe non patroni con-
cubinam eſſe patitur: vt quoties & ſtupro quæritur, di-
ſtinguendum non ſit, an patronus, an non patronus ſit
is qui concubinam habuit, ſed tantùm an libera ſit, an
ingenua, & ſi ingenua, an obſcuro loco nata ſit, aut vul-
go quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit, néene. Cæ-
terùm illud perpetuò obſeruabitur, vt ſi ſtuprum con-
tractum ſit, quod teſtamento concubinæ datum eſt, tan-
quam indignæ auferatur, ſi contractum non ſit, non
5 auferatur. † Quæ cum ita ſint, conſequens eſt exem-
plum quod Papinianus de Coccio Caſſiano ſubiicit eò
pertinere, vt quod Caſſiani teſtamento ipſius concubi-
næ datum eſt, tanquam indignæ non auferatur, licet
ea ſe non patroni concubinam eſſe paſſa eſſet.
Ita enim eſſe ex eo apparet, quòd Ruffinam ingenuam
fuiſſe Papinianus ait: quod ſi ita eſt, nec ea, nec ipſius
filia patronum habere potuit. Hunc igitur Caſſianum
Papinianus refert Ruffinam ingenuam honore pleno
dilexiſſe, Ruffinæ verò filiam, quam teſtamento Caſſia-
nus nepti coheredem datam appellauerat, vulgo quæſi-
6 tam apparuiſſe. † Sic enim ſcriptum eſt & conſtruendũ,
non quomodo *Accurſius*, qui dum in verborum conſtru-
ctione ſubtilem & peritum Grammaticum agit, prorſus
indignam Iureconſulto, & fatuam interpretationem
comminiſcitur. Ait verò Caſſianum qui Ruffinam inge-
nuam concubinam habuerat, eiuſdem filiam vulgo quæ-
ſitam appellaſſe vt ſibi concubina eſſet, quam teſtamen-
to coheredem nepti dederat, quámque ipſius alumnam
eſſe apparuit. Sicq; omnia Papiniani verba contorquet,
& perelegantem eius loci ſententiam manifeſtè deſtruit.
In quo confirmando, quòd per ſe apertiſſimum eſt, diu-
tius non immorabor. Neque tamen permittere poſſum,
licet addere pene pudeat, *Accurſij* interpretatione dece-
ptum *Bartolum*, cùm meliorem excogitare non poſſet,
æquè male ad eum locum notaſſe Papiniani ſententiam
illam eſſe, vt inimicitiæ inter legatarium, & teſtatorem
prouenientes abſque legatarij culpa ipſum legato non
priuent: quo nihil, vt ita dicam, incommodatius, & à Pa-
piniani mente alienius excogitari poteſt. Alij, quibus
quoque tam obſcuri loci interpretatio difficilis eſt, li-
cet elegantius quid afferant, non tamen omnia rectè ex-
plicant. † Ac in ipſo interpretationis limine offendunt, 7
dum verba illa, *pleno honore dilexerat*: de maritali honore
intelligunt, ac Ruffinam Caſſiani vxorem fuiſſe ponunt.
Quod ſi verè diceretur, parùm accommodatè Papinia-
nus eo exemplo probaret non auferri tanquam indignæ
quod non concubinæ relictum eſt cum qua ſtuprum
contractum non eſt. Cur enim Caſſianum pleno honore
Ruffinam dilexiſſe diceret, ſi non ea, ſed ipſius filia Caſ-
ſiani concubina fuiſſet, ab eóque nepti coheres data?
Rurſus ſi Caſſiani vxor Ruffina fuit, eiuſdem filia Caſ-
ſiani citra ſtuprum concubina eſſe non potuit, quemad-
modum nec iuſtas nuptias cum ea contrahere potuiſ-
ſet, §. *adfinitatis.* iuncto §. *ergo Inſt. de nupt.* Rectius igi-
tur *Accurſ.* (& hoc duntaxat rectè) verba illa, *pleno ho-
nore dilexerat*, non de maritali honore interpretatur, ſed
cum eo temperamento, *vt concubinam tamen.* † Quod ſi 8
diutius repugnes, & contendas concubinam pleno ho-
nore diligi non poſſe, dicam cum *Accurſio*, imò poſſe
concubinam pleno honore diligi, ſed vxorem pleniori.
Et ſi adhuc vrgebis, ſequar eam lectionem quam in ple-
riſque libris e latere pleriq; notant, & legam, *pleno amore*,
non *honore*, quod de concubina non minus quàm de
vxore dici poteſt, cùm inter vxorem & concubinam di-
gnitate duntaxat, non etiam adfectione interſit, *leg. item
legato. 49. §. penult. de legat.* 3. † Ergo Ruffinam Caſſiani 9
concubinam fuiſſe neceſſariò ponendum eſt. Atqui, in-
quies, nihil ei teſtamento Caſſianum reliquiſſe Papinia-
nus ait, ſed ipſius filiæ: quem tamen diximus hoc exem-
plo nihil aliud agere, quã vt oſtendat non auferri quod
relictum eſt concubinæ. Igitur vel Ruffinæ filiam Caſ-
ſiani concubinam fuiſſe, vel ſi Ruffina concubina fuit,
ipſam non eius filiam teſtamento Caſſiani nepti cohe-
redem datam eſſe dicendum eſt. † Et hoc nimirum eſt 10
quod me mouet, vt locum hunc corruptum eſſe mihi
omnino perſuadeam. Facilè autem reſtituetur, ſi nullo
addito aut ſublato, illa duntaxat verba, *cuius filiam*, alie-
no loco poſita, in ſuum referantur, id eſt poſt illa *nepti
coheredem datam appellauerat*, ſicque legam, *cuius filiam
vulgo quæſitam apparuit.* Qua lectione admiſſa ſenſus erit
elegans, & apertus Ruffinam Caſſiani concubinam fuiſ-
ſe, & à Caſſiano in ipſius teſtamento ſub alumnæ ap-
pellatione nepti coheredem datam eſſe: ac cùm ab ea
tanquam indigna hereditatis partem fiſcus vindicaret,
iudicaſſe optimos, maximóſque Principes nihil ei aufe-
rendum, quòd cum ea ſtuprum contractum non eſſet.
Ita enim Papiniani exemplum ad §. ſententiam accom-
modandum eſt. † At quoniam Ruffinam Caſſiani con- 11
cubinam ingenuam fuiſſe dixerat, ingenua autem con-
cubina eſſe non poteſt niſi aut obſcuro loco nata ſit aut
vulgo quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit. *d. l.* 3. *de
concubin.* neceſſe fuit Papinianum verba illa addere, *cuius
filiam vulgo quæſitam eſſe apparuit*, vt intelligeremus Ruf-
finam, cuius filiam vulgo quæſitam fuiſſe apparuiſſet,
vulgo quæſtum feciſſe (hoc enim ex illo neceſſariò ſe-
quitur) proinde talem fuiſſe quæ licet ingenua, concu-
bina tamen eſſe potuerit. Eámq; ob cauſam hereditatis

controuerſiam à fiſco Ruffina patiebatur, quòd cùm ingenua eſſet, Caſſiani concubina citra ſtuprum eſſe non
52 potuiſſet.† Quæ etiam ratio fuit propter quam Caſſianus, cùm eam heredem ex parte ſcriberet, ac vereretur ne ab ea tanquam indigna teſtamenti commodum auferretur, quam ſcilicet ingenuam eſſe ſciebat, (neque enim vulgo eam quæſtum feciſſe putabat, vt ex eo colligi veriſimiliter poteſt, quòd illam pleno amore diligebat) alumnam teſtamento Ruffinam appellauerat, vt alumnæ potius quàm concubinæ iure apud ſe vixiſſe crederetur. Sed nihil alumnæ appellatio proficere potuiſſet, cùm fiſcus ei ſtuprum obiiceret, quòd ingenua & concubina fuiſſet, niſi ipſius filiam poſt Caſſiani mortem vulgo quæſitam eſſe apparuiſſet. Propter quod iudicatum eſt nihil ei auferendum eſſe, quia ſtuprum non commiſiſſet, licet ſe non patroni concubinam eſſe paſſa fuiſſet. Miror verò quod vir doctiſſimus ſcripſit legendum eſſe *quaſtum feciſſe*, pro *quaſitam*. Nam ſi aliter locus hic non emendaretur, nihil in eo eſſet quod emendationem exigeret, cùm ingenua non minus concubina eſſe poſſit, ſi vulgo quæſita ſit, quàm ſi vulgo quæſtum fecerit. Etenim vulgo quæſita obſcuro loco nata eſt, quæ parentem nullum demonſtrare poteſt, ideóque citra teſtationem concubina eſſe poteſt, *d.l.3.de concub.*

Capvt XV.

In l filius. 28. D. de liber. & poſth. in princ. pro *inſtitui*, legendum eſſe *ſubſtitui*.

SVMMARIA.

1 *Prior dicta legis ſpecies.*
2 *Poſterior ſpecies, & in ea quaſtio, an herede ſcripto ex parte filio coheres poſt ipſius mortem inſtitui poſſit?*
3 *Verborum Tryphonini in poſteriore ſpecie interpretatio à quibuſdam allata reijcitur.*
4 *Emendantur verba Tryphonini, & pro* Inſtitui *legitur* ſuſtitui.
5 *Quando filio ex aſſe inſtituto ſubſtitui poſſit, vt eo excluſo ſubſtitutus admittatur?*

1 IN † priore huius legis ſpecie Tryphoninus ponit filium à patre in cuius poteſtate erat, ſub conditione inſtitutum, quæ non erat in ipſius poteſtate, & in defectum conditionis exhæredatum. Ego ſic intelligo vt in caſum exhæredationis datus ei fuerit ſubſtitutus. Nam cùm ex aſſe inſtitutus eſſet, vt ex eo colligi poteſt quod de filio ex parte ſcripto poſteà loquitur, neceſſe fuit in caſum exhæredationis ſubſtitutum dari, aloqui exhæredatio non valeret, ſi nemo ex teſtamento hæres eſſet, *l. filium. 20. §. ſed cum exhæredatio D. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. l. ſi patronus. 12. §. ex teſtamento. D. de bon. libert.* At Tryphonini verba oſtendunt in ea ſpecie, quam tractat, valituram fuiſſe exhæredationem, ſi viuo filio inſtitutionis conditio defeciſſet, & exhæredationis extitiſſet. Subſtitutus igitur filio ex aſſe inſtituto datus erat, & poſtea defuncto filio pendente conditione tam inſtitutionis quàm exhæredationis, dubitabatur an ſi exhæredationis conditio exiſteret ſubſtitutus admitteretur. Finge filium ex aſſe ſcriptum, Si nauis ex Aſia intra annum veniret, Si non veniret, exhæredatum, eique in hūc caſum ſubſtitutum datum, Tum priuſquam nauis ex Aſia veniret, intra annum filium deceſſiſſe. Si nauis poſt annum non venerit, Tryphoninus negat ſubſtitutum admitti, licet ſubſtitutionis conditio euenerit: quoniam teſtamentum ipſo iure nullum ſit, in quo filius præteritus fuit, qui quamdiu vixit neque inſtitutus fuiſſe dici poteſt, neque exhæredatus. Eo autem moriente conditionis euentus expectari non poteſt, cùm abſurdum ſit, teſtamentum ſuſtineri à ſubſtituto, qui non niſi in exhæredationis caſum ſubſtitutus eſt, ac de quo teſtator non cogitauit, niſi in id tempus quo exhæredationis conditio exiſteret.† Et hæc prior huius legis ſpecies eſt. 2
De poſteriore verò, quæ longè maiorem habet dubitationem, ſic Tryphoninus ſcribit, *herede autem ſcripto ex parte filio, cohares poſt mortem filij inſtitui poteſt.* Quorum verborum ſenſus ideò difficilis eſt, quod vix caſus reperiri poſſe videtur, quo poſt filij mortem cohæres inſtitui poſſit. Siue namque verus filius cohæredem habuit, ſiue non habuit, & ſiue inſtitutionis conditio extiterit, ſiue defecerit, neceſſe eſt fruſtrà cohæredem dari filio qui iam inde ab initio aut inſtitutus, ſi conditio inſtitutionis extiterit, aut ſi defecerit exhæredatus fuiſse intelligatur. Non enim quemadmodum conditio, ita dies retrotrahi poteſt: vnde fit vt hæreditas quæ ſub conditione dari poteſt, ex die tamen dari non poſſit, ſed vitio temporis ſublato inſtitutio maneat. *l. hereditas 34. D. de hered. inſt.* Ergo poſt filij mortem cohæres inſtitui non poteſt, quin purè inſtitutus intelligatur: (quòd ſi ita eſt, fruſtrà Iureconſultus ſcribit poſt mortem filij inſtitui cohæredem poſse, cùm & multò magis ante mortem inſtitui poſſit, & poſt mortem inſtitutus ante mortem ſcriptus eſse cenſeatur) vel ſi cohæres poſt mortem filij ſcriptus, non purè ſcriptus eſse intelligitur, teſtator toto eo tempore quo filius vixit inteſtatus deceſſiſse intelligitur, filius autem poſt mortem ſuam exhæredatus, *l. ſi ita ſcriptum. 13. §. vlt. D. de liber. & poſthum.* Ac præterea ſi poſt filij ex parte ſcripti mortem, cohæres ex alia parte inſtitui poteſt, vt quamuis filius pendente conditione deceſſerit, teſtamentum nihilominus ſuſtineatur, fiet vt exiſtente conditione filius dum vixit hæres fuiſse retrofingatur, nec pro ſua parte duntaxat, ſed etiam pro parte cohæredis, ne pro parte teſtatum pro parte inteſtatum patrem deceſſiſse dicamus. Atque ita nihil cohæredi inſtitutio proderit. Deficiente verò conditione, ne filius quandiu vixit præteritus videatur, dicendum eſt iam inde ab initio exhæredatum eum intelligi. Atqui nullus eo tempore hæres fuit, neque fuiſse fingitur: cohæres enim datus poſt mortem filij non poteſt retrofingi hæres fuiſse, proinde nec filij portionem accreſcendi iure acquiſiuiſse. Igitur exhæredatio non valuit: & neceſſariò concludendum eſt nullo caſu fieri poſse, vt hærede ſcripto ex parte filio, cohæres poſt ipſius mortem inſtituatur. † Scio quibuſdam placere ſic Try- 3
phoninum intelligi vt filio ex parte ſcripto ſub conditione caſuali adiectus ſit cohæres ſub eadem conditione, qui teſtamentum ſic ſuſtineat, vt poſt mortem filij exiſtente conditione inſtitutionis vterque pro ſua parte ab initio hæres fuiſse videatur. Sed interpretatio hæc à Iureconſulti verbis nimis aliena eſt, non ſolùm quoniam nihil de conditione cohæredi adiecta exprimunt, ſed etiam quia ſub eadem conditione inſtitui cohæres non poteſt, quin filio ſubſtitutus detur. Alioqui fieret vt licet viuo filio inſtitutionis conditio deficeret, exhæredatio tamen filij non valeret, quippe qui à nemine exhæredatus inueniretur. At manifeſtum eſt, vt initio capitis diximus, eam Tryphonini ſententiam eſse, vt in propoſita ſpecie filius ritè exhæredatus ſit, ſi eo viuo inſtitutionis conditio deficiat. Tum vero, aliud eſt cohæredem inſtitui poſse poſt mortem filij, vt Tryphoninus loquitur, aliud verò poſse hæredē eſse poſt mortem filij, vt illi interpretantur. Hoc fieri facile poteſt: illud nullo modo, nullóque caſu. † Tenendum igitur eſt, 4
quod inſcriptio capitis pollicetur, an pro *inſtitui*, rectius legi poſſit *ſubſtitui*. In quòd ſanè procliuior ſum. Verba enim manifeſtè oſtendunt id omnino Tryphoninum agere, vt doceat multum intereſse an filius ex aſſe, an pro parte duntaxat hæres ſcriptus ſit ſub conditione caſuali ſi ea pendente deceſſerit. Priore caſu, ſubſtitutū non admitti poſt filij mortem, licet inſtitutionis conditio defecerit, quia cum teſtamentum ſuſtinere non poſſit propter eam rationem, quam ſuprà attulimus, fiat

neceſſariò

neceſſariò vt filius quandiu vixit, præteritus fuerit, ob
idque teſtamentum nullum fecerit. Poſteriore verò ſub-
ſtitutum admitti, quia nihil impediat quominus teſta-
mentum ſuſtinere, conditioniſque euentum expectare
poſſit. Vnde fit, vt ſi poſt filij mortem exhæredationis
conditio euenerit cohæres idémq; ſubſtitutus filij por-
tionem ex ſubſtitutione conſequatur. Idémque eſt, etſi
alius quam cohæres ſubſtitutus eſſe proponatur: ſed de
cohærede lex loquitur vt filio ex parte ſcripto cohære-
dem ex alia parte datum eſſe intelligamus, quoniam ex
parte ſcriptum hæredem ſi cohæres nullus datus ſit, ex
aſſe ſcriptum interpretamur. † Quid? An non filio inſti-
5 tuto ex aſſe ſubſtitui poteſt, vt eo excluſo ſubſtitutus
admittatur? Ita ſanè, ſi viuo filio inſtitutionis conditio-
nē defeciſſe proponas. Sed in ſpecie *l. filius*. h.e. filio ante
conditionis euentum, aut defectum mortuo, dico ſubſti-
tutum ex aſſe poſt ipſius mortem admitti nō poſſe, licet
inſtitutionis conditio defecerit. Ergo verba illa, *hærede
ſcripto ex parte filio cohæres poſt mortem filij ſubſtitui poteſt*,
hunc ſenſum habent, fieri non poſſe vt poſt mortem fi-
lij admittatur ſubſtitutus, qui viuo eo admitti non po-
tuit: niſi eo caſu quo filius ex parte tantùm ſcriptus eſt,
ei cohærede dato. Hoc igitur caſu ſecurè teſtatur pater,
qui ſic teſtatur vt inteſtatus fieri nullo caſu poſſit. At
cùm ex aſſe filium hæredem ſcribit, ſubſtitutum ei dare
non poteſt, hoc eſt ſic teſtatur, vt ſi ei ſubſtitutum ſine
cohærede dederit, teſtamentum ad cauſam inteſtati re-
cidere facilè poſſit.

Capvt XVI.

Ad Litem veniunt. 20 § ait Senatus. D de pet. hered.

SVMMARIA.

1 *Legem Papiā ad heredes ex aſſe ſcriptos non pertinuiſſe.*
2 *Quomodo accipiendus ſit* d. §. ait Senatus.
3 *Reijcitur triplex Accurſij ad* d. §. *interpretatio.*
4 *Differentia inter caduca & vacantia bona.*

QVod † Vlpianus in Titulis ſcribit, *titul. de caducis*,
legem Papiam, quæ partes heredum ante apertas
tabulas defunctorū caducas faciebat, & fiſco deferebat,
1 ad heredes ex aſſe ſcriptos non pertinuiſſe, veriſſimum
ſanè eſt, & pleriſque iuris ciuilis locis comprobatum. *l.
1. §. vlt. D. de iur. & fact. ignor.* Neque tamen eam ob cau-
ſam Senatuſconſulti, quod de petitione hereditatis fa-
ctum eſt, verba ſic concepta ſunt, *cùm antequam partes
caducæ fiſco peterentur, l. item veniunt. 10. §. pridie Idus D.
de petit. hered.* † Sed quod (vt idem Vlpianus, Senatuſ-
conſulti interpretationē faciens, in *§. ait Senatus*, ſubii-
2 cit) ſic euenerat vt partes caducæ fiſco peterentur: Se-
natuſconſulto enim locus eſt & ſi hereditas ex aſſe ca-
duca fiat. Quod ipſum tamen non ſic accipiendum eſt, vt
nihil hac parte interſit, an ex parte an ex aſſe ſcriptus
heres ante apertas tabulas deceſſerit, ſed vt nihil referat
an pars vna pluréſve, an tota hereditas caduca facta ſit.
Facilè autē fieri poteſt vt hereditas ex aſſe caduca fiat,
ſi fortè plures heredes ex partibus ſcripti omnes ante
apertas tabulas deceſſiſſe proponantur. Nec facilior, aut
accommodatior, aut verior horum verborum interpre-
tatio quærenda eſt. † *Accurſius* iuris veteris ignoratione
in eo apertè labitur, quòd Vlpianum de herede ex aſſe
ſcripto intelligit, quem ante aditam hereditatem deceſ-
3 ſiſſe fingit. Atqui ſiue ante aditam hereditatem poſt aper-
tas tabulas, ſiue ante apertas tabulas ex aſſe ſcriptus he-
res deceſſerit, certum eſt caducam fieri hereditatem non
poſſe, vt fiſco deferatur. Secunda quoque *Accurſij* inter-
pretatio non placet, vt Vlpianus de ea hereditate loqua-
tur, quæ propter delictum heredis caduca facta eſt: nam
propter delictum heredis, hereditas non fit caduca, ſed
publicatur: quæ longè differentia ſunt. Quemadmodum
& ſi propter heredis fidem illicitè datā (quæ tertia *Ac-
curſij* interpretatio eſt) hereditas ab eo auferatur, vt in
ſpecie *l. ex facto. 44. §. Iulius. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.*
non ideò hereditas caduca fit, ſed heredi tanquam indi-
gno aufertur. † Atqui Vlpian. ſupradicto loco de caduca 4
hereditate loquitur, & cùm mox ſeparet vacantia à ca-
ducis, oſtendit manifeſtè caduca ſe intelligere ea quæ ab
aliquo ceciderunt, proinde quæ ei acquiſita non ſunt, nō
autem generaliter ea omnia quæ fiſco ex legibus, & cō-
ſtitutionibus acquiruntur. Nam & vacantia omnia fiſco
acquiruntur, adeoq; ipſo iure, non quemadmodū caduca
quæ ex lege Iulia, vt Vlp. *d. tit. de caduc.* ſcribit. Vnde etiā
fit, vt vacantia, illa ſcilicet, quæ nunquam alterius eſſe
potuerunt quàm fiſci, *l. 1. diuus. D. de iur. fiſc.* ad fiſcū ſine
onere pertineant. *l. quod Diuo. 50. D. de manumiſſ. teſtam.*
Caduca verò cum oneribus ſuis quib. obſtringi potuit is
à quo ceciderunt. *l. cùm fiſco. 9. D. de S. C. Syllan. l. 1. §. vlt.
D. ſi quis ali. teſtar. prohib. l. 38. §. 1. l. 61. de rit. nupt. l. in fa-
cto. 60. §. vlt. D. de cond. & demonſtr.* Quanquam autem ali-
quandò bona vacantia pro caducis accipi videntur, vt
in *l. quidam. 96. §. quoties. de leg. 1. l. recuſare. 6. §. 2. ad S. C.
Treb.* tamen apud Vlpian. in *d. §. ait Senatus.* dubitatio eſſe
non poteſt quin caduca à vacantibus diſtinxerit, quem-
admodum & tam vacantia, quàm caduca, ab aliis quæ
ex alia quacunque cauſa ad fiſcum peruenerunt.

Capvt XVII.

Explicantur omnes leges tituli C. de inoffic. donat. & Nouell. 92.

SVMMARIA.

1 *An donatio inofficioſa pro debita dū taxat portione re-
uocetur?*
2 *Effectus querelæ inofficioſi teſtamenti.*
3 *Querelam inofficioſæ donationis, inofficioſi querelæ ſimi-
lem eſſe.*
4 *Senſus* l. 1 C. de inoffic. donat.
5 *Diſtinguendum eſſe in ſpecie* l. 1. d. tit. *inter donationem
inofficioſam filio emancipato factam, & eam quæ in
filium ſub patris poteſtate conſtitutum collata eſt.*
6 *Cur in* d. l. 1. *donatio in filium in ſacris patris conſtitu-
tum facta per arbitriū familiæ erciſcundæ reuocetur?*
7 *Inofficioſæ donationis querelam locum habere, ſiue te-
ſtatus ſiue inteſtatus donator deceſſerit.*
8 *Dicta querela locum non eſſe vbi alio remedio minus
odioſo actori conſultum eſſe poteſt.*
9 *Species & ſententia* l. 5. C. dict. tit.
10 *Ad quam vſque quantitatem inofficioſa donatio in libe-
rorum fraudem facta per liberos reuocetur.*
11 *Probatur per* l. 6. d. tit. *per inofficioſæ donationis quere-
lam res ad inteſtati cauſam reuocari.*
12 *Explicatur* l. 4. C. de cont. empt.
13 *Differentia propoſita ad intellectum* l. 7. C. de inoff.
don. *inter hæc verba*, Reuocari id quod immode-
ratè geſtum eſt, & Reuocari quatenus immode-
ratè geſtum eſt.
14 *Error interpretum in* d. l. 7.
15 *De qua quarta intelligenda ſit* l. ſi liqueat. 8. & l. ſi ma-
ter 7. d. t.
16 *Multa ſæpe in legibus Codicis ſupplenda eſſe, quæ ex
reſcripti verbis colligi non poſſunt.*
17 *Alia coniectura* ad d. l. ſi liqueat.
18 *Sententia* l. Titia 87. §. Imperator. ff. de leg. 2.
19 *Ius nouum circa inofficioſas donationes, eiuſque ratio.*

NVnquam † mihi perſuadere potui, quod ſibi inter- 1
pretes fere omnes perſuadent, inofficioſam dona-
tionem interuertendæ inofficioſi querelæ gratia factam

pro

pro debita duntaxat portione reuocari, Nam quemadmodum in fraudem querelæ inofficioſi teſtaméti, donationes huiuſmodi inofficioſæ excogitatę ſunt, vt fruſtra de inofficioſo teſtamento quæreretur is, qui etiam eo rupto legitimam portionem non haberet, licet vniuerſa, quæ defunctus in bonis habuiſſet mortis tempore, bona conſequeretur, ita remedium quod in fraudis huius fraudem excogitatum eſt, eiuſmodi eſſe neceſſe eſt, vt qui de inofficioſa donatione agit, tantundem conſequatur, quantum ſi inofficioſo teſtamento experiretur.
2 † Atqui ius querelæ inofficioſi teſtamenti ſic comparatum, eſt vt qui egit, & obtinuit, reſciſſo tèſtamento, non falcidiam duntaxat, quam vulgo legitimam vocant, ſed & vniuerſam hereditatem cóſequatur, ſi fortè ſolus ſit, aut ſi alius æquè proximus adſit, eam ſaltem portionem quæ ab inteſtato eum contingit. *l. mater. 19. & paſſ. D. de inoff. teſt.* Idem ergo in querela inofficioſæ donationis obtinere dicendum eſt, vt pro ea parte reſcindatur, quã ab inteſtato haberet is cuius in fraudem facta eſt, ſi donatio facta non eſſet. Alioqui eueniret, vt fraudis ſuæ fructum impius pater ſentiret, ſi filius qui per querelam inofficioſi teſtamenti aut vniuerſam, aut dimidiam hereditatis partem obtineret, idem querela inofficioſę donationis agens, non niſi debitam portionem obtinere
3 poſſet. † Hinc eſt quod in *l. vlt. C. de inoff. donat.* Imp. Conſtantius reſcribit dubitari non oportere, quin immodicarum donationum querela in omnibus (ſic enim legendum eſt, non *omnibus* aut *omnis*) ad ſimilitudinem inofficioſi teſtamenti legibus introducta ſit, vt actionis vtriuſq; vel vna cauſa, vel ſimilis exiſtimanda ſit. Quod cùm generale ſit, *Accurſij* interpretatio recipienda non eſt, qui regulariter quidem verum id eſſe admittit, ſed tamen aliud probandum ait, cùm quæritur in quantum inofficioſa donatio per querelam reuocetur. Etenim vix vlla eſt lex ſub eo tit. *De inoffic. donat.* quæ hunc inofficioſæ donationis querelam, inofficioſi teſtamenti querelæ non comparet, licet in omnib. de illo potiſſimum quæratur, Ad quam vſque quantitatem inofficioſa do-
4 natio reuocetur. *l. 1. 2. 4. 5. 6. 7. & 9. eod.* † Nam quod in fine *l. 1.* dicitur, *non iniuria iuxta formam de inofficioſo teſtamento conſtitutam ſubuenire vobis, vtpote quartam partẽ non habentibus, deſideratis.* non eò pertinet vt per querelam inofficioſæ donationis ad quartam duntaxat partẽ agatur, ſed vt de inofficioſa donatione agere non poſſit is, qui quartam habet, quemadmodũ nec de inofficioſo teſtamento agere poſſet. At ex contrario, quemadmodũ is cui minus quarta relictum eſt de inofficioſo queri poteſt, ſi res in ea cauſa ſit vt rupto teſtamento legitimã portionem habere poſſit, ita ſi inofficioſa donatio facta ſit in legitimæ, & querelæ inofficioſi fraudem, donationis inofficioſæ remedio locus erit: Vtraq; porrò actione, ſi actor obtineat, tantundem obtinebit, quantum ſi
5 nulla donatio, nullúmve teſtamentum factum eſſet. † Idque apertius oſtendit *l. 2. eod. tit.* in cuius ſpecie, cùm proponeretur pater omne patrimonium ſuum impetu quodam immenſæ liberalitatis in filium effudiſſe, diſtinguitur an is in patris poteſtate permanſerit, an emãcipatus fuerit, vt priore caſu is cui nihil donatum eſt quartam duntaxat partem debitæ ab inteſtato portionis incolumen habeat: Poſteriore verò, ad ſimilitudinẽ inofficioſi teſtamenti querelæ de inofficioſa donatione queratur: hoc eſt non quartam duntaxat debitæ ab inteſtato portionis partem, ſed dimidiam hereditatis cõſequatur. Ita enim neceſſariò is locus intelligi debet, nõ ſolùm quòd in querela inofficioſi teſtamenti ſic eueniret, ſed etiã vt effectus aliquis ſit illius diſtinctionis, an ſuo an emancipato filio donatio facta ſit. Huius porrò diſtinctionis ratio illa eſt, quòd cùm emãcipatus is fuit, in quem collatata donatio eſt, alieno adminiculo non indiget donatio, ſed ſuis ipſa viribus nititur, & ſubſiſtit, vt *d. l. 2.* ait. Proinde per querelam inofficioſæ donationis reſcindi eam neceſſe eſt: quod cum ſit, ad cauſam nõ factæ donationis res redit. At cùm filius, cui donatio facta eſt, in patris poteſtate permanſit, donatio non valet propter vinculũ patriæ poteſtatis. *l. ſi ne emancipatis. 17. C. de donat.* nec patris ſilentio & morte confirmatur. *l. ſi donatione. 13. C. de collat.* (quod tamẽ hodie ſecus eſt poſt Iuſtiniani Conſtitutionem in *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.*) Ergo nec per querelam
inofficioſæ donationis reſcindi poteſt. † Sed quoniam 6
vniuerſi patrimonij donatio, non tam ſimplex donatio, quàm ſupremi iudicij ordinatio eſſe videtur, arg. *l. ſi filia. 20. §. ſi pater. D. famil. erciſc.* officio arbitri familiæ erciſcundæ congruit, ſic adiudicationes facere & bona inter fratres ex aſſe ſcriptos diuidere, vt à teſtatoris volũtate quàm minimũ fieri poterit recedat. *l. filij. 16. C. eod.* Id verò commodius facere non poteſt, quàm ſi ei cui nihil donatum eſt, quartã portionis ab inteſtato debitę partem præſtet: ei verò in quem inofficioſa donatio collata eſt, quod deducta fratris legitima reliquum erit, adiudicet. Hoc igitur caſu inofficioſæ donationis quærelæ locus non eſt, quoniã donatio per ſe non valet, ſed alieno adminiculo indiget, non quidem Iuſtiniani conſtitutione in *d. l. 25. C. de donat. inter vir. & vxor.* vt ridiculè *Accurſius* interpretatur, ſed officio arbitri familiæ erciſcundæ: quod tale eſſe debet, quemadmodum diximus, vt vniuerſi patrimonij donationem iure ſupremæ voluntatis eatenus tueatur, quatenus æquitas, iúſque patitur. eatenus autem patitur, quatenus nullum fratri in legiti-
ma præiudiciũ fiat. † Et hæc omnia vera ſunt, ſiue poſt 7
exinanitum immenſis donationibus in vnum filiũ collatis patrimonium ambos filios pater ex aſſe heredes ſcripſerit, ſiue ab inteſtato defunctus ſit. Vtroque enim caſu, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, inane duntaxat heredum nomen liberis relinquitur, atque ideo eadem æquitatis ratione inofficioſa donatio ab eo cui nihil relictum eſt, aut minus quàm oporteret, reuocari poteſt, *l.*
3. C. de inoff. donat. † in *l. 4. eod.* illud etiam notatu dignũ 8
eſt, quod querela inofficioſæ donationis in eo cõparatur querelæ inofficioſi teſtamenti, vt quemadmodum hæc, ſic illa ei non competat cui alio minus odioſo remedio cóſultum eſſe poteſt quamuis extraordinario: ex quo magis confirmatur quod volumus, eandem in om-
nib. querelæ vtriuſq; rationem, cauſam, & finem eſſe. † 9
Sequitur in *eod. tit. l. ſi totas. 5.* de cuius ſententia dicendũ nobis aliquid eſt, aduerſus eorum interpretationem qui ex eo potiſſimum loco probari putant inofficioſam donationem non niſi ad debitum vſque bonorum ſubſidium reuocari. At primùm obſeruandum eſt, proponi eo loco factam donationem omniũ bonorum à patre qui eo tempore alios liberos non habebat, quàm in quos donationẽm contulerat, quo caſu vix eſt vt initio inſpecto inofficioſa donatio dici poſſit, quæ in liberorum, aut querelæ inofficioſi teſtamenti fraudem excogitata non eſt. At ſi poſtea ex eodẽ aut alio matrimonio liberi nati ſint, inofficioſa ſit, quæ prius inofficioſa non fuit: cum in eo res ſit, vt liberi ex ſecundo matrimonio ſuſcepti contra paternæ pietatis officium, debita ſibi ſucceſſione fraudentur. Quod cùm nec ratio naturalis, nec ciuile ius admittat, meritò ab Impp. reſcriptum eſt, id quod ad ſubmouendam inofficioſi teſtamenti querelã non ingratis liberis relinqui neceſſe eſt, ex factis donationib. detractũ, vt filij, vel nepotes poſteà ex quocunq; legitimo matrimonio nati debitum bonorum ſubſidiũ conſequantur, ad patris patrimoniũ reuerti. Sed hoc ad
quæſtionem noſtram nõ pertinet, † De illo enim dun- 10
taxat quærimus, Ad quam vſq; quantitatem inofficioſa donatio in liberorum fraudem facta, ſiue re & cõſilio, ſiue re tantùm fraus interuenerit, per liberos reuocetur. Finge in ſpecie *d. l. ſi totas.* patrem poſt ſuſceptos ex ſecũdo matrimonio liberos nolle reuerti ad ſe eam bonorum donatorũ partem, quam ad eum reuerti lex ait, hoc eſt quæ ad liberorum ex ſecundis nuptiis legitimã ſatis ſit: quærimus, an & quatenus inofficioſæ donationes

nes

nes reuocari poſſint. Hic enim euenit vt donationes hu-
iuſmodi, quæ primùm ſine fraude factæ ſunt, ea poſt fa-
cto inoſſiciosæ & fraudulentæ inueniantur adeoq; in-
teruertendæ inoſſicioſi teſtamenti querelæ animũ ha
bere pater intelligitur, qui iuris beneficium recuſat, hoc
eſt rerum donatarum partem adſe reuerti non vult, vt
liberis ſuis poſt donationes ſuſceptis non tantùm ſuc-
ceſſionis ſuæ emolumentum, ſed & euertendi inoſſicioſi
teſtamenti facultatem eripiat. Ad hunc verò caſum non
pertinet *d.l.ſi totas.* in cuius ſpecie de illo tantùm pater
quærebat, qua potiſſimum ratione facere poſſet vt li-
beris ex eodem aut ſecundo fortè matrimonio natis de-
bitam iis legib. portionem relinqueret. Videbat enim
prudentiſſimus pater, vel ſe inuito relinquendam eſſe,
iis quos ingratitudinis cauſam aliquam commiſiſſe di-
cere non poterat. Cogitabat, ſi nihil iis relinqueret, aut
minus quàm iure oporteret, futurum vt donationes in
fratres factas reuocarent, iiſq; paternæ liberalitatis fru-
ctum eriperent. Fruſtrà verò hæc omnia, ſi pro legitima
duntaxat portione inoſſicioſæ donationes reuocarẽtur.
Quid enim intereſſet, an eæ à liberis quib. nihil dona-
tum erat, poſt patris mortem reuocarentur, an viuo pa-
tre, ſi vtroq; caſu ad eundem modum reuocaretur: Ergo
vel ex eo maxime loco, ſi ſubtilius intueare, rectiſſimè
colligas quod volo, liberos poſt donationes ſuſceptos,
ſi iis debitum bonorum ſubſidium non relinqueretur,
poſt mortem patris inoſſicioſas donationes reuocatu-
ros eſſe pro iis portionib. quæ ab inteſtato ad eos perti-
11 nerent. † Idem confirmat quod in *l.cum donationibus.* 6.
C.eodem. dicitur, de enormitate donationum ad exemplũ
inoſſicioſi teſtamenti Præſidẽ prouinciæ iuriſdictionis
ſuæ partes exhibere debere: quod iam ſuprà ſic explica-
uimus, vt per vtramq; querelam res ad inteſtati cauſam
12 reuocetur. † Quam interpretationem præter ea quæ iã
diximus, mirificè confirmat. *l.cùm res.* 4. *C.de contr.empt.*
cuius verba illa vltima, *ne vel exemplo inoſſicioſi teſtamẽ-
ti poſſit hæc auocare,* oſtendũt manifeſtè inoſſicioſam do-
nationem à filio in ſolidum reuocari aduerſus extraneũ
cui omnia bona à matre filij donata & tradita eſſe pro-
ponebantur. Nam quod ait, *hæc,* neceſſariò referendum
eſt ad præcedentia illa, *omnia bona ſibi ab ea donata, &
tradita,* quicquid *Accurſius* cauſetur, qui perpetui ſui,
communiſq; erroris memor, notat reuocari à ſiſco quæ
mater extraneo donauerat quatenus immoderatè do-
nauerat. Quod ſi verè diceretur, vtiq; falſum eſſet quod
lex ait *hæc,* de quibus paulò ante dixerat, hoc eſt omnia
donata & tradita per inoſſicioſæ donationis querelam
13 auocari. † Nec obſtat quod in *l. ſi mater.* 7. *C.de inof.do-
nat.* reſcribitur, immodicis donationib. à matre in vnum
ex liberis collatis, eum cui minus legitima relictum eſt,
poſſe agere vt quod immoderatè geſtum eſt reuocetur.
Longè enim differẽtia hæc ſunt, Reuocari id quod im-
moderatè geſtum eſt, & Reuocari quatenus immodera-
tè geſtum eſt. Prius verum, poſterius falſum eſt. Quem-
admodum rectè quis dixerit, teſtamentum in quo mater
extraneo tantùm reliquit, vt filio minus legitima por-
tione reliquerit, per inoſſicioſi querelam reſcindi poſ-
ſe: neq; tamen verè dixerit reſcindi hoc caſu teſtamen-
tum, quatenus extraneo plus quam filio relictum eſt. In
totum enim reſcinditur. Sic rectè dici poſſit, ſi quis rem
centum aureis dignam, decẽtis & decem emerit, reſcin-
dendam eſſe emptionem propter immodicam læſionẽ,
neq; tamen eodem modo dici poſſit, reſcindendam eſſe
duntaxat quatenus læſio immodica eſt, hoc eſt vltra di-
midiam iuſti pretij, vt in propoſito caſu venditor libe-
retur ſi decẽ reſtituat: alioqui fruſtrà ei electio daretur,
l.2.C.de reſcind.vend. qui hoc ſemper mallet, quàm reſti-
tuto integro pretio rem ſuam recipere. Sic denique in
ſpecie *l.lib.* 16. *D. de bon.libert.* & *l. ſi libertus.* 16. *de iur.
patro.* in bonis liberti minoris centenario patronus nul-
lum ius, nullamq; partem habet, quam haberet ſi liber-
tus mortis tempore centenario maior eſſet. Nec ea quã-
titate quæ ſupra centum excurreret, contentus eſſe co-
geretur, eo prætextu quòd ſublata ea, in cæteris bonis,
quæ eſſent intra æſtimationem centum, nullum ius ha-
beret. Captioſa igitur argumentatio eſt, ſi quis dicat,
Inoſſicioſas donationes, & immodicas reuocari, quoniã
inoſſicioſæ, & immodicæ ſunt. Reuocari igitur eatenus
duntaxat, quatenus inoſſicioſæ, & immodicæ ſunt. † Si- 14
milis quoq; eorum error eſt, qui ex eo quod *dict.l.* 7. ait
filium qui quartæ partis dimidium non habet de inoſ-
ficioſa donatione agere poſſe, inferunt, non igitur poſſe
agere, niſi quartæ partis dimidium conſequatur. Aliud
enim eſt eum qui legitimam portionem nõ habet, que-
ri poſſe: Aliud non poſſe queri, niſi vt legitimam por-
tionem habeat, vt ſuprà diximus in interpretatione *l.* 1.
C. eod. Nulla igitur in toto eo titulo, aut alibi lex eſt,
quæ inoſſicioſam donationem hac parte ab inoſſicioſo
teſtamento ſeparet. Et miri ſunt qui ſcribunt admodum
multas in eo titulo Conſtitutiones eſſe quib. oſtenditur
inoſſicioſam donationem pro debita duntaxat portio-
ne reuocari. † Sed eos præcipites egit vn. *l. ſi liqueat.* 15
8. *C. eodem.* in qua idipſum apertè exprimi videtur iis
verbis, *quod donatum eſt pro ratione quartæ diminuetur.* At
quartæ appellatio ambigua eſt, duplicémq; ſenſum cõ-
modè admittit. Poteſt enim de quarta portionis ab in-
teſtato contingentis intelligi: poteſt etiam de ipſa por-
tione ab inteſtato contingente, quæ quarta eſt, ſi fortè
quatuor vnius patris, aut matris liberi eſſe proponãtur.
Atq; hoc poſteriore ſenſu in *d.l.ſi liqueat.* intelligi quar-
tam probabilius eſt, non ſolùm quia priorem interpre-
tationem iuris ratio non admittit totque leges de, qui-
bus ſuprà diximus, ſed etiam quoniam in eadem lege
additur, *ad inſtar inoſſicioſi teſtamenti conuicti.* Apertè
autem falſum eſt, id quod extraneo fortè relictum eſt
teſtamento quod inoſſicioſum conuictum eſt, diminui
pro ratione duntaxat quartæ portionis ab inteſtato cõ-
tingentis. Nec ſanè memini vllo iuris loco quartam di-
ci ſimpliciter eam quæ eſt quarta debitæ portionis, ſed
vel cum adiectione illa *debitæ portionis,* vel paulò poſt
additam eiuſmodi adiectionem, vt in *l.Papinianus.* 8. §. *ſi
quis mortis.* §. *quoniam,* & §. *quarta.* & *paſſ. D.de inoffic.* Le-
gitima portio, vel Debita portio ſanè dicitur, præſertim
in Codice. Sed & in *l. ſi mater.* 7. *C.de inoffic.donat.* verba
illa, *quartæ partis dimidium,* de dimidio quartæ partis,
quartæ, inquam, eius portionis, quæ ab inteſtato contin-
geret, intelligi non poſſunt: ſed de dimidio quartæ to-
tius hereditatis. Quod dimidium quartæ, quarta ipſa
eſt, ſi quartam intelligas legitimam portionem quæ
querelam excludit, id eſt quartã debitæ portionis. Quis
ergo miretur in *l ſi liqueat.* verba illa *pro ratione quartæ,*
de quarta totius hereditatis intelligi? Mirater potius
eam quartam intelligi, quam liberis ad excludendam
inoſſicioſi querelam relinqui neceſſe eſt, idque prorſus
nouum exiſtimarem. Coniecturam quoque iuuant ver-
ba illa *l.ſi liqueat. in vnum filium,* quæ innuere videntur
tres ad minus in ea ſpecie liberos matri ſuperſtites fuiſ-
ſe: alioqui melius dixiſſent Impp. *in fratrem tuum.* vt in
l. pract. Quod ſi iam ex ipſis verbis legis tres liberos
fuiſſe intelligimus, non valde incommoda, aut commẽ-
titia interpretatio erit, ſi quatuor fuiſſe ponamus. † Sæ- 16
piſſimè enim in legib. Codicis id euenit, vt multa ſup-
plenda ſint, quæ ex reſcripti verbis colligi nõ poſſunt,
quòd ad caſus propoſitos ea reſcripta accommodaban-
tur, & ſuperfluum videretur in ipſo reſcripto id addere,
quod ex facto proponebatur. Quod à pleriſq; non ob-
ſeruatum, fecit, & etiamnum facit, vt infinitæ Codicis
leges, alioquin faciles ſi ad accommodatam facti ſpe-
ciem applicentur, difficiles, ac propemodum inexplica-
biles exiſtimentur. † Si hæc ad *l ſi liqueat.* reſponſio nõ 17
placeret (placet autẽ maximè) ea verba, *pro ratione quar-
tæ,* potius tollerem, quàm mihi perſuaderem inoſſicioſã
donationem non niſi pro debita portione reuocari. Me
nãmq; præter manifeſtam iuris rationem plurium legũ
authoritas

18 authoritas magis moneret, quàm vnius ſolius. † Sed ex
omnibus quæ multa ſunt, & ſententiam noſtram aper-
tiſſimè comptobant, apertiſſima vna eſt *l. Titia. 87. §. Im-
perator. de leg.* 2. ad quam fatentur omnes planè neſcire
ſe quid commodè teiponderi poſſit. Ita eolm de tot,
tantiſq; interptetibus benignè exiſtimãdum eſt potlos,
quàm ſibi eos ſatisfeeiſſe in iis interptetatiooibus, qoæ
vix rudi, & impetito tyroni ſatisfacere poſſint. In qoib.
ſingulis refellendis ideò diutius non inſiſtemus. Hoe
tautùm addemus, ſi qua lex eſt quæ ei Alexandri reſ-
cripto minus conuenire videatur, ad eam porius quæri
reſpontionem opottere, quàm ex ea, de ſententia §. *Im-
perator.* dubitare. Primus enim Imp. Alexandet fuit qui
co reſcripto quetelam inofficioſæ donationis, ad exem-
plum quetelæ inofficioſi teſtamenti introduxir. Et reſ-
cripti verba ſic aperia ſunt, vt nee dubitationi, nec reſ-
19 ponſioni locum relinquant. † Sanè poſt Iuſtiniani Con-
ſtitutionem 92. *de immenſ. donat.* iuri veteri hactenus de-
rogatum eſt, vt ſi vni ex libetis minus legitima relictũ
ſit, nequeis ex bonis quæ ſnpetſunt legitimam integrã
conſequi poſſit; actione de inofficioſa dooatione expe-
riti nequeat, ſed ad ſupplementum agere compellatur,
vt quod ex immenſis donationibus exeurtit, cum fra-
tribus ſic exæquetur, ne per donationom immenſitatẽ
minus habeant quàm iis legib. debeatur. Nempe quem-
admodum iure vetere par & eadem in omnib. vtriuſq;
querelæ inofficioſi teſtamẽti, & ioofficioſæ donatioois
caoſa, & finis fuit: ita nouiſſimo iure poſtquam conſti-
tutum fuit vt filius, cui inſtitutionis titulo aliquid reli-
ctum eſt, licet minus legitima, de inofficioſo reſtamẽto
agere non poſſit, ſed ad ſopplemenrum dontaxat: illud
quoque conſtitui rationis fuit, vt de inofficioſa dona-
tione actio nulla ſit vbi aliquo relicto ad ſupplementũ
agi poteſt. Ergo ſi nihil vni ex filij relictum ſit, quemad-
modum hodie inofficioſi teſtamenti querelæ locus ad-
huc eſt, ita de inofficioſa donatione agi poterit: vtroq;
autem caſu iure vetere vtemut, vt ad eam vſqoe portio-
nem teſtamentum, vel donatio teuocetur, quæ ad acto-
rem ab inteſtato pertineret. Neq; enim ad hunc caſum
Iuſtiniani Conſtitutiones pertinent, quæ io iis caſibos
in qoibus iuri veteri expreſsè non derogant ſecundum
id rectamque iuris rationem interpretandæ ſunt.

CAPVT XVIII.

Deeſſe negationem in l. pen. §. 1. D. de adim. legat.

SVMMARIA.

1 *An fideicommiſſum à legatario relictum, deinde fidei-
commiſſario ademptum, ad legatarium, an verò ad
heredem reuertatur?*
2 *Quis ſit animus teſtatoris aliquid legatarij fideicom-
mittentis?*
3 *Differentia inter heredem cui pecunia pars aliqua ali-
mentis libertorum deſtinata prælegata eſt, & eum
cui teſtator legatorum diuiſionem mandauit.*
4 *Potiorẽ eſſe in ſpecie* d. l. pen. §. 1 *legatarij quam heredis
cauſam.*
5 *Ratio reſponſi Scæuolæ in* l. Locius. 88. §. Scæuola. 13.
de leg. 2.
6 *Additur negatio in* d. l. pen. §. 1.
7 *Ratio dubitandi in* d. §. 1.

1 FIlius † matri ſuæ heredi ex patte inſtitutæ quatuor
prædia legauit, eiúſque fidei commiſit, vt ex his duo
ſocero reſtitueret: deiode codicillis ſocero fideicommiſ-
ſum ademit. Cùm quæreretur an nibilominus ea præ-
dia ad matrem ex prælegatlooe pertinerent, conſultus
Scæuola reſpondit, nihil proponi, cur ad matrem perti-
nerent in *l. filio, penult §. 1. D. de adim. leg.* At potius vi-
debatur nihil proponi cur ad matrem non pertinerẽt.
Nam quod proponebatur ademptum eſſe ſocero fidei-
commiſſum, potius ſuadere videbatur vt pettinerent,
cùm io fideicommiſſis regulare ſit vt potiotem cauſam
habeat is cuios fides electa eſt, hoc eſt legatatius, cuins
fidei teſtator commiſit, quàm hetes à quo legatum teli-
quit. *l. Iulianus. 60. de leg.* 2. Qua ex ratione intelligimus
ius hoc ex voloutate teſtatoris deſcendete, qoem veri-
ſimile eſt id cogitaſſe vt is cuius fidem elegit, ſi contin-
geret fideicommiſſum deficere, porior eſſet herede quẽ
eò minus dilexiſſe intelligitur, quòd nihil ei commit-
tendum putauit, magiſque legatarium fideicommiſſa-
rio, quàm heredem coniungit. Hoc verò ſi ita eſt, parum
intereſt an fideicommiſſarij morte, an ademptione fi-
deicommiſſum deficiet. Vtroque enim caſu teſtatoris
voluntas eſt, vt quandocunque aut qoomodoconque fi-
deicommiſſum deficiet, legatarius hetedi præferatur.
Eóque apertior hæc teſtatoris voluntas eſt, cùm adem-
ptione fideicommiſſum extinguitur, quod legatum
ademptom non eſt: Nec niſi iniqua & improbabili in-
terpretatiooe fieri poteſt, vt ademptum videatur, quod
fideicommiſſi onere ſolutum eſt. † Quanquam enim 2
teſtantis ab initio legatarij fideicommittentis animus
ille eſſe videtur, vt non legaturus fuiſſet, niſi de fidei-
commiſſatio cogitaſſet, tamen illud quoque animo agi-
taſſe eum apparet, vt quemadmodum fideicommiſſarij
potiorem qoàm legatarij cauſam eſſe voloit, ita ſi fidei-
commiſſarius nullus ſit, ac inter legatarium & heredes
res agatur, huic ille præferatur. Etenim dici non poteſt
legatarium, cuius fides in fideicommiſſo electa eſt, tan-
quam nudum miniſtrum à teſtatore electum eſſe: quod
ſi verè diceretur, vtique heredi non noceret, quominus
fideicommiſſum deficiens apud ipſum remaneret, *leg. ſi
quis Titio. 17. de leg.* 2. quæ omnium apertiſſimè probar,
in dubio non videri teſtatorem, qui à legatario fidei-
commiſſum relinquit, legatarij tanquam miniſtri per-
ſonam elegiſſe. † Quod & Papinianus monet *in l. pecu-* 5
niæ. 8. D. de alim. leg. vbi diuerſam conſtituit rationem
heredis cui pecuniæ ſors aliqua alimentis libertorum
deſtinata prælegata eſt, & eius cui legatorum diuiſionẽ
teſtator mandauit. Hác enim rem ait præſentem ac mo-
mentaneam curam, hoc eſt, nodum miniſterium iniun-
gere. Alimentorum verò prębendorum neceſſitatẽ one-
ribus menſtruis atque annuis vereeundiam quoq; pul-
ſantibus adſtringi. Ex quo inferi, libertis quib. alimen-
ta præſtabantur defunctis nollam propterea cæteris
coheredibus aut indebiti condictionem aut vtilẽ actio-
oem, adoerſus eum cui pecunia in eam rem prælegata
erat, dari: Aduerſus eum autem cui legatorom diuiſio
mandata eſt dari: ne contra teſtatoris voluntatem lu-
crum ex teſtamento ſentiat is cui cura potius ioiuncta
quàm aliquid relictum eſt, *l. Lucius. 78. §. 1. D. ad S.C.
Trebell.* Sic Paulus in *l. ſi quis eum. 37. D. de cond. & de-
monſtr.* reſpoodit eum cui ſeruus legatus eſt, ſub eo mo-
do, vt manumitteret, quem ipſe teſtator manumittere
non poterat, non eſſe quidem cogẽdum id facere, qood
contra legem facere iuſſus eſt, ſed tamen neque à lega-
to eſſe eum repellendum, quoniam inquit, magis lega-
tarium aliquod commodum in hoc ſeruo, quam here-
dem habere teſtator voluiſſet. † Hoc verò magis mirum 4
eſt, quàm quòd volumus ea prædia, quæ mater heres ex
parte ſcripta ſocero reſtituere rogata erat, ſi poſtea fi-
deicommiſſum ſocero ademptum ſit, matri nihilomi-
nus deberi. Nam hoc caſu nihil in legis fraudem fit, &
ſi quis heredis fauor eſſe debet, matris heredis ex parte
inſtitutæ, eiuſdemque legatariæ maiorem quàm ſolius
heredis fauorem eſſe fatendum eſt. Vnde & in illo
Pauli caſu apertè contra Modeſtinos reſpondit in *lege
ſi quis duos. 31. de legat* 2. nec legatum libertatem de-
beri, nempe propter fraudem legi factam, non quòd
perpetuò vera non ſit Pauli ratio in *dicta lege ſi
quis eum.* quod legatarium magis quàm herede
dilexiſſe

dilexiſſe teſtator videatur : ſed quia indignus ſit cuius
voluntas ſeruetur is, qui legi maximè fraudem facere
voluit. Sic denique Scæuola cuius illud quoque reſ-
ponſum eſt de quo diſputamus, in *l.pater filium*, 38.§.
fideicommiſit. de legat. 3. conſultus an fideicommiſſum
ab eo cui duo millia legata erant relictum his verbis,
*à te Petroni peto vt ea duo millia ſolidorum reddas colle-
gio cuiuſdam templi*, ſi poſtea collegium diſſolutum ſit,
ad legatarium pertineat, an verò apud hæredem rema-
nere debeat, reſpondit, Petronium iure petere ſi modò
per eum non ſteterit parere defuncti voluntati. Et, vt bre-
uiter dicam, non eſt quòd ſciam, vnus in vniuerſo iure
locus qui in ſimili ſpecie potiorem hæredis quàm lega-
5 tarij cauſam faciat. † Sanè in ſpecie *l. Lucius*, 88.§. *Scæ-
uola de leg* 2. eidem Scæuolæ placet legatarium, qui le-
gatum reſtituere ancillæ teſtatoris rogatus eſt, ſi lega-
tum non habeat, petere id non poſſe. An quod ex teſta-
toris voluntate melior hæredis conditio ſit, quàm lega-
tarij? Minimè verò. Et eam ob cauſam ſi legatum lega-
tarius habeat, reſtituere id non compelli tur, nec ancillæ
hæredis cui fideicommiſſum relinqui non potuit, nec
ipſi hæredi cuius ancilla eſt, quia quod ex teſtatoris hæ-
reditate perfectum eſt, eiuſdem hæredi nec legari nec fi-
deicommitti poteſt. At quoniam illud quoque verum
eſt : quod initio capitis diximus, magis à teſtatore dile-
ctum videri fideicommiſſarium quàm legatarium, & in
propoſito caſu teſtatoris voluntas illa fuit, vt centum
legata, per fideicommiſſum ad hæredem peruenirent, fit
ex eiuſdem voluntate, vt hæres qui ſibi per actionem
conſulere non poſſet, per retentionem conſulat, & doli
exceptione legatarium repellat, qui id petat, quòd ſta-
tim ex teſtatoris voluntate eidem reſtituturus eſſet ſi
ius pateretur. Alioqui non ex ſolo quod fideicommiſ-
ſum ab initio inutile eſt, legatarius à legati, quod vtili-
ter relictum eſt, petitione repelleretur, *d.l. ſi quis eum*, 37.
de cond. & demonſtr. Idem igitur multo magis impro-
bandum eſt ſi fideicommiſſum ab initio fuit, ſed poſteà
ademptum, aut fideicommiſſarij morte extinctum, vt
his caſibus legatario nihilominus debeatur id, quod al-
teri reſtituere rogatus erat. Sublata namque fideicom-
miſſo, illud ex teſtatoris voluntate manet, vt hæredi le-
gatarius præferatur. Quod cum ita ſit manifeſtum, fal-
ſum & iniquum eſt quod Scæuola reſpondit in *d. l. pe-
nult.* §. 1. *de adim. legat.* ſi matri hæredi ex parte ſcriptæ
quatuor prædia filius prælegauerat, & ex iis duo per fi-
deicommiſſum ſocero reſtitui iuſſerat, adempto codi-
cillis fideicommiſſo nihil proponi cur ea duo prædia ad
6 matrem pertinerent. † Nec excuſari Scæuola poteſt,
quin librarij accuſentur, quos veriſimilius eſt quàm
Scæuolam negationem omiſiſſe : quæ ſi addatur, hoc
modo, *nihil proponi cur ad matrem non pertinerent*, ele-
gans, & verum Scæuolæ reſponſum eſſe omnes procul-
dubio fatebuntur. Ita verò legendum eſſe præter mani-
feſtam iuris rationem, ipſa quoque reſponſi verba oſten-
dere videntur. Illa enim, *nihil proponi*, eò pertinent vt
intelligamus dubitandi rationem, eo loco propoſitam,
ſufficientem non fuiſſe, vt in *tot. l. Titia*. 19. *D. de ann.
7 legat. & alibi paſſ.* † Dubitandi autẽ ratio illa erat, quòd
codicillis fideicommiſſum ſocero datũ ademptum fue-
rat, vt apparet ex iis verbis, *an nihilominus*, quæ alium
ſenſum habere non poſſunt, quàm hunc, An quamuis
ea prædia ſocero adempta ſint, nihilominus ex prælega-
tione ad matrem pertinerent. Ea namque dubitandi ra-
tio facere videbatur, vt non pertinerent, non autem vt
pertinerent. Conſequens igitur eſt Scæuolam, qui du-
bitationem hanc minus ſufficientem eſſe ſatis innuit,
reſpondiſſe nihil proponi, id eſt fideicommiſſi adem-
ptionem propoſitam non facere, cur ea prædia ad matrem
non pertinerent. Quis enim exiſtimaſſet, facere vt per-
tinerent? Ego ſanè addendam eſſe negationem nil du-
bito, nec à me his libris verius quicquam obſeruatum
eſſe planè mihi perſuadeo.

CAPVT XIX.

Emendatur l. cùm quis, 38. §. 1. D. de ſolut.

1 *Diſſenſio Vlpiani & Africani in quæſtione illa, an de-
bitor qui iuſſu mariti donare volentis vxori ſoluit, li-
beretur, & an mariti nummi fiant?*
2 *Ratio Africani in* d.l. 38. §. 1. *quomodo accipienda?*
3 *Pugna* l. qui negotia. mand. *cum* l. ſingularia. 15. & l.
rogaſti, 11. ff. ſi cert. pet.
4 *Vlpiani & Africani actiones in dictarum legum quæ-
ſtione.*
5 *Reijciuntur conciliationes* d.l. 38. §. 1. *cum l. 3. §.* vlt. ff.
de donat. int. vir. & vxor. *ab Accurſio & Odofredo
allatæ.*
6 *Delentur verba* poſt diuortium d. §. & l. 38.

PVgnat † ex diametro *l. cum quis*, 38. §. 1. *de ſolu. cum* 1
l. 3. §. vlt. de donat. inter vir. & vxor. Ibi Africanus
ſcribit, ſi maritus vxori donaturus debitorem ſuum iuſ-
ſerit ei ſoluere, neque debitorem liberari, neque mariti
nummos fieri : nam ſi fierent, & vtique debitor libera-
retur. Hic verò Vlpianus ex Celſi ſententia magis pro-
bat vt mariti fiant nummi, ac per conſequentias debitor
liberetur. Cuius ſententiæ rationem illam reddit, quod
ſi donatio iure ciuili non impediretur, is rei geſtæ ordo
futurus eſſet, vt pecunia à debitore ad maritum, deinde
à marito ad vxorem perueniret. Porrò celeritate coniun-
gendarum actionum inter ſe, vnam occultari : neque
nouum eſſe aut mirum quod per alium accipias, te ac-
cipere. Idem enim contingere ſi is qui ſe creditoris tui
procuratorem eſſe ſimulauerit, à debitore tuo iubente te
pecuniam acceperit, vt pecuniam tuam factam, tibique
non debitori tuo furti actionem competere dicamus.
Africanus ſuæ ſententiæ rationem aliam non reddit,
quàm quòd nummi mulieris non fiant. Quod etſi ve-
rum eſt, nihil tamen ex eo rectè inferri poſſe videtur.
Nam ex Celſi ſententia Vlpianus reſponderet, vxoris
quidem factos non eſſe, at mariti factos eſſe, hocque
vnum præcipuè inſpici debere. Alioqui dicendum fore,
ſi eam pecuniam debitor marito ſoluiſſet, tum vxori
maritus donaſſet, quia vxoris facta non eſſet, liberatum
debitorẽ non eſſe. † Quare Africani ratio ſic accipienda 2
eſt, vt in ea ſubintelligamus, nummos qui mulieris non
fiunt, mariti quoque fieri non poſſe. Nam quod Celſus
dicebat celeritate coniungendarum inter ſe actionem
vnam occultari, quæ tota eius ſententiæ ratio eſt, Afri-
canus non admitteret, qui neque fictionem breuis ma-
nus (ſic enim idem Vlpianus appellat *in l. Iulianus*, 43. §. *quo-
ties, de iur. dot.*) vllo alio caſu admittendam putauit, niſi
in eo, vt ſi tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam
obligeris mihi quamuis nummos meos non acceperis,
l. qui negotia. 34. *mand.* vbi quod Africanus ait hoc be-
nignè receptum eſſe, indicat id ipſum admittere, non
quia admittendum, ſed quia admiſſum ſit, vt ſi iam be-
nignè receptum non eſſet, nec is recipiendum putaret.
† Hinc etiam nata eſt celebris illa & iam ferè ab omni- 3
bus admiſſa inexplicabilis *ἀντινομία d.l. qui negotia. cum
l. ſingularia*, 15. *& l. rogaſti* 11. *ſi certum petat.* in quibus
ob eandem rationem Vlpianus & Africanus inter ſe ma-
nifeſtiſſimè diſſentiunt. Nam ſi me pecuniam mutuam
rogaueris, & ego cùm non haberem, lancem tibi dedi
vel maſſam auri vt eam venderes, pecuniaque vtereris,
aut ſi cùm ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas,
conuenerit vt crediti nomine eam habeas, Vlpiano pla-
cet creditam fieri pecuniam, téque mihi ex mutuo obli-
gari. Africano contrà neutro caſu poſſe nuda conuen-
tione fieri creditos nummos, qui mei non fuerunt

4 † Vlpiani ratio eſt, quòd ſi tibi debitorem meum iuſſero, dare pecuniam, obligatus mihi, quaſi breui manu pecunia à debitore ad me, tum à me ad te peruenerit. Cur non igitur quod in duabus perſonis recipitur, multò magis in vna perſona recipietur? Ac ſanè ſi vllo alio caſu breuis manus fictio admittenda eſt, vix reddi ratio poteſt, cur non in hoc admitti debeat. Sed Africanus reſpondet, ex eo, quod benignè receptum eſt, non debere argumentum ſumi: denique iuris rationem non pati vt quicquam meum fiat, quod mihi traditum non ſit, ſed ab alio ſuo nomine acceptum. Ergo quemadmodum in iis ſpeciebus manifeſta eſt Africani ab Vlpiano diſſenſio, ita & in ea de qua quærimus fatendum neceſſariò eſt conciliationis rationem afferri nullam poſſe.

5 † Nam quod *Accurſius* dixit, in Africani ſpecie mulierem ſciuiſſe donationem non valere, at apud Vlpianum ignorauiſſe, tam ineptum eſt quàm commentitium, cùm neutra lex diſtinctionis huius argumentum aliquod præbeat, & Africanus aliam ſuæ ſententiæ rationem non afferat, quam quòd nummi mulieris non fiant. Quis verò dixerit, ideò magis valere donationem, quod donationem valere mulier putauerit? quòd ſi hoc etiam caſu donatio non valet, ex conſequenti nummos mulieris non fieri neceſſe eſt. Æquè inepta eſt *Odofredi* ſententia, diſtinguentis an conſtante matrimonio an poſt diuortium debitor mulieri ſoluerit: Nam poſt diuortium factam ſolutionem Africanus vtique dixiſſet, ſi ea præcipuè ratione motus fuiſſet. Verum huic diſtinctioni cauſam proculdubio dederunt verba illa quæ apud Africanum ſequuntur, *furti tamen actionem in propoſito mihi poſt diuortium competituram, quando mea interſit interceptos nummos non eſſe*. Sic enim ab Odofredo accepta ſunt vt poſt diuortium pecuniam acceperit mulier, ſciens mutatam mariti voluntatem. Quod ſi ita eſſet, fruſtrà Africanus ſcripſiſſet marito poſt diuortium competituram furti actionem: facto enim poſt diuortium furto, certum erat non niſi poſt diuortium furti actionem competere poſſe. Rurſus vt marito aduerſus eam quæ vxor fuit actio furti competat, non ſufficit factam eſſe poſt diuortium ſolutionem, niſi & illud comminiſcare, diuortio reuocatam fuiſſe donationem, quod plærumque non fit, *l. cum hic ſtatus, §. 2. §. ſi diuortium, de donat. int. vir. & vxor. l. 3. de aur. & argent. legat.* At ne hoc quidem ſatis erit, niſi addas mulierem animum furandi habuiſſe, cum ſine affectu furandi furtum non fiat: quorum tamen omniũ Africanus nil meminit, licèt in priore ſpecie cùm de eo loquitur qui reuocato mandato ſolutionem acceperat, ideò eum accepiſſe dicat, vt nummos
6 lucraretur, ſeu furaretur. † Quare dubitandum mihi non videtur, quin verba illa *poſt diuortium*, delenda ſint, ineptoque interpreti potiùs quàm Africano tribuenda, cum Africanus dicat furti actionem competituram mihi non *marito*, de quo prius in tertia perſona locutus fuerat. Ad hæc *competituram in propoſito*, hoc eſt in ſpecie propoſita de qua conſultus eo loco reſpondit: erat autem ſpecies propoſita de Titio, qui poſt reuocatum mandatum ab ignorante debitore ſolutionem acceperat, non de muliere cui debitor conſtante matrimonio ſoluere iuſſus poſt diuortium ſoluerat. Ita verò Africanus facere ſolet, vt cùm poſt aliquot argumentationes ad propoſitam quæſtionem reddit, verbis illis vtatur, *in propoſito*, vel *in propoſita ſpecie*, vt in *l. Stichus, 16. de pecul. legat. l. ex aſſe, 28. ad S.C. Treb. l. tutor. 19. §. fin. ad Vell. d. l. qui negotia 34 mandat. l. ſeruus, 30. de action. empt.* Quod cum ineptus ille interpres non intelligeret, & ad proximam ſpeciem verba illa referri crederet, marito autem aduerſus vxorem non niſi poſt diuortium furti actionem dari intelligeret, Africanum ſic interpretatus eſt, vt marito furti actio poſt diuortium competitura ſit, quam certum eſt, conſtante matrimonio, competere non poſſe, *l. 2. C. rer. amot.* Sed animaduertere debebat, nec ratione furti quod conſtante matrimonio factum eſt maritum furti agere poſſe poſt diuortium, *l. 2. D. eodem*, in qua Iureconſultus rationem inquirens cur aduerſus mulierem quæ mariti res amouit, rerum amotarum, nõ furti actio poſt diuortium detur, rationem illam affert quòd in honorem matrimonij turpis actio aduerſus vxorem denegetur: quæ etiam ratio eſt *l. ſi quis vxori, §. 2. in princip. de furt.*

CAPVT XX.

Emendatur l. vlt. D. de pact. dot. & l. intereſt. 6. C. de vſufruct.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio* l. vltim. de pact. dotal.
2 *Primus error in ea lege commiſſus.*
3 *Maritum in d. l. fundi æſtimati non fundi venditi pretium reſtituere, niſi fundum ipſum malit reſtituere.*
4 *Tollitur vox* ducenta, *& ſubſtituitur*, centum.
5 *Alter huius legis error in verbis*, neque ei pactum conuentum remitti oportere.
6 *Accurſij de his verbis ſententia.*
7 *Pugnantia & contrarietas in* l. 1. C. de vſufr.
8 *Emendatur finis* d. l. 6.
9 *Quænam fuerit dubitandi ratio in* d. l. 6.
10 *Cur in d. l. res in dotem data & æſtimata oppignorari poſſit, alienari vero niſi volente muliere non poſſit.*

APud † Iauolenum in *l. vlt. D. de pact. dot.* quæſtio 1
talis proponitur. Fundus æſtimatus centum in dotem datus fuerat: tum vxor cum viro pactum conuentum fecerat, vt diuortio facto idem fundus eodem pretio vxori reſtitueretur: Poſtea volente muliere is fundus ducentis venditus eſt, & ſubſecutum diuortium. Quæſitum eſt, quid vxori reſtituẽdum eſſet. Iauolenus refert Labeonem putaſſe, viro poteſtatem fieri debere, vtrum velit ducenta, vel fundum reddere, neque ei pactum conuentum remitti oportere. Ego duobus huius reſponſi locis erratum eſſe arbitror. † Primùm quod Labeo dice- 2
bat, & Iauolenus probat in viri arbitrio eſſe vtrum velit fundum an ducenta reddere, vix intelligere poſſum: cùm pacto conuento id actum ſit vt eodem pretio fundus reſtitueretur: *eodem*, inquam, *pretio*, id eſt habita ratione augmenti, & diminutionis, vt loquitur *l. æſtimatio. 50. D. ſol. matr.* quod ſi ita eſt, ſequitur vt ſi fundus reſtitutionis tempore ducentorum aureorum ſit, non aliter à muliere repeti poſſit, quàm ſi centum marito præſtet: quemadmodum ſi imminuta æſtimatione quinquaginta duntaxat aureorum eſſet, mulier præter fundum, quinquaginta petere iure conuentionis poſſet, *l. ſi inter. 12. C. de iur. dot.* † Cùm igitur alienato mulieris vo- 3
luntate fundo factum ſit, vt ad ipſius fundi præſtationem maritus omnimodo non compellatur, danda ei electio eſt, an fundum ipſum, an verò centum velit reddere. Ducenta enim cum dare, ſi fundum non reddat, nulla ratio eſt: qui ſi fundum redderet centum à muliere conſequeretur, nec niſi centum mulieri reddidiſſe videretur. Alioqui dicendum erit, parùm cautè Iureconſultum marito electionem dare, an fundum, an ducenta velit reddere: niſi fortè ineptior ſit maritus, qui malit ducenta mulieri dare, quàm fundum ipſum: dignum quidem ducentis, ſed tamen cuius reſtitutione, centum ipſe lucraretur. Nec eſt, quòd quis dicat, mulierem cùm de alienando fundo conſenſit, in eo etiam videri à priore pacto receſſiſſe, ne eodem pretio fundus reſtitueretur, ſed illa ipſa ducenta quæ ex fundi venditione confecta ſunt præſtarentur. Neque enim hoc, quod omnium maximi momenti eſt, Iauolenus prætermiſiſſet, ſi verè dici poſſet: qui & curioſus fuit rationem reddere, cur

non præciſè fundum maritus dare compellatur : quod
tamen non ita erat in obſcuro cum voluntate mulieris
facta alienatio proponeretur. Neque rurſus permitten-
dum eſſet marito fundum ipſum eodem quo æſtimatus
eſt pretio reſtituere, ſi ius illud mulieri ex venditione
acquiſitum eſt, vt integra ducenta in dote ſint, cùm ab-
ſurdum ſit exiſtimare in arbitrio mariti eſſe dotem in di-
4 midia parte minorem facere. † Dicendum igitur eſt
mariti electio eſſe an fundum an centum velit reddere
vt pro *ducenta* legamus *centum* (facilis enim error eſt,
l.9.§.2.ſed & ſi quis de hered. inſtit.) quomodo in veteri
meo libro ; poſt obſeruatum receptæ lectionis men-
5 dum hac nota C. ſcriptum vidi. † Alter huius legis
error mihi videtur ſubeſſe in iis verbis, *neque ei pactum
conuentum remitti oportere*. Cùm enim pacto id conue-
niſſe proponatur, vt idem fundus diuortio facto mulieri
reſtituatur, & hoc ipſum marito remittatur ideò quòd
ex voluntate mulieris fundus venditus ſit, planè non
intelligo quid illud ſit quòd hîc dicitur marito pactum
6 conuentum remitti non oportere. † Falſum enim eſt
quod *Accurſius* tentat remitti quidem in quibuſdam,
at non in omnibus. Quid enim aliud conuenerat quàm
vt fundus ipſe reſtitueretur ? Hoc verò propter factam
mulieris voluntate alienationem marito remittitur. Er-
go totum pactum ei remittitur. Quare pro *neque* puto
legendum *namque*: cui ſimilem errorem nonnulli obſer-
7 uarunt *in l. Mænius, 66.§. duorum, de legat. 2.* † ſicque
diſſimilis ſpecies proponitur in *l.intereſt.6.C.de vſufruct.*
de illius etiam loci emendatione & ſententia conſide-
randum nobis eſt. Diſtinguendum lex ait, an vſumfru-
ctum ſolum maritus in dote acceperit, an proprietatem
ipſam, adiecto tamen pacto vt eo moriente, eadem poſ-
ſeſſio mulieri redderetur. Nam ſi vſuſfructus tantùm in
dotem datus ſit, proprietatem à marito pignorari non
potuiſſe. Data verò proprietate æſtimata, non ideò mi-
nus obligari eam potuiſſe quòd ſoluto matrimonio re-
ſtituenda mulieri æſtimatio fuerit. Quæ poſtrema verba
cum legis principio prorſus pugnant. Pactum enim ad-
iectum proponitur vt mortuo marito eadem poſſeſſio
quæ data fuerat mulieri redderetur. At in fine legis da-
tæ proprietatis æſtimationem ex pacto reſtituendam
fuiſſe verba ſonant. Vt dubitandum non ſit quin vel
principium ex fine, vel finis ex principio emendandus
ſit : quod & à viro doctiſſimo iampridem animaduerſum
eſt : ſed tamen quomodo locus hic emendandus ſit, non
ſatis rectè meo iudicio obſeruatum. † Putat enim prin- 8
cipium ex fine legis ſic emendandum, vt non *eadem poſ-
ſeſſio* ſed *æſtimatio* legamus : quod ego probabile non
puto. Quis enim admittat tam magno errore peccari po-
tuiſſe, vt pro *æſtimatio* legeretur *eadem poſſeſſio*, præſertim
cum ita omnes libri ſcriptum habeant ? Rurſus proprie-
tate in dotem ſic data, vt eius æſtimatio reſtitueretur, quæ
dubitandi ratio eſſe poteſt, cur non à marito & obligari
& pignorari potuerit? Probabilius igitur dici poteſt emen-
dandum finem ex principio, vt pro *æſtimatio*, legamus
poſſeſſio, quando & in pleriſque libris non *æſtimatio* legi-
tur, ſed *obligatio*, quæ nullius ſenſus lectio eſt. Iuuant
coniecturam verba illa, *non ideò minus*, quibus dubitandi
rationem contineri apertiſſimum eſt. † Illud verò dubi- 9
tationem faciebat, quòd conuenerat vt ſoluto matrimo-
nio æſtimatæ proprietatis poſſeſſio redderetur, vt in *l.
vltim.de pact.dot*. Quòd ſi conueniſſet vt datæ in dotem
proprietatis æſtimatio reſtitueretur, inepta ſane ac pa-
rum accommodata hæc dubitandi ratio eſſet, quæ quo
magis non quo minus valeret oppigneratio efficeret.
Reſponſum tamen eſt non ideò minus obligari proprie-
tatem potuiſſe, ratione illa, vt opinor, quòd æſtimata ſit,
ac proinde in mariti dominium tranſlata, *l.quotiens,5.C.
de iur. dot.* Nec obſtare conuentionem illam vt eadem
poſſeſſio reſtitueretur, quia oppigneratio non faciat
quominus ſatisfieri conuentioni poſſit, ſcilicet ſi credi-
tori debitum ſoluatur. (Ergo aduerſus hæredes mariti
agere mulier debet, vt eandem ſibi poſſeſſionem reſti-
tuant, atque ita tam creditori, quam mulieri conſulere-
tur. Planè ſi hæredes mariti ſoluendo non ſint, puto
mulieri competituram conditionem, cui ſcilicet æquius
eſt propter conuentionem ſuccurri, quàm creditori, qui
ex perſona mariti debitoris, rei illius dominium, aut do-
minij cauſam aliquam nanciſci non potuit. † Cæterùm 10
quamuis in hac ſpecie res in dotem data, & æſtimata
oppignerari poſſit, alienari tamen niſi volente muliere
non poterit, *dict.l.vltim. de pact. dot.* credo quia fieri id
non poſſit ſalua pactione, quia actum eſt vt eadem ipſa
poſſeſſio reſtitueretur. Et hæc mihi videtur veriſſima il-
lius loci ſententia, & lectio. Errori verò cauſam illud
fortaſſe dedit, quòd imperitus interpres exiſtimabat in
illis verbis, *quoniam ſoluto matrimonio*, &c. rationem
deciſionis contineri, tùm tamen dubitatio potius expri-
matur, ac ſi ſcriptum eſſet *non ideò minus quoniam*, idque
etiam ipſa interpunctio demonſtrat.

ANTONII FABRI IC. CONIEC-TVRARVM LIBER IV.

CAPVT I.

Condictionem furtiuam & rerum amotarum dari in ſolidum contra hæredem.

SVMMARIA.

1 *An condictio furtiua aduerſus heredem competat, quum res furtiua viuo fure periit?*
2 *Probatur condictione ex cauſa furtiua heredem qui ſolus eſt in ſolidum teneri.*
3 *Sententia* l.2.§.fin.ff.vi bonor.rapt.
4 *An is cui bona vi rapta ſunt ſi non ſit Dominus, aduerſus raptoris heredes condictione furtiua in ſolidum experiri poſſit?*
5 *Differentia inter actiones quæ rei perſecutionem continent, & cæteras.*
6 *Condictionem furtiuam etiam re perempta & amiſſa aduerſus heredes in ſolidum dari.*
7 *Contraria Cuiacij ſententia.*
8 *Reſponſio ad primam Cuiacij rationem.*
9 *Explicatur* l.10.de tutel.& rat.diſtrah.
10 *Reijcitur eiuſdem Cuiacij coniectura ad* l.9.ff de condict.furt.
11 *Improbatur etiam coniectura & adnotatio ad* §.vlt.l.6 pro ſure.d.t.
12 *Secundum Cuiacij argumentum refellitur.*
13 *Cur pater ex furto filij condictione furtiua nõ teneatur?*
14 *Tertia Cuiacij ratio refutatur.*
15 *An actio rerum amotarum contra heredem in ſolidum detur?*
16 *Reſponſio ad* l. vltim. C. rerum amot. *& eius explicatio.*

17 *Contraria non eſſe hæc, teneri vnumquemque ex hæredibus in id quod ad eum peruenit, & teneri vnum ex iis aut omnes ſimul in ſolidum.*

18 *Quænam fuerit dubitatio in* d.l.vlt.C.rer.amot.

19 *Ratio diſſimilitudinis inter condictionem furtiuam & actionem rerum amotarum.*

20 *Actiones rei perſecutorias ex delicto proficiſcentes, ſi pœnales non ſint, contra hæredem in ſolidum competere.*

21 *Poſtrema Cuiacij obiectio refutatur.*

1 CONDICTIONEM † ex cauſa furtiua mor-
te furis non interire ſcribit apertè Iuſtinia-
nus *in §. vlt. Inſtit. de oblig. quæ ex delict.
naſc.* vbi ait ea condictione teneri furis
hæredem quamuis rem furtiuam non poſ-
ſideat. Et Vlpianus *in l. ſi pro fure. 7. §. vlt. D. de cond. furt.*
docet ita iure ciuili conſtitutum eſſe vt condítione fur-
tiua hæres quoque furis obligetur, quòd ea actio rei
habeat perſecutionem. *Nec tantum*, inquit, *ſi viuat
ſeruus furtiuus, ſed etiam ſi deceſſerit.* Quod ego cum
Accurſio & cæteris ſic interpretor, etiamſi viuo fure de-
ceſſerit. Ne alioqui fruſtrà additum ſit, quod ſequitur,
etſi apud furis hæredem ſeruus furtiuus deceſſerit, vel
non apud ipſum poſt mortem tamen furis, dicendum
eſſe aduerſus hæredem condictionem durare. Nam
ſeruus furtiuus defuncto iam fure mortuus neceſſe eſt
vt vel apud hæredem, vel non apud ipſum deceſſerit,
cùm inter hæc duo, quæ contradictoria ſunt, medium
nihil conſtitui poſſit. Ex quo illud etiam apparet ea
verba, *poſt mortem tamen furis*, quæ *Azonem* & *Accur-
ſium* tam malè habuerunt, non ita eſſe accipienda vt ſi
viuo fure ſeruus furtiuus deceſſerit, aduerſus hæredem
condictio furtiua denegetur: ſed eam potius ob cauſam
adiecta, ne quod prius dictum iam fuerat, non ideò mi-
nus teneri hęredem furis quòd viuo fure ſeruus furtiuus
deceſſerit, aliis verbis inconcinnè, & fruſtrà repetitum
2 videretur. † Ac ſanè ſi quod eo loco Vlpianus ſcribit
condictione furtiua hæredem quoque furis obligari, ſic
intelligeres vt eatenus duntaxat obligetur, quatenus ad
eum peruenit, inepta eſſet illa ratio, *quia rei habet perſe-
cutionem.* Cum & eæ actiones, quæ rei perſecutionem
non habent aduerſus hæredes dentur, in quantum ad
eos peruenit, ne contra rationem & æquitatem natura-
lem alieno ſcelere ditentur, *l. ſi plures, 17. §. vltim. l. in hæ-
redem, 26. D. de dolo. l. ſi hominem, 7. §. 1. D. depoſ. l. 1. §. vlt.
D. de eo per quem fact. erit, l. ſicuti, 38. de reg. iur. l. vnic. C.
ex delict. defunct.* Atque ita idem Vlpianus apertè diffi-
nit *in l. in condictione. 9. D. de condict. furt.* in condictione
ex cauſa furtiua non pro eo duntaxat quod peruenit ſed
3 in ſolidum teneri hæredem qui ſolus hæres eſt. † Quod
etiam licet minus apertè, eleganter tamen conijci poſſe
videtur *ex l. 2. §. vlt. D. vi bonorum rapt.* vbi ad quæſtio-
nem illam, An aduerſus raptoris hæredes detur actio in
id ſaltem quod locupletiores facti ſunt, Reſpondetur,
nihil de hoc pollicitum eſſe Prætorem, quoniam putauit
ſufficere cōdictionem. Nempe quia cùm aduerſus eum
qui vi bona rapuit, furtiua quoque condictio detur, vt
ibidem lex ait, eáque actione ſolidum conſequi actor
poſſit non ſolùm à raptore, ſed etiam ab hæredibus eius,
fruſtrà Prætor in eam rem actionem propoſuiſſet, quæ
minus commodi & vtilitatis habuiſſet. At ſi furtiua
conditio in ſolidum non daretur, ſed in id duntaxat
quod ad raptoris hæredes peruenit, debuerat ſanè Præ-
tor actionem contra hæredes polliceri, nec erat quod
putaret ſufficere condictionem, quoniam cęteris paribus
longè commodius eſt ex Edictio vi bonorum raptorum,
quàm furtiua condictione experiri, vel eo maximè no-
mine quòd vi bonorum raptorum agere poſſunt om-
nes, quorum ex quacunque cauſa intereſt, *d. l. 2. §. ſi in
re. D. vi bonor. r[illegible]tor.* Condicere autem nemo poteſt
niſi qui rei Dominium ad ſe pertinere probauerit, *l. 1.
D. de condict. furt. l. 1. C. rer. amot.* quæ Dominij proba-
tio plerumque difficillima eſſe ſolet, §. *commodum.
Inſtit. de interdict.* Vt veriſimile non ſit eum, qui vi
bonorum raptorum agere poſſit condictionem electu-
rum, niſi ſpe aliqua plenioris condemnationis inuitetur:
quod tamen aliter fieri non poteſt quàm ſi furis hære-
dem ea condictione in ſolidum teneri admittamus.
† Cæterum, vt hoc quoque obiter obſeruemus, ſi is cui 4
bona vi rapta ſunt, non ſit Dominus, ac proinde condi-
cere non poſſit, ſed tantùm vi bonorum raptorum agere,
quòd fortè ex alia cauſa eius interſit, non puto dubi-
tandum quin aduerſus raptoris hæredes in id quod lo-
cupletiores facti ſunt actionem habeat vi bonorum rap-
torum. Neque enim illa Vlpiani ratio, *quia putauit ſuf-
ficere condictionem*, ita accipi debet vt vi bonorum rapto-
rum agere non poſſit qui condicere non poteſt: nam
præcedentia repugnant. Quemadmodum nec illa *quia
pœnalis actio in hæredes non datur*, ſic intelligenda eſt, vt
vi bonorum raptorum contra raptoris hæredes agi non
poſſit in id quod ad eos peruenit. Sed ea Iuriſconſulti
ſententia eſt non dari in hæredes eam actionem quate-
nus pœnalis eſt, id eſt in triplum, quoniam ex delicto
defuncti hæredes pœnam pati non debent. Dabitur ta-
men ſi quid & in quantum ad eos peruenerit, ne ex de-
functi delicto lucrum faciant, & quia ea actio mixta eſt,
nec pœnam duntaxat, ſed etiam rei perſecutionem con-
tinet, §. *ex maleficiis, 17. Inſtit. de action.* Denique per-
petuum illud eſt vt hæredi lucrum extorqueatur quod
ad eum ex defuncti delicto peruenit *d. l. vnic. C. ex delict.
defunct.* ſiue actio rei perſecutionem contineat ſiue non,
l. in honorariis, 35. D. de obligation. & actionib. † Planè 5
cùm quæritur, An aduerſus hæredem in ſolidum actio
detur, Paulus in *dict. l. honorariis*, ex Caſſij ſententia
elegantem, & ad propoſitam quæſtionem valde accom-
modatam differentiam conſtituit inter eas actiones ho-
norarias quæ rei perſecutionem continent, & cæteras:
quòd quæ rei perſecutionem habent, & poſt annum
dantur, & aduerſus hæredes in ſolidum: Cæteræ verò
neque poſt annum, neque in hæredes niſi vt iis lucrum
extorqueatur. Etſi enim condictio furtiua ciuilis non
honoraria actio eſt, cùm tamen rei perſecutionem con-
tineat, nec ſit pœnalis, *dict. l. ſi pro fure. §. 1.* dici non po-
teſt cur non aduerſus hæredem in ſolidum dari debeat,
quemadmodum & honorariæ actiones quæ rem perſe-
quuntur, quibus & in eo ſimilis eſt quòd anno finitur,
at perpetua eſt ſicut cæteræ omnes ciuiles actiones,
l. ſi mulier. 21. §. hac action. D. rerum amotarum. † Po- 6
ſtremò cum fur perpetuò in re furtiua moram facere in-
telligatur, *l. in re furtiua, in princip. & §. 1. D. de condi-
tion. furt.* iſque moræ effectus ſit vt obligationem per-
petuet non tantùm debitoris, ſed etiam hæredum, &
ſucceſſorum, licet res amiſſa & perempta ſit, *l. ſi ex lega-
ti, 23. l. ſi ſeruum, 91. §. ſequitur, D. de verborum obliga-
tion.* conſequens eſt vt furis hæres licet nihil ad eum
peruenerit, nihilominus furtiua condictione in ſolidum
teneatur. † Quod quamquam certiſſimum eſt, & aper- 7
tius quàm vt pluribus rationibus & legibus confirmari
neceſſe ſit, aliter tamen viſum eſt doctiſſimo viro *Iacobo
Cuiacio*, qui rationibus aliquot adductus, furtiuam con-
dictionem non niſi quatenus ad hæredem peruenit dari,
tentauit primùm, deinde conſtanter affirmauit. † Mo- 8
uetur autem ex eo quod ſcriptum eſſe ait *in l. ſi tutor. 9.
§. vltim. iuncta l. ſequentib. D. de tutel. & rat. diſtrahend.*
eam condictionem morte furis interire. Quod tamen,
ſalua tanti viri authoritate dixerim, ſcriptum eo loco
non reperitur. Nam in *dict. §. vltim.* illud tantum ex Vl-
piano proponitur, cæteras actiones præter tutelæ aduer-
ſus tutores competere, etſi adhuc tutelam adminiſtrant,
veluti furti, damni, iniuriæ, condictionem. Tum *in l.
ſequent.* ex Paulo ſubijcitur, non dari has actiones pu-
pillo dum tutor tutelam gerit: quamuis enim morte tu-
toris intereant, pupillum tamen cum hærede eius actio-

nem

9 nem habiturum, quia ſibi ſoluere debuit. † Cùm igitur
non de condictione duntaxat, ſed etiam de furti & dam-
ni iniuriæ actione Vlpianus loquatur, dubitandum non
eſt quin verba illa Pauli, *quamuis morte rei eorum intereant*,
ad furti & damni iniuriæ actiones quæ morte intereunt
referenda ſint, non ad condictionem, quæ contra furis
hæredem non minus quàm contra furem ipſum com-
petit, quomodo rectiſſimè *Accurſ.* interpretatur *ex d. §.*
vltim. l. ſi pro fure, & ex dict. l. in condictione, 9. de condict.
furt. vt mirum ſit virum doctiſſimum in re tam aperta
10 cæcutiiſſe. † Quis etiam probet, quod ille comminiſci-
tur intelligendum eſſe id quod Vlpianus ait *in dict. l. 9.*
ſi cum fure lis conteſtata fuerit? Cùm neque litis con-
teſtatæ mentio vlla fiat, neque ſecundum hanc diuina-
tionem aliud iuris conſtituendum ſit in actione furti,
quæ quamuis ſit pœnalis, ſi tamen cum fure lis conte-
ſtata ſit, contra hæredem in ſolidum competit, *dict. l.*
vnic. C. ex delict. defunct. l. ſciendum 58. D. de obligation.
11 *& action. l. nemo enim, 87. D. de regulis iuris.* † Quis etiam
illud admittat quod idem vir doctiſſimus ſcripſit *in d. §.*
vlt. l. ſi pro fure, obligari hæredem furis condictione fur-
tiua, quod rem ipſam furtiuam contrectauerit? Imò ve-
rò, quoniam, vt inquit Vlpianus, ea condictio rei habet
perſecutionem. Alioqui ſi ponas hæredem contrectaſſe
rem furtiuam animo furandi, dicam eum non tanquam
furis hæredem ſed tanquam furem, & ex propria etiam
contrectatione proprioque furto non ſolùm ex defuncti
delicto obligari, ideoque non tantùm condictione, ſed
etiam furti actione pœnali conueniri poſſe. Vt taceam,
quod iam ſuprà dixi, Vlpiani ſententiam illam eſſe in
d. §. vlt. vt furtiua condictione teneatur furis hæres, li-
cet ſeruus furtiuus viuo fure deceſſerit, quo tamen caſu
contrectationem ab hærede factam eſſe comminiſci non
12 poſſumus. † Secunda obiectio eſt *ex l. 3. §. penultim. D.*
de pecul. vbi ſcriptum videtur, condictionem furtiuam
non dari in ſolidum contra patrem, ſed quatenus dun-
taxat ex filij furto locupletius peculium factum eſt. Ex
quo infert vir doctiſſimus, neque aduerſus hæredem in
ſolidum eam dari, quia in cæteris eadem hæredis quæ
patris cauſa & conditio eſſe ſoleat, in eo præſertim,
quod quemadmodum hæres ita pater ex delicto filij pœ-
nali actione non teneatur. Et ſicut hæres poſt condem-
nationem aut litis conteſtationem defuncto teſtatore
conuenitur ex omnibus cauſis, ita pater poſt condem-
nationem aut litis conteſtationem mortuo aut viuo fi-
lio, *l. etſi condemnatus, 35. D. de noxal. action. l. 3. §. idem*
ſcribit. D. de pecul. Verùm facilis reſponſio eſt, longè
diuerſam eſſe hac parte hæredis, & patris rationem.
Hæres enim furtiua condictione tenetur, pater non te-
13 netur. † Idque eſt, quod Paulus ait in *l. ex furtiua, 5. D.*
de cond. furt. ex furtiua cauſa filiofamilias condici poſſe,
vt intelligamus non quemadmodum cùm ſeruus furtum
fecit ipſi Domino condicitur non ſeruo, vt in præce-
denti lege Vlpianus dixerat, ſcilicet quia cum ſeruo nul-
la actio eſt, *l. cum ſeruo 107. de regul. iur.* Ita cùm filius-
familias furtum fecit, patri condici. Ipſi enim filiofami-
lias condicendum eſt non patri, quia inquit Paulus, Ea
condictione nunquam alius tenetur, quàm qui fecit aut
hæres eius. Neque verò Vlpianus in *d. §. penult. l. 3. de pe-*
cul. ſcribit patrem furtiua condictione teneri, ſed filium-
familias, in patrem verò dandam actionem de peculio
quatenus peculium locupletius factum eſt. Eodemque
modo interpretor quod in *l. 3. §. vltim. D. rerum amotar.*
Paulus ex Proculo ſcribit, mortua filia quæ mariti res
amouit non dari in patrem iudicium rerum amotarum
niſi quatenus ex ea re locupletior factus ſit, nempe vt
id quod locupletior factus eſt ei auferatur non actione
rerum amotarum, ſed actione de peculio, vt ſcriptum eſt
in *d. l. 3. §. penult. de pecul.* Quanquam & illud dici po-
teſt ex furtu filiæfamilias poſſe patrem conueniri vtili
actione rerum amotarum, itémque vtili condictione.
Quia deficiente directa propter rationem *d. l. ex furtiua,*
æquum nihilominus ſit patrem teneri non tanquam
furem aut furis hæredem, ſed quia lucrum ex filiæ fur-
to ſenſerit. Eamque ob cauſam, & eadem æquitatis ra-
tione fit vt non niſi in quantum locupletior factus eſt
teneatur, *l. vina. 5. D. rer. amotar. l. penult. D. de condict.*
furt. Iure enim introductæ ſunt vtiles actiones ex æqui-
tate, deficientibus directis: neque nouum videri debet
ſi quando minoris ſunt effectus & poteſtatis, cum earum
vis non ex directarum natura æſtimari debeat, ſed eius
ipſius æquitatis quæ eas introduxit finibus, & ratione
concludatur. Sic euenit vt ſi peculium locupletius fa-
ctum non ſit, nulla in patrem actio detur, quia cum ex
contractu actio non venit patre de peculio conueniri
non poteſt, *l. 1. §. ſi filiusfamilias. D. de his qui effud. vel*
deiec. l. ex pœnalibus, 58. D. de reg. iur. Recta igitur patris,
& hæredis comparatio non eſt. Pater furtiua condi-
ctione ſaltem directa non tenetur, hæres tenetur.
Hic vitiorum defuncti ſucceſſor eſt, *l. cum hæres, 11. D.*
de diuerſ. tempor. præſcript. Ille vitiorum filij neque ſuc-
ceſſor neque particeps dici poteſt, ſed tantùm lucri, 14
quod ex filij furto ad eum peruenit. † Obijcit tertiò
idem vir doctiſſimus, condictionem furtiuam ſimilem
eſſe in omnibus actioni rerum amotarum. Vtramque
enim condictionem eſſe *l. rerum amotarum, 26. D. de rer.*
amotar. vtramque perpetuam, *l. ſi mulier. 21. §. hæc actio.*
D. eo. vtramque rei perſecutionem continere, vtramque
in hæredem dari, *l. contra. 6. §. ſi poſt. D. eod.* Neque ta-
men actionem rerum amotarum dari in ſolidum contra
hæredes, ſed in quantum duntaxat ad eos peruenit, *l. vl-*
tim. Cod. de rer. amot. Verùm neque obiectio hæc facere
poteſt vt condictionem furtiuam contra hæredes in ſo-
lidum dari non debere exiſtimemus. Iuris enim ratio 15
repugnat & leges quas ſuprà explicauimus. † At potius
de illo quærendum eſt, Cur in actione rerum amota-
rum diuerſum ius conſtituendum putemus, quod longè
difficiliorem habet dubitationem. Dubitandi autem
cauſa illa eſt, quod rerum amotarum actio rei perſecu-
tionem contineat, *d. l. ſi mulier. §. hæc actio.* Quæ autem
ſunt eiuſmodi contra hæredes in ſolidum dentur *d. l. in*
honorarius, 35. D. de oblig. & action. Auget etiam dubita-
tionem, quod in *d. l. 3. §. vlt. rer. amot.* Paulus ſcribit mor-
tua filiafamilias, quæ mariti res amouit, in patrem re-
rum amotarum actionem dari non oportere, niſi quate-
nus ex ea re locupletior factus ſit. Ita innuens extraneos
hæredes quorum cauſa minus fauorabilis eſſe ſolet, in
ſolidum condemnari debere. Denique me illud valde
mouet quod in *dict. l. contra. §. ſi poſt.* ſcriptum eſt, hære-
dem mulieris ex cauſa rerum amotarum teneri, ſicut
condictionis nomine ex cauſa furtiua. Quid enim hoc
aliud eſt, quàm mulieris hæredem actione rerum amota-
rum in ſolidum teneri? Alioqui vix dici poteſt cur eam
actionem furtiuæ condictioni Paulus comparet, cum &
eæ actiones quæ rei perſecutionem non habent, & quæ
anno finiuntur, in hæredes tamen dentur hactenus vt
iis lucrum extorqueatur, hoc eſt quatenus ad eos perue-
nit, *d. l. in honorarius.* Quibus rationibus dico poſſe de-
fendi contra omnes interpretum ſententias, actionem 16
rerum amotarum contra hæredem in ſolidum dari. † Ne-
que in contrarium vllam iuris rationem aut legem ad-
duci poſſe præter *d. l. vlt. C. rer. amot.* Ad quam ſi reſpon-
dero, nihil ſupererit quod aduerſus nouam hanc no-
ſtram opinionem obijci poſſe videatur. Puto autem
poſſe dici non improbabiliter, aliud eſſe ſi quis dicat,
hæredem non teneri rerum amotarum actione in ſoli-
dum quod falſum eſt. Aliud verò, hæredes non teneri
in ſolidum, ſed in quantum ad eos peruenit vt ſcriptum
eſt in *d. l. vlt.* Hac enim poſteriori locutione illud ſigni-
ficamus, cùm plures ſunt hæredes eius qui res amo-
uit, ſingulos in ſolidum non teneri, ſed vnumquemque
pro ea duntaxat parte quæ ad eum peruenit, cùm tamen
omnes ſimul in ſolidum teneantur, quamuis nihil ad
eos perueniſſe proponas. Atque ita Vlpianus ipſe loqui-

tur in *d.l. in condictione*, illis verbis, *in ſolidum tenemur dum ſoli hæredes ſumus*, vt oſtendat cum plures ſunt hæredes eos in ſolidum non teneri. An quòd ab omnibos ſimul ſolidum id quod ſubtractum eſt exigi non poſſit, ſi ad eos nihil aut minus peruenerit? Minimè verò.
17 † Neque enim plurium hæredum melior quàm vnius ſolius conditio eſſe debet. Sed quia ſi omne id quod furto ſubtractum eſt ad aliquos ex cohæredibus peruenerit, ſolidum ab iis petendum eſt non ab aliis ad quos nihil peruenit. Aut ſi plus ad illos quàm ad hos peruenerit, plus ab illis quàm ab his peti debebit. Sicque fit vt verè dici poſſit quod ſcriptum eſt in *d.l. vlt. C. rer. amotar.* & *d.l. in condictione*, plures furis vel eius qui res amouit hæredes in ſolidum non teneri, ſed in quantum duntaxat ad eos peruenit. Neque tamen minus verum ſit omnes ſimul teneri in ſolidum, licet ad eos nihil aut minus peruenerit. Sic dicimus ex ſtipulationibus diuiduis hæredes in ſolidum non teneri: nec ideò tamen omnes ſimul in ſolidum teneri negamus. Quid ergo? ſingulos in ſolidum non teneri intelligimus. Sic hæredem eius qui accepit commodatum, licet pro ea parte duntaxat qua hæres eſt conueniri poſſit, ſi tamen ad eum tota res commodata peruenerit, vt is ſolus totius rei reſtituendæ facultatem habeat, placet Vlpiano condemnandum eſſe in ſolidum, *l.3. §. hæres. D. commod.* Sic denique ſi is qui interdicto, Vnde vi, tenebatur, pluribus relictis hæredibus deceſſerit, & ad vnum ex iis tota res vi ablata peruenerit, Paulus in *l. ſi plures, 9. D. vnde vi.* ſcribit teneri eum in ſolidum, quamuis Vlpianus in *l.1.§.vlt.D.eod.* dicat non teneri hæredes ex cauſa illius interdicti niſi in id quod ad eos peruenit. Nimirum contraria hæc non ſunt. Teneri vnumquemque ex hæredibus in id quod ad eum peruenit: & teneri vnum ex iis aut omnes ſimul in ſolidum, ſcilicet ſi ad vnum aut ad omnes totum peruenerit. Eodem igitur modo dici poteſt in ſpecie *l.vlt.C.rer.amotar.* res amotas ad hæredes mulieris totas perueniſſe, neque de illo dubitatum fuiſſe, An omnes hæredes ſimul in ſolidum tenerentur, quod certiſſimum erat propter ſupradictam
18 iuris regulã. † Sed an aduerſus ſingulos in ſolidum agi poſſet, aut ſi aduerſus omnes agendum eſſet, pro qua parte ſinguli conueniri deberent. Videbatur enim reſtituendi obligationem indiuiduam eſſe, & ideò ſingulos hæredes in ſolidum teneri, vt *Bartolus* diſputat ad *d.l. condictione.* Aut ſaltem vnumquemque ex hæredibus pro hæreditaria portione conueniri debere cùm obligatio ex cauſa hæreditaria proficiſcatur *l.1.C.ſi cert.petat.l.2.C de hæred.action.* At contrà reſpondetur, neque hæredes in ſolidum teneri, ſcilicet ſingulos, neque pro portionibus hæreditariis; ſed vnumquemque in quantum ad eum peruenit, vt proinde quod ſcriptum eſt in *d.l.in condictione*, eum qui pro parte furis hæres eſt, teneri condictione furtiua pro ea parte pro qua hæres eſt, omnino ſic intelligi debeat, ſi nihil ad hæredes, aut ſi pro æquis partibus res furtiua peruenerit, non autem ſi plus ad vnum quàm ad alium peruenerit, arg.*d.l.vlt.C. rer.amot.d.l.3.§.hæres. D. commod.l.ſi plures 9.D.vnde vi.* Hæc cùm ita ſint, non eſt hac parte ſeparanda condictio rerum amotarum à condictione furtiua, & vtramque aduerſus hæredem in ſolidum dari dubitandum amplius
19 non videtur. † Quamquam & ſi quis in actione rerum amotarum cum interpretibus ſentire velit, eamque à furtiua condictione diſtinguere, poſſit fortaſſis non malè hanc diſſimilitudinis rationem afferre quod imputari quodammodo poſſit marito cui res amotæ ſunt, cur aduerſus coniugem eo nomine non egerit, cùm ab ea res amotas fuiſſe veriſimiliter ignorare non potuerit. Res enim diuortij cauſa ſubtractas à quo repetere potius vir debuiſſet quàm ab vxore, quæ poſt diuortium mariti inimica eſſe dicitur, *l.cum in fundo, 78.§.ſed etſi non ſit. D. de iur. dotium, l. Cicero, 39. D.de pœn.* At in cæteris furtis non ita facilè ſciri poteſt qui furtum fecerit, nec quicquam imputari ei, qui aduerſus viuum furem non egit. Sed mihi ratio hæc non omnino ſatisfacit, nec poſſum intelligere cur in actione rerum amotarum recedendum ſit à iuris regula, quæ habet, actiones rei perſecutorias contra hæredem in ſolidum tranſire. Et miror *Bartolum Caſtrenſem* & cæteros melioris notæ interpretes ſcripſiſſe, ſpecialiter hoc in condictione furtiua inductum eſſe vt cùm ſit ex delicto nihilominus in hæredem tranſeat. Et iuris regulam in contrarium eſſe, Actiones quæ ex delicto proficiſcuntur non dari aduerſus hæredes in ſolidum niſi lis ſit conteſtata. † Imò vero 20
iuris regula eſt, actionibus quæ rem perſequuntur hæredes in ſolidum teneri *d.l.in honorariis*, licet ſint ex delicto *d. l. ſi pro fure. §.vlt.* ad quem locum aliud reſpondere Caſtrenſis non poteſt, quàm Vlpiani rationem malam eſſe, & minus ſufficientem. Idem etiam apertiſſimè probat quod Iuſtinianus ſcribit in *§. his autem verbis. Inſtit. de leg. Aquil.* legis Aquiliæ actionem pœnalem eſſe, quia plerumque in ea condemnatio fiat pluris quàm reuera intereſt. Et eam ob cauſam non dari contra hæredem, quæ daretur, inquit, ſi nunquam lis ſupra damnum æſtimaretur. Daretur, inquam, in ſolidum. Quamuis enim ſit pœnalis, datur tamen in id quod ad hæredem peruenit, *l.inde Neratius, 23.§.hanc actionem, ff.ad leg. Aquil.* Atqui licet pœnalis non eſſet, non ideò tamen minus daretur ex delicto. Ergo actiones quæ ex delicto proficiſcuntur ſi pœnales non ſint, & rei perſecutionem contineant, contra hæredem in ſolidum competunt. Planè quoniam regulare illud eſt vt actiones ex delicto ſint pœnales vel meræ, vel mixtæ, vt Iuſtinianus ait in *§.ex maleficiis, 17. Inſtit.de actionibus.* Illud etiam regulariter proditum eſt, in hæredem eas non tranſire niſi poſt litis conteſtationem, *dict. l. vnica. C.ex delict. defunct.* Sed regulæ ſubiicienda exceptio eſt ex locis ſupradictis. Niſi rei duntaxat perſecutionem contineant. Quam ob cauſam Iuſtinianus in *§.non autem omnes, de perpet.& tempor.action.* regulam concepit non de actionibus ex delicto pœnalibus, de quibus etiam loquitur *l. 1.D.de priuat.delict.* † Obiicitur poſtremò iis quæ di- 21
ximus actionibus in factum ex cauſa doli, quæ datur ex Edicto de alienatione iudicij mutandi cauſa facta, ſimilem eſſe condictioni furtiuæ in eo quòd perſecutionem rei habet, pœnalis non eſt & ex delicto datur, neque tamen poſt annum dari eam neque in hæredem: *l.4.§. vltim.cum trib.ſeq.D.de alien.iudic.mut.cauſ.fact.* Verùm reſponderi poteſt, diſſimilem eſſe condictionis furtiuæ & illius in factum actionis rationem, quòd quanquam vtrinque rei perſecutionem continet, non tamen vtraque eodem modo. Etenim furtiua condictio, ex ſe & ſui natura rei perſecutionem continet, adeòque nihil aliud eſt quàm ipſius rei furtiuæ perſecutio. Quæ autem ex illo Edicto in factum actio tota eſt in perſonam, non ad rem certam, nec rei perſecutionem continet niſi officio & arbitrio iudicis, vt ſcriptum eſt in *l.3.§.vltim.& l.4.§.vltim. D.eod.* Ac quoniam officio iudicis ante impetratam actionem locus eſſe non poteſt, cùm non niſi poſt litem conteſtatam iudices dari ſolerent, fit vt priuſquam ea actio impetrata ſit, & officio iudicis locus eſſe poſſit, rei perſecutoria dici nequeat, & ideò neque poſt annum detur, neque in hæredem ex reg.*d.l.in honorariis.* Si quid tamen ad hæredem ex defuncti dolo & fraude peruenerit, dabitur etiam poſt annum vt lucrum ei auferatur *d.l.in honorariis, l.in hæredem, 5.D.de calumniat. l. quod diximus, 16.§.vlt.D.quod met.cauſ.l.itaque, 28.D. dolo.l. at Prætor. 10.§.pen.D.quæ in fraud.credit.l.1.§. vltim.& l.2.D.de vi & vi armat.*

CAPVT

CAPVT II.

Abundare negationem in l.2.D. de crim. ſtellion.

SVMMARIA.

1 *Stellionatus generale nomen coanguſtatum fuiſſe.*
2 *Contrarium ſibi fuiſſe Vlpianum in illa quæſtione, an ſtellionatus crimen infamiam irroget.*
3 *Bulgari & Martini ad dictam quæſtionem diſtinctio.*
4 *Reycitur diſtinctio inter ſtellionatum ex cauſa famoſa, & ſtellionatum ex cauſa non famoſa deſcendentem à Ioanne & Accurſio allata.*
5 *Stellionatus crimen regulariter famoſum eſſe contra Duarenum oſtenditur.*
6 *Sepulchri violati actio, & præuaricationis crimen cur infamiam irrogent?*
7 *Ratio propter quam ſtellionatus crimen quamuis publicum non ſit, infamiam tamen irrogat.*
8 *Tollitur negatio ex* l.2.ff.ſtellion.
9 *Famoſa iudicia quæ dicantur?*

1 QVamquam † ſtellionatus appellatio generalis eſt ad omnia crimina quæ proprium titulum & nomẽ non habent, magis tamen propriè ac ſpecialiter coanguſtata eſt ad eum caſum, Si quis fortè rem alij obligatam diſſimulata obligatione per calliditatem alij diſtraxerit, vel permutauerit, vel in ſolutum dederit, aut etiam obligauerit, *l.3.D.de crimin.ſtell.l.tutor.16.§.contrarium, l.ſi quis in pignore.36.§.ſed etſi quis, D. de pign.act.* Et hoc ſenſu loquuntur omnes leges Codicis, quæ ſunt ſub titulo. *De crimin. ſtellion.* † Elegans autem quæſtio eſt,
2 necdum ſatis rectè meo iudicio explicata, An ſtellionatus crimen infamia irroget, de qua diſceptantes non interpretum duntaxat, ſed etiam legum ſententias legimus. Nam in *l.quid ergo,13.§.vlt.D. de his qui notan.infam.* Vlpianus diſertè ſcribit infamiam irrogare damnato, quamuis publicum non ſit iudicium. At in *l.2.D. de crimin.ſtellion.* idem Vlpianus ait famoſum non eſſe, ſed extraordinariam coërcitionem habere. Ex quo factum eſt vt interpretes cùm veteres, tum recentiores dum conciliationis rationem aliquam quærunt, in di-
3 uerſas diſtracti ſint ſententias. † Bulgaro & Martino placuit ſtellionatus crimen infamiam non irrogare, ſed ſententiam latam de crimine. Quod etſi veriſſimum eſt, ad rem tamen non pertinet. Cùm enim de infamia quæritur, condemnationem ſecutam eſſe ponendum eſt, cùm ex nullo crimine licet publici iudicij cauſam habuerit, infamia irrogari poſſit, niſi ſententia ſequatur, *l.infamem, 7. D. de public. iudic.* Vnde & in *d.§. vlt.l. quod ergo*, Vlpianus dixit *infamiam irrogat damnato.* Et in *d.l.2.* non de crimine tantùm ſed de iudicio ſtellionatus loquitur, ac de coërcitione, id eſt de condem-
4 natione. † At Ioanni, quem *Accurſius*, & recentiores ferè omnes ſequuntur, probabilius viſum eſt diſtinguere an ex famoſa cauſa ſtellionatus crimen deſcendat, puta ex dolo, an ex cauſa non famoſa, veluti eſt pignore: ſeu, quod idem eſt, an concurrat cum ciuili actione famoſa, vt de dolo, an cum actione non famoſa, qualis eſt pignoratitia. Priore caſu famoſum eſſe, poſteriore non item. Sed neque diſtinctio hæc Vlpiano conuenit, qui vtroque loco generaliter & indiſtinctè loquitur, & vno, famoſum, altero non famoſum eſſe ſcribit. Deinde ridiculum videtur, in quæſtione iſta ſpectare concurſum ciuilis actionis, non ſolùm quia facilè contingere poteſt vt nulla ſit ciuilis actio cum qua ſtellionatus crimen concurrat, puta ſi quis impoſturam fecerit vel colluſionem in necem alterius *dict. l.3. §.item ſi quis impoſturam. D. de crimin. ſtellion.* Sed etiam quia iis quoque caſibus quibus concurrit ciuilis actio non famoſa, non ideò minus famoſum crimen cenſeri debet, cùm ſemper dolum annexum habeat. Et ideo traditum eſt quod in priuatis iudiciis eſt de dolo actio, hoc in criminibus eſſe ſtellionatus perſecutionem *d.l.3.* Ergo quemadmodum actio de dolo, ſemper eſt famoſa, ita & ſtellionatus iudicium omni caſu famoſam eſſe fatendum eſt. † Nec (5)
Duareni ſententia recipi poteſt, qui famoſum regulariter non eſſe ſcripſit, nec niſi paucis caſibus eſſe poſſe. Apertiſſimè enim repugnat *d.l.quid ergo*, ad quam nihil reſpondet quod facere poſſit ſatis. Ad rem verò non pertinet quod ille obiicit poſt cæteros ex *d.l.infamem*, Infamen non ex omni crimine ſententiam facere, ſed ex eo duntaxat quod publici iudicij cauſam habuit, aut quod ex ea actione fuit, quæ etiam in priuato iudicio infamiam condemnato irrogaret: Stellionatus autem accuſationem neque publicis neque priuatis actionibus cõtineri, *l.1.D.de crim.ſtellio.l.3.C.eo.* Malam enim ratiocinationem eſſe & ex ea regula ſtellionatus crimen excipi debere, Vlpianus docet in *d.§.vlt.l.quid ergo*, cùm ait ſtellionatum infamiam irrogare damnato, quamuis publicum non ſit iudicium. In cæteris veriſſima eſt & perpetua regula *d.l.infamem.* † Quod enim dicitur ſe- (6)
pulchri violati actionem infamiam irrogare, *l.1. D. de ſepulchr.violat.* illã rationẽ habet, quia ſepulchri violati crimen ad legem Iuliam de vi publica pertinet ex illa parte qua de eo cauetur, qui quid fecerit quominus aliquis funeretur ſepeliatúrve, quoniam & qui ſepulchrum violat facit quominus quis ſepultus ſit, *l.ſepulchri,8.D. eo.* Eadem ratione dicimus calumniæ & præuaricationis crimen famoſum eſſe, ſi fortè quis in iudicio publico calumniæ & præuaricationis cauſa quid feciſſe iudicatus erit, *l.1.D.de his qui notan.infam.l.4.D. de præuar.* quia ſcilicet præuaricationis huius pronunciatio publici iudicij eſſe intelligitur, *l.3.D.eo.* At in cæteris cauſis præuaricatorem infamia non notari certum eſt, quia præuaricationis iudicium regulariter publicum non eſt, ſed extraordinariũ *d.l.3.& 2.D.eod.* † Cur verò in crimine ſtel- (7)
lionatus illud ſingulari iure receptum ſit, vt quãuis non ſit publicum, infamiam tamen irroget damnato, eleganter dubitari poteſt. Ac ſi de eo duntaxat crimine loqueremur quod fit cùm quis rem vni obligatam diſſimulata obligatione per calliditatem alij diſtraxit, vel permutauit, vel in ſolutum dedit: facilis reſponſio eſſet his caſibus famoſum eſſe crimen, quòd qui ita facit non malè comparandus videatur ei, qui rem vni venditam, alteri vendit, cùm vterque id agat per dolum & calliditatẽ vt creditor pecunia credita, vel emptor pretio pro re vẽdita dato fraudetur, quod valde improbum & criminoſum eſſe ait *l.1. C. de crimin. ſtellion.* Et quemadmodum aduerſus eum, qui rem vni venditam alteri vendit, pœna lege Cornelia de falſis ſtatuta eſt *l.qui duobus,21.D.ad l. Cornel.de falſ.* vt proinde ex eo crimine damnatus infamia notetur *dict.l.infamem*, ſic contra eum qui rem vni pignoratam alteri vendidit, vel vni venditam, alteri obligauit, cuius eadem, quæ illius improbitas eſt, rationis fuit exẽplo legis Corneliæ de falſis ſeueriſſimè animaduertere, & eiuſdem legis pœnam extendere, *dict.l.3. §.penult. D. de crim.ſtellion.* Ex cuius coniunctione cum *d.l.qui duobus*, apparet eandem vtriuſque criminis pœnã eſſe, ſcilicet ad tempus relegationem: quod ex prudentium interpretatione ad legem Corneliam videtur deſcendiſſe. Sed quoniam de ſtellionatu generaliter loquimur, illa fortaſſis generaliter & omnibus huius criminis ſpeciebus magis conueniens ratio afferri poteſt quam ſuprà attigimus, quòd ad exemplum actionis de dolo introducta ſit ſtellionatus actio, nec ferè in alio inter ſe differant, quàm quòd illa ciuilis, id eſt nõ criminalis, hæc verò criminalis actio ſit, cùm vtraque aduerſus eos duntaxat locum habeat qui dolo quid fe-

cerunt, & iis caſibus quibus alia actio non competit, *d.l.in princip.* Vt verè dici poſſit eum, qui ſtellionatus agit, de dolo quodammodo criminaliter agere. Et ideo vel ex regula *d.l.infamem*, conſequens eſt ex ea actione infamiam irrogari, quæ etiam in priuato, & ciuili iudicio infamiam condemnato irrogaret. † Verum igitur non
8 eſt, quod ait *d. l. 2. D.eod.* ſtellionatus iudicium famoſum non eſſe, neque dubitandum mihi videtur, quin tollenda ſit negatio, non ſolùm ſi iuris rationem ſpectes, quæ ſemper & potiſſimùm ſpectari debet, ſed etiam ne Vlpianum contraria & pugnantia ſcripſiſſe fatendum ſit, quod mihi veriſimile fieri non poteſt. Illud quoque coniecturam maximè iuuat, quod in *d.l.2.* Vlpianus ſic loquitur, quaſi mirum ſit & contra communes iuris regulas, quod ſtricti ſtellionatus iudicium extraordinariam habere coërcitionem. Ita enim ſcribit, *Stellionatus iudicium famoſum quidem non eſt, ſed extraordinariam coercitionem habet.* Sic innuens regulare eſſe, vt ea tantùm crimina extraordinariam coërcitionem habeãt, quæ famoſa ſunt: quod tamen falſum eſt. † Contra enim
9 famoſa regulariter ſunt ea, quæ publicorum iudiciorum legibus vindicantur, *d.l.infamem.* Quæ autem ſunt huiuſmodi, legitimam & ordinariam coërcitionem habent, eam ſcilicet quæ legibus ipſis in eam rem latis dicta, & ſtatuta eſt, *l. 1. D. de public.iudic.* Ordinariam ſiquidem pœnam, & coërcitionem appellamus, quæ ex legum præſcripto irrogatur: extraordinariam verò, quæ cùm legibus nulla ſtatuta ſit, officio & arbitrio tantùm iudicis infligitur, *§. in ſumma. inſtit.de iniur.l.vlt. D.eod.l.vlt. D.de furt.* Quòd ſi detracta negatione ponamus Vlpianum ſcripſiſſe, ſtellionatus iudicium famoſum quidem eſſe, ſed extraordinariam coërcitionem habere, lõgè elegantior & veriſſima erit Vlpiani ſententia, ex qua intelligemus duo hæc ſingulari quodam iure in ſtellionatus crimine recepta eſſe, nimirum vt quamuis publicum non ſit, famoſum tamen ſit: rurſus vt quamuis famoſum ſit, extraordinariam tamen coërcitionem habeat, ſcilicet quia publicum non eſt. Et ita mihi omnino videtur.

CAPVT III.

Diſſenſio Caſſij & Iauoleni in quæſtione l. ſi ſeruus, 25. D.de ſtipulat.ſeruor. & l.4. D. de diuerſ. tempor. præſcript.

SVMMARIA.

1 *Ex qua die cedat tempus ſatiſdationis facta ſeruo hæreditario, aut ſeruo eius qui in hoſtium poteſtate eſt?*
2 *Conciliatio Iauoleni & Caſſij in dicta quæſtione à Goueano excogitata reprobatur.*
3 *Quomodo accipiendo ſit Caſſij ſententia in* l. ſi ſeruus de ſtipul. ſeru.
4 *Reijcitur dictarum legum conciliatio à Cuiacio allata.*
5 *Accurſij & Bartoli coniectura & commenta ad dictas leges.*
6 *Caſſij opinionem minus receptam, imò exploſam fuiſſe.*
7 *Qua ratione defendi poſſit Caſſij ſententia.*

1 SI † ſeruus hæreditarius, aut eius qui in hoſtium poteſtate eſt, ſatis acceperit, dubitatum fuit inter Iureconſultos an ex die interpoſitæ ſtipulationis tempus ſatiſdationis cedat, an ex adita hæreditate, aut eo tẽpore quo Dominus poſtliminio reuerſus ſit. Caſſius enim exiſtimabat ex eo computandum eſſe tempus, ex quo agi cum fideiuſſoribus potuerit, hoc eſt ex quo hæreditas adeatur aut poſtliminio Dominus reuertatur, vt Venuleius refert *l. ſi ſeruus, 25. D. de ſtipulation.ſeruor.* Iauolenus contra magis probabat continuò, id eſt ex die interpoſitæ ſtipulationis tempus cedere, & illud duntaxat inſpiciendum eſſe an experiundi poteſtas fuerit aduerſus eũ, qui obligatus eſt, non etiam an is agere potuerit qui rem in obligationẽ deduxit, *l. 4. D.de diuerſ.tempor præſcript.* Vbi ratio redditur, quòd alioquin iniquiſſimum futurum ſit ex conditione actorum extendi obligationes reorum, per quos nihil factum erit, quominus agi cum iis poſſit. † Diſſenſit ergo hac in quæſtione Iauolenus 2
à Caſſio, licet vterque eiuſdem ſcholæ fuerit. Neque probare poſſum quod diſſenſionis conciliandæ gratia doctiſſimus *Goueanus* libris variarum lectionum ſcripſit interpretis eſſe non Venuleij verba illa, *id eſt, ex quo hæreditas adeatur, aut poſtliminio Dominus reuertatur.* Nam præter id, quod probabilius videtur diſſenſiſſe Iureconſultos, quàm ab imperito interprete ſine cauſa, nulloque colore corruptam eſſe legis ſententiam. Illud etiam animaduertere vir doctiſſimus debuerat, iis quoque verbis ſublatis eandem Caſſij opinionem & ἀντινομίαν ſupereſſe, nihilque ad conciliandas leges emendationẽ hanc prodeſſe. † Quod enim Caſſius exiſtimabat, 3
& Goueanus admittit, tempus ex eo cõputandum eſſe ex quo agi cum fideiuſſoribus potuerit, aliam interpretationem recipere non poteſt, quàm ex quo adeatur hæreditas aut poſtliminio Dominus reuertatur. Nimirum quoniam cùm ſeruus hæreditarius aut eius qui apud hoſtes eſt ſtipulatur, conſtat ſtipulationem ſub ea conditione conceptam intelligi, Si poſteà hæreditas adeatur, aut ſi poſtliminio Dominus reuertatur, *l.interdũ, 73. §.ſi ſeruus. D. de verb.oblig.l.ſpecies, 11.§.vlt. D. de acceptilation.* Atqui conditionalium ſtipulationum natura illa eſt, vt quamuis ex præſenti tempore vires accipiant, ex iis tamen actio & petitio in euentum vſque conditionis ſuſpendatur, *l.cedere diem.213.D.de verb. ſignif. l.cum qui Calendis.41. D. de verb.oblig.l.vſuſfructus, 26. D.de ſtip.ſeruor.* Ergo ſi verum eſt quod Caſſius dicebat computãdum eſſe in propoſita quæſtione ſatiſdationis tempus ex quo agi cum fideiuſſoribus potuerit, concludendum eſt, non prius computandum eſſe quàm ex quo hæreditas adeatur, aut poſtliminio Dominus reuertatur. Niſi quis fortè pro *Goueano* reſpondeat verba illa *ex quo agi cum eis potuerit*, ſic eſſe accipienda ac ſi ſcriptum eſſet, *ex quo fideiuſſores ſecum agendi poteſtatem fecerunt.* Sed hoc probabiliter dici non poteſt, tum quia verba repugnant, tum etiam quòd ſi ita Caſſius intellexiſſet, vtique continuò id eſt ſtatim ſtipulationis tempus cedere dixiſſet. Quid enim aliud eſt quærere an ex die interpoſitæ ſtipulationis tempus cedat, an ex quo agi cum fideiuſſoribus potuerit? Ac ne quid dubitationis ſupereſſet, adiici oportuit interpretationem illam, *id eſt, ex quo hæreditas adeatur, aut poſtliminio Dominus reuertatur*, quam vel eò magis delendam non eſſe intelligimus. † Diſplicet etiam doctiſſimi *Cuiacij* ſententia, 4
qui vt facilem pugnantium legum conciliationem faciat, Iauolenum de reis, hoc eſt de fideiuſſoribus, Caſſium verò de actoribus locutum eſſe, & hunc de actionis, illum de ſatiſdationis tempore reſpondiſſe interpretatur. Quod neque Caſſij, & Venuleij verbis conuenit, neque iuris rationi. Si enim de actionis non ſatiſdationis tempore Caſſius ſenſiſſet, cur de ſatiſdatione & fideiuſſoribus locutus eſſet? An non de principali reo eadem quæſtio tractari potuiſſet? Et tamen Caſſij ſententia illa fuit, ex eo computandum eſſe tempus ex quo agi cum fideiuſſoribus potuit, neque de principali debitore quicquam loquitur, cui non minus quàm fideiuſſoribus actionis peremptio, & præſcriptio prodeſſet. Deinde ex ſtipulatu actio de qua Caſſius loquitur, quomodo temporalis eſſe poteſt, niſi proponas debitorem principalem, & fideiuſſores in diem certum promiſiſſe? Denique ſi verum eſt quod ſuprà diximus, cum ſeruus hæreditarius, aut eius, qui apud hoſtes eſt ſtipulatur, ſub

conditione cóceptam videri ſtipulationem, nec in prius naſci actionem quàm hæreditas adita ſit, aut dominus poſtliminio reuerſus. An non abſurdum ſit quærere an actionis quæ nondum nata eſt tempus cedat, priuſquam naſci poſſit, & an finiatur actio, quæ nunquam competit? Neque ſimile videri poteſt quod in l. *recenti*, 28. §. *ſi cum D. ex quib. cauſ. maior.* ſcriptum eſt actionis tempus non cedere actoribus priuſquam agendi facultatem habeant. Id enim de ea demum actione verè dicitur, quæ iam competit, & ex qua ſi nihil aliud impedimento eſſet, litem conteſtari actor poſſet. At Caſſius eam ſpeciem tractat, in qua nulla eſt actio quæ competat, & de
5 qua dubitari poſſit, an ſtatim dies eius cedat. † Poſtremò non placet quod *Accurſius* & *Bartolus* comminiſcuntur, loqui Iauolenum de ſeruo qui ſatis acceperit iudicio ſiſti ex ea cauſa quam in iudicium deducere poſſit. Cùm enim apud Caſſium eadem quæſtio iiſdem verbis proponatur, diuerſam interpretationem recipere Iauoleni lex non poteſt, neque ad eum caſum coanguſtari, quandoquidem & cæteris omnibus caſibus illa ratio perpetuò locum habet vt ſatiſdationis tempus ex die ſtipulationis cedere dicamus, non ex quo hæreditas adeatur aut poſtliminio Dominus reuertatur, quod alioquin iniquiſſimum futurum ſit ex conditione actorum extingui obligationes eorum, per quos nihil factum erit quominus cum iis agi potuerit. Et ex contrario in ſtipulatione iudicio ſiſti, ſpeciale dici poteſt, cur continuò ſatiſdatione tempus cedere debeat, cum neque ex ea ſtipulatione priùs agi poſſit, quàm hæreditas adeatur, aut poſtliminio Dominus reuertatur, vt ex ipſis Iauoleni verbis apparet. Quare cùm nulla conciliationis ratio iniri poſſit, concedendum eſt quod volumus diſſenſiſſe Iauolenum à Caſſio. Idque eò libentius, quòd quæſtionem hanc inter Iureconſultos controuerſam fuiſſe Venuleius apertè teſtatur, cùm ait de ea dubitari, hoc eſt, vt
6 interpretor, inter omnes non cõſtare. † Et Caſſij opinionem minus receptam fuiſſe vel eo intelligere licet, quod illam Venuleius refert duntaxat, non etiam probat. At potius improbat ſi vulgatam lectionem ſequamur, quæ habet, *& Caſſius exiſtimabat*, non autem, vt in Florentinis, *exiſtimat*. Sic enim exploſas aliorum ſententias à Iureconſultis vt plurimum referri ſolere animaduerti, vt in *l. Papinianus putabat*, 23. *D. de donat. inter vir. & vxor.* quam *lib. 2. cap.* 8. explicauimus, *l. ſi venditor.* 6 §. 1 *D de ſeru. expor.* & aliis innumeris iuris locis.
7 † Poſſit tamen quis Caſſij ſententiam eo rationis prætextu defendere, quod ſi ſatiſdationis tempus prius cederet, quàm cum fideiuſſoribus agi poſſet, fruſtra in propoſito caſu ſatiſdatio, & ſtipulatio interpoſita eſſe videretur. Sed hoc Iauoleno minus abſurdum, faciliúſque admittendum videtur, quàm vt fideiuſſorum obligatio contra ſtipulationis verba, & vltra id quod expreſsè actum eſt extendatur. Ponimus enim fideiuſſores in diem certum fideiuſſiſſe, ac proinde ſatiſdationis dies continuos fuiſſe non vtiles. Alioqui cum de vtilibus diebus agitur, certum eſt non prius eos cedere quàm actor experiundi facultatem habeat, neque ſufficere, vt per reum non fiat, quominus cum eo agi poſſit, vt Vlpianus ait in l. 1. *D de diuerſ. tempor. præſcript.*

CAPVT IV.

Vera ſententia & lectio l. imperium, 3. D. de iuriſdict.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio de imperio & iuriſdictione quot capitibus contineatur?*

2 *Datio bonorum poſſeſſionis an mixti ſit imperij, an verò iuriſdictionis?*

3 *Improbatur* [illegible] *distinctio inter imperium mixtum cui iuriſdictio ineſt, & illud quod iuriſdictioni ineſt ſiue cohæret.*

4 *Emendatio* d. l. 3. à Goueano *propoſita re*[illegible] *noua affertur.*

EMendandum eſſe *l. imperium*, 3. *ff. de iuriſ*[illegible] non puto dubitari amplius poſſe poſt editos viri doctiſſimi *Antonij Goueani* aduerſus *Aquinarium Barontem* de Imperio & Iuriſdictione commentarios, in quibus omnia quæ ad eum tractatum pertinent à veteribus interpretibus omnibus ignorata, iam dilucidè, verè, & eleganter explicantur, vt magnus ille vir cùm in aliis quidem iuris partibus alios longè ſuperaſſe, tum in eo maximè tractatu ſeipſo ingenioſior fuiſſe videatur. † Præcipua autem de imperio & iuriſdictione quæſtio, tribus his ferè capitibus continetur: Quid imperium merũ ſit, quid mixtum, quid iuriſdictio. Quæ ſingula Vlpianus explicat *in d. l. imperium*. Et merum imperiũ eſſe habere gladij poteſtatem ad animaduertendum in facinoroſos homines. Quod quemadmodum accipiendum ſit, neque magna eſt inter iuris interpretes contentio, neque hoc loco tractare inſtitui. Mixtum verò imperium de quo dicendum nobis eſt, id eſſe ſcribit cui iuriſdictio ineſt, *quod* inquit, *in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit.* 1
† Quibus verbis decepti veteres omnes, & quod magis mirum videri debeat, recentiores pleriique iuris magiſtri, exiſtimarunt Vlpiani ſententiam illam eſſe, vt dare bonorum poſſeſſionem mixti ſit imperij non iuriſdictionis. Alij qui id iuriſdictionem eſſe vident, neque negare poſſunt, nouam opinionem induxerunt, & mixti imperij ſeu iuriſdictionis eſſe ſcripſerunt. In quo etiam longè grauius, mixtum imperium cum iuriſdictione cõfundentes: neque fieri poteſt vt hoc principio poſito quicquã in eo tractatu intelligãt. Et ſiquidem mixtum imperium eſt cui iuriſdictio ineſt, aliud tamen mixtum imperium eſt, aliud iuriſdictio, neque mixti imperij eſſe poteſt quod iuriſdictionis eſt, aut contrà. Dare igitur bonorum poſſeſſionem iuriſdictionis tantùm eſt non etiã imperij mixti. Aut, ſi datio bonorum poſſeſſionis, iuriſdictionis nõ eſt, quid, obſecro, iuriſdictionis eſſe poteſt? Omne ſiquidem ius, quod in danda bonorum poſſeſſione verſatur, ex Prætoris edicto eſt. Et cùm dici ſoleat Prætoris iuriſdictionem in eo potiſſimum conſiſtere, vt ius ciuile vel corrigat, vel temperet, vel confirmet, *l. ius autem*, 7. §. 1. *ff. de iuſtit. & iur.* certũ eſt introductas eſſe à Prætore bonorum poſſeſſiones, iuris veteris tum corrigendi, tum confirmandi gratia, quemadmodum *in princ. tit. D. de bonor. poſſeſſ.* Iuſtinianus ſcribit. Vt non malè dici poſſit Prætoriæ iuriſdictionis potiſſimam ferè partem in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere. At mixtum imperium iuriſdictio non eſt, ſed modica duntaxat coërcitio, ſine qua iuriſdictio nulla eſſe poteſt, *l. 1. ff. de off. eius cui mãdata eſt iuriſdict.* Propter quam cauſam dicitur à Paulo iuriſdictioni cohærere *in §. vlt. l. 1. ff. eod.* Eodem planè ſenſu, quo Vlpianus *in dict. l. imperium*, ſcribit iuriſdictionem mixto imperio ineſſe. † Nec audiẽdi ſunt 5
qui imperium mixtum cui iuriſdictio ineſt ſeparant ab imperio mixto quod iuriſdictioni cohæret, ſeu quod ineſt iuriſdictioni. Vtrumque enim omnino idem eſt, & ſicut imperium mixtum nullum eſt, quod non iuriſdictioni cohæreat, ob idque mixtum appellatur, ita imperium mixtum nullum eſt, cui iuriſdictio non in[illegible]t. Idque apertè Vlpianus docet *in d. l. imperium*, cùm mixti imperij veram, & propriam diffinitionem illam tradit, *mixtum imperium eſt cui iuriſdictio ineſt*, ad differentiam meri imperij, quod nõ niſi [illegible] iuriſdictionis gratia [illegible] eſt, ac per ſe ſtat, & in delictis vindicandis [illegible] conſiſtit. Sed iſtos idem error duxit, qui cæteros. Cum enim e[illegible] *d. l.* [illegible] *de offic. eius, cui mandat.* viderent imperium non merum ſeu mixtum aliud non eſſe quàm [illegible] coërcitionem ſine qua iuriſdictio nulla eſt, nec coërcitionem

etiam

vllam cernerent in donatione bonorum poſſeſſionis in qua tamen imperium mixtum ab Vlpiano conſtitui putabant, non aliter ſe ex ea difficultate euoluere potuerunt, quàm commentitia illa duplicis imperij mixti diſtinctione. Neque ſanè vnquam ſe euoluere poſſit, qui in recepta lectione defendenda pertinax eſſe velit. Nam mixtum imperium in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere Vlpianus apertè ſcribit. Optio nobis relinquitur an à recepta lectione, an potiùs à certiſſimis principiis iuris recedere velimus. Ego hoc nolo, illud malo.
4 † Nec tamen ſubtiliſſimi viri emendationem probo, qui Vlpianum vult ſic ſcripſiſſe aut ſcribere debuiſſe. *Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, iuriſdictio eſt. Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia.* Ferè enim ineptus eſt ille loquendi modus, neque ſic explicari poteſt, vt quod imperium in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit iuriſdictio ſit, cùm vel fauente illo in danda bonorum poſſeſſione imperium nullum conſiſtat, & ſi imperium aliquod eſſet, iam mixtum imperium diceretur, non iuriſdictio. Probabilius ergo eſt in illis verbis, *quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit*, erratum eſſe & legendum *quæ* pro *quod*: nato errore ex vtriuſque ſyllabæ & notæ ſimilitudine, & affinitate. Atque ita Vlpiani ſententia eadem erit, quæ ſecundum *Goueani* emendationem, ſcilicet, dationem bonorum poſſeſſionis imperij mixti non eſſe, ſed iuriſdictionis. Neceſſe autem fuit exemplum ponere iuriſdictionis, vt quid iuriſdictio, ac per conſequentias quid imperium mixtum eſſet, intelligeretur. Et huic interpretationi rectiſſimè conueniunt ſequentia illa, *Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia*, quæ oſtendunt prius ab Vlpiano datum eſſe exemplum iuriſdictionis. Additum verò aliud de iudicis dandi licentia, ne quis fortè ex eo quod dictum fuerat iuriſdictionem in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere colligeret nihil eſſe iuriſdictionis præter donationem bonorum poſſeſſionis. Ita namque fieri ſolet vt cùm rei alicuius deſcriptio fit exemplis, vnum non ſufficiat, ſed plura adduci neceſſe ſit, quò magis rei de qua agitur natura appareat.

CAPVT V.

Emendatur §.pen.l.3.D. de minor.

SVMMARIA.

1 *An pater de peculio filij mortui conuentus filij nomine reſtitutionem impetrare poſſit?*
2 *Patrem in caſtrenſi peculio filij inteſtati hæredem dici non poſſe.*
3 *Reiicitur quorundam diſtinctio, in dicta quæſtione, inter peculium caſtrenſe & profectitium.*
4 *Perperam ab Accurſio profectitium & aduentitium peculium cum caſtrenſi in* d.§.pen. *eſſe confuſum.*
5 *Tolluntur verba illa* poſt obitum eius *è* d.§.pen. *& Vlpiani ſententia explicatur.*
6 *Hæredis nomine Dominum in* d.§.pen. *ſignificari.*
7 *Explicantur poſtrema verba* d.§.pen. *& Accurſij interpretatio reiicitur.*

1 APertè † falſum eſt quod Vlpianus ex Pomponij ſententia ſcribit in *l.3.§.penult.D.de minor.* ex quibus cauſis in re peculiari filiifamilias reſtituuntur, poſſe & patrem quaſi hæredem nomine filij poſt obitum eius impetrare cognitionem. Nam ex cauſa peculij profectitij filiusfamilias ſi conueniatur reſtitui poteſt, *dict.l.3.§.ſed verum*, neque tamen eo mortuo dici poteſt reſtituendum eſſe patrem quaſi ipſius hæredem, cùm nec hæredem habere potuerit is qui nulla bona moriens relinquit, *l. lex Cornelia.28.D. de vulgarib. & pupill.ſubſtit.* nec obligatio aliqua ſuperſit contra quam reſtitutio in integrum concedi poſſit, *l.qui contra.11. D. de fideiuſſorib.* Fateor eius actionis ratione quæ contra patrem ipſum de peculio competit poſſe eum mortuo quoque filio cognitionem impetrare ex cauſa, *argu.l.planè,12.D.eo.* Sed nomine ipſius filij, vt ſcriptum eſt in *d.§ penult.* id verò nego & pernego. Quin etſi filius patrem hæredem haberet, quem certè non habet, ineptè tamen diceretur patri concedi reſtitutionem in integrum nomine filij, quam ipſe iure hæreditario impetraret. Non enim defuncti nomine fit quod ab hærede fit iure quidem hæreditario, ſed nomine proprio. Et quamuis hæres defuncti perſonam repræſentet, ac quicquid facit tanquam hęres, faciat iure defuncti non proprio, *l pater filium,14.D.ad legem falcidiam*, alia tamen eſt perſona defuncti, alia hæredis. Et aliud fieri quid nomine defuncti, aliud fieri nomine hæredis. Vnde illud eſt quod dicimus, quoties ſeruus hæreditarius ſtipulatur, ex perſona defuncti non hęredis vires aſſumere ſtipulationem: & hæreditatem non hæredis, ſed defuncti perſonam ſuſtinere, *l.in eod.33.§.vltimo, cum l.ſequent. ff.de acquirend.rerum domin. l.ſeruus hæreditarius,16.D.de ſtipul.ſeruor.* Sed etſi peculium caſtrenſe filiusfamilias habuerit, eodem modo dici poteſt mortuo eo inteſtato, patrem nec ipſius hæredem intelligi, nec eius nomine in integrum reſtitutionem poſtulare poſſe.
† Quod enim beneficium principalibus conſtitutionibus filiofamilias indulgetur vt peculij caſtrenſis hæredem habere poſſit, ita demum ei prodeſt ſi teſtamentum fecerit, ex quo poſteà hæreditas adeatur, non ſi inteſtatus deceſſerit, *l.2. D. de caſtr. pec. l.ſeruum,18.in princ.de ſtip.ſeruo.* vbi eleganter Papinianus ait nec ſi de caſtrenſi peculio teſtatus ſit, vllam tamen ipſius hæreditatem intelligi priuſquam teſtamentum aditione confirmatum ſit. Quòd ſi dicas patrem in caſtrenſi peculio ſi non verè, ſaltem quaſi hæredem filij eſſe quia in filij iure, & dominio id peculium fuerit, dicam repugnare Iuriſconſultum in *dict. l.2.de caſtrenſ. pec.* cùm ait inteſtati filiifamilias bona caſtrenſia non quaſi hæreditatem, ſed quaſi peculiũ patri deferri, nec niſi valdè impropriè poſſe patrem filij quaſi hæredem appellari, *l.filium,18.ff. ad leg.falcid.l.item ſi.7.§.quanquam, ff.de S.C.Macedon.* Quod ſi impropriè & abuſiuè loqui velis, poterit etiam pater dici quaſi hæres filij, qui profectitium aut aduentitium duntaxat non caſtrenſe peculium viuens habuit, *l.ſtatulibera.9.§.ſi filiusfamilias.ff.de ſtatulib.* vbi mortuo filio qui hæreditatẽ in qua fuerat inſtitutus agnouerat, pater ſuperſtes hæredis quaſi hæres eſſe dicitur. Verùm id eò pertinet vt qui filio hæredi dare iuſſus fuerat, patri poſt mortem filij dando conditionem impleuiſſe videatur, non autem vt reſtitutio in integrum quæ hæredi quoque competere ſolet, in patrem quaſi hæredem filij poſt obitũ eius tranſmittatur. Hoc enim ideò fieri non poteſt, quoniam, vt diximus, mortuo filio, qualecumque peculium is habuerit, ſi modò teſtatus non ſit, nulla hæreditas ſupereſt, nullàque obligatio, quæ beneficio reſtitutionis in integrum reſcindi poſſit. Atque ita rectè *Accurſius* ſcripſit, non eſſe hac parte diſtinguendas peculiorum qualitates, nec ſeparandum caſtrenſe peculium vel quaſi, à profectitio, aut aduentitio. † Et longè 5
rectius, quàm qui exiſtimant Pomponium inter caſtrenſe & profectitium peculium differentiam hanc conſtituere, vt ſi ex cauſa peculij caſtrenſis filiusfamilias læſus ſit, & reſtitui poſſit, pater quoque nomine filij, poſt obitum eius tanquam hæres reſtituatur. Si verò profectitium duntaxat peculium filius habuerit, pater reſtitui non poſſit. Nam ex iis quæ diximus apparet non magis vno caſu quàm alio poſſe patrem quaſi hæredem nomine filij poſt obitum eius impetrare cognitionem, neque ex Pomponij verbis diſtinctio & differentia hæc colligi vllo modo poteſt niſi multa ſuppleas quæ ex ingenio ſuo ſupplent huius diſtinctionis, & differentiæ authores. † Sed peſſimè idem *Accurſius* Vlpianum & Pompo- 4
nium ſic interpretatur vt in quæſtione *d.§.pen.* caſtrenſe peculium à profectitio non diſtinguat. Etenim apertiſſima ſunt Vlpiani verba diſtinguentis ex ſententia Pomponij,

ponij, an caſtrenſe peculium filius familias habeat, néc-
ne, vt ſi non habeat caſtrenſe, ſed profectitium aut adué-
titium duntaxat, poſſit & pater, id eſt, vt ego interpretor,
non tantùm filius qui contraxit, ſed etiam pater filij no-
mine in integrum reſtitui. Si autem caſtrenſe peculium
habeat, non poſſit & pater reſtitui, ſed ſolus filius tanquã
in proprio patrimonio captus. Peculium enim caſtrenſe
velut proprium filij patrimonium eſt, *l. 2. ff. de S.C. Ma-*
5 *cedon.* † Cùm igitur in ea ſpecie quam Pomponius &
Vlpianus tractant, differentia conſtituenda ſit inter pro-
fectitium aut aduentitium & caſtrenſe peculium, nec ta-
men dici poſſit in quo differant ſi mortuo filio pater in
integrum reſtitui velit, dubium mihi non videtur quin
tollenda & delenda ſint verba illa, *poſt obitum eius*, quæ
ab imperito interprete, vt credibile eſt, textui addita, vel
ex interpretis gloſſa in textum perducta difficilem &
obſcuram adeóque falſam elegãtis alioquin nec obſcuri
loci ſententiam reddiderunt. Iis verò ſublatis dico Vl-
piani ſententiam eam eſſe, vt ex quibus cauſis filiusfa-
milias in re peculiari reſtitui poteſt, poſſit etiam pater
nomine filij, & eo viuo tanquam peculij Dominus im-
petrare reſtitutionẽ. Sed ſi caſtrenſe duntaxat peculium
filiusfamilias habuerit, non poſſit pater quaſi Dominus
poſtulare cognitionem, ſed ſolus filius tanquam in pro-
6 prio patrimonio deceptus. † Neque huic noſtræ inter-
pretationi quicquam obijci poteſt, præter illa verba, *quaſi
heredem*, quæ imperitum interpretem fefellerunt, & im-
pulerunt vt illa quæ tollimus adijceret, quòd non niſi
poſt obitum filij pater ipſius hæres dici poſſe videretur.
At iam nemo ignorat heredis appellationem eſſe ambi-
guam, eaque ſignificari non illũ duntaxat qui in defun-
cti ius ſucceſſerit, ſed eum etiam qui Dominus ſit, vt Iu-
ſtinianus docet in *§. vlt. Inſt. de hered. qual. & diff.* Quod
& infinitis veterum latinitatis aut horum locis compro-
bare facilè poſſumus, ſi aut animus eſſet, aut opus. Illud
adnotaſſe ſufficiet eodem ſenſu patrem heredem pro do-
mino dixiſſe Tryphoninum in *l. de hereditate, 19. §. pater.*
in illis verbis, *non tamen ſi vt heres viuo filio vindictam
ſeruo impoſuit. ff. de capt. & poſtl.* vt iampridem diligentiſ-
ſimus obſeruator *Iacobus Cuiacius* obſeruauit, repre-
henſa etiam Græcorum ad eum locum interpretatione
quos dictionis illius *heres* ambigua ſignificatio decepe-
rat. Sanè in eo Vlpiani & Pomponij reſponſo de quo diſ-
putamus, verba illa, *quaſi heredem*, ſignificare, *quaſi domi-*
7 *num*, apparet non ſolum ex iis quæ iam diximus, † Sed
etiam ex poſtremis illis verbis §. *in integrum reſtituendus
erit quaſi in proprio patrimonio captus*, quæ licet *Accur-
ſius* malè ad patrem referat, de filio tamen intelligi de-
bent, & oſtendunt ei duntaxat reſtitutionem dari ſiue pa-
ter ſit ſiue filius, qui in proprio patrimonio deceptum ſe
allegat. Quemadmodum & præcedentia illa, *nomine filij*,
neceſſariò faciunt, vt viuo filio non poſt obitum eius
impetratam fuiſſe à patre reſtitutionem in integrum in-
telligamus, quoniam vt dictum eſt, nomine filij non facit
pater quod poſt eius obitum quaſi heres facit. Idque eſt
quod ait *l. patri. 27. ff. de minor.* patri pro filio omnimodo
præſtandam reſtitutionem, licet filius nolit, quia patria
periculum agitur, qui de peculio tenetur: & peculium
profectitium licet videatur eſſe filij, magis tamen eſt
patris, *dict. l. 3. nec eo monemur, ff. eo.* Cùm verò peculium
caſtrenſe eſt vel quaſi, quia omnino eſt filij non patris,
filius in integrum reſtitui poterit tanquam in proprio
patrimonio captus. neque patrem audiet Prætor ſi quaſi
Dominus nomine filij poſtulet reſtitutionem.

CAPVT VI.

Ad l. ſi fundus, 23. D. ad leg. falcid.

SVMMARIA.

1 *Quibus caſibus ad retentionem falcidiæ doli exceptio
heredi neceſſaria ſit?*

2 *Non ſemper ad retinendam Falcidiam doli vel in fa-
ctum exceptionem neceſſariam eſſe?*

3 *Reſpondetur* ad l. quod bonis, 15. ff. ad. leg. falcid.

4 *Species & ſententia* d. l. ſi fundus.

5 *Euiſdem legis emendatio & emendationis ratio.*

6 *Quomodo in* d. l. *ponenda ſit Falcidia ratio, ſi minus
ſit in Falcidia quam in via.*

7 *Explicatur poſtrema dicta legis clauſula.*

8 *Soluitur obiectio contra explicationem allatã.*

ETſi † legis Falcidiæ poteſtate ſingula legata ipſo iu- 1
re pro quadrantis rata minuuntur vt Caius ſcribit
in l. in quantitate, 73. §. vlt. D. ad leg. Falcid. aliquando tamen
contingit vt minui non poſſint, & ad falcidiæ retentio-
nem doli exceptio hæredi neceſſaria ſit, fortè ſi ex plu-
ribus rebus legatis hæres quaſdam ſoluerat ſine detra-
ctione falcidiæ, neque interpoſita ſtipulatione, *Quantò
amplius legatorum nomine acceptum ſit quam per legem
falcidiam capere liceat.* Ex reliquis enim rebus integram
falcidiam retinere poterit, id eſt pro iis etiam legatis quæ
ſoluta ſunt, idque per doli exceptionem: quoniam hîc
legis falcidiæ poteſtas ceſſat quæ nec corpora iã ſoluta,
nec ea quoq; ſoluta nõ ſunt pro ſolutis minuere poteſt, *leg.
ſi ex pluribus, 16. D. eod.* Idémque eſt ſi res legata ſit ex ea-
rũ numero, quæ diuiſionem non recipiunt, vt via, actus,
iter, aut alia ſeruitus: quo caſu per legem falcidiam qua-
drãte minui non poſſit legatum quod nec diminutionẽ,
nec diuiſionem recipit, alio remedio hæredi ſuccurri nõ
poteſt, quàm ſi legati æſtimatione facta denontiet lega-
tario vt partem æſtimationis inferat, & ſi non inferat
vtatur aduerſus eum exceptione doli mali. *l. ſi is qui
quadringenta. §. vltim. D. eod.* Aut ſi præterea, aliquid le-
gatum ſit ex quo falcidia commodè retineri poſſit, ita
falcidiæ ratio ponetur, vt vtriuſque legati falcidia ex al-
tero tantùm retineatur, *l. planè, 35. D. eod.* † Cæterùm his 2
legibus abutuntur qui exiſtimant falcidiæ ad retentio-
nem doli vel in factum exceptionem ſemper neceſſariam
eſſe, quæ certè neceſſaria non eſt niſi iis, caſibus quibus
ſingula legata per legem minui non poſſunt, *d. l. in quan-
titate, §. vlt.* Quanquam illud quoque verum eſt, hære-
dem cui totius hæreditatis quadrans ipſo iure debetur,
poſſe nihilominus ſi malit & tutius eſſe exiſtimet doli
exceptionem opponere, quoniam iis qui ipſo iure tuti
ſunt multò magis doli exceptionem competere dicen-
dum eſt, *l. qui ſeruum, 34. §. ſi is cui. D. de oblig. & act. in l.
vbicumque, 60. D. de fideiuſſ.* Sanè alia remouendæ falci-
diæ ratio eſſe videtur. Doli nãque exceptio neceſſaria eſt
aut certè apud arbitrium falcidiæ defuncti voluntas ſer-
uari debet ratione doli exceptionis, *l. ſi creditor. 12. D. ad
l. falc.* ſcilicet quia cùm ipſo iure falcidiæ retentionem
hæres habeat, vt diximus, legatario aliter conſultum eſſe
non poteſt, quàm per doli exceptionem ex quo manife-
ſtius apparet hæredi ad falcidiam retinendam exceptio-
nem neceſſariam non eſſe, alioqui ad eam remouendam
replicatione non exceptione doli vtendum eſſet. † Nec 3
obſtat, *l. quod bonis, 15. D. eod.* in cuius ſpecie falcidia
per replicationem in factum conceptam ideò retinetur,
quia non poteſt ipſo iure, & per legem falcidiam retineri
ex ea re quæ nunquam penes hæredem fuit, id eſt ex
debitoris obligatione ſoluta, *l. cum hereditas, 36. D. ad
S.C. Trebel.* Denique perpetuum illud eſt, vt quoties per
legem falcidiam legatum minui poteſt, doli vel in factum
exceptio, aut replicatio neceſſaria non ſit † Hinc intel- 4
ligimus ſi fundus mihi legetur, & via, falcidiam ex
viæ legato deduci & retineri non poſſe: quoniam via
indiuidua eſt, ſed ſi tantum ſit in via quantum in falci-
dia, ita ponendam rationem legis falcidiæ vt fundum
integrum legatarius conſequatur, viam verò hæres re-
tineat, Quamuis enim in huiuſmodi legatis quorum al-
terum diuiduum, alterum indiuiduum eſt, aliter obſeruari
ſoleat, vt falcidia, quæ in diuiduo retineri non poteſt,
ex diuiduo retineatur, *d. l. planè*, In propoſito tamen

caſu idem dici non poteſt, licet tantum ſit in falcidia fundi & viæ quantum in fundo, quoniam ſi integrum fundum aut aliquam fundi partem hęres retineret, viæ legatum intercideret, cùm nec ſine fundo via eſſe poſſit, *l.1. D. commun. præd.* nec pro parte duntaxat acquiri aut retineri, *l. pro parte, 11. l. vt pomum.* §. 9.1. *D. de ſeruit.* Proinde vtriuſque legati falcidiam ex ſola via retineri neceſſe eſt. Quomodo Scæuola reſpondit in *l. ſi fundus,*
5 23. *D. ad l. falcid.* † in cuius principio manifeſtum eſt, quod ante nos *Goueanus* in eruditis ſuis ad eum titulum Commentariis obſeruauit, legendum eſſe, *quantum*, pro eo quod vulgo legitur *quanto amplius*. Nam & in Florentinis legitur *quantum amplius*, non *quanto*. Et verum eſſe non poteſt quod lex ait, integrum fundum capi à legatario, ſi ponas plus eſſe in falcidia quàm in via. Neque enim falcidia, propter naturam & conditionem legatorum diminui poteſt, neque ratio reddi cur integrum fundum legatarius capiat, ſi ad falcidiam viæ æſtimatio non ſufficiat. Præſertim cum in fine legis idem Scæuola moneat, eo caſu quo minus eſt in via quam in falcidia viam intercidere. Idque apertius ex eo intelligitur quod in ſecunda ſpecie quam Scæuola tractat, ponit legato fundo, & via, minus ex vtroque falcidiam deſiderare, quàm ſit viæ pretium. Omiſſo eo caſu ſi tantum ſit in via, quantum in falcidia, quem veriſimiliter non omiſiſſet, ſi prioribus legis verbis expreſſus non fuiſſet. At non probo quod idem vir doctiſſimus ſcripſit legendum *nec* pro *&* in illis verbis *& via peribit*. Cum enim tantum eſt in falcidia viæ & fundi, quantum in via, ob idque vtriuſque legati falcidia ex via retinetur, neceſſe eſt viam perire, non quòd inutile ſit legatum (inutile enim dici non poteſt ex quo legatarius commodum illud ſentit, vt integrum fundum ſine falcidiæ diminutione conſequatur) ſed quòd via nullatenus præſtetur, imò falcidiæ iure tota penes hæredem remaneat. Quòd ſi plus falcidia deſideret, quàm ſit viæ pretium, lex ait viam intercidere, id eſt non ſolùm legatario non præſtari, ſed etiam ei non prodeſſe quominus totius fundi falcidia ex ipſo fundo deducatur. Nam cùm hoc caſu aliquam fundi partem penes heredem manere neceſſe ſit, qui ex via ſaluum vtriuſque legati quadrantem habere non poteſt, neque tamen via fundo pro parte acquiri poſſit, vt diximus, fit neceſſariò vt perinde falcidia ex fundo deducatur, ac ſi via legata non eſſet, quæ ſcilicet propter legis falcidiæ poteſtatem inutiliter legata eſſe intelligitur. Hoc verò tunc tantùm rectè dicitur, cùm plus eſt in falcidia fundi, & viæ, quàm in viæ æſti-
6 matione. † Etenim ſi ex contrario minus ſit in falcidia quam in via, falcidiæ ratio ſic poni poteſt vt viam quidem hæres retineat, ſed tamen per doli exceptionem tantum legatario faciat quantum ei deeſt, ne contra teſtatoris voluntatem plus conſequatur hæres, quàm lex falcidia deſiderat, *dict. l. ſi fundus.* In cuius interpretatione manifeſtus error eſt *Accurſij*, & aliorum qui nihil intereſſe exiſtimant, an plus ſit in falcidia, quàm in via, an tantundem: cùm tamen ea lege differentia hæc manifeſtè conſtituatur, quòd ſi tantundem ſit, fundus integer capitur, nec viæ legatum inutile eſt, quod ſcilicet legatario ad falcidiam proficit, licet via legatario pereat, id eſt ab hęrede non præſtetur. Si verò plus falcidia deſideret quàm ſit viæ pretium, viæ legatum intercidit & perinde ac ſi factum non eſſet integra falcidia fundi ex fundo ipſo retinetur, vt & iuris ratio conuincit, *l. Plautius, 49. §. vlt. D. eod.* & Scæuolæ verba probant.
7 † Quanquam enim poſtrema illa legis clauſula, *vt tunc ſolum via intercidat, quoties plus falcidia deſiderat, quàm ſit viæ pretium*, pugnare videtur cum eo quod prius Scæuola dixerat ſi tantum ſit in via quantum in falcidia, viam perire (& hoc eſt quod *Accurſium, Goueanum*, cæteróſque omnes fefellit) propius tamen intuenti rectè omnia inter ſe conueniunt. Et alio ſenſu dixit Scæuola in prima legis ſpecie viam perire, id eſt, legatario non præſtari, at penes hęredem iure falcidiæ remanere. Aliò verò in fine legis viam intercidere, hoc eſt inutiliter legatam eſſe. Propriè enim legatum intercidit quod pro eo habetur ac ſi factum non eſſet, *l. intercedit, 59. ff. de cond. & demonſtr.* ſeu quod non procedit vt Paulus loquitur in *d. §. vlt. l. Plautius.* Atque ita Scæuolam intellexiſſe vel ex eo apparet quòd poſteaquàm dixit in prima ſpecie cum tantum eſt in via quantum in falcidia integrum fundum capi, & viam perire, ſubiicit quaſi diuerſum quid, *ſed ſi via legata ſit, nec ſoluendo ſit hereditas, non debebitur.* Ita innuēs in præcedēti ſpecie, non inutiliter legatam eſſe viam, eamque in falcidiam imputari, & ideò integrum fundum ſine diminutione legatario præſtari, qui vtique integer non præſtaretur ſi viæ legatum intercideret, & pro non facto haberetur. Rurſus in ſecunda ſpecie cum legato fundo & via minus ex vtroque falcidia deſiderat quàm ſit viæ pretium, lex ait non tantùm fundum ſolidum capi, ſed etiam cogi hęredem per doli exceptionem ſarcire legatario quantum deeſt, ne plus hæres habeat, quàm falcidia deſideret, vt proinde via quidem ipſa non præſtetur, ſed tamen vtile ſit legatum, propterea quod legatarius & ſolidum fundum conſequitur, & prætereà tantùm ex viæ æſtimatione quantum deducta vtriuſque legati falcidia ſupereſt. Ita enim Scæuolam contra *Accurſij* interpretationem intelligo. Ergo quod ſequitur tunc ſolùm viam intercidere cùm plus falcidia deſiderat quàm ſit viæ pretium, non ita accipi debet vt via hoc ſolo caſu non præſtetur, quæ nec aliis caſibus præſtatur, ſed vt viæ legatum omnino inutile ſit & nullius momenti, adeò vt neque in huius legatarij falcidiam imputetur. † Nec eſt contrarium 8
quod Marcellus ſcribit in *l. ex aſſe. 5 a. D. eo.* quacunque ex cauſa legata non præſtantur, imputari ea hæredi in quartam partem, quæ per legem falcidiam remanere apud eum debet. Aliud enim eſt imputari hoc viæ legatum hęredi in falcidiam vt tanto minus ex cæteris legatis deducat, quod verum eſt. Aliud vero imputari in falcidiam eius duntaxat legatarij cui via legata eſt, quod nos negamus, & eam viæ imputationem non huic tantùm, ſed cæteris quoque legatariis prodeſſe contendimus, vt contingeret ſi via legata non fuiſſet.

CAPVT VII.

De ordinariis, & extraordinariis iudiciis, & emendatio l. actio. 47. D. de neg. geſt.

SVMMARIA.

1 *Definiuntur ordinaria & extraordinaria iudicia.*
2 *Quænam inter ea olim differentia eſſet?*
3 *Mulier olim interfuiſſe an directa, an potius vtili actione experiri actor vellet.*
4 *Negotiorum geſtorum iudicium ordinarium fuiſſe.*
5 *Difficultas nata ex* d.l.47. de neg. geſt.
6 *Corruptam fuiſſe à Triboniano dictam legem.*
7 *Vox* planè *quam vim habeat in iure?*
8 *Vera lectio* d.l. actio 47.
9 *An iure nouo ſi fideiuſſor debitori heres extiterit, fideiuſſoria obligatio tollatur?*
10 *In formulis tantùm factam eſſe hodie iudiciorum mutationem.*
11 *Differentia inter expromiſſionem & fideiuſſionem.*

QVi † de vetere iudiciorum Romanorum more & ritu ſcripſerunt, in eo omnes conſentiunt, quod 1
exceptis quibuſdam cauſis, veluti ſtatus, reſtitutionis minorum, & aliarum huiuſmodi de cæteris, Prætores, Præſides, cæterique magiſtratus non cognoſcebant, ſed

iudices

iudices dabant qui de fact cognoſcerent, & ſententiã
ferrent. Idque ordinarii [illegible] certum eſt, & pleriſque
iuris noſtri locis comp[illegible]ari poteſt, præſertim *l. cum
Prætor. 12. l. iudicium ſoluitur. 58. & paſſ. tot. tit. D. de iud.*
qui eſt de iudicibus datis, *l. a Diuo Pio. 15. D. de re iud.
l. 2. C. de pedan. iudic.* qua primùm inductum eſt abroga-
to iure vetere vt de cauſis omnibus magiſtratus ipſi
cognoſcant, & notionẽ ſuam interpoonant, neque iudi-
ces dare poſſint. Ex quo intelligimus ordinaria iudicia
ea dicta fuiſſe quæ iuxta ordinarium iudiciorum ritũ
exercebãtur, & apud iudices datos, non apud magiſtra-
tus, qui propriè non iudicare, ſed ius dicere dicebãtur.
Extraordinaria verò illa, quæ per ipſos magiſtratus ex-
pediebantur, cuiuſmodi erant perpauca, & ea duntaxat
quæ maiore priuilegio & fauore digna exiſtimabantur.
2 † In eo autẽ præcipuè ordinaria ab extraordinariis dif-
ferebant, quòd in ordinariis cùm iudices darentur, cer-
tas quoque formulas à magiſtratibus præſcribi neceſſe
erat, ſecundum quas iudices ſententiam ferrent, & ab
iis ne latum quidem vnguem recederent. In extraordi-
nariis vero nullæ præſcribebantur formulæ, nec ſibi
magiſtratus legem imponebant, quominus ea arbitrio
ſuo ius dicerent. Hinc illa nata eſt iudiciorum bonæ fi-
dei & ſtricti iuris differentia, quòd in bonæ fidei iudi-
ciis plenius, & vt ita dixerim, abundantius iudicis offi-
cium eſſet, quàm in ſtrictis. Nempe quoniã diuerſa for-
mularum quæ iucibus præſcribebãtur conceptio id po-
ſtulabat. Quanquam ſi quis pergat quærere, curaliter in
his quàm in illis Prætor formulam conciperet, alia ra-
tio quærenda erit, neque mihi hæc ſatis faciet, licet do-
ctiſſimis pleriſque viris ſatisfecerit. Sed ea diſputatio
alterius eſt loci. † Inde etiam colligitur io formularum
3 interpretatione multũ interfuiſſe an directa, anpotius
vtili actione experiri actor vellet. Directa enim actio-
ne propoſita cùm fortè vtilis tantùm competerer nul-
læ iudicis datipartes eſſe poterant niſi ad condemnan-
dũ, neque de vtili actione cognoſcere poterat, cui Præ-
tor de directa duntaxat iudicandi poteſtatẽ fecerat. Ve-
rùm poſterioribus Imperatoribus rectè placuit tollen-
das eſſe has ſcrupuloſas formularum conceptiones *l. 1.
& 2. C. de formul. & impetr. action. ſublat.* neque permit-
tendũ magiſtratibus iudices dare niſi vel propter cau-
ſarum multitudinem vel alias occupationes, iuſtúmque
impedimentum cognoſcere ipſi non poſſent. *d. l. 2. C. de
pedan. iudicib.* Ac proinde omnia hodie iudicia extraor-
dinaria ſunt, *§. vlt. Inſti. de interd.* id eſt eodem prorſus
modo tractanda quo, quæ olim extraordinaria dicebã-
tur. Magis tamen propriè ordinaria dici debent, quòd
ex Diocletiani, & Maximiani conſtitutiooe ordinariũ
factum ſit, quod prius erat extraordinarium. Sed tamen
In Iureconſultorum reſponſis extant adhuc infinita
iuris illius veteris quo vtebantur, veſtigia, neque aliam
ob cauſã tot locis diſputarũt directa ne, an vtilis actio
competat, quàm quod id ſcire multũ referret propter
ſubtilem illam, & ſcrupuloſam formularum concep-
tionem, licet vtraque vt plurimùm eiuſdem ſoleat eſſe
effectus & poteſtatis. † Cùm igitur ex ſuperioribus,
4 maximè verò *ex d. l. 2. C. de pedan. iudic.* appareat ita cõ-
paratum fuiſſe ius vetus, vt iudicia fortè omnia eſſent
ordinaria, pauciſſima autẽ extraordinaria, facile eſt in-
telligere negotiorum geſtorum iudiciũ ordinariũ fuiſſe
non extraordinarium, ſiquidem de actione negotiorũ
geſtorum Prætor ipſe non cognoſcebat, ſed iudiciũ &
iudicem dabat, vt ex edicti verbis intelligitur quæ ſic
concepta ſunt, *iudicium eo nomine dabo. l. 3. in princip. D.
de negot. geſt.* non quomodo verba edicti De minoribus
vti quoque res erit animaduertam, l. 1. D. de minor. Scilicet
quia de in integrum reſtitutione minorum ſolus Præ-
tor cognoſcere poterat, neque iudicium dabat, quod in
cæteris partibus edicti de reſtitutionibus diuerſum erat
in quibus Prætor iudicium daturum ſe pollicetur. *l. me-
rum autem. 9. §. ex hoc edicto. l. item ſi cum. 14. §. quid ſi ho-
mo. D. quod met. cauſ. l. 1. D. de dolo. l. 2. §. 1. D. de capit.*

minut. l. 1. & tot. tit. D. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact. Cre-
do, quòd cæteris fauorabilior viſa ſit minorũ reſtitutio
& dignior quæ maiores iudices haberet, Ergo ordina-
riũ fuit negotiorum geſtorũ iudicium. † Quod cùm ita
ſit excuſari nõ poteſt aut explicari ratio quæ ea Paulo 5
proponitur *in l. act. 47. D. de negot. geſt.* vbi poſteaquàm
dictũ eſt, actionem negotiorũ illi dari, cuius intereſt eo
iudicio experiri, neque referre directa quis an vtili ac-
tione agat aut conueniatur, ratio illa redditur, quia In
extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularũ non
obſeruatur, hæc ſubtilitas ſuperuacua ſit, maximè cùm
vtraque actio eiuſdem poteſtatis ſit, eundemque
habeat effectum † Auſim ego deferre corruptum
eſſe locum à Tribonio vt cæteras pleraſque Dige- 6
ſtorum leges, quas contra iuris veteris rationem
ad poſteriorum Imperatorum conſtitutiones accom-
modauit, vt ex recentioribus doctiſſimi viri iam ob-
ſeruarunt, neque ad perſuadendum quod volo aliis
exemplis vtendũ eſſe arbitror, quãdo nullum apertius
afferri poſſit eo de quo diſputamus. Cùm enim Paulus
ſcripſiſſet nihil referre directa quis an vtili actione ne-
gotiorum geſtorum agat, aut conueniatur, cum vtraque
actio eiuſdem poteſtatis ſit eundẽque habeat effectum,
aliam ratiooem Tribonianus ex ſuo addidit iis verbis,
*quia in extraordinariis iudiciis vbi conceptio formularum
non obſeruatur, hæc ſubtilitas ſuperuacua eſt.* Deinde vt ra-
tionem hanc cũ ea quã Paulus dixerat connecteret, ad-
iecit dictionem illam *maximè:* atque ita elegãtem legis
ſententiam, & rationem inepta ratione fœdauit. Quod
etiãſi iuris ratio non conuinceret, ferè tamen ipſa ver-
ba oſtenderent, ſi Pauli & Triboniani ſtylũ bene agnoſ-
co. Solet enim Tribunianus iuris veteris ſubtilitates ri-
dere, & ſuperuacuas dicere Vnde factũ ſuſpicor vt qui
eam Triboniani rationẽ ineptã & ridiculã eſſe animad-
uerterũt, pro *quia* maluerint legere *planè.* † Quã lectionẽ
nec ſi velit probare poſſit is qui intelligit ea dictione 7
planè paſſim in iure ſignificari exceptionem, quæ in
propoſito caſu ad id quod Paulus dixerat adhiberi
nulla poteſt. Sed neque cũ eo quod in principio legis de
negotiorũ geſtorũ actione ſcriptũ eſt, ea Triboniani ad-
iectio quicquã cõmune habet. Quorſũ enim de extraor-
dinariis iudiciis tractare oportuit, cùm de negotiorum
geſtorũ actione quærebatur? Rurſus in extraordinariis
iudiciis quæ quæſtio eſſe poteſt vtrum directa actio ab
vtili differat, cùm in iis nec directa nec vtilis actio de-
tur? Ideoque nimirũ non actiones, ſed perſecutiones pro-
priè dicuntur, quæ iuris ordinarii non habẽt executio-
nem, vt Vlpianus ait in *l. pecuniæ. 178. §. actioni. D. de ver-
bor ſignificat.* † At elegans erit Pauli ratio ſi ſic eũ ſcrip- 8
ſiſſe ponamus, *nihil referre directa quis an vtili negotio-
rum geſtorum actione experiatur vel cõueniatur, cum vtra-
que actio eiuſdem poteſtatis ſit eundemque habeat effectum.*
Quoniam non de illo Paulus quærit an in conceptione
formulæ nihil interſit vtrum directa an vtilis actio im-
petretur, ſed illud dũtaxat monet, cùm quæritur an ne-
gotiorum geſtorum agi poſſit, non eſſe diſtinguendum
an directa an vtili actione agatur, ſed id tantum inſpi-
ciẽdum an interſit eius qui agere vult: quoniã actio ne-
gotiorũ geſtorũ illis omnibus datur quorũ intereſt eo
iudicio experiri, & ſiue directa ſiue vtili actione expe-
riamur, in id agimus vt quod noſtra intereſt conſequa-
mur. Idque eſt quod lex ait vtrãque actionẽ eiuſdẽ eſſe
effectus & poteſtatis. Quanquã & ſi quis velit dicere,
omnia hæc Triboniani eſſe ab illis verbis. *quia in extra-
ordinariis iudiciis*, facilè id cõcedã nec valde repugnabo,
licet poſterior illa ratio rectè defendi & explicari poſ-
ſit. Omnia enim, vt mihi quidẽ videtur, Triboniani in-
genium & phraſim redolent. † Cæterum, vt hoc etiam
addamus, quamuis verũ ſit in extraordinariis iudiciis 9
nihil intereſſe directa quis an vtili actione cõueniatur,
ex eo tamen inferri non poteſt quod parum ſubtili-
ter meo iudicio quidã inferũt, fideiuſſoriã obligationẽ
hodie nõ tolli, ſi fideiuſſor debitori hæres extiterit, & in

creditoris electione eſſe vtrum ex cauſa fideiuſſoria an
ex cauſa principali aduerſus fideiuſſorem agere velit.
Repugnat enim *l.5.D.de fideiuſ.l.Stichum.95. quod vul-
go. D.de ſolut.* neque earum actionum altera directa, al-
tera vtilis eſt, ſed vtraque directa, vna tamen plenior
altera, vna principalis, altera acceſſoria. Et ideò illa ſẽ-
per iuris veteris ratio manet, quæ facit vt obligatio
maior tollat minorem. *l.cum rem. 14.l. heres à debitore.
21. quòd ſi hic ſeruus D.de fideiuſſ.l.cum quis.38.§.vlt.l.ſi*
10 *duo 93. in fin. D.de ſolut.* † Nam quæ facta eſt iudiciorũ
mutatio vt hodie extraordinaria ſint omnia, ſcrupolo-
ſas duntaxat actionum formulas, & impetrationes ſu-
ſtulit, at certam & indebitam iuris rationem non im-
mutauit. Et vt ait *l.2.C.de formul.& impetrat. action. ſu-
blat.* actionem impetrari quidem neceſſe non eſt, ſed ta-
men competere neceſſe eſt: neque intereſt qua actione
agatur ſi modò cõpetat, Verùm vt hodie cõpetat actio
quæ olim non competebat nulla poſteriorum Impera-
rorum conſtitutione factum eſt, neque verò ex iuris ra-
tione fieri potuit Nec ſimile eſt exemplum quo vtun-
tur ex *l.quamuis.8.§.ſi mulieri. D.ad Senatuſconſult.Vel-
leian.* vbi Vlpianus ſcribit ſi mulier veteri debitori, id eſt
pro quo expromiſerat ſucceſſerit, poſſe eam reſtitutoria
actione conueniri qua defunctus tenebatur, vel etiã di-
recta actione ſi creditor eligat, quia mulieris nil inter-
ſit qua actione cõueniatur, Hoe enim caſu nulla prin-
cipalis & maior obligatio eſt, quæ acceſſoriam, & mi-
norem tollere poſſit, cùm principalis debitor mulieris
11 ex promiſſione liberatus fuerit: † quam ob cauſam re-
ctiſſimè *Accurſius* expromiſſionem a cæteris interceſ-
ſionum ſpeciebus ſeparat, per quas principalis debitor
non liberatur: & aperta diſſimilitudinis ratio eſt, quic-
quid cauſentur ij, qui fideiuſſionẽ mulieris ſi ea prin-
cipali debitori hæres extiterit confirmari exiſtimant:
quod nullo iuris loco comprobare poſſint. Nam Papi-
nianus in *d.l. Stichum.§.aditio.verſic.aliquando.de ſolutio.*
eandem ſpeciem tractat quã Vlpianus, de muliere ſci-
licet intercedente animo nouandi & per expromiſſio-
nem, non de fideiubente, vt idem *Accurſius* interpreta-
tur, ne alioqui ſibi ille contrarius ſit, qui ſtatim in *§.ſeq.*
ſcribit fideiuſſoriam obligationem extingui, quoties fi-
deiuſſur debitori heres exiſtit. Denique ſi ab expromiſ-
ſione mulieris ad fideiuſſionem & cæteras aliorum in-
terceſſiones argumentari liceret, dici non poſſet cur
non olim & iure Digeſtorum obtinuerit quod illi nũc
obtinere volunt: cũ nihil noui inductum ſit niſi vt ex-
traordinaria ſint omnia iudicia, quod planè ad rem
non pertinet, quia neque iudicium in quo Senatuſcon-
ſulti Velleiani exceptio obiici poterat extraordinarium
erat ſed ordinarium.

Capvt VIII.

Emendatur.l vbi purè.19 §.1.D.ad S.C.Trebell. & l.ſi quis iniuriam 35.D de iniur.

SVMMARIA.

1 *Emendatio & ſpecies* d.§.1.l.vbi purè 19.
2 *Ratio dubitandi & decidendi in* d. §. 1.
3 *Emendatur* d.l.ſi quis.35.ff.de iniur. *& in ea pro* prætor. *legitur* præfectus.
4 *Solos Præfectos & Præſides extraordinariam grauiorum criminum coercitionem habuiſſe.*
5 *Cur in ſpecie dicta legis Prætor iniuriam acriter exequi, & extraordinaria coercitione vindicare non potuerit,*

1 QVod † iampridem doctiſſimi viri plerique obſer-
uarũt permultos in libris noſtris errores ex notis
quibus librarij vet. maximè vtebantur, ereatos eſſe, id
ego accidiſſe animaduerti in *l.vbi purè.19.§.1.D.ad S.C.
Treb.* vbi cum ſcriptum eſſet *fideicõmiſſi*, his notis, F. C.
factũ eſt ab iis qui nõ intelligebãt vt in libris omnibos
ſcriptũ ſit *Senatuſconſulti*, acſi ſcript õ fuiſſet S.C. Nã *fi-
deicommiſſi* legendũ eſſe nõ *ſenatuſcõſulti*, ipſa §. quæſtio
demũſtrabit. Teſtator ita dixerat, *Te rogo Luci Titi, vt
hereditatẽ meã cum Attio partiaris.* Diuiſa inter Titiũ &
Attium hereditate ſecũdum teſtatoris voluntatẽ, quæ-
rebatur an aduerſus Attium qui dimidiam hereditatis
partem habuerat actiones ex Senatuſconſulto Trebel-
liano cõpeterent. Et Paulus ex Ariſtonis ſententia reſ-
pondet, competere: quoniã verba illa teſtatoris pro iis
accipienda ſint, *Rogo hereditatem illam reſtituas.* Tum ſe-
quitur *nec verba ſpectantur Senatuſconſulti, ſed ſententia
quibuſcunque verbis, dũ teſtator ſenſerit vt hereditas ſua
reſtituatur.* At abſurdũ ſit dicere non ſpectari verba Se-
natuſconſulti, ſed ſententiam teſtatoris. Dicendũ enim
erat non ſpectari verba teſtatoris, ſed eius ſententiam.
Vel, non eſſe ſpectanda verba Senatuſconſulti, ſed ſen-
tentiam Senatuſconſulti, quia voluntas & ſententia te-
ſtatoris contra Senatuſconſulti verba defendi nõ poteſt
l.Titia.86 D.ad l.Falcid. Rurſus ſi verum eſt quod Pau-
lus ait, illa verba, *Rogo te Titi vt hereditatem meam cum
Attio partiaris*, ſic accipienda eſſe, ac ſi teſtator dixiſſet,
rogo vt hereditatis meæ partem reſtituas. profectò ex Se-
natuſconſulti verbis actiones in Attium transferuntur.
De illo enim Senatuſconſultũ diſertè loquitur in quẽ
ius fructúſque trãsfertur, & cui fideicommiſſum ex te-
ſtamento reſtitutum eſt. *l.1.D. ad S.C.Treb.* Denique ver-
ba illa Pauli, *ſed ſententia quibuſcunque verbis.* oſtendũt
manifeſtiſſimè loqui Paulum de verbis fideicommiſſi,
non de verbis Senatuſconſulti. Hæc enim numquam
mutantur illa pro teſtatorum arbitrio, & voluntate 2
mutantur. † Illud igitur in propoſito caſu dubitationẽ
faciebat vt in Attium actiones ex Trebelliano non cõ-
petere viderentur, quòd reſtituendi verbo teſtator vſus
non fuerat, neque ex fideicommiſſi cauſa hereditatis
partem Attius habere videbatur, ſed potius ex alia cau-
ſa, & alio iure quod expreſſum non eſſet Senatuſcon-
ſulto, cuius tamen poteſtate fit vt ab herede in alium
qui hæres non eſt actiones trãſeant. Sed Paulus ex Ari-
ſtonis ſententia eleganter reſpondet non eſſe ſpectãda
verba fideicommiſſi ſed ſententiam quibuſcũque ver-
bis conceptam: vt quoties apparet teſtatorem voluiſſe
hereditatem ſuam reſtitui, licet reſtituendi verbo vſus
non ſit, nihilominus fideicommiſſum inducamus: quod
cùm fit proculdubio ex verbis & poteſtate Senatuſcõ-
ſulti actiones in fideicommiſſarium transferuntur. At-
que ita *Accurſius* quoque legiſſe & ſenſiſſe videtur, cùm
eorum verborum interpretationem ſumit ex aliis legi-
bus quæ probant in teſtamentis non tam verba, quàm
ſententiam teſtatoris inſpici debere, vt *l.3.C.de lib.præ-
ter.l.cùm virum.16.C.de fideic.l.3.§.conditio. D. de adim.
legat.* † Simili ferè errore puto in *l.ſi quis iniuriam.35.* 3
D.de iniur. ſcriptum eſſe *prætor* pro *præfectus*, cùm ſcri-
ptum eſſet his notis *præ.* aut *præf* Neque enim verum
eſt quod Vlpianus ait ſi quis iniuriam atrocem fecerit
qui contemnere iniuriarum iudicium poſſit ob infa-
miam ſuam & egeſtatem, Prætorem acriter exequi hãc
rem debere, & eos qui iniuriã fecerint coercere. † Ge- 4
neraliter namque placet in legibus publicorum iudi-
ciorum vel priuatorum criminum Præfectos duntaxat
vel præſides qui extra ordinem cognoſcunt iis qui pœ-
nam pecuniariam egentes eludunt coercitionem extra-
ordinariam inducere. *l.1.§.generaliter.D.de pœn.* Prætor
autem neque extraordinem cognoſcere, neque extraor-
dinariam coërcitionem inducere potuit, neque acriter
coërcere, quia ſcilicet merũ imperiũ nõ habebat, & om-
nia omnino crimina præfectura vrbis ſibi vindicauerat
l.1.D.de off.præfe.vrb. Adeò vt iis etiam caſibus quibus
Prætor cæterique Romæ magiſtratus cognoſcere pote-
rãt, ſi tamen res grauiorẽ & atrociorẽ punitionẽ exige-
ret ad Præfectum vrbis remitti reus deberet, vt ſi quis
fortè de plebeiis ob facta atrociora in tutela admiſſa
fuiſſet apud Prætorẽ accuſatus, & grauiore animaduer-
ſione indigeret, quàm vt ſufficeret ſuſpecti infamia. *d.l.
1.§.ſolen.l.1.§.vlt.D de ſuſpect.tutor.* Vel ſi libertus tute-

lam filiorom patroni ſraudulenter geſſiſſe probaretur, *l. 1. ff. eodem.* Sic legimus Præfectum vigilum licet fuſtibus vel flagellis cædi inſularios & eos qui negligentes ignes apud ſe habuiſſent iubere potuerit, eos tamen qui dolo feciſſe incendium conuicti eſſent, ad Præfectũ vrbis remittere debuiſſe, *l. vlt. D. de offic. præfect. vigil.* & generaliter eos omnes qui grauiore coercitione, & animaduerſione digni videbantur. *l. 3. §. cognoſcit. D. eodem.* Ergo ad Præfectũm non ad Prætorem pertinet coercitio eorum, qui iniuriam atrocem fecerunt, & propter ſuam infamiam & egeſtatem contemnere iniuriarum iudicium poſſunt, quia acriter & grauiter ſunt puniendi. In prouinciis autem ea res ad Præſidis notionem ſpectat. *dict. l. 1. §. vlt D. de pœn.* quia Præſes non Prætoris duntaxat, ſed etiam Præfecti vrbis & omnium qui in vrbe ſunt magiſtratuum vice & partibus fungitur. *l. ex omnibus: cum duabus ſequentibus. D. de offic. Præſidis. l. ſi in aliquam ~. § cùm pleniſſimam. cum ſequentibus legibus D. de offic. Proconſul.* † Denique Prætorem in
5 vrbe non potuiſſe acriter hanc rem exequi, vel ex eo apparet quòd Prætoris edicto de iniuriis nihil ſtatutum eſt, aduerſus hos iudicij iniuriarum contemptores, neque iudicij iniuriarum alia pœna introducta quàm infamia, & iniuriæ pecuniaria æſtimatio, *§. pœna autem. Inſtit. de iniur.* vt proinde cùm quis iniuriarum iudicium contemnit propter infamiam ſuam, & egeſtatem quaſi mutico & deficiente Prætoris imperio, ad Perfecti iuriſdictionem tanquam ad maius tribunal recurrendum ſit, & ad coercitionem extraordinariam cum ordinaria non ſufficit. Hancque interpretationem ipſa etiam legis inſcriptio confirmare videtur quæ oſtendit depromptam eſſe eam legem ex Vlpiani libro tertio De omnibus tribunalibus, in quo apparet non de Prætoris tantùm, ſed etiam de Præfecti tribunalis poteſtate & iuriſdictione eum diſſeruiſſe. Non diſſimili errore apud Valerium Maximum quodam loco ſcriptum legibus, datam fuiſſe bonorum poſſeſſionem à Calpurnio Piſone Præfecto vrbis, cùm tamen neque is Præfectus fuerit ſed Prætor: neque bonorum poſſeſſionem dare Præfecti potuerint ſed Prætores duntaxat, vt notiſſimum eſt. Ideoque illo loco pro Præf. legendum eſſe Prær. rectiſſimè doctiſſimus Cuiacius Obſeruationum ſuarum libris adnotauit.

Capvt IX.

Malè à nonnullis emendatum eſſe §. ſi pater. l. ſi cùm dotem 22. D ſolut. matrim & quomodo probabilius emendari poſſit, oſtenditur.

SVMMARIA.

1 *An ſi abſente aut expreſſè contradicente filia pater dotem communem exegerit, deinde filia legatum reliquerit, nihilominus filia à marito dotem, & legatum à patris hærede conſequatur?*

2 *Quid iuris ſi pater legauerit filia non adiecto eo*, dotis nomine?

3 *Pomponij de hac quæſtione ſententia.*

4 *Dote à patre filia promiſſa, mox deinde legata, filiam alterutra actione contentam eſſe debere.*

5 *Reiicitur Bartoli coniectura ad* l. 4. ff. de dot. collat.

6 *An* in d. §. pater. l. ſi cùm dotem, *legatum filia à patre relictum dotis nomine relictum cenſeatur?*

7 *Cuiacij & Roberti coniectura ad* d. §. ſi pater.

8 *Modeſtini ſententia* in §. qui inuita. l. Titia. 34. ff. de leg. 2

9 *Differre ſpeciem & quæſtionem* d. §. qui inuita *à ſpecie* d. §. ſi pater.

10 *Quomodo intelligenda ſint verba illa Vlpiani* in d. §. ſi pater, compenſandum in dotem filiæ quod ei à patre datur?

11 *Varia emendationes* d §. ſi pater.

12 *Species & ratio* l. cùm pater. 6. ff. de iur. dot.

13 *Quando vtile ſit legatum creditori à debitore relictum?*

Cvm certi iuris ſit tam in exigenda, quàm in ſoluenda dote, quæ communis eſt patri & filiæ, voluntatem requiri, nec alterius facto alterius conditionem deteriorem fieri poſſe, *l. 2. & 3. D. ſoluto matrim.* † difficilis quæſtio eſt, quid iuris ſtatuendum ſit ſi abſen- 1
te aut expreſſè contradicente filia pater dotem à genero exegerit, deinde filiæ legatum reliquerit, an nihilominus filiæ aduerſus maritum actio de dote ſalua ſit vt dotem à marito, & legatum à patris hærede conſequatur. Ac ſiquidem relictum ſic legatum dotis nomine, indubitate dici poteſt filiam alterutro contentam eſſe oportere, & ſi à marito dotem petierit, non poſſe à patris hærede legatum conſequi, niſi plus ſit in legato quàm in dote, quo caſu facta compenſatione vſque ad eandem ſummam quæ concurrit id tantummodo quod excedit in legato, ex teſtamento præſtabitur, vt Modeſtinus reſpondit *in l. Titia. 34. §. qui inuita. de legat. 2.* † Sed ſi filiæ pater legauerit non adiecto eo, *dotis nomine*, 2
hic caſus eſt de quo magna contentione certatur iam olim inter ſe veteres iuris interpretes, & ſuperioribus annis in Gallia Cuiacius, & Robertus. Dubitandi verò cauſam præcipuam illud facit, quod Vlpianus ſcribit in *l. ſi cum dotem. 21. §. ſi pater. D. ſolut. matrimon.* ſi pater filia abſente de dote egerit, & ſi omiſſa ſit de rato ſatiſdatio, filiæ denegari debere actionem, ſiue patri hæres extiterit, ſiue in legato tantum acceperit quantum dotis nomine ſatis eſſet, eique compenſandum in dotẽ, quod à patre datur. Quo loco manifeſtum eſt loqui Vlpianũ de legato facto non dotis nomine ex illis verbis, *ſi in legato tantum acceperit quantum dotis nomine ſatis eſſet*, quæ ego ita explico, Si in legato tantũ acceperit quantum ſufficeret, ſi dotis nomine legatum eſſet, vt intelligamus dotis nomine legatum non fuiſſe. Neque tamẽ veriſimile eſt compenſandum eſſe cum dote legatum quod dotis nomine relictum non eſt. † Imò verò extat 3
Pomponij ſentẽtia *in l. 4. D. de dot. collat.* ſi pater pro filia dotẽ promiſerat, deinde exhæredatæ vel etiam emãcipatæ & præteritæ legatum dederit, filiam habere dotem præcipuam, & præterea legatam. Quod & in cæteris creditoribus generaliter traditum eſt, vt ſi iis res pignoris iure obligata à debitore legata ſit, non ideò prohibeantur pecuniam creditam petere niſi voluntas teſtatoris cõpenſare volentis euidẽter oſtendatur. *l. creditorem 85. D. de legat.* Nec dici poteſt cur deterior filiæ conditio eſſe debeat quàm cæterorum contra quos voluntatem teſtatoris cõpenſare volentis nunquam præſumitur, niſi ab hærede probetur, *l. quingenta. 12. D. de probat.* excepta vxore cui ſi quid à viro legatum ſit, licet expreſſum non ſit compenſandi animo legatum fuiſſe, alterutro tamen hoc eſt vel dote, vel legato contentam eſſe eam oportebat Digeſtorum iure propter edictum De alterutro, quod etiam à Iuſtiniano ſublatum eſt. *l. vnic. §. ſciendum. Cod. de rei uxor. act.* Neque huic ſententiæ vllus iuris locus eſt, qui repugnet, præter *d. §. ſi pater.*
† Nam *in l. huiuſmodi. 84. §. cùm pater. de legat.* 1. propo- 4
nitur pater pro filia ſua dotis nomine centum promiſiſſe, deinde eidem centum eadem legaſſe, vt proinde mirum videri non debeat, quod Iuliano placet doli mali exceptione hæredem tutum eſſe ſi & gener ex promiſſione & puella ex teſtamento agere velint. Conuenire enim inter eos oportere vt alterutra actione contenti ſint. Cui ſimile eſt quod Vlpianus ait *in l. cùm pater. 29. de iur. dot.* cùm pater dotẽ pro filia promittit, & dotem legat filiæ, non aliter poſſe filiam vtrumque conſequi, quàm ſi oſtenderit voluntatem teſtatoris illam fuiſſe vt duplicaret ei legatũ, ſcilicet, quia dotẽ promiſerat, & dotẽ legauerat, neque hæredis fauor patitur vt duplici dotis præſtatione eũ onerari voluiſſe teſtatorẽ in dubio interpretemur. *d. §. qui inuita. & l. Luc. 88. §. impuberem.*

rem.de leg.2. Qua etiam ratione Celſus reſpondit ei cui
legata fuerat militia ſiue pecunia quæcumq; redigi ex
militiæ venditione poſſet, ſi poſtea teſtator militiam
vendiderit & pretium legatario dederit,non eſſe ab he-
rede præſtandum aliud militiæ pretium,niſi legatarius
eam defuncti voluntatem fuiſſe oſtenderit.*l.Lucius Ti-
tius.22.D de l.2.*Vt mirum ſit *Rogerium, Accurſium, Bar-
tolum*,& cæteros ad *d.§.cùm pater*.ſcripſiſſe compenſan-
di animum & voluntatem præſumi, etiamſi aliud lega-
5 tum ſit,quàm quod debebatur. † Vnde fit vt *dict.l.4.D.
de dot.collat.*aliud reſpondere *Bartolus* non poſſit,quàm
in eius ſpecie promiſſam fuiſſe quantitatem & legatam
ſpeciem,vel contrà promiſſam ſpeciem & legatam quá-
titatem:quod neque ex Pomponij verbis colligi poteſt,
neq; vllo iuris loco cóprobari, cùm nihil interſit quòd
pertinet ad teſtatoris voluntatem,an quantitas cũ ſpe-
cie,an cum quantitate compenſetur,neq; ſimile ſit quod
dici ſolet in actionibus, & iudiciis petenti quantitatem
non poſſe obiici compenſationem ſpeciei vel ex diuer-
ſo,quoniã longè aliud eſt de teſtatoris voluntate, aliud
6 de actoris & rei iure quærere. † Reliquum igitur eſt vt
de Vlpiani ſententia in *d.§.ſi pater*, diſputemus. Solus
enim ille locus eſt,vt diximus, quo probari poſſit lega-
tum filiæ relictum etiam non adiecto eo , *dotis nomine*,
cum dote compenſari.Quæ res fecit vt doctiſſimo *Cuia-
cio* viſum ſit in ea ſpecie intelligendum eſſe legatum
factũ dotis nomine,quaſi ſatis expreſſum id ſit,eo quod
lex ait alterutro contentam eſſe filiam debere, & ſi le-
gatum acceperit compenſandum legatum cum dote.
Robertus contrà defendit non fuiſſe legatum relictum
dotis nomine,neq; tamen poſſe filiam vtriuſq; petere,
quia in ea ſpecie , id eſt , cum pater abſente filia dotem
exegit,minus imputare ei poſſit quàm ſi expreſsè con-
tradicente filia egiſſet, tum propter ſpem acceſſuræ vo-
luntatis ipſius filiæ,tum etiam quia etſi non accedat,in
multis tamen omnino quaſi ea accedere doté ſolus exi-
gere poſſit.*l.dotem.37.D.ſolut.matrim* vt ideò minus du-
plici præſtatione eius heres onerãdus ſit quàm ſi cótra
expreſſam filiæ voluntatem pertinaciter (ſic enim lo-
7 quitur) dotem exegiſſet. † Ego verò neq; neceſſe arbi-
tror comminiſci quod vult *Cuiacius* apud Vlpianum *in
dict.§.ſi pater*.legatum fuiſſe relictum filiæ dotis nomi-
ne, neq; poſſum mihi perſuadere quod *Robertus* exiſti-
mat,nihil intereſſe an dotis nomine legatũ ſit néne, &
illud duntaxat diſtinguendum an abſente an inuita &
contradicente expreſsè filia pater dotem exegerit.Nulla
8 enim ratio eſt vt cum dote compenſetur id, quod dotis
nomine legatum non eſt.† Idq; Modeſtinus ipſe *in d.§
qui inuita*.ſatis apertè innuit , cùm non ait non eſſe ve-
riſimile patrẽ duplici præſtatione dotis filiũ eundémq;
heredem onerare voluiſſe , præſertim cùm putauerit ſe
efficaciter,licèt non conſentiente filia,inſtituiſſe aduer-
ſus generum de dote actionem.Non dixit,veriſimile nõ
eſſe patrẽ voluiſſ heredẽ onerare duplici præſtatione,
ſed adiecit,*duplici præſtatione dotis*,quia legatum relictũ
fuerat dotis nomine:ex quo apparet relicto ſimpliciter
legato aliud reſponſurum fuiſse Modeſtinum, maximè
cæteris quoq; coniecturis,quibus in ea ſpecie motus eſt
ceſsantib. id eſt ſi neque filius heres fuiſset, neq; pater
exiſtimaſſet efficaciter ſe ſine conſenſu filiæ à genero
dotem exegiſſe Neq; rurſus dici poteſt quicquam inte-
reſſe an abſente,an verò inuita,& expreſsè contradicẽte
filia pater dotem exegerit. Neutro enim caſu pater ſine
filia agere potuit,neq; maritus patri ſoluere,quominus
integra filiæ & ſalua maneat de dote aduerſus maritum
actio *l.qui hominem 34.§ ſi gener.D.de ſol*. & cõtradice-
re intelligitur filia quæ abſens eſt *l.2.§.vlt. D.ſol.matri.*
vt rectiſſimè *Cuiacius* contra *Robertum* diſputauit. Ac
prætetea Modeſtinus non illã ſuæ ſententiæ rationem
affert, quòd patri expreſsè filia contradixerit, ſed quòd
patri ſuo non conſenſerit. Nec verò vllo iuris loco re-
perias patrem poſſe agere ſine filia ſpe acceſſuræ vo-
luntatis filiæ.Nam in *d.l.dotem 37.D.ſol.matrim.*non ait
Vlpian. poſse patrem de dote agere ſine conſenſu filiæ,
ſed videri patrem egiſse & dotem recepiſse voluntate
filiæ,ſi ea cauſam contradicendi non habuit,quod om-
nino ſic intelligi debet, ſi præſens ea fuerit , aut ſciens,
ne pugnet,quod idem Vlpianus ſcribit in *d.§.vlt.l.2.D.
eod.tit.* † An igitur dicendum eſt eandem eſse ſpeciẽ & 9
quæſtionem *d.§.ſi pater*.quæ illius *§.qui inuita?* Minimè
verò. Etenim Vlpianus in *d.§ ſi pater.* de illo duntaxat
quærit,an ſi filia patri heres extiterit, aut ab eo tantùm
in legato acceperit, quantum dotis nomine ſatis eſset,
aduerſus maritum qui abſente ea dotem patri ſoluit,
agere de dote poſſit.Modeſtinus verò cum caſum tractat
quo filia nihildum à patre acceperit , & quærit non an
contra maritum actio ei danda ſit, ſed quantum à fratre
heredi conſequi debeat.Inter quos caſus multum inte-
reſse nemo eſt,meo iudicio,qui negare poſſit, & miror
viros doctiſſimos id nó animaduertiſse,qui cætera om-
nia tã diligenter & ſubtiliter obſeruarunt,vt nihil igno-
raſse aut prætermiſiſse videantur. Differentiæ autẽ ra-
tio aperta eſt,quia cum patri filia heres extitit,aut ab eo
tantum accepit quãtũ dotis nomine ſatis eſset,patris
factũ approbare videtur, nec amplius dicere poteſt fa-
ctam eſse à patre códitionem ſuam deteriorem: & quod
patri ſolutũ eſt,videtur ad filiã perueniſse *l.3.D.ſol.ma-
trimon.* vt cùm nihil filia à patre accepit , & priuſquam
agnoſcat legatũ aduerſus maritũ agere vult,dubitãdum
non eſt quin ſiue dotis nomine ſiue ſimpliciter legatũ
ſit,aduerſus maritum agere poſſit, cùm patri ſuo nó cõ-
ſenſerit,vt Modeſtinus ait,ſed ſi aduerſus maritum ege-
rit,legatum non petet, niſi quatenus dotis quantitatem
excedit, aut niſi ſimpliciter legatum ſit,non adiecto eo
dotis nomine,quo caſu & dotem à marito cõſequetur & 10
legatũ à patris herede,nulla facta cõpenſatione.†Quod
igitur Vlp.ſcribit in *d.§ ſi pater.* compenſandum in do-
tem filiæ quod ei à patre datur,ſic intelligendum eſt,vt
compenſatio obiiciatur non ab herede patris ſed à ma-
rito , tum quia eũ cunq; caſum tractat ſi filia ipſa patri
heres extiterit, tum etiam quod aduerſus patrẽ qui do-
tem exegit,aut eius heredem filia actionem nullam ha-
beat, ſed tantùm aduerſus maritum,qui poſtea dotem à
ſocero condicere poteſt.*d.l qui hominem.§ ſi gener.D.de
ſol.*Hinc verò ſequitur, ſi tantundem ſit in dote quantũ
in legato,nihil lucrifacere filiam, quia licet ei nihil le-
gatum eſſet,dotem repetere à marito poſſet quaſi ſocia
& particeps obligationis, Ideoq; verum non eſt quod
Vlp.ex Iuliano ſubiicit,in *d.§ ſi pater.*lucro eius cede-
re,ſi tamẽ à patre cõſecuta ſit,quantum ei derit nomine
debeatur à marito,qui patri ſoluit. Id enim proculdu-
bio Vlp. intelligit plus eam conſequi ex teſtamento,
quàm actione & iudicio de dote conſequeretur: maxi-
mè cum præcedentia illa,*compẽſandum ei in dotem,quod
à patre datur*,oſtendant compenſationem fieri vſque ad
concurrentem quantitatem,quod & Modeſtinus ait in
d.§.qui inuita, ac proinde nullum eo caſu filiæ lucrum
cedere,quia compenſatio non fit ad lucrum conſequẽ-
dum,ſed ad damnum vitandum duntaxat,& ita vt paria
ſint omnia , ne ex inæqualitate lucrum alter ſentiat ex
alterius dãno.Qua de cauſa valde probo & laudo,quod
vir doctiſſimus monuit , corrigendum eſſe reſponſum
Vlp.& ſic intelligendum,vt filiæ lucro cedat ſi amplius
ei legatum ſit , quàm dotis nomine debeatur à marito
qui patri ſoluit.† Sed non poſsum credere quod ille pu- 11
tat,Vlp.ſcripſiſse *amplius quàm* pro eo quod legitur *tan-
tũ quantũ*.Hoc enim omnino improbabile eſt.At longè
veriſimilius puto poſse locum ita emẽdari,vt pro *nomi-
ne* legamus *minime*,& in illis verbis,*quantũ dotis*,ſubin-
telligamus *nomine*,vt in præcedentib. *quantũ dotis ſatis
eſſet*,*& in §.ſeq.filia ſatis dotis fieri oportet*.Niſi quis pro-
babilius putet legendum eſse *non*,& ex ea ſyllaba factũ
eſse *nomine*, imperitia & inſcitia librarij, cùm forte ita
ſcriptum eſse *nõ*,quomodo veteres ſcribebant.Alteru-
tum

trum ſanè non dicam probabile,ſed neceſſariū eſt,quicquid cauſetur *Robertus*, qui infeliciter tentat lucrū ſentire filiam in eo quòd iura omnia, quæ in dote habuit viuus pater,lucrifacit. Imò verò non lucrifacit, quoniã licet nihil pater filiæ legaſſet, ius illud patris morte extinctum fuiſſet, neque heres patris communem cum filia de dote actionem habuiſſet, vt ex eo intelligimus quod mortuo patre filia etiam heres patris dotem repetit iure proprio non iure hereditario. *l. ſi ſocius. 81. in fi.*
12 *D. pro ſocio. l. pater filiam. 14 D. ad leg. falcid.* † Atqui, inquit ille, ſubſiſtit legatum, *l. cum pater. 29. D. de iur. dot.* quod non valeret ſi nullum ex eo lucrum,& emolumẽtum filia ſentiret. Verùm reſpondeo valere legatum in ea ſpecie,quia pater qui marito dotem promiſit(de illo enim lex loquitur non de patre qui dotem filiæ nomine dedit)non ideò factus eſt filiæ debitor,ſed mariti duntaxat cui dos promiſſa eſt eámq; ob cauſam lucrum ſentire mulierem in eo quòd legatū dotis nomine acquaſi dotem ipſam à patris herede cóſequitur,aduerſus quẽ de dote agere non potuiſſet, non quod plenius ſit legatum dotis quàm actio de dote, quæ ſanè eo caſu nulla mulieri competit, neq; contra maritum qui promiſſam dotem non accepit,neq; contra heredem patris,qui nihil niſi genero promiſit. Nos verò non de dote promiſſa diſputamus, ſed de dote data & ſoluta,tum à patre exacta neq; de illo quærimus,an legatum valeat, ſed an filiæ vtilius ſit legatum petere quàm agere de dote, & Vlpian. in *d. §. ſi pater.* cum ait *lucro filiæ cedere*, illud proculdubio intelligit vtilius eſſe filiæ petere legatū quàm dotem:& lucrum eam ſentire,cùm iam legatum conſecuta eſt,quod in caſu propoſito dici non poteſt ſi ponas tantum à patre conſecutam eſſe filiam quantum ei dotis nomine debebatur à marito qui patri ſoluit. Huius enim legati vtilitas tota conſiſtit in agendo non in conſequendo,id eſt legatum hoc facit vt actionem habeat filia quam non haberet, non autem plus conſequatur
13 quàm ei debeatur. † Quod enim dici ſolet ſi creditori legetur ita vtile eſſe legatum ſi plus ex eo conſequatur legatarius quàm priſtina actione conſequi potuiſſet. *l. ſin autem. 29. de leg. 1. l. ſi deportati. 7. §. vltim. de leg. 3.* tunc demum rectè dicitur,cùm debitor ipſe creditori ſuo legat. Alioqui ſi non à debitore legatū ſit,ea ſaltem vtilitas legatum valere facit quòd creditoris intereſt plures actiones habere,& aduerſus eum agere poſſe qui debiti nomine obligatus non erat. Atque ita reſpondeo ad *d. l. cùm pater.* non quomodo *Cuiacius* qui referre tantū exiſtimat,an dos marito promiſſa ſit duntaxat,an etiam ſoluta,tum à patre exacta. Quid enim intereſſe poteſt an dos bonis patris non abſceſſerit, an verò ad patris bona reuerſa ſit? Neutro ſcilicet caſu dos à patre filiæ debetur, & ideò vtroque dotem legare filiæ pater poteſt. Quanquam & illud verum eſt dotem à patre promiſſam necdum ſolutam à patris bonis abſceſſiſſe perinde ac ſi ſoluta eſſet, *l. vlt. D. de dot. collat.*

CAPVT X.

Ad l. Pomponius 9. D. de neg. geſt.

SVMMARIA.

1 *Quid difficilem huius legis interpretationem fecerit.*
2 *Explicatio ratiocinationis Scæuolæ in* d. l. duplex *ab Interpretibus affertur.*
3 *An verba illa dicta legis*, videndum ergo ne in dubio. &c. *Pomponij ſint, an verò Scæuolæ.*
4 *Separantur verba Scæuolæ in* d. l. 9. *à verbis Pomponij, & eorum ſententia proponitur.*
5 *Negotiorum geſtorum actionem ratihabitione non tolli.*

1 Difficilem † huius legis interpretationem fecit, meo iudicio, verborum contextus malè ab interpretibus acceptus,potius quam quæſtionis, quæ in ea tractatur obſcuritas,vt non abs re mirari quis poſſit tot Doctorum veterum recentiorumq; ingenia in recto legis ſenſu perquirendo tamdiu perperam laboraſſe. Primus autem & præcipuus ferè omniū error ille eſt quòd Pomponium,quem initio Scæuola refert ſcripſiſſe, Si negotium à te quamuis malè geſtum probauero, negotiorum geſtorum te mihi non teneri à Scæuola reprehendi exiſtimant iis verbis quæ ſequuntur, *Videndum ergo ne in dubio hoc an ratum habeam actio negotiorum geſtorum pendeat, nam quomodo cùm ſemel cœperit, nuda voluntate tolletur?* † Sic autem Scæuolam ratiocinari volũt 2
vt Pomponij ſententiam refellat hac ratione, quòd ſi poſt ratihabitionem actio negotiorum geſtorum non competeret, ſequeretur pendente ratihabitione pendere etiam actionem, aut natam eam & competentem nuda voluntate tolli,quorum vtrumq; abſurdū eſſe aiunt, & inde ab initio ex ipſa geſtione actionem naſci exiſtimant,quæ poſteà nuda voluntate tolli non poſſit. Alij verò contra putant opinionem Pomponij neq; à Scæuola reprobari,neq; ab interpretibus iuſtè reprehendi, quod iam olim vetus quidam interpres quem *Bartolus* refert,Primus ſcripſit. Sed qui ea verba quæ ſuprà retuli,Pomponij non Scæuolæ eſſe dixerit, vt ego quidem dicendum eſſe arbitror, vidi adhuc & legi neminem. † 3
Quæ tamen potiſſima & præcipua res eſt ad legis ſententiam aſſequendam neceſſaria, vt qui aliter ſentiunt, eos neceſſe ſit in cæteris explicandis errare & labi. Cùm enim Pomponius propoſuiſſet, quod & veriſſimum eſt, negotiorum geſtorum actione non teneri te, ſi negotiū quamuis malè geſtum probauero, putabat poſſe ex hoc inferri. Videndum ergo eſſe ne in dubio hoc an ratum habeam negotiorum geſtorum actio pendeat,quia ſi nõ penderet,neceſſariò eueniret, vt vel poſt ratihabitionẽ nuda voluntate tolleretur, quod iuris rationi non conuenit,(certis enim dũtaxat modis obligationes & actiones omnes,vt cõtrahuntur,ita diſſoluuntur.) Vel adhuc ſupereſt quod ille propter ſupradictam propoſitionem non exiſtimabat dici poſſe. Illud enim ſanè iuſtius & bonæ fidei magis cõueniens eſt, vt ob negotia etiam malè geſta quæ ſciens & lubens probaui negotiorum geſtorum actione mihi non tenearis. Neq; verò aliud Scæuolæ iudicium fuiſſe credendum eſt, ſed quod Pomponius ex hoc inferebat pendere interea actionẽ quaſi poſt ratihabitionem nulla omnino ſupereſſe poſſet: reprehendit Scæuola, & monet etiam poſt ratihabitionẽ ſupereſſe negotiorū geſtorum actionem. Et quod dici ſolet, te mihi non teneri, non ita accipi debere vt nulla mihi contra te, vel tibi aduerſus me actio competat, ſed ita potius, vt mihi inutilis futura ſit, quia reprobare non poſſim id quod ſemel probaui,& quemadmodum quod vtiliter geſtū eſt,neceſſe eſt apud iudicem pro rato haberi,ita & omne id quod à me probatū eſt. † Ergo pri- 4
mis verbis Pomponij, *Si negotium à te quamuis malè geſtū probauero, negotiorum tamen geſtorum te mihi non teneri*, nõ tam Pomponij quàm communem & receptam omnium iuris authorum ſententiam referri exiſtimo,idq; ſignificare Scæuolam cùm ſubiicit, *Sed eo dictum* ab aliis ſcilicet,quàm à Pomponio. Verùm interpretationem Pomponij aut potius illationem in ſequentibus non contineri,cum ſcripſit. Videndum ergo eſſe ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorū geſtorum pendeat, quod ante eum fortaſſis nemo dixerat. Ac quoniã nouū erat,ratione illa confirmat, *nam quomodo cùm ſemel cœperit nuda volũtate tolletur?* Hæc enim omnia Pomponij verba eſſe non Scæuolæ apparet cùm ex præcedentib. tum etiam ex ſequentib. *Sed ſuperius ita verum ſe putare, ſi dolus malus à te abſit.* Quæ Pomponij eſſe nõ Scæuolæ omnes interpretes conſentiunt, & legis contextus manifeſtè demonſtrat. Quod verò Scæuola ait, *ſuperius*, ad ſupradictam ſentẽtiam pertinet quæ initio legis poſita eſt,vt poſt ratihabitionẽ mihi non tenearis actione negotiorum

gotiorũ geſtorum, quam ita demum procedere Pompo-
nius exiſtimabat, ſi dolus malus à re abſit. Scæuola ve-
rò cùm ait, *Imò puto etſi comprobem adhuc negotiorum ge-
ſtorum actionem eſſe, ſed eo dictum te mihi non teneri, quod
reprobare non poſſim ſemel probatum.* non reprehendit
quod Pomponius primo loco ex aliorum potius quàm
ſua ſententia ſcripſerat poſt ratihabitionem non teneri
te mihi actione negotiorum geſtorum, ſed Pomponij
interpretationẽ reprobat, qui id eo pertinere exiſtima-
bat, vt nulla actio supereſſet. Imò verò, inquit Scæuola,
actio ſupereſt, ſed mihi inutilis erit, vt quanti mea inte-
reſt conſequi non poſſim, perinde ac ſi mea negotia be-
ne & vtiliter geſſiſſes, quia nihil interſit an bene geſſe-
ris an malè geſta comprobauerim. Vnde fit vt nil neceſ-
ſe ſit dicere cum Pomponio ante ratihabitionem pen-
dere negotiorum geſtorum actionem, quod ille falſa in-
terpretatione deceptus videbatur ob eam duntaxat cau-
ſam commentus, ne abſurdum illud ſequeretur, vt omnis
& competens negotiorum geſtorum actio nuda ratum
5 habentis voluntate tolleretur. † Abſurdum autem eſſe
quod Pomponius putabat, poſt ratihabitionem ſiue be-
ne & vtiliter ſiue malè negotia geſta ſint, tolli negotio-
rum geſtorum actionem, Scæuola probat hoc argumẽ-
to quòd ita fieret, vt ſi à debitore meo exegiſſes, aut
rem meam vendidiſſes & ego probauiſſem, nulla mihi
actio cõpeteret ad recipiendum id quod à me haberes,
itémq; ex diuerſo, vt ſi quid impediſſes recipere non
poſſes, quia certum ſit his caſibus mandati actionem nõ
eſſe cùm mandatum nullum interceſſerit. Concludendũ
igitur eſt quod Scæuola concludit, etiam poſt ratihabi-
tionem negotiorum geſtorum actionem ſupereſſe. Mul-
ta ſunt alia quæ in huius loci interpretatione magiſtri
noſtri congerunt, de quibus quoniam ſunt eiuſmodi vt
ad rectam quam tradidimus legis explicationem mini-
mè pertineant, viſum eſt nihil nunc dicere, ſatiſque fe-
ciſſe nos arbitrabimur ſi nouam, &, niſi fallimur, veriſ-
ſimam obſcuri loci ſententiam aſſecuti ſimus, & vt alij
facilè aſſequi poſſint præſtiterimus.

Capvt XI.

Emendatio §. qui dotale. l. cùm pater. 77. D. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipiendum ſit illud quod per prudentum in-
terpretationem inductum eſt, vt ſcilicet à quocunque
debitore fideicommiſſum vtiliter relinqui poſſet?*
2 *Erraſſe Accurſium in interpretatione* l. ſi pecunia. 77.
de leg. 1. *qua eſt de fideicommiſſo à debitore relicto.*
3 *Cur in ſpecie* §. pater. l. cùm quis. 35. *[illegible] 3. heredi-
bus contra debitorem actio ex ſtipulatu detur?*
4 *An in ſpecie* d. §. qui dotale, *emptor debitor fuerit?*
5 *Reijcitur Pauli Caſtrenſis ad* d. §. *coniectura.*
6 *Accurſij interpretatio, exiſtimantis in ſpecie* d. §. *roga-
tum emptorem, vt quid iuſto pretio deeſſet, vxori re-
ſtitueret.*
7 *Emendatur* dictus §. qui dotale, *& emendati ſenſus
proponitur.*

1 CElebris † eſt & omnibus nota Diui Pij conſtitu-
tio, qua inductum fuit vt à depoſitario primum,
deinde per prudentum interpretationem à quocunque
debitore fideicommiſſum vtiliter relinqui poſſit. *l. ſi pe-
cunia 77. de l. 1. l. cum quis. 35. §. pater. de l. 3.* Quod non ita
accipi debet, vt aduerſus heredem agere fideicommiſſa-
rius poſſit ad conſequendas quæ heredi contra debito-
rem competunt actiones, ſed ita potius vt contra debi-
torem fid[illegible]ius ex teſtamento & fideicommiſ-
ſi nomine vtiliter experiatur. Nam & ante Diui Pij cõ-
ſtitutionem iam obtinebat, vt ſi à debitore fi[illegible]icom-
miſſum relictõ eſſet, heres de ſuis in debitorem actio-
nibus cedendis rogatus eſſe videretur. *l. ſi ſeruus* 108. §.
qui margarita. de leg. 1. vbi Africanus hanc ſiue ſuam ſiue
Iuliani præceptoris ſui ſententiam refert, quem certiſ-
ſimum eſt Hadriani temporibus floruiſſe annis aliquot
ante Diuum Pium, qui Hadriano in imperio ſucceſſit.
Illud igitur Diuum Pium addidiſſe & conſtituiſſe ne-
ceſſe eſt, vt non iam contra heredem ſicut antea, ſed cõ-
tra ipſum debitorem fideicõmiſſarius agere poſſit, quaſi
tacitè rogatus videatur heres debitum remittere debi-
tori, vt Vlpianus ſcribit in *d. l. ſi pecunia.* Vnde infert, ſi
debitor ab herede conueniatur poſſe eum vti exceptio-
ne doli, & hanc rem facere vtile fideicommiſſum. Nem-
pe quoniam improbè & ſine cauſa debitor fideicom-
miſſi ſolutionem recuſaret, cùm aduerſus heredem doli
exceptione ſit ſecurus. Quæ ratio facit vt neque fidei-
commiſſarius contra heredem agere, neque debitor he-
redi poſſit ſoluere. Quemadmodum enim ſi heres con-
tra debitorem agat doli exceptione repellitur, & ideò
nullas contra debitorem actiones cedere fideicommiſ-
ſum poteſt. *d. l. ſi pecunia* Ita debitor heredi ſoluat ſciens
à ſe datum fideicommiſſum, non liberabitur quominus
à fideicommiſſario vtiliter conueniri poſſit, quia ſibi
imputare debet quòd ei ſoluerit quem doli mali exce-
ptione potuit ſummouere. † Atque ita in quæſtione il- 2
la cui potius reſtituere depoſitarius debeat, heredi ne an
fideicommiſſario, Paulus pro fideicommiſſario reſpon-
dit *in l. Publia* 26. *D. depoſit.* quam ſuperiorib. annis pri-
mo Coniecturarum noſtrarum libro explicauimus. In
quo adnotare primùm licet errorem *Accurſij*, qui in de-
bitoris arbitrio, & poteſtate eſſe putat an heredi ſolue-
re velit, an fideicommiſſario, vt ſi contra heredem doli
exceptione vti nolit, fideicommiſſum ab eo peti non
poſſit. Nam Vlpianus in *d. l. ſi pecunia* longè aliter vtile
fieri fideicommiſſum ait, non ex eo quòd contra here-
dem debitor vtatur exceptione doli, ſed quod vti poſſit.
Siue ergo vtatur ſiue non, quia tamen vti poteſt, vtile
eſt fideicommiſſum, & conſequenter fideicommiſſario
non heredi præſtari debet. Nec probabilior eſt aliorum
opinio qui fideicommiſſario dant optionem, an aduer-
ſus debitorem qui rogatus eſt agere velit, an contra he-
redem, qui rogatus non eſt, *ex dict. §. pater. l. cum quis. de
legat.* 3. Cur enim aduerſus heredem ageret qui ad aliud
teneri non poteſt, quàm vt ſuas cõtra debitorem actio-
nes cedat, quas porrò nullas habet, cùm ſi agere ipſe
velit doli exceptione repellatur, quaſi tacitè rogatus de-
bitum remittere debitori. *dict. l. ſi pecunia.* Neque in ſpe-
cie *dict. §. pater*, quo mouẽtur, fideicommiſſarius nõ agit
contra heredem ſed contra debitorem, idque ex fidei-
commiſſo propter ſupradictam Diui Pij conſtitutio-
nem vt lex ait. † Heredibus verò contra debitorẽ actio 3
ex ſtipulatu in illa ſpecie datur, non ad conſequendum
id quod fideicommiſſario præſtari teſtator velit, ſed in
id potius vt ex teſtatoris voluntate præſtetur fideicom-
miſſum ei cui teſtator voluit ex iis verbis ſtipulationis,
quæ à teſtatore illo interpoſita eſſe proponebatur, *mihi
aut cui ego volam reddantur.* Verùm ei quod dicimus &
veriſſimum eſſe omnes fateror, à quocumque debitore
fideicommiſſum vtiliter relinqui poſſe, obſtat valde
quod Papinianus reſpondit in *l. cum pater. 77. §. qui do-
tale. de legat.* 2. Si is qui dotale prædium contra legem
Iuliam vendidit, vxori legatum dederit, & emptoris fieri
commiſerit vt amplius ei pretium reſtitueret, emptorẽ
fideicommiſſo teneri. † Negari enim non poteſt, licet 4
quidam parum ſubtiliter negent, emptorem fuiſſe in ea
ſpecie debitorem, ſcilicet p[illegible], quod nondum ſolutum
fuiſſe [illegible] ex eo maximè colligere licet, quod ſtatim Pa-
pinianus ſubiicit, ſi accepto legato mulier venditionẽ
[illegible]tam facere vellet poſſe eam oblato pretio doli ex-
ceptione ſummoue[illegible]. Niſi fortè emptorem bis pretium
ſoluiſſe dicinemos: quod non ſolùm probabile non eſt,
ſed etiam ſi verũ eſſet, addendũ erat actionem emptori
aduerſus

aduerſus heredem venditrris de euictione dandam eſſe, *l.ſi ſeruus* 21 *l.ſi rem* 29. *in princip. D. de euict.* quod tamen nec Papinianus addit, nec ſi addendum fuiſſet verisimiliter prætermiſiſſet. Vt taceam quod lex ponit rogatum fuiſſe emptorem vt pretium reſtitueret. Propriè enim reſtitui dicitur pretium, quod nondum ſolutum eſt *l.ſi verò non remunerandi.* 12. *§.inde Papinianus* S. *D. mandat.* & quamuis præſtari bis certa quantitas poſſit, bis tamen reſtitui, & reddi idem non poteſt: nam ſemel reſtitutū, ſi iterum præſtetur, dari videtur non reſti-
5 tui. † Illud etiam probare non poſſum, quod *Paulus Caſtrenſis* ſcripſit, non fuiſſe emptorem fundi dotalis debitorem teſtatoris, præpterea quod venditio contra legis Iuliæ prohibitionem facta nulla eſſet. *l.cùm vir.* 42. *D.de vſucap.* Nam cùm quærimus an in hac ſpecie emptor fideicommiſſo teneatur, de illo duntaxat quærimus, vtrùm ab eo mulier cauſa fideicommiſſi pretium petere poſſit. Quod cùm facit, an non ſatis venditionem à marito factam confirmat & approbat? *arg.l.pen.D.de leg. commiſſ.l.4.C.de pact.int.emptor.& venditor.* Idque & Papinianus ipſe ſatis indicat illis verbis, *ſi mulier venditionem irritam faceret.* Ita innuens ratam eſſe venditionē ſi mulier velit, & fideicommiſſum petat. Hoc verò ſi ita eſt, cur non emptor quaſi debitor fideicommiſſi nomine teneatur? Quis enim eum audiat ſi mulieri fideicōmiſſum petenti obiiciat, venditionē nullius fuiſſe momenti, præſertim ſi prædium quoque retineat? Nam vtique & rem & pretiū habere non poteſt *l. ex empto.* 11. *§.qui autē.D de action.empt* Et ſanè quod dicimus, prædij dotalis venditionē nullam eſſe, ſic omnino intelligi debet ſi mulier velit. Nam ex voluntate mulieris alienationē valuiſſe ante Iuſtiniani conſtitutionem certiſſimum eſt.
6 *l.vnic.§.& cum lex.C.de rei vxor.action* † Nec ſubtiliores ſunt meo iudicio qui *Accurſium* ſecuti comminiſcuntur ſolutum quidem eſſe marito pretium fundi dotalis, ſed minus iuſtum, & rogatum emptorem vt id quod iuſto pretio deeſſet, vxori reſtitueret. Nam & huic interpretationi repugnant ea quæ ſuprà diximus, præſertim verba illa, *oblato pretio,* ad quæ *Accurſius* ipſe fatetur non poſſe reſponderi, niſi ſubintelligas aut potius addas *iuſto.* At neque hoc ſatis erit niſi iuſtum interpretere id duntaxat quod deeſt ad iuſtum pretium, quod tamen benè & latinè dicere nemo poſſit. Nec eſt quod quis interpretationem hanc adiuuari putet ex illis Papiniani verbis quæ fortaſſis *Accurſium* fefellerunt, *vt amplius ei pretium reſtitueret.* Quis enim dicat, *amplius pretium* pro eo quod deeſt ad iuſtū pretium? Aut quis neſciat tam in libris noſtris quàm apud bonos latinitatis authores idē ſignificare *amplius,* quod *præterea? l.vlt.§.1.D.de dol.mal. except.l.legata inutiliter.* 19. *de legat.* 1. vt Papiniani ſententia ſit, maritum vxori legatū, ac præterea fideicōmiſſum dediſſe. Cùm igitur illa ſemper dubitatio maneat, Cur emptorem pretij debitorem fideicōmiſſo non teneri Papinianus reſponderit, qui Diui Pij conſtitutionem
7 ſanè ignorauit? † Cogor dicere quod ante me nemo dixit, corruptū eſſe papiniani reſponſum, & in propoſita ſpecie emptorē fideicommiſſi nomine procul dubio teneri. Facile autem poteſt locus reſtitui, cùm in Pandect. Florentin. etiā ſcriptum videam *fideicommiſſi,* non *fideicommiſſo,* in illis verbis quæ vulgo ſic leguntur, *emptorē fideicommiſſo non teneri conſtabat.* Nec improbabile ſit ab imperito librario ſcriptum fuiſſe *non,* pro eo quod ſcribendum erat *nomine* his notis *nōe* quibus veteres librarios vti ſolitos fuiſſe certiſſimū eſt, vt ſignificarent *nomine,* idque & nos iam alio loco ſuprà monuimus. Eam verò Papiniani ſententiam fuiſſe vt emptor fideicommiſſi nomine teneatur præter illa que iam dixi, ex eo etiam conlicio quod ille ſubiicit, Si accepto legato mulier venditionē irritam facere vellet, poſſe eam oblato pretio doli exceptione ſummoueri. Nam ſi emptor fideicommiſſo non teneretur, neque ab eo pretium peti poſſet, haud dubiè dolo mulier non faceret, nec contra teſtatoris voluntatem, ſi venditionem irritā facere vellet. Non enim illa fuit mariti voluntas, vt legato contenta eſſet, cui ſcilicet vltra legatū precij quoque fideicommiſſum reliquiſſe proponitur. Ergo ſi pretium petere non poſſit, rationis eſt vt liceat ei venditionem irritam facere, & rem ſuam contra legis Iuliæ authoritatem venditam vendicare. Eamque ob cauſam non aliter poſſe doli exceptione vti emptorem Papinianus ait, quàm ſi mulieri venditionem irritam facienti pretium offerat. Debuerat igitur ſcribere, ita demum obſtaturū mulieri doli exceptionem, ſi accepto legato rei ſuæ venditæ pretium recuſaret, non autem ſi venditionem irritam facere vellet. Tunc enim inciperet mulier dolo facere, non cùm rem ſuam vindicaret, ſi pretium ex cauſa fideicommiſſi petere non poſſet, ſed tunc ſolùm cum oblatum ſibi pretiū accipere nollet. Quod ſi quis quærat, cur hoc caſu doli exceptione mulier repellatur, reſpondebo, quia ratio iuris facit vt duobus legatis relictis ſi alterutrum onus habeat, non poſſit id accepto altero repudiari. *l.ſed duobus §. de legat.* 2. Huiuſmodi verò fideicommiſſum pretij tacitum onus continet ne ab emptore fundus dotalis vindicetur, Heredis ſcilicet cauſa qui de euictione teneretur. Quod quanquam ſatis apertum eſt, addere tamen libuit vt eos refellerem, qui legatum compenſandi animo vxori factum eſſe ſcripſerunt. Hoc enim ſi ita eſſet, mulieri venditionem irritam facienti pretium offerre emptor non cogeretur.

Capvt XII.

Ad l. verbis. 5. D. ad leg. Falcid. & ad l. ſi creditori 28. de legat. 1.

SVMMARIA.

1 *Diſſentio Pauli & Papiniani in quæſtione illa, an quum vtile legatum eſt propter cōmodum repræſentationis, Falcidia ex eo commodo tantùm, an ex toto legato deduci poſſit.*
2 *Differentia inter legatum quod debiti modum excedit, & legatum quod diei aut conditionis duntaxat repræſentationem habet.*
3 *Explicatur Papiniani ſententia in d.l.*5. ad leg. Falcid. *& Accurſij ad eam interpretatio reijcitur.*
4 *Retinetur & defenditur Papiniani ſententia in quæſtione ſuperius propoſita.*
5 *Cur in ſpecie* dictæ l. ſi creditori. de leg. 1. *legatum à promiſſore ſtipulatori relictum etiam ſine vllo repræſentationis commodo, vtile tamen ſit, nec per Falcidiam minuatur?*
6 *Sententia & explicatio* legis ſin autem. 29. de leg. 1.
7 *Differentia inter ſpeciem & quantitatem à debitore creditorē.*

DVbitatum fuit iam olim & controuerſum inter Iuriſconſultos an legata purè creditori ea re quæ debebatur in diem vel ſub conditione, legatum extinguatur, ſi in eam cauſam peruenerit, à qua incipere non potuit, hoc eſt ſi viuo teſtatore dies vel conditio venerit. Nam Paulus *in l.debitor.* 82, *de leg.* 2. diſertè ſcribit inutile effici legatum, licet ab initio conſtiterit: Papinianus verò cuius ſententiā Iuſtinianus probat *in §.è contrario. Inſtit. de leg.* magis eſſe putat vt irritum non fiat, quod ſemel comperit, in *l.verbis* 5. *D.ad leg.Falcid.* † Ego ad- 3
do quod vixdum quiſquam obſeruauit, in illa etiam quæſtione eoſdem iuris authores diſſenſiſſe an cùm vtile eſt legatum propter commodum aliquod repræſentationis, falcidia ex eo commodo tantùm, an ex toto legato deduci poſſit. Idem namque Paulus in *l,* 1.*§.ſi creditori. D.eod.* apertè ſentit falcidiam non niſi in commodo locum habere. Papinianus autē in *dict.l.verbis.* quamquam minus apertè, non tamen meo iudicio valde

obſcurè

obſcurè ſic loquitur, vt doceat falcidiam ex toto lega-
2 to dedeci. † Differentiam enim hanc conſtituit inter
legatum quod debiti modũ excedit, & legatum debiti,
quod diei aut conditionis duntaxat repræſentationem
habet, vt illud eatenus tantùm valeat, quatenus debiti
modum excedit. Nam, vt ille ait, Verbis legati vel fidei-
commiſſi non neceſſariè hoc eſt fruſtrà & inutiliter re-
linquitur, quod ex debiti cauſa præſtari neceſſe eſt. Cùm
verò dies aut conditio legatum facit, non vtilitatis, lo-
quit, æſtimatio duntaxat, ſed totum petetur, quod datũ
eſt. Cur non enim verbis legati vel fideicommiſſi vtili-
ter totum relinquatur id cuius nulla pars alio, quam le-
gati iure peti adhuc poſſet? Id que & Paulus fatetur in
d.l.debitor, vbi contrariam aliorum quorundam opinio-
nem non ſolùm refert, ſed etiã refellit, ea ratione quòd
ſi interuſurium tantum eſſet in legato, & fundus fortè
ex die debitus legatus eſſet, dici non poſſet vtrùm pe-
cunia peti deberet, quæ non eſt legata, an pars aliqua
fundi, quam inuenire difficile eſſet, vt pro cõmodo pe-
teretur. Hinc porrò fieri Papinianus ait vt priore caſu
cùm debiti modum teſtamento dominus exceſſit, ſuper-
fluum duntaxat per legem falcidiam minuatur, & non
3 niſi in ſuperflo poſſit fidei legatarij committi. † Cui cõ-
ſequens eſt vt poſteriore caſu cùm dies aut conditio le-
gatum facit, falcidia in toto legato locũ habeat, ac ra-
tione totius legati fideicõmiſſo grauari legatarius poſ-
ſit. Nullam enim ex hoc querelæ occaſionem legatarius
habere videtur, qui imputare debet, quòd legatũ agnu-
uerit, quo repudiato debitum priſtina actione perſequi
& integrũ conſequi potuiſſet. Atque ita Papinianũ ex-
plicandũ eſſe arbitror, non quomodo *Accurſius*, & *Ac-
curſium* ſecuti ferè omnes voluerunt, qui putant poſte-
riore hoc caſu de toto quidẽ legato falcidiam detrahi,
ſed ita tamen vt legati duntaxat vtilitas quam dies aut
conditio remiſſa affert æſtimetur. Quid enim obſecro
intereſt, an dicas falcidiã locum habere duntaxat in cõ
modo repræſentationis, an verò in toto legato, ſed vti-
litate tantùm æſtimata? Aut quorſum Papinianus tam
diligenter inquirit, an legati vtilitas duntaxat an totum
ex teſtamento petatur quod datum eſt, ſi eandẽ vtriuſ-
que ſententiæ vim & poteſtatem eſſe exiſtimauit. Dices
fortaſſe, malam eſſe ratiocinationem ſi ex eo quo Papi-
nianus ait, poſſe ex teſtamento peti totum, quod datum
eſt inferamus putaſſe eum falcidiã ex toto legato dedu-
ci. Idque euidenter apparere ex *d.l.debitor*, in qua cùm
Paulus admittat legatum vtiliter totum peti poſſe ne-
gat tamen in *d. §. ſi creditori.* falcidiam in eo locũ habe-
re, ſed in ſola legati vtilitate. At reſpondeo. Papinianũ
iis verbis, *non vtilitatis æſtimatio, ſed totũ petetur id quod
datum eſt.* non illud tantùm dicere voluiſſe quod Paulus
fatetur, vtile eſſe totum legatũ, ſed etiam ex eo toto fal-
cidiam deduci, & in ſolidum legatarij eiuſdémque cre-
ditoris fidei committi poſſe, quod Paulus non admit-
tit. Alioqui dicere meo iudicio non poſſis, quid ſibi Pa-
pinianus velit, aut quam ob cauſam legatum à debitore
factum, quod repræſentationis commodum aliquod ha-
bet, diſſimile eſſe dicat ei quo quis creditori ſuo maio-
rem debito quantitatem legauit. Quemadmodum enim
diſſimilia ſunt legata, ita vtriuſque poteſtatem diſſimilẽ
eſſe neceſſe eſt. Et qua ratione Papinianus infert in
priore ſpecie non niſi ſuperfluum quod debiti modum
excedit, per falcidiam minui & fideicommiſſo onerari
poſſe, quia in eo duntaxat quod ſuperfluum ſit legatum
conſiſtat, ſic eodem ratiocinandi genere cõſequi opor-
tet vt cum tota res eſt in legato ex tota re falcidia de-
trahatur, & in toto legato vtiliter fideicommiſſum re-
linquatur. Rurſus quod ſequitur apud Papinianũ, etiamſi
viuo teſtatore dies venerit, aut conditio debiti extite-
rit, irritum tamen non fieri legatũ quod ſemel cœperũt,
aliam ſententiam habere non poteſt, quàm vt in eo &
falcidia locum habeat & fidei committi legatarij poſ-
ſit: quo tamen caſu cùm repræſentationis vtilitas nulla
ſit, falcidiam in toto legato locum habere neceſſe eſt:
cuius ſcilicet rationem inſpecto mortis tempore ineun-
dam eſſe conſtat *l.in quantitate.79.D.ad leg.falcid.* Ac 4
quamquam Pauli ſententiam non ſolùm ab interpre-
tibus, ſed &, quod magis eſt, ab Vlpiano probatam eſſe
intelligimus *ex l.ſi deportati.7.§.vlt de legat.3.l.2.§.mu-
lier.D.de dot.relegat.* mihi tamen ſi quod ſentio liceat di-
cere, Papiniani opinio maiorem & certiorem rationem
habere videtur. Cùm enim in creditoris poteſtate ſit,
an ex contractu agere velit poſtquam dies aut conditio
venerit, an ex teſtamento ſtatim poſt mortem teſtatoris,
abſurdum non eſt nec iniquum, falcidiam eum pati in
toto legato, ſi legatarij aut iure agere maluerit, quam
creditoris. † Hæc cùm ita ſint, mirũ videri poteſt, quod 5
ex Marcello Vlpian. ſcribit in *l.ſi creditori.28.§.vltim.D.
de legat.1.* Si rem quam ex ſtipulatu debes mihi lega-
ueris, vtile eſſe legatum, vt neque falcidia hoc minuat.
Præſertim cùm in *l.ſeq.* Paulus ſcribat, ſi neque tempo-
re, neque modo, neque conditione, neque loco debitum
differatur inutile eſt legatum. Etenim ſi ſecundum Pau-
li diſtinctionem Marcellum interpretemur quaſi de eo
debito ſenſerit, quod vel modo, vel tempore, vel condi-
tione, vel loco differebatur, quæ vulgaris interpretatio
eſt, ex vtriuſque legis coniunctione, vt videtur inducta,
eò abſurdius fiet & improbabilius quod ille dicebat
falcidiam in legato locũ non habere. Siue namque Pau-
li ſiue Papiniani ſententiam ſequare, dicendum eſt vel
in toto legato vel ſaltem in vtilitatis æſtimatione fal-
cidiæ locum eſſe. Sed & dubitationem illud auget quod
pugnantia hæc videntur, vtile eſſe legatum, neque tamẽ
id per legem falcidiam minui. Nam cùm in legatis om-
nibus lex falcidia introducta ſit, vix eſt vt legatũ vtile
dici poſſit quod per falcidiam non minuatur: adeò vt
idem Paulus in *l.ſi fundus.65.D.ad legem falcid.* non alia
ratione probet vtile eſſe legatum ſi fundus quinqua-
ginta dignus alicui legatus ſit ſub ea conditione, Si he-
redi quinquaginta dederit, quàm quod hic legatarius
falcidiam patiatur. Verùm explicandus eſt, vt arbitror,
ille Marcelli locus ex Vlpiano in *l.3.§.ſi rem.D. de leg.
3.* vbi ſcriptum eſt in ea ſpecie, cum rem ex ſtipula-
tu debitam creditori debitor legauit, illud ex legato
creditorem ſentire commodi quod rei dominium
nanciſcitur ſtatim, nec expectat ex ſtipulatu actionem,
& litis ſumptus lucratur quos ſuſtineret ſi ex ſtipula-
tione litigaret. Neque tamen ob has cauſas fidei eius
committi poſſe Vlpianus putat, quo exemplo neque
falcidiam eum pati admittendum eſt: ideò fortaſſe, quia
neque loco, neque tempore, neque modo aut conditio-
ne pluaei legatum ſit, quàm ex ſtipulatu debe, etur. Et
quamuis rei dominium ex ſtipulatu agens ſtatim nactus
non fuiſſet, purè tamen res debebatur, vt proinde com-
modum quod ex legato percipit hereditatem nil immi-
nuat, & ex iuris poteſtate potius quàm ex teſtatoris iu-
dicio & liberalitate proficiſci videatur. Valet igitur le-
gatum quia commodum aliquod habet, neque tamen
per falcidiam minuetur, quia ex eo commodo nihil in-
commodi heres ſentit, nec minus locupletem habet he-
redem, quàm ſi nihil legatum fuiſſet. † At ſi non cor- 6
pus ſed pecunia legata ſit quæ iam purè debebatur,
nulla legati vtilitas eſt, quia dominium pecuniæ nan-
ciſci legatarius non poteſt ante traditionem; & cùm
actione ei experiendum ſit, nihil eius intereſt an ex te-
ſtamento agat, an ex ſtipulatione. Vnde fit vt legatum
inutile ſit, *l.legaui.21.contra D.de liberation legat.* Quam
ego ſententiam eſſe arbitror, *d.l.ſin autem.29.de legat.1.*
in qua dilectionem illam *debitum*, ad pecuniam nume-
ratam duntaxat, non autem ad corpus referri exiſtimo,
quemadmodum debitor magis propriè dicitur qui pe-
cuniam debet. *l. debitor. 108. de verb. ſignif.* & pecuniæ
appellatio quanquam generalis eſt vt etiam corpora
comprehendat *l.pecunia.178. D. eodem.* frequentius ta-
men ad pecuniam numeratam coarctatur, & eo ſenſu
paſſim

7 paſſim in iure noſtro vſurpatur.† Illud ergo vtriuſq; le-
gis coniunctione Tribonianus docere voluit, multum
intereſſe an creditori debitor rem, hoc eſt; vt hîc ego
interpretor, ſpeciem, an quantitatem legauerit. Priore
caſu vtile eſſe legatum, licet res purè debebatur. Ita ta-
men vt falcidia in eo locum non habeat. Poſteriore ve-
rò inutile eſſe legatum, ſi neque modo, neque tempo-
re, neque conditione, neque loco, debitum differebatur.
Quod autem ad poſteriorem obiectionem pertinet, fa-
cilis reſponſio eſt. Vtilia quidem eſſe legata omnia, quæ
per legem falcidiam minuuntur, ſed inde non rectè in-
ferri, inutilia eſſe omnia que non minuuntur. Vt enim
vtile ſit legatum, ſufficit tale id eſſe ex quo commodum
aliquod accedere poſſit legatario. Vt verò falcidia in eo
locum habeat, illud etiam requiritur tale id eſſe quod
hereditatis æſtimationem diminuat. Etenim duntaxat
legatá, quibus hereditas minus locuples efficitur, per
legem falcidiam minuuntur.

Capvt XIII.

Ad §. id quod ex ſubſtitutione. l. 1. D. ad leg. falcid.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio interpretum in illa quæſtione, an legatorum & portionum ratio ſeparanda ſit, ſi pluribus heredibus ſcriptis de lege Falcidia quæratur.*
2 *Portione non grauata onerata portioni accedente legata augeri & integra præſtari ſi ſaluum quadrantem heres habeat.*
3 *Probatur ſolida legata præſtari ſi ex vulgari ſubſtitutione pars onerata non oneratæ acceſſerit.*
4 *Cuiacij contra hanc ſententiam obiectio.*
5 *An ante Seueri & Antonini conſtitutionem legata ab inſtituto relicta à ſubſtituto tacitè repetita cenſerentur?*
6 *Poſt Diui Seueri conſtitutionem à legitimis quoque heredibus repetita videri fideicommiſſa.*
7 *Inueſtigatur Pauli ſententia* in d. §. id. quod.
8 *Ratio dubitandi & decidendi in eod. §.*
9 *Ratio differentiæ* in d. §. *propoſita inter ius accreſcendi & ſubſtitutionem.*
10 *Diuerſam eſſe ſpeciem* dicti §. id quod à ſpecie §. ſequentis.
11 *An Iuliani & Proculi temporibus repudiata portio accreuerit heredi ſine onere legatorum.*
12 *Explicatur* §. vlt. l. pater. 29. de leg. 2.
13 *Explicatur & emendatur* l. 9. ff. de vſuſt. leg.

1 IN † quæſtione illa, An legatorum & portionum ratio
ſeparanda ſit ſi pluribus heredibus ſcriptis de lege
falcidia quæratur, vulgò ab interpretibus iactari & pro-
bari ſolet, diſtinguendum eſſe an onerata portio ac-
cedat, non oneratæ, an ex contrario ea quæ onerata
non eſt, oneratæ. Priore caſu legata non augeri & in ea
portione quæ onerata eſt falcidiam induci, ſiue ex ſub-
ſtitutione, ſiue accreſcendi iure acceſſerit. Poſteriore
verò confundi legatorum & portionum rationem vt
ſolida legata præſtentur, ſi modò totius hereditatis quæ
à teſtatore relicta eſt, quadrantem ſaluum heres habeat.
2 † Cuius diſtinctionis poſterior pars veriſſima ſanè eſt
& pleriſque iuris noſtri locis comprobata. *l. 1. id quod
ex ſubſtitutione in princip. l. qui fundum. 87. §. qui filium.
verſic. quòd ſi extraneus. D. ad leg. falcid.* Ratio autem aper-
ta eſt, quia hoc caſu coheres qui legatis grauatus eſt, &
cui coheredis non grauati portio accedit, ſiue ex ſub-
ſtitutione vulgari, ſiue accreſcendi iure, comparandus
videatur heredi qui ex parte purè, ex parte ſub condi-
tione inſtitutus eſt, quem non aliter falcidia vti poſſe
conſtat, quàm ſi ex vniuerſa teſtatoris hereditate, quar-
tàm partem retinere non poſſit, vt Paulus ait in *d. §. id
quod ex ſubſtitutione*, videtur etiam coheres inſtitutus
in portione coheredis ſub hac conditione, ſi ea repu-
diata erit, cùm inuito ſi adcreſcat velut appendix præ-
cedentis inſtitutionis. *l. ſi quis heres. 55. D. de acquir. he-
red.* Sed quod ad prioris diſtinctionis partem pertinet,
non puto veram eſſe generalem illam & indiſtinctam
interpretum rationem.† Nam ſi ex vulgari ſubſtitutio- 3
ne pars onerata non oneratæ acceſſerit, Iulianus in *d. §.
qui filiam.* apertè ſcribit ſolida legata præſtari, & con-
fuſus duos ſemiſſes efficere vt circa legem falcidiam, to-
tius aſſis ratio habeatur. Neq; dici poteſt, quod pro tuē-
da interpretum ſententia ſubtiliter magis quàm verè
Iacobus Cuiacius excogitauit ſubintelligendam in Iu-
liani ſpecie generalem repetitionem legatorum, quæ
vulgo, vt ille ait, *in teſtamentis* adſcribi ſolebat. Nam
neque ex Iuliani verbis conijci id poteſt, neque ratio
vlla eſt, cur propter ſolam repetitionem legatorum quæ
ab inſtituto relicta fuerant, ampliora legata ſubſtitutus
præſtet, quæ inſtitutus detracta falcidia præſtitiſſet. So-
la enim repetitionis ratio ſubſtitutum dotius adſtrin-
gere non poteſt quam inſtitutum, & ſi aliud nihil conſi-
deres, dicam teſtatoris voluntatem illam fuiſſe vt perin-
de à ſubſtituto atque ab inſtituto legata præſtarentur,† 4
Nec me mouet quod *Cuiacius* obiicit, Iuliani tempori-
bus hoc eſt ante Seueri, & Antonini reſcriptum De re-
petitione legatorum, ita ius fuiſſe vt partis ex vulgari
ſubſtitutione acquiſitæ legata coheres non deberet.
Quamquam enim eo Imperatorum reſcripto conſti-
tutum eſt, vt legata ab inſtituto relicta à ſubſtituto ta-
citè repetita, ex defuncti voluntate intelligantur *l. licet
Imperator. 74 de legat. 1. l. ſi Titio & Mauio. 61. §. 1. de leg.
2.* Ex eo tamen non rectè inferas aliud Iuliani & cæte-
rorum Iuriſconſultorum qui ante ea tempore floruе-
rint, iudicium extitiſſe. Cur non enim de tacita teſta-
toris voluntate idem iudicare & coniicere potuerint,
quod Imperatores? † A quibus ſi rectè inſpicias, non 5
tam ius nouum hac parte inductum eſt, quàm certo iu-
re conſtitutum quod anteà propter obſcuram teſtato-
ris voluntatem minus certum, & contentioſum eſſe vi-
debatur. Alioquin fatendum erit in Iuliani & aliorum
reſponſis innumeris expreſſam legatorum repetitionē
ſubintelligendam eſſe, quod mihi probabile fieri non
poteſt. Imò quod Vlpianus ait in *d. ſi. Titio* § 1. Iuliani
ſententiam illam fuiſſe vt ſi alter ex legitimis heredi-
bus, à quo fideicommiſſa relicta fuerant, portionem
ſuam repudiauerit: coheres ea fideicommiſſa præſtare
non cogatur, oſtendit potius in coheredibus ex teſta-
mento aliud Iulianum exiſtimaſſe. Alioqui cur de legi-
timis heredibus locutus eſſet?† Verùm poſt reſcriptum 6
Seueri, à legitimis quoque heredibus repetita videri fi-
deicommiſſa Vlpian. ait ad exemplum eorum qui ex
teſtamento ſuccedunt, quòd quemadmodum hi ſic illi
ex tacita teſtatoris voluntate ad hereditatem vocentur,
l. conficiuntur. 8 D. de iur. codicill. Sed & in illa Iuliani
ſpecie de qua tractamus, nihil facere legatorum repe-
titionem, vel ex eo maximè colligere licet, quod apud
Paulum qui poſt Seueri reſcriptum ſcripſit, nemo ne-
gauerit tacitè repetita videri legata, quæ ab inſtituto
teſtator reliquerat, neque tamen ideò magis coheredē
eundémque ſubſtitutum ad ſolidorum legatorum præ-
ſtationem teneri Paulus exiſtimauit, ſi verum eſt quod
idem *Cuiacius* & plærique interpretes ſentiunt, eius
loci ſententiam hanc eſſe vt per portionem oneratam
accedentem non oneratæ ex vulgari ſubſtitutione, le-
gata non augeantur. Quid enim refert an expreſsè an
tacitè repetita ſint, cùm vtroque caſu eadem ſit teſta-
toris voluntas, quæ ſola ſubſtitutum præſtatione lega-
torū obligat?† Verùm neque Pauli ſententiā hanc ego 7
fuiſſe puto. Nam etſi de vulgata ſubſtitutione loquitur
cùm ait, id quod ex ſubſtitutione coheredis ad coheredē
peruenit

peruenit proficeret legatariis illa tamen quæ ſequuntur, *ſed quæ ab eo legata ſunt, ſi omiſerit hereditatem, non augebuntur*, non de ſubſtitutione intelligenda ſunt, ſed de iure adcreſcendi, ſiue ponas coheredis portionem legatis grauatam adcreuiſſe ei cui ſubſtitutus datus fuerat, ſiue dicas quod fortaſſe probabilius eſt, & ex verbis §. colligi poteſt, tres in ea ſpecie ſcriptos fuiſſe coheredes, à Primo nihil legatũ ſed ei duntaxat Secundum ſubſtitutum, à Secundo legatum fuiſſe ſuprà dodrãtem, à Tertio nihil. Si enim Primi repudiantis portio ad Secundum ex ſubſtitutione peruenerit, certum eſt augeri legata à Secundo relicta, & id incrementum proficere legatariis, perinde ac ſi Secundus in ſua portione ſcriptus fuiſſet purè, & in parte Primi ſub conditione, Si nauis ex Aſia veniſſet. Sed ſi Secundus quoque à quo legata relicta ſunt, omiſerit hereditatem, hoc eſt non tantùm portionem ſuam ex qua ſcriptus, ſed etiam ſubſtitutionem, atque ita ambæ portiones Tertio qui ſubſtitutus non erat adcreuerint (cui enim alij adcreſceret?) legata à Secundo relicta non augebuntur, & ijs falcidiam Tertius deducet: quia idem hoc caſu obſeruandum ſit, acſi Secundus Primo ſubſtitutus non

8 eſſet, cùm ſubſtitutionem repudiatio irritam fecerit. † Dubitandi autem cauſa erat, quia cùm ſubſtitionis conditio euenisſet, & in eo ſtatu res eſſet vt propter ſubſtitutionem legata augerentur, videbatur non poſſe deteriorem fieri conditionem legatariorum ex repudiatione Secundi, cuius portio cum primi portione Tertio adcreuiſſet. Sed decidendi ratio eſt, quòd ante acquiſitam ſubſtitutionem nihil iuris acquiſitum ſit legatariis, indeque fiat vt repudiante Primo, tum Secundo, Tertius vniuerſam hereditatem non ex ſubſtitutione & iudicio teſtatoris, ſed ex lege & iure adcreſcendi conſequatur,

9 & ideò legata non augeantur. † Hæc enim differentiæ cauſa eſt inter ius adcreſcendi & ſubſtitutionem, quòd ius adcreſcendi eſt ex lege, ius verò ſubſtitutionis ex teſtatoris voluntate: quam ob cauſam cùm iudicio defuncti facultates omnes per cauſam hereditariam ad aliquem ex ſubſtitutione perueniunt, æquius eſt legata ab eo præſtari habita ratione omnium bonorum quæ teſtator reliquit, vt idem Iulianus quamquam in alia ſpecie reſpondit *d. l. qui fundum. §. qui filios*. Qui exiſtimant in toto *dict.* §. id quod ex ſubſtitutione, tractari de iure ſubſtitutionis non de iure adcreſcendi, ea potiſſimum ratione mouentur, quòd in ſeq. §. *ſi coheredis*. tractetur apertè de iure adcreſcendi, nec probabile ſit eandem ſententiam ſuperfluò repetitam eſſe. Sed ſecundum interpretationem noſtram dici hoc non po-

10 teſt. † Nam in § *ſi coheredis*. nihil de ſubſtitutione proponitur, & caſus longè diuerſus eſt, in quo ſcilicet quæritur de portione defecta adcreſcente non de repudiata, vt & ipſe, *Cuiacius* interpretatur, & conijcit recte ex verbo, *vindicauero. argum. l. 5. de vulgar. & pupil. ſubſtit.* In qua quæſtione maior dubitandi ratio eſſe videtur, quàm ſi repudiata portio adcreuiſſet quia cùm portio defecit vel viuo teſtatore, vel poſt mortem ipſius ante apertas tabulas iam inde ab initio ſemiſſes confunduntur, & quo inſtanti coheres partem ſuam vindicat, eodem neceſſe eſt vindicare eum deficientem coheredis portionem. Vnde fit vt legata quibus in teſtamento defecta pars onerata fuerat, ab vniuerſa hereditate relicta intelligantur, cùm mortis aut aditionis tempore vnus duntaxat heres reperiatur. Quod diuerſum eſt ſi vtrique coheredi delata ſit hereditas & vnius repudiãtis portio alteri qui ſuam iam agnouerat adcreuerit. Hoc enim caſu dici non poteſt coheredem vindicare partem coheredis quæ ei inuito & ipſo iure acquiritur, & cùm coheres partem ſuam nil oneratam & integram iam habet, minus æquum eſt augeri legata defectæ portionis, & eam partem quam ſolam habere poterat integram per adcreſcentem diminui, quia non præſtat ea legata ex perſona & ea parte coheredis à quo relicta fuerant, quique falcidiam detrahere potuiſſet. *l. in ſingulis. 77. D. eod. tit.* Et hæc fortaſſis ratio fuit propter quam in illa ſpecie cùm quæritur, an confundendæ eſſent partes ad ponendam rationem legis falcidiæ, alia fuit Caſſij, alia Proculi & Iuliani ſententia. Ac quamquam Paulus magis probat, mirum tamen videri non debet quod diuum Antoninum iudicaſſe idem Paulus refert commiſcendas eſſe vtraſque partes, nec ratio eſt vlla quæ cogat nos addita negatione legere, *non commiſcendas*, aut vt mihi aliquando probabilius videbatur, *non miſcendas*, vna duntaxat litera mutata. Nam in quæſtione tam dubia & inter ipſos etiam iuris authores cõtrouerſa credibile eſt in vtram voles partem Antoninũ reſpondiſſe. Cæterùm tractari eo loco de caſu aliquo ſingulari apparet ex illis verbis, *in qua ſpecie*. Iuliani tamen, Proculi & Pauli ſententia verior eſt. *l. quod ſi alterutro. 78. D. ad legem falcidiam.* Atque ita concludere licet nihil referre an adcreuerit portio portioni ex repudiatione coheredis an alio iure. Vtroque enim caſu idem iuris eſt, niſi quòd portione repudiata minorem res habet difficultatem quàm cùm alio iure adcreſcit. † 11

Dices cum *Cuiacio*, Iuliani & Proculi temporibus repudiatam portionem adcreuiſſe coheredi ſine onere legatorũ. Sed hoc iam ſuprà refutauimus. Et §. *vlt.* quo mouetur *l. pater. 29. de legat. 2.* ad rem non pertinet. † Quod 12

enim eo loco Celſus ſcribit filium heredẽ cui adcreuit pars coheredis à quo nominatim legatũ fuerat, non præſtare legatum, quod iure antiquo capit, intelligendum videtur de parte coheredis facta caduca nõ de repudiata, vt ſignificare videntur verba illa, *quod iure antiquo capit*. Nam lex Papia de caducis ius antiquum ſeruauerat liberis vſque ad tertium gradum. *l. vnic. §. 1. C. de caduc. tollend.* & ſenſus eſt, portionẽ defectam poſt teſtatoris mortem ante apertas tabulas adcreſcere cum legato filio coheredi, quia niſi id iure antiquo caperet, legatum eſſet caducum ſicut & hereditas. Dici etiam illud poteſt alia ratione Celſi reſponſum niti, nimirum quòd ab herede cuius portio defecerat, nominatim legatum relictum proponebatur. Quod autem alicuius heredis nominatim fidei committitur poteſt videri teſtator ita demùm dari voluiſſe ſi ille heres extitiſſet, vt in eadẽ lege Celſus ſcribit. Sed ratio hæc ab aliorum Iuriſconſultorum opinione aliena eſt, cùm legata ab vno ex coheredibus nominatim relicta à coherede præſtanda eſſe Paulus ſcribat in *dict* §. id quod ex ſubſtitutione, & ex aliis locis conſtat maximè poſt Seueri reſcriptum, *l. cùm pater. 77. § cùm pater. 7. de legat 2. l. 4. C. ad Treb.* Rurſus, quod idem vir doctiſſimus ſcribit portionem defectam poſt teſtamentũ mortuo coherede vel poſt mortẽ teſtatoris ante apertas tabulas tam vetere iure quàm teſtatoris ante apertas tabulas tam vetere iure quàm nouis legibus Iulia & Papia adcreuiſſe coheredi cum onere, ſicut legatum quoque quod eadem ratione deficiebat ex *d. l. pater in princip.* verum etiam nõ eſt. Nam portiones quæ poſt mortẽ teſtatoris ante apertas tabulas deficiebant, caducæ erant, & fiſco vindicabantur, *d. l. vnic. §. & cum triplici. & §. in nouiſſimo. & C. de caduc. tollend*, ac proinde ius adcreſcendi in iis locum habere non poterat. Ea verò quæ viuo teſtatore deficiebant, & erant in cauſa caduci, quamquam ad fiſcum non deuoluebantur (tametſi malè contra vulgo creditum ſit) vt ex innumeris iuris locis probari poteſt. *l. cùm ex filio. 39. §. vlt. de vulgar. & pupill. ſubſtit. dict. l. pater. l. ſi ab eo 9. de vſufruct. legat. l. vlt. D. ſi pars heredit. petat. l. epiſtolam. 75. D. ad S.C. Trebell.* remanebãt tamẽ penes heredẽ aut eos à quibus relicta fuerãt ſine onere vt cõſtat ex *d. l. vnic. §. pro ſecũdo.* vbi Iuſtinianus corrigendo, vt ille ait, ius vetus conſtituit manere hæc apud eos omnes à quibus ſunt relicta cum onere & grauamine adiuncto qualecunque illud ſit, ſiue legati aut fideicõmiſſi aut cõditionis implẽdæ cauſa, aut quacumque alia via excogitatũ. Neque vllus iuris veteris locus eſt qui hæc remanere dicat cum

onere

onere, præter *dict. l. pater. in princip.* cuius tamen caſum
ſpecialem eſſe vel ex ipſis legis verbis conijci poteſt. Et
eam fortaſſe rationem habet quòd concubinæ fideicō-
miſſum relictum fuerat cui omnimodo teſtator relictu-
rus videbatur propter adfectionem perſonæ arg. *l. cùm*
alienam. 10. C. de leg. iuncta l. item legato. 49. §. pen. de legat.
13 *3. l. Caius 45. D. de ſolut. matrim.* † Poſſit etiam quis obij-
cere, *l. ab eo. 9. D. de vſufruct. legat.* in cuius ſpecie heres
penes quem remanet legatum vſusfructus fideicōmiſ-
ſo oneratum, fideicommiſſum nihilominus præſtat, ſiue
legatarius legatum repudiauerit, ſiue viuo teſtatore de-
ceſſerit. Sed hæc poſtrema verba ad militis teſtamētum
referenda videntur, cuius fauore fortaſſis dici poteſt fi-
deicommiſſum deberi ab eo penes quem legatum re-
manet, ne militis voluntas intercidat, quæ ex nuda ver-
borum conceptione potius quàm ex iuris communis
ratione æſtimatur. Niſi quis malit dicere, illud dunta-
xat Iuſtinianum induxiſſe vt is penes quem remanet le-
gatum quaſi caducum, ſentiat onus annexum non tan-
tùm fideicommiſſi ſicut iure vetere, ſed etiā aliud quod-
libet puta eius quod conditionis implendæ cauſa reli-
ctum eſt, & alia huiuſmodi quibus iure vetere non ob-
ſtringebatur. Aut potius ea verba *vel viuo teſtatore deceſ-*
ſerit, à Triboniano vel aliquo interprete ad Vlpiani tex-
tum addita eſſe propter Iuſtiniani nouam conſtitutio-
nem, vt pleriſque alijs locis factum eſt, quod mihi pro-
babilius ſanè videtur. Illud planè cōſtat iure vetere iam
obtinuiſſe vt portio coheredis in cauſa caduci adcreſce-
rit coheredi cum onere præſertim poſt Diui Seueri cō-
ſtitutionem, Nec de hoc caſu Iuſtinianus loquitur. Nam
portio coheredis non relinquitur à coherede, neque ad
eam poſſunt adaptari verba illa conſtitutionis *ſancimus*
ea qua euenerint ſimili modo manere apud eos à quibus ſunt
relicta. Verùm de his iam ſatis.

CAPVT XIV.

Ad l. 2. & 3. D. ad S. C. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Goueani diſtinctio ad interpretationem.* l. 2. & 3. ad S.C. Trebell.

2 *An in poſteriore dicta diſtinctionis parte Celſus à Marcello diſſenſerit?*

3 *Reijcitur dicta Goueani. diſtinctio & emandatio ad d.* l. 2 ad S.C. Trebell.

4 *Sententia* §. item Pomponius. l. 3 ff. eod. tit.

5 *Diuerſas in dictis legibus à Celſo & Marcello tractari quæſtiones.*

6 *Quomodo legatorum ratio ponenda ſit, quum is qui quadringenta in bonis habebat trecenta legauit & heres fidei commiſit, vt alteri conſtitueret, nec de eius voluntate conſtat?*

7. *Cur in ſpecie* d. l. 2. *Celſus integrum legatorum onus ad fideicommiſſarium pertinere voluerit?*

8 *Quo ſenſu in* d. l. 2. *dicatur legatorum onus ad fideicommiſſarium pertinere.*

9 *Quomodo facienda ſit computatio, ſi teſtator legatorum onus non ad fideicommiſſarium ſed ad heredem pertinere voluerit.*

10 *An cùm deductis legatis reſtitui hereditatem teſtator iuſſit, legatorum onus ad heredem, an verò ad fideicommiſſarium pertineat?*

11 *Vera Celſi dubitatio in ſpecie* d. l. 2.

12 *Emendantur vltima verba* d. l. 2.

1 AVdio † doctiſſimum virum Antoniū *Goueanum* in
eruditis ſuis prælectionibus ad S.C. Trebell. cùm
interpretaretur quæſtionem *l. 2. & 3.* eius tituli, diſtin-
guere ſolitum fuiſſe, an is qui quadringenta in bonis
habebat & trecenta legauit, hereditatem reſtitui iuſſerit
ſimpliciter, an deductis legatis, aliter enim atque aliter
legata præſtari. Nam eum qui ſimpliciter hereditatem
reſtituere rogatus ſit cum onere legatorum reſtituturū
ita vt nullam ipſe oneris partem ſubeat ex Trebelliano
ſiue ex Pegaſiano reſtituat, ſed falcidiam illibatam &
intactam habiturum, quando fideicommiſſo non de le-
gatis retinebit. In propoſita igitur ſpecie fideicommiſ-
ſarium trecenta legatarijs præſtaturum quoniam ipſe
falcidiam inducere non poſſit. Eandémque præſtando-
rum legatorum rationem eſſe ſi ſuſpectam heres dixerit
hereditatē. Quòd ſi teſtator legata ad onus heredis eſſe
voluerit, hoc eſt, vt ille dicebat, ſi deductis legatis here-
ditatem reſtitui iuſſerit tam de legatis quàm de fidei-
commiſſo heredem quartam retenturum, indéque fu-
turū vt minus legatarij cōſequantur, quàm ſi cum one- 2
re legatorum hereditas reſtituta eſſet. † Atque hoc po-
ſteriore caſu cùm quæritur, qua ratione legatorum &
fideicommiſſi falcidia ponenda ſit, exiſtimabat vir do-
ctiſſimus Celſum à Marcello diſſenſiſſe. Et Celſum in
ea fuiſſe opinione vt de trecentis legatis heres ſeptua-
gintaquinque retineret, de centū vero quæ in fideicom-
miſſo eſſent, vigintiquinque. Ratione illa quòd legatis
trecentis, & herede rogato reſtituere hereditatem de-
ductis legatis, id duntaxat videatur heres rogatus reſti-
tuere, quod ei muneribus hereditarijs perfuncto poſt
legatorum præſtationem ſupereſſet, hoc eſt centum ex
quadringentis, quæ fideicōmiſſarius habiturus ſit ſi he-
res coactus adierit, aut heres ipſe tam ex legatis quàm
ex fideicommiſſo pro rata deducturus, ſi ſponte heredi-
tatem agnouerit. Marcellum verò magis fauorabilem
fideicommiſſario rationē induxiſſe, vt trecentis in par-
tes ſeptem diuiſis quatuor fideicommiſſarius ferat, tres
legatarius, ac ſi per fideicommiſſum quadringenta reli-
cta eſſent, & legata trecenta. Amplius enim fideicom-
miſſum videri parte vna, quàm legatum: quare etſi ſuſ-
pecta hereditas diceretur, centum quæ heres amiſit, &
quatuor partes trecentorum fideicommiſſarium habi-
turum, ne plus ferant legatarij ex recuſatione heredis
quàm noluiſſent ſponte adita hereditate. † Sed quoniam 3
diſtinctio hæc Celſi verbis non conuenit, qui tota lege
non niſi de eo herede loquitur, quem cum onere lega-
torum fideicommiſſum reſtituere teſtator voluit, puta-
bat vir alioquin peracutus, & ſummo ingenio præditus
Celſi textū corruptum eſſe, & in illis verbis, *nam heres*
hoc rogatus intelligi debet vt eo ſuo loco conſtituat, legendū
eſſe addita linea integra, *nam heres qui rogatur deductis*
legatis hereditatem reſtituere, hoc rogatus intelligi debet,
&c. Verum ſi vtriuſque legis verba diligentius perpen-
das, neque ſupradicta diſtinctio vera eſt, neque emen-
datio probabilis. Quamquam enim multum intereſt an
legatorum onus ad heredem an verò ad fideicommiſſa-
rium pertinere teſtator voluerit, vt apertè Marcellus di-
ſtinguit, nihil tamen intereſt an ſimpliciter, an deductis
legatis hereditatem reſtituere heres ſit iuſſus. Etenim
vtroque caſu certū eſt, legata eſſe ad onus fideicōmiſſa-
rij non heredis, vt vel ex eo maximè colligere licet quòd
Vlp. *in d. l. Marcellus*, poſtquam de eo caſu tractauit quo
teſtator ad heredis onus legāta eſſe iuſſit, aliam quæſtio-
4 nem tanquam diuerſam ſubiicit *in § item Pomponius*, †
Si deductis legatis reſtituere quis hereditatem rogatus
ſit, verum ſolida legata præſtet & quartā ex ſolo fidei-
commiſſo detrahat: an vero & ex legatis & ex fideicom-
miſſo falcidiam deducat. In qua quæſtione longe aliter
reſponderet ex Pomponij ſententia, quàm in præcedēti
Marcellus reſpondiſſet. Ille enim dicebat legatorum in
ſeptem diuiſionem fieri debere, & ex iis legatario præ-
ſtari tres duntaxat reliquas quatuor fideicommiſſario.
Pomponius verò in ea ſpecie quā tractat cùm heres de-
ductis legatis reſtituere rogatus eſt, dat ei quadrātē tam
ex legatis, quàm ex fideicōmiſſo conficiendū, & ea tre-
centis quæ legata proponuntur nihil fideicommiſſario
tribuit, ſed integra legatario, exceptis tantum quinq; &
ſeptuaginta quæ neceſſe eſt penes heredē iure falcidiæ
remanere, & detractis etiā quinque & viginti ex cētum

quæ

quæ ſunt in fideicommiſſo integram falcidiam, boc eſt
centum conſequatur. Hanc enim Pompouij ſententiam
fuiſſe interpretor, quæ tamẽ cum Marcelli opininne pugnaret,
ſi nihil intereſſet an fideicommiſſum ab berede
legatis deductis relinqueretur, an ad onus heredis legata
pręſtarẽtur. Deinde ſecundũ *Gousam* interpretationẽ,
& emendationẽ euenit, vt in eadẽ prorſus ſpecie admittendnm
ſit, cõtrarias fuiſſe Marcelli & Celſi opiniones,
quud facile admittendũ non eſt neque hoc neque alio
4 vllo caſu, niſi cùm tam aperta eſt diſſenſio & diſſentiendi
cauſa vt nulla ſatis recta reconciliationis ratio iniri
5 poſſe videatur. † Quod etſi pleriſque iuris noſtri locis
Triboniani incuria accidiſſe oõ inficior, attamẽ in propoſita
quæſtione nihil clarius, & certius eſt, quicqnid
poſt Azonem Eguinarius Baro & alij nonnulli ſcripſerunt,
quàm diuerſas à Celſo & Marcello tractati quæſtiones.
Illud ſanè verum eſt apud vtrumque hanc inſtitui
diſputationẽ, Qnomodo legatorum ratio ponenda
ſit, ſi is qui quadringenta in bonis habebat trecenta legauerit
& heredis fidei commiſerit vt alteri hereditatẽ
reſtitueret. Sed de illo caſu Marcellus tractat, quo reſta-
6 tòr ad onus heredis legata eſſe dixi. † Celſus verò cùm
de teſtatoris voluntate non conſtat, quo caſu præſumẽdum
eſt voluiſſe eum onus legatorum ad fideicommiſſarium
pertinere. Neque ratio vlla facit cur apud Celſum
de vtroque caſu tractari comminiſcamur, cùm tam
in principio, quàm in fine legis trecenta legatario deberi
concludat, niſi cùm herede ſponte adeunte quarta
ea iis deducenda eſt. Tum verò ſi quid intereſſet an ſimpliciter
an deductis legatis reſtitui hereditatem teſtator
voluerit, incõcinnè & parum accõmodatè Celſus poſt
illa verba, *tota trecenta te Titio dare debere*, rationẽ hanc
ſubiunxiſſet, *nam heres qui rogatur deductis legatis hereditatem
reſtituere, hoc rogatus intelligi debet, vt te ſuo loco*
7 *conſtituat.* † Illud enim palam eſt, Celſum his verbis, &
aliis quæ ſequuntur rationẽ reddere voluiſſe eius quod
prius dixerat, fideicommiſſarium tota trecenta Titio
legatario debere. Ratio autem recta & aperta illa eſt,
quòd heres hoc ratus intelligi debeat vt ſuo loco fideicommiſſarium
conſtituat, & quicquid perfunctus muneribus
hereditariis, id eſt poſt legatorum dationẽ reliquum
habiturus eſſet ſi non eſſet rogatus fideicommiſſario
reſtituat, hoc eſt centum, ac ſi trecenta Titio
dare damnatus eſſet, & fideicõmiſſario centum. Vnde fit
vt ſi hereditatẽ ſua ſponte heres adierit, dare Titio ducenta
vigintiquinque debeat, fideicommiſſario autem
ſeptuagintaquinque, vt lex ait, quoniam ita fit, vt hereditatis
totius quadrantem hoc eſt centum pro falcidia
retineat. Nec minus ratio hæc locum habebit, ſi ſimpliciter,
quàm ſi deductis legatis hereditatẽ reſtituere iuſſus
proponatur, cùm vtroque caſu legatorum onus ad
fideicommiſſarium pertineat, vt ſuprà probauimus. †
8 Quòd ſi quis dicat eo caſu quo legata ad onus fideicõmiſſarij
eſſe teſtator voluit, heredi cum legatariis rem
non eſſe, & idcò ea legatis quartam eum deducere non
poſſe, ſed ea ſolo fideicommiſſo, reſpondebo, quòd dicimus
legatorum onus ad fideicommiſſarium pertinere
ſi ita teſtator dixerit, non ſic accipi debere quaſi per
manus fideicommiſſarij non heredis legata præſtentur,
ſed ſic potius vt quæ heres præſtitit, fideicommiſſum
minuant, non reſpectu heredis qui omni caſu nihil
niſi quadrantem habere poteſt, ſed legatariorum quibus
ampliora legata præſtantur, quàm ſi ad onus heredis
legata eſſe teſtator voluiſſet. Idque apertè Celſus
docet, cùm ſcribit præſumendum eſſe, teſtatorem cum
onere legatorum fideicommiſſum reſtitui voluiſſe, &
ex eo nimirum infert præſtari legatario integrum legatum.
Ac ſi teſtator vniuerſam hereditatem reſtitui iuſſiſſet,
deinde à fideicommiſſario non ab herede legatum
reliquiſſet. Nihil enim aliud eſt legatorum onus ad fideicommiſſarium
pertinere, quàm ſic falcidiæ rationem
iniri ab herede, ac ſi legata non ab eo ſed à fideicommiſſario
relicta eſſent. † Ac cum ad heredis onus legata 9
eſſe teſtator dixit, ſi quod ſupereſt in hereditate ſolutis
legatis ad falcidiam ſatis ſit, nihil heres ex legatis deducet,
neque item ex fideicommiſſo cum detracta falcidia
nihil ſit reliqui. Sed cum falcidiæ nomine centum,
quæ deductis legatis ſuperſunt retinuerit, neque
aliquid ſuperſit quod reſtitui poſſit ei cui teſtator totam
hereditatem per vniuerſale fideicommiſſum reſtitui
voluit: Cogimur dicere quod ſubtiliter Marcellus
excogitauit, ſic faciendã cõputationem, ac ſi quadringenta
per fideicommiſſum eſſent relicta, trecenta verò legata,
vt in ſeptẽ partes trecẽta diuidantur, & ferat quatuor
partes fideicommiſſarius, tres legatarius. Nam aliter
conſtituto iure fieret vt nihil fideicommiſſarius haberet:
idque contra teſtatoris voluntatem, quæ illa fuit
vt parte vna plus haberet fideicommiſſarius quàm legatarij.
Neque hoc caſu ea legatis falcidiæ pars deduci
poteſt & ex fideicommiſſo ſuppleri vt contingit ſi deductis
legatis hereditatem reſtituere hoc rogatus ſit:
quoniã ad heredis onus teſtator legata eſſe voluit, nec
legatariis priuſquàm fideicommiſſario ſatisfieri, vt eò
amplius fideicõmiſſarius conſequeretur, quod non eueniret
ſi tam ea legatis quam ea fideicommiſſo falcidia
deduceretur. † At cùm deductis legatis reſtitui heredi- 10
tatem teſtator iuſſit, quamquam vniuerſale fideicõmiſſum
eſt non particulare. *l. cogi.* 16. §. *inde quæritur. D. ad
S.C. Trebell.* Quia tamen prius ſatisfieri legatariis quàm
fideicommiſſario teſtator voluit, fieri contra volũtatem
ſi ea ea ſumma quæ legata eſt aliquid fideicommiſſario
tribueretur. Imò integra præſtanda eſt legatariis, detracta
duntaxat per heredem falcidia, qui quoniam totius
hereditatis quadrantem habere debet, id quod deeſt ex
fideicõmiſſo deducit. *dict. l. Marcellus.* §. *item Pomponius.*
Hoc enim caſu fideicommiſſarium non heredem legatis
oneratum eſſe ſcriptum eſt in *d.* §. *item quæritur, & in
l.* 1. §. *ſi is qui quadringenta.* 17. *D. eodem.* Ex quo *Goueani*
ſententia apertiſſimè refellitur, non ſolùm in eo quod
nihil referre putat an deductis legatis hereditatem reſtitui
teſtator iuſſerit, an ad heredis onus legata eſſe voluerit.
Sed in illo etiã quòd ait falcidiæ rationẽ ineundam
eſſe ſecundum Marcelli computationem, ſi dedu-
ctis legatis reſtituere hereditatem heres rogatus ſit. † 11
Illud quoque vir doctiſſimus animaduertere debuerat,
non de illo præcipuè Celſum dubitare quomodo falcidiæ
ratio ponenda ſit, ſiue ſimpliciter, ſiue deductis
legatis reſtituenda ſit hereditas, ſed potius quantum in
illa ſpecie legatario præſtare fideicõmiſſarius deberet.
Proponebatur enim heredem coactũ adiiſſe, qui ſi ſponte
adiiſſet, ex trecentis ſeptuaginta quinque deducere
potuiſſet. Videbatur autẽ fideicommiſſariũ cuius lucro
heredis recuſatio ceſſiſſet, nõ niſi ducenta vigintiquinque
Titio pręſtare debere. Quomodo Marcellus apertè
diffinit in ea ſpecie quam tractat, cùm ait, iniquiſſimũ
eſſe plus ferre legatarium ideò quia ſuſpecta dicta eſt
hereditas, quàm tuliſſet ſi ſponte adiiſſet hereditatem.
Ac ſanè ita eſt ſi ad heredis onus legata eſſe teſtator
voluerit. Sed ſi cum onere legatorum fideicommiſſum
reſtitui iuſſerit, qui caſus eſt de quo Celſus diſputat,
non idem dici poteſt, quia cùm in ea ſpecie vi ipſa non
tam hereditas reſtituatur, quàm id quod ex hereditate
ſupereſt, vt Vlpianus ſcribit in *dict.* §. *inde quæritur*,
potior eſt legatariorum quàm fideicommiſſarij cauſa,
neque teſtatoris voluntas patitur vt falcidiam quam
heres ſponte adeundo deducere potuiſſet, fideicõmiſſarius
retineat, quoniam non niſi id quod deductis trecentis
ſupereſſet, hoc eſt centũ reſtitui voluit. Hinc verò
manifeſtè ſequitur plus legatario deberi, cùm heres
ſuſpectam hereditatem dixit & adire coactus eſt, quàm
ſi iniuſſu Prætoris & ſpõte adita hereditas fuiſſet. Illo
enim caſu trecẽta integra cõſequitur, hoc verò non niſi
ducẽta & vigintiquinque, vt Celſus ait. † Ergo tollenda 12
negatio eſt in poſtremis illis verbis, *non ergo plus Titio
debetur*

debetur, quam ſi iniuſſu Prætoris adita hæreditas foret, ne illatio prorſus falſa ſit & præcedentibus ex diametro repugnet. Niſi quis probabilius putet pro *non* legendum eſſe *nunc*, hoc eſt, in caſu propoſito: cùm vt diximus, hæres ſuſpectam hæreditatem iuſſu Prætoris adiiſſe proponeretur. Vtcunque verò ſit, facilè potuit error naſci vel ex librarij incuria, vel imperiti alicuius interpretis audacia, moti fortaſſe ex eo quod in *l. ſeq.* Marcellus ſcripſit, iniquum eſſe plus vno caſu ferre legatarium quàm altero. Verùm aliam Celſi aliam Marcelli quæſtionem eſſe oſtendimus: & ſicut caſuum diuerſitas diligenter diſcernenda eſt, ita quæ ad eos caſus accommodari poſſunt rationes diſtinguendæ ſunt, quemadmodum à nobis hoc capite non inſubtiliter factum fuiſſe exiſtimamus, contra omnes interpretum omnium opiniones.

Capvt XV.

Æmendatio §.vlt.l.1.D.de leg.3.

SVMMARIA.

1 *An inferioris gradus agnatus fideicommiſſum à primo gradu relictum præſtare debeat, vel non?*

2 *An Seueri & Antonini conſtitutio, qua legata ab inſtituto relicta à ſubſtituto repetita videntur, ad inteſtati quoque cauſam pertineat?*

3 *Differentia inter iuis accreſcendi, & ſubſtitutionem.*

4 *Codicillis ab inteſtato factis, & relictis fideicommiſſis, quemlibet inteſtato ſucceſſorem fideicommiſſa debere.*

5 *Explicantur & emendantur vltima verba de §.vlt.l.1.* de leg.3.

1 NOn † puto verum eſſe, quod ab Vlpiano ſcriptum legimus in *l.1.§.vlt.D.de legat.3.* Si quis inteſtatus decedens, ab eo qui primo gradu ei ſuccedere potuit, fideicommiſſum reliquerit, & ad ſequentem gradum ſucceſſio deuoluta ſit, fideicommiſſum non deberi. Repugnat enim quod in eadem lege paulò ante idem Vlpianus ſcripſit, poſſe quem fidei committere eorum ad quos morte eius aliquid peruenturum eſt ſiue eis aliquid detur, ſiue quod adimi poterat non adimatur, nec tantum proximi bonorum poſſeſſoris, verùm inferioris quoque fidei committi poſſe. Adeò vt eius etiam qui nondum natus eſt fidei committi poſſit, ſi modò talis ſit qui cùm naſcetur, ſit ſucceſſurus. Cui conſequens eſt vt in alio caſu cùm à primo gradu fideicommiſſum relictum eſt, & ad ſequentem deuoluta ſucceſſio, fideicommiſſum deberi, Vlpianus reſponderit. Quod & verba illa ſignificare videntur, *Illud certè indubitate dicetur.* Sic enim iuris authores loqui ſolent cùm à caſu magis dubitabili ad minus dubitabilem progrediuntur. Sed me illud omnium maximè mouet quod Vlpianus ſubiicit, *& ita Imperator noſter reſcripſit.* Nullum ſiquidem extat reſcriptum Seueri, aut Antonini quos Vlpianus Imperatores ſuos dicit, quo tale aliquid cautum reperias vt inferioris gradus agnatus fideicommiſſum à primo gradu relictum præ-
2 ſtare non debeat. † Quin ex contrario idem Vlpianus refert in *l. licet Imperator.74. de legat.1.* Imperatorem Antoninum cum patre Seuero reſcripſiſſe, voluntate teſtatoris repetita videri à ſubſtituto, quæ ab inſtituto fuerunt relicta ſiue legata ſint ſiue fideicommiſſa. Quæ cõſtitutio licet ad cauſam teſtati maximè pertinet, quoniam ab inteſtato neque inſtitutio neque ſubſtitutio vlla eſſe poteſt, tamen per prudentum interpretationem ad cauſam quoque inteſtati tracta eſt, vt idem quoque Vlpianus ſcribit in *l. ſi Titio.61.§. Iulianus, de legat.2.* vbi ait nõ poſſe poſt illud Imperatoris Seueri reſcriptũ admitti, & defendi quod Iulianus ſcripſerat, ſi alter ex legitimis hæredibus portionem repudiaſſet, cùm ei-ſent ab eo fideicommiſſa relicta, cohæredem eius non eſſe cogendum præſtare fideicommiſſum, & ad eum portionem ſine onere pertinere. Nam quemadmodum fideicommiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtitutis debentur, ita & cohæredem quaſi ſubſtitutum cum ſuo onere conſequi adcreſcentem portionẽ. Quòd ſi ea Seueri & Antonini conſtitutio quæ de ſubſtituto loquitur, ad cohæredem legitimum tanquam ſubſtitutum protracta eſt, an non maior ratio facit vt ad eum qui in ſecundo gradu ab inteſtato ſuccedit, quàm ad legitimum cohæredem extendatur? Cùm enim ſubſtitutio nihil aliud ſit quàm ſecunda inſtitutio, vt interpretes noſtri poſt *Accurſium* diffiniunt, hoc eſt, vt Caius in Inſtitutionibus dixit, ſecundi hæredis inſtitutio, an non in ſucceſſione inteſtati rectius ſubſtitutus dicetur, an ſaltem ſubſtituto comparabitur is ad quem ſecundo gradu ſucceſſio deuoluitur, quàm cohæres legitimus, qui nec ſi teſtamentarius eſſet, ſubſtitutus verè dici poſſet? † Longè enim 3
diuerſa cauſa eſt iuris accreſcendi, & ſubſtitutionis, *l. ſi ex pluribus, 9. D. de ſuis & legit.* & cohæredi inuito, ac præter teſtatoris voluntatem, deficiens portio accreſcit, quæ ſubſtituto non niſi volenti & ex teſtatoris iudicio acquiritur. Ergo fideicommiſſum quod à primo gradu relictum eſt, ab inferiori, ſi ad eum deuoluta ſucceſſio ſit, præſtari debet, idque ex Seueri reſcripto & prudentum interpretatione adeoque ex tacita defuncti voluntate, quam præſumendum eſt talem fuiſſe, vt non amplior hæreditas ad inferioris gradus agnatos quam ad proximos perueniret, arg. *l. Publius.36.§. Titia codicillis. D. de cond. & demonſtr.* Id verò accideret, ſi fideicommiſſum à primo gradu relictum à ſequenti tacitè repetitum non intelligeretur. Neque ſanè diſſimilitudinis ratio vlla probabilis reddi poteſt cur fideicommiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtituto debeantur, ea verò quæ à proximo agnato data ſunt, ſi ſequenti gradui locus fiat, minimè debeantur. Vtroque enim caſu fideicommittentis voluntas eadem eſt quæ nõ minus à legitimis hæredibus quàm ab iis qui ex teſtamento ſuccedunt ſeruari debet, cùm ab inteſtato ſuccedentibus paterfamilias ſponte ſua relinquere legitimam hæreditatem exiſtimetur, *l. conficiuntur, 8. D. de iur. codicill.* † Vnde fit vt ab inteſtato factis 4
codicillis & relictis fideicommiſſis, quilibet inteſtati ſucceſſor fideicommiſſa debeat, & locum habeant codicilli, nec interſit quis ſuccedat dum inteſtato ſuccedat, vt Paulus ait in *l. ab inteſtato.16. D. eod.* ſiue fideicommiſſa hoc modo relicta ſint, *Quiſquis mihi hæres erit, vt l.5. D. eod.* ſiue ab eo gradu qui primum in ſucceſſione inteſtati locum obtineat, vt in d. *l.1.§.vlt. de leg.3.* Nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat in ſpecie *l. pen. D. de iur. codic.* poſthumum nullam partem debere legatorum quæ filio iam nato in codicillis ab inteſtato factis pater reliquerat. Illic enim de poſthumo pater nihil ſperauerat, vt lex ait, proinde non poterat videri onerati voluiſſe eum de quo nil cogitaſſet, præſertim filium cuius fauorabilior quàm cæterorum ab inteſtato ſuccedentiũ cauſa eſſe ſolet. Sed de iis quos lex ad inteſtati ſucceſſionem ſecundo loco vocat, non ſimiliter dici poteſt, defunctum non cogitaſſe. Quis enim ignoret proximis hæredibus legitimis repudiantibus aut præmorientibus ad ſequentem gradum ſucceſſionem deuolui. † Sed & 5
quod apud Vlpianum ſequitur in fine d. *l.1. de leg.3.* Si à patrono fideicommiſſum relictum ſit, & aliquis ex liberis eius mortuo eo admiſſus ſit ad bonorum poſſeſſionem, idem eſſe dicendum, vix aliam interpretationem recipere poteſt, quàm vt à patroni liberis fideicommiſſum debeatur. Nam cum patrono mortuo ſiue ante ſiue poſt mortem liberti, patroni filius tanquam proximior ad inteſtati ſucceſſionem vocetur, æquiſſimum ſanè eſt, vt quemadmodum patris locum ſubintrat, ita quod patri iniunctum erat onus ſeorſat, & fideicommiſſum à patre relictum reſtituat, ne alioqui locupletiorem hæreditatẽ conſequatur, quàm conſecutus fuiſſet, pater qui

fideicommiſſum debuiſſet. Hæc cùm ita ſe habeant, dubitandum non videtur, quin apud Vlpianum tollenda ſit negatio in illis verbis *eum fideicommiſſum non debere.*

CAPVT XVI.

Emendatur §.tandiu.l.qui bona.23.D de acquir. rer. Domin.

SVMMARIA.

1 *Abundare negationem* in §.generaliter, d.l.qui bona.
2 *Emendatur* §.ſi quis duobus, d.l.qui bona, *& à triplici mendo repurgatur.*
3 *An ſeruus alienus, vel liber homo quem bona fidei emero tandiu ex re mea vel ex operis ſuis mihi acquirat, quandiu à me euictus non fuerit, licet alienum vel liberum eſſe ſcire cœpero.*
4 *Diſtinguendum eſſe in dicta quæſtione inter hominem liberum & alienum ſeruum.*
5 *Tolluntur verba irreptitia* è d.§.tandiu.

PRæclarè & ingenioſè *Iacobus Cuiacius* obſeruationũ libris annotauit deprauatiſſimum eſſe textum *l. qui bona fide.23.in §.generaliter, & §.ſi quis duobus.D.de acquirend.rer.dom.* & quomodo emẽdandus ſit explicauit.
1 † Nihil enim certius ac verius dici poteſt, quam quod ille ſcribit in §.*generaliter*, illis verbis, *quod autem ex re eius ſibi acquirere non poteſt*, negationem abundare, eaque ſublata legendum eſſe *quod autem ex re eius*. Nullo ſiquidem iuris loco ſcriptum reperias, acquiri quicquã bonæ fidei poſſeſſori per liberum hominem, niſi quod vel ex re poſſeſſoris vel ex hominis liberi operis acquiratur. Atque ita ſine negatione ſcriptũ vidi in vetere codice quo Taurini per aliquot annos vſus ſum, cuius authoritas cũ iuris ratione coniuncta fecit vt ab eo tempore de viri doctiſſimi coniectura quam ſemper probaueram, nihil
2 amplius dubitandum putauerim.† Quod etiam vir doctiſſimus docuit in §.*ſi quis duobus*, errorem eſſe in illis verbis, *aut ſi liber ſit, ei qui fide bona ſeruiat*, & legendũ potius, *aut ſi liber ſit ſibi an vero ei debeat*, &c. eiuſdem codicis authoritate confirmatur, in quo ſic legitur *aut ſi liber ſit, ſibi vel ei cui bona fide ſeruit*. Sed omnino delẽda ſunt verba illa *vel ei cui bona fide ſeruit*, cum in Pãd. Florent. lineis intercluſa ſint, quomodo cætera quæ germano textui ab interpretibus addita eſſe exiſtimantur, & apertius eſt, ex iis præcedentibus *vtrum pro parte ei cui bona fide ſeruit*. Siue enim ſeruus, ſiue liber homo ſit, qui bona fide poſſidetur à duobus, & ex alterutrius re acquiſiit, quæſtio eſt an totum acquiſiuerit ei ex cuius re eſt & à quo bona fide poſſidetur, an partem duntaxat, & alteram partem Domino ſi ſeruus ſit, aut ſibi ipſi, ſi liber homo. Iis verò verbis ſublatis poterit recepta lectio defendi, ſi admittamus Vlpianum eo loco, *aut ſi liber, ſit ei*, contra Grammaticarum regulas dixiſſe *ei* pro *ſibi*, quemadmodũ & paulò antè *in §.generaliter*, dixerat contrario errore *quod ex re ſua* pro eo quod dicere debuerat *quod ex re eius cui bona fide quis ſeruit*, vt verba ipſa textus explicant: quem ſatis frequentem eſſe Iuriſconſultorũ noſtrorum errorem *Laurentius Valla* Grammaticus cùm Pandectas reprehendendi potius quàm diſcendi ſtudio legeret, ſæpius obſeruauit & nos non negamus. Tertium ac longè periculoſius mendum eſt in illis verbis, *rationem facere vt ei duntaxat in ſolidum acquirat*, in quibus rectiſſimè & veriſſimè idem *Cuiacius* monuit legendum *partem* pro eo quod ſcriptum eſt *in ſolidum*. Eam enim Scæuolæ ſententiam fuiſſe quam Vlpianus refert ex lib.2 quæſtionum, vt in propoſita quæſtione, ſeruus, vel liber homo partem duntaxat acquirat ei ex cuius re ſtipulatur, idem Vlpianus apertiſſimè ſcribit *in l.ſed & ſi quid.25.ſi duo ij D.de vſufr.* Idque adeò certum, & verum eſt, vt nihil vnquam verius aut elegãtius à viro doctiſſimo obſeruatum fuiſſe videatur. Sed illud etiam obſeruandum erat quod nondum ab eo obſeruatum miror, non minus corruptum eſſe textum *in §. tamdiu. d.l.qui bona*, vbi Vlpianus primùm monet tamdiu acquirere ſeruum vel liberum hominem, quamdiu bona fide ſeruit. † Tum quærit, Si poſſeſſor cœperit ſcire eum eſſe 3
alienum vel liberum, an ei acquirat is qui bona fide poſſidetur, hoc eſt vtrum poſſeſſionis initium ſpectandum ſit an ſingula momenta? Reſpondet autem magis eſſe vt ſingula momenta ſpectemus. At videamus ne verius ſit ſeruum alienum quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea vel ex operis ſuis acquirere, quamdiu à me euictus non fuerit, licet ante euictionem alienum eum eſſe ſcire cœpero, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. qui ſcit.25.§. vlt. D.de vſur.* nec *Accurſius* ipſe negat. Non igitur ſingula momenta ſpectanda ſunt, ſed initium poſſeſſionis, vſque ad euictionis momentum. Idque ipſa etiam iuris ratio oſtendit. Quod enim is qui bona fide ſeruit ſibi acquirere non poteſt ex re poſſeſſoris, id neceſſario acquirit ei cui bona fide ſeruit, vt Vlpianus ait. Sanè in libero homine qui bona fide ſeruit, aliud iuris conſtituendum videtur, & ſingula potius momenta ſpectanda eſſe, quia cùm ſit acquiſitionis capax, nihil eſt quod cogat nos dicere acquiri per eum poſſeſſori, quod ſibi ipſe poſſit acquirere. Vnde fit vt ad propoſitam illam quæſtionem, An poſſeſſionis initium ſpectandum ſit an ſingula momenta, ſimpliciter, & indiſtinctè reſponderi non poſſit. Neque igitur indiſtinctè Vlpianum reſpondiſſe exiſtimandum eſt. † Et longè veriſimile videtur Vlpia- 4
num ſcripſiſſe quoquomodo in eo vetere codice ſcriptum legi, *quæſtio in eo eſt vtrum initium ſpectemus, an ſingula momenta. Et generaliter dicendum eſt*, &c. vt iis verbis *& generaliter*, quæ vulgus interpretum à ſuperioribus diſtinguit, quaſi alius ſit.§. Vlpianus ad propoſitam quæſtionem ſubtiliter & cum diſtinctione reſpondeat. Senſus autem diſtinctionis hic eſt, Non ſolum cùm de ſuperueniente poſſeſſoris mala fide quæritur, ſed generaliter in aliis omnibus quæſtionibus quæ de ſeruo alieno aut homine libero ex re poſſeſſoris acquirere poſſunt emergere, diſtinguendum eſſe an quod ex re poſſeſſoris acquirit, acquirere poſſit ei cui bona fide ſeruit, an non poſſit. Vt quod poſſeſſori acquirere non poteſt acquirat ſibi, quod verò ſibi acquirere non poteſt acquirat poſſeſſori. Hinc igitur fieri, vt per ſeruum alienum qui bona fide ſeruit acquiratur poſſeſſori, licet poſſeſſor ſeruum alienum eſſe ſciat, quia ſibi ſeruus acquirere non poſſit, & equius ſit acquirere eum poſſeſſori cui vult acquirere & ex re eius quàm vero Domino de quo non cogitauit. Per liberum verò hominem non acquiratur poſſeſſori, quia ſibi ipſe acquirere poteſt, nec decipi debet à poſſeſſore qui liberum eum eſſe non ignorat, quique liberum hominem ſciens poſſidere non poteſt, *l.quæſitum*, 40. *D. eod. tit.de acquir.rer. Domin.* Eadem ratio facit vt ſi liber homo quem bona fide poſſideo, Stichum qui meus eſt ex re mea ſtipuletur, ſibi pertineat vt Paulus reſpondit in *l. liber homo.* o *D. de ſtipul. ſeruor.* Nempe quia mihi acquirere non poſſit id quod iam meum eſt, ſibi verò acquirere poſſit.† Cùm 5
verò diſtinctionem hanc imperitus aliquis interpres non intelligeret, & ad propoſitam quæſtionem nihil ab Vlpiano reſponſum eſſe crederet, adiecit fortaſſe verba illa quæ tollimus, *Et magis eſt vt ſingula momenta ſpectemus.* Idque eò probabilius credendum eſt, quod tribus aliis locis deprauatum fuiſſe huius legis textum ſuprà diximus, nec iam ferè eſt qui diſſentiat. Quamquam quid errori cauſam dederit, non puto curioſiùs inquirendum cùm de Vlpiani ſententia, & iuris ratione mihi planè liqueat.

CAPVT

Capvt XVII.

De fructibus à bonæ fidei poſſeſſore perceptis, & emendatio l.fructus.45.D.de vſur.

SVMMARIA.

1 *Quos fructus ſuos faciat bona fidei poſſeſſor, quoſve Domino rem ſuam euincenti reſtituat?*
2 *Pauli & Caij à Pomponio in hac quæſtione diſſenſio.*
3 *Fructus tam naturales quàm induſtriales ſola perceptione bonæ fidei poſſeſſori acquiri, contra vulgarem Interpretum diſtinctionem oſtenditur.*
4 *An fructus tam naturales quam induſtriales vero Domino ante conſumptionem vindicanti à bona fidei poſſeſſore reſtitui debeant?*
5 *Conſtituitur differentia inter fructus acquirere, & fructus lucrari.*
6 *Fructus naturales conſumptos à bona fidei poſſeſſore non reſtitui.*
7 *Reijcitur Goueani opinio exiſtimantis fructus naturales ſola conſumptione bonæ fidei poſſeſſoris fieri.*
8 *Emendatur Pomponij textus in* l.fructus,ff.de vſur.
9 *An maritus qui rem ſibi ab vxore donatam retinet bonæ fidei an malæ fidei poſſeſſor ſit?*
10 *Cur in* d.l.fructus, *maritus fructus naturales ex re ſibi donata ſuos non faciat?*
11 *Ratio propter quam* d. l. fructus, *maritus licet malæ fidei poſſeſſor fructus induſtriales ſuos facit.*
12 *Cur fructus naturales ex re ab vxore donata percepti mariti non fiant?*
13 *Cur maritus, cùm ſit malæ fidei poſſeſſor fructus induſtriales ex re contra legem ſibi donata perceptos & conſumptos non reſtituat?*
14 *Differentia inter fructus naturales quibus cura impenditur & eos qui ſine cultura & cura percipiuntur.*
15 *Dictam differentiam Pomponij verbis non emendatis minimè conuenire.*
16 *An bona fidei poſſeſſor fructus perceptos vſucapere poſſit?*

1 ILluſtris † hæc quæſtio eſt, ac tam in ſcholis quàm in foro perſæpe agitata, Quos fructus faciat ſuos bonæ fidei poſſeſſor, quóſve omninó rem ſuam euincenti reſtituat. Nam ſicut non eſt ex interpretibus qui de ea re diſputationem non inſtituerit, ita vix reperias ex omnibus qui idem ſentiant: at alij aliter diſtinguunt, nec quid in tam dubia quæſtione ſentiendum & concludendum ſit quiſquam adhuc rectè quantum exiſtimo explicauit. Dubitationis cauſam interpretibus illud dedit, quod in libris noſtris pugnantes & omnino diſcrepantes Iuriſconſultorum opiniones legimus, quarum conciliandarum ratio nulla ſatis recta, aut probabilis excogitari rectè poſſe videatur. † Primùm enim extat Pauli
2 ſententia *in l.bonæ fidei, 48.D.de acquir.rer.domin.* bonæ fidei poſſeſſorem haud dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re ſuos interim facere non tantùm eos qui diligentia & opera eius prouenerunt, ſed omnes, quia quod ad fructus attinet penè Domini loco ſit, adeò vt, eos tametſi nondum perceptos ſtatim vbi à ſolo ſeparati ſunt, ſibi acquirat. Cui conuenit quod Caius ſcribit in *l.pecudum,28.D.de vſur.* fructum pecudum ſicut lac, pilum, lanam, & fœtum veluti agnos, hœdos, & vitulos ſtatim pleno iure fieri bonæ fidei poſſeſſoris quemadmodum & fructuarij. At idem Paulus in *l.4. §.lana. D.de vſucap.* lanam quidem ouium furtiuarum ſi apud bonæ fidei poſſeſſorem detonſa eſt ſtatim eius fieri ait, quoniam in fructu eſt. Idémque de agnis dicendum eſſe.

Ant. Fabri, de Coniect.

Sed adijcit, *ſi conſumpti ſint.* Ita innuens, non ſola perceptione ſed conſumptione duntaxat fructus naturales bonæ fidei poſſeſſori acquiri. Quod & alijs pleriſque iuris locis ſcriptum videtur, vt *in l.4.§.poſt litem.D.fin. regund. §.ſi vero Inſtit.de offic.iudic.l.certum.22. C.de rei vendicat.* Pomponius verò *in l. fructus, 45. D. de vſur.* apertè ſic loquitur, vt fructus naturales ad bonæ fidei poſſeſſorem non pertinere exiſtimet, quia non ex facto eius naſcantur: quod ab aliorum omnium ſententia & præcipuè Pauli in *d. l. bonæ fidei*, omnino alienum eſt. Nolo in ſingulis interpretum veterum & recentiorum opinionibus recenſendis ac refutandis eſſe longior, ſed quid ego dicẽdum putem quàm breuiſſimè & perſpicuè facere potero, hoc capite explicabo. Illud in primis ſtatuo, dici non poſſe quod quidam putauerunt, iuris authores in quæſtione ſua diſſenſiſſe. Nam de eo quod quotidie accidit ius certum fuiſſe dubitandum non eſt, idque Paulus oſtendit ſatis in *d.l.bonæ fidei*, in illis verbis, *non dubiè*, id eſt iure certo & minimè controuerſo. † Deinde quam omnes hactenus interpretes differentiam conſtituerunt inter naturales fructus & eos quos 3
induſtriales vocant, non puto conſtituendam eſſe. Obſtat.n.quod Paulus ait *in d.l.bonæ fidei*, emptorem bonæ fidei percipiendo fructus ſuos facere non ſolùm induſtriales, ſed omnes, hoc eſt etiam naturales: Nam qui eam particulam *omnes* coarctant ad induſtriales qui alterius quàm bonæ fidei poſſeſſoris opera & diligentia prouenerunt, apertè Paulo vim faciunt, & quid de fructibus naturalibus ille ſenſerit, de quibus præcipuè tractandum erit, in incerto relictum volunt. Quanquam *in d. §.lana*, idem Paulus de fructibus naturalibus diſputans ſcribit vſucapi eos non debere, quia ſtatim fiant bonæ fidei poſſeſſoris, ſi conſumpti ſint. Nec diſſimile eſt quod in *d.l. in pecudum*, ex Caio proponitur, niſi quod de conſumptione nihil ille commemorat. Puto igitur tam naturales quàm induſtriales fructus fieri bonæ fidei poſſeſſoris ſola perceptione, nec ad eorum acquiſitionem neceſſe eſſe vt conſumpti ſint, ſed ſtatim atque percepti atque adeò à ſolo ſeparati ſint, pleno iure Dominium acquiri bonæ fidei poſſeſſori, adeò vt ſi poſteaquam à ſolo ſeparati ſunt ab alio percipiantur, & poſſideãtur, vindicare eos bonæ fidei poſſeſſor poſſit, tãquàm ſuos. † Sed ſi ante conſumptioné verus Dominus rem 4
ſuam vindicet, nõ dubito quin ſiue induſtriales fructus, ſiue naturales ſint officio iudicis reſtitui debeant. Idque probo ex *d.l. certum, 22. C. de rei vindic.* quæ ait omnes fructus extantes à bonæ fidei poſſeſſore reſtitui debere. Ex *d.l.4 §.poſt litem,fin.regund.* vbi ſcriptũ eſt bonæ fidei poſſeſſorem ita demum lucrari fructus ſi eos conſumpſerit: itémque ex *§.ſi vero 2. Inſtit. de offic. iudic.* in quo traditur, Si bonæ fidei poſſeſſor fuerit à quo hæreditas aut res aliqua euicta eſt, officium iudicis in condemnando tale eſſe debere vt non habeat rationem conſumptorum ſed non conſumptorum, neque non perceptorum, vt intelligamus eos duntaxat fructus qui percepti, nec conſumpti ſunt, in reſtitutionem venire. Cum igitur tot locis de fructibus generaliter ita traditum ſit, ſine vlla naturalium & induſtrialium diſtinctione, non exiſtimo audiendos eſſe noſtros interpretes qui ſine lege & ratione diſtinctionem hanc introduxerunt. Sed omnium elegantiſſimus & accommodatiſſimus textus eſt, quo probari poſſit induſtriales quoque ſi conſumpti non ſint Domino reſtitui debere, apud Iuſtinianum *in §.ſi quis à non Domino,de rer.diuiſ. & acquir.ipſar.domin.* vbi ille ait, ſi quis à non Domino quem Dominum eſſe credebat, fundum bona fide emerit, aliave qualibet iuſta cauſa æquè bona fide acceperit, naturali ratione fructus quos perceperit eius eſſe pro cultura & cura. Quibus verbis tractari de fructibus tam induſtrialibus quàm naturalibus perſpicuum eſt: nam ad naturales cura, ad induſtriales cultura pertinet, *d.l.bonæ fidei,& l.fructus 7.§.non ſ lit.D. ſolut. matrim.* Tum ſubijcit *& ideò ſi poſtea Dominus ſu-*

perueneruit & fundum vindicet de fructibus ab eo conſumptis agere non poteſt. Ergo de non conſumptis agere poterit,& quod prius dictum eſt eos bonæ fidei poſſeſſoris factos eſſe,ita intelligi debet quomodo ſuprà explicauimus,vt tamen quandocumque euicta re reſtituendi ſint niſi ante euictionem conſumantur, *l. quæſitum, 40. ad fin. D. de acquir. rer. domin.* Quod & Paulus ipſe non obſcurè innuit *in d.l.in bona fidei*, in illis verbis, *ſuos interim faciat*, ne quis crederet ſola perceptione ſic eos fieri bonæ fidei poſſeſſoris vt nunquam poſtea ſint reſtituendi.
5 † Ac ſanè ſi diligentiùs inſpicias,longè diuerſa hæc ſunt, Fructus acquirere, & Fructus lucrari. Bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes acquirit ſola perceptione, atque adeò antequam eos percipiat, ſi quoquo modo à ſolo ſeparati fuerint, *l.qui ſcit.25.§.1.D.de vſur.* ſed eos lucratur ſola conſumptione, *d.§.poſt litem l.4 fin. regũd.* In eámque rem textus eſt perelegans in *l. ſi eius fundi.78. D. de rei vindic.* quam de bonæ fidei poſſeſſore loqui certiſſimum eſt, vt rectè *Caracius* in Obſeruationibus docuit, Græcorum interpretum authoritatem ſecutus. Eo loco Paulus Labeonem reprehendens notat fructus quos bonæ fidei poſſeſſor in fundo alieno ſuo nomine perceperit, licet nondum coegerit ipſius factos eſſe, & ideò vero Domino ſecundum quem iudicatum eſt reſtituendos eſſe. De illis enim lex loquitur qui nondum conſumpti erant, ac nec perfectè quidem collecti,item, quod ſummoperè notandum eſt,de fructibus induſtrialibus, & qui opera & diligentia h[illegible] prouenium, hoc eſt de vino & oleo : & tamen reſtituend[illegible] eſſe Paulus ait,quòd nondum conſumpti eſſent,& rectè Dominum intendere poſſeſſorem eos dare oportere, id eſt eorum Dominium reſtituere, quòd ſane intendere non poſſet ſi ante conſumptionem & ſola perceptione poſſeſſoris facti non eſſent. Tunc enim verum eſſet quod Labeo dicebat, nihil poſſeſſorem fructuũ nomine dare oportere, nihilque prohiberet, quominus eos propria authoritate cogere & colligere Dominus poſſet,quod tamen Paulus
6 negat. Ita enim meo iudicio intelligi lex de[illegible]t. † Errarunt certè turpiter, qui ſcripſerunt ea Pauli verba *in d. l.bona fidei, ſuos interim facit*, ſic eſſe accipienda, vt bonæ fidei poſſeſſor naturales fructus ſuos faciat quandiu duntaxat res euicta non erit, ex *d.l.qui [illegible] §. vltim. de vſur.* Re autem euicta eos licet con[illegible]tos reſtituere teneatur. Nuſquam enim ſcriptum [illegible] fructus naturales conſumptos à bonæ fidei poſſeſſore reſtitui. Imò non reſtitui niſi extantes, apertè ſcriptum eſt ſuprà[illegible] is locis. Et verò ſecundum hanc interpretationem non [illegible]ter de induſtrialibus quam de naturalibus iudican[illegible]t. De omnibus enim Paulus loquitur, cùm [illegible] bonæ fidei poſſeſſoris interim fieri ait. Neque quod [illegible] is adducitur ex *d.§.vlt.l.qui ſcit.* ad rem quic[illegible]m facit. Ibi enim illud duntaxat Iulianus ait bona fidei [illegible]torem quod ad percipiendos fructus intelligi de[illegible] quai[illegible]u fundus euictus non fuerit,& de indu[illegible] loquitur, nec de conſumptis,ſed de percipiendis. Neque minus
7 improbabile eſt, quamuis ſubtilius videatur, quod *Goueanus* variar. Lection. libris ſcripſit fructus naturales ſola perceptione non fieri bonæ fidei poſſeſſoris, idque Pomponium ſignificare in *d. l. fructus, de vſur.* fieri tamen conſumptione *ex d.§. lana.* Repugnant enim *d.l. bona fides*, *& l. pecudum*, quæ ſic ſola perceptione, non etiam de conſumptione loquuntur. Et in *d.[illegible] lana*, non requiritur conſumptio ad acquiſitionem, vt conſtat ea illis verbis, *Sed ſtatim emptoris fit*, ſed [illegible] non eos fructus bonæ fidei emptor reſtituere teneatur Domino quandocunque rem ſuam vindicanti. Quemadmodum enim ſi vſucapti eſſent petere eos Dominus non poſſet, ita nec ſi fuerint conſumpti. Cæterùm ante conſumptionem erunt nihilominus bonæ fidei poſſeſſoris,ita tamen vt niſi ante euictionem vel conſumpti vel vſucapti ſint Domino reſtituantur. Denique manifeſtum eſt Pomponium in *dict.l.fructus*, aliud iuris conſtituere in iis fructibus qui non facto hominis naſcuntur, aliud verò in iis qui bonæ fidei poſſeſſoris opera & diligentia prouenerunt. At iam ſæpiùs diximus, tam induſtriales quàm naturales non vſque adeò fieri eius à quo bona fide percepti ſunt, quin ſi extent euictionis tempore reſtituendi ſint. Alia igitur ad Pomponium interpretatio quærenda eſt, quæ induſtrialium & naturalium fructuũ differentiam aliquam conſtituat, aut potius cùm idem ius in omnibus conſtitutum ſit, vt ſuprà diximus, videndum eſt quid Pomponius ſenſerit aut ſcripſerit. Solus enim ille iuris locus eſt qui interpretes omnes præcipites egit, vt fructus naturales ab induſtrialibus contra iuris rationem cæteraſque omnes leges diſtinxerint. † Exiſtimabam aliquando, & adhuc puto,non un- 8
probabiliter dici poſſe corruptum eſſe Pomponij textum in illis verbis, *ſicuti nec cuiuſlibet bona fidei poſſeſſoris*, & legendum ſublata negatione *ſicuti cuiuſlibet bona fidei poſſeſſoris*. Nã præter ea quæ ea iuris ratione & aliis legibus ſuprà diximus, me illud etiam valde monet quod Pomponius eo loco diſputat de fructibus quos maritus ex re ab vxore donata percepit. Et ait, maritum fructus percipiẽdo illos tantùm ſuos facere quos ſuis operis veluti ſerẽdo acquiſierit, & ideò ſi pomum excerpſerit vel ex ſylua ceciderit,ei non acquiri,quia non ex facto eius is fructibus naſcatur. Cur ergo verba illa adiecisſet, *ſicuti nec cuiuſlibet bona fidei poſſeſſoris*. † Quaſi verò ma- 9
ritus bonæ fidei poſſeſſor ſit, quem tamen ex contrario certum eſt non ſolum malæ fidei poſſeſſori potius cõparandum,ſed & ipſum malæ fidei poſſeſſorem eſſe, cùm rem ſibi ab vxore donatam alienã eſſe ſciat, vt Vlpianus ait *in l.ſi vxor filio.19. D. de donat.int.vir. & vxor.* vbi propter hanc cauſam in ea ſpecie quã tractat Iulianum reſpondiſſe refert non eſſe marito concedendum quod bonæ fidei poſſeſſoribus cõceditur, vt per ſeruum donatum acquiri ei ex re eius poſſit, quod & ſcriptum eſt *in l.de fructibus,* [illegible]. in fine. *D.eod.l.per ſeruum donatum,57. D.de acquir.rer.dom.* Adeò autem verum eſt maritũ bonæ fidei poſſeſſorem non eſſe,vt etiam dubitatum ſit an qualiſqualis poſſeſſor eſſe exiſtimetur *l.1.§.ſi vir. vxori. D. de acquir. poſſeſſ.* Sed quoniam poſſeſſio magis facti quàm iuris eſt,& res facti infirmari iure ciuili nõ poteſt, vt lex ait, præualuit ſententia exiſtimantium poſſeſſorem eum eſſe,ſed malæ fidei, quia quod ex non conceſſa donatione retinetur, id aut ſine cauſa aut ex iniuſta cauſa retineri intelligitur, *l.quia [illegible] d 6.de don.int.vir.& vxor.* Ad bonam verò fidem requiritur iuſtus titulus,& iuſtus error *§.ſi quis a non Domino. Inſtit.de rer.diuiſ.* Error inquam,facti nõ iuris. Si enim maritus putet ſe iuſtè poſſidere eam rẽ quæ ab vxore donata eſt,errat in iure, non in facto,& cum error ſit iniuſtus,nihil ei prodeſſe debet, præſertim de lucro certanti *l.4.l.7. l. regula.9. D.de iur. & fact.ign.l.quamuis.11.Cod.eod.* † Maritum ergo malæ 10
fidei poſſeſſorem eſſe rectè dicimus,vt mirum videri nõ debeat ſi quos ex re ſibi donata fructus percipit, ſuos non faciat, niſi quos operis ſuis acquiſiuerit. Nec erat cur Pomponius in hanc rem bonæ fidei poſſeſſoris exẽplum adduceret, cùm de malæ fidei poſſeſſore loqueretur. Ac longè elegantior erit ſententia, ſi Pomponium ita ſcripſiſſe dicamus, *ſicuti cuiuſlibet bona fidei poſſeſſoris*. Ita enim ſcribendum erat, vt dilueret obiectionem quæ de bonæ fidei poſſeſſore fieri poterat, quemadmodum ab Vlpiano & Iuliano factum eſt in *d. l. ſi vxor filio*. Coniecturam illud etiam iuuat, quod quæ à Pomponio ratio affertur, *quia non ex facto eius is fructus naſcitur*, in bonæ fidei poſſeſſore locum habere non poteſt. Alioqui dicendum erit, ex Pomponij ſententia,ſicut marito ita bonæ fidei poſſeſſori non alios fructus acquiri quàm quos ipſe operis ſuis veluti ſerendo acquiſiuerit, quod apertè falſum eſt. Omnes enim etiam ab alio ſatos ſuos facit, *d.l.bona fides, & d.l.qui ſcit.25.§.1.D.de vſur.* & nõ minus ex ſerui quẽ bona fide poſſidet quàm ex ſuis operis acquirit. *l.qui bona.23.l.quæſitũ.40.de acquir.rer.dom.*

Niſi

Niſi fortè quis admittat & hac parte Pomponium à cæteris Iureconſultis diſſenſiſſe: quod ego probabile non puto, præſertim cùm de his fructibus ab alio ſatis, quoniam naturales non ſunt, nemo hactenus dubitauerit.

11 † Sed priuſquam ad cætera quæ ad propoſitæ quæſtionis concluſionem ſpectant accedamus, illud ad Pomponij legem pertinet, & ſcitu digniſſimum eſt, cur maritus quem malæ fidei poſſeſſorem eſſe diximus, fructus faciat ſuos quos operis ſui veluti ſerendo acquiſierit. Cùm certiſſimi iuris ſit eum qui malè fidei poſſeſſor ſit fructus nullos ſuos facere, ſed omnes reſtituere teneri tam naturales quàm induſtriales, tam perceptos quàm non perceptos, qui tamen honeſtè percipi potuerunt, ac tam extantes quàm conſumptos, omnes denique vt ſcriptum eſt in *d.l. certum, l. 3. C. de condict. ex lege.* & ſupradictis ferè omnibus aliiſque innumeris locis. Verùm reſponderi eleganter poteſt, meliorem eſſe mariti quàm cæterorum malæ fidei poſſeſſorum, quos prædones dicimus, conditionem, quòd is rem ſibi ab vxore donatam poſſidet non contra vxoris voluntatem, ſed contra legem quæ tamen donationem hactenus duntaxat improbat, quatenus ex ea pauperior mulier fiat: *l. ſi ſponſus, 5. §. cùm igitur, l. ſed & ſi. 25 l. ſed ſi vir. 31. §. quod legaturus. D. de dona. int. vir. & vxor.* Hinc verò fit vt ſi maritus ex rei donatæ vſuris vel fructibus opera ſua perceptis locupletior factus ſit, donatio valeat, neque hac parte malæ fidei poſſeſſor dici poſſit, quia non ideò pauperior mulier facta ſit quòd eas vſuras fructuſque maritus perceperit. Non enim tam ex re donata quàm ex opera & induſtria ſua percepiſſe exiſtimandus eſt, cùm fieri poterat vt etiam non facta donatione eos fructus eáſque vſuras mulier paruæ fortaſſis aut nullius induſtriæ nunquam percepiſſet. Idque eſt quod Iulianus dicebat, & Vlpianus refert in *l. ex annuo. 15. §. ſi maritus, & d.l. de fructibus, 17. D. eo.* fructus & vſuras licitam habeſe donationem. Non quòd vxor marito donare poſſit vſuras quas iam fortè ſtipulata ſit, aut fructus quos perceperit, aut percipere poſſit, ſed quòd re aliqua ab vxore contra bonos mores marito donata, donatio valeat quod ad vſuras attinet, fructuſque ex ea re donata perceptos Fructus inquam vſuris ſimiles, hoc eſt, qui donatarij induſtria & opera non [illegible] us donatæ natura & ſua ſponte prouenerint, vt Pom[illegible] interpretatur

12 in *d. l. fructus.* † Nam ſi de naturalibus fructibus quæratur, ea ratio quæ rei donationem impedit, in fructibus quoque locum habet, nec magis pauperior fit mulier in ea re quam donat, quàm in fructibus, quos ei vel ignoranti, & nihil curanti, natura ipſa dediſſet. Ergo ſi in fundo donato alius ſeuerit, fructus ad maritum non pertinebūt, quoniam eò pauperior facta vxor videretur, ſi eos fructus non haberet, quia etſi facta donatio non eſſet, ab alio ſati, & mulieri propter ſolum naturali & ciuili iure acquiſiti eſſent. Si tamen propter mariti perſonam ſeuerit is qui alias facturus non erat, aliud fortaſſe probandum erit quaſi nihil interſit an mariti diligentia, an propter eum alterius opera fructus prouenerint. Idémque de ſerui donati operis dicendum eſt vt marito non acquirantur, licet plærique contrà putent. Nihil enim intereſt an ſeruus ex re mariti, an ex operis ſuis acquirat: neque hoc potius quàm in illo caſu marito acquirere poteſt, *l. qui bona. 23. in princ. d. l. quæſitum, 40. in fin. D. de acquir. rer. dom. l. qui ſcit. 25. §. [illegible] D. de vſur.* Verùm & in ſupradicto caſu cùm de fructibus ex mariti opera prouenientibus quæratur, non eadem prorſus mariti quæ bonæ fidei poſſeſſoris ratio conſtituenda eſt. Etſi enim vtrique ſola perceptione acquirantur, tamen bonæ fidei poſſeſſor eos ſi extent vindicationis tempore reſtituere tenetur vt ſuprà diximus. Maritus verò non tenetur, quoniam volente vxore & iure permittente ſibi acquiſiuit. In eo autem par eſt vtriuſque cauſa, quod ſicut bonæ fidei poſſeſſor ita maritus eos fructus non reſtituit quos conſumpſit, quóſque ſi extarent reſtituere teneretur, niſi locupletior vterque factus ſit, *l. 3. C. de petit. hered. l. ſi mulier. 17. §. vlt. l. cum mulier. 50. De donat. int. vir. & vxor.* Vix enim eſt vt conſumptum videatur id quod in patrimonij corpore retinetur, vt Papinianus ait *in l. Imperator. 70. §. vlt. cū l. 71. & 72. D. de leg. 2.*

13 † Mirum autem videri poſſit quod dicimus maritum non cogi reſtituere fructus quos conſumpſit, cùm verè ſit ad illum nunquam eos pertinuiſſe, in eoque ſimilem eſſe maritum malæ fidei poſſeſſori, qui tamen omnes omnino reſtituit. At diſſimilitudinis ratio illa afferri poteſt, quòd malæ fidei poſſeſſoris cauſa longè iniquior & odioſior eſt, cum inuito Domino, & contra legis præcepta ſciens alienam rem poſſideat, quam mariti qui rem ex vxoris voluntate habet, adeòque iuſto titulo niſi quatenus ille locupletior, & illa pauperior fiat, *d. l. ſi ſponſus, §. cùm [illegible], de donationibus inter virum & vxorem.* Locupletior autem factus non eſt perceptione fructuum conſumptorum, ſi ex iis nihil in rem ſuam verterit.

14 † Sed vt ad propoſitam quæſtionem redeamus, & iis etiam quantum fieri poterit ſatisfaciamus qui à iuris ratione potius quam à verbis receptæ lectionis recedendum exiſtimāt, tentemus an dici poſſit ea quæ de naturalium fructuum acquiſitione ſcripſimus, de iis duntaxat fructibus intelligi debere quibus conſeruandis curam aliquam bonæ fidei poſſeſſor impenderit. Quod enim ei in fructibus quaſi Dominij ius concedimus, non fit ciuili aliqua ratione ſed naturali duntaxat pro cultura & cura, vt Iuſtinianus ſupradicto loco ſcribit. Cui conſequens eſſe videtur, vt nulla præcedente cultura vel cura nec ciuilis nec naturalis ratio bonæ fidei poſſeſſori fructus rei alienæ adiudicet. Quamquam autem vix vlla res eſt quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferre poſſit, cùm & naturales ipſi curentur, *d. l. fructus, §. non ſolum. D. ſolut. matrim.* Attamen cùm quis pomum ex arbore decerpit, aut ſyluam cædit, quibus exemplis Pomponius vtitur, dici, non poteſt curam aliquam in fructibus impendi, maximè ſi maturam ſyluam, & maturis pomis arborem poſſeſſor emerit. Proinde ratio nulla facere videtur vt eos fructus bonæ fidei poſſeſſor percipiendo ſuos faciat: quod tamen in aliis fructibus culturam aut curam aliquam exigentibus Pomponius fortaſſis non æquè admiſit. Planè ſi conſumpti ſint, id perpetuò & indiſtinctè [illegible] uabimus, vt nunquam veniant in reſtitutionem. Nam leges omnes de conſumptis fructibus generaliter loquuntur, nec naturales aut inter ſeſe aut ab induſtrialibus diſtinguunt. Ac ſanè iniquum eſſet bonæ fidei poſſeſſorem eos fructus reſtituere teneri quos conſumpſerit, & quorum perceptione locupletior factus non ſit, quia ſic poſito iure fieret vt ei bona fides noceret quæ potius prodeſſe deberet. De extantibus fructibus non idem dici poteſt, quorum ſcilicet reſtitutione nullum bonæ fidei poſſeſſor damnum patitur, ſed lucrum duntaxat amittit. Cùm ſi ad percipiendos & redigendos eos fructus aliquid impenderit, tantò minus reſtituat, quaſi fructibus ob eam rem ipſo iure diminutis *l. quod in fructus, 46. D. de vſur.* Atque ita ratiocinari fortaſſis & ſentire quis volet.

15 † Verùm huic interpretationi ea Pomponij ratio non conuenit, *quia non ex facto eius is fructus naſcitur,* ex qua apparet Pomponium, ſi vulgatam lectionem ſequamur, nolle acquiri bonæ fidei poſſeſſori vt nec marito alios fructus quàm facto eius naſcūtur. Atqui naturales omnes ſua ſponte naſcuntur, & quæ iis ab homine cura impenditur non tam vt naſcantur quàm vt conſeruentur præſtat. Deinde quamuis e primū naturalis ratio induxerit vt bonæ fidei poſſeſſor fructus ſuos faceret, quod pro cultura & cura id ei concedi æquum viſum ſit. Poſtea tamen iuris ciuilis vt videtur auctoritate auctum eſt ius bonæ fidei poſſeſſoris, & conſtitutum vt percipiendo ſibi etiam eos acquirat in quos neque culturam neque curam vllam ipſe impēderit, puta ab alio ſatos, *d. l. qui ſcit. 25. §. 1. D. de vſur.* & generaliter omnes vt Paulus loquitur, *in d. l. bona fidei.*

Qui locus cùm & de omnibus fructibus loquatur, & de perceptis non de cõſumptis, nulla prorſus ratione cum Pomponij lege conciliari poteſt, niſi emendationem no-
16 ſtram admittas. † Poſtremo illud quoque monendum videtur, malè vulgò creditum eſſe, fructus quos bonæ fidei poſſeſſor percepit ab eo vſucapi non poſſe, ideò quia ſtatim pleno iure ipſius fiant. *ex d. §. lana.* Si enim verum eſt quod ſuprà ſæpius diximus, teneri eum reſtituere omnes quos non conſumpſit, eámque ob cauſam non niſi penè Dominus dicitur à Paulo *in d. l. bonæ fidei.* Cur non vſucapere ei liceat, vt neque extantes reſtituere teneatur, quod plenum ſibi eorum Dominium acquirat? Aut cur deterioris conditionis erit quàm ſi percipiendo eos ſibi non acquireret? Præſertim cum ſi alteri diſtrahantur nemo dubitet quin ſecundum emptorem vſucapere poſſit. Neque ſanè id Paulus negat *in d. §. lana:* Imò cùm dicit lanam ouium furtiuarum ſi apud furem detonſa eſt vſucapi non poſſe: Si verò apud bonæ fidei poſſeſſorem, contrà, nihil aliud vult, quàm hoc poſteriore caſu poſſe eam vſucapi, quoniam in fructu ſit. Quamquam & illud quoque verum eſt quod ſubiicit vſucapi eam non debere, quia ſtatim emptoris fiat. Quod ita recipi debet vt ſi lanam veluti ſuam conſumpſerit, nihil ab eo peti poſſit, licet ſtatuto tempore lanam non poſſederit, quia conſumptio tantum ei prodeſt quantum vſucapio. Sed tamen vel conſumptos vel ſi extent vſucaptos eſſe fructus neceſſe eſt, vt non reſtituantur.

Capvt XVIII.

Explicatur l. ſi quis reum, 5. D. de liberat. legat.

SVMMARIA.

1 *Debitori qui fideiuſſorem dederat liberatione legata, reum acceptilatione non pacto liberandum eſſe.*
2 *Pacto, non acceptilatione liberandum eſſe debitorem, pro quo fideiuſſor interuenit qui aduerſus eum regreſſum non habet.*
3 *Aliam eſſe mentem creditoris liberationem debitori legantis, aliam de non petendo cum debitore paciſcentis.*
4 *Accurſij error in explicatione* d. l. ſi quis reum.
5 *Fideiuſſorem cui liberatio legata eſt pacto non acceptilatione liberandum eſſe.*

1 SI † creditor liberationem legauerit debitori qui fideiuſſorem dederat, liberandus eſt reus acceptilatione non pacto, quia ſi pacto duntaxat liberaretur, fideiuſſor non liberaretur, neque ipſo iure, quoniam in pactis factum non ius verſatur, *l. ſic vnus, 27. §. pactus ne peteret. D. de pactis,* neque per exceptionem, quia non cum ipſo ſed cum debitore pactum fuiſſe proponitur. Ita igitur fieret vt reus quoque quem teſtator omnino liberatum eſſe voluit, per conſequentias conueniretur, ſcilicet ſi creditoris hæres contra fideiuſſorem ageret. Fideiuſſor enim aduerſus debitorem regreſſum haberet, ſicque ſolius debitoris damno res cederet, *l. cum lex. 46. D. de fideiuſſ. l. cum mandatu. 23. D. de minor.* At liberato reo per acceptilationem fideiuſſor quoque ipſo iure liberatur, ſublata ſcilicet principali obligatione veluti ſolutionis poteſtate: *l. non ſolum, 7. §. 1. D. de liberat. legat. l. in diem 5.*
2 *l. ſi accepto latum, 19. §. 1. D. de acceptilat.* † Quid ergo ſi donationis cauſa fideiuſſor interuenerit ita vt aduerſus reum agere non poſſit, vel quid ſi ad fideiuſſorem pecunia peruenerit, & reum vice ſua dederit, ipſéque pro eo fideiuſſerit. Hoc caſu reus non acceptilatione ſed pacto liberandus eſt. Acceptilatione liberandus non eſt, quia per conſequentiam fideiuſſor liberaretur. Pacto autem liberandus eſt, quoniam ita verendum non ſit ne reus alia ratione conueniatur. (Cum aduerſus eum fideiuſſor regreſſum non habeat,) vel fideiuſſor ipſe per exceptionem pacti liberetur, quia tale pactum liberationis fideiuſſori prodeſſe non poſſit. Quanquam enim ſolemus dicere fideiuſſori dandam exceptionem pacti quæ reo competit, *l. & hæred. 21. §. vltim. D. de pact.* hoc tamen in propoſita ſpecie dici non poteſt: quia mens alia
eſt legantis, alia paciſcentis. † Qui enim legat, eius 3
duntaxat cui legat perſonam inſpicit cùm legata non niſi ob aliquod meritum relinqui ſoleant, & ne teſtator cum eorum qui de ſe bene meriti ſunt iniuria decedere videatur vt Lucius ille Coſpidius in ſuo teſtamento dicebat, *l. nec adiecit, 9. D. pro ſocio.* Hæres verò qui paciſcitur de non petendo, quoniam ita facit ex teſtatoris potius quam ſua voluntate, id tantùm agere & velle videtur quod teſtator voluit, idéoque ſicut liberationem à teſtatore relictam ita pactum hoc perſonale eſſe dicimus, nec fideiuſſori prodeſſe, quoniam ita actum eſſe videatur, *l. niſi hoc actum, 22. de pact.* At paciſcentium debitoris, & creditoris, alia proculdubio voluntas eſt. Nam ad obligationem & rem ipſam magis quam ad perſonam obligatam reſpicit, & vt Paulus ait *in d. §. vlt. l. & hæredi.* pactũ de non petendo in rem eſt, non in perſonam. Vnde fit vt omnibus proſit quorum obligationem diſſolutam eſſe eius qui paciſcebatur interfuit
maximè fideiuſſoribus. † Et hæc eſt ſententia *l. ſi quis* 4
reum. 5. in princip. D. de liberat. lega. ſatis quidem vt videtur aperta, ſed quæ tamen ab Accurſio malè explicata eſt, in eo maximè quod differentiam quam inter legantem & paciſcentem Vlpianus ponit, ipſe non agnoſcit ſui potius non intelligit. Deceptus quantum coniicio, ex eo quod in illis verbis, *Atquin ſolemus dicere,* quomodo in Pandect. Florent. & cæteris emendatis codicibus legitur, veteres libri habebant, *Alioquin ſolemus di-*
cere, quæ lectio planè mendoſa eſt, & reiicienda. † Se- 5
quitur verò apud Vlpianum ſi fideiuſſori liberatio legata ſit, pacto eum liberandum eſſe, quia ſi per acceptilationem liberaretur, rei quoque obligatio veluti ſolutione tolleretur. Per pactum autem ſolus fideiuſſor liberatur, nec quæ ei competet pacti exceptio reo quoque competere poterit, ſiue quòd fideiuſſoris perſonam duntaxat ab obligatione eximi, non ipſam obligationem tolli teſtator voluerit, ſiue quod principalem obligationem fideiuſſoria ſublata remanere nihil vetet, idéoque difficilius pacta fideiuſſoris reo proſint, quàm rei pacta fideiuſſori. *l. fideiuſſoris, 23. D. de pact.* Planè interdum contingit vt fideiuſſor cui liberatio legata eſt acceptilatione ſit liberandus: ſcilicet quoties reo aduerſus ipſum regreſſus dandus eſt, quod contingit ſiue fideiuſſor ipſe verus reus fuerit, fortè quòd ad eum pecunia peruenerit, ſiue in eam rem ſocius reus extiterit. His enim caſibus niſi reus liberaretur, fideiuſſor quoque liberatus non videretur.

Capvt XIX.

Vera lectio & ſententia l. ſi quis dolo. 51. §. 1. D. de re iudicat.

SVMMARIA.

1 *Varia lectiones* d. §. 1. l. ſi quis dolo.
2 *Tollitur vox venditor* d. §. 1. *& eius ſententia proponitur.*
3 *Duplex Cuiacij aduerſus propoſitam explicationem obiectio.*
4 *Actionem in factum quæ datur aduerſus eum qui creditorem decreto miſſum in poſſeſſionem prohibuit, merè pœnalem non eſſe.*

5 *An*

5 *An is cui poſſeſſionem ingredienti vis facta eſt aliud à debitore, aliud verò ab eo qui vim fecit exigere poſſit?*

6 *Actionem ex interdicto de tabulis exhibendis competentem merè pœnalem eſſe.*

7 *An in ſpecie* d. §. 1. l. ſi quis dolo, *debitor ipſo iure an vero exceptionis ope liberetur?*

1 PAuli † verba hæc vulgò leguntur, *Si quis poſſeſſorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſerit, ſi venditor præſtiterit creditori quanti eius interfuerit, quæſitum eſt an debitor liberetur.* Et puto improbum eſſe eum, qui velit iterum conſequi id quod accepit. At ex veteribus pleriqoe in illis verbis, *ſi venditor præſtiterit,* pro *venditor* legerunt *vetitor*, Græci *emptor*, Recentiores nonnulli *debitor*, & in illis ſequentibus, *an debitor liberetur*, pro *debitor* reponunt *debito.* Quæſtio igitur eſt, quænam potius lectio ſequenda ſit, quidque ſibi

2 Paulus voluerit. † Puto ego Pauli ſententiam hanc eſſe, vt ſi is qui creditorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſit, creditori præſtiterit quanti eius interfuit, debitor liberetur, & ita Paulum ſcripſiſſe, *ſi præſtiterit creditori*, nulla mentione facta aut vetitoris, aut venditoris, aut emptoris, aut debitoris, ſed eam dictionem de qua contenditur ab interpretibus additam eſſe, indéque aliter atque aliter legi cœpiſſe dum illa Pauli verba alij de venditore, alij de emptore, nonnulli etiam de debitore, plures verò de vetitore, hoc eſt, qui creditorem miſſum in poſſeſſionem non admiſiſſet, interpretarentur. Nihil enim intereſt, creditor in poſſeſſionem miſſus à quo admitti prohibitus ſit, ab extraneo, an ab eo qui à debitore emiſſet ac fundi poſſeſſor factus fuiſſet. Omni ſiquidem caſu ſi is qui poſſeſſione prohibuit, præſtiterit creditori quanti eius interfuit, debitorem liberari, nihilque amplius ab eo poſſe exigi. Ratione illa quam Paulus affert, quod improbus videatur is qui id quod iam accepit iterum conſequi velit. Nec quicquam eſt quod interpretationi obiicere

3 quis poſſit. † Nam quod vir doctiſſimus *Iacobus Cuiacius* ait vocem hanc *vetitor*, Latinis inuſitatam eſſe id ego facilè admitto, neque Paulum ita ſcripſiſſe volo. Sed ea quoque dictione ſublata dico verba illa, *ſi præſtiterit creditori*, ad alium referri non poſſe quàm ad eum qui creditorem miſſum in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa non admiſerat, quem veteres interpretes ſ[illegible] demque viri boni ſignificantiore, licet minus Latino vocabulo, vetitorem appellabant. Exiſtimarunt verò neceſſariam eſſe hanc interpretationem, quod ita Paulus locutus fuerat, *ſi præſtiterit creditori*, cùm apertius dicere potuiſſet *& præſtiterit creditori*: quo modo ſi dixiſſet nulla ſanè dubitandi, & tot modis textum corrumpendi occaſio ſupereſſe potuiſſet. Quod enim ſecundo loco idem vir doctiſſimus obiicit falſam eſſe hanc ſententiam vt creditor conſecutus pœnam ab extraneo qui poſſeſſione prohibuit, à debitore petere nihil poſſit, id

4 planè nego. † Quamuis enim pœnalis ſit actio in factum quæ datur aduerſus eum qui creditorem decreto miſſum in poſſeſſionem prohibuit, *l. 1. §. hanc actionem. D. ne vis fiat ei qui in poſſeſſ. miſſ. eſt*, pœnalis autem actio perimere non ſoleat rei perſecutoriam. Illud tamen obſeruandum eſt quod *Cuiacius* non animaduertit, non eſſe hanc actionem merè & propriè pœnalem, quales eſſe dicimus eas, quæ rei perſecutionem non tollunt. Vt vel ex eo maximè colligi poteſt quod Vlpianus ait in *dict. l. 1. §. hac verba. D. illo titul.* hæc verba edicti. *Quanti ea res erit ob quam in poſſeſſionem miſſus erit*, continere vtilitatem creditoris, vt quantum eius intereſt poſſeſſionem habere, tantum ei condemnetur is qui prohibuit. Proinde ſi ob falſum creditum vel ſi ob falſam petitionem miſſus ſit in poſſeſſionem, vel ſi exceptione ſummoueri potuit, nihil ei prodeſſe hoc edictum, quia ob nullam cauſam in poſſeſſionem miſſus eſſe intelligitur. Facit *l. Fulcinius 7. §. ſi in diem. & l. pen. §. ult. D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Atqui actiones merè, & verè pœnales eæ ſunt quæ non ad id quod re vera actoris intereſt competunt, ſed ad rei de qua controuertitur æſtimationem, licet actor calumniator ſit, nihilque eius interſit vt in *l. 1. §. ult. D. ſi quis ius dicenti non obtemper. l. ſi per alium 5. §. 1. D. ne quis eum qui in ius vocat. eſt vi exim. cum ſimilib.* Ergo actio in factum quæ competit ex illo Edicto, Ne vis fiat ei qui in poſſeſſionem miſſus eſt, mere pœnalis non eſt, adeóque rei perſecutionem continet. Pœnalis tamen dicitur in *d. §. hanc actionem*, non reſpectu actoris, ſed rei qui propter vim factam ei qui ex Prætoris decreto in poſſeſſionem miſſus erat, pœnam illam patitur, vt ad id quod ipſius intereſt condemnetur, licet nihil ipſe debeat, creditorique aduerſus debitorem ſalua actio ſuperſit, ſi debitum perſequi potius quàm ex edicto agere velit. † Ex quo intelligimus 5
neque verum eſſe quod *Cuiacius* ait, eum cui poſſeſſionem ingredienti vis facta eſt, aliud à debitore exigere, aliud verò ab eo qui vim fecit, cùm ab vtroque nihil petere poſſit præter idipſum quod ſibi debetur. Neque rectum eſſe argumentum quod ille ſumit ex interdicto. De tabulis exhibendis *l. 3. §. condemnatio. D. de tabu. exhibend.* † Nam actio quæ ex illo interdicto datur, licet 6
ad id quod intereſt competat, vt eo loco Vlpianus ait, magis tamen pœnalis eſt quàm hæc de qua diſputamus: imò omnino pœnalis eſt, quoniam in ea id quod intereſt non ex veritate æſtimatur ſed ex quantitate in iudicium deducta, id eſt, inſpecto eo duntaxat, quantum petatur, non an id quod petitur debeatur. Quid enim ſi hæres qui tabularum exhibitionem poſtulat, hæreditatem petat quæ ad ſe non pertineat? Quid ſi legatarius petat legatum quod ſub conditione relictum eſt & cuius conditio nondum extiterit? Lex ait perinde condemnandum eum qui tabulas non exhibet ac ſi hæreditas ad actorem pertineret aut legatum ei purè relictum eſſet, adeò vt neque de reſtituendo legato deficiente conditione cauere teneatur, quia vt Vlpianus ait, hæc pœna contumaciæ præſtatur ab eo qui non exhibet. Non igitur actor eo iudicio aut potius interdicto rem ſuam perſequitur, ſed pœnam, hoc eſt pœnæ nomine rei quam petit æſtimationem, quamuis nihil ei debeatur. Inde verò fit, vt ſi à contumace pœnam conſecutus ſit, nihilominus à debitore perinde petere poſſit quod ſibi debetur ac ſi nihil ab alio conſecutus fuiſſet, quia non rem ſed pœnam exegerit. Aliud ergo probandum eſt in interdicto, Ne vis fiat ei qui in poſſeſſionem miſſus eſt quod, vt diximus, pœnale non eſt ratione actoris, ſed eius duntaxat qui conuenitur. Et ideò rectiſſimè ac verè Paulus reſpondit, ſi is qui vim fecit præſtiterit actori quanti ipſius interfuit, debitorem liberari.
† Quod tamen ego ſic intelligo, vt per doli exceptionem 7
liberetur. Id. n. apparet cum ex *d. l. 3 inde quæritur, § de tabul. exhib.* tum ex ratione illa quam Paulus reddit, quod improbus ſit is qui eandem rem bis conſequi velit. Ipſo iure non liberatur, quoniam ipſe nihil ſoluit, & quod ab eo qui in poſſeſſionem miſſum non admiſit ſolutum eſt, proprio ipſius non debitoris nomine ſolutum eſt. Ergo doli exceptio neceſſaria eſt. Dolo enim facit qui contra bonam fidem bis idem exigit, vulgata iuris regula. Quod ſi eorum opinionem ſequeremur, qui Paulum ſic intelligunt vt debitor ipſe creditori præſtiterit quanti eius interfuit, dubitandum meo iudicio non eſſet quin ipſo iure, non exceptionis ope liberatio contingeret: ſolutio quippe eo ipſo quod debebatur & [illegible]batur. Sed & ea interpretatio faceret vt longè minus elegans eſſet Pauli ſententia, & extra omnem dubitationem. Cùm, vt diximus, actio hæc in factum pœnalis non ſit ratione actoris, ſed ratione rei duntaxat qui miſſum in poſſeſſionem non admiſit. Præteríque ſufficiat quoquomodo rem ſeruari ab eo qui non niſi rei ſeruandæ cauſa in poſſeſſionem miſſus erat. Cæteras loci huius lectiones & interpretationes, quo-

niam à Pauli verbis & iuris ratione omnino abhorrent, pluribus hîc refellere operæpretium eſſe non arbitramur.

Capvt XX.

Nihil emendandum eſſe in l. ſub conditione. 16. D. de condict. indeb. & explicatio. l. Iulianus. 60. eod.

SVMMARIA.

1 *Nullam eſſe differentiam, inter conditionem, & diem incertum, quam de indebiti ſoluti conditione quæritur.*
2 *Perperam in* d. l. ſub conditione, *verbis illis* die exiſtente *additam eſſe à nonnullis negationem.*
3 *Differentiam eſſe inter caſualem conditionem, & incerta dies quam extituram eſſe certum ſit.*
4 *Explicatur* l. 17. ff. de condict. furt. *hactenus non bene intellecta.*
5 *Ratio dubitandi & decidendi in* d. l. 16.
6 *Præmittuntur quædam ad intellectum* d. l. Iulianus.
7 *An ſi quis id quod pure debebat ſub conditione nouandi animo promiſerit, pendente conditione ſolutum repetere poſſit.*
8 *Accurſij argumenta refutantur.*

1 INter † conditionem & diem incertum differentia nulla eſt, ſi de indebiti ſoluti condictione quæratur. Nam ſicut quod ſub conditione, ita quod ſub die incerto tibi debeo ſi ante diem aut conditionem exiſtentem facti errore ſoluam, repetere potero, quia omnino indebitum eſt. Quòd ſi poſt ſolutionem & ante repetitionem dies aut conditio extiterit, non repetam, quia debitum cœpit eſſe quod prius fuerat indebitum. Itaque ſenſus eſt *l. ſub conditione, 16. D. de condict. indeb.* quam omnino malè explicant, qui à Pomponio differentiam conſtitui putant inter diem incertum & conditionem: cùm tamen apertè lex dicat exiſtente die aut conditione repetitioni locum non eſſe. Neque ea verba, *quod autem ſub die incerto* quibus mouentur, differentiæ notam aliquam præ ſe ferunt vt illi aiunt, ſed tantùm de alia re loqui Pomponium demonſtrant. Prius enim de debito ſub conditione locutus fuerat, poſteà de debito in diem ſubiicit. In vtroque autem idem ius conſti-
2 tuit. † Nec ratio vlla afferri poteſt cur in poſtremis illis verbis, *die exiſtente*, addita negatione legamus *de non exiſtente.* Falſum enim eſt nec vllo iuris loco comprobari poſſit id quod in diem incertum debetur, ſi ante diem per errorem ſolutum ſit non poſſe intereà repeti, *l. ſufficit. 56. D. eod. tit.* Et illi ipſi qui addunt negationem, fatentur eo demum caſu repetitionem impediri, quo certum ſit diem illum incertum aliquando extiturum, puta ſi quid tibi promiſero, *cùm moriar.* Cùm enim certum ſit debitum iri, quod nondum debetur condictioni locus non eſt, quaſi indebitum dici non poſſit, quod fieri non poteſt vt non aliquando debeatur vt in
3 *l. 17.* Vlpianus ait. † Sed recta comparatio non eſt caſualis, vt noſtri vocant, conditionis, & incertæ diei quam extituram eſſe certum ſit. Nam & ſi quod ſub neceſſaria conditione debebatur pendente conditione per errorem ſolutum ſit, dubium non eſt quin intereà repeti non poſſit, vt idem Vlpianus ait *in l. quod ſi. 18. D. eod.* Siue igitur conditionem omnino incertam cum die prorſus incerto compares, ſiue diem incertum, quem tamen euenturum eſſe certum ſit cum conditione quæ non poſſit non exiſtere, nulla inter conditionem & diem incertum differentia eſt, cùm dies incertus pro conditione habeatur, *l. dies incertus. 75. D. de condit.* & *demonſtrat.* & conditio appellatur, *l. talis, 30. §. ſed etſi. D. de legat. 1.* Neque opinioni noſtræ illud obſtat, quod ex Vlpiani verbis *in d. l. 17.* videtur poſſe colligi Pomponium in præcedenti lege de eo die locutum eſſe, qui ſit omnimodo extiturus. † Illud enim verius eſt in 4
d. l. 17. non præcedentis legis exemplum, ſed confirmationem & rationem contineri, quam vix quiſquam hactenus rectè, vt arbitror, explicauit. Ego autem ſic explico, vt cùm Pomponius ſcripſiſſet id quod ſub die incerto debetur, ſi ante diem ſoluatur, die exiſtente non repeti, ratio hæc in *l. ſeq.* ſubiiciatur ex Vlpiano, quia ſi cùm moriar dare promiſero, & antea ſoluam, repetere non poſſum. Hoc eſt, ſi eo caſu quo dies nondum venit quem venturum eſſe certum eſt: ſolutum repeti non poteſt. Multò magis dicendum eſt, id quod in diem prorſus incertum debebatur, ſi ante diem ſolutum ſit, die exiſtente condici non poſſe. Plus enim eſt diem veniſſe, quàm neceſſariò venturum eſſe. † Dubitandi au- 5
tem ratio apud Pomponium illa erat, quòd initio & ſolutionis tempore inſpecto, indebitum per errorem ſolutum eſſe. Sed decidendi ratio eſt, quia cum de condictione quæritur, cõditionis tẽpus inſpiciendum eſt non ſolutionis. Adeò autem ſufficit debitum eſſe cũ petitur id quod indebitè ſolutum erat, vt ſi modò debitum iri certum ſit, licet nondum debeatur, perinde habendum ſit, ac ſi purè non in diem vel ſub conditione deberetur, *l. ſi pupillus, 9. §. qui ſub conditione. D. de nouat.* Nihil igitur emendandum eſt in *d. l. ſub conditione*, &, ſi quid emendari neceſſe eſſet, dicerem potius in illis verbis, *quod autem ſub die incerto debetur*, pro *autem* legendum eſſe *item*, quanquam ne hoc quidem neceſſe eſt.
† His verò quæ diximus mirificè conueniunt, quæ Pau- 6
los ſcribit in *l. Iulianus verum debitorem, 60. D. eod. tit. de condict. indeb.* de cuius quoque ſententia non inutile futurum eſt, ſi hîc omnia quæ ad rem pertinere videbuntur breuiter exponamus. Illud primum ex Iuliano Paulus refert, verum debitorem poſt litem conteſtatam manente iudicio ſoluentem repetere non poſſe, quia nec abſolutus nec condemnatus repetere poſſet. Idémque dicendum eſſe ſi quis ita promiſerit, Siue nauis ex Aſia venerit, ſiue non venerit, quia ex vna cauſa alterutrius, origo ſolutionis proficiſcitur. Tum ſubiicit, ſi quis id quod purè debebat ſub conditione nouandi animo promiſerit, magis dubitari poſſe, an pendente conditione ſolutum poſſit repeti. Pleroſque enim putare repetitioni locum eſſe, quoniam ex qua obligatione ſolutum ſit dici non poſſit, vt contingit ſi plures eandem pecuniam alter purè, alter ſub condictione nouandi animo promiſerint. Verùm hoc diſſimile eſſe Paulus ait, quia in ſtipulatione pure & conditionali, eundem debiturum eſſe certum ſit. † Quemadmodum autem 7
caſus ille cùm quis id quod purè debet ſub condictione nouandi animo promiſit, Paulo dubitabilior cæteris viſus eſt, ita interpretum noſtrorum opiniones in diuerſas partes diſtraxit. Sunt enim qui repetitioni locum eſſe putent, quam ſententiam *Az.*, *Ioannes*, *Accurſius*, *Bartolus* cæterique ferè omnes ſequuntur. Alij contrà iam olim ex veteribus interpretibus, vt idem *Accurſius* refert, negabant, cum quibus & ego ſentio. Id enim eſt meo iudicio, quod in fine legis Paulus ait, ſtipulationem hanc diſſimilem eſſe illi qua plures perſonæ eandem pecuniam purè & ſub condictione nouandi animo promiſerunt. Nam in priore ſtipulatione eundem debiturum eſſe certum eſt ſiue nouationis condictio extiterit, ſiue defecerit, & ideo condicere promiſſor non poteſt id quod omnimodo ſit debiturus. In poſteriore verò incertum eſt ex pluribus quis futurus ſit debitor. Si enim conditio extiterit, Secundus promiſſor: ſi defecerit, Primus debitor erit. Propter quam cauſam meritò reſponſum eſt, eum qui pendente condictione ſoluerit repetiturum. Nec poſſum intelligere qua ratione moueantur, qui vt nouam opinionem inducerent, Paulum

ſic

ſic interpretari ſunt, quaſi ſenſerit hoc caſu repetitioni locum non eſſe. Quæ enim à Paulo affertur ratio in illis verbis, *In ſtipulatione enim pura & conditionali eundem debiturum eſſe certum eſt*, huic interpretationi non ſolum non conuenit, ſed etiam omnino repugnat.
8 † Ineptum etiam eſt argumentum quo *Accurſius* vtitur, vt oſtendat eum qui quod purè debet ſub conditione ſoluat, repetere poſſe. Ait enim creditorem puræ obligationi renunciare videri, & promiſſorem conditionis dilationem inducere, quorum vtrumque falſum eſt. Cùm neque creditor puræ obligationi renunciet, niſi ſub conditione, ſi eam poſteà accipere contigerit, neque debitor conditionem inducat obligationis: imò purè obligatus maneat niſi ſecundæ ſtipulationis conditio extiterit, *l. quoties. 14. D. de nouat. l. in perſona. 30. §. fin. D. de pact.* Quod autem adiicit, incertum eſſe in illa ſpecie, an perpetua an temporaria futura ſit exceptionis defenſio ex *dicta l. ſufficit. 56. de condict. indeb.* multò minus verum eſt. Etenim cùm vtroque caſu ſiue conditio extiterit ſiue defecerit, futurum tamen ſit vt debeatur id quod promiſſum eſt, fieri certè non poteſt, vt perpetua ſit exceptionis defenſio, ac proinde vel ex ratione Papiniani in *dicta l. ſufficit.* conditioni locum non eſſe concludendum eſt. Et verò illi ipſi qui hanc noſtrorum opinionem induxerunt, non alia ratione mouebantur, quàm quòd incertum eſſet ex qua obligatione debitor ſoluiſſet, vt Paulus refert. Sed non inde fit quin certum ſit, ex alterutra obligatione ſoluere eum debere, cùm aut ex pura, aut ex conditionali obligatione eum debiturum eſſe certum ſit, quod ſufficit ad impediendam conditionem.

ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER V.

CAPVT I.

Explicatio §. vlt. l. vlt. D. de leg. 3.

SVMMARIA.

1 *An legata à filio impubere instituto qui contra tabulas patris bonorum poſſeſſionem accepit extraneis relicta, ſubſtitutus præſtare debeat?*
2 *Quid Interpretibus in dicta quæſtione dubitandi cauſam præſtiterit.*
3 *Reÿcitur Cuiacÿ emendatio ad* dict. §. vltim. l. vltim. de leg. 3.
4 *Cur in ſpecie* d. §. vlt. *ſubſtitutus legata à pupillo inſtituto extraneis relicta ex vncia tantum præſtet?*
5 *An ſi nullum ex bonorum poſſeſſione commodum ad filium impuberem inſtitutum peruenerit, legata ab eo relicta extraneis præſtare ſubſtitutus debeat?*
6 *Explicatur* l. etſi contra. 35. de vulgar. & pupillar. ſubſtit.
7 *Refutatur ſententia Accurſÿ exiſtimantis legata ab inſtituto data à ſubſtituto præſtari, quaſi ab ipſo tacitè repetita.*

SI pater impuberem hæredem ſcripſerit, eique ſubſtitutum dederit, & alio filio emancipato præterito edictum committente pupillus contra tabulas patris bonorum poſſeſſionem acceperit, tum de legatis à ſubſtituto præſtandis controuertatur, certiſſimum eſt diſtinguendum eſſe an ab ipſo impubere data ſint, an à ſubſtituto. Quamquam enim petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, teſtamentum patris rumpitur, pupilli tamen fauor, & vtilitas elicit, vt pupillare ſuſtineatur, eaque præſtanda ſint omnibus, id eſt extraneis quoque perſonis ea, quæ à ſubſtitutione pater relinquit, *l. ex duobus, 14. §. vlt. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* At quæ ab impubere inſtituto relicta ſunt, ratio iuris, & æquitatis non patitur, vt à ſubſtituto aliis quàm exceptis perſonis debeantur. Nam cùm ex ipſius impuberis defuncti perſona præſtentur, *l. in ratione, 11. §. quod vulgo. D. ad l. Falcid. l. ſeruo alieno. 113. §. ſed ſi pater. de leg. 1.* conſequens eſt vt aliis non præſtentur, quàm quibus ab ipſo impubere præſtari deberent, iis videlicet perſonis duntaxat quas ſpeciali in eam rem edicto. De legatis præſtandis exceptas Prætor voluit. Ex quo intelligi poteſt, euidenter errare eos, qui putant Prætoris beneficio inſtitutum filium duntaxat, non etiam ſubſtitutum, legatorum nomine exonerari. Neque enim Prætoris edictum in filij inſtituti gratiam, ſed potius legatariorum fauore comparatum eſt, quando certum ſit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas rumpi patris teſtamentum, ac proinde legata ex eo deberi nullomodo poſſe, præter ea, quorum præſtatio viſa eſt Prætori habere naturalem æquitatem vt Vlp. ait in *l. 1. D. de leg. præſt.* vbi non ineleganter æquitatem edicti nouam appellat, quod valde nouum ſit, ac contra communes iuris regulas vt qui patris iudicia reſcindit, ex eius tamen iudicio & voluntate legata fideicommiſſa quibuſdam perſonis præſtare compellatur. Ergo legata ab inſtituto filio extraneis relicta ne quidem ſubſtitutus præſtabit: idque diſertè ſcriptum eſt in *l. filium. 5. D. eod. tit. de leg. præſtan.* † Verùm ſicut nonnullis errandi, ita omnibus dubitandi anſam illud præbuit, quod in *l. vlt. §. vlt. de leg. 3.* Scæuola reſpondit in eadem, vt videtur, ſpecie ſubſtitutum legata ab inſtituto relicta non exceptis tantùm, ſed etiam extraneis perſonis debere, ita tamen vt his ex ea duntaxat portione præſtet ex qua inſtitutus fuit, exceptis verò ex reliquo, id eſt, etiam ex eo, quod per bonorum poſſeſſionem contra tabulas acceſſit. Proponebatur enim filius ex vncia tantùm hæres ſcriptus, ac Prætoris beneficio ſemiſſem conſecutus. † Scio placere viro doctiſſimo *Iacobo Cuiacio* corruptiſſimum eſſe Scæuolæ reſponſum, ac potius de legatis à ſubſtituto relictis accipiendum, quaſi ea verba, *habeat & ſubſtitutum*, alieno loco poſita ſint, & reponenda poſt illa prima, *ſi filius ex vncia hæres inſtitutus ſit.* Quod tamen vix eſt vt probabile videri poſſit, cum cætera quæ ſequuntur, *deinde commiſſo edicto per alium filium accepit patris dimidia bonorum poſſeſſionem*, ad filium, non ſubſtitutum referantur: neque illud verè dici poſſit, ſubſtitutum legata à ſe relicta debere ex vncia omnibus: ex reliquo item liberis & parentibus. Omnibus enim debet pro modo patrimonij quod ad filium peruenit, perinde ac ſi id quod per bonorum poſſeſſionem filius habuit à patre accepiſſet, *d. l. 5. §. quod ſi impubes. de legat. præſt. l. ab exheredato. 126. de legat. 1.* Quare delenda omnino erit tota illa Scæuolæ diſtinctio, *Sed ex vncia omnibus, ex reliquis, liberis & parentibus:* quod ſi ita eſt, rectè profectò ſentiunt, qui in libris noſtris locum alium adeò maculatum nullum eſſe aiunt. Quanquam minus maculatus videri poterit ſi his poſterioribus verbis ſublatis,

tis, nihil de præcedentibus immuterur. Veriſſimum enim eſt in ea ſpecie quam Scæuola tractat, legata ab inſtituto relicta deberi à ſubſtituto vſque ad ſemiſſem, *l. etſi contra tabulas* 35. *D. de vulga & pupill. ſubſtit.* neque tractandarum rerum ordine quem ſibi pro arbitrio vir doctiſſimus comminiſcitur, vulgata lectio, quæ rectum ſenſum habet mutari debuit. Sed nec ſequentia illa, quæ inepti interpretis eſſe arbitratur, tollenda eſſe exiſtimo, ac longè facilius Vlpianum à Scæuola diſſenſiſſe admitterem, ſi commodius nihil dici aliud poſſet. Ac ne hoc quidem admittendum puto. Neque enim aut in *d. l.* 5. *de leg. præſtand.* aut alio vllo iuris loco ſcriptum reperio, ſubſtitutum legata extraneis non præſtare ex vnica, ſi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas à filio petitam plus ad eum peruenerit. Improbè namque recuſaret legata extraneis præſtare eo colore, quòd filius bonorum poſſeſſionem contra tabulas acceperit, quæ ſcilicet ſubſtituto ipſi prodeſt, adeóque ex teſtatoris voluntate.
3 † In quo deterior ſanè eſt conditio ſubſtituti, quàm filij inſtituti. Hic enim non ſolum quod poſſeſſionis commodo ſupra vnciam habet, ſed & vnciam ipſam ex qua inſtitutus erat, Prætoris beneficio, ac contra patris voluntatem habet, vt non ſine cauſa recuſet ſoluere legata quæ extraneis pater reliquit, pro ea etiam parte ex qua inſtitutus fuit: Subſtitutus verò, tametſi plus conſequatur poſſeſſionis beneficio, quam ei teſtator reliquerat, hoc ipſum tamen ex teſtatoris voluntate habet, qui ſcilicet non haberet ſi à teſtatore ſubſtitutus non eſſet. Planè improbius facerent legatarij extranei ſi rupto per bonorum poſſeſſionem teſtamento ampliora legata conſequi vellent, quàm petere potuiſſent, ſi ruptum teſtamentum non fuiſſet, & ad ſubſtitutum vncia duntaxat perueniſſet. Quæ ratio eſſe videtur propter quam Scæuola reſpondit ſubſtitutum non niſi ex vncia extraneis legata præſtare.
4 † Aliud verò obſeruandum eſt ſi nullum ex bonorum poſſeſſione commodum, ad filium & ſubſtitutum peruenerit, Cur enim hoc caſu improbè faciat ſubſtitutus qui dicat nolle ſe ex instituti perſona ſoluere legata, qui inſtitutus ipſe ſi viueret minimè præſtaret? Idque ſatis apertè meo iudicio Scæuola voluit, qui in poſteriore reſponſi ſpecie, hoc eſt ſi ex dodrante inſtitutus filius commiſſo edicto ſemiſſis tantùm poſſeſſionem acceperit, ſubſtitutum ex ſemiſſe duntaxat legata debere dixit, nulla diſtinctione adiecta, vt intelligamus hoc caſu nulla ex parte legata extraneis præſtari. Quæ etiam ſpecies *d. l.* 5. *de lega. præſt.* in qua ſolus filius, ac proinde ex aſſe inſtitutus proponitur, vt fratris præteriti quem Vlpianus ponit bonorum poſſeſſionem accepiſſe, concurſu minus perceperit, quàm ex teſtamento habuiſſet.
5 † At eidem Scæuolæ reſponſo illud etiam obſtare videtur quod Africanus ait, in *dict. l. etſi contra.* 35. *de vulgar. & pup. ſubſt.* legata ab inſtituto pupillo relicta coniunctis perſonis (ſic enim neceſſario is locus intelligi debet) & à ſubſtituto præſtanda augeri ex eo quòd filius extraneis nihil debuerit. Nam ſi ita eſt, illud etiam conſequens videtur vt neque ſubſtitutus extraneis quicquam debeat, alioqui inepta erit ratio illa Africani, & alia quærendá, cur legata à ſubſtituto perſonis exceptis præſtanda augeantur. Verùm præter id quod Africanus ſecundum Scæuolæ diſtinctionem intelligi commodè poteſt, vt leges aliæ ex aliis ſumunt interpretationem, illud etiam non malè quis fortaſſe dixerit, poſſe contingere vt legata coniunctis perſonis relicta augeantur ex eo quod filius extraneis non debuerit, quemadmodum Africanus ait, & tamen illa etiam quæ extraneis data ſunt, præſtentur pro ea parte ex qua filius fuit inſtitutus. Finge eum qui mille & ducenta in bonis habebat, cùm fortè ſibi longe locupletior videretur, filium in poteſtate ex vncia duntaxat hæredem ſcripſiſſe, id eſt in centum, & ab eo legaſſe extraneis ducenta, coniunctis verò perſonis trecenta quinquaginta. Si poſteà filius commiſſo per emancipatum edicto bonorum poſſeſſionem pertierit: & ſemiſſem conſecutus ſit, mox ante præſtita legata deceſſerit, dicemus ſubſtitutum quamuis extraneis quoque legata præſtet, non ideò tamen falcidiam deducturum, ex cæteris quæ coniunctis perſonis præſtanda ſunt. Scilicet quoniam extraneis nihil debet niſi pro vnica, id eſt centum. Suprà vnicam non debet: quia extraneis filius nihil debuit, atque ita fit, vt etiam integris ſolutis iis quæ coniunctis perſonis relicta ſunt, adhuc centum & quinquaginta iure falcidiæ ſubſtitutus habeat, quæ citra deductionem non haberet ſi filius extraneis debuiſſet: Id enim eſt quod Africanus ait augeri legata quæ ab inſtituto coniunctis perſonis data ſunt, hoc eſt, ſine falcidiæ diminutione præſtari quoniam quæ per legem falcidiam & ipſo iure minuũtur, ea ſi integra præſtentur, quodãmodo augentur, *l. in quantitat.* 74. *§. vlt. D. ad l. Falcid.* quod nos alio loco fuſius explicauimus. Recta verò & interpretationi noſtræ valde conueniens eſt ratio illa Africani, *propterea quòd filius extraneis non debuerit*. Cui alia ſubiicienda eſt quæ paulò poſt ſequitur in iis verbis, *quemadmodum & ipſe filius plus exceptis deberet*. Siue enim de legatis ab inſtituto relictis & à ſubſtituto præſtãdis diſputamus ſiue de iis quæ ab ipſo ſubſtituto data ſunt, quæ Africanus creſcere ait ſi ex bonorum poſſeſſione plus ad filium peruenerit, accommodatè dici poteſt, augeri ea, quemadmodum & ipſe filius plus exceptis deberet: tametſi in legatis ab inſtituto relictis accommodatius id dici poſſe videatur. Præſertim cùm minus recta ſit hac parte comparatio filij & ſubſtituti. Legata enim ab inſtituto filio relicta augentur, licet non plus ad eum per bonorum poſſeſſionem peruenerit, quoniam extraneis nihil præſtat. Ea verò quæ à ſubſtituto data ſunt, non aliter augentur, quàm ſi plus compendij & commodi ex bonorum poſſeſſione quàm ex teſtamento filius perceperit, cùm extraneis quoque ſubſtitutus legatorum à ſe relictorum nomine obligetur.
† Hinc porrò intelligimus quàm parum acutè *Accurſius* ſcripſerit legata ab inſtituto data præſtari à ſubſtituto, quaſi ab ipſo tacitè repetita, *ex l. licet Imperat.* 70. *de leg.* 1. Nam vt taceã ius illud de tacita repetitione legatorum Africani & Scæuolæ tẽporibus certum non fuiſſe ante nouam Seueri & Antonini conſtitutionem: illud etiam me mouet, quòd ſi ea legata ab inſtituto relicta ſubſtitutus præſtaret tanquam à ſe repetita, vtique omnibus ea præſtaret ſicut cætera quæ à ſubſtitutione data ſunt. At quæ ab inſtituto relicta ſunt, non niſi exceptis perſonis præſtat, quia cùm non teſtatori, ſed pupillo hæres exiſtat, ad eorum præſtationem tanquam ad æris alieni ſolutionem obſtrictus eſt, *d. l. in ratione*, 11. *§. quod vulgo. D. ad leg. Falcid.* Adeò autem verum eſt legata à filio inſtituto relicta non videri à ſubſtituto repetita, vt nec ſi expreſsè repetita ſint, alio tamen iure debeantur, quàm quod ſubſtitutus pupillo hæres extiterit, *d. l. ſeruo alieno.* 113. *§. ſed ſi pater. de leg.* 1. Generaliter igitur diffiniri poteſt conſtitutionem illam Seueri & Antonini quam Iuriſconſultus refert in *d. l. licet*, ad vulgarem duntaxat, non etiam ad pupillarem ſubſtitutionem pertinere. 6

Capvt II.

Emendatio l. legaui. 25. D. de liber. legat.

SVMMARIA.

1 *An vtile ſit eiuſmodi legatum*, Lego tibi centum aureos quos mihi debes, *cum tamen nihil mihi debeas?*

2 *Reijcitur emendatio & coniectura Interpretum ad* d. L legaui.

3 *Differentia inter falſam demonſtrationem, & falſam cauſam*

cauſam ſiue conditionem legato adiectam, & explicatio l. ſi ſic legatum, 75. de leg. 1.

4 *Reycitur Bartoli & aliorum ad eandem legem interpretatio.*

5 *Multum intereſſe an tibi legauerim centum quæ mihi debes, an ita dixerim, Centum aureos quos mihi Titius debet, hæres meus damnas eſto non petere.*

6 *Tolluntur verba irreptitia e* d.l. legaui, *& emendationis ratio redditur.*

7 *Cur inutile ſit legatum hoc, Centum aureos quos mihi Titius debet, hæres meus damnas eſto ei dare?*

1 VVlgo † ab interpretibus creditum eſt inutile & nullius momenti eſſe legatum, ſi tibi legauero centum aureos quos mihi debes, & nihil mihi debeas: quaſi deficiente, vt illi aiunt, ſubſtantia & conditione legati, quemadmodum dici ſolet, in illa legati ſpecie, Si tibi centum legauero, quæ mihi Titius debet, cùm nihil ille debeat. *l. ſi ſic legatum, 75. §. 1. de legat. 1* Mihi verò aliud iudicium eſt, neque dubito quin vtile ſit prius legatum, & quantitas peti poſſit, licet nihil mihi debeas, quaſi falſa demonſtratione adiecta, vt apertis verbis Paulus reſpondit in *l. legaui. 25. D. de liberat. leg.* *Quod ſi nihil debeat*, inquit, *poterit, dici quaſi falſa demonſtratione ad-*
2 *iecta, etiam quod comprehenſum eſt peti poſſe.* † Nec poſſis niſi valde ridiculè & ineptè ſequentia illa, *Sed poterit hoc dici ſi ita legauit, Centum aureos quos mihi debet*, quæ affirmatiuè concepta ſunt, legere cum interrogatione, vt negationem ſubintelligas, quemadmodum poſt Ioannem & Azonem vulgo interpretes tradiderunt: aut addita negatione ſcribere, *Sed nõ poterit hoc dici*, quomodo ex recentioribus *Iacobus Cuiacius* veterum errorẽ potiùs quàm emendationem [illegible] legendum eſſe arbitratur. Repugnant enim præcedentia, repugnant etiã ſequentia. Quis namque caſ[illegible], quo verum illud ſit quod initio Paulus dixit, licet mihi legatarius debeat, poſſe tamen dici, quaſi falſa demonſtratione adiecta etiã quod comprehenſum eſt peti poſſe, ſi neges valere huiuſmodi legatum? *Lego Titio centum aureos quos mihi debes.* Nullum ſiquidem apertioribus verbis concipi & legatario fauorabilius excogitari meo iudicio poteſt. Et inter varias legatorum formulas ac differentias, quas iuri[illegible] authoritas admiſit, aptiſſimum ſanè & optim[illegible] hac parte legandi genus illud fuit, quod per vindic[illegible]tionem dicebatur, vt facilè perſpicere quiuis poteſt. Deinde quod apud Paulum ſequitur, *Quod ſi ſic dixit, Hæres meus centum aureos quos mi[illegible] Titius debet damnas eſto ei dare, etiam illud tentari poterit, vt petere poſſit, quaſi falſa demonſtratione adiecta, quod mihi nequaquam placet, cùm dandi verbum ad debitum referre ſe teſtator exiſtimauerit.* An non oſtẽdit ſatis in præcedentibus tractaſſe Paulũ de vtili legato? Alioqui ſi dixiſſet non valere legatum ita relictum, *Lego Titio centum aureos quos mihi debet*, cur dubitaret quin idem dici poſſet de legato per damnationem concepto his verbis, *damnas eſto hæres meus ei dare?* Dubitat tamen, & dubitandi cauſam ſignificat, cùm ait etiam hoc caſu tentari poſſe vt legatum valeat quaſi falſa demonſtratione adiecta. Non ergo dubitabat, quin legatum de quo prius dixerat valeret, & falſæ demonſtrationis adiectione non [illegible]etur. Idque neceſſariò conſequens eſt iuris regulæ [illegible] habet falſam legati demonſtrationem legatario non no[illegible]. *l. demonſtratio. 17. l. falſa. 33. l. quibus diebus. 40. §* [illegible] *dotalem. D.*
3 *de cond. & demonſtr.* ‖ Neque ad obiectio[illegible]em hanc reſponderi poteſt, quod quidam reſpondent ex Vlpiano in *d. l. ſi ſic legatum, §. 1. de legat. 1.* inter falſam demonſtrationem & falſam cauſam ſiue conditionem legati multum intereſſe. Quanquam enim id veriſſimum eſt ad aliam tamen, quàm ad eam de qua quærimus legati ſpeciem pertinet. Ad eam ſcilicet, quam illo loco Vlpianus tractat, ſi mihi legaueris centum aureos quos tibi Titius debet, cùm nihil ille tibi deberet. Nam legato nomine certæ quantitatis, certum eſt non quantitatem ipſam, ſed nomen legatum intelligi ac proinde ad aliud hæredem teneri non poſſe quàm ad cedendas & præſtandas actiones, quæ porrò nullæ ſunt ſi nihil teſtatori debebatur. Vnde fit vt legatum ſub ea conditione relictum videatur, ſi Titius tibi debeat, qua conditione deficiente ſubſtantia quoque legati deficit, & conſequenter inutile ac nullius momenti eſt legatum. Sed ſi legauero tibi centum aureos quos mihi debes, manifeſtum eſt legatam eſſe quantitatem non liberationem, quamuis ſi debitor ſis nihil niſi liberationem petere poſſis: & ideò ſi nihil debeas centum nihilominus petes, quia verum eſt centum fuiſſe legata, & falſam adiectam eſſe demonſtrationem. Nec ratio vlla eſt cur ab Vlpiano contrà reſponſum fuiſſe exiſtimemus in *d. l. ſi ſic legatum*, §. 1. vbi eum caſum tractat ſicut diximus, quo mihi legatum eſt à Sempronio id quod ei Titius debebat. In qua ſpecie rectè ait non valere legatum ſi nihil Titius Sempronio debeat, ſiue nullam ſiue certam quantitatem teſtator expreſſerit. Cùm enim quantitas non eſt adiecta, nihil deberi poteſt, quia vt lex ait, non apparet quantum fuerit legatum. Quæ res facit, vt quamuis valeat legatum ſi cui legauero centum, quæ Titio debeo, licet nihil ei debeam, quòd hæc falſa demonſtratio non perimat legatum, inutile tamen ſit ſi ſimpliciter & nulla adiecta quantitate legauero id quod Titio debeo, nempe quia dici non poſſit quantum ſit in legato. Quid ſi in propoſito caſu teſtator addiderit certam quantitatem, & mihi legauerit centum quæ ei Titius debet, inutile etiam erit legatum, quod ea quantitas non tam demonſtrationis, quàm cauſæ & conditionis loco adiecta eſſe videatur. Solet quidem falſa cauſa, itémque falſa conditio legati legatario non nocere, *leg. cum tale. 72. §. falſam cauſam & §. falſam conditionem. D. de con. & demon.* Sed Vlpianus eo loco falſam cauſam & conditionem legati eam intelligit, quæ errantem teſtatorem impulit vt legaret, & ſine qua legatarius non fuiſſet, quæque [illegible]ato ſic cohæret, vt ſubſtantiam ipſam legati potius quàm legandi rationem contineat. Concludit igitur Vlpianus *verſi. Proinde.* Etſi Titio decem quæ mihi Seius debet legauero, nullum eſſe legatum. Eſſe enim, inquit, debitor debet: cùm etſi viuus exegiſſem extingueretur [illegible]um, & ſi debitori maneret, actiones duntaxat aduerſus eum præſtare hæres meus cogeretur.

Neque [illegible] ab[illegible] eſt *Bartoli* & cæterorum interpretatio, qui putant in verſic. *Quod ſi addiderit*, tractare Vlpianum de legato ſic concepto, *Decem quæ mihi Titius debet, lego eidem Titio*, cum certo certius ſit, perſequi Vlpianum propoſitam ſpeciem de legato relicto alteri quàm ei quem teſtator debitorem eſſe exiſtimabat, vt probant ea ipſa verba, *Quod ſi addiderit*, quæ ad alium referri certè non poſſunt, quàm ad teſtatorem, quem principio §. poſuerat legaſſe mihi id quod ei Titius debebat, nulla addita quantitate. Nec video quid ex hac noſtra interpretatione quam legis verba euincunt ſequatur incommodi, niſi quòd ſuperuacua & fruſtra adiecta videantur, quæ Vlpianus ſubiicit in *verſic. Proinde.* quod tamen minus mirabitur is qui obſeruauerit Vlpiano Aſi[illegible] cum illud ſcribendi genus placuiſſe potius quàm L[illegible]onicum & Papinianeum. Vt vt ſit, longè abſurd[illegible] te puto ſi falſam Vlpiani opinionem, præſertim q[illegible]bis colligi non poſſit inducamus, quàm ſi f[illegible] quod res eſt, eandem ab eo ſententiam ſuper[illegible]eritam eſſe. † Sed illud præcipuè interpretes n[illegible]s meo iudicio fefellit, quòd Paulus in *d. l. legaui*, ita [illegible]ibit, quaſi nihil interſit, an tibi legauerim centum quæ mihi debes, an ita dixerim, Centum aureos quos mihi Titius debet, hæres meus damnas eſto non petere. Cùm tamen hoc poſteriore caſu nemo ſit qui negare auſit liberationem duntaxat certæ quantitatis legatam videri, non ipſam quantitatem, ſiue quòd per damnationem legatum relictum ſit, ſiue quòd teſtator 4

non

non iuſſerit hæredem tibi dare, ſed tantùm à te non petere. Idque manifeſtum fit ex eo quod Paulus ſubiicit non valere legatum, & liberationem duntaxat videri relictam, licet dandi verbum teſtator vſurpauerit, quod tamen ad quantitatem legandam aptius eſt, quam verbum non petendi.
6 † Quod cùm ita ſit, puto interpretis eſſe non Pauli totam illam adiectionem, *vt Stichum quem Titius mihi debet, hæres meus damnas eſto non petere.* Interpretum verò imperitum illud mouiſſe aut potius fefelliſſe, quòd putabat fortaſſe, in prio[ribus] iis verbis, *Titio centum aureos quos mihi debet*, deeſſe aliquid ad implendam & perficiendam orationem. Aut exemplo centum aureorum, quod Paulus attulerat aliud addendum fuiſſe de Sticho, vt ex eo omnes intelligerent verum eſſe, quod prius Paulus dixerat, nihil intereſſe an centum aureorum, an fundi debiti mentionem teſtator fecerit. Ac ſanè ſi aliud exemplum addere Paulus voluiſſet, vtique de fundo non de Sticho addidiſſet, vt præcedentia cū ſequentibus magis conuenirent. Deinde, quòd dicimus nihil intereſſe an centum aureorum an fundi debiti mentionem teſtator fecerit, non aliter verum eſt quam ſi iiſdem verbis legatum conceptum
7 proponatur. † Sed non inelegans dubitatio eſt cur inutile ſit legatum hoc, *Centum aureos quos mihi Titius debet hæres meus damnas eſto ei dare*, potius quàm illud, *Lego Titio centum aureos quos mihi debet.* Ratio enim illa Pauli cùm dandi verbum ad debitum referre ſe teſtator exiſtimauerit, difficilior eſt, quàm vt commodè intelligi & explicari poſſit, quoniam ex præſumpta teſtatoris voluntate potius quàm ex verbi vi & poteſtate deſumpta eſſe videtur. Niſi dicamus, quod verum eſt, multum referre an certam quantitatem teſtator ipſe dederit, an hæredem ſuum dare damnauerit. Hoc enim caſu illud teſtatorem animo agitaſſe veriſimile eſt, vt ſi nihil hæredi Titius deberet, nihil Titio hæres daret, quòd dare non poſſit eam quantitatem quæ [Titi]i deberet, ſi nulla debeatur. Cùm verò teſtator ipſe dedit, non de illo quærimus quid hæres dare poſſit, ſe[d] quantum teſtator dederit, & ad relictæ quantitati præſtationem obligari hæredem admittimus, quaſi falſa duntaxat demonſtratione adiecta. Atque hæc noſtra interpretatio & emendatio, etſi noua eſt & à communi interpretum omnium opinione aliena, placuit tamen eruditiſſimo Iuriſconſulto *Ioanni Blancheto*, qui propter eximiam qua excellit iuris ſcientiam, non ſolum Sebuſianis noſtris apud quos Iudicis appellationum dignitatem ſumma cum laude ſuſtinet, ſed exteris quoque omnibus ad quos prouinciæ noſtræ fama peruenit, eam ſui nominis admirationem excitauit, vt facile mihi perſuadeam doctiſſimos quoſque probaturos omnia quæ tam eruditi viri iudicium excellens comprobauerit.

Capvt III.

Veram eſſe receptam lectionem l.pen.D.de conſtit. pecun.

Svmmaria.

1 *An qui tibi aut Titio ſoluere promiſit deinde conſtituit ſe tibi aut Titio ſoluturum ſi deinde Titio ſoluerit vtraque actione ipſo iure liberetur?*

2 *An qui tibi centum ex ſtipulatione debebat, deinde conſtituit ea ſe tibi aut Titio ſoluturum ſi Titio ſoluerit actione conſtituta pecunia maneat obligatus?*

3 *Paulum in quæſtione* d l.pen. *non de actione ex ſtipulatu ſed de conſtitutoria dubitaſſe.*

4 *Multum in dicta le[g]is quæſtione intereſſe an promiſſor tibi, aut Titio, an tibi duntaxat ex ſtipulatione ſoluere debuiſſet.*

5 *Propoſita differentia ratio.*

6 *Quid per* propriam actionem d. l. penultim. *intelligatur?*

7 *Conciliatio* l 8.de conſtit. pecun. *cum* l.ſi ita ſtipulatus 59.de ſolut.

At lex, ſi quis duobus pecuniā conſtituerit tibi aut Titio, ſtricto iure propria actione conſtitutæ pecuniæ manere eum tibi obligatum, quamuis Titio ſoluerit, ſed tamen per exceptionem adiuuari. Quod ſic accipiendum eſſe omnes conſentiunt, ſi tibi anteà obligatus eſſet is qui conſtituit, alioqui conſtitutum non valeret ſi debitum nullum præceſſiſſet, *l. 1.§.debitum autem l.eum qui. 5.§.quod exigimus, l.hactenus, 11. D.eod.tit.* Ego etiam ſic intelligo, vt ne ex præcedenti obligatione Titio ſolui poſſet. † Si enim cùm tibi aut Titio ſtipulatus eſſes, 1
promiſſor poſteà conſtituerit ſe tibi aut Titio ſoluturū, & Titio ſoluerit, dubitandum mihi non videtur, quin ab vtraque obligatione tam ex ſtipulatu, quàm de conſtituta pecunia ipſo iure liberetur. Nam & liberaretur etſi conſtituiſſet ſe tibi ſoluturum nulla in conſtituto facta Titij mentione, *l.ſi ita ſtipulatus, 59. D.de ſolu.* vbi ſatis apertè Paulus docet liberationem hoc caſu contingere non per exceptionem doli, vt minùs cautè quidam ſcripſerunt, ſed ipſo iure, præſertim cùm dicat nihil intereſſe an ſtipulator iubeat promiſſorem Titio ſoluere, an ab initio ita concepta ſtipulatio ſit, vt ſtipulatori vel Titio ſolueretur. Nemo enim dubitat quin ſi iuſſu ſtipulatoris promiſſor Titio ſoluerit, ipſo iure liberetur, *leg. vero procuratori. 12. Digeſt. eod. titul. de ſolut. leg. obligationum ferè, 44.§.acceſſio Digeſt. de oblig & act.* † Si igi- 2
tur qui tibi centum ex ſtipulatione debebat conſtituerit ea ſe tibi aut Titio ſoluturum, deinde Titio ſoluerit, quæſtio eſt apud Paulō in *dict. l. pen.* an tibi nihilominus propria actione conſtitutæ pecuniæ maneat obligatus. De priori actione quæ ex ſtipulatu competebat Paulus nihil quærit, quoniam ſi poſterior de conſtituta pecunia per ſolutionem Titio facta ipſo iure perēpta eſſet, vtique & prior ipſo iure ſubſiſtere nō poſſet. Quanquam enim duplex actio eſt: altera ciuilis, altera Prætoria. *de conſtitution. Inſtitut. de action.* vtraque tamen vnius ſolutionis poteſtate tollitur, quia vnum debitum eſt, quod per conſtitutum ſicut non nouatur, ita neque augetur, *leg. item illa verba. 18. §. vltim. cum l ſeq. D. de conſtit. pecun.*
† In quo miſerè errant qui exiſtimant in propoſita quæ- 3
ſtione tolli ipſo iure conſtitutoriā actionem, nec niſi de priore ex ſtipulatu Paulum dubitare, & illud tandē concludere non tolli eā, niſi per exceptionem: indéque animum ſumunt emendandæ legis, vt in illis verbis *propria actione pecunia conſtituta* nō *propria* legamus, ſed *priori.* Cùm tamen & ex iuris ratione quam ſupra diximus, & ex ſequentibus illis verbis, *pecunia conſtituta*, quæ ipſi non tollunt, appareat manifeſtè non niſi de conſtitutoria actione apud Paulum diſputari. Neque enim prior obligatio erat conſtitutæ pecuniæ, ſed verborum & ex ſtipulatione. Atque ita rectè veteres omnes interpretes ea verba expoſuerunt. Sed difficile iis fuit intelligere, quam rationem illud habeat, quod Paulus reſpondit, conſtitutoriā actionem ipſo iure & ſtricto non tolli ſi is, qui tibi aut Titio pecuniam ſoluturum ſe conſtituerat, Titio ſoluerit, cū adiecto ſolutionis cauſa ſolui poſſe, & debitori ſoluenti liberationem ipſo iure acquiri certiſſimum eſſe videatur, *dict. leg 59. de ſolu. leg. ſed etſi filiofamilias, 7.§.2. & leg. 8. Digeſt. de conſtitut. pecun.* Ego, ne in recenſendis & refellendis ſingulorum opinionibus fruſtrà ſim longior, ſic ſtatuo. † Multum intereſſe an promiſſor tibi, 4
aut Titio, an tibi duntaxat ex ſtipulatione ſoluere debuiſſet. Nam cùm Titius tam in ſtipulatione quàm in cōſtituto ſolutionis cauſa adiectus fuit, procuʟdubio eſt rectè ei ſolui poſſe & ſolutione obligationem omnem tam ex ſtipulatu, quàm de pecunia cōſtituta ipſo iure extingui, *dicta leg. ſi ita ſtipulatus.* Et de hoc nimirum caſu Paulus loquitur *in dicta leg. 8. de conſtitut. pecun.* cùm ait,

ſi poſteaquam promiſſor ſoli tibi ſoluturum ſe conſti-
tuit, Titio ſoluerit, eum nihilominus teneri. Ita innuẽs
liberatum iri eum, ſi tibi aut Titio conſtituiſſet, vel ti-
bi non adiecta dictione illa, *ſoli*. Idque conſtat ſatis ex
dict. §. 1 *l*. 7. cui *dict*. *lex* 8. coniungitur. Quòd ſi tibi ſo-
li ſtipulatus fuerat non adiecta Titij perſona, dico etiáſi
tibi aut Titio ſoluturum ſe promiſſor conſtituerit, &
Titio ſoluerit, nihilominus eum de conſtituta pecunia
ſtricto iure manere obligatum, in eóque perelegantem
ſtipulationis & conſtituti differentiam obſeruari. In
ſtipulatione cùm Titius ſolutionis gratia adiectus eſt,
perinde haberi debet, ac ſi ſtipulator id quod ſibi de-
betur Titio ſolui mandaſſet, vt Paulus ait in *d*. *l*. 59. *de*
ſol. & cùm promiſſor Titio ſoluit, non tam videtur al-
teri ſoluere, quàm electionem quæ ſibi ex ſtipulatione
acquiſita eſt complere *l*. *qui res ſuas*. 8. §. *mihi Romæ*. *in fi*.
D. *eo*. Proinde iuris ratio facit vt ſi Titio ſoluat, ipſo
iure liberetur, quoniam ita obligationis conditioni ſa-
tisfacit. Cùm verò quis conſtituit ſe tibi aut Titio ſo-
luturum, quemadmodum tibi ſoli acquiritur actio de
pecunia conſtituta, *d*. *l*. 8. ita ſoli tibi non etiam Titio
ſoluendum eſt vt ipſo iure liberatio contingat, quoniá
conſtitutor Titio ſoluens alteri ſoluit, quàm cui debet,
neque conſtituendo electionem ſibi acquirere potuit
vtri ſolueret, tibine an Titio, nec facto ſuo quæſitæ ti-
bi obligationis qualitatem & conditionem immutare.
5 † Quod ſi quis differentiæ huius rationem adhuc quæ-
rat hanc ego puto afferri poſſe, quòd quæ ex conſtitu-
to naſcitur obligatio, tota ex conſtituẽtis fide: quæ ve-
rò ex ſtipulatu, ex ſtipulatoris interrogatione, & con-
grua interrogationi reſponſione æſtimatur. Hinc enim
fit vt cùm tibi aut Titio ſtipularis, id apertè declares
velle te tuo nomine Titio ſolui, eáque volũtas pro iuſſu
& mandato habeatur. At cùm ſoli tibi ſtipulatus es, &
debitor conſtituit ſe tibi aut Titio ſoluturum, nihil eſt
ex quo poſſit colligi voluntate tua ſolui Titio debere.
Solus enim debitor conſtituit, tu nihil dicis. Sed tamen
quoniam imputari tibi poteſt, quod cõſtitutum ita fa-
ctum admiſeris, æquum eſt ſuccurri debitori per exce-
ptionem ſi à te de conſtituta pecunia contra conſtituti
formam cõueniatur, cùm ſi eum ſoluere Titio voluiſſes
6 is tibi non Titio ſoluiſſet. † Et hæc ſententia eſt *d*. *l*. *pen*.
in qua Paulus propriam actionem dicit conſtitutæ pe-
cuniæ: non quòd alia vlla ſit communis tibi cum Ti-
tio, ſed eodem ſenſu ac ſi dixiſſet, *ipſa actione conſtitutæ*
pecuniæ, de qua ideò probabilius dubitari poſſe videba-
tur, quàm de priori obligatione, quòd in cõſtituto Ti-
tij mentio facta fuiſſet. Verũ non ideò fit, vt quaſi iuſſu
& mandato tuo ſolutum Titio dici poſſit, alioqui etiá
ſtricto iure tam conſtituti, quàm verborum obligatio-
nem ſublatam eſſe neceſſariò fatendum eſſet. Quod ve-
rò emendandi occaſionem capiunt ex eo quod in Pãd.
Florentinis ſcriptum eſſe aiunt *propria actione*, leuius
ſanè eſt quam vt mouere eos debuerit. Nemo enim eſt
qui neſciat librarij Florẽtini morem illum eſſe vt cùm
poſtrema prioris dictionis litera eadem eſt quæ prima
ſequentis, illam prætermittat, hanc verò ſcribat maiuſ-
7 culo charactere, vt hic factum eſt. † Nec magis feren-
dus eorum error eſt, qui vt duos Pauli locos qui inter
ſeſe pugnare videntur, cõcilient, ita diſtinguunt vt pro-
miſſor qui poſteaquàm ſoli tibi ſoluturum ſe conſtitue-
rat, ſoluit Titio, quem tu in priori obligatione ſolutio-
nis cauſa adieceras, nihilominus teneatur ſtricto iure ex
dict. *l*. 8. *de conſt*. *pec*. ſed liberetur per exceptionem ex
dict. *l*. *ſi ita ſtipulatus de ſol*. Nam quod vno loco Paulus
ait promiſſorem teneri, cum effectu ſic accipiendũ eſt,
vt omnino & vtiliter teneatur, quia Titio ſoluere non
debuerat, qui ſoli tibi ſoluturum ſe conſtituerat, quaſi
fidem conſtituti frangere videatur, qui cùm prius eli-
gere poſſet vtri ſolueret tibine an Titio, poſteà ſoli ti-
bi conſtituit, ac nihilominus Titio ſoluit: quemadmo-
dum de illo ſcriptum eſt, qui cùm illud, aut illud debe-
ret, alterũ poſteà cõſtituit. Hunc enim nõ eſſe audiẽdũ
Papinianus ait, ſi alterum quod prius in electione erat
præſtare malit, *l*. *illud*. 25. *D*. *eo*. *tit*. *de cõſt pec*. Quod autẽ
alio loco idẽ Paulus dixit poſſe promiſſorẽ Titio ſolue-
re, licet tibi cõſtituerit, ſic omnino accipiẽdũ eſt vt Ti-
tio ſoluẽs ipſo iure liberetur, quemadmodũ ſuprà pro-
bauimus. Alia igitur cõciliationis ratio quærẽda nõ eſt
quàm quæ ab *Accurſio* exponitur, vt vno loco Paulus
eã ſpeciẽ tractet, cùm promiſſor ſoli tibi conſtituit, al-
tero verò, cùm tibi cõſtituit ſimpliciter, nõ adiecta di-
ctione illa *Soli*, quæ ſola efficit vt electionẽ quá promiſ-
ſor habebat tibi aut Titio ſoluẽdi, ſibi per cõſtitutum
ademiſſe intelligatur. At ſi tibi ſimpliciter conſtituerit,
etiá Titio ſoluere poterit, quia vt Paulus ait, tibi ſolui
videtur, quod Titio ſoluitur, adeò vt ſi quid indebitũ ei
ſolutum ſit, tibi quoq; condici poſſit, ac ſi tibi non illi
ſolutum eſſet.

CAPVT IV.

Explicatur l. cùm ſocietas. 69. ff. pro ſocio.

SVMMARIA.

1 *Obſcuram & difficilem eſſe dicta legis ſententiam.*
2 *Parum intereſſe vtrum in* d. l. 69. *nundinarias epulas, an vero nundinas ſimpliciter legas.*
3 *Quid in* d. l. *ſignificent verba illa* eoſque à negotio dimitteret, *& diuerſa horum verborum lectio.*
4 *An in* d. l. *ſocius qui iuxta conuentionem epulas non ſoluit, ex vendito vel empto teneatur?*
5 *Socium qui non emit, ex alterius ſocij contractu non obligari.*
6 *Cur Vlpianus in* d. l. *dicat ſocium qui epulas non præſtitit, tam pro ſocio quam ex vendito ſocius eo nomine teneri?*
7 *Reiicitur Cuiacij emendatio & interpretatio ad* d. l. cum ſocietas.

OBſcuram † ac difficilẽ eſſe huius legis ſententiam 1
cũ ex ipſius contextu & veterũ gloſſis cognoſci
facile poteſt, tũ vel ex eo maximè quod acutiſſimus &
ingenioſiſſimus iurium omniũ interpres *Iacobus Cuia-*
cius, cui nihil difficile videri poſſit, ſibi tamẽ in eius in-
terpretatione minus ſatiſfacit, & à quo tẽpore iuri ci-
uili operam dare cœpit, nullo ſe loco diutius torsũ fuiſſe
ſcriptis ſuis teſtatur. Ego verò etſi tantùm mihi nõ tri-
buo vt facilia eſſe putem, quæ ille difficilia arbitratur,
illud tamẽ auſim dicere, poſſe quid excogitari quod &
probabilius ſit, & ad Vlpiani mentem accommodatius.
Vlpianus ita ſcribit. *Cum ſocietas ad emendum coiretur, &*
conueniret vt vnus reliquis nundinas, id eſt epulas præſta-
ret, eoſque à negotio dimitteret, ſi eas eis non ſolueris, & pro
ſocio & ex vendito cum eo agendum eſt. † Quanquam au- 2
tem in quibuſdam editionibus aliter legitur, *vt vnus re-*
liquis nundinarias epulas præſtaret. poteſt tamen Floren-
tina lectio defendi, & parum refert vtro modo legas.
Idem enim ſenſus eſſe videtur, vt de nundinariis epulis
ab altero ex ſociis præſtandis conuenerit, & *nundinas*
præſtare Vlpianus dixerit, pro ea nundinarum impenſa
quæ in epulis conſiſtit. Sicut enim de mercatorum cõ-
uentione loquitur, ita mirum videri non debet ſi minus
propriè locutus, ac mercatorum fortaſſis verbo vſus ſit.
Eamque ob cauſam cùm conuentio ita concepta eſſet,
vt vnus reliquis nundinas præſtaret, adiecit Vlpianus,
id eſt epulas, ne cui inſolens locutio difficilem faceret
cõuẽtionis interpretatione. † Illa etiá quæ ſequuntur,
eoſq; à negotio admitteret. eodem ferè ſenſu ſic intelligo. 3
Cõueniſſe inter ſocios vt vnus, reliquis præſtaret omnia
quæ ad ſocietatis negotiũ pertinerẽt, & eos à negotio di-
mitteret, hoc eſt efficeret vt à negotio recederẽt, nulla
per eos impẽſa facta extra pecuniam cõmunem emen-
dis mercibus deſtinatam. Quòd ſi malis legere, quo-
modo quidam legunt, *eoſque ad negotium dimitteret*, non

valde repugnabo. Nam & bonum ſenſum habet hæc le-
ctio, & ſine dubio ponendũ eſt in hac ſpecie alios qui-
bus epulas præſtari conuenerat ſolos emiſſe: eum verò
qui epulas præſtare debuerat cum venditore non con-
traxiſſe, vt & *Cuiacius* fatetur. Tota igitur legis difficul-
tas in eo conſiſtit, quod Vlpianus ſubiicit, Si epulas ſo-
cius iuxta conuentionẽ non ſoluerit, & pro ſocio, & ex
4 vendito eum eo agendum eſſe. † Illud enim difficile vi-
deatur, actionem ex vendito dari ſociis qui nihil ſocio
vendiderunt. At neque ex empto agere poſſunt, cùm ni-
hil à ſocio emerint, quicquid *Accurſius* ſentiat, qui ver-
ba illa *ex vendito*, ridiculè & perperam interpretatur *ex
empto.* Quibus rationibus motus vir doctiſſimus ſcri-
pſit ſocios quibus præſtitæ nõ ſunt epulæ, aduerſus ſo-
cium eo nomine actionẽ duntaxat pro ſocio habere, ex
vendito autẽ agere non poſſe, ſed eum tantùm qui ven-
didit, quaſi & emiſſe videatur is qui hac contracta
ſocietate ſocios in negotium miſit, & hanc Vlpiani ſen-
tentiam eſſe in *dicta l. cùm ſocietas.* Quod mihi probabi-
le non videtur. Cùm enim ex vendito actio ſit in perſo-
nam & ex contractu, fieri non poteſt vt aduerſus eum
5 competat, qui non contraxit. † Neque verò ex eo ſolo,
quòd quis ſocietatẽ ad emendum coierit, dici poteſt vi-
deri eum emiſſe vt ex empto obligetur: quia ſocietas
nõ efficit, vt quod vnus ex ſociis emit, omnibus acqui-
ſitum eſſe videat. Iis enim ſolis acquiratur, qui emerũt,
nec commune ſit, vt Paulus ait in *l. ſi quis ſocietatem. 74.
ff. eodem tit.* Vnde illud etiam euenit, vt nec ſi velit ad-
uerſus venditorẽ ex empto agere poſſit is qui non con-
traxit. quamuis eorum qui contraxerunt ſocius ſit, quia
verum eſt eum eo neque contractum, neque negotium
aliquod geſtum fuiſſe. Sed & Vlpianus apertè ſcribit, ſo-
cium non niſi propter epulas non præſtitas actione ex
venditio teneri, cùm ait. Si ſocius epulas non præſtet,
& pro ſocio, & ex vendito cum eo agendum eſſe. Atqui
ſecundum *Cuiacij* interpretationẽ nihil intereſſet, quod
pertinet ad actionem ex vendito an epulas ſocius præ-
ſtitiſset, nécne. Vtroque enim caſu putat teneri cum
venditori ex vendito actione. Ergo dubitandum non
videtur, quin ea Vlpiani ſententia ſit, vt ſocius qui epu-
las non præſtitit, tam pro ſocio quàm ex vendito ſociis
6 eo nomine teneatur. † Sed qua ratione motus Vlpianus
ita reſponderit, difficilis ſanè eſt, & elegantis dubitatio-
nis. Puto autem eam potiſſimum rationem afferri poſ-
ſe, quã ſuprà attigi ex *dict. l. ſi quis ſocietatem*, quòd cùm
plures ſocietatẽ ad emendum cõtraxerunt, id quod emi-
tur ipſius fit qui emit, nec cæteris ſociis acquiritur, quã-
uis emptor eam rem ſocietatis iudicio cogatur iis com-
municare. Ea verò cõmunicatio certè alienatio eſt, quæ
porrò alienationis ſpecies niſi quædam veluti venditio?
Rem enim accipit ſocius, qui prius non emerat, & iis
qui pretium ſoluerunt tantundem præſtat, & cùm pro
pecunia res detur, haud dubiè venditio & emptio eſt. *l.
naturalis. 5 §. primo, D. de præſcript. verb. leg. prima, D. de
rerum permut.* Quemadmodum igitur ad pretium conſe-
quendum non minus ex vendito, quàm pro ſocio agi
poſſit, ita & ad epulas, quarum impenſa propter vendi-
tionem facta eſt, ac quaſi pretij pars quædam videri po-
teſt. Et ſicut per cõmunicationem rei emptæ ſocius ve-
luti emptor efficitur, ita ſocij venditores eſſe videntur,
atque ideò æquum eſt habere eos ex vendito actionem,
vt conſequi poſſint omne id quod ad rem emendã im-
penderunt, perinde ac ſi aliam rem ſocio vendidiſſent.
Habent igitur actionem pro ſocio, vt lex ſocietati dicta
ſeruetur. Habent etiam actionem ex vendito, quòd eas
epularum impenſas fecerint ad emendum id, quod ſo-
cietatis iudicio communicare & quaſi reuendere com-
7 pelluntur. † *Cuiacij* verò ſententiam & emendationem
minimè illud adiuuat, quod idem Vlpianus ex Papinia-
no ſcribit *in l. Iulianus. 13. §. ſi procurator. D. de action.
emp.* Si procurator vẽdiderit & emptori cauerit, cũ do-
mino ex empto agi poſſe vtili actione ſi is rẽ vendendã
mandauerit, exemplo inſtitoriæ actionis, & per contra-
rium dicendum eſſe vtilem ei ex vendito actionẽ com-
petere. Eo enim loco Vlpianus de procuratore loqui-
tur, qui mandato, & nomine domini vendidit, quo caſu
à domino ipſo facta venditio videtur. *l. ſi procurator. 13.
D. de acquir. rer. domi.* At in ſpecie *l. cum ſocietas.* de ſociis
agitur, qui ſibi emerunt, & tam empti actionem quàm
dominium per traditionem iis factam, ſibi non ſocio ac-
quiſiuerunt. *d. leg. ſi quis ſocietatẽ. l. ſi patruus. 4. C. commu-
ni. vtriuſq. iudic. l. 2. C. pro ſocio.* Illud verò obſeruandum
eſt *in d. §. ſi procurator.* erratum eſſe in iis verbis, *ergo &
per contrarium dicendum eſt utilem ex empto actionem do-
mino competere*, & legendum eſſe, *ex vendito*, non *ex em-
pto*, quia domino qui rem ſuam vendi mandauit, ex ven-
dito non ex empto actio competit. Et cùm aduerſus
eum ex empto actionem dari Vlpianus ſcripſiſſet con-
ſequens eſt vt quã illi ex cõtrario competere ſubiicit ex
vendito non ex empto actionẽ intellexerit, & ſcripſerit.

CAPVT V.

Additur negatio in l. 3. D. de inſtruct. vel inſtrum. legat.

SVMMARIA.

1 *Fundum inſtructum legatum & per fideicommiſſum à legatariis relictum, in fideicommiſſi cauſam talem deductum videri, qualis fuerat legatus.*

2 *An in ſpecie d. l. 3. quæ medio tempore fundo inſtructo acceſſerunt, vel fato diminuta ſunt, fideicommiſſo contineantur?*

3 *Certis rebus per fideicommiſſum relictis, fructuum acceſſione fideicommiſſum non augeri.*

4 *Diſſimilem cauſam eſſe eorum quæ viuo teſtatore, & eorum quæ poſt ipſius mortem viuis legatariis rei per fideicommiſſum relictæ acceſſerunt.*

FVndum † inſtructum libertis patronus teſtamento 1
legauit, poſteà codicillis petiit vt morientis ſuperſti-
tibus partes ſuas fundi reſtituerent. Papiniano placet,
quamuis teſtator in fideicommiſſo inſtructi mentionẽ
non habuerit, tamen in cauſam fideicommiſſi talem de-
ductum videri fundum, qualis fuerat legatus, id eſt in-
ſtructum, ſiue, quod hoc caſu idem eſt, cum inſtrumẽto.
In quo dubitationẽ illud faciebat, quòd fideicõmiſſum
generalibus verbis relictum non fuerat. Sed legatarij de
ſuis duntaxat partibus legati fundi, iis qui ſuperſtites
eſſent reſtituendis rogati eſſe proponebantur, nulla in-
ſtructi, aut inſtrumenti habita mentione. Verùm conie-
ctura voluntatis facit, vt qualem fundum teſtator lega-
uit, talem in fideicõmmiſſum venire voluiſſe interpre-
temur, præſertim cùm iis ipſis fideicommiſſum relictũ
ſit, quibus anteà fundi inſtructi partes fuerãt legatæ, in-
déq. videatur poſſe coniici voluiſſe teſtatorẽ eum fundũ
talem in familia perpetuò remanere. † Sed de iis quæ 2
medio tempore, hoc eſt ante diem fideicommiſſi ceden-
tem & poſt mortẽ teſtatoris ac legatariis ſuperſtitibus
fundo acceſſerunt, aut fato diminuta ſunt, quæſtio ma-
ior eſt an fideicõmiſſo contineantur. Quanquam enim
Papinianus apertè ſcribit cõtineri, vix tamen eſt vt ve-
rè dici poſſit, & probabilius arbitror vt addita negatio-
ne receptam lectionem emendemus, & medij temporis
augmenta vt fœtuũ & partuũ, itémque detrimenta fa-
talium fideicommiſſo non contineri admittamus. Nam
& in fideicommiſſum hereditatis quòd vniuerſale eſt,
eámque ob cauſã recipere facilius augmẽta poteſt, reſ-
ponſum eſt non venire fructus ab herede perceptos
pendente fideicommiſſi conditione aut die, *l. fideicom-
miſſaria. 28. D. ad S.C. Trebell.* ſicut nec detrimẽta earum
rerum, quæ fato aut quo alio modo ſine lata heredis
culpa

culpa perierũt. *leg. mulier. 22. §. ſed enim D. eod. titul.* Quo
luco etſi partuum acceſſiones in fideicommiſſum veni-
re Vlpianus ait, ſpeciali tamen ratione id fieri ſubiicit,
quia in fructibus hi non habentur, vt intelligamus cæteras
acceſſiones quæ fructuum appellatione continentur vt
fœtus & cætera eiuſmodi in fideicommiſſi reſtitutionẽ
non venire. Quod qua ratione conſtitutum ſit, idem Vl-
pianus docet *in d. l. in fideicommiſſaria* Quoties enim, in-
quit ille, rogatur quis hereditatem reſtituere, id videtur
rogatus reddere quod fuit hereditatis, fructus autẽ non
5 hæreditati ſed rebus ipſis accepto feruntur. † Neque ta-
men id ita accipi debet ſi certarum rerum fideicommiſ-
ſum relictum ſit, facilius admittendum quis putet fru-
ctuum acceſſione fideicõmiſſum augeri. Cùm enim fru-
ctus qui pendente fideicommiſſi conditione percipiun-
tur, iudicio & voluntate teſtatoris ad eum pertineant
qui fideicommiſſo oneratus eſt, quemadmodum Vlpia-
nus ait *in d. §. ſed enim*. nulla ratio eſt vt fideicommiſſa-
rio reſtituantur, præſertim cùm fundi duntaxat & ſpe-
cialiter mentionem teſtator fecerit, & ab aliis iuris lo-
cis conſtet, nec ſi generaliter heres quicquam quod ad
ſe ex hereditate boniſque teſtatoris peruenerit, id om-
ne poſt mortem ſuam reſtituere rogatus ſit, fructus ta-
men ante diẽ fideicommiſſi perceptos deberi. *leg. ſcribit.
33. leg. heredes mei. 57. Digeſt. eod. titu. ad S. C. Trebellian.
leg. ſi ita relictum. 43. §. Pegaſus de leg. 2. leg. quod his verbis.
83. de leg. 3.* Sed & difficilius illud credi poteſt, in ea ſpe-
cie quam Papinianus tractat detrimenta fatalium fidei-
commiſſo contineri, & legatarium cogi reddere id quod
non habeat, ſi neque fideicommiſſo mora facta ſit, ne-
4 que lata legatarij culpa argui poſſit, *dict. §. ſed enim.* †
Ad rem verò non pertinet, nec ad receptæ lectionis cõ-
firmationem, quod ex aliis iuris locis nonnulli afferũt,
ea quæ poſt teſtamentum rei legatæ acceſſerint ple-
rumque legato cedere, *leg. grege. 21. leg. quod in rerum 24.
§. ſi quis poſt teſtamentum, de legatar. 1. leg. ſi mancipia. 29.
Dig. de inſtruct. vel inſtrum leg.* Non enim de iis loquitur,
quæ viuo teſtatore, ſed quæ poſt ipſius mortẽ viuis le-
gatariis acceſſerunt, quorũ longè diſparem, & diſſimi-
lem rationem eſſe, nemo eſt qui non facilè animaduer-
tat. Atque huic noſtræ emendationi & ſententiæ illud
valde conuenit, quod Papinianus iis verbis, *Sed medij
temporis augmenta*, diuerſam conſtituere videtur ratio-
nem inſtrumenti fundi, & cæterarum rerum quæ me-
dio tempore fundo legato acceſſerunt. Cùm igitur in-
ſtrumentum fideicommiſſo contineri ſcripſerit, & verũ
ſit, probabile eſt, vt medij temporis augmenta fœtuum,
& partuum, itemque detrimenta fatalium fideicommiſ-
ſo non contineri reſponderit. Idque etſi iam olim ante
nos Martinus docuit, vt *Accurſius* refert, viſum eſt tamen
hoc capite pluribus confirmare, vt Martioi opinionem,
quam nec ipſe conſtanter defendit, nec interprete
communiter ſequuntur, veriſſimam eſt omnes poſthac
intelligant,

Capvt VI.

De ſententia & emendatione §. vlt. l. ſi mulier. 59. D. de iur. dot.

SI eius mulieris nomine, quæ libera videbatur, decem
in dotem dederis, Marcellus ſcribit in *§. vlt. l. ſi mu-
lier. 59. D. de iur. dot.* & extra dubitationem eſt poſſe te
eo caſu habere condictionem, quam habere potuiſſes ſi
liberæ mulieris nomine dediſſes, nec nuptiæ ſecutæ eſ-
ſent. Verum enim eſt non eſſe ſecutas nuptias, quæ ſci-
licet cum ancilla contractæ non fuerunt. Quod ſi ma-
numiſſa nupſerit, ita demum doti futurum id quod de-
diſti, ſi ea mente dederis vt quandocunque ſecutis nu-
ptiis dos eſſet: alioquin non ideò impedietur cõdictio,
quòd poſteà ſecutæ ſint nuptiæ, quæ contractus, & do-
nationis tempore fieri non potuerũt. Igitur, inquit ille,
ſi mulieri donaturus dediſti, dominus mulieris cõdicet,

quemadmodum ſi eum qui ſibi donaturus eſſet, mulieri
ipſi donare iuſſiſſet. Sic enim legendum arbitror, quem-
admodum in plæriſque libris legitur, non quomodo in
Florẽtinis, *mulieri ipſam donare iuſſiſſet*, quæ nullius ſen-
ſus lectio eſt, nec quomodo ex Græcorũ interpretatione
Cuiacius reſtituit, *mulier ipſa marito donare iuſſiſſet.* Hæc
enim emendatio non ſolùm minus probabilis eſt, ſed
etiam facit vt parum elegans Marcelli ſententia eſſe vi-
deatur. Quis enim exiſtimaret quicquã intereſſe an iuſſu
an iniuſſu mulieri dos marito promiſſa eſſet? aut quid
ancillæ iuſſus efficere poſſet? At neque in præcedẽtibus
Marcelli verbis quicquam eſt ex quo poſſit colligi tra-
ctare eum de dote marito iniuſſu mulieris data. Sed &,
ſi ponas iuſſiſſe mulierẽ id quod ei donaturus eras, ma-
rito ſuo donari, non puto acquiri domino condictionẽ.
Cur non enim marito acquiratur, quod tu ei donaris?
Niſi fortè dicas, quod *Cuiacius* ait, in illis verbis, *marito
donare iuſſiſſet*, dixiſſe Marcellum *donare* pro *dare*, quod
etiam minus probabile, & à verbi proprietate ſatis alie-
num eſt. Sed ſi mulieri donaturus marito dediſti, caſus
hic longè alius & dubitabilior eſt, quàm ſi cùm domino
donare velles iuſſu eius ancillæ ipſi dederis. Etſi enim
vtroque caſu domino condictio competit, facilius ta-
men hoc quàm illo, quia maior ratio eſt vt donatum vi-
deatur domino, quod iuſſu eius mulieri donatur, quàm
quod mulieris nomine inſcio & ignorante domino,
marito donatum eſt.

Capvt VII.

Ad §. ex aſſe d. l. ſi mulier. de iur. dot.

SVMMARIA.

1 *Cur ius perſequendi fideicomiſſi à fideicommiſſario in alium transferri non poſſit?*
2 *In eos demum transferri hereditarias actiones, quibus fideicommiſſum ex teſtamento reſtitutum fuit.*
3 *Cur in d. §. ex aſſe. heres fideicommiſſo grauatus, & à muliere fideicommiſſaria marito delegatus ad fidei-commiſſi præſtationem actione incerti non teneatur?*
4 *An iure nouo fideicommiſſi perſequendi ius cedi poſſit?*

NOn † poſſe fideicommiſſum cedi, hoc eſt à fidei- 1
cõmiſſario in aliũ transferri ius perſequendi fidei-
commiſſi apertè traditũ eſt in *l. ſi mulieri. 59 §. ex aſſe. D.
de iu. do.* vbi Marcellus ſcribit, ſi quis ex aſſe inſtitutus
rogatúſque mulieri hereditatem reſtituere iuſſu eius id
quod debet, doti marito promiſerit, non eſſe eum obli-
gatum, quoniã mulieri in hoc teneatur vt hereditatẽ re-
ſtituendo transferat actiones, & quas habet, & quib ob-
ſtrictus eſt, quas porrò transferre ad alium non poſſit,
quàm cui debet fideicõmiſſum: adeò vt nec fideicõmiſſi
æſtimationem incerti actione præſtare debeat, quia non
aliter obligari mulieris debitorẽ æquũ ſit, quàm ſi acci-
pere vir poſſit id ipsũ quod mulieri debetur. Quãquam
autẽ his verbis ratio non obſcurè à Marcello redditur
propter quã dicendũ ſit fideicõmiſſum cedi non poſſe,
ea tamẽ ab interpretibus percepta nõ eſt, quibus in dif-
ficili eſſe videtur cur ex iuris cõmuni regulà, quæ habet,
iura omnia cedi poſſe, fideicõmiſſi perſequendi ius ex-
cipiatur. Ratio autem, vera & aperta illa eſt, quòd non
niſi legis poteſtate fieri poſunt vt qui heres eſt heredita-
riis actionibus omnibus & actiuis, & paſſiuis, vt magi-
ſtri noſtri loquuntur, perpetuò obſtrictus non rema-
neat. Illud enim certiſſimum eſt, eum qui ſemel heres
fuit ſemper heredẽ manere *l. ant Prætor. 7. §. ſed quod Pa-
pin. de minor. l. ei qui ſoluendo. 88. D. de hered. inſtit.* eum ve-
rò qui heres ſit, & iurium & actionum omniũ ſucceſſorẽ
eſſe, quibus poterat defunctus vel experiri vel cõueniri.
Vt igitur heres qui hereditatẽ reſtituere rogatus eſt, &
reſtituit, hereditariis actionibus poſt reſtitutionem

non teneatur, conſtitui neceſſe fuit lege hoc eſt Sena-
tuſconſulto Trebelliano, quod ius, facit, & legis vim
obtinet. *l. non ambigitur. 9. de legib.* Porrò Senatuſcõſulti
Trebelliani verba ad eum heredem accommodari non
poſſunt qui hereditatem reſtituit ei cui fideicommiſſa-
rius reſtitui voluit, quemadmodum nec ad eum cui ceſ-
ſa eſt fideicommiſſi actio vt in eius perſonam heredita-
2 tiæ actiones transferantur. † Nam de illo herede diſer-
tè Senatuſconſultũ locutum eſt, qui fideicommiſſum ſi-
cuti rogatus reſtituit, & in eos demum transferri actio-
nes ſenatus voluit quibus fideicõmiſſum eſt teſtamento
reſtitutum fuiſſet. Atqui non reſtituit fideicõmiſſum ſi-
cuti rogatus eſt is qui alteri quàm cui debet reſtituit, ſi-
cut nec videri poteſt ex teſtamento reſtitutum ei, cuius
nulla in teſtamento facta mentio eſt, & de quo teſtator
non cogitauit. Heredem verò qui hereditatem reſtituit
nihilominus damnum ſentire, vt acti reſtituta hereditas
non eſſet, à creditoribus conueniatur, iniquiſſimũ ſane
eſſet, in quo alia res eſt, quæ Senatuſconſulto Trebellia-
no cauſam dederit quam quòd i huius periculi metu ple-
rique heredes ab adeundis hereditatibus deterrerentur,
vt & Senatuſconſulti verba illa indicát, *quo magis in re-
liquum confirmentur ſupremæ defunctorũ voluntates*, & Vl-
pianus ſcribit in *l. quæ poterat. 4. D. ad S. C. Trebell.* Idq;
eſt quod ſupradicto loco Marcellus ait, non poſſe here-
dem transferre actiones ad alium, quam cui fideicõmiſ-
ſum debeat, id eſt, cui teſtator hereditaté reſtitui iuſſit.
Et hæc ſanè nimia iuris ſubtilitas eſt, quemadmodum
paulò poſt Marcellus ſubiicit, vt qui obligari voluit,
obligari tamen non poſſit, licet neque contra leges, ne-
que contra bonos mores conuentio facta ſit. Mortuo
enim teſtatore nihil fit contra Senatuſconſultum ſi ex
voluntate fideicõmiſſarij hereditaté alteri, quam cui te-
ſtator voluerit heres reſtituat. Sicut non fit contra le-
gis falcidiæ authoritaté, ſi defuncto teſtatore heres de
non deducenda falcidia cum legatariis paciſcatur, aut ſi
filius defuncto patre heredi ſcripto legitimæ portionis
petitioné remittat, quia legi ſatisfactũ eſt ſi heres fal-
cidiam deducere, filius verò legitimam petere potuerit,
quamuis viuo teſtatore pactiones huiuſmodi non vale-
rent, quòd eo tépore nulla adhuc ſit legis poteſtas, *l. quod
bonis. 15. D. ad legem Falcidiã l. ſi quando. 35. §. illud. C. de
inoff. teſtam* Sed quoniam ſola contrahentiũ volunta-
te fieri non poteſt, vt actiones ab herede in alium tran-
ſeant propter eam rationé quam diximus, quòd neceſſe
ſit liberam iuris poteſtate eum, qui iuris vi & poteſtate
ſit obligatus, euenit neceſſariò vt conuentio illa, qua
per delegationé fideicõmiſſum alteri promittitur quam
cui debeatur, quaſi iure deſtituta minus ſufficiens ſit ad
inducendam obligationem, non tam quòd contra Sena-
tuſconſultum facta ſit, quàm quòd authoritate Senatuſ-
conſulti minimè confirmetur. Eamque ob cauſam cùm
ad nimiam iuris ſubtilitaté caſus quoque neceſſitas ac-
cedat, dici hîc non poteſt quod aliis plerique locis di-
cimus omiſſa iuris ſubtilitate tuendam eſſe ex bono &
æquo cõuentioné. Nam ſub æquitatis ſpecie ea iniqui-
tas ſubeſſet, quòd heres etiã poſt factam marito fidei-
commiſſi reſtitutioné oneribus hereditariis implicitus
3 remaneret contra mulieris & mariti voluntaté. † Que-
madmodum autem in propoſita ſpecie ad fideicommiſ-
ſum præſtandum heres non obligatur, ita neque ad fi-
deicommiſſi præſtationé actione incerti tenetur, vt Mar-
cellus ſubiicit. Quod tamen difficilius videbatur, quia
cùm in fideicommiſſi æſtimatione id totùm eſſe poſſit,
quòd omni ære alieno, cæteriſque oneribus heredita-
riis deductis reliquum ſit atque ita non tam heredita-
tem ipſam quàm id quod ex hereditate ſuperfuerit heres
reſtituere videatur, periculum hoc caſu nullum eſt ne
propter non translatas actiones damno heres afficia-
tur, quæ tamé [illegible] o facit, vt diximus, ne alteri quàm
cui teſtator [illegible] fideicommiſſum reſtitui poſſit. At
neque hoc Marcellus admittendum putauit, motus ta-
men alia ratione quàm ſuperiore. Illa ſcilicet quòd mu-
lieris debitorem ita demum marito obligari æquum ſit,
ſi accipere idipſum quòd mulieri debetur vir poſſit.
Neceſſe enim eſt vt heres qui fideicommiſſum quod
mulieri debebat, marito promiſit, vel obligetur ad id
ipſum præſtandum quod debet, vel nullo modo. Nam ſi
id ipſum quod promiſit præſtare non poſſit cùm velit,
idque propter mariti ipſius conditionem qui id quod
ſtipulatus eſt accipere nequeat, iniquum eſſet cogi eum
ad præſtandam æſtimationem, quoniam ita poſito
iure fieret vt aliud pro alio ſoluere teneretur. Verùm ne
indotata mulier eſſe videatur, quam ſine dote vxorem
maritus non duxiſſet, Marcellus ait mulieri ex Trebel-
liano reſtituendam hereditatem, vt eam marito ſuo in
dotem præſtet. Id verò non fit vi, & poteſtate delegatio-
nis, quæ nulla eſt, licet ex recentioribus quidam contrà
ſcripſerit (iuris enim effectum nullum producere poteſt
delegatio, quæ iure ipſo non ſubſiſtit) ſed quoniá ſicut
heres Senatuſconſulti authoritate hereditaté reſtitue-
re cogitur, ſic mulier dicere non poteſt cur reſtitutam
ſibi hereditaté marito dare non debeat, quam ab herede
dari voluerat, *arg. l. cum poſt mortem. 43 §. vlt. D. de admi-
niſtr. & peric. tutor.* † An verò aliud hodie dicendum ſit 4
vt fideicommiſſi perſequendi ius cedi poſſit, maioris eſt
dubitationis. Et ſcio eſſe qui putent correctum hac par-
te ius vetus noua Iuſtiniani conſtitutione *De heredibus
& falcidia*, cuius primo capite illud conſtitutum eſt, vt ſi
hereditatem adire heres nolit, liceat adire fideicommiſ-
ſario, neque per heredis manus reſtitui eam neceſſe ſit.
Hinc enim fieri videtur vt vel omnino vel ſaltem po-
tiſſima ex parte ſublatum putem Senatuſconſultũ Tre-
bellianum, quod ſicut diximus in id præcipuè factum
erat vt ad hereditatis aditionem deinde reſtitutionem
cogi heres poſſet. Ego tamen contra puto. Eo namque
caſu quo hereditatem ſponte heres adit, & reſtituit, ni-
hil Iuſtinianus innouauit, nec quæ ratio eum impulit
vt fideicõmiſſario poteſtaté faceret hereditatis adeun-
dæ repudiante aut cunctante herede, eadem facere po-
tuit vt conſtitueret transferri actiones ab herede in eum
cui fideicommiſſarius hereditatem reſtitui mandauit.
Nam ad ſolam defunctorum voluntatem tuendam Iu-
ſtinianus reſpexit, quæ intercidere non poteſt ſiue adi-
ta ſiue repudiata ſit hereditas, ſi modo hereditatis emo-
lumentum, iuráque omnia in fideicommiſſarium tranſ-
ferantur: quod cùm fiat ipſo iure & citra reſtitutionem,
vt Iuſtinianus ſanxit, & ſancire legémque facere potuit,
promptior & expeditior hæc conſeruandæ defuncto-
rum, voluntatis ratio eſt, quam ſi heres ad adeundam
tum ad reſtituendam ex Trebelliano hereditatem coge-
retur. Hoc enim modo fideicommiſſarius heres fit, &
aditionis aut pro herede geſtionis ius habet, vt ait Con-
ſtitutio, quod Senatuſconſulti authoritate fieri non po-
terat. Quamquam enim ſicut legem, ita heredem face-
re Senatus potuit, *§. quos autem. Inſtitut. de bonorum poſſeſſ.*
Attamen adita per heredem ſcriptum hereditate, non
potuit Senatus facere vt fideicommiſſarius quoque he-
res eſſet, quoniam eiuſdem hereditatis duo in ſolidum
heredes & domini eſſe non poſſunt. Ergo cùm heres
adiit hereditatem, dicendum eſt ad conſeruandam de-
functi voluntatem non poſſe alteri fideicommiſſum re-
ſtitui, quam cui teſtator voluit, neque hoc caſu quicquã
à Iuſtiniano conſtitutum fuiſſe, cùm Senatuſconſultum
Trebellianum ſufficeret.

CAPVT VIII.

Emendatio l. Neratius. 11. D. de ſeruo corrupt.

SVMMARIA.

1 *Additur negatio in princ.* d. l. Neratius, *& emen-
dationis*

dationis ratio affertur.
2 *Reijcitur Accurſij ad* d.l. *interpretatio.*

1 PVto † corruptum eſſe textum *l. Neratius.* 11. *D. de
ſeruo corrupt.*& in illis verbis,*nā & verba dicti, Quā-
ti ea res erit omne detrimentum recipiunt*, pro *&* legen-
dum eſſe *nec*.Id enim ſuadent & præcedentia, & ſequē-
tia.In principio legis Vlpianus ait veram ſe putare Ne-
ratij ſententiā,vt ſi quis agat ex edicto illo Prætoris de
ſeruo corrupto,furta poſtea facta in æſtimationem non
veniant.Et huius ſententiæ rationē illam reddit, quòd
nec verba edicti,*quanti ea res erit*,omne detrimentū re-
cipiant.At ratio repugnaret ſententiæ ſi ſic legeremus,
nam & verba edicti.Si enim verba edicti omne detrimē-
tum reciperent etiam furta poſteà facta in æſtimatio-
nem venirent.Sed neque edicti lectionem hanc patiun-
tur.Non enim ſic concepta ſunt ſimpliciter, *quanti res
erit*,ſed *quanti ea res erit*,id eſt,quanti ideò intererit.Ideò
inquam,id eſt,propter eam perſuaſionem,& corruptio-
nem,vt ex totius edicti contextu intelligi poteſt, *leg.* 1.
D.eod. Eámque ob cauſam ſi vt ſtatim exempli cauſa
Vlpianus ſubiicit, ſeruo tuo perſuaſerim vt chirogra-
pha debitorū corrumpat, vtique tenebor, quia propter
perſuaſionem meam id factum eſt. Sed ſi conſuetudi-
ne peccandi poſteà & rationes cæteráque ſimilia in-
ſtrumenta ſubtraxerit,vel interleuerit,aut deleuerit,di-
cendum erit me horum nomine non teneri. Non quòd
pro his rebus ſerui corrupti actio non competat, ſi in
iis deterior ſeruus factus ſit *d.l.*1 §. *vlt.* ſed quia in pro-
poſita ſpecie non tam facto meo & perſuaſione quàm
peccandi cōſuetudine ſeruus ea delicta cōmiſiſſe videa-
tur.Ac ſanè ſi hæc quoque omnia in æſtimationē veni-
rent,creſceret penè in infinitū eius quod intereſſet æſti-
matio:quod ne fiat, prudens legiſlator cauere ſemper
ſolet,quia cùm in rebus omnibus, tum maximè in æſti-
mando eo quod intereſt, honeſtus modus ſeruādus eſt,
non immoderata cuiuſq;luxuria ſubſequēda,*l. ex damni.*
40.*D.de dam.infect.l.Titius.*43.§ *vltim.cum ſeq. D.de act.*
2 *empt.* † Quæ verò ab *Accurſio* affertur huius loci quem
emendamus interpretatio probabilis non eſt.Ait enim
ſic debere Vlpianū intelligi vt ea verba edicti *quanti ea
res erit* omne detrimentum præſens recipiant, quod ad
Neratij ſententiā cōfirmandam minus ſufficeret,niſi di-
ceres *præſens duntaxat*,quo amiſſo tollenda eſſet vniuer-
ſalis illa dictio *omne*,quam vtique Vlpianus malè addi-
diſſet ſi de præſenti duntaxat detrimento ſenſiſſet. Sed
& cùm Neratij ſentētia vt furta poſteà facta in æſtima-
tionē non veniant,per negationē cōcepta ſit, cōſequens
eſt vt rationē quoq;negatiuè Vlpianus ſubiecerit, quòd
nec verba edicti *quanti ea res erit*,omne detrimentū reci-
piant. Frequentem verò eſſe errorem hunc in libris no-
ſtris vt pro *&*,ſcriptum ſit *nec*,vel contra,cùm ex *Cuia-
cij* aliorúmque recentiorum obſeruationibus cognoſci
facilè poteſt,tum ex iis etiam quæ ſequenti capite ſub-
iiciemus.

Capvt IX.

Ad l.res quæ.54.D.de iur.dot.& alias.

SVMMARIA.

1 *Res quas ex pecunia dotali maritus ſuo nomine com-
paravit, ipſius fieri non vxoris:& reſponſio ad* l.res
quæ.ff.de iur.dot.
2 *An res ex pecunia minoris ab eius curatore compara-
ta, à minore per vtilem actionem vindicari poſ-
ſint?*
3 *An res ex pecunia dotali vxoris nomine comparata ve-
rè dotales efficiantur?*
4 *Reſponſio ad* l. vxor marito. 55. de don. int. vir.&
vxor. *& eius emendatio.*
5 *Examinantur & explicantur rationes in* d. l. 1. vxor.
à Paulo allata.

MIrari † ſæpe mihi contingit cur ei quod dici ſolet
rem,quam ſuo nomine maritus ex dotali pecunia 1
comparauit,ipſius fieri non vxoris, *l. ex pecunia dotali.*
12.*C.de iur.dot.l.vlt.C.de.ſeruo pign.dat.manu.* interpre-
tes vulgò opponant quod ex Caio ſcriptū eſt in *leg. res
quæ.*54.*D.de iur.dot.*res quæ ex dotali pecunia cōparatæ
ſunt dotales videri. Quid enim facilius, quàm illud vi-
dere,non loqui Caium de rebus mariti nomine compa-
ratis?Illud namq;certiſſimū & veriſſimum eſt,res, quas
ex pecunia dotali maritus ſuo nomine cōparauit,ipſius
fieri, nō vxoris neq;ab vxore aut directa aut vtili actio-
ne in rem vindicari poſſe,ſiue ipſius voluntate ſiue inſcia
& abſente ea cōparatæ ſint,quia iuris ratio facit vt qui
aliena pecunia cōparat,non ei cuius nummi fuerunt,ſed
ſibi tam actionē empti quàm dominiū ſi ei tradita fue-
rit poſſeſſio acquirat,adeò vt nec ſi velit vxori tamē ac-
quirere poſſit,*l.ſi ex ea pecunia.*6.*C. de rei vindicat. l. qui
aliena.* 8. *Cod. ſi quis alteri vel ſibi.l. ſi patruus.*4.*C.comm.
vtriuſque indic.l.*2.*C.pro ſocio.*aliiſque innumeris.Neque
certiſſimæ huic iuris regulæ exceptio aliqua ſubiici po-
teſt,niſi in re ex pecunia militis empta *leg.ſi vt propenas.*
8.*C.de rei vindic.* quæ cùm ait obtentu & fauore mili-
tiæ dari vtilem vindicationem militi ex cuius pecunia
res empta eſt, apertè oſtendit non idem alio vllo caſu
dici poſſe. † Quod enim plærique tradunt idem minori
priuilegium conceſſum eſſe ſi ex eius pecunia rem ali- 2
quam curator cōparauerit,*l.* 3.*C.arbitr.tutel.* falſum mi-
hi videtur, & illius legis reſponſum ſpecialem ſanè ha-
bet rationem,quòd in ea ſpecie decreto Præſidis depo-
ſita eſſet pecunia ad comparandam nomine minoris,vt
lex ait poſſeſſionem,quam tamen curator mala fide ſuo
nomine comparauerat. Inde enim fit vt electio minori
detur, vtrum pecuniam ſuam cum legitimis vſuris à cu-
ratore iudicio tutelæ recipere, an verò negotium ſibi à
curatore in emptione geſtum fuiſſe malit, inſpecto ſci-
licet eo,quod curator gerere debuit,potius quàm quod
mala fide & contra Prætoris decretum geſſit.Quemad-
modum & quod nōnulli obiiciunt ex *l.ex facto,* 52.*ver-
ſicul.planè,Digeſt.de peccul.*ad rem omnino non pertinet.
Ibi enim pupillo datur vindicatio nummorum quos tu-
tor crediderat,aut ſi conſumpti ſint,condictio, quia eos
tutor non ſuo ſed pupilli nomine crediderat, & quam-
uis ſuo nomine crediſſet,ſibi tamen actionem quære-
re non potuiſſet,cùm ſeruus eſſe ex facto proponeretur.
Eam verò rem quæ ex dotali pecunia comparata ſit à
marito proprio ſuo nomine, dotalem fieri,& vxori ac-
quiri nuſquam ſcriptum eſt & nuſquam traditum. Caius
enim in *dict.l.res quæ*,loquitur, de re vxoris non mariti
nomine comparata,vt dictum eſt, & hanc tamen dota-
lem duntaxat videri ſcribit.† Quòd ſi obiicias ea dictio-
ne *videtur*,ſignificari non eſſe eam verè dotalem, neque 3
fuiſſe cur de illo Caius dubitaret, ſi vxoris nomine res
comparata fuiſſet.Reſpōdeo,quòd interpretes non ani-
maduerterūt,differentiā hanc eſſe, Rem ex dotali pecu-
nia vxoris nomine comparatam vxori acquiri,& dota-
lem effici.Vxori acquiri certiſſimum eſt, atque ita cer-
tum eſt vt à Iureconſulto doceri id neceſſe non fuerit.
Sed quia non quicquid vxoris eſt continuo & dotale
dici poteſt, dubitari poterat non ineleganter an ea res
dotalis eſſet.Videbatur enim dotalē eam non eſſe, quia
poſt dotem conſtitutam acquiſita fuiſſet, quamuis ex
pecunia dotali:ſicut nec pretium ex re furtiua redactum
furtiuum dicimus.*l.qui vas.*46.§.*vltim.D.de furt.*nec rem
pignoratam, quæ ex nummis pignoratis empta eſt.*l.
idemque* 7.§.*vlt.D.qui potior.in pign.habeant.*nec commu-
nem vſuram, quæ ex communi pecunia ab altero ſociis
proprio nomine fœnerata debetur.*l.ſi vnius.* 67.§.1.*D.
pro ſocio.* Ac ſanè dotalis reuera non eſt res quæ ex do-
tali pecunia empta eſt,ſed tamen videtur eſſe, vt perin-
de ac ſi in dotem data eſſet dotis iudicio peti poſſit

Idque ſiue maritus ſoluendo ſit ſiue non, eiuſque fructus ad maritum pertineat, quoniam vxoris & mariti voluntate ex pecunia dotali empta & in eius locum veluti ſubrogata eſt, nec male quis dixerit extare adhuc videri pecuniam, quæ in rem & corpus verſa eſt, arg. *l. Imperator. 70 cum ſeq. de legat. 2.* Quòd ſi pacto inter virum, & vxorem conuenerit, vt dos quæ in pecunia numerata eſſet, permutaretur, & transferretur in corpora, certum eſt non ſolùm valere pactionem ſi mulieri proſit, ſed etiam corpora effici verè dotalia. *l. ita conſtante. 26. cum l. ſequent. D. de iur. dot. l. ſi mulier. 21. D. de pact. dotal.* ſcilicet ſi ex ea pecunia vxoris nomine empta ſint corpora. Sic enim leges illæ accipi debent ne pugnent cum *dict. l. ſi ex ea pecunia.* aliis ſupradictis. Dixi rem ex pecunia dotali emptam non eſſe verè dotalem, ſiue maritus ſoluendo ſit, ſiue non, vt eos refellam qui putant eo caſu quo maritus ſoluendo non ſit, poſſe rem quam ille ſuo nomine emerit, vindicari ab vxore vtili in rem actione ex *l. vxor marito. 55. in fin. D. de don. inter vir. & vxor.* idque adeò ad omnes alios protrahunt, quorum pecunia empta res eſt, ſi emptor ſoluendo non ſit: quod tamen & ſine lege dicunt & ſine ratione. Tantum enim abeſt vt eo nomine vtilis vindicatio detur ei cui pecunia res empta eſt, vt nec Seruiana agere poſſit niſi ſpecialiter vel generaliter de pignore conuenerit. *l. quamuis. 17. C. de pignor.* Tametſi cùm de pignore conuenit in ea re cæteris creditoribus etiam anterioribus præferatur *l. licet. 7. Cod. qui potior. in pignor. habeant.* Et vt breuius dicam, non habet creditor ius tacitæ hypothecæ, ſed ſi expreſſam hypothecam habeat, ius in ea habet prælationis. Soli enim pupillo illud conceſſum eſt vt ex eius pecunia empta res illi tacitè ſit obligata *d. l. idémque in princip. & l. 3. D. de reb. eor. qui ſub tutel. vel curat. ſunt.* Ex quo magis intelligitur verum eſſe quod diximus, rem ex pecunia minoris emptam ipſius non fieri ſed emptoris: alioqui & in re ex pecunia pupilli empta idem dicendum eſſet, cùm pupillus fauorabilior ſit minore, neque pignoris nomine pupillus obligatam habere rem ſuam poſſet. *l. neque pignus. 45. D. de regul.*
4 *iur.* † Quod autem obiicitur ex *d. l. vxor marito*, ad rem non pertinet. Neque enim ibi Paulus loquitur de re empta ex pecunia dotali duntaxat, ſed de re empta ex pecunia donata. Et ait videri maritum locupletiorem factum ex donatione ſi ex pecunia mulieris empta res extet, licet maritus ſoluendo non ſit, quia hîc non quæramus quod ille deducto ære alieno liberum habeat, ſed quid ex re mulieris poſſideat: & ideò teneri cum condictitia actione, ſi mulier donationem reuocet, quaſi nihil interſit, an ei pecuniam, an rem ipſam vxor donauerit, niſi quod illo caſu vindicare rem directò poſſet, quam iſto non poteſt, quia maritus ſibi non vxori rem emiſſe proponitur. Nec erit, inquit Paulus, deterior cõditio viri ſi ei pecunia quatenus res valet non vltra id tamen quod donatum eſt condicatur, quàm ſi dotis iudicio conueniatur. Ita enim legendũ eſt, non vt vulgo legitur, *& erit deterior.* Nam certè deterior non eſt vno caſu quàm altero conditio mariti qui ſoluendo non
5 eſt. † Duplici autem ratione Paulus vtitur vt probet condictitia maritum teneri. Prior illa eſt quòd maritus qui ex pecunia ſibi ab vxore donata rem emit, non malè comparandus videatur ei qui rem ipſam ex donatione accepit, quę reuocata donatione condictitia teneri certum eſſet. Altera, quod mariti nihil interſit vtrum condictitia an dotis iudicio ſecum agatur, cùm vtroque caſu par illius cauſa & conditio futura ſit. Tum Paulus ſubiicit nihil prohibere quin etiam in rem vtilis actio mulieri accommodetur, non illa ſolum ratione, quod eius pecunia res empta ſit, (repugnant enim leges, quas ſuprà diximus) ſed quia nihil etiam intereſt an res ipſa vindicetur, an ei pecunia quatenus res valet, nec vltra id quod ſibi donatum eſt condicatur. Idque meo iudicio ſignificant verba illa, *nihil prohibet*, quæ ego ſic intelligo, vt maritus ipſe prohibere non poſſit. Nam ſi eam rem emptam maritus ante reuocatam donationem alteri vendiderit, non puto concedendam mulieri aduerſus extraneum vindicationem, aut directam aut vtilem, quia cùm à domino emerit dominus ille factus eſt, quod ad elidendam mulieris actionem ſufficit, maximè ſi bonæ fidei emptorem proponas, qui emptionis tempore rem illam ex pecunia ab vxore donata, à marito emptam ignorauerit. Cùm enim nihil ei imputari poſſit, iniquum eſſet damnum eum ſentire, & ei ſuccurri æquius eſt quàm mulieri cui ſaltem hoc ipſum obiici poteſt, quòd marito ſponte donauerit, aut quòd donationem citius non reuocauerit. Quamquã & illud fortaſſe dici poteſt, facilius dandam vxori vtilem vindicationem in ea ſpecie quam Paulus tractat, cùm maritus ex pecunia ſibi donata tanquam ſua rem aliquam ſibi acquiſiit, nec ſoluendo eſt. Quaſi dici poſſit, non fuiſſe eum ſibi acquiſiturum, at vxori potius, ſi non ſuam ſed vxori pecuniam eſſe exiſtimaſſet.

Capvt X.

Explicatio l. ſi ex pretio. 6. C. ſi cert. petat.

SVMMARIA.

1 *Diuiditur dicta lex in duas partes, & primæ partis ſententia proponitur.*
2 *Quid per* ſubſtantiam obligationis *in prima legis parte intelligatur?*
3 *Quænam fuerit Imperatorum ſententia in poſteriori dicta legis parte.*
4 *An in ſecunda dictæ legis ſpecie vſuræ ex pacto non debita actione ex vendito peti poſſint.*
5 *Noua obſeruatio ad poſteriorem dictæ legis partem.*
6 *Cur in dicta poſteriori ſpecie ex ſtipulatione peti non poſſint vſuræ vt & poteſtate pacti, quod in continenti appoſitum eſt?*
7 *An, ſi in eadem ſpecie debita fuiſſet ex mutuo pecunia, & poſt debiti nouationem factam in continenti de vſuris pacto nudo conueniſſet, vſuræ ex ſtipulatione peti poſſint?*
8 *An ex hac lege colligi poſſit, hodie ex quacunque cauſa creditam fieri nuda pactione pecuniam, quæ ante credita non erat?*
9 *Malè à nonnullis interpretibus formatam fuiſſe huius legis ſpeciem.*

Legis † verba hæc ſunt, Si ex pretio debitæ quantitatis facta nouatione per ſtipulationem vſuras licitas ab eo contra quem ſupplicas, ſtipulatus es, falſa mutuò data quantitatis demonſtratio præmiſſa, cùm obligationis ſubſtantia non defecerit, quominus vſque ad placitum modum vſuræ poſſint exigi, nihil nocet. Si verò citra vinculum ſtipulationis tantum mutuam pecuniam datam conſcriptum eſt & eius præſtari fœnus conuenit, ſimulatis pro infectis habitis huiuſmodi placitum nihil de præcedenti mutauit obligatione. Apparet igitur legem hanc duabus ſententiis & partibus contineri: quarum prior minus difficilis eſt, & ab omnibus ferè interpretibus rectè ſic accipitur, vt ſi venditor cui pretium ex cauſa venditionis debebatur animo nouandæ obligationis venditi pretium ſtipulatus poſteà vſuras ſtipuletur tanquam mutuo datæ pecuniæ & fœnoris nomine (mutuæ námque pecuniæ duntaxat fœnus proprie eſt, alterius verò pecuniæ vſura nõ fœnus) vſuras ex ſtipulatu petere poſſit. Quamquam enim falſa mutuò datæ quantitatis demonſtratio præmiſſa eſt, cùm pecunia ex ſtipulatione non ex mutuo debeatur, tamen vt promiſſæ vſuræ exigi poſſint, ſatis eſt non deficere † ſubſtantiã obligationis, id eſt, vt ego 2

interpretor,

interpretor, ſtipulationem interueniſſe, per quam certum eſt rectè contrahi fœnoris præſtandi obligationem *l. idémque* 10. §. *ſi Titio. D. mandat. l. ſi pro patre.* 10. §. *ſed vtrum. D. de in rem verſo. l. Titius.* 24. *de praeſcr. verb. leg.* 3. *C. de vſur.* Obligationis enim ſubſtantia in eo conſiſtit, vt alium nobis obſtringat ad dandum aliquid vel faciendum, *l.* 3. *D. de obligat. & action.* eámque ob cauſam obligationem iuris vinculum eſſe diffinimus. Neque eorum interpretatio recipi poteſt qui hîc obligationis ſubſtantiā de pecunia debita dici arbitrantur. Sic enim fieret vt neq. in poſteriore legis parte obligationis ſubſtantiam deficere dici poſſet: quam tamen deficere, & ex ſolius ſtipulationis vinculo & poteſtate æſtimandā eſſe probant apertè verba illa, *Si verò citra vinculum ſtipulationis.* quæ ad poſteriorem legis partem pertinent. Si igitur citra vinculum ſtipulationis, duntaxat mutuā pecuniam datam eſſe conſcriptum ſit, eiúſque præſtari fœnus conuenerit, maior dubitatio eſt an vſuræ peti
3 poſſint. †Obſcurum enim videtur, quod ad quæſtionē hanc Imperatores reſpondent ſimulatis pro infectis habitis, huiuſmodi placitū nihil de præcedenti mutaſſe obligatione. Nam præcedentem obligationem interpretes omnes intelligunt obligationem venditi, cùm ex pretio debitam fuiſſe quantitatem in legis principio ſcriptum ſit. Indéque nimirum dubitandi cauſa naſcitur, an vſuræ debeantur necne, quia obligationis venditi natura vtramque interpretationem admittere videatur, cùm actione ex vendito vſuræ quæ promiſſæ nō ſunt, non aliter peti poſſint, quàm ſi in ſoluendo pretio mora facta ſit, *l. vlt ff. de pericul. & commod. rei vēdit. l. qui per colluſionem.* 49. §. *vlt. D. de action. emp. leg. mora.* 32. §. *in bona fidei, D. de vſur.* Debeantur verò etiam, quæ nudo pacto promiſſæ ſunt, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis *l. Lucius.* 24 *in fin. l. Publia* 26 §. 1. *D. depoſi. l. qui negotia* 34. *D. mandat.* Communiter tamen & rectè creditum eſt eam eſſe Imperatorum ſententiā vt in ea ſpecie ad quam poſterioribus verbis reſpondent, vſuræ nō debeantur. Illud enim manifeſtum eſt non niſi de vſuris conſultos eos fuiſſe: de iis verò aliter in poſteriori quàm in priori ſpecie reſpondiſſe: in illa ſcilicet vſuras deberi, in hac non deberi, quod ſimulatis pro infectis habitis perinde ſit, ac ſi de ea re pactum nullum interceſſiſſet.
4 †Sed non probo quod vulgo interpretes ſentiunt, in ea facti ſpecie de qua ab imperatoribus reſpōderi exiſtimant, hoc eſt, cùm venditor pecuniæ quæ ſibi ex pretio & venditione debebatur, tanquā mutuæ fœnus præſtari citra ſtipulationem pactus eſt, promiſſas vſuras non deberi. Dico enim deberi eas, & actione ex vendito peti poſſe exemplo & argumento eius quod in quæſtione non diſſimili Africanus reſpondet in *d. l. qui negotia.* 34. *D. mandat.* vſuras promiſſas quaſi ex pecunia credita quæ tamen re vera nō ex mutuo, ſed mandati iudicio debebatur, eadem mandati actione peti nihilominus poſſe. Cur non igitur, & in ea ſpecie de qua diſputamus venditori ex vendito agenti præſtabantur? Nam ſi pactū hoc pro infecto haberi dicas, quia ſimulatum ſit, vt lex ait, nec ſimulationis rationem aliam afferas, quàm quòd pecunia ex mutuo non deberetur, dicam & in eo pacto quod Africanus valere vult, idem tractari poſſe, & an priore huius legis parte eandem rationem ſi recta eſſet, effecturam, vt neque ex ſtipulatione deberi vſuræ poſſint, quòd ea quoque ſimulata, & pro infecta haberi debeat, cùm in ſtipulatum deductæ ſint vſuræ velut mutuo datæ pecuniæ, quæ tamen non fuit data. Nec enim poſſis reſpondere, maiorem vim eſſe ſtipulationis quàm pacti quod poſt bonæ fidei contractum incontinenti factum eſt, quodque ipſi contractui ineſſe dicitur, vt ex contractu actio detur in id quod pacto eſt comprehenſum *l. iuris gentium.* 7. §. *quinimo &* §. *adeo D. de pact. l. in bona fidei.* 13. *C. eod.* Neque rurſus, ſimulatam ſtipulationem potius quàm ſimulatum pactum tueri poſſis, cùm in ſtipulationibus cæteriſque contractibus id perpetuū ſit, vt quæ ſimulatè geſta ſūt pro infectis habeantur, nec niſi rei veritas inſpiciatur. *l.* 1. *& tot. titul. C. plus valer. quòd agit. quam quod ſimul. concip.* Ergo quemadmodum non eò minus vtilis vſurarum ſtipulatio eſt, quod pecunia mutuò data non ſit, cùm verè non ſimulatè vſuras emptor promiſerit, ita cùm pacto nudo promiſſæ ſunt vſuræ tanquam pecuniæ creditæ quæ credita non eſt, dicendum eſt promiſſionem hanc veram eſſe non ſimulatam, illud verò dūtaxat ſimulatum eſſe, mutuò datam pecuniam, quæ data non fuit, & fœnus promiſſum quod fœnus eſſe nō poteſt, ſed vſura. Ac proinde ſicut quæ per ſtipulationem, ſic quæ pacto nudo ſtatim poſt venditionem adiecto promiſſæ ſunt vſuræ, licet falſa creditæ pecuniæ demōſtratio præceſſerit, debentur & actione ex vendito peti
5 poſſunt †Alia igitur legis huius interpretatio quærēda eſt, & illud obſeruandum quod nōdum quiſquam fortaſſis obſeruauit, in vtraque ſpecie de qua quæritur proponi factam nouationem obligationis venditi, totamque eam tranſlatam eſſe in verborum obligationē, vt probant verba illa, *nouatione facta*, quæ in principio legis poſita in fine repetita intelligi debent. Non enim Imperatores diſtingūt an quæ ex pretio debebatur pecunia per ſtipulationem facta nouatione promiſſa ſit, necne: Sed an facta nouatione obligationis vēditi vſuræ quaſi mutuò datæ pecuniæ per ſtipulationē promiſſæ ſint, an pacto nudo, vt ex ſtipulatione peti poſſint, ex pacto nudo non poſſint. Cùm igitur nouatio facta eſſe proponatur, atque ita venditi obligatio perēpta, quæri amplius non oportet cur vſuræ pacto venditioni adiecto promiſſæ actione ex vendito minimè debeantur. Sublata enim obligatione, quæ actionis veluti mater eſt, nulla aut ad pretium aut ad pretij vſuras ex vendito actio ſupereſſe poteſt. At neque ex ſtipulatione peti vſuræ poterunt, cùm in eam rem nulla ſtipulatio interuenerit. Reſtat vt nulla actione peti eas poſſe cōcludamus. Nam pactum quo promiſſa ſunt quia nudum eſt, nec ſtipulatione aut contractus cohærentia confirmatum, vtile & efficax eſſe non poteſt, præſertim ad inducendum obligationem, & actionem: ac ſimulatis pro infectis habitis, hoc eſt ſublata cauſa pacti quo de fœnore præſtando conuenerat ac ſi pecunia credita fuiſſet, quæ non fuerat credita quod supereſt ſcilicet nuda vſurarum promiſſio nihil de præcedenti mutare potuit obligatione; id eſt, efficere non potuit, vt obligatio pretij quod iam non ex vendito ſed ex ſtipulatu debetur vſurarum acceſſione & obligatione augeatur. Alioqui eueniret vt vſuræ nudo pacto & ſine cauſa promiſſæ, atque obligationis ſubſtantia deficiente nihilominus deberentur, quod iuris ratio nō admittit. Non ergo pactum ipſum vſurarum ſimulatum eſt, ſicut nec in priore legis parte vſurarum ſtipulatio ſimulata, ſed tantùm cauſa pacti, quoniam nulla mutuò data fuerit pecunia: quæ res facit vt pactū prorſus nudum & inutile ſit. Ex præcedenti autem obligatione huc eſt ex ſtipulatu præſtandæ non ſint vſuræ, quæ in 6
ſtipulationem non ſunt deductæ. †Sed hîc non inelegās dubitatio illa incurrit. Cur non ex ſtipulatione peti poſſint vſuræ vi & poteſtate pacti, quod incontinenti appoſitum eſt, cùm dici ſoleat pacta incontinenti facta etiam ſtipulationibus ineſſe. *l. lecta.* 40. *D. de reb. cred. l. ſi ita quis.* 13. §. *Seia. D. de verb. oblig:* Nam de pacto incontinenti appoſito reſcriptum hoc intelligi debere veriſimilius eſt. & ſolent plærumque venditores qui pretium nouandi animo ſtipulantur vt ſibi emptorē ſtrictiùs obligent, de pretij quoque vſuris eodem tempore paciſci, ne dum conditionē ſuam meliorem facere volunt, deteriorem conſtituant in eo quòd ex ſtipulatu nō niſi poſt litem conteſtatam conſequi vſuras poſſent, quas ex venditi aut alio bonæ fidei iudicio ſaltem à tēpore moræ conſequerentur. Verùm reſponderi poteſt, pactum huiuſmodi de præſtando fœnore ſtipulationi

pretij non ineſſe, quoniam nec expreſſis verbis ita concipi ſtipulatio potuiſſet, vt pecunia ex pretio deberetur, fœnus vero mutuò datæ pecuniæ præſtaretur: at
4 potius inepta eſſet ea ſtipulatio. *Centum quæ mihi ex fundi Corneliani pretio debes Cal. Ianuarijs proximis dare, & eius pecuniæ nomine quam tibi mutuam dedi, fœnoris nomine in ſingulos menſes denarios tot dare ſpondes?* Solemus autem dicere ea demùm pacta, ſtipulationi ineſſe, quæ ipſis ſtipulationis verbis aptè comprehendi potuiſſent, ne alioqui plus pacto, quam ſtipulationi tribuamus. Vnde fit, vt quod in priore reſcripti parte traditur falſam mutuò datæ quantitatis demonſtrationē non nocere, quominus in ſtipulatum deductæ vſuræ peti poſſint, ita accipiendum putem, ſi altera ſtipulatione promiſſæ ſint non illa ipſa quæ actionem venditi in verborum obligationem facta nouatione tranſtulit. Idque legis verba non obſcurè demonſtrant, quæ nouationē primùm factam, deinde vſuras per ſtipulationem promiſſas eſſe ponūt. Non eadem ratio eſt pacti, quod ſtatim poſt bonæ fidei contractum interuenit: hoc enim non ex verbis quibus conceptum ēſt æſtimatur, ſed ex natura contractus cui adiicitur, quæ conuentionem illam & promiſſionem vſurarum quibuſcūque verbis fa-
7 cta ſit, facilè admittit. † Planè ſi quis proponeret in ſpecie quam tractamus debitam fuiſſe ex mutuo pecuniam & nouatione debiti facta per ſtipulationem, incontinēti de vſuris pacto nudo conueniſſe tanquam de fœnore pecuniæ creditæ, non dubitarem quin ex ſtipulatione vſuræ peti poſſent: quia licet credita dici non poſſit amplius pecunia, quæ ex ſtipulatione non certi condictione propter nouationem debetur, falſum tamen aut ſimulatum dici in totum non poſſet, quod veritatis primordio adiuuaretur, vt in ſimili ſpecie Papinianus reſpondit in *l. cum filius. 76. §. hæres meus. de leg. 2.* neque hîc ratio vlla eſſet, cur non ſtipulationi pactum ineſſe dici poſſet, *d. l. lecta. & d. §. Seia.* Cùm enim pactum, & ſtipulatio verbis fiant, nec ferè in alio inter ſe differant niſi quòd alius paciſcendi, alios ſtipulandi animus eſt. *dict. l. iuris gentium. 7. §. quod ferè. D. de pact. l. 1. §. cum qui. D. de conſt. pec.* facilè fit vt ſtipulationi inſint pacta incontinenti facta, quaſi animus ille ſtipulandi & voluntas, quæ ſtipulantium fuit in ſtipulando, in pacto quod ſtatim ſecutum eſt ſubeſſe adhuc, & durare videatur. Idque fortaſſis non malè quis colligat ex illis verbis, *ſimulatis pro infectis habitis* Simulatio enim nulla eſſet, ſi verè pecunia credita fuiſſet, ideoque illud de præcedenti obligatione pactum immutaſſet, quòd ex ſtipulatione vſuræ peti poſsent, quæ alioqui non potuiſsent. Sanè in certi condictione, quæ ex mutuo cōpetit, aliud iuris eſt. Si enim pecunia mutuò data ſit, & de præſtando fœnore tametſi ſtatim, & incontinenti conuenerit, certi tamen condictio ad vſuras minimè extendetur, quoniam re contrahi obligatio non poteſt, niſi quatenus datum eſt. *l. ſi tibi. 17. D. de pact. l. rogaſti. 11. §. ſi tibi. D. de reb. cred. l. cùm vtra. 9. Cod. de non nume-*
8 *rat. pecun.* † Hinc porrò intelligimus, quàm magno in errore ij verſentur, qui ſcripſerunt hoc Imperatorum reſcripto confirmatam eſſe Vlpiani opinionem in *l. ſingularia 15. D. hoc tit.* & hodie dici poſſe ex quacūque cauſa creditam fieri nuda pactione pecuniam quæ antè credita non erat. Id enim à veritate, iuriſque ratione adeò alienum eſt vt nec Vlpianus ipſe ita dici poſſe crediderit, niſi duobus illis caſibus, quos refert in *d. l. ſingularia*, hoc eſt, ſi debitorem meum tibi pecuniam dare iuſſero, & ſi quam à me ex cauſa mandati pecuniam habes conſentiam vt crediti nomine retineas. Quorum alterum Africanus in *d. l. qui negotia. ff. mandat.* fatetur benignè receptum eſſe: alterum verò negat recipiendū: & ab abſurdo ſic argumentatur vt facile ſit intelligere nulli vnquam Iuriſconſulto in mentem veniſſe vt diceret nuda pactione ex quacumque cauſa creditum fieri poſſe. Non enim niſi re contrahitur, vt omnia omnino iure teſtantur, nec vetera duntaxat, ſed ea etiam quæ poſt hanc Diocletiani & Maximiani legem Iuſtinianus in Inſtitutionibus aliiſque locis conſcripſit. Et verò quid abſurdius dici poteſt, quàm ab Imperatoribus confirmatum, aut inductum eſſe id, de quo ne per ſomnium quidem cogitauerunt? Neque enim de illo conſulebantur, an mutuum contractum eſſet, ſed an fœnus promiſſum deberetur. Nec, ſi nuda pactione fieri creditum poſſet, reſcripſiſſent falſam mutuò datæ quātitatis demonſtrationem præmiſſam fuiſſe: neque item verba illa ſubieciſſent *ſimulatis pro infectis habitis.* Siquidem in ea vſurarum conuentione nihil erat, quod ſimulatum dici poſſet, niſi quòd pecuniam creditam eſſe ſcriptum fuerat, quæ tamen credita non erat. Non poſſis in ea ſpecie aliam ſimulationis rationem cōminiſci, quæ porrò nulla eſſet ſi nuda conuentione creditum fieri potuiſſet. Illud certè Imperatores innuunt, nulla interueniente ſimulatione, ſi vſura promiſſa fuiſſet non fœnus, futurum fuiſſe vt deberetur, quia tale pactum incontinenti factum ſtipulationi ineſſet. † At 9
longè improbabilius eſt, ne dicam abſurdius, quod eruditi, quidam viri & benè alioquin de iure noſtro meriti tradiderunt, ita conſtituendam eſſe huius legis ſpeciem vt Nicander ad quem Imperatores reſcribunt, maiorē ſummam à ſuo debitore ſtipulatus quàm ei mutuaſſet, paulò poſt ab eodem ex eadē ſumma licitas vſuras eſſet ſtipulatus. In qua ſpecie priorem contractum vſurarium eſſe dicunt, ſecundum non item niſi pro ea parte pecuniæ quæ debitori verè numerata non fuit: ac ſi vſuræ pacto nudo promiſſæ ſint, eas non deberi. Quorum omnium nihil eſt quod ad reſcripti verba, & ſententiam accommodatum videri poſſit. Lex ait debitā fuiſſe ex pretio quantitatem, & falſam mutuò datæ quantitatis demonſtrationis præmiſſam eſſe. Iſti contrà ex mutuo debitam fuiſſe aiunt, de pretio tacēt. Lex ponit factam fuiſſe nouationem, iſti prætermittunt. Lex ait vſuras in ſtipulationem deductas vſque ad placitū modum peti poſſe, iſti cōtrà illicitas vſuras fuiſſe præmiſſas pro ea parte quam debitori numeratā non eſſe comminiſcuntur. Lex ait obligationis ſubſtantiam nō deficere, iſti pro parte deficere interpretantur. Lex dicit ſimulatis pro infectis habitis vſuras nudo pacto promiſſas non deberi, iſti ſimulationem nullam agnoſcūt niſi pro parte vſurarum, neque tamen vſuras aliquas ex pacto nudo deberi volunt. Denique apertiſſimum eſt, quod iam docuimus, non de illo quæſitum ab Imperatoribus fuiſſe an contractus vſurarius eſſet, necne, ſed an ſub falſa mutuæ pecuniæ demonſtratione promiſſæ vſuræ ex ſtipulatione aut nudo pacto deberentur. Quod à ſummis viris acuti & perſpicacis ingenij animaduerſum non fuiſſe miror. Alias aliorum interpretationes æquè aut magis ineptas nec referre nec refellere operæ eſt.

CAPVT XI.

Emendatio §. vlt. l. cùm eſſent 33. D. de ſeruit. ruſt. prædior.

SVMMARIA.

1 *Eum qui per plurium prædia aquam iure ſeruitutis ducit, neque eorum cuiuis, neque alteri vicino hauſtum ex riuo cedere poſſe.*

2 *Huius iuris rationes ab Africano redditas ab Accurſianis bene intellectas non fuiſſe.*

3 *Cur ex bono & æquo non valeat illa conuentio, quæ illi ipſi per cuius prædium aqua ducitur, haurienda ex riuo aquæ ius conceditur.*

4 *Quid ſi in imponēda ſeruitute per pactū aut ſtipulationem ita cōuenerit, an ſtricto iure valebit illa cōuētio?*

5 *Emendantur*

5 *Emendantur vltima verba* d.l. cùm eſſes, *& emendationis ratio affertur.*
6 *Pauli Caſtrenſis ad illa vltima verba interpretatio reÿcitur.*

1 SI † per plurium prædia aquam ducis iure ſeruitutis conſtitutæ, quoquomodo ex ſeruitutis impoſita ſit, neque eorum cuius, neque alij vicino hauſtum ex riuo cedere poteris, niſi cùm ſeruitus conſtitueretur pacto vel ſtipulatione conuenerit vt id tibi liceret, quemadmodum Africanus reſpondit in *l. cum eſſent.* 33. §. 1. *D. de ſeruit. ruſtic. prædior.* vbi eius ſententiæ duplicem eſſe rationem demonſtrat, nempe quod neque prædium ſibi ipſum ſeruire, neque ſeruitutis ſeruitus conſtitui poſſit. Nam ſiue alteri ex dominis per quorum prædia aquam ducis, ſiue alij vicino aquæ hauſtum cedas ex riuo per quem aqua ducitur, vtroque caſu euenit, vt prædium ipſum quod aquæ ductus ſeruitutem debet ſibi ſeruire, &
2 ſeruitutis ſeruitus conſtitui videatur. † In quo ſanè errant *Accurſiani*, qui putant ex his duabus Africani rationibus priorem oſtendere, domino prædij in quo riuus eſt, non rectè hauſtum ex riuo concedi, poſteriorem verò, nulli. Etenim illo etiam caſu quo hauſtum ex riuo cedere vis alij quàm ei per cuius prædium aquam ducis, vera & recta ratio illa eſt, quæ ceſſionem hanc impediat, quòd ita fieret vt vicini prædium quod tuo ſeruitutem aquæductus debet ipſum ſibi ſeruiret, quia licet hauſtus aquæ alteri fundo proſit, ipſum tamen prædiũ per quod aqua ducitur ſibi ipſi ad hauſtum aquæ ſeruire neceſſe eſt, cùm in eodem fundo aqua & ducitur & hauritur. Hoc verò à ſtricta, ſubtili, & vera iuris ratione omnino abhorret, quoniam fieri non poteſt, vt prædiũ vel domino ſuo, vel, quod adhuc abſurdius eſt, ſibi ipſi ſeruiat. Præter has rationes, illa quoque afferri poteſt, quòd cùm alij quàm ei per cuius prædium aquam ducis hauſtum ex riuo concedis, ſeruitutis conditionem efficis duriorem, quod tamen concedendum tibi non eſt, præſertim ſi ita facias ignorante aut contradicente eo
3 cuius prædium illud eſt, quod ſeruitutem debet. † Sed difficilius illud eſt, cur non ex bono & æquo valere admittamus conuentionem ſi illi ipſi per cuius prædium aqua ducitur, hauriendæ ex riuo aquæ ius concedatur. Plæriſque enim alijs exemplis probari poſſet conuentiones multas in conſtituendis ſeruitutibus ipſo iure non valere, quæ tamen æquitatis ratione & Prætoris auxilio defenduntur. Vt contingit ſi in diem, vel ad diem, aut ſub conditione vel ad conditionem ſeruitus impoſita ſit. *l.* 4. *D. de ſeru.* Aut ſi conuenerit ne emptor fundi Getoniani contra fundum Botroſianũ quem venditor retinebat piſcationem thynnariam exerceat. *l. venditor.* 13. *D. commun. præd.* Reſponderi tamen meo iudicio poteſt, quod Papinianus ait *in leg. obligationes.* 27. *D. de obligat. & action.* obligationes quæ proprijs viribus non cõſiſtunt, neque officio iudicis neque Prætoris imperio, neque legis poteſtate confirmari. Hactenus enim æquas & iuſtas conuentiones Prætor tuetur, vt ex iis det exceptiones ad elidendam actionem, aut replicationes ad elidendam exceptionem: non autem vt inducere poſſint obligationem, & actionem, cùm lex iuris que
4 ratio reſiſtit. † Planè ſi in imponenda ſeruitute aquæductus conuenerit per pactum aut ſtipulationem vt tibi liceat hauſtum ex riuo cedere, ſiue illi ipſi per cuius prædium aquam ducis, ſiue alij vicino cuilibet: Africanus ait valere conuentionem, idque, vt ego interpretor, non ex æquitate duntaxat, ſed ſtricto etiam iure, quia hoc caſu dici non poteſt prædium ipſum ſibi ſeruire, aut ſeruitutis ſeruitutem conſtitutam eſſe, aut prædij ſeruientis conditionem fieri duriorem. Vnica enim aquæductus ſeruitus eſt certa conditione & lege conſtituta, quam neque ſeruitutis natura, neque alia ratio vlla impedit. Et in eo etiã *Accurſius* errauit, qui ſcripſit prædiũ in quo aqua naſcitur hanc hauſtus ſeruitutem præſtare poſſe, ſi ea conſtituta à domino prædij cui aquæductus debetur, licet fundi ſeruiẽtis dominus non ſit, quoniam ita faciat domini voluntate. Hoc enim ſi verè diceretur, negari certè non poſſet quin prædium ſeruiens ſibi ipſi ſeruiret, & ſeruitutis ſeruitus conſtituta videretur: Aut alia ratio quærenda erit, cur cum aquæ hauſtum cedere non liceat, niſi conſtitutæ ſeruitutis tempore vt liceat conuenerit, maximè verò ſi cedatur ei per cuius prædium aqua ducitur: quod cùm ſit, eius voluntas requiri profectò non poteſt, cuius commodo & vtilitati ceſſio ipſa cederet ſi valeret. Neque tamẽ Africanus dubitet inutilem & nullius momenti eſſe ceſſionem ſi ex interuallo poſt conſtitutam aquæductus ſeruitutem facta ſit. Non igitur ad voluntatem domini fundi ſeruientis reſpicit, ſed ad licitam conditionem & legem iure conſtitutæ ſeruitutis: vt *in leg.* 2. D. *de riuis.* † Hæc cùm 5
ita ſint, apparet manifeſtè erratum eſſe in poſtremis illis Africani verbis, *neque ſeruitutis fructus conſtitui poteſt*, & pro *fructus* potius legendum, *ſeruitus.* Nam præter id quod ex vtriuſque dictionis affinitate facilè error naſci potuit, vt nemo non videt, illud etiam me mouet, quod de ſeruitutis ſeruitute Africanus in ea quæſtione diſputat, neque de ſeruitutis fructu intelligi commodè poteſt. Si enim admitteres poſſe cedi hauſtum aquæ ex riuo per quem aqua ducitur, ſeruitutis ſeruitutem efficeres, nec tamen ſeruitutis fructum conſtitueres. † Niſi 6
fructum accipias pro conceſſione commoditatis quæ ſeruitus quædam eſſe videatur. Sic enim *Paulus Caſtrenſis* interpretatur, Quæ tamen interpretatio ex eo refellitur, quod quamuis ſeruitutis vſusfructus cõſtitui non poſſit ſicut nec alia ſeruitus. *l.* 1. *D. de vſufr. leg.* de illo tamen fructu non loquimur, qui ſit ſeruitus, nec poſſit quis rectè dicere conceſſionem commoditatis alicuius, vt ille loquitur, ſeruitutem eſſe, niſi cætera omnia concurrant, quæ ad ſeruitutis conſtitutionem requiruntur. Sed neque illud verum eſt ſeruitutis fructum conſtitui non poſſe. Quid enim ſi fundi cui ſeruitus debetur, vſusfructus ſit conſtitutus? Aut quid ſi vicino meo inferiori poteſtatem fecerim ducendi in ſuum fundum partem aquæ quæ ex tuo fundo in meum ſeruitutis iure deriuabat? Vtique enim aquam, quæ fundum meum ingreſſa eſt poſſum alteri vicino concedere in eamq; rem fundo meo ſeruitutem imponere, quæ tamen ſeruitutis ſeruitus non erit, ſed duorum fundorum duæ erunt ſeruitutes, quarum poſterior quæ à me conſtituitur, fructus ſanè erit illius quæ fundo meo debetur. Rurſus, quis neſcit ruſticarum ſeruitutum oppignerationem valere? *leg. ſed an viæ* 12. *D. de pign.* fructum autem eſſe vel pignori dare licere, *leg. vlt. D. de vſur. & fruct.* Seruitutis ergo fructus conſtitui poteſt, ſeruitutis ſeruitus non poteſt.

CAPVT XII.

Nihil à Pandectarum compoſitoribus immutatum eſſe in l. ante tabulas 5. ff. de iur. co.

SVMMARIA.

1 *Ex codicillis ante tabulas teſtamenti factis, licet alia diſpoſitione non confirmatis fideicommiſſum peti poſſe.*
2 *Huic iuri contrariam eſſe Papiniani ſententiam in* d. l. ante tabulas.
3 *Quomodo accipienda ſint illa Papiniani verba* d. l. 5. aut voluntas eorum quocunque iudicio retineatur?
4 *Cur Papinianus ſpecialem codicillorum in teſtamento confirmationem requiſierit.*
5 *Qua ratione vitatur Seueri & Antonini reſcriptum Papiniani ſententiæ contrarium?*
6 *Illud reſcriptum ad fideicommiſſorum duntaxat confirmationem pertinere.*
7 *Dicti reſcripti ratio à quibuſdam Interpretibus allata reÿcitur.*

8 *Diuerſam*

8 *Diuerſam eſſe rationem codicillorum qui poſt teſtamen-
tum, & eorum qui ante teſtamentum facti ſunt.*

1 PApinianus †ſcribit in *leg. ante tabulas. 5. D. de iur. co-
dicill.* codicillos ante tabulas teſtamẽti factos nõ ali-
ter, valere, quàm ſi teſtamento, quod poſteà factũ eſt, vel
codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocum-
que iudicio retineatur. Quæ tamen ſententia non ob-
tinuit, & ipſis Papiniani temporibus abolita eſt reſcri-
pto Imperatorum Seueri & Antonini quo conſtitutum
fuit, vt ex codicillis qui teſtamentum præcedunt fidei-
commiſſum peti poſſit, ſi modo appareat eum, qui te-
ſtamentum fecit à volũtate quam in codicillis expreſ-
ſerat non receſſiſſe vt Iuſtinianus refert in §. *ſed cùm
antè. Inſtit. eod. tit. de codicill.*
2 † Ex quo appareat Papinia-
ni ſententiam quæ adhuc extat in *d. l. ante tabulas*, ex
diametro aduerſari reſcripto Seueri, duplicemque *Frã-
ciſci Duarem* errorem eſſe qui à Pandectarum compo-
ſitoribus immutatam eſſe eam ſcripſit, ne Seueri reſ-
cripto aduerſaretur. Nam quod Iuſtinianus ſupradicto
loco refert. Papinianum exiſtimaſſe codicillos ante te-
ſtamentum factos non aliter vires habere, quàm ſi ſpe-
ciali poſteà voluntate confirmentur: idem prorſus, in
dict. l. ante tabulas. iiſdem ferè verbis, ſanè eodem ſenſu
ex Papiniano traditur. Quid enim aliud eſt codicillos
confirmari ſpeciali poſtea voluntate, quàm confirmari
teſtamẽto, quod poſteà factum ſit, aut codicillis poſteà
3 etiam factus? †Quod verò Papinianus adiicit, *aut volun-
tas eorum quocunque iudicio retineatur*, non ita accipien-
dum eſt, vt codicilli ante teſtamentum facti ex eo ſolo
confirmari intelligantur, quòd à priore voluntate te-
ſtator non receſſerit, ſed ita potius, vt quamuis nec te-
ſtamento nec codicillis teſtator eos poſteà confirma-
uerit, ſi tamen extra teſtamentum vel codicillos di-
xerit, nil velle ſe prius factis codicillis derogare, aut
alio quouis iudicio de ipſius voluntate appareat, perin-
de codicilli ante teſtamentum facti valeant, acſi ſpe-
cialiter teſtamento aut codicillis poſtea factis confir-
mati eſſent. †Cæterùm confirmationem ſpecialem Pa-
4 pinianus omnimodo requirebat, ſiue ex teſtamento, ſi-
ue ex codicillis, ſiue ex alio quocunque voluntatis iu-
dicio colligeretur Ac Papinianum ea fortaſſis ratio
mouebat, quòd is qui poſt factos codicillos teſtamen-
tum aut alios codicillos facit, nec præcedentes vel cõ-
firmat, vel reuocat, eorũ oblitus fuiſſe videatur, quo-
rum ſi meminiſſet, voluntatis ſuæ iudicium aliquod ve-
riſimiliter reliquiſſet, vtrum eos confirmatos vellet an
reuocatos, At cùm poſt obligationem prioris ſcripturæ
codicillos quis facit, aut teſtamentum, priorem ſcrip-
turam contemnimos, & poſteriorem ſolam attendimus
quia in vltimis defunctorum voluntatibus, non quid
aliquando teſtatores voluerint, ſed quid eo tempore
quo ſuprema ordinarunt, inſpiciendum & conſiderã-
dum eſt, *l. Seia. 20. D. de inſtru. & inſtrum. legat. l. quingen-
ta. 12. D. de probat.* Placuit tamen Seuero & Antonino
requirendum non eſſe, vt priores codicilli teſtamento
vel codicillis poſteà factis confirmentur, at illud dũ-
taxat, vt teſtator à priore voluntate non receſſerit, hoc
eſt expreſſe prioribus codicillis non derogauerit. †
Quanquam autem huius reſcripti, quod à Papiniani
5 ſententia alienum eſt, vix alia ratio reddi poteſt, illa
tamen æquitatis & rationis ſpecies ſubeſſe videtur,
quòd cùm vtraque defuncti voluntas commodè ſerua-
ri poteſt, nec altera alteri contraria eſt, vtramque ſerua-
ri humanius, & vltimis teſtatorum voluntatibus fauo-
6 rabilius eſſe videatur. † Præſertim cùm ea Seueri con-
ſtitutio ad fideicommiſſorum duntaxat confirmationẽ
pertineat, vt Iuſtiniani verba ſatis apertè demonſtrant,
& iuris ratio euincit, quæ non patitur vt ea quæ prio-
ribus codicilli [illegible] ſcripta ſunt verbis directis, aliter va-
leant quàm ſi ſpecialiter codicilli teſtamento confir-
mati ſint, quemadmodum ante nos ſuperioribus annis
alter ætatis noſtræ Papinianus *Iacobus Cuiacius* inge-
nioſè & eruditè, vt omnia ſolet, obſeruauit. Fideicom-
miſſa autem vt relinquuntur, ita confirmantur facilius
quàm cætera quæ nec in codicillis nudè relinqui poſ-
ſunt nec niſi verbis directis, cuiuſmodi ſunt legata, tu-
telæ, libertates, aliaque ſi quæ ſunt ad genus. Ad rẽ ve-
rò non pertinet Imperatorum Diocletiani & Maximi-
ani reſcriptum *in l. fine initio. 6. C. de codicill.* quo *Accur-
ſius* ſic vtitur, quaſi cum illa Seueri conſtitutione con-
gruat, cùm tamen Papiniani ſententiam potius adiu-
uet & confirmet. Eo namque loco illud tantùm reſcri-
bitur, ſiue teſtator initio teſtamenti ea omnia genera-
liter quæ codicillis relicturus fuerat, ſiue nouiſſimè re-
licta ſeruari mandauerit, confirmatione munitum lega-
tum non iuſtam gerere ſolicitudinem an quæ ſibi reli-
cta ſunt debeantur. Id enim eſt quod Papinianus dice-
bat tutum eſſe legatarium, aut fideicommiſſarium ſi
confirmatione munitus ſit. Ex quo inferri magis poteſt
ex codicillis non confirmatis nihil peti poſſe. Et cùm
ea lex ſit Imperatorum Diocletiani & Maximiani, qui
poſt Seueri & Antonini tempora imperarunt, facilè
ex eo intelligimus ea Seueri conſtitutione quam dixi-
mus non fuiſſe inductum generaliter vt quæcumque
codicillis ante teſtamentum factis relicta ſunt, valeant
citra confirmationem. Alioqui neque illud Diocletiani
reſcriptum dubitandi rationem aliquam haberet, neq;
fuiſſet cur id Tribonianus in Codice relinqueret. De-
bet igitur Seueri conſtitutio de fideicommiſſis tantùm
intelligi ſicut diximus, non de cæteris quæ in teſtamẽ-
to & directis verbis relinquuntur. † Nec tamen ſatis
peritè facere mihi videntur qui eius conſtitutionis ra- 7
tionem illam afferunt, quod fideicommiſſa in codicillis
relicta valeant, licet nullum poſteà teſtamentum factũ
ſit. Maior enim ratio ſuadere videtur vt non valeant ſi
poſt codicillos teſtamentum factum ſit, & eo teſtamẽ-
to codicilli non ſint confirmati, quaſi eorum oblitus
omnino teſtator exiſtimetur, quæ tota Papiniani ſentẽ-
tiæ ratio eſt. Porrò non illud Seueri & Antonini reſ-
cripto factum eſt, nec vero fieri potuit, vt codicilli ante
teſtamentum facti eo ſolo confirmentur quòd poſtea
teſtamentum vel alij codicilli facti ſint, ſed illud dun-
taxat vt quamuis confirmati non ſint, perinde tamen
fideicommiſſum ex iis peti poſſit, ſi appareat eum, qui
teſtamentum vel codicillos fecit à priore voluntate nõ
receſſiſſe, acſi confirmati eſſent, quomodo Iuſtinianus
loquitur *in d. §. ſed cum ante.* † In eoque diuerſa ratio 8
eſt codicillorum qui poſt teſtamentum facti ſunt. Hi
enim præcedentis teſtamenti poteſtate omnimodo cõ-
firmantur, quamuis teſtamenti tempore de iis teſtator
non cogitauerit, quia neque eorum oblitus fuiſſe vide-
ri poteſt, quod & iam olim *Accurſius* rectè tradidit *ex
l. 3. §. vltim. D. de iure codicill.* Cui ſententiæ non refra-
gatur quod Paulus ait *in l. ab inteſtato. 16. D. eodem.* ad
teſtamentum quod quoquo tempore quis feciſſet, co-
dicillos pertinere. Id enim ita accipi debet, vt codicilli
qui valent, & teſtamento confirmati ſunt, teſtamenti
ius & conditionem ſequantur ſiue ante ſiue poſt teſta-
mentum facti ſint, non autem ita, vt ad codicillorum
validitatem & confirmationem nihil interſit an teſta-
mentum ſubſecuti ſint, an præceſſerint.

CAPVT XIII.

De quæſtione l. ſi duo 16. D. de legat. præſtand.

SVMMARIA.

1 *Filium ſuum præteritum, ſi cum emancipato inſtituto bonorum poſſeſſionem contra tabulas petierit, legata exceptis perſonis præſtare non teneri.*

2 *An emancipatus poſt acceptam bonorum poſſeſſionem liberis & parentibus legata præſtare debeat?*

3 *An*

3 *An emancipatus inſtitutus, qui contra tabulas petere potuit, ſi teſtatoris voluntatem retineat, pro ea parte quam ex inſtitutione retinuit legata etiam extraneis perſonis præſtare teneatur?*

4 *Ratio dubitandi in propoſita quæſtione ex Pauli ſententia petita.*

5 *Preualuiſſe in dicta quæſtione Vlpiani & Africani ſententiam.*

6 *Pauli cum Africano & Vlpiano conciliatio ab Accurſio & ſequacibus allata reiicitur.*

7 *Diuerſam eſſe rationem eius qui in fraudem teſtamenti & eius qui in fraudem duntaxat edicti de bonorum poſſeſſione contra tabulas ab inteſtato ſuccedit.*

1 SI † duo ptoponantur eſſe, vnus in poteſtate præte-
ritus, alius emancipatus inſtitutus, conſtat per eum,
qui in poteſtate eſt commiſſum eſſe edictum, vt ſiue is
bonorum poſſeſſionem petat, contra tabulas, ſioe non
petat, emancipatus licet inſtitutus agnoſcere eam poſ-
ſit. Vtroque verò agnoſcente, dubitatio nulla eſſe po-
teſt quod ad eum pertinet qui in poteſtate eſt, quin nec
liberis, nec parentibus cæteriſque exceptis perſonis le-
gata præſtet, quoniam rem ab inteſtato habere intelli-
gitur: & quemadmodum Paulus ait *in l. is qui.* 15. *D. de
lega. præſt.* abſurdum eſſet ideò cogi eum legata præſta-
re quòd bonorum poſſeſſionem contra tabolas accepe-
rit, quam etſi non accepiſſet; oihilominos hæreditatem
2 ſuo iure habiturus fuiſſet. † Sed de emancipato maior
dubitatio eſt, an poſt acceptā bonorū poſſeſſionē libe-
ris & pareotibus legata præſtare debeat. Dubitādi verò
cauſa illa eſt, quod ſi omiſſa inſtitutione bonorū qoo-
que poſſeſſionem repudiaret, vniuerſa hereditas ad ſuū
pertineret, quem diximus nec parentibus nec liberis
legata debere. Verius tamen eſſe Vlpiaous ait *in l. ſi duo.*
16. *D de legat. præſtand.* vt ſaltem liberis parentibuſqne
præſtet, neque inter iuris authores cootroverſum hoc
fuit. Manifeſtam enim rationem habet, qoòd emanci-
patus citra bonorom poſſeſſiooem omiſſa inſtitutione
3 hereditatem ſuo iure obtinere non potuiſſet. † Sed & ſi
petita per eum, qui in poteſtate eſt bonorum poſſeſſio-
ne, emaocipatus hereditatis partē quam rupto per bo-
norum poſſeſſionem teſtameoto conſequi potuerat ex
inſtitutione retinuerit, æquè dicendum eſt legata eum
liberis parentibuſque debere, vt ibidem Vlpianus, ait,
multoque magis hoc caſu, quàm ſuperiore, quoniam
æqnius ſit non omnino à legatorum præſtatione libe-
rari eum, qui ex teſtamento ſuccedat. Eáque ratio facit
vt dubitari probabiliter poſſit, an oon exceptis tao-
tùm, ſed etiam extraneis & perſonis omnibus præſtare
debeat. Cùm enim plena froator teſtatoris voluotate,
plenum etiam obſequium præſtare teſtatoris iudicio
pro ſuæ parte debet. Atque ita tandem Vlpianus ſu-
4 pradicto loco concludit, licet primùm addubitet. † Ma-
gna autem dubitationis ratio videbatur, quia bonorum
poſſeſſione contra tabulas per fratrem præteritum pe-
tita, Prætor non aliam ob cauſam emancipatum inſti-
tutum io partem hereditatis tueatur quàm quod ex li-
beris ſit, qui contra tabulas petere potueront. Qua ra-
tione motus Paulus *in d. l. is qui. §. ſed ſi ſcriptus*, ait ve-
riorem ſibi videri complurium ſententiam, qui putant
emancipatum inſtitutum certis & exceptis perſonis, in
hac ſpecie legata præſtare debere. Quod ego ſic intel-
ligo vt iis duntaxat non etiam extraneis præſtet. Nam,
& dubitatio lógè minor eſt, qoio exceptis præſtet qui-
bus præſtaret, etſi bonorum poſſeſſionem accepiſſet.
Et ratio illa Pauli non tam eò pertinet, vt exceptis ſal-
tem perſunis legata ab emancipato præſtentur, quàm
vti ne extraneis præſtentur. Hoc enim magis probatum
eſſe idem Vlpianus teſtis eſt *in l. filium. 5. §. vlt. D. eo. tit.*
& Paulus *in d. § ſed ſi ſcripius*, ait ita complures putare.
Sed quod ſubiicit id ſibi qooque verius videri, Vlpia-
nus *in dict. §. vltim.* non adiicit, nec quid ſentiat expri-
mit, ſed communiorem aliorum opioionem duotaxat
refert in Edicti interpretatione. Quam tamen impro-
bat libris Diſputationum, in quibus non tam quid ab
aliis probetur, quàm quid ipſe ſentiat, & ſentiendum
putet, diligentius exponit, *in dict. l. ſi duo.* vbi ſuæ ſentē-
tiæ rationem illam adfert, qood æquom ſit, eum qui
plena teſtatoris voluntate fruatur, plenum quoque ob-
ſequium eiuſdem iodicio pro ſua parte præſtare. Ac
ſanè ita ius eſt, vt qui à cauſā teſtamenti diſcedere po-
tuit, ſi eam oō omiſerit, volūtati defuncti parere & ob-
ſequi habeat neceſſe. *l. Cay Caſſij* 35. *C. de fideic. liber.* Sed
Pauli ratiocinatio hanc conuincere & refellere videtur
quia quod inſtitutus rupto per contra tabulas teſta-
mento nihilominos partem hereditatis ex teſtamento
retioet, fit beneficio Prætoris qui teſtamenti ius iis cō-
ſeruat, quibus ſi id maluiſſent, bonorum poſſeſſionem
contra tabulas dediſſet. Proinde eodem iure cenſeri de-
bent, acſi contra tabulas agnouiſſent, qoemadmodū ea-
dem ratio facit vt certis ſaltem perſonis legata præſtēt
qoæ vtique præſtarent ſi bonorum poſſeſſionem con-
tra tabulas accepiſſent. † Vlpiani tamen ſententia Afri- 5
cani qnoque fuit, qui in *l. ſi ex duobus.* 14. *D. de bonor.
poſſeſſ. contr. tabul.* apertè ſcribit, emancipatum inſtitutū
qui cootra tabulas petere potuit, ſi teſtatoris volunta-
tem retineat hactenus conditionem ſuam deteriorem
facere, quòd extraneis quoque legata præſtat. Fruſtrà
itaque diotius quis laboret in iis conciliandis, qui vl-
trò & ex propoſito diſſentiunt, in ea præſertim quæ-
ſtione, de qua magnis vtrinqoe rationibus diſputari
probabiliter poſſit. † Valeat ergo *Accurſius*, qui Paulū 6
loqui ait de ſuo herede ioſtituto. aut de iis liberis, qui
contra tabulas petere non poſſunt, cùm apertiſſimè &
de emancipato loquatur, & ſententiam ſuam ex eo cō-
firmet, quòd is de quo loquitur ſit ex liberis, qui con-
tra tabulas petere potuerunt. Valeant etiam, qui diſtin-
guunt inter eum, qui plena teſtatoris volūtate fruitur,
& eum qui non fruitur, interpretantes plena volunta-
te frui eum, cuios portio concurſu præteriti non mi-
noatur: oec animaduertentes in ſpecie ab Vlpiano tra-
ctata, concurſu præteriti bonorum poſſeſſionem contra
tabulas agnoſcentis minui portionem eius: quem ta-
men omnibus legata debere ait, qood plena fruatur te-
ſtatoris voluntate. Plena enim voluntate frui intelligi
eum qui quicquid habet, ex teſtatoris iudicio, & volun-
tate habet. oon qui id omne habet, quod ſibi teſtamen-
to relictum eſt. His verò qoæ diximus finitimum illud
eſt, quod idem Vlpianus ſcribit in *l. ſi filius.* 23. *D. ſi quis
omiſſ. cauſ. teſt.* Si filius qui patris poteſtate manſit he-
res inſtitutos præterito fratre emancipato qui contra
tabulas poſſeſſionem accipere potuit, vt inteſtati pa-
tris hereditatem agnooerit, legata omnibus eum præ-
ſtare ex illo edicto, Si quis omiſſa cauſa teſtamenti:
quod tanquam ſcriptus & ex teſtamento hæreditatem
habere videatur. Nec eſt contrarium quod idem Vlpia-
nus ſcribit in *l. quia autem. 6. §. pen. eo.* ex illo edicto fieri,
vt qui accipiendo contra tabulas bonorum poſſeſſio-
nem liberis parentiboſque legata præſtat ei, ſi eam bo-
norum poſſeſſionem omiſerit, & ab inteſtato ſucceſſe-
rit, cogatur ea præſtare, quæ præſtaret ſi contra tabu-
las accepiſſet, ac proiode ea dūtaxat, quæ exceptis per-
ſonis legata ſunt, non qoæ extraneis. † Alia enim ratio 7
eſt eius qui in fraodem teſtamenti, alia verò eius qui in
fraudem duntaxat edicti De bonorum poſſeſſione con-
tra tabulas ab inteſtato ſuccedit. Nam eum qoi in frau-
dem teſtamenti ab inteſtato ſuccedere maluerit, æquiſ-
ſimum eſt obligari ad ea omnia, quæ ex teſtamento de-
buiſſet. Eum verò qui aliter quàm per bonorum poſ-
ſeſſionem contra tabulas aut ab inteſtato ſuccedere
non poterat, ſi in fraudem edicti poſſeſſionem omittat,
& inteſtati ſucceſſionē amplectatur, æquum nō eſt plus
debere quàm ſi bonorum poſſeſſionem contra tabulas
agnouiſſet. Vterque igitur fraudis ſuæ pœnas illas luit,
vt tantum præſtet, quantum ſi fraudem non feciſſet.

CAPVT

Capvt XIV.

Emendatio l.cui res.29.D.de action.empt.

SVMMARIA.

1 *Emptor rei ſibi ſub conditione legata, an exiſtente conditione rem illam ex cauſa emptionis, an legati habere videatur?*

2 *Dicta rei pretium ſolutum qua actione emptor repetat, an ex empto, an ex teſtamento?*

3 *Quenam actio emptori competat ſi rem illam legatam venditor nondum tradiderit, & pretium tamen acceperit?*

4 *Examinantur & emendantur verba illa* d.l.is cui tea. 29.quia nou ex cauſa legati tem habet.

5 *An ei qui ſciens rem ſibi ſub conditione legatam emit, exiſtente conditione pretij ſoluti repetitio ex empto vel ex teſtamento actione competat?*

IS † cui res ſub conditione legata erat, ſi pendente
5 legati conditione imprudens eam ab herede emerit,
deinde legati conditio extiterit, quæti poteſt vtrum
habere rem videatut ex cauſa emptionis, an legati. Etſi
enim prius legata fuit tes, quàm empta prius tamen
emptionis, quam legati iute acquiſita eſt: quia eius le-
gati, quod ſub conditione relictum eſt neque dies cedit
neque acquiſitio vlla intelligitur prius quàm conditio
extiterit *l.ſi ita ſit ſcriptum.45.§.ſi ſub conditione. D. de
legat.2.l.is cui.42.D.de oblig.& action. l.cedere diem.213.
De de verbor.ſignific.* Sed verius eſt legati & ptiotem, &
potiorem eſſe cauſam quàm emptionis, quoniam exi-
ſtens conditio facit, vt perinde legatum debeatur ac ſi
purè relictum fuiſſet, nec tam eius temporis, quo con-
ditio extitit, quàm quo teſtatot mortuus eſt ratio hā-
beatur, *l.ſi fundum.105.D.de condict. & demonſtr.* Vnde
fit, vt ſi fundo legato mihi ſub conditione pendente le-
gati conditione hætes me heredem inſtituat, ac poſteà
legati conditio exiſtat, in falcidiæ ratiooe fundus oon
iure hereditario ſed legati meus eſſe intelligatut. *l.fundo
4.D.ad leg.falcid.* Eum ſiquidem etam habtturus etiam
alio herede exiſtente, ideoqoe quo tempore mihi de-
fertur hetedis hereditas, extra cauſam bonorum eius
2 computatur, argum. *l.ſeqnens quæſtio.68.de legat.2.* Cùm
igitur in propoſita qoæſtione rem legatam emptot ha-
beat ex cauſa legati oon emptionis, dubitatio illa naſ-
citur, Si pretium rei venditæ ſolutum ſit qua actione
repetatur, an ex empto, an ex teſtaméto. Et placet poſ-
ſe vtraque actione emptorem experiri, ita vt vtrum vo-
let eligat: diuerſa tamen ratiooe. Nam actionem ex em-
pto illud inducit, quòd cùm eam tem exiſtente legati
conditione ex cauſa legata habere videatur, vt diximus
ex ea cauſa videtur illi euinci, quam ſcilicet non eſſet
habiturus ſi alij legata fuiſſet. Euictionis auteio oomi-
ne vel hoc ſaltem conſequi debet vt ei pretium reſti-
tuatur, quod iam penes venditorem ſine cauſa eſſe in-
cipit. Satíſque venditori in eo parcitur, quòd cætera
non præſtat, quæ ratione euictionis præſtati aliàs ſolét
quoniam ſcilicet emptori qui rem emptam poſſidet,
licet, ex alia quàm emptionis cauſa, nihil niſi pretium
abeſſe videtur. Qoam ob cauſam non de euictiooe, ſed
ex empto agendum eſſe dicimus, quoniam res ipſa hoe
caſu nó euincitur, imò ſic emptori acquiritur vt euinci
ei nunquam poſſit, qoomodo Paolus in illa ſpecie teſ-
pondit, ſi ſetuum Titij mihi vendideris, deinde Titius
me hæredem reliquerit, in *l. ſi vendideris. 9. D. de euict.*
Actionem verò ex teſtamento idebemptori accommo-
damus, quòd cùm rem habet, eiuſq. pretiom ſoluit, nó
prius habere eam videatut ex teſtamento, & teſtatoris
iudicio ſatisfactnm eſſe, quàm eiſpretium ſit reſtitutum.
Itaque licet ex teſtamento ad pretium agi non poſſit:
qoia teſtamento legata tes eſt non eius pretium, neque
item ad rem ipſam, quam iam habeat, rectè tamen &
vtilitet agetut ex teſtamento vt teſtatoris voluntati
pareatur, neque ptius abſolui heredem oportebit quàm
ſi pretium reſtituerit, & hominem emptoris fecerit, vt
Iulianus ait in *l.huiuſmodi.84.§.qui ſeruum.D.de legat.1.*
† Quòd ſi rem illam legatam emptori venditor non-
dum tradiderit, & pretiú tamé acceperit, duplici actio- 5
ne ad duplicem cauſam emptori tenebitur, nempe ex
teſtamento vt rem præſtet, & ex empto vt acceptum
pretium teſtituat: neque enim hoc caſu actione ex te-
ſtamento pretij reſtitutionem conſequi emptor poteſt,
cum teſtatoris iudicio ſatisfieti omnino poſſit rei ipſius
quæ legata eſt, præſtatiooe, vt idem Iulianus ſupradicto
loco ſcribit. Ex quibus intelligi poteſt verú eſſe quod
ſcriptum eſt in *l.cui res.29.D. de action. empt.* cum cui
res ſub conditione legata etit, ſi imprudens eam ab he-
rede emerit, actione ex empto pretium conſequi poſſet?
† ſed tamen falſam & ineptam eſſe tationem quæ ſe- 4
quitut illis verbis *quia non ex cauſa legatis rem habet.*
Imò verò exiſtente conditione legati incipit ex cauſa
legati rem habere *d.l.4 D.ad leg.falc.* indéque nimi-
tum euenit, vt ad pretium conſequendum habeat em-
ptot actionem ex empto quam vtique non habetet ſi
ex cauſa emptionis oon legati rem poſſideret. Nec eſt,
qood cum Ioanne & *Accurſio* eam tationem ſic inter-
pretère: quaſi Iuliani ſentétia ſit non alitet videri em-
ptotem ex cauſa legati tem habere, quàm ſi pretium ei
reſtituatur. Hoc enim ſupplere eſt non interpretari, ea-
que interptetatio comméticia licet rectam habeat ſen-
tentiam, ad id tamen de quo quætimus non eſt accom-
modata Nam quod dicimus non ptius ſatisfactum vi-
deri voluntati teſtatoris, quàm ſi pretium emptori re-
ſtituatur, actionem ex teſtamento duntaxat, non etiam
ex empto inducit, vt ſcriptum eſt in *dict. §. qui ſeruum.*
Idque iā ante nos *Paulus Caſtrenſis* diſputauit, ſed qno-
modo locus reſtitueodus eſſet ignotauit, ita vt Iulianū
potius, quàm Accurſium aut Ioannem reptehendiſſe vi-
deatut. Puto autem legendum eſſe, *quia nunc ex cauſa
legati rem habet. Nunc.* inquam, id eſt exiſtente legati
conditione: neque enim in præcedentibus verbum vl-
lum eſt, ex quo poſſit colligi conditiooem legati exti-
tiſſe, quod tamen in illa quæſtione neceſſariò ponen-
dum eſt. Id verò neque breuius, neque elegantius expri-
mi potuit, quàm dictione illa *nunc*, quæ ſic accipi de-
bet, ac ſi pluribus verbis ſcriptum fuiſſet *exiſtente lega-
ti conditione.* Similem errorem ſupetiore libro obſerua-
uimus io *l.2. D.ad S.C.Treb.* Mirum verò videri poſſit,
quod Iulianus pónit rem legatam emptam eſſe ab im-
prudente legatario pendente legati conditione, cùm
etſi ſciens emiſſet, noo ideò tamen aliud iuris conſtitui
deberet, quando nec volens legatarius relictum ſub
conditione legatum repudiare prius poſſet, quàm con-
ditio exiſteret. *d.l.45.§ ſi ſub conditione, de legat.2.* Atque
ita interpretibus omnibus placet, in illa Iuliani quæ-
ſtione, nihil intereſſe an ſciens an ignorans rem ſibi
ſub conditione legatam legatarius pendente conditio-
ne emetit. Quod tamen mihi probabile non videtur,
quia neque Iulianum fruſtrà de imprudente locutum
fuiſſe puto, neque dubito quin legatario qui ſciens rem
ſibi legatam ante conditionis euentum emit, ſi poſteà
conditio exiſtat ſoluti pretij repetitio ſiue ex empto ſi-
ue ex teſtamento actione denegetur. Quamuis enim
traditum ſit neminem poſſe rem ſuam emere, ſiue ſciēs
ſiue ignorans emetit, illud tamen certiſſimom eſt ei qui
ſciens emit non teſtitui pretium, quod ignoranti em-
ptori reſtituitur, *l.ſuæ rei.16.D.de contra.empt.* Cuius nā-
qoe per errorem ſoluti repetitio eſt eius conſulto dati
donatio eſt. *l.cuius per errorē.53.D.de regulis iuris.* Quod
ſi obiicias non fuiſſe illicitam & inutilem venditionem
quo tempore contracta eſt, quòd tunc nondum legati
conditio extitiſſet, reſpondebo fuiſſe quidem ab initio

vtilem,

vtilem,ſed prudentem &ſcientem emptorem iam illud
præuidiſſe aut præuidere potuiſſe futurum vt quando-
cumq; legati conditio exiſteret rem illam legati potius,
quàm emptionis iure haberet:ideóq; ſi pretium lubens
ſolueris nec quicquã de eius repetitione ſit proteſtatus,
videtur id donaſſe & omnem repetendi ſpem abieciſſe.
Quamquam autem verũ eſt quod interpretes obiiciũt,
non potuiſſe eo tempore legatum conditionale repu-
diari, inde tamen non rectè inferas actionem ex teſta-
mento ad pretij repetitionem ſupereſſe. Iniquum enim
eſſet non aliter abſolui heredẽ ab actione ex teſtamen-
to, quàm ſi emptori reſtitueret pretium quod ſibi ab
emptore ipſo donatum fuiſſe intelligitur:neq; enim de
ea donatione teſtator quicquam cogitauit:& obſeruã-
dum eſt,etiam in *dict.§. qui ſeruum*, de ignorante non
de ſciente emptore Iulianum loqui. Illud ſanè facilius
concedam etiam cùm ſciens legatarius rem legatam
emit,hactenus ſupereſſe ex teſtamento actionem,vt he-
res,idémq; venditor rem illam emptoris facere tenea-
tur,eiúſq; dominiũ in emptorem trãsferre, quã actio-
ne ex empto tradere duntaxat non dare debuiſſet.

CAPVT XV.

Explicatio noua l.cum bona 16.D.de reb.author. iudic. poſſid.

SVMMARIA.

1 *Nullum eſſe in Pandectis titulum de priuilegiis credi-torum.*
2 *Duplex Accurſij ad* d.l.*interpretatio reiicitur.*
3 *Bartoli lapſus in dictæ legis explicatione.*
4 *Vera Gaij ſententia in* d.l.cùm bona.
5 *Sabaudia ſtatutum de priuilegiis creditorum cum di-ſpoſitione* d.l.cùm bona *conuenire.*
6 *Aliud eſſe,creditorem admitti ad licitationem, aliud vero,facta licitatione habere cum ius prælationis.*

1 SEquimur † libenter vt in cæteris ferè omnibus, ita
in titulorum ordine & inſcriptione Pandectas Flo-
rentinorum,in quibus de priuilegiis creditorum titulus
nullus eſt,ſed quæ in veterib. codicibus eius tituli pri-
ma lex erat,decimam ſextã efficit tituli, *De reb. author.*
iudic.poſſid. Et eſt *l.cum bona*, cuius nouam explicationẽ
pollicemur, ab *Accurſij*,& veterum omnium interpre-
tationibus alienam. Sic autem Caius ſcribit, Cùm bo-
na venerunt debitoris, in cõparationẽ extranei, & eius,
qui creditor cognatúſve ſit, potior habetur creditor,
cognatúſve,magis tamẽ creditor quàm cognatus, & in-
2 ter creditores potior is,cui maior pecunia debebitur. †
Accurſius duplicem interpretationem afferri poſſe ait.
Primam illã,vt ſi bona debitoris contingat addici cre-
ditoribus,& ex creditoribus alij ſint debitoris cognati,
alij extranei,hoc eſt,creditores quidẽ, ſed non cogna-
ti,potior cauſa ſit eorum,qui & creditores ſunt & co-
gnati: inter eos verò qui creditores tantùm ſunt, non
etiam cognati,præferantur cæteris ij quibus maior pe-
cuniæ quantitas debetur. Alteram hanc,vt ſi inter plo-
res creditores diſputetur an bona debitoris vendenda
ſint necne,eorum creditorũ ſententia ſequenda ſit qui
vel cognati quoq; ſunt,vel maioris pecuniæ creditores.
Vtramq; verò interpretationẽ illud refellit, quòd pri-
ma legis verba oſtendunt manifeſtè,neq; de addicẽdis,
neq; de vendendis, ſed de venditis debitoris bonis eo
loco tractari:nec de illo diſputationem inſtitui cui ad-
dicenda ſint bona,aut quorum voluntate vendenda,ſed
de hoc potius,cùm poſtulantibus creditoribus vendũ-
tur,quis in eorũ emptione ſit præferendus. Verba enim
hæc ſunt, *Cùm bona veneunt debitoris.* quibus neutra *Ac-*
curſij interpretatio cõuenire poteſt. Aliud enim eſt bo-
na debitoris vendi, vt ex re dato pretio creditoribus
ſatisfiat:aliud verò creditoribus ipſis addici,& velut in
ſolutum acquiri, quod aliter fieri non poteſt, quàm ſi
nullum emptorem bona inueniant *l.vlt. C.ſi in cauſ.iu-*
dicat.pignor.capt ſit. Quemadmodum & aliud eſt bona
debitoris vendi,aliud de iis vendendis aut non venden-
dis diſputari. Sed & de illo ridiculum eſt dubitare, an
bonorum debitoris venditio, per aliquos ex creditori-
bus quantumuis creditores cognatique ſint impediri
poſſit. Siue enim anterior ſit creditor qui bonorum vẽ-
ditionem poſtulat,cuiuſcumq; tandem ſummæ ſit cre-
ditor,cæteri quominus is debitoris bona diſtrahat niſi
debitum offerant,interpellare non poſſunt. *l. vlt. & tot.*
tit.C ſi antiq.credit.pign.vendider. Siue poſterior ſit cre-
ditor,etiam aduerſus anteriores pignoratitios ius offe-
rendi habet,neq; anteriorum quicquam intereſſe vide-
tur,at potius iis prodeſſe vt bona diſtrahantur, in qui-
bus præter ius ipſum debiti nullum aliud habeant *d.*
l.vlt.Cod.ſi in cauſ.iudicat.pign.capt ſit. Illud quoq; aper-
tum eſt,non de creditoribus duntaxat cognatiſq; loqui
Iureconſultum,ſed etiam de extraneis,cùm ait, *in com-*
parationem extranei, & eius qui creditor cognatúſve ſit.
Comparat enim creditorem aut cognatum cum eo qui
extraneus ſit,id eſt,neque creditor neque cognatus, vt
valde ineptum ſit quod *Accurſius* extraneum interpre-
tatur eum, qui & creditor ſit, non tamen cognatus.
Nam extraneum neque rectè dicimus eum qui non ſit
cognatus, neque Caius comparat cum eo qui ſit cre-
ditor cognatúſque,ſed cum eo qui ſit creditor, vel co-
gnatus,ſiue creditor tantùm ſit, ſiue cognatus tantùm
† *Bartolus* autem etſi rectè animaduertit non de iis 3
duntaxat intelligi legem debere,qui ſunt creditores,in
eo tamen labitur,quòd veteris cuiuſdam interpretis ſẽ-
tentiam ſecutus,putat eum legis ſenſum eſſe, vt in cõ-
paratione creditorum inter ſeſe,præferatur is qui cre-
ditor cognatúſq; ſit. Quaſi verò iure creditoris ius co-
gnationis aliquid poſſit addere,cùm de iure & priuile-
gio aut diſpendio creditorum diſputatur. † Atqui non 4
ita Caius loquitur,vt eum qui creditor, cognatúſq; ſit
præferendum dicat ei,qui non niſi creditor ſit, ſed ex
contrario ſcribit,extraneo,id eſt, ei qui neque creditor
neq; cognatus ſit præferri eum,qui ſit creditor, aut co-
gnatus,vt ſi cætera omnia ſint paria, puta ſi vterq; bo-
norum quæ venduntur par pretium offerat, is qui cre-
ditor eſt,non cognatus, aut cognatus non creditor ei
qui neque creditor neque cognatus ſit, omnino ante-
ponatur. Prius enim habenda ratio eſt neceſſariarum
perſonarum ſi idoneæ ſint, *l. Imperator.60. D.de pact.*
Sed ſi inter eos quorum alter creditor alter cognatus
debitoris eſt, de iure & priuilegio prælationis diſpute-
tur, id obſeruabimus, vt potiorem faciamus cauſam
creditoris quàm cognati. Æquiſſimum enim eſt præfer-
ri in emptione creditores,quorum præcipuè negotium
geritur,ac quibus poſtulantibus bona venduntur. Ve-
rùm ſi inter creditores tantùm res agatur,nec quiſquã
alios qui creditor nõ ſit,ad emptionem accedat, magis
placet præferri eum,qui maioris pecuniæ ſit creditor,
idq; vt ego quidem arbitror,licet ex aliis creditoribus
quidam ſint etiã cognati debitoris:quoniã hac parte,vt
dixi,ius crediti proculdubio potentius eſt quàm ius co-
gnationis. In eóq; cùm vel maximè eluceat creditorũ
priuilegium,inde fortaſſis ſumpta à veteribus interpre-
tibus occaſio diſtinguendi commentitium illum titu-
lum De priuilegiis creditorum,ab eo qui præcedat De
rebus authoritate iudicis poſſidendis, vel venundan-
dis. Denique nullum in tota ea lege verbum eſt, quo
probari poſſit potiorem eſſe cauſam eius qui creditor
cognatúſque ſit,quàm eius qui ſit creditor tantùm:ne-
que enim de creditore, & cognato cõiunctim Caius
loquitur,ſed disiunctim his verbis, *creditor cognatúſve,*
quod ab interpretibus non obſeruatũ communi omniũ
errori cauſam dedit. † Huic verò explicationi noſtræ 5
valde conuenit,quod Sabaudiæ ſtatuto nõ diſſimiliter
cautum eſt,de priuilegio creditoris cuius nomine bona

ſub haſta venduntur, vt extraneo emptori ſi par pretium vterque offerat, præferatur, Statuti verba quáuis minus elegántia, quia tamé non omnibus ſunt in próptu hæc quæ ad rem pertinere videntur: ſubiiciemus. Et in ipſo tertio & vltimo foro ſeu ſub vltima ſubhaſtatione, & crida lapſis dictis terminis plus offerẽti vendãtur & expediãtur ipſa bona pro pretio maiori inde oblato ſoluendo victori, ſeu creditori, in cuius fauorem fuerit lata ſententia. Et fiet huiuſmodi executio, vel expediẽtur ipſa bona eidé creditori ſeu victori ſi maluerit, & ea retinere voluerit pro maiore pretio inde oblato. Ad ré verò noo pertinet ſi qois obiiciat, qood *Accurſium* fefelliſſe videtur, non admitti creditoré ad licitationem bonorum debitoris, quandiu alij emptores ioueniũtur. *l. 2. C. ſi in cauſ. pignus capt. ſit. l. 3. C. de execut. rei iudicat.*
6 *l. vlt. §. ſin verò nemo de iur. dominij interpretando.* † Hæc enim differentia ſunt, admitti creditoré ad licitationé, & facta licitatione habere eum ius in prælationis, aut, vt ſtatutum noſtrum loquitur, retentionis. Non admittitur ad licitationem quandiu alij emptores ioueniantur, quoniam abſurdum videretur conſtitui ab eo pretium rei alienæ quæ poſtulante ipſo, & ipſius veluti nomine vendatur. Sed facta licitatione habere eum ius prælationis, nec abſurdum, nec iniquum eſt, cùm neque debitoris quicquam interſit, ad quem res ſua perueniat, dommodo debiti liberationem, & ſi quid præterea ex pretio ſupererit conſequatur, neque extranei emptoris, cui oihil deperit, liberúmque eſt ſi velit maius pretium offerre, vt creditor qui tantundem offerre nolit, licitatione ſuperetur. Idque debitoris commodo plerumque cedit, cùm extraneus emptor vt creditori retentionis, & prælationis ius auferat, pluris rem licetur, quàm quanti reuera ſit. Hoc verò oec *Bartolus* ipſe animaduertit, certè oon explicauit.

Capvt XVI.

Ad §. ſed cum emptor. l à Diuo Pio. 15. D. de re iudicat.

SVMMARIA.

1 *An aliqua actio creditori competat aduerſus eum qui eius bona pignori capta emerit eorum pretium non ſoluit?*
2 *An venditio ab executore facta ius aliquod creditori aduerſus emptorem acquirat:*
3 *Vera Vlpiani ſententia* in d. §. ſed ſi emptor.
4 *Quenam actio creditori aduerſus emptorem pretium non ſoluentem detur?*
5 *Confirmatur interpretatio* d. § ſed ſi emptor.
6 *Cur iudices qui ſententiam exequuntur, aduerſus emptorem rei distracta pretium non ſoluentem, manus porrigere non debeant?*
7 *Magiſtratus non per ſeipſos, ſed per alios iudices datos ſententias olim exequi ſolitos fuiſſe.*

1 AT† quid ſi in iudicati executionem debitoris cõdemnati bona pignori capta ſint, tum diſtracta, & extraneo emptori addicta, neq; tamen emptor pretium ſoluat? qua tandem actione aut ratione creditori coosuletur? Hæc quæſtio pertinet ad ea, quę Vlpianus tractat in *l. à Diuo Pio. 15. D. de re iudic.* in qua cùm molta perobſcura ſuot, & difficilia, tũ illud meo iudicio peſſimè ab interpretibus omnibus acceptũ eſt, quod ſcribitur in §. *ſed ſi emptor*, iudices qui ſenteotiam exequuntur, ooo debere aduerſus emptorem qui pretium noo ſoluit, manus porrigere, & vltrà procedere, ne vel lõgè res abeat, ſi fortè emptor neget ſe emiſſe, aut exſoluiſſe cõtendat, vel nimis propere iudicetur ac cõtra ſolitũ iuris ordinem ſi in dicta cauſa ſtatim emptor condẽnetur & pro iudicato babeatur, *maximè*, inquit Vlpianus, *cùm nec habeat actionem aduerſus eum is, cui iudicatum fieri deſideratur.* Sic enim ab interpretibus omnibus verba hęc ſumpta ſunt, quaſi Vlpiani ſententia ſit, victorem creditoré qui ſententiam obtinuit, nullam habere actioné aduerſus emptorem, quòd ſcil. emptor non ab eo emerit, ſed ab executore. Quod ſi verè diceretur, non video quo ſenſu poſſit ea ratio ad id quod Vlp. tractat accommodari. Nam rationem reddere Vlpianus voluit, cur iudicati executores melius faciant ſi ſe non interponant, & manus noo porrigant aduerſus emptorem qui pretium non ſoluit. Quid verò cõmune cum eo habet quod aiũt interpretes, nullam creditori contra emptorem actioné dari? Imò potiùs ea ratio facere deberet vt executores emptorem ad pretij ſolutionem compellerent, ſi nulla creditori ad pretium recipiẽdum actio cõpetere poteſt. Alioqui iniuria proculdubio afficietur is, qui creditor eſt & iudicatum fieri deſiderat, ſi neq; aduerſus emptorem agere poſſit, neq; ab executore petere, vt ex officio ſuo emptorem condemnet. Atquin Vlpian. apertè ſcribit nullam ex eo fieri iniuriam creditori. † Deinde nõ 2
puto verum, quòd illi ſine lege comminiſcuntur venditionem ab executore factam nullam creditori aduerſus emptorem ius acquirere. Parum enim videtur intereſſe an creditor ipſe pignus vendat, an eo poſtulante magiſtratus, qui ſententiam exequitur vendi iubeat: & boc caſu, vt aliis pleriſq; noſtri tradunt, factum iudicis eſt factum partis, aut potius vt ſcriptũ eſt in *l. 1. C. ſi in cauſ. iudicat. pig. cap. ſit.* in vicem iuſtæ obligationis ſuccedit ex cauſa contractus autoritas iubentis. Et eo ſanè iure vtimur, vt ſi pretium non ſoluatur, actio creditori aduerſus emptorem eo nomine detur, neq; alius iuris locus quærendus eſt qui id apertius probet, quam hic de quo diſputamus. † Ea enim haud dubiè Vlpiani ſenten- 3
tia eſt, creditori qui iudicatum fieri deſiderat, oullam competere actionem aduerſus executorem, nec videri executorem feciſſe litem ſuã, licet is emptorem pignoris ad pretij ſolutionem non coegerit, neq; tamen ideo iniuria affici creditorem, qui ſcil. prompta & parata ſit actio contra emptorem, qui nihil poſſit dicere, cur non ad pretium condemnari debeat, quandoquidem ea eſt publicarum venditionũ conditio, vt res pignori captas & diſtractas præſenti pecunia diſtrahi oporteat, non ſic vt poſt tempus pecunia ſoluatur. Neq; enim ea mente venditio fit vt debitoris perſona mutetur, ſed vt debitor liberetur, & vt vetus obligatio perimatur, non oous contrahatur. Emptor igitur, qui ad publicam venditionem acceſſit, eius leges & conditiones vel ignorauit, vel certè ignorare non debuit, ideóq; recuſare non poteſt, quominus agenti creditori Pretium ſoluat. † Actio 4
autem dabitur, vt opinor, in factum, quæ ex iudicato datur *l. actori. 8. C. de reb. cred.* neque enim vlla alia actio competit quæ nomen habeat quod cùm accedit, ſubſidiaria in factum neceſſaria eſt. *l. quia actionem. 11. D. de praſcript. verb.* Fefellit verò *Accurſium*, cæteroſq; omnes interpretes. quod in libris quibus vtebantur ſcriptum erat, vt in pleriſq; etiamnum ſcriptum legimus, *melius igitur erit ſi ſe non interponant*. Ea enim lectio faciebat vt verba quæ ſequuntur, *aduerſus eum*, ad executorem referre non poſſent de quo non in ſingulari ſed in plurali numero dictum fuiſſet. Sed in Florentinis, aliiſque emendatioribus non *interpenant* legitur, ſed *interponat*, motato plurali caſu in ſingularem, vt aliàs plerumque fieri adſolet, & io præcedente eodémque §. ita ab Vlpiano vſurpatum & factum animaduertimus. † No- 5
ſtram verò interpretationem illud quoque omnino coofirmat, quod ea Vlpiani ratio, quæ ſequitur, *oportet enim res pignori captas, & diſtractas præſenti pecunia diſtrahi non ſic vt poſt tempus pecunia ſoluatur*, aliũ ſenſum recipere non poteſt, quàm vt propter eã cauſam, creditori aduerſus emptorem actio competat, quæ competere non poſſet ſi res pignori captas & diſtractas præſenti pecunia diſtrahi neceſſe noo eſſet. Facilius autem eſt, quod Vlpianus ſubiicit ſi iudices qui ſententiam.

exequun

exeqnũtur, velint ſe interponere in coercẽda mora em-
ptoris qui pretiũ nolit ſoluere, hactenus debere inter-
uenire vt ipſam rẽ addictam capiãt, & diſtrahant, quaſi
non vinculo pignoris liberatam, Neque.n.ad inducendã
liberationẽ ſola venditio ſufficit, niſi pretiũ creditori
6 ſoluatur, cui ea res priùs erat obligata. † Verùm illud
magis mirari quis poſſit, cur iudices qui ſententiã exe-
quũtur aduerſus emptorem, porrigere manus non de-
beãt. Cùm.n.à Diuo Pio reſcriptũ ſit, magiſtratus popu-
li Romani iudiciorũ à ſe datorum ſentẽtias exequi de-
bere, magiſtratuum verò pleniſſimã eſſet poteſtas, dici
ſanè vix poteſt, cur non in executione facere potuerint
ea omnia, quæ ex ratione & æquitate facienda viderẽ-
tur, Niſi fortè quis dicat, eo Diui Pij reſcripto ſublatam
potius fuiſſe iudicibus qui de facto cognouiſſent, & ſẽ-
tentiã tuliſſent, exequendi poteſtatem, quàm impoſitam
magiſtratibus qui iudices dederant, eorũ ſentẽtias exe-
7 quẽdi neceſſitatem. † Et magiſtratus nõ per ſeipſos ſed
per alios iudices datos ſententias exequi ſolitos fuiſſe,
& veriſimilius eſt, & ex ipſis verbis Vlpiani *in d.l. à Di-
uo Pio.* cognoſci facilè poteſt præſertim *ex §. vlt.* vbi
ſcriptũ eſt pupillarem pecuniam, licet in arca repoſita
ſit, ad comparationem prædiorum, & citra permiſſum
prætoris ab eo qui exequitur iudicatum, ſolere capi, &
in iudicati cauſam conuerti. Fruſtra enim de Prætoris
permiſſu quæreretur, ſi Prætor ipſe ſentẽtiam iudicis à
ſe dati exequeretur. Iudex igitur à Prætore datus neque
pro iudicato habere poterat emptorẽ qui non erat cõ-
demnatus, neq; commendare ſtatim & in dicta cauſa eũ
qui ant non emiſſe aut pretium exoluiſſe ſe contẽdiſ-
ſet, nec deniq; de facto cognoſcere qui non ad cogno-
ſcendum, ſed ad exequendũ datus fuiſſet. Quamquam &
in magiſtratu ſi quis volet idem ferè dici poteſt: quia
nec pro iudicato habere nec condemnare poteſt prius
quàm proſpecta ſit rei & facti veritas: neq; item de fa-
cto cognoſcere & iudicare, quòd id à maiorum magi-
ſtratuum imperio & dignitate alienius videretur in id
vſq; tempus quo ius illud vetus poſteriorum Impera-
torum conſtitutione abrogatum eſt in *l. 2. Cod. de pe-
dan. iud.* Vnde illud eſt quod Cicero ad Quintum fra-
trem ſcribit, *Prætorem non ſolere iudicare deberi.*

CAPVT XVII.

Variæ emendationes.

SVMMARIA.

1 *Quænam mihi actio competat, ob nauem alienam quæ in meam ſcapham impacta, damnum dedit.*
2 *Tollitur negatio ex fine* §.2.l.quemadmodum. 29. ff. ad l.Aquil.
3 *Quoties nauis damnum facit, toties eo nomine actionem dari.*
4 *Reſpondetur ad leges contra ſuperiorem emendationem ab Accurſio allatas.*
5 *Vera lectio* §.ſi nurus.18.in fin. l. cùm hic ſtatus. de don.int.vir & vx.*& eius quæſtio.*
6 *Quãdo donatio à nuru in ſocerum collata confirmetur?*
7 *Cur in* d.§.ſi nurus, *Seueri & Antonini conſtitutio.* noua oratio *appelletur?*
8 *Emendatur & explicatur* l.1.de in lit.iur.
9 *Quæſtio & emendatio duplex* §.vlt.l.ex facto.43.ff.de vulg.& pupill.ſubſtit.

1 SI † nauis tua impacta in meam ſcapham damnũ mihi
dederit, quæſitum eſt, quænam mihi actio competat.
Et placet Vlpiano ex Proculi ſententia in *leg. quemad-
modum. 29. §. ſi nauis tua. Digeſt. ad l. Aquil.* ita diſtinguẽ-
dum eſſe, vt ſi in poteſtate nautarũ fuerit, ne id accide-
ret, & culpa eorũ factũ ſit: lege Aquilia cũ nautis aga-
tur, quòd parũ referat an nauẽ immittendo aut ſeruacu-
lum ad nauem ducendo, an tua manu dãnum mihi de-
deris: quia his omnibus modis per te damno afficior.
Sed ſi fune rupto, aut cùm à nullo regeretur nauis, in-
curriſſet, quia his caſibus cũ nautis agi non poteſt, quo-
rum ſcil. culpa nulla argui poſſit, † cum domino agendũ 2
eſſe videatur. Sic enim locus ille ſublata negatione,
quæ in poſtremis verbis eſt, legendus videtur, & expli-
candus. Nã cùm ruptis funibus, aut quòd à nullo nauis
regeretur damnum datum eſt, imputari certè domino
poteſt, qui non proſpexerit vt & ab aliquo nauis rege-
retur, & bonis funibus eſſet instructa: ideóq; à domino
nauis factum damnum videtur, quod ipſius culpa con-
tigit. Ex quo reſponderi poteſt, ad id quod *Accurſius*
obiicit, pro rebus inanimatis neq; noxaliter, neq; Aqui-
lia lege agi poſſe. Etſi enim nauis inanimata res eſt, vſũ
tamen & vtilitatem nullam præſtat, niſi ab homine
regatur & gubernetur: † vnde fit vt generaliter diffini- 3
ri poſſit, quoties nauis damnum facit dari eo nomine
actionem vel aduerſus nautas, ſi eorum culpa factũ ſit,
vel aduerſus dominum, ſi nihil ſit quod nautis impute-
tur. Nec video qui caſus excipi debeat, niſi cùm tanta
vis naui facta eſt, vt temperari non potuerit, quomodo
idem Vlpianus in eadem lege ſcribit §. *ſi nauis alteram,*
vbi & *Accurſius* ipſe ſui, vt videtur, immemor, notat
teneri dominum de damno, quod nauis dedit, niſi caſu
fortuito id contigerit. An autem dici poteſt caſu for-
tuito fieri vt fune rupto, aut cùm à nullo regitur nauis
incurrat & damnum faciat, An non potius culpa domi-
ni eſt, qui præuidere potuit, & debuit futurum vt ſi nõ
bonis funibus instructa eſſet nauis, aut à nullo regere-
tur, facilè in aliam nauim incurrere, damnumq; afferre
poſſet? Sed & contextus ipſe verborum ſi propiùs in-
ſpicias, id planè demonſtrat, Diſtinguit enim Vlpianus
an nautarum culpa damnum factum ſit, necne, & cùm
illo caſu dicat cum nautis agendum eſſe, conſequens eſt
vt altero ſcripſerit, non generaliter actionem nullã ſu-
pereſſe, ſed cum ipſis agi non poſſe, at cũ domino agẽ-
dum eſſe, alioqui ita ſcribere debuerat, *Sed & ſi fune ru-
pto.* non ita vt ſcriptum eſt aduerſatiuè. *Sed ſi &c.* † Quas 4
verò leges *Accurſius* ad receptæ lectionis confirmatio-
nem adducit, tã apertum eſt ad rem non facere: vt in eo
plurib. demonſtrando operam ponere nil ſit neceſſe. *In
l. ſi quis cum. 39. D. de cond. indeb.* abundant & tollenda
ſunt verba illa, *plus debito*, vtpote quæ ex interpretis
alicuius gloſſa & interpretatione ad præcedentia illa,
quaſi indebitum, in textũ irrepſerint. Senſus.n.eſt heredẽ
qui poterat ſibi cauere à fideicommiſſario, ſi nõ cauerit,
& totã hereditatem ſine cautione reſtituerit, poſſe fidei-
commiſſum repetere cõdictione indebiti, tanquã inde-
bitum ſolutum. Non enim tantùm plus debito ſolutum
videri poteſt ex eo quòd cautio prætermiſſa eſt. *l. 3. §.
vlt. D. ſi cui plus quàm per leg. falcid,* Sed & totum ipſum
fideicõmiſſum indebitum fuit: quoniã quibus caſib. cau-
tionem præſtare fideicõmiſſarius debet, puta cùm peri-
culũ eſt ne heres qui ante reſtitutionem multa admini-
ſtrauit, iudiciis quibus conuẽtus eſt, aut ſtipulationibus
quibus neceſſe habuit promittere, obſtrictus remaneat,
non prius fideicommiſſum debere videtur, neque id re-
ſtituere cogitur, quàm ſi ei caueatur. *l. cùm hereditas. 36.
D. ad S.C. Trebell.* Quamquam & ſi malit, ipſam dunta-
xat cautionem, quam omiſit, condicet, incerti condi-
ctione. *argum. l. hoc Senatuſconſultum. 5. §. 1. D. de vſu-
fruct. ear. rer. quæ vſu conſum.*

† *In l. cùm hic ſtatus. 32. § ſi nurus 18. in fin. D. de donat.* 5
int. vir. & vxo. malè & corruptè nunc in omnibus libris
legitur *ratione noua.* Legendum enim eſt, *oratione*, quo-
modo veteres interpretes legiſſe *Accurſij* gloſſa teſta-
tur, & ita legẽdũ eſſe quæſtio ipſa quæ in eo §. tractatur,
oſtendit. Quærit enim Vlpianus an ſi nurus ſocero do-
nauerit, & ſocer ſuperſtite filio, nuruq; deceſſerit dona-
tio confirmetur, an extinguatur & finiatur oratione no-
ua Seueri & Antonini, cuius tota ea lege interpreta-

tiooem facit. Ná quemadmodú ante eã orationem ita ius erat,& adhuc eſt,vt nou ſolùm inter cõiuges prohibitæ ſint quæ inter viuus fiunt donationes, ſed inter eos etiã omnes,in quorum coniuges ſunt poteſtate, vt neq; ſocer nurui,ueq; nurus ſucero donare poſſit.Ita factum eſt eaSeueri oratione,vt donatoris aut dunatricis morte,hoc eſt,perſeuerante ad murtem vſq; voluntate confirmentur ſicut cæteræ donationes, quæ fiunt inter virũ & vxorem, ſic-eæ quas ſocer in nurũ aut nurus in ſocerum coutulerit,& vt Papinianus dicebat elegãter, quæ ratio dunationẽ prohibuit,eadem beneficium datũ implurauit.Sed tamen multum intereſt,an nurus ſocero,an marito ſuo inter viuos donauerit. Etenim ſi in maritum collata donatiu ſit,& vxor cõſtante matrimunio & durante volũtate deceſſerit, donatiu omnimodo coofirmatur.At cùm ſocero hoc eſt patri mariti donatum eſt,nou aliter confirmatur donatio, quàm ſi nurus ante maritum & ſucerum deceſſerit non mutata donationis voluntate:quomadmodum ex contrario ſi ſocer nurui donauerit tum donatoris filius deceſſerit,nõ ideò cõfirmatur donatio,ſed illud prætereà exigimus,vt ſocer ante nurum duranre voluntate decedat. *d l.cùm hic ſtatus.32.§.oratio.16.*vbi Papiniani ſententiam Vlpianus
6 refert,& probat.† Verùm quod dicimus douationem à ouru in ſocerum collatam noo aliter confirmari quàm ſi nurus ante maritum ſocerumq; deceſſerit , perpetuũ non eſt.Quid enim ſi ſocer ante nurum quidẽ deceſſerit,ſed filium heredem ex aſſe ſcripſerit , quu ſuperſtite nec reuocata dunatione nurus poſtcà moriatur?Placet Vlpiano valere donationem,ſed ita tamen, vt non iam illa ipſa dunatiu videatur,quæ in ſocerum collata fuerat,ſed noua potius quã in mariti perſonam contuliſſe videtur vxor,quæ cum ſciret aut ſcire deberet extinctã morte ſoceri priorem donationem, paſsa tamen eſt res donatas à ſocero ad filium eundémq; heredem peruenire,neq; donationem reuocauit quã iam olim in ſocerũ mariti ſui contemplatione & fauore,vt lex preſumit contulerat. Ergo ſi maritus non ſit à ſocero inſtitutus,ſed extraneus,neq; prior donatio valebit , neque noua facta eſse intelligerur,quoniam nec ſola maritalis affectio ſufficit ad inducendam mariti fauore donationem,niſi ad cũ donatæ res perueniãt,nec eas res donatas ad extraneum perueniſse ſufficit, vt donatum ei videatur,id quod non ipſius ſed mariti cauſa donatũ fuerat priùs.Idq; eſt,quod Vlpianus ait ſi filius heres patri non ſit,finitam id eſt extinctam eſse, & non confirmatam donationem oratione noua Seueri , & Antonini. Quòd ſi ex parte tantum filius ſit à patre inſtitutus,non niſi pro parte donatio valebit,vt rectè *Accurſ.*admittit. Quo exemplo illud quoq; dici poteſt, ſi filio pater res ſibi à nuru donatas legauerit aut quo alio titulo reliquerit,nouã videri in eum collatam donationem, licet nulla ex parte patris heres ſit:quia non ex inſtitutionis titulo donationem ioducimus,ſed ex eo duntaxat,quod donatæ res ad maritum peruenerunt,volente & ſciente vxore,quæ iã eius intuitu & fauore donaſse eas ſocero
7 videbatur.†Illã autem Seueri,& Antonini conſtitutionem & orationem Vlpianus nouam appellat,quòd ſuis temporibus facta eſset &ius vetus correxiſset. Sic nouã clauſulam Marcellus dixit *in l.3.D.de coniug.cum emancip.liber.eius.*& idem Vlp.nouum edictũ *in l.1.§.ſi pater.*
8 *13.D.de vener.in poſſ.mittend.*† In *l.1.D.de in lit.iurand.* puto ſic legendum eſse io fine,*non enim res pluris fit per hoc,ſed contumacia æſtimatur vltra rei pretium.* expuncta particula *ex*:quæ ſi retineretur ineptam efficeret adeóque falſam legis ſententiã. Quamuis enim creſcere poſſit condẽnatio per iuſiurandum in litem ex cõtumacia non reſtituentis , non ideò tamen dicendum eſt pluris eſse rem,quæ in iodicium deducta eſt, & cuius nomine iuſiurandum deferretur: quia,inquit Vlpianus,nõ pluris res fit per hoc,ſed contumacia æſtimatur vltra rei pretium.Atqui hæc omnino contraria ſunt,rem ex contumacia æſtimari vltra verũ rei pretium.Et rem noo fieri pluris per contumaciam.Deinde quis ſic loquitur,rem ex contumacia æſtimari vltra rei pretium?Quare & in quibuſdam libris pro *rei* ſcriptũ vidi *eius*, quod ab aliquo Grammatico correctum eſse videtur,eóq; imperito. Debuerat enim ſcribere *ſuum* non *eius*. Confirmat etiam emendationem & opinionem noſtram,quod ſcriptum eſt in *l inter hac verba 179.de verb. ſignific.* quam cum hac coniungendam eſse vtriuſq; inſcriptio demõſtrat.Eſt autem ſic coniungenda , vt iuramento in litem æſtimetur primùm *quanti res eſt*,id eſt verũ rei pretium, deinde & vltra pretium , contumacia non reſtituentis. Cæterùm fieri nunquam poteſt vt res pluris quàm quãti re vera eſt æſtimetur,idq; Vlpianus dicere voluit in *d.l.1.de in lit.iurand.*†In *l.ex facto.43.§.vlt.D.de vulgar.* 9
*& pupill.ſubſtitut.*ſcio eſse qui putant traiecta eſse verba illa,*vtrum pro ea parte pro qua ſcriptus fuit veniat , an verò pro ea,quam cepit* , & ita reponenda , *vtrum pro ea parte quã cepit,veniat,an pro ea parte pro qua ſcriptus fuit.* Sequitur enim, *ita vt augeatur eius pars in ſubſtitutione.* Tractat verò eo loco Paulus de patre qui plures ſibi heredes inſtituerat eóſq; filio ita ſubſtituerat , *quiſquis ſibi heres eſſet*.Cùm autem vnus ex heredibus inſtitutis, qui tacitã fidem teſtatoris accõmodauerat, vt non capienti partẽ ex eo quod acceperat daret,deiode ad ſubſtitutionem impuberis admiſaus eſset , quærit Paulus vtrũ ex ſubſtitutione admittẽdus ſit,pro qua parte ſcriptus fuit & inſtitutus,an verò pro ea parte,quam cepit. Neq; enim omnẽ eã partẽ accepit,ex qua ſcriptus erat, quia quod ei datum fuerat,vt fraus legi fieret, ab eo tãquam iodignu ablatum eſt.Itaq; augebitur pars eius in ſubſtitutione ſi ad ſubſtitutionẽ admittatur,pro ea parte ex qua ſcriptus fuit,non pro ea dũtaxat, quam cepit. Vndemoueor vt illam receptæ lectionis emendationẽ facilè ad probẽ,niſi quis probabilius exiſtimet addendã eſſe negationẽ in illis verbis,*ita vt augeatur*, & legendũ *non augeatur*,quomodo *Melchiori de Fillion.* Viennenſi ornatiſſimo & acutiſſimo Iuriſconſulto mecom,ea de re aliquando diſputanti videbatur. Alterutrã enim emendationem non ſolùm probabilem,ſed etiam neceſſariam & omoino comprobandam eſſe puto. Reſpondet verò Paulus augeri partem in ſubſtitutione , quoniam is qui in fraudem legum fidem accommodat , heres efficitur nec ideò deſinit heres eſſe , quòd res , quæ ita relictæ ſunt ab eo auferantur.Sed etſi deſineret heres eſſe,idem nihilominus iuris conſtitueretur fortè ſi poſt aditam hereditatem,in ſeruitutem redactus eſſet,deinde libertate donatus.Sufficit. n. ex verbis ſubſtitutionis heredem fuiſſe patri eum qui ad ſubſtitutionem vocatus eſt, ſatiſque is qui tacitam fidem accommodauit puoitur in eo quod contra leges facit.

Capvt XVIII.

Aliæ emendationes.

S V M M A R I A.

1 *An fideicommiſſum valeat ſi heres rogatus ſit poſt mortem ſuam hereditatis ſua quartam partem reſtituere?*
2 *An dicto caſu eatenus tantum reſtitutio fieri debeat quatenus teſtatoris hereditas patitur, an verò heres de ſuo aliquid praſtare debeat?*
3 *Verba illa*,ſecundùm vulgarem formam iuris , *quid ſignificent in* l.filiusfam.114.§.vt quis heredem de leg.1.
4 *Emendatur* §.quid ergo.7.d l.filiusfam.
5 *In* l.ſi qui.23.§.2.& 3.de hered.inſtit. *legendum eſſe* curatores,*non* procuratores.
6 *In* l.108. §. penult. de leg. 1. *pro* aptè *legendum eſſe* apertè.
7 *Reſtituitur negatio in* l. 1. verſic.planè. ff. de diuerſ. temp.præſcrip.

8 *Reſtitui*

8 *Reſtituitur recepta lectionis ordo in* l. ſolidum. 85. ff. de ſolut.

NOta eſt iutis regula, quæ habet teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe oportere, non alieno arbitrio pendere, *l. illa inſtitutio. 32. ff. de her. inſt.* Ea res facit ne teſtamenro rogari heres poſſit, vt aliquem heredem inſtituat. *leg. filiusfamilias. 114. §. vt quis heredẽ. D. de leg. 1.* vbi tameu Marcianus monet perinde eſſe id habẽdum atq; ſi teſtator hereditatem reſtitui rogaſſet, idq; Senatum cẽſuiſſe. Neq; enim verba ſpectamus fideicommiſſi ſed ſententiam quibuſcunq; verbis conceptam, dum teſtator ſenſerit vt hereditas reſtituatur *leg. vbi purè. 19. §. 1. D. ad S.C. Trebell.* & in fideicommiſſis vtcumq; precaria voluntas quæratur, coniectura poteſt admitti. *l.*
1 *cùm proponebatur. 64. de leg. 2.* † Quid ergo ſi heres poſt mortem ſuã rogatus fuerit hereditatis ſuæ partẽ quartam reſtituere? Nã vtiq; permiſſum eſt teſtatori ab herede legatum vt fideicõmiſſum de ipſius heredis rebus relinquere, *leg. vnum ex familia. 67. §. ſi rẽ tuam. eod. l. heredem. 25. C. de fideicom.* neq; hoc caſu de teſtatoris hereditate reſtituenda rogatus heres videri poteſt quem ſuam propriã reſtituere rogatũ proponimus. Sed verius eſſe Marcianus exiſtimat, quod & Scæuolæ, & Papirio Frõtoni placuiſſe ſcribit, valere fideicõmiſſum, atq; ſi de hereditate ſua reſtituenda teſtator rogaſſet. Ac cur valeat fideicõmiſſum, dubitari certè propter ea, quæ diximus minus poteſt. Sed cur de teſtatoris potius quàm de ſua hereditate reſtituẽda rogatus heres videatur, id verò maiorẽ habet atq; elegantem dubitationem. Dici tamen poſſit hereditatẽ teſtatoris ab herede aditã ita cõfundi cũ patrimonio heredis, vt cùm heredis hereditatem eo mortuo dicimus, non minus eam, quam à teſtatore accepit, quàm cætera omnia quæ aliunde quæſita
2 moriens reliquit, intelligamus. † Vnde fit vt herede rogato reſtituere quartam partem hereditatis ſuæ, eã interpretationem accipiamus quæ & verbis nõ repugnat, & heredi fauorabilior eſt, eúmq; de illa duntaxat hereditate quam à teſtatore habuit non de reliqua reſtituẽda rogatũ interpretemur. Nulla enim ratio eſt, vt fideicommiſſi nomine plus præſtet, quàm ad eum à teſtatore peruenerit *leg. 1. §. ſi is qui quadraginta. D. ad S.C. Trebel. §. hoc ſolum obſeruandum eſt. Inſtit. de ſingul. reb. per fideicommiſ. relict.* præſertim cùm ea aperta nõ eſt teſtatoris voluntas *leg. Imperator. 70. §. cum quidã. de legat. 2.* Cùm igitur heredem rogatum poſt mortem ſuam hereditatis ſuæ quartam partem reſtituere, videatur teſtator de ſua duntaxat hereditate reſtituenda rogaſſe: fit, vt eatenus reſtitutio fieri debeat, quatenus hereditas teſtatoris patitur, nec de ſuo præſtare heres debeat quicquã. Imò & hereditatis quadrantem Senatusconſulti authoritate retinebit. Id enim eſt quod Marcianus ait, eatenus faciendã eſſe reſtitutionem, quatenus hereditas patitur,
3 ſecundum vulgarem formam iuris. † Vulgaris namque forma iuris eſt vt hereditas ex cauſa fideicõmiſſi retẽta quarta reſtituatur. Hoc verò *Accurſius* non intellexit, qui cum mendoſo codice vteretur, ea verba *ſecundum vulgarem formam iuris*, retulit ad principium §. ſequentis, in quo tractatur de patre, qui filius ſuos emancipare rogatus eſt, & ac ſi ea inter ſeſe commune aliquid haberent, vulgarem formam iuris ridiculè, interpretatur, ſtrictam, nec quis eorum verborum ſenſus ſit explicat, qui tamen ex interpretatione noſtra & Florẽtina emẽ-
4 datioriq; lectione facillimus eſt. † Verùm in eo §. quem explicamus miror neminem hactenus emendaſſe verba illa, *valere fideicommiſſum atque ſi de hereditate ſua reſtituenda rogatus eſſet*, cum manifeſtiſſimum ſit pro his poſtremis verbis legendum eſſe *rogaſſet*. Quis enim ſenſus eſſe poteſt, cùm dicis heredem qui poſt mortem ſuam rogatus eſt hereditatis ſuæ quartam partẽ reſtituere, videri de hereditate ſua reſtituenda rogatum eſſe? An non ea locutio abſurda & inepta eſt. Quare & *Accurſius* ipſe Iuriſconſulti ſententiam, magis quàm vim verborum intelligens, verba illa, *atque ſi de hereditate ſua reſtituenda rogatus eſſet*, de rogantis hereditate interpretatur, quod à dictionis illius *ſua*, proprietate adeò abhorret, & à latini ſermonis ratione, vt nihil dici poſſit alicuius. Si cui verò duriuſculũ videatur quod emendamus, *rogaſſet*, cùm in præcedẽtib. verbis nulla teſtatoris mẽtio facta ſit, cogitare is debebit nõ diſſimili locutione vſum eſſe Marcianũ in principio §. iis verbis *perinde habendũ atq; ſi rogaſſet hereditatẽ reſtitui*: quæ ad alium, quam teſtatorẽ referri non poſſunt, vt & ipſa legis ſententia probat, & quod Vlpianus de eadẽ quæſtione eodẽmq; ſenſu pluribus verbis ſcribit in *l. ex facto. 17. in prin. ff. ad S.C. Trebell. in l. ſi quis inſtituatur. 23. §. item ſi*
conditioni D. de hered. inſti. † Erratũ etiã eſt in poſtremis 5
§. verbis, & legendũ *curatores* non *procuratores*. Tractat enim eo loco Pũponius de herede inſtituto ſub cõditione cui parere non poſſit, quòd in alterius fortè factum, aut in quendam caſum collata ſit. Et ait tunc poſtulantibus creditoribus conſtituere Prætorẽ, niſi intra certũ tempus hereditas obtigerit, aditáq; fuerit, ſe bona defuncti creditoribus poſſidere, iuſſurũ, & interim, id eſt, quandiu bona poſſidebuntur, necdum vendentur, ea, quæ vrgebunt per curatores diſtrahi curaturum. Solet enim hoc caſu curator bonis dari, nõ procurator, cùm nemo dominus ſit, qui procuratorem conſtituere poſſit *l. 1. & 2. D. de curat. bon. dand.* aliiſq; locis quos in hãc rem *Accurſius* citat, vt facilè ex eo appareat legiſſe illũ *curatores*: quomodo & in § *ſeq.* cùm in quibuſdam libris ſcriptum ſit *per procuratorem ſoluendum æs alienum*, in aliis emendatioribus legimus *curatorem*: nato fortaſſis errore ex particula illa, *per*, quam breui nota ſcriptam cùm quidam exiſtimarent ſignificare *pro*, ceperunt legere *procuratores*: deinde, vt ea lectio ſenſum aliquem
haberet ſcripſerunt *per procuratores.* † In *l. ſi ſeruus. 108.* 6
§. pen. de leg. 1. puto in illis verbis, *parum quidem aptè ſcribi*, legendum eſſe, *apertè* non *aptè*. Nã & ſic quidam codices habent, & Africani ſententiam eſſe, cùm in teſtamento ſcribitur, *Te Titi rogo, vt acceptis centũ illũ ſeruũ manumittas, vel Sempronio quid præſtes*, intelligẽdum eſſe heredis fideicõmiſſum vt pecuniam Titio præſtet, quãuis id parùm apertè ſcriptũ ſit. Aptè quidẽ id ſcriptum eſt, ſed non ſatis apertè: quia propoſitis verbis heres pecuniã Titio dare neq; iuſſus neq; rogatus eſt. Erroris autem cauſa eadẽ fuit quæ in *d. l. ſi quis inſtituatur*, quod in dictione illa *apertè*, ſyllaba *per*, notata eſſet vnica litera *p*, & breuiter ſcripta. In *l. cùm centum. 9. D. de adim. legat.* manifeſtũ eſt in illis verbis, *ſiquidẽ voluit eſſe hæc quinquaginta.* legendũ eſſe *centũ quinquaginta.* ſequitur enim, *centum quinquaginta debebuntur.* Et mox, *ſin verò quinquaginta tantùm deberi voluit, quinquaginta tãtùm debebuntur.* Id enim Vlp. agit vt doceat tãtũ deberi
quantũ teſtator voluerit. † In *l. 1. verſ. planè. D. de diuer.* 7
tẽp. præſcrip. non dubito quin addita negatione legẽdum ſit, *Planè is, qui valetudine impeditur vt mandare poſſit, in ea cauſa eſt, vt experiundi non habeat poteſtatẽ.* Mouet me quod paulò antè lex ait experiũdi poteſtatẽ non habere eum, qui neq; experiri ipſe poteſt, neq; alteri mandare vt experiatur. At qui valetudine impeditur, vt mandare poſſit, is neq; ipſe experiri, neque alteri mandare poteſt. Neceſſario igitur conſequens eſt, vt experiundi non habeat poteſtatem. Idq; adeò apertum eſt vt facilè appareat ab imperito aliquo interprete detractam eſſe negationem, quàm reſtituimus, cùm fortè homo ille minimè malus, ſed parum benè loquendi peritus, iis verbis, *qui valetudine impeditur, vt mandare poſſit*, eum ſignificari crederet, qui valetudine quidem impediatur, ſed ea tamen vt mandare poſſit. At contrà dixit Vlp. *vt* pro *ne* modo loquendi Latinis omnibus, ſed *Ciceroni* maximè familiari, quemadmodum pluribus locis qui omnibus in prõptu confirmari facilè poſſet. Scio factũ poſteà eſſe à politiore aliquo interprete, vt legi cœ-

erit, *Is quo ea valetudine impeditur, vt mandare poſſit*: quæ lectio receptæ lectionis ſententiam ſic immutat vt ocgationem quam deeſſe dicimus non patiatur. Sed præter id quod locum hunc ab interptetib. corruptum eſſe vel ex eo intelligere poſſumus, quòd in pleriſq; libris ſcriptum legimus *in ea cauſa eſt vt experiundi non habeat poteſtatem*, pro eo quod nunc aote *d. verſ. planè* in Pand. Fl. legitur, *experiundi poteſtatem non habet.* Illud etiam me mouet, quod in *d. verſ. planè.* probabilius videatur tractare Vlpianum de eo qui experiundi nõ habeat poteſtatem, de qoo & in præcedentibus loquitur, & in ſequentibus. Denique tota ea lex eſt de eo qui experiũdi poteſtatẽ oon habet, ac cui proinde vtiles dies, de quib. eo loco diſputatio inſtituitur, cedere non poſſont. Progreditur autem Vlpianus à facilibus ad faciliora hoc modo: Is, inquit, experiundi poteſtatem non habet, qui vel apud hoſtes, vel in vinculis, vel Reip. cauſa abeſt, vel tempeſtate in aliquo loco detinetur, vt neq; experiri, neque mandare poſſit. Illud verò apertius eſt, eum, qui valetudine impeditur, vt mandare poſſit, experiri non poſſe. Hoc autem cur apertius eſt? Nimirum, quia difficilius credatur eum, qui Reip. cauſa abſit, mandate non potuiſſe, quàm eum, qui valetudine impeditus eſt vt id faceret. Verùm illud vtiq; neminem fugit hoc eſt, omnium apertiſſimum eſt, experiondi poteſtatem non habere eum, qui Prętoris copiam non habeat, quoniam
8 experiri de iure ſuo niſi apud Prætorem non poteſt. † In *l. ſolidum 85. D. de ſolut.* iampridem obſeruaui reſtituendum eſſe receptæ lectionis inuerſum ordinẽ, & ſic legendum, *Solidum non ſoluitur non minus die, quàm quãtitate.* Nam certè minus ſoluit, qui tardiùs ſoluit, & tẽpore ſicut quantitate minus ſoloitur. *l. vt ſi cui. 12. §. vlt. D. de verb. ſignific.* Ridicula verò eſſet ſententia & indigna omnino elegantia Calliſtrati, ſi quis diceret ſolidũ non ſolui, non minus quaotitate, quàm die, Quis enim de hoc dubitet? Sed poſtea comperi *Petrum Fabrum* ſingularis eruditionis & exiſtimationis virum, iuris ſcientia & clariſſimorum honorum gloria præfulgentem, locum hunc iam ante nos eadem omnino felicitate, & ratione emendaſſe. Quo nomine tantùm abeſt, vt obſeruati erroris, & elegantis emendationis laudem nobis peremptam eſſe doleamus, quin potios gloriemur, idem nobis hac in re, quod tanto viro iudicium extitiſſe, idque his noſtris ſcriptis publicè teſtatum facere voluimus, vt debuimus, ne in plagij crimen quod bene natis omnibus maximè fugiendum putamus, vltrò incidiſſe videremur.

CAPVT XIX.

Indicantur Triboniani additiones quibuſdam Digeſtorum locis.

SVMMARIA.

1 *Pleriſque iuris veteris locos à Triboniano interpolatos & immutatos eſſe.*
2 *Varia & elegantia de dotis profectitia exactione, in* l. ſi cùm dotem ſol. matrim.
3 *Indicatur Tribonianimus* in d. l. ſi cùm dotem. *à* §. ſi maritus *vſque ad* §. item pater furioſæ.
4 *Qua occaſione Tribonianus dictum locum interpolauerit?*
5 *Indicantur verba à Triboniano adiecta in* l. in tempus. §. 1. de hered. inſtit. *& in* l. 29. ff. ad S.C. Trebell *& huius legis ſententia enarratur.*

1 REctè † ac verè doctiſſimi plerique ætatis noſtræ Iuriſconſulti obſeruarunt multos iuris veteris locos à Tirboniano pro arbitrio interpolatos eſſe, & immutatos, quibuſdam verbis, atque interdum ſententiis integris vel additis, vel detractis, vel denique intermixtis. Quod quamquam permultis aut parum aut nihil curandum videtur, quorum imperitia & negligentia cæterorum eruditioni atque diligentiæ fortaſſis velit inuidere, ego tamen non ſolùm ad diligentiæ laudem, ſed etiam ad ipſam iuris in quo verſamur cognitionem aſſequendam valde referre arbitror, vt ſciamus quid quoque loco ab ipſis iuris authoribus ſcriptum ſit, quidve in eorum reſponſis à Triboniano immutatum. Atque huius quidem rei exemplum elegans, & vt mihi videtur, non obſcurum indicaui ſuperiore libro, in interpretatione *leg. actio. 47. D. de neg. geſt.* Sed addam hoc capite alia pleraque, nec obſcuriora, meo iudicio, nec obſeruatiooe indigniora, quæ à nemine adhuc animaduerſa fuiſſe non minus mirandum ſit, quam mihi qoòd ea primos obſeruauerim gratulandum. † In *l. ſi cum dotem 22. D. de ſolut. matrim.* manifeſtum eſt. Vlpianum cuius ea lex eſt, nihil aliud agere quàm vt tractet & doceat à principio vſq; ad §. *tranſgrediamur*, cui competat profectitiæ dotis reſtituendæ exactio, patrine, an filiæ iis caſibus quibus vtriuſq; voluntas, & concurrere non poteſt. Etſi enim dici ſolet communem eſſe patris, & filiæ dotis profectitiæ repetitionem, tamẽ id perpetuum non eſt. Quid enim ſi cum dotem daret pater, in vnum duntaxat caſum pepigerit ſibi reddi, pota in diuortium vel in mortem? Nemo dubitat quin in alium caſum in quẽ non pepigit, mulieris non patris ſit actio. Aut quid ſi poſt ſolutum matrimoniom, ac citra patris voluntatem maritus dotem, ſoluerit filiæfamilias, non perditæ ſed ex iuſtis cauſis, fortè vt liberis aut fratribus egẽtibus conſuleret, vt eos ab hoſtibus redimeret, iu cáſq; res dos cõſumpta ſit, quis dicat patri aut eius heredibus vllam dotis nomine actionem ſupereſſe? Quid item ſi pater filia abſente de dote egerit, omiſſa ſatiſdatione quæ interponi debuerat de rato, deinde filia patri heres extiterit, aut ab eo tantum io legato acceperit qoantum dotis nomine ſatis eſſet, an non æquiſſimum ſit cõpenſari ei in dotem quod à patre accepit, vt ſi aduerſus maritum agere velit doli mali exceptione repellatur? At ex contrario ſi patri propter condemnationem Romæ, vbi dos petatur, eſſe non liceat, cur non admittamus filię dotis nomine ſatisfieri oportere, ſi modo caueat rem patrem habiturum? Quid item ſi patris perſona tam turpis ſit, vt vereri debeat iudex ne acceptam dotem malè conſumat, atq; ideò filia latitet ne tali patri conſeotire cogatur, atque vt potius per abſentiam ei verecundè contradicere videatur? Quis eo caſu putet patri agere permittendũ citra filiæ voluntatem? Rurſus quid ſi coorſtante matrimonio filia furere cœperit, ac diuortij cauſa pater nuncium miſerit? At non ei cõcedeodum eſt, vt ſoluto per diuortium matrimonio ſibi filiæve ſuę dotem reddi inteodere poſſit? Quid contrà ſi pater ipſe furioſus exiſtat, nec curatoris ſit copia? (ſic. n. legendum eſt, non *culpa*) Cur non filiæ liceat agere, ita vt caueat de rato, quemadmodum ſi ab hoſtibus pater captus eſſet? Hi omnes caſus ſunt quos *dict. leg. ſi cum dotem.* Vlpianus ſigillatim & recto ordine proſequitur, breuibúſque ac elegantibus verbis & ſententiis quid iuris in ſingulis ſtatuendum ſit explicat & demonſtrat. Neq; aliud quicquam ab eo tota illa lege tradita arbitror vſq; ad *dict. §. tranſgrediamur*, niſi quod in §. *eo tempore*, apertiſſimè monuit eo tempore patri conſentire filiam oportere, quo lis conteſtatur: atq; adeò ſi quæ prius dixerat ſe conſentire ante litis cõteſtationem voluntatem mutauerit, aut emancipata ſit, fruſtrà patrem acturum, niſi
nouus filiæ conſenſus accedat. † Nam intermixtæ illæ 3
quæſtiones, An propter ſuperuenientem furorem alterutrius coniugum, aut ex eo quòd à marito vxor negligatur, vel dotem maritus diſſipet, dotis repetitiooi locus eſſe poſſit, & cætera huiuſmodi quæ tractantur *à §. ſi maritus, vſque ad §. item pater furioſa.* Ea inquam omnia tam apertè Tribonianum redolent, & ab Vlpiaoi

f elegantia

elegantia abhorrent, vt nihil mihi videatur dici poſſe apertius. Etenim præter id quod ex diſputationes à præcedentibus & ſequentibus omnibus prorſus alienæ ſunt,& diſcrepantes , ipſa quoque orationis ſtructura longis verborum inuſitatorum ambagibus nouíſque & parum elegantibus loquendi formulis referta & inuoluta ſe prodit ſatis. Neq; puto,de illo quiſquam dubitabit,qui eum textum cum Iuſtiniani Conſtitutionibus à Triboniano compoſitis conferre velit, & illud etiam animaduertere. Imperatoris nouum ius cõſtituentis,potius quàm Iuriſconſulti de iure reſpondẽtis videri verba illa, *licentia erit competi mentis perſona*,itémq; illa ſequentia *tunc licentiam habeat*,quæ imprudẽti Triboniano neq; ad id quod agebat ſatis attendenti excidiſſe vi-
4 dentur.† Sumpſit verò ille occaſionem hæc intermiſcendi ex eo quod in *d.§.item pater.* Vlpianus de patre filiæ furioſæ loquitur,quem nuntium mittere poſſe, & filiæ nomine diuortium facere breuiter , & quaſi extra rem docet:quoniam,vt diximus tota ea lege tractat de dote ſoluto matrimonio,repetẽda,ſolui verò matrimonium non poſſet niſi patri furioſæ filiæ nuntium mittere liceret,cum filia quæ propter furorem ſenſu carere intelligitur,mittere ipſa nó poſſit. Sed cogitare Tribonianus debebat,planè diuerſum eſſe tractatú, ſi quis quærat,cùm maritus,vel vxor conſtãte matrimonio furere cœperint,quid faciendum ſit, & an ea iuſta diuortij cauſa eſſe videatur. De quo tamen nec dubitandi cauſa vlla erat Vlpiani temporibus, quibus libera erãt diuortia,adeò vt furioſæ quoq; vxori maritus , & contrà furioſo marito vxor repudium mittere poſſet, vt idem Vlpian.ex Iuliano ſine diſtinctione ſcribit *in l.Iulianus 4.D.de diuort*. Quamquam ea Triboniani diſtinctio nó eſt ſine ratione, in eámque rem certum ac ſpeciale ius conſtitui non erat inutile , ſi accommodatiore loco id Tribonianus feciſſet. Sed & in præcedenti §. *nec non illud quoque*,valde ſuſpecta mihi ſunt verba illa . *ideoque officium iudicis interponendum eſt quatenus & filiæ & patri competenter conſuletur*,neq; poſſum mihi perſuadere ita locutum eſſe Vlpianum , ſed potius Tribonianum cui familiare eſt eas dictiones *quatenus & competenter* in Conſtitutionibus frequentiſſimè vſurpare , quis vix ac ne vix quidem eo ſenſu in Iurecóſultorum ſcriptis adeoq; priorum Imperatorum reſponſis reperias. Idémq; ferè mihi iudicium eſt de cæteris,quæ in eo §.ſequũtur, aut ſi quid eſt quod Vlpiani elegantiam ſapiat , id ego Triboniani additionibus,& diſtinctionibus ſic cóſpurcatum & immutatum eſſe arbitror,vt vix dignoſci poſ-
5 ſit.† In *l.in tempus.62.§.1.D.de hæred.inſt.* imperitè etiã adiecta eſt à Triboniano ea exceptio *niſi ex aliis apertiſſimis probationibus fuerit reuelata pro qua perſona teſtator ſenſerit*. Nam & verba ipſa Tribonianum ſapiunt,& ad regulam quam eo loco Modeſtinus tradit , quoties non apparet quis heres inſtitutus ſit , inſtitutione non valere,puta ſi teſtator complures habens eodem nomine amicos ad deſignationem vnius ſingulari nomine vtatur,non potuit exceptio illa adiici,niſi eodem ſenſu ac ſi ſcriptum eſſet, non valere inſtitutionem , quoties non apparet quis heres inſtitutus ſit, niſi appareat quis ſit inſtitutus:quod quam ineptum & ridiculum ſit,nemo non videt. Præſertim cùm in apertiſſima voluntate teſtatoris nullus dubitationi locus reliquus eſſe poſſit. Nec valde diſſimile eſt quod idem Tribonianus , vt arbitror,adiecit *ad l.ſi quis priore.29.D.ad S.C.Trebel.* iis verbis. *Et hoc ita intelligendum eſt ſi non aliquid ſpecialiter contrarium in ſecundo teſtamẽto fuerit ſcriptum.* Quod fiet manifeſtius ſi tota eius legis ſententia breuiter enarretur. Scribit Marcianus. Si quis priore facto teſtamento poſterius aliud fecerit,in eoq; ex certis duntaxat rebus heredes inſtituerit,ſuperius teſtamentum rumpi, & tolli,nempe quod inſtituti in certis rebus videantur ex toto eſſe inſtituti *l.coheredi. 41.§.vlt. D. de vulg. & pup.ſubſtit.l.1.§.ſi ex fundo.D.de hered.inſt.* Sed tamen ſi poſteriore teſtamento fideicommiſſi verbis teſtator expreſſerit velle ſe prius valere,teneri heredem ſcriptum ad hoc vt cõtentus rebus ſibi datis, aut ſuppleta quarta ex lege falcidia hereditatem reſtituat his qui priore teſtamento fuerant inſtituti. Quod Imperatorum Seueri & Antonini ad Cocceium Campanum reſcripto confirmatum eſt , cuius verba eo loco Marcianus refert, itémq; Iuſtinianus *in §.ſed & ſi quis. Inſtit.quib.mod.teſtam.infirment.* vbi cùm Imperator ſcribit iuſſiſſe ſe inſeri verba conſtitutionis;neq; tamen exceptionem illam adiiçiat,quæ in Marciani lege extat,facilè ex eo intelligitur,non eſſe verba illa , quæ tollimus , Imperatorum Seueri & Antonini ,'adeóq; malè & perperam adiecta eſſe, quoniam cùm ſecundo teſtamento inſerta ſunt fideicommiſſi verba , quibus vt valeret prius teſtamentum expreſſum eſt,fieri non poteſt vt aliquid ſpecialiter contrarium eodem teſtamento ſcriptum ſit. Niſi fortè ſtultum & ridiculum proponas teſtatorem qui ſibi non conſtet , ac cui proinde interdicenda potius teſtamenti factio , quam repugnantes, & ineptas voluntates dictandi poteſtas danda eſſe videatur.

CAPVT XX,

De ſententia,& emendatione l.item quod Sabinus.17.§ vlt. & l.ex facto D. de hered.inſtit.

SVMMARIA.

1 *Quam in partem veniat tertius ſine parte heres ſcriptus,ſi teſtator dupondium iam diſtribuerit ?*
2 *Eandem rationem in diuidendo iuris aſſe ſeruari debere qua diuidendorum inter coheredes plurium aſſium à teſtatore præſcripta eſt.*
3 *Obiectio contra interpretationem* d §.vlt. l.item quod Sabinus,*ab authore propoſitam.*
4 *Vera ſententia* l.ex facto.19.ff.de hered.inſtit. *contra Accurſium & alios Interpretes.*
5 *Tolluntur verba irreptitia ex* d.l.ex facto. *& Antonij Auguſtini ad eam emendatio reiicitur.*
6 *Qua ratione motus Pegaſius in* d. l.ex facto. *Sempronium ad vacantem portionem admiſerit?*
7 *Ratio cur reiecta ſit Pegaſi ſententia , & eius rationis explicatio.*
8 *Differentia inter ſpeciem* d.l. ex facto , *& caſum* l. item quod Sabinus.§.ſed ſi.verſic.aliter atque.

CErtiſſimi iuris eſt ,ſi teſtator primo aſſe expleto alium ſine parte heredem ſcripſerit , vocari eum, qui ſecundo loco ſcriptus eſt in ſecundum aſſem , ac duobus aſſibus iuris poteſtate ad vnum reuocatum fieri duos ſemiſſes,quorum vnum primus heres ferat, alterum ſecundus. Idque Vlpianus docet in *l. item quod Sabinus.17.§.ſed ſi ex aſſe expleto.D.de hered. inſtit.* nec
vllam res habet dubitationem.† Sed ſi teſtator dupon- 1
dium diſtribuerit, & tertium ſine parte heredem ſcripſerit,quæſtio difficilior eſt quam in partem venire debeat,vtrúmne in trientem , an in ſemiſſem , vt tantumdem habeat ſolus,quantum vteruis.an quantum vterq; eorum , qui ex duobus primis aſſibus ſunt inſtituti. Quamquam enim Vlpianus apertè ſcribit hunc , qui tertio loco ſcriptus eſt, non in alium aſſem venire , ſed in trientem,eámque fuiſſe probabilem Labeonis , Ariſtonis & Auli Caſcellij ſententiam,ſunt tamen eruditi quidam viri,nec inſubtiles quibus id falſum videatur, quique probabilius putent non in alium aſſem venire eum , ſed in treſſem , hoc eſt vt illi interpretantur , in ſummam trium aſſium coniunctorum,ita vt huius ſummæ dimidiam partem ſolus ille habeat, altera dimidia reliquis duobus attribuatur. In quam ſententiam ex eo

præcipuè mouentur, quòd quemadmodum aſſe completo
is qui ſine parte nominatus eſt in alterum aſſem voca-
tur, téque ad vnum aſſem reuocata ſemiſſem aufert, ita,
eodémque modo completo dupundio qui ſine parte
inſtitutus eſt re ad aſſem vnum reuocata ſemiſſem quo-
que debeat obtinere. Indéq; occaſionem ſumunt emẽ-
dandæ vulgaris lectionis, & pro *trientem* reponunt *ſeſ-
ſem*. Quod etſi doctiſſimis quibuſdã viris probari ſcio,
mihi tamen neq; verum, neque probabile vnquam vi-
2 ſum eſt.† Cùm enim pluribus aſſibus à teſtatore inter
heredes diſtributis tota hereditas iuris poteſtate in vnũ
aſſem reſoluitur, id ſemper ac diligenter obſeruãdum
eſt; vt quæ ratio diuidendorum inter coheredes pluriũ
aſſium à teſtatore præſcripta eſt, eadem in aſſe iuris (ſic
enim appellare placet) diuidendo ſeruetur. Alioqui fie-
ret contra teſtatoris voluntatem ſi iuris aſſem aliter di-
uideremus, quàm ſi de omnibus iis aſſibus, qui à teſta-
tore facti ſunt, diui..ẽdis ageretur. Inde verò fit, vt cum
primo aſſe expleto teſtator tranſit ad dupondium, &
Secundum ſine parte inſtituit heredem, duobus illis te-
ſtatoris aſſibus ad vnum iuris aſſem reuocatis, ſemiſſes
fiant, quia eadem ſit proportio ſemiſſis ad ſemiſſem;
quæ eſt aſſis ad aſſem: ac vtroq; caſu tantumdem habeat
Secundus heres, quantum Primus. Nam quemadmodum
qui in primo aſſe inſtituitur ſine parte ex toto aſſe inſti-
tutus intelligitur: ita poſteaquam placuit poſſe teſtato-
rem, in quot velit aſſes hereditatem ſuam diſtribuere,
qui expleto primo aſſe ſine parte heres ſcribitur in to-
to ſecundo aſſe ſcriptus videtur, vt eadem ratio ſit in
ſecundo aſſe, quæ in primo: atq; ideò ſicut vnicuiq; aſ-
ſem integrum teſtator dederat, ita ſingulis ſemiſſem
præſtamus, ne inæquales aſsis partes demus iis quibus
æquales hereditatis ſuæ portiones teſtator dedit. Et ve-
rò, quænam obſecro ei qui poſt completum primum
aſſem ſine parte ſcriptus eſt portio dari poſſet, niſi ſe
mis daretur? At ſi expleto dupondio Tertius ſine parte
inſtituatur, nulla ratio eſt, vt ei ſemiſsem demus, quem
teſtator nõ in duobus aſsibus ſed in vno duntaxat hoc
eſt in tertio heredem inſtituit. Alioqui eueniret vt con-
tra mentem ac ſententiam teſtatoris tantumdem habe-
ret ille ſolus, quantum Primus & Secundus ſimul, qui-
bus tamen dimidio plus teſtator dedit, nempe duos aſ-
ſes. Tertio verò non niſi vnum. Alia igitur ratio eſt eius
qui ſine parte in ſecundo aſse heres ſcribitur, alia eius
qui in tertio. Illi enim teſtator tantundem dat quantum
ei quem ex primo aſse ſcripſerat, huic vero tantundem
duntaxat quantum Primo aut Secundo, non quantum
duobus ſimul. Neq; enim ſicut in dupondio duplex as
ineſt, ita in tertio aſse duplex dupondium ineſse dici
poteſt. Et qui expleto dupondio heredem ſine parte
inſtituit, non tranſit ad quartum aſsem, ſed ad tertium
tantùm, quem expleri quoque neceſse eſt priuſquam
quarti ratio vlla habeatur. Sic fit vt qui ex verbis te-
ſtatoris tertium aſsem habiturus erat, ex eiuſdem vo-
luntate vnius aſsis ad quem tres illi reuocandi ſunt
trientem ſolum habeat, hoc eſt totius hereditatis
quam in tres quoq; partes ipſe teſtator diuiſerat, par-
3 tem tertiam.† Nec ad rem pertinet quod Vlpianus in
d.l. item quod Sabinus §.vltim. negat hunc qui exple-
to dupondio ſine parte ſcriptus eſt, vocari in alium
aſſem. Id enim non ita accipi debet vt non vocetur
in tertium aſſem, ſed ſic potius vt dupondio in quo
Primus & Secundus inſtituti fuerant ad vnum aſſem re-
uocato, & in ſemiſſes diuiſo, Tertius non admittatur in
alium aſſem, vt tantundem ſolus habeat quantum ex
duobus primis aſſibus inſtituti, ſed trientem duntaxat.
Quæ enim ratio & proportio eſt tertij aſſis ad tres aſ-
ſes, eadem proculdubio eſt trientis ad aſſem: ſcil. partis
4 tertiæ ad totam hereditatem. † At difficilior quæſtio
eſſe videtur, quam Vlpianus ſubnectit in *l. ex facto. 19.
D. eod. tit. de hered. inſt.* Si quis vacua parte relicta, puta
inſtituto Titio ex ſemiſſe, & Mæuio ex quadrante duo-
taxat, nullo iis coherede dato heredem ita inſtituerit;
Si mihi Seius heres non erit (quem non inſtituerat) *Sem-
pronius heres eſto*. An hic occupare poſſit vacantem por-
tionem, hoc eſt an Sempronius ad eum quadrantem in
quo nemo eſt inſtitutus admittendus videatur. Neque
enim dubito quin de Sempronio, non de Seio accipiẽ-
da quæſtio ſit, vt quæ ſequuntur apud Vlpianum expli-
cant, & probant. Sed tamen interpretib. noſtris poſt *Ac-
curſium* vulgo contra viſum eſt, adeò vt in propoſita
ſpecie ſi de Sempronio quæreretur, eum putent ad va-
cantem portionem admitti debere, quoniam inſtitutus
ſit ſub ea conditione, *Si mihi Seius heres non erit.* quæ
haud dubiè, videtur extitiſſe, cùm heres eſſe non poſsit
Seius qui non eſt inſtitutus.† Atq; hic error adeò com- 5
munis eſt & inueteratus, vt ex interpretum gloſsis in
textum irrepſerit, & pleriſque libris legi cœperit *an hic
Seius occupare poßit vacantem portionem*, ac ſi de Seio
Vlpianus quæſiſſet, qui certè non niſi de Sempronio
dubitauit. Et quod magis mirandum puto, impoſuit ea
res doctiſſimo, & magni nominis Iuriſconſulto *Anto-
nio Auguſtino*, qui cùm nullius dubitationis quæſtio-
nem eſſe videret ſi ſic conciperetur, An Seius heres
eſſe poſſet, qui nullo modo eſſet inſtitutus, putauit tol-
lenda negationem ex primis illis inſtitutionis verbis,
Si mihi Seius heres non erit, quòd ea ſublata probabilius
dubitari poſſit, an ex ea conditione delata Seio heredi-
tas, eiúſq; adeundæ poteſtas data eſſe intelligatur. Quaſi
verò tanti impetirus iuris fuerit Pegaſus, quem Vlpia-
nus refert exiſtimaſſe eum de quo quæritur ad vacan-
tem portionem admitti debere, vt crediderit ex ea con-
ditione, *Si mihi Seius heres erit*, induci Seij inſtitutionẽ.
Cùm tamen certiſſimum ſit non niſi ciuilibus, directis,
imperatiuis, & vt noſtri loquuntur, diſpoſitiuis verbis
inſtitui heredem poſſe. *leg. Gallus. 29. §. in omnibus. D. de
libe. & poſthum. l. ſi quis eum. 16. §. vlt. D. de vulg. & pup.
ſubſtit. l. ſi quis ſub conditione. 8. D. ſi quis omiſſ. cau. teſtam.*
Verum tamen eſt multò minorem, adeoque abſurdio-
rem fore dubitationem, ſi quis ab Vlpiano quæri pu-
tet ex iis verbis, *Si mihi Seius heres non erit*, Seius heres
ſcriptus videatur. Ac proinde multoque magis facias
deridiculum Pegaſum ſi putes ex eius ſententia admit-
tendum eſſe Seium ad vacantem portionem tanquam
inſtitutum. Vt vel ex eo maximè intelligi debeat, non
de Seio, ſed de Sempronio apud Vlpianum diſputari, ac
dubitationis plenam eſſe quæſtionem, de qua diuerſæ
& diſcrepãtes fuerint nobiliorum iuris authorum ſen-
tentiæ.† Nam quæ ratio ab interpretibus affertur vt 6
probent in ſpecie de qua quærimus, Sempronium ad-
mitti ad vacantem portionem, ea iam olim mouiſſe
Pegaſum videtur, neq; omnino improbabilis eſt, nem-
pe, quòd illa cõditio, *Si mihi Seius heres non erit*, extitiſſe,
cùm Seius non eſt inſtitutus, videaturq; eſſe ex eo ge-
nere conditionum, quæ neceſſariæ dicũtur, nec poſſunt
non exiſtere, cùm fieri nõ poſſit, vt heres ſit extraneus,
qui ſcriptus non eſt.† Sed Ariſtonem, Iauolenum, Pom- 7
ponium, Arrianum & Vlpianum, elegantior ratio mo-
uit, vt Pegaſi ſententiam probare non potuerint. Illa
nimirum quòd huic Sempronio ea pars data videatur,
quæ nulla eſt, ac ſi ſcriptum fuiſſet, *Ex qua parte Seium
heredem ſcripſi, ſi ille heres non erit, Sempronius heres eſto*,
quo caſu nemo dubitaret quin ſi nulla parte Seius he-
res ſcriptus eſſet, nec Sempronius quoq; inſtitutus vi-
deretur. *l. 2. D. de her. inſt.* Ea namque pars Sempronio
data eſt, quæ Seio data fuerat, proindéque nulla, cum
Seio nulla data eſſet. Caue tamen ne Vlpiani rationem
ſic explices, vt Sempronius ideò non admittatur, quòd
ſubſtitutus ſit in ea parte in qua nemo erat inſtitutus.
Neque enim ſubſtitutum eum, ſed inſtitutum fuiſse
Vlpianus ait, & ſi ſubſtitutus proponeretur, minus ele-
gans eſset quæſtio, minoriſq; difficultatis, cùm ſubſti-
tutus dici nemo poſſit niſi qui ſecundo gradu ſit inſti-
tutus, ac cui ſecundo loco hereditas deferatur: quod hic

in

ſu perſona Seij manifeſtè non cootingerat, ante quem nemo eſſet inſtitutus. At, quoniam inſtitutus non ſubſtitutus proponebatur, eò faciliùs ſuſtinenda ioſtitutio videbatur, neque ex eo ſolo infirmaoda quòd Seius heres ſcriptus non fuiſſet. Quod verò dici ſolet eam vulgaris ſubſtitutionis formulam eſſe, *Si mihi Seius heres non erit*, ita verum eſt, ſi Seius ſit inſtitutus. Alioqui certo certius eſt ei qui inſtitutus non ſit vulgariter ſubſtitui non poſſe. Quòd à doctiſſimis viris in huius loci
8 interpretatione obſeruatum non fuiſſe miror. † Caue etiam ne Semptonium hunc de quo quærimus, ſimilem eſſe dicas ei, qui aſſe iam expleto & diſtributo ex reliqua parte ſcriptus eſt, quem ex nulla parte heredem eſſe Vlpianus ait in *d. l. idem quod Sabinus. §. aliter atque*, ſi ita ſcripſiſſet. Etſi enim neutro caſu inſtitutio valet, diuerſa tamen huius & illius ratio eſt. Qui namque aſſe iam expleto ex reliqua parte ſcriptus eſt, ideo heres eſſe nequit, quòd reliquum nihil ſit vt Vlpianus eo loco ſcribit. At in propoſita quæſtione hereditatis partem à teſtatore vacuam relictam fuiſſe ponimus, in qua proculdubio vtiliter inſtitui Semptonius potuiſſet, niſi inſtitutionem ea ratio nullam faceret, quod ex teſtamenti verbis illa teſtatoris voluntas fuiſſe videatur, vt non aliam hereditatis partem Sempronius haberet, quàm quæ data eſſet Seio, cui tamen nulla data eſſe proponitur. Atque ita locum hunc ſatis alioquin obſcurum contra interpretum omoium opiniones explicandum arbitramus.

ANTONII FABRI IC. CONIECTVRARVM LIBER VI.

CAPVT I.

De legatis ex vetere & nouo iure elegantia quædam necdum ab interpretibus rectè explicata.

SVMMARIA.

1 *Duo tantùm præcipua legatorum genera olim fuiſſe, per vindicationem & per damnationem.*
2 *Quatuor præcipua differentia inter legata per vindicationem & legata per damnationem.*
3 *Cur res aliena per vindicationem legari non poſſit, per damnationem poſſit?*
4 *Legatario licere rem ſibi per vindicationem legatam propria authoritate & ſine heredis facto capere.*
5 *Legatum per vindicationem hereditate ex teſtamento non adita, non valere.*
6 *Eodem fundo per vindicationem pluribus legato, an à ſingulis legatariis partes duntaxat ſumantur, an verò ſingulis ſolidum debeatur?*
7 *Caij & Vlpiani in hac quæſtione conciliatio.*
8 *Differentia inter legatarios re tantùm, aut verbis tantùm, aut re & verbo coniunctos.*
9 *Re & verbo coniunctos legatarios ſiue per vindicationem, ſiue per damnationem concurſu tantùm partes facere.*
10 *Re eadem duobus ſeparatim per vindicationem legata ſingulos legatarios nonniſi partes viriles ſumere.*
11 *Quando in legato damnationis coniunctim relicto locus ſit iuri accreſcendi?*
12 *In quo differant verbis duntaxat coniuncti ab iis qui re tantùm coniuncti ſunt?*
13 *De legatariis re & verbo coniunctis accipiendam eſſe* l. duobus. 85. de leg. 1. & l. coniunctim. 80. de leg. 3.
14 *Differentia inter legatum damnationis, & legatum vindicationis pluribus ſeparatim relictum, quoad ius accreſcendi.*
15 *Vera ſententia* §. ſi coniunctim & ſeq. l. plauè. 34. de leg. 1.
16 *Perperam à nonnullis* d. §. *emendatum fuiſſe.*
17 *Sententia* l. ſi ex pluribus. 33. de leg. 1. *& Triboniani in ea veſtigium.*
18 *In quo ſublata ſit nouo iure vetus legatorum differentia.*
19 *Examinatur definitio legati à Triboniano tradita.*
20 *Indicatur veteris inter legata differentia veſtigium in* l. 80. de leg. 2. *& in* l. à Tirio 64. de furt.
21 *Cur iure nouo legatarius rei ſibi legatæ poſſeſſionem propria authoritate accipere non poſſit?*
22 *Interpolatum eſſe à Triboniano* §. qui verò ex cauſa. l. 1. ff. quod legat.
23 *An ſicut vetere, ita & nouo iure homine vel genere per vindicationem legato legatarij electio ſit, per damnationem verò heredis?*
24 *Multum olim interfuiſſe an tacitè, an expreſſè legata optio eſſet.*
25 *Explicatur* l. illud aut illud. 19. ff. de opt. legat.
26 *An iure vetere optionis legatum conditionale eſſet, nè ad heredem tranſmitteretur?*

VARIAS olim fuiſſe legatorum formulas ac differentias eaſque omnes Conſtantini & Iuſtiniani legibus ſublatas eſſe, vt hodie legatorum omnium, vna eadémque ſit vis & ſubſtantia, nemo eſt qui ex Vlpiani titulis, Pauli ſententiis, Caij & Triboniani Inſtitutionibus non didicerit. Sed & quæ & quales fuerint eæ differentiæ, quæve ab Imperatoribus natura legis omnibus tributa ſit, neſcio an rectè & diligenter ab vllo interprete hactenus explicatum ſit: ob eámque rem operæpretium viſum eſt ſi de illo à nobis diſputatio hoc capite inſtituatur. † Quanquam autem 1
quatuor legatorum genera fuiſſe traditum eſt, Vindicationis, Damnationis, Sinendi modo, & Præceptionis, mihi tamen attentius intuenti duo tantum probantur. Eorum ſcilicet quæ per vindicationem & per damnationem dicebantur. Cætera verò quæ ſinendi & præceptionis modo fiebant, priorum ſpecies fuiſſe arbitror & differentias, potius quam diſtincta genera & ſeparata. Conſtat enim vindicationis verbo concipi ſolitum fuiſſe præceptionis legatum, neque à legato vindicationis differentiam aliam habuiſſe, quàm quòd per vindicationem legari cuilibet poterat, per præceptionem verò non niſi vni ex heredibus. Formulam autem quæ in legatis per ſinendi modum vſurpabatur, eandem fuiſſe quæ in legatis per damnationem, niſi quod ſinendi verbum adiiceretur, cuius vis ea eſſet, vt legati modo eæ duntaxat res legari poſsent, quæ teſtatoris propriæ eſsent aut heredis, nempe quod non niſi fruſtrà & ineptè damnaretur heres ſinere vt alienam rem legatam legatarius haberet, quam ne haberet prohibere non potuiſset: Cùm tamen ſi ſinendi verbum adiectum non fuiſset, heres alienam rem dare damnatus eam redimere, aut ſi voluntate domini vel iuſto pretio id facere non poſset eius pretium, & æſtimationem præſtare cogeretur. Dicemus igitur tantùm de legatorum per vindicationem & per damnationem differentiis,

2 rentiis, quæ obſcuriores erunt, & difficiliores. † Eas verò quatuor præcipuas fuiſſe animaduerti, quarum prima illa erat quòd per vindicationem legari duntaxat poterant teſtatoris res, quæ in rerum natura eſſent. Per damnationem verò res omnes, atque adeò eæ quas nondum natura prodiſſet, ſi modò ſeparentur, puta *Quod ex illa ancilla natum erit, aut fructus, qui ex illo fundo naſcentur*.

Secunda, quòd per vindicationem legatæ res ſtatum & ipſo iure fiebant legatarij mortuo teſtatore, ita vt non expectato herede rem legatam propria authoritate vindicare & occupare ei liceret. Cùm tamen is cui per damnationem legatum erat per manus heredis legatum accipere cogeretur, neque legatario vlla in rem ipſam actio, ſed ex teſtamento tantùm in heredis perſonam competeret. Tertia, quòd eadem re pluribus per vindicationem legata diſtinguebatur, an coniunctim, an diſiunctim ſeu ſeparatim, hoc eſt an vna pluribúſve orationibus legata eſſet, vt poſteriore caſu ſolidum legatariis deberetur, altero verò concurſu partes fierent quemadmodum Vlpianus ſcribit. At ſi per damnationem eadem res plurib. legata eſſet. Si coniunctim quidem partes duntaxat viriles præſtarentur, ſi verò diſiunctim & ſeparatim concurſus nullus fieret, ſed heres vni rem alteri æſtimationem deberet. Quarta denique, quod ſi cui generaliter homo aut alia res per vindicationem legaretur, legatarij erat electio vtram petere & vindicare vellet. Si verò hominem aut genus aliud heres dare damnatus fuiſſet, optionem habebat vtram ex pluribus ſpeciebus præſtare mallet. Atque hæ omnes differentiæ, & ſi quæ aliæ fuerunt, licet ex verbis potiſſimum deſcendere videbantur, non tamen ex nudis verborum differentiis, ſed ex ipſa etiam teſtatoris voluntate proculdubio dimanabant, cùm vt plurimùm id quiſq;
3 demùm voluiſſe videatur, quod verbis expreſſerit. † Nã, vt primam repetamus, ex illis verbis quibus legatũ per vindicationem concipi ſolebat, *Do, lego, capito, ſumito, habeto, vindicato*, apparet ſanè teſtatoris ita legantis voluntatem eam eſſe vt poſt eius mortem legatarius confeſtim legati dominium & poſſeſſionem conſequatur, eoque nomine vindicationem habeat quæ nõ niſi domino ad auferendã poſſeſſionem datur, adeò vt in eam rem nullo heredis facto opus ſit, cum quo ſcilicet teſtator non eſt locutus. Atqui ratio iuris minimè patitur vt eius rei dominium à teſtatore in legatarium transferatur, cuius teſtator ipſe dominus non erat ne alioqui plus in alium iuris tranſtuliſſe eum dicamus, quam ipſe habuiſſet. Summa igitur ratione fiebat vt neque aliena res, neque ea, quæ nondum in rerum natura exiſteret hoc legati genere relinqui poſſet, quia nec in alienam rem, nec in eam, quæ non ſit, cadere poſſint ſolemnia illa vindicationis verba. *Hanc rem ex iure Quiritum meam eſſe aio*. Cùm verò per damnationem legatum eſt, nullum teſtator legatario ius tribuit in re aut ad rem ipſam quam legat, nec cum legatario loquitur, ſed tantùm obligat & damnat heredem ad quem verba dirigit vt ex teſtamento eam rem præſtet quæ legatur. Vnde fit vt tam aliena res, quam ea quæ nondum in rerum natura ſit, & aliæ id genus quarum dominium tam citò legatarius nanciſci non poteſt, quæque ideò per vindicationem legari non poſſent, hoc tamen legati genere vtiliter relinquantur, quoniam aliud eſt præſtari quid ab herede, aliud à legatario vindicari: hoc difficilius, illud facilius eſt. Et ſi quando contingit rem ipſam quæ legata eſt ab herede præſtari non poſſe, ad æſtimationis præſtationem quæ nunquam difficilis eſt, recurrimus, vt vice rei cedat. Hinc porro cæteræ etiam differentiæ fluxerunt, quas ſuprà retulimus. Fieret enim contra teſtatoris voluntatem ſi legatarium vindicationis per manus heredis legatum accipere cogeremus cui teſtator nulla facta mentione vindicandi facultatem iúſque conceſſit. Nec miremur quis dominium hoc caſu ſine traditione ac nuda quodammodo teſtatoris voluntate in legatarium transferri. Non enim nuda voluntas dici poteſt, quæ legis authoritate confirmatur. Eadem verò lex, quæ ſupremas defunctorum voluntates confirmat ac cuius poteſtas tanta eſt quantam eſſe publicè expedit, ſicut cætera omnia, ita dominium transferre ſola poteſt & inter ſex illos veteris iure Quiritium dominij acquirendi modos ab Vlpiano in Tit. enumeratur.
† Nec rurſus obiici poſſit, non eſſe permittendum le- 4
gatario propria authoritate legatum capere, ac ſibi ipſi condemnando ius dicere. Fruſtra namque heredis voluntatem, requirat legatarius, cui poteſtas à teſtatore facta eſt fierique potuit legatum ſine aliquo heredis facto occupandi: Ac tum demum in ciuile eſſe dicimus rem legatam ſine traditione, & voluntate heredis ad legatarium peruenire, cum ea teſtatoris voluntas fuit, vt ab herede præſtaretur, quemadmodum in legatis per
damnationem contingit. † Quod autem ex Caio dixi- 5
mus non eſſe expectandum heredem, vt quod per vindicationem legatum eſt legatario acquiratur, non ſic accipiendum eſt, quaſi huius generis legata valeant, quãuis poſteà ex teſtamento hereditas adita nõ ſit. (Certiſſimum.n.non valere, & irrito facto teſtamento irrita quoq; fieri omnia quæ in eo relicta ſunt.) Sed id ſignificare volumus. Si quando contingat ab herede ſcripto adiri hereditatem ex teſtamento, legati vindicationem quam antè legatarius fecerit perinde valere ac ſi poſt hereditatis aditionem facta eſſet: quia eam fuiſſe teſtatoris voluntatem ex legati verbis dignoſcimus. Eademque teſtatoris voluntas facit vt multum referat an pluribus eadem res per vindicationem an per damnatio-
nem relicta & coniunctim diſiunctimve legata ſit. † 6
Qui.n.per vindicationem diſiunctim legat, is vnicuiq; ex legatariis dominium rei legatæ in ſolidum tribuit, vt non malè Vlpianus ſcripſerit ſingulis legatariis ſolidum deberi, ſcilicet ex teſtamenti verbis, & iudicio teſtatoris. Sed quoniam fieri non poteſt vt eiuſdem rei dominium duobus in ſolidum acquiratur, duplex hoc legatum ita interpretamur, vt quibus ſingulis teſtator totum fundum dedit, iis iam inde ab initio ſemiſſes tãtum dediſſe videatur. Et quemadmodum cum expleto primo aſſe teſtator tranſit ad dupondium, vnumquemque ex heredibus in toto aſſe inſtituiſſe intelligitur, ita tamen vt iuris poteſtate duo aſſes ad vnum reuocentur, & ſinguli in ſemiſſes reſoluantur. *l. interdum. 13. §. paterfamilias. l. item quid Sabinus. 17. §. ſed ſi aſſe expleto. D. de her. inſt.* Sic eum, qui toto fundo iam vni legato eumdem alteri ſolidum legat, veluti fundi duplicis rationem habere dicimus, vt ſi rerum natura pateretur ſinguli legatarij ſolidum fundum perciperent ex eius voluntate, quæ tamen cum effectum ſortiri nequeat propter difficultatem, aut potiùs, ſi dicere liceat, impoſſibilitatem præſtationis, inde nimirum fit vt iuris poteſtate duo illa eiuſdem fundi legata ad vnum reuoluantur, & non iam ſingulos fundos ſingulis legatariis, ſed vnicuique dimidiam duntaxat datam interpretemur. Rationi namque apptimè conſentaneum eſt, vt defunctorum voluntates quæ ſine legis authoritate valere non poſſunt, in id ſcil. tempus collatæ quo rerum ſuarum dominus amplius nemo eſt, iuris poteſtate ac veluti temperamento ad eum modum redigantur, quo
effectum ſortiri poſſint. † Quod igitur Caius ſcribit ea- 7
dem re plurib. per vindicationem diſiunctim legata, partes duntaxat ſumi à legatariis, contrarium non eſt ei quod ex Vlpiano retulimus ſolidum ſingulis deberi. Longè ſiquidem differentia hæc ſunt, Deberi, & Sumi. Nam deberi ſingulis fundum integrum cum dicimus, ad teſtatoris iudicium & voluntatem reſpicimus. Sumi verò tantum partes adiicimus, vt eum effectum ſignifi-
cemus, quem ſortiri teſtatoris voluntas poteſt. † Ex quo 8
intelligere licet, quanta inter coniunctos legatarios differentia ſit, ſi aut re tantum, aut verbis duntaxat, aut

re

re & verbo coniuncti proponatur. Si.n. re tantum cõ-
iuncti ſint, ea locum habet quæ diximus, vt legatarij
qui ex teſtamento verbis ſingulis totum fundum ha-
berent, ſi fieri id poſſet partes duntaxat viriles ſumant
non ab ipſo teſtatore, ſed à iure neceſſitate confectas.
Quòd ſi non niſi verbis eos teſtator coniunxerit, ne-
ceſſe eſt iam inde ab initio partes iis teſtamento factas
eſſe, quoniam vt ingenioſiſſimè ante nos *Goueanus* ob-
ſeruauit, verbis tantùm coniungi non poſſunt niſi qui-
bus teſtator æquas partes adſcripſit hoc modo, *Titio &
Seio fundum pro æquis partibus do, lego. l. penul. D. de vſu-
fru. accreſc. l. re coniuncti.* 89. *de legat.* 3. Niſi fortè propo-
nas communi plurium ſeruo legatum eſſe, quod cùm
fit ſicut legatum dominis acquiritur, ita coniuncti do-
mini videntur non re, ſed verbo tãtùm, nec pro æquis,
ſed pro dominicis & in æquis portionibus, *l. & Procu-*
9 *lo.* 20. *de legat.* 2. † At ſi re & verbo coniuncti ſint lega-
tarij, ſiue per vindicationem ſiue per damnationem, di-
ci non poteſt partes eos ab initio habere quibus teſta-
tor totum legauit, ac quorum ſingulorum ratione te-
ſtatoris voluntas effectum ſortiri poteſt, quouſque alter
alteri concurrat: neque enim hoc caſu ſeparatim ſingu-
lis ſolidum fundum præſtari teſtator voluit, cui volun-
tati ipſa rerum natura, & conſequenter lex quoque re-
ſiſtit: ſed duobus ſimul eundem fundum legauit: in quo
nihil eſt abſurdi aut incommodi prius quàm legata-
rius quiſque fundum ſolidum vindicare, aut ex teſta-
mento petere velit. Quare nec ratio aut neceſſitas vlla
eſt propter quam ius interponere debeat, vt quibus te-
ſtator totum fundum dedit, iis partes duntaxat adiudi-
cet. Alioqui ne à teſtamenti verbis recederetur, dicen-
dum eſſet vi & poteſtate iuris in id reduci legatum, ac
ſi Titio & Seio fundi ſemis legatus eſſet, vnde fieret vt
ex iis quiſque dimidia parte minus perciperet quàm ei
legatum eſſet. Non enim poſſis dicere ita interpretan-
dum legatum ac ſi Titio & Seio fundi ſemiſſes legati
eſſent. Nam cùm teſtator in eo legato fundi mentio-
nem ſemel duntaxat fecerit, certè vel nullo modo vel
in vnum duntaxat ſemiſſem fundi legatum reſolui ne-
ceſſe eſt. Quid enim inter fundum & duos fundi ſemiſ-
ſes intereſſet? Neque ſanè vnquam reperias reſolui aſ-
ſem vnum in duos ſemiſſes, ſed ita demum duos ſemiſ-
ſes fieri ſi in duos aſſes teſtator hereditatem diſtribue-
rit: nec proinde fundum vnum ſemel legatum in duas
dimidias reduci, ſed tunc tantùm cùm duobus duplici
legato idem fundus datus eſt. Quo caſu non vt vulgo
creditur partes per concurſum fieri poſſunt, ſed iam
inde ab initio teſtatoris voluntatem lex adiuuat, & par-
tes facit, vt legatum valeat, quod alioqui propter lega-
tariorum concurſum, qui in ipſa datione fit non vale-
ret. Idque eſt quod Vlpianus docere voluit in *Titul. D.
de legatis.* multum intereſſe an coniunctim an diſiun-
ctim pluribus per vindicationem eadem res relicta ſit,
& vno caſu ſolidum cuique deberi, id eſt vt explicaui-
mus, ſingulis ab initio iuris poteſtate partes fieri: altero
verò partes fieri duntaxat per concurſum. Quam dif-
ferentiam non agnoſcunt neque explicant, qui vtroque
caſu partes concurſu fieri arbitrantur: neque animad-
uertunt in genere legatorum per damnationem idem
contingere, vt ſi quid pluribus coniunctim relictum ſit,
ſingulis legatariis pro parte virili duntaxat legatum
debeatur, quibus tamen ſingulis tota res hoc eſt vni res
ipſa alteri æſtimatio præſtanda eſſet ſi diſiunctim &
ſeparatim legatum fuiſſet. *l. duos.* 14. *D. de vſufruct. leg.*
10 † Nempe aliud eſt legatam eſſe rem duob. ſimul, aliud
verò legatam ſingulis ſeparatim. Etſi autem in legato
per vindicationem illud iuris eſt, vt ſiue coniunctim
ſiue diſiunctim legatum ſit, ius accreſcendi locum ha-
beat, quia neutro caſu partes teſtator fecit, quæ verò iu-
ris poteſtate factæ ſunt, eæ voluntatem teſtatoris ex
qua ius accreſcendi æſtimandum ac metiendum eſt nõ
impediunt. Attamen eius differentiæ quam Vlpianus
tradit effectus ille erit, vt legatarius quiſque partem
tantum rei legatæ vindicare poſſit ac ſi non niſi ſemis
legatus eſſet quibus eadem res tota ſeparatim legata
eſt. Cùm ſi coniunctim legatum eſſet ſolidam quiſque
rem vindicaret, nec niſi concurrente altero legatario
parte contentus eſſe cogeretur. Quod ſatis apertè Ca-
ius docet eum legatorum per vindicationem & per dã-
nationem ſimilitudinem illam eſſe dicit quòd eadem
re pluribus legata partes tantùm ſumunt legatarij. Ne-
mo autem dixerit quemque ex iis quibus eadem res per
damnationem coniunctim legata eſt, totam rem ex te-
ſtamento petere poſſe. Alioqui cùm prius agenti data
eſſet, alteri eiuſdem rei æſtimatio præſtari deberet, vt
fit re diſiunctim legata quod tamen ſecus eſt. † Verùm 11
etiam moueor vt putem in legato damnationis coniũ-
ctim relicto, non minus quàm in legato vindicationis
iuri accreſcendi locum eſſe ſi fortè vnus ex legatariis
legatum repudiauerit, aut ante diem eius cedentem de-
ceſſerit. Perpetuò enim verum eſt quod recentiores iu-
ris magiſtri tradiderunt toties inter legatarios iuri ac-
creſcendi locum eſſe, quoties ab initio qui primus egit
minus percepit aut agendo minus percepiſſet quàm ei
à teſtatore relictum eſſet. Illa verò cautio duntaxat di-
ligenter adhiberi debet, ne ipſo teſtatore liberaliores
ſimus, hoc eſt ne totum demus ei cui teſtator partem
tantum dedit, néve partem augeamus eius, qui ex teſta-
menti verbis & defuncti iudicio minorem conſequi
debeat. Quæ ratio facit vt inter eos qui verbis tantùm
coniuncti ſunt iuri accreſcendi locus eſſe nunquam
poſſit. Ita enim fieret contra voluntatem, quòd ex vo-
luntate proficiſcitur. & ineptus eſſet qui totum daret
ei, cui teſtator diſertis verbis nõ niſi partem dedit: cùm
vt ſuprà diximus verbis coniuncti dicantur non etiam
re, quibus teſtator eiuſdem rei partes æquas adſcripſit.
d. l. re coniuncti. † Atque in eo differunt qui verbis dun- 12
taxat ab iis qui re tantùm coniuncti ſunt, quòd quan-
quam omnes ab initio partes habent non expectato
concurſu, hi tamen eas habent quas iuris poteſtas fe-
cit: illi verò non à iure, ſed à teſtatore factas petunt:
vnde illa etiam manat differentia, quæ pertinet ad ius
accreſcendi. Ergo quod Vlpianus ſcribit in *l. planè.* 34.
§. ſi coniunctim. de legat. 1. ſi coniunctim legetur partes ab
initio fieri, nec ſolum eos partem facere in quorum
perſona legatum conſtitit, ſed eos quoque in quorum
perſona non conſtitit, putà ſi quis Titio, & ſeruo pro-
prio ſine libertate legauerit, de iis legatariis proculdu-
bio accipiendum eſt qui verbis tantum coniuncti ſunt,
quod diximus partes habere ab initio datas, ob eámque
cauſam nullo vnquam caſu inter eos accretioni locum
eſſe. Nec me mouet quod in cõtrariam, vt videtur, ſen-
tentiam, † Celſus ſcribit in *l. coniunctim.* 80. *de leg.* 3. 13
Coniunctim heredes inſtitui aut cõiunctim legari hoc
eſſe, totam hereditatem, & tota legata ſingulis data eſ-
ſe, partes autem concurſu fieri. Non enim de verbo tan-
tum coniunctis id accipiendum eſt, quibus ab initio
ſemper partes dantur, neque rurſus de iis quibus diſ-
iunctim eadem res legata eſt. Sunt enim hæc plane dif-
ferentia. Legari quid coniunctim, & legari diſiunctim.
§. ſi eadem res. Inſtit. de legat. At tametſi iis quibus diſ-
iunctim eadem res legatur, ſingulis tota res datur, diſ-
iunctim tamen non coniunctim datur, atque ideò non
concurſu, ſed ſtatim partes fiunt ne alioqui concurrere
neceſſe eſſet eos, quibus teſtator ne concurrerẽt diſiun-
ctim, & ſeparatim legauit. Supereſt igitur vt ad eos le-
gatarios ea Celſi ſententia referatur qui re & verbo
coniuncti ſint. De quibus etiam accipiendum eſt, quod
Paulus reſpõdit in *l. duobus.* 85. *de legat.* 1. fundo duobus
coniunctim legato, ſi alter ex iis partis æſtimationem
per actionem perſonalem abſtulerit, alterum ſi totum
fundum vindicare velit, exceptione doli pro parte di-
midia repelli. Id enim probat ratio, quæ ſequitur *quia
defunctus ſemel ad eos legatum peruenire voluit*, quæ ad

eos legararios accommodari non poteſt qnos teſtator
verbis diſiunxit,ac quibus eandem quidem rem ſed ta-
men duplici legato reliquit. Videbatur autem in ea ſpe-
cie totum fundum peti poſſe ab eo euius legatum cun-
curſu collegatarij,qui nullam fundi partem, ſed partis
æſtimationem abſtulerat,minui amplius nō poſſet. Sed
tamen cùm partem ipſam habere videatur is cui partis
æſtimatio præſtita eſt,ficret contra voluntatem, ſi tota
res daretur vni, quam duobus ſimul, & tantùm ſemel
per vindicationem teſtator dedit, ac præterea partis
æſtimatio alteri præſtaretur. Nam de legato vindica-
tionis non damnationis loqui eo loco Paulum apparet
14 ex iis verbis, *ſi fundum eorum vindicare velit.* † At neq;
eorum opinio placet qui Vlpian.in *d.§ ſi coniunctim.* de
legato per damnationem intelligunt: quia quod ad ius
adcreſcendi attinet,nulla inter ea legata differentia eſt
niſi cùm eadem res pluribus diſiūctim & ſeparatim fuit
legata: quo caſu vni rem,alteri pretium rei præſtādum
eſſe iam ſuprà ex Caio & Vlpiano diximus,ſi per dam-
nationem legatum ſit,partes verò ab initio iuris pote-
ſtate fieri,ſi per vindicationem, ideoque poſteriore hoc
15 caſu iuri accreſcendi locum eſſe,illo non eſſe.† Non eſt
etiam ſententiæ noſtræ contrarium, quod in *d § ſi con-
iunctim*, Vlpianus ex Iuliano ſubiicit, Si quis in pupil-
lari teſtamento alij eandem rem legauerit quàm mihi
in ſuo teſtamento dederat,concurſu partes non habere.
Quanquam enim de legatariis re tantùm coniunctis
Vlpianum loqui apertiſſimum eſt, in ea tamen ſpecie
verum eſſe non poteſt quod volumus partes ab initio
inter eos fieri,cùm vni purè, alteri ſub conditione pu-
pillaris ſubſtitutionis legatum eſſe proponatur, & ad
faciendas partes legatariorum cōcurſum expectari ne-
ceſſe eſt,qui ſi vtrumque legatum purum eſſet,expecta-
ri minimè poſſet. Quæ tota eius loci ſententia, & ele-
gantia eſt. Cui conſequens eſt quod apud Vlpianum
ſequitur, interim igitur hoc eſt pendente conditione
pupillaris ſubſtitutionis,& viuo pupillo partem habe-
re me,cui paterno teſtamento legatum eſt. Eam, inquam
partem de qua quæſtio eſt, id eſt, quæ exiſtente pupilla-
ris ſubſtitutionis conditione ad collegatarium eſſet
16 peruentura. † Nam de alia parte quia dubitaret? vt pro-
inde neceſſe non ſit textum emendari, quod à quibuſ-
dam factum video, qui pro eo quod Vlpianus ſcripſit
partem, legunt *totum*. Idem enim vtriuſq; lectionis ſen-
ſus eſt, quandiu non concurrit is cui in teſtamento pu-
pillari legatum eſt, eius partem habere me cui totum
legatum eſt. Quod tamen protrahendum non eſſe ad
eos quibus duplici legato eadem res purè legata fuit,
ipſa Vlpiani verba non obſcurè demonſtrant, ſicut &
Goueani ad eum locum interpretationem omnino re-
fellunt. Putat enim ille Iuriſconſulti ſententiam hanc
eſſe vt re coniuncti partes ab initio ſibi faciant, ſeque
mutuò impediant ne vnus fundum totum petere poſſit
quandiu alter petere poteſt, quod quanquam in re tan-
tùm coniunctis verè dicitur, tamē ab eius loci quæſtio-
ne & interpretatione omnino alienum eſt: cùm Vlpia-
nus ſcribat partem fieri etiam ab eo qui nunquam poſ-
ſit concurrere hoc eſt à ſeruo proprio, cui ſine liberta-
te legatum eſt. Atqui re & verbis coniuncti ſunt, mu-
tuò ſeſe non impediunt, quominus qui primus agit to-
tum legatum conſequatur quandiu alter non concur-
rit, licet concurrere poſſit. *d.l.coniunctim.* 80. *de leg.* 3. *l.*
17 *vnic.§ vbi autem.C.de cad.toll.* † Et quod ſcriptum eſt à
Paulo in *leg ſi ex pluribus.* 33. *de leg.* 1. Si pluribus eadem
ea coniunctio legata ſit, etiamſi alter vindicet, alter
ex teſtamento agat, non plus quàm partem habiturum
eum, qui ex teſtamento aget: de concurrentibus legata-
riis, & de ipſo concurſus effectu omnino accipiendum
eſt. Sanè quæ in eadem lege diſtinctio ſubiicitur in le-
gato pluribus diſiunctim relicto, an teſtator adimendi
animo Secundo legauerit, an verò vni rem, alteri æſti-
mationem præſtari manifeſtiſſimè voluerit, vt ſi ea non
apparcat voluntas, vtiles duntaxat portiones cuique
præſtentur. Mihi non placet, neque verò ex iuris vete-
ris ratione ita diſtinguere Paulus potuiſſet, ſed tantùm
vindicationis legatum ab eo quod per damnationem
relictum eſſet ſecernere, quemadmodum Vlpianus &
Caius ſupradictis locis diſtinguunt. Neq; dubitari opor-
tet locum illum, Triboniani arbitrio & iudicio immu-
tatum eſſe ex Iuſtiniani Conſtitutione in *d.l.vnic. § ſin
autem diſiunctim*, vbi eadem diſtinctio ex nouo iure cō-
tra veteris authoritatem proponitur, vt eo loco Iuſti-
nianus ipſe gloriatur: quod etiamſi non moneremus,
tamen Triboniani ſtylum agnoſcere difficile non eſſet.
† Apparet igitur ex ea Iuſtiniani lege ita ſublatas eſſe 18
hac parte legatorum differentias vt hodie ſiue per vin-
dicationis ſiue per damnationis verba legatum ſit, idem
iuris obſeruetur quod olim conſtitutum erat in lega-
tis per vindicationem: ac proinde diſtinctionem illam
Vlpiani quæ in vindicationis legato obtinebat, etiam
hodie ſupereſſe, an ſcilicet coniunctim an diſiunctim
legatum proponatur. Sed quod ad priores duas diffe-
rentias pertinet à nobis ſuprà explicatas data ex con-
tratio eſt legatis omnib. ea vis & natura quæ iure vete-
re fuerat legatorum tantùm Per damnationem. Etenim
res omnes tam alienæ, quàm quæ nondum in rerum
natura exiſtunt, ac quarum dominium tam citò in le-
gatarium transferri non poteſt quibuſcunque verbis
legari poſſunt, vt non voluntatem ex verbis, ſed verba
ex voluntate æſtimemus. *§. non ſolùm & §. ea quoque res.
Inſtitut. de legat.* Sic enim puto, tradere eo loco Tribo-
nianum ius illud quod hodie legatis omnibus commu-
ne eſt, non quod olim ſingulare & proprium erat ſin-
gulorum generum. Ac quemadmodum iure Digeſto-
rum legata, quæ per damnationem relicta eſſent per
manus heredis præſtari neceſſe erat, ita Iuſtiniano pla-
cuit idem in legatis per vindicationem conſtituendum
eſſe: † vt verè dici poſſit legatis omnibus conuenire dif- 19
finitionem illam quæ ponitur in princ. *tit. Inſt. de legatis.*
qua legatum diffinitur donatio quædam à defuncto re-
licta ab herede præſtanda. Nec iis aſſentior qui poſtre-
ma hæc verba reſpuunt, moti ex eo quòd non ſint ad-
dita *in l. legatum.* 36. *de legat.* 2. ex qua ille Inſtitutionum
locus deſumptus videtur. Nam quod Modeſtinus ad-
dere non potuit propter veteres illas quæ ſuis tempo-
ribus obtinebant legatorum differentias, id Tribonia-
num addere neceſſe fuit vt ex legati diffinitione quæ-
nam hodie legatorum omnium hac parte natura eſſet
intelligeretur. † Neque rurſus contrarium eſt, quod Pa- 20
pinianus ſcribit *in l. legatum* 80. *eod. tit.* legatum ita do-
minium rei legatæ legatarij facere, & hereditatem he-
redis res ſingulas. Idque eò pertinere vt ſi purè legatum
ſit, nec legatarius repudiauerit defuncti voluntatem,
recta via dominium quod hereditatis fuit ad legatariū
tranſeat quaſi nunquam factum heredis: quod & tradi-
tum eſt *in l. à Titio* 64. *in fi. D de fur.* Nam de vindica-
tionis tantùm legato quod magis propriè legatum di-
citur, locus ille intelligi debet. Aut ſi de omni genere
legatorum accipere malis, admittendum eſt, aliam ra-
tionem eſſe dominij, aliam poſſeſſionis. Certum enim
eſt non licuiſſe legatario rei legatæ cuius dominus eſ-
ſet poſſeſſionem propria authoritate occupare niſi cui
per vindicationem legatum fuiſſet. Eum verò cui per
damnationem legatum erat per manus heredis poſſeſ-
ſionem accipere debuiſſe contendo. Alioqui euentu-
rum fuiſſe vt in edictum Prætoris incideret quo propo-
ſitum eſt interdictum. Quod legatorum, adipiſcendæ
per heredem poſſeſſionis gratia, & reuocandæ à legata-
riis qui eam propria authoritate, non ex voluntate he-
redis occupaſſent. Non enim verum eſſe poteſt, quod
quibuſdam placet, eo tantùm caſu interdicto locum
eſſe, quo legata per legem falcidiam minui neceſſe ſit,
vt eam retinere poſſit heres, qui vindicare non poſſet.
† Nam & legatorum falcidiam vindicari non poſſe 21
dubito.

dubito *l. lineam. 26. D. ad leg. falcid. l. penult. C. eod.* & alia ratio edicti quærenda nō eſt quàm quæ ab Vlpiano traditur in *l. 1. illo tit.* Quod legat. oēpe quod æquiſſimum Prætori viſum ſit vnumquemq; non ſibi ipſi ius dicere occupatis legatis, ſed ab herede petere: quæ ratio non minus recta eſt ſi legi falcidiæ locus non ſit quàm ſi de ea retinēda diſcrepetur. Eámq; ob cauſam elegāter meo iudicio, Caius in Inſtitutionibus dicebat eū cui per vindicationē legatū eſſet, poſſe rē legatā ſtatim poſt mortē teſtatoris nō expectato herede ſibi præſumere: quod ſi fecerit non poſſe eum pro præſumpto legato calumniam ab herede ſuſtinere, hoc eſt vt ego interpretor, nō poſſe eum teneri interdicto. Quod legatorū: vt intelligamus in alio genere legati quod Per dānationem dicebatur, calumniæ heredis obnoxiū fuiſſe legatarium, ſi non expectato herede legatum occupaſſet. Nam certè per calumniam facere heres videtur qui rei legatę à legatario occupatæ poſſeſſionē ſibi reſtitui poſtulat, quā mox eidem legatario reſtituere teneatur, *l. dolo facit. D. de dol. mal. excep.* Quis verò calumniā eſſe diceret, ſi ea res ad falcidiæ quā heres iure publico habere debet retentionē neceſſaria eſſet? At etiam cùm heredis nihil intereſt, viſū eſt Prætori facilius ferendā eam calumniam, quā legatario permittendum vt propria authoritate legatum occupet quod ex teſtatoris voluntate ab herede præſtandū fuit: illud enim ad priuatā legatarij, hoc verò ad reipublicæ iniuriā pertinet, cui periculoſiſſimum futurum ſit ſi ſingulis cōcedatur ea facere quæ per magiſtratum publicè fieri oporteat. *l. non eſt ſingulis 176. de regul. iur.* Quæ tamen ratio in vindicationis legato heredi prodeſſe non poterat, cuius voluntatem fruſtrà legatarius expectaſſet, cui ſcilicet nulla heredis mentione facta legatæ rei vindicandæ, & occupandæ poteſtatem teſtator feciſſet, vt iam ſuprà explicauimus. Idq; apertius ex Edicti verbis intelligeretur, ſi extarent, quæ ab Vlpiano non fuiſſe prætermiſſa apparet cùm ex præcedentibus, & ſequentibus edictis quorum verba idem Vlpianus refert & explicat, tum ex §. *quod ait prætor, aut dolo deſiit poſſidere.* & ex §. *quod ait Prætor voluntate eius ad quem ea res pertinet.* & rurſus ex §. *quod ait Prætor niſi ſatiſdatum ſit. d. l. 1. ill. tit.* quibus locis quædam Edicti verba ac veluti fragmenta proponuntur. Sed à Triboniano Edicti contextum ſublatum eſſe veriſimile eſt, vt facilius ei eſſet quod in legatis per damnationem duntaxat aut etiā ſinendi modo Prætor conſtituerat ad cætera quoq; legatorum genera protrahere, & hac parte
22 ius idē in legatis omnibus conſtituere. † Quod apertius ab eo factum eſt in §. *qui verò ex ea præceptionis*, vbi cùm Vlpianus ſcripſiſſet, quātum ex aliis eius ſcriptis & certiſſima iuris veteris ratione coniectura aſſequi poſſumus. Illo interdicto non teneri eum qui ex cauſa præceptionis, & legati per vindicationem relicti rem legatam occupauit, Tribonianus contrà ſic emendauit. Eum qui ex cauſa præceptionis rem poſſidet vtique teneri eo interdicto. ſed pro ea ſcil. parte quam iure legati habet, non pro ea quam quaſi heres à ſemetipſo percipit. Idémq; dicendum eſſe etſi alio genere legati vni ex heredibus legatum ſit, vt hoc etiam caſu pro ea parte qua heres eſt ceſſet interdictum. Quaſi verò eā diſtinctionē ſcire multum intereſſet, de qua ne anus quidem dubitaret. Quid enim apertius quam re aliqua vni de heredib. legata, non contineri legato eam partem quam capit à ſeipſo, atq; ideò non poſſe pro ea parte interdicto locū eſſe? Planè Vlpiani temporibus interdicto Quod legatorum locum non fuiſſe aduerſus eum cui per præceptionem legatum eſſet manifeſtè probatur ex eo, quod idem Vlpianus pro Titulis ſcribit, & nos iam ſuprà retulimus in hoc legati genere, vindicationis verba vſurpata fuiſſe, ac proinde non alio iure legatum hoc quàm quod per vindicationem relictum erat cenſeri potuiſſe. Sed illud magis mirari quis poſſit cur aliud iuris conſtitutum ſit in mortis cauſa donationibus quàm in

legatis. De quo tamen in ſequenti capite dicemus. † Su- 23
pereſt vt ſubiiciamus de poſtrema legatorum differentia, quæ in eo elucebat, vt ſi cui homo aut genus aliud vel duæ res diſiunctim per vindicationē legarētur, legatarij electio eſſet, quam ex contrario heres habebat ſi per damnationem ab eo legatum fuiſſet, *l. legato. 37. l. ſi à ſubſtituto. 45. §. 1. l. planè. 34. §. pen. de leg. 1. l. ſi is cui. 19. l. Lucio. 23. l. ſi ita relictū 43. §. vltim. de leg. 2.* Et hāc differentiā hodie ſublatam non eſſe docti pleriq; viri exiſtimant, cum quibus & ego ſentio, non ea tantùm ratione quòd ex teſtatoris voluntate potiùs quàm ex verbis deſcēdat (idē enim de cæteris dici poſſe, nec adeò iuris authores verbis hæſiſſe vt volūtatis rationē ſemper præcipuam non habuerint apertiſſimū eſt) ſed quod apertioribus verbis non potuerit teſtator exprimere vtri electionē datā vellet, heredine an legatario, quàm cum vel legatarium vindicare iuſſit, vel heredē dare damnauit. Idque eſt quod Iuſtinianus ſcribit in §. *ſi generaliter. 22. Inſt. de leg.* Si generaliter ſeruus vel alia res legetur electionem eſſe legatarij, niſi aliud teſtator dixerit, hoc eſt niſi ab ipſo herede legatū dari teſtator iuſſerit. Plerunq; enim legata relinquūtur hoc verbo, lego, quomodo per vindicationē olim legabatur. At quid ſi teſtator ita legauerit, deinde ab herede legatū præſtari iuſſerit? vt hodie in teſtamentis ferè omnibus fieri ſolet. Mihi magis placet eo caſu electionem eſſe legatarij quòd primum vindicationis verbis legatum ſit, quamuis de præſtando ab herede legato poſteà cautum ſit. Quando iam eo iure vtimur, vt etiam quæ per vindicationem, relicta ſunt, ab herede præſtari debeant vt diximus. Deniq; in dubio id ſequendum eſſe nemo negauerit quod à Iuſtiniano traditum eſt in *d. §. generaliter.* Legato enim generis tacitè ineſſe videtur legatum optionis, vt eleganter Vlpianus ſcripſit in *tit. De legatis.* † Quanquam 24
multū intererat an tacitè an expreſsè legata optio eſſet. Hoc enim caſu conditionē habere legatum videbatur. Si legatarius viuus elegiſſet, eámq; ob cauſam defūcto ante electionem legatario, in eius heredem legatum non tranſmittebatur, ſicuti Iuſtinianus refert in §. *optionis, eo. tit.* Legatum, inquam optionis, ita vt legatarij heres optare poſſet. Sed rei legatæ petitionē vtram teſtatoris heres præſtare vellet, in heredem legatarij tranſmitti potuiſſe non arbitror dubitandum. Cùm enim teſtator optionem legauit hoc modo, *heres meus Stichum aut Pamphilum dato Titio vtrum ille elegerit.* duo ſunt legata, vnū quod purum eſt Stichi aut Pamphili, alterum conditionale optionis. Primi dies cedit ſtatim à morte teſtatoris, ſecūdi verò nō niſi conditione exiſtente, id eſt facta per legatariū optione. Igitur ſi legatarius poſt diē primi legati cedentē, id eſt defuncto teſtatore deceſſiſſet: priuſquā tamen legatæ optionis dies cederet, hoc eſt nulla electione facta, iuris veteris ratio faciebat vt legatū purum ad heredē legatarij tranſmitteretur, conditionale verò deficeret. † Idque eſt, meo iudicio, quod 25
Paulus reſpondit in *l. illud aut illud. 19. D. de optione legat.* ſi legatū ita relictum ſit. *Illud aut illud vtrū legatarius elegerit*, nullo à legatario electo, & eo decedēte poſt diem legati cedentem ad heredē legatum trāſmitti. Neque enim tranſmitti ait legatū optionis, cuius dies cùm conditionale ſit ante factā electionem cedere non potuiſſet, ſed legatū illud quod erat purum, ac cuius dies viuo legatario ceſſerat, hoc eſt legatum earum rerum quæ diſiunctim legatæ fuerunt. Quod ſi *Accurſius* aut qui *Accurſium* ſecuti ſunt ad noſtram vſq; ætatem interpretes intellexiſſent, non ſcripſiſſent corruptum eſſe eum locum, & detractam negationē à Triboniano propter Iuſtiniani Conſtitutionem, qua factum eſt, quemadmodum ille refert in *d. §. optionis*, vt eligendi poteſtas legatario data ad eius heredē tranſmittatur. Nihil enim eſt quod hac parte Triboniano imputari poſſit, aut Paulo obiici qui certè non de optione ipſa ſed de legato cuius optionem teſtator legatario dederat reſpondit.

Niſi fortè quis malit ea verba *ad heredem tranſmitti*, de
teſtatoris non de legatarij herede intelligere : ac ſi ſcri-
ptum eſſet, electionē quā legatarius prius quàm optaret
mortuus amiſit, transferri ad heredē teſtatoris vt quam
rem volet ex pluribus quæ disiunctim legatæ ſunt here-
di legatarij præſtet. Quod etſi verum eſt, & ad rem ſatis
accommodatum, mihi tamen duriuſculum videtur, &
prior noſtra interpretatio magis placet. Nā ſi de ipſius
optionis legato Paulus tractaret, verū eſſe non poſſet,
quod lex ait legatariū poſt diem legati cedentem, nec-
26 dum tamen electione facta deceſſiſſe.† Tametſi vt libe-
rè dicā quod ſentio, valde mihi ſuſpectū eſt quòd Iuſti-
nianus refert ius vetus ita fuiſſe cōparatum vt optionis
legatū conditionale eſſet, nec ad heredē trāſmitteretur,
Primùm quia in Digeſtis & Codice nulla eius rei argu-
menta aut veſtigia extant. Deinde quoniam à ratione
prorſus alienum id videtur vt deterior conditio ſit le-
gatarij cui expreſſis & diſertis verbis optionem teſtator
legauit, quàm cui tacitè ea data eſt. Quæ.n. tollendæ
dubitationis cauſa, & legatarij fauore addita ſunt, ei
nocere & heredi prodeſſe æquum non eſt *l. in ratione.
30. §. tametſi D. ad l. Falc.* Poſtremò idem Iuſtinianus in
prin. *l. vlt. C. com. de leg.* refert dubitatum fuiſſe apud ve-
teres an ſi vni legatario optio ſerui vel alterius rei re-
licta eſſet, & is ante factam electionem moriens plures
heredes reliquiſſet qui poſteà in eligendo diſſentirent,
quid iuris conſtitui deberet. Cui quæſtioni non video
quomodo locus eſſe potuerit ſi ponas optionis lega-
tum iure Digeſt. conditionale fuiſſe & ad legatarij he-
redes tranſmitti non potuiſſe. Ex iis porrò quæ dixi-
mus, vt tandem concludamus, manifeſtum eſt ad quæ-
ſtionem illam, Quænam hodie legatorum omnium na-
tura & conditio ſit, abſolutè & indiſtinctè reſponderi
non poſſe: ſed eas diſtinctiones probandas eſſe, quas re-
tulimus & explicauimus.

Capvt II.

Ad § ſi quis ex mortis. l. 1. D. quod legator.

SVMMARIA.

1 *An interdictum quod legatorum Falcidia duntaxat retinendæ gratia detur?*

2 *Differentia inter legatum & mortis cauſa donationem quod ad recuperandæ poſſeſſionis interdictum.*

3 *Quando donatarius dicto interdicto teneatur?*

SCribit Vlpianus in *l. 1. § ſi quis ex mortis. D. quod le-
gator.* Eum qui ex mortis cauſa donatione poſſideat
non teneri interdicto. Quod legatorū, cum portio legis
falcidiæ ipſo iure apud heredē remaneat, tametſi rerum
1 poſſeſſio in donatariū corporaliter trāſlata ſit.† An igi-
tur legata, pro quibus interdictū illud cōpetere certum
eſt, per legē falcidiam non imminui dicemus? Imò verò
ipſo iure, hoc eſt ſola iuris & legis poteſtate minuūtur.
l. 1. l. in quantitate. 74. §. vlt. D. ad l. falcid. Neq; enim lex
Falcidia liberam teſtandi & legandi facultatem quam
leges Furia & Voconia ſuſtuliſſe videbātur ciui Roma-
no reſtituit niſi hactenus, vt hereditatis quadrātē inte-
grum & illibatū heres haberet. An potius credendū eſt
falcidiæ duntaxat retinendæ gratia interdictum dari? Ita
ſanè plærıq; docti viri putant: quorū ſententia nūquam
probata eſt. Alioquin admittēdum eſſet nec legatorum
nomine interdicto locum eſſe poſſe: quorum ſcilicet
falcidia vt diximus, ipſo iure penes heredem remaneat
quēadmodum & donationū cauſa mortis. Et cùm pro-
poſiti interdicti rationem Vlpianus reddit, non illam
affert quòd falcidiam habere heres debeat, ſed quòd rē
legatam ex heredis voluntate accipere legatariū æquius
ac ciuilius ſit, vt proinde dubitari minimè oporteat
quin ſiue legi falcidiæ locus ſit, ſiue non ſit, interdicto
teneatur legatarius qui propria authoritate legatum
accipit.† Sic ergo Vlpianum explicandum arbitror, vt 2
in eo diſſimilis ſit conditio legati, & donationis cauſa
mortis, de qua ille tractat, hoc eſt quæ per traditionem
perfecta eſt, quòd legati poſſeſſio cuius ſolius eo inter-
dicto ratio habetur (eſt enim recuperandæ poſſeſſionis,
vt lex ait) neq; per teſtatorem neq; per heredem legata-
rium tranſlata dici poſſit: indèq; fiat vt à legatario ſine
heredis voluntate occupari eam inciuile duriúnque vi-
deatur. At donatio cauſa mortis ita demùm rei donatæ
corpus in donatarium transferat ſi rem ipſam donator
tradiderit: quòd cùm factum eſt, illa reuocandæ à dona-
tario poſſeſſionis ratio locum habere nequit quòd pro-
pria authoritate rem donatam occupauerit, aut quòd
per heredis manus eam accipere debuerit, quam ſcilicet
per ipſius donatoris manus iam acceperit. Et igitur he-
redi ad calumniandum ratio ſola ſupereſt vt dicam re-
ſtituendam ſibi rei donatæ poſſeſſionem, lex falcidia
locum habeat. Verùm neque hoc poſſit dicere cùm etiā
in mortis cauſa donationibus legis falcidiæ poteſtas &
authoritas Seueri Cōſtitutione inducta ſit *l. 2. C. de don.
cauſ. mort. l. ſi mortis. 5. C. ad leg. Falcid.* † Ex quo inferri 3
poſſe arbitror ſi cui per ſtipulationē duntaxat citra tra-
ditionē mortis cauſa donatum ſit, iſque poſt donatoris
mortem ſine heredis volūtate rem donatā occupauerit,
teneri eum interdicto, exēplo legatarij, cuius hac parte
recta cōparatio videri poſſit, ne ſcil. ſibi in cauſa pro-
pria ius dixiſſe videatur. Quemadmodum & Vlpiani
temporibus non diſſimilis ratio videri poterat dona-
tionum cauſa mortis traditione perfectarum, & legato-
rum quæ per vindicationem, aut per præceptionem da-
ta eſſent, quòd ſicut ex donatoris voluntate donatarius
rem haberet, ita ex teſtatoris iudicio huiuſmodi legata
ſine vllo heredis facto occupare legatariis liceret. De
quo ſuperiori capite fuſiùs ſcriptum.

Capvt III.

Deprauatiſſimum eſſe textum §. tametſi l. in ratione. 30. D. ad leg. falcid. & quomodo emendandus ſit.

SVMMARIA.

1 *Differentia præcipua inter quartam Falcidiam & quartam Trebellianicam eiuſque ratio.*

2 *Cur in quartam Falcidiam non imputentur quæ implendæ conditionis cauſa heredi dantur, in Trebellianicam verò imputentur?*

3 *Legata per legem Falcidiam ipſo iure minui, fideicommiſſum vniuerſale per S.C. non item.*

4 *Noua ratio & coniectura ad* l. pen. ff. de donat. int. vir & vxor.

5 *Quid Trebelliano & Pegaſiano S. C. cautum & introductum fuerit?*

6 *An eadem ratione quarta ex fideicommiſſis vniuerſalibus per S.C. Pegaſianum, quæ ex legatis, per legem Falcidiam, retineatur, & quomodo accipiendus ſit* §. ſed quia heredes. Inſt. de fideicom. hereditatib.

7 *Reſpondetur ad* §. tametſi. l. in ratione. ff. ad leg. Falcid.

8 *De qua quarta agatur in* d. §. tametſi. *& an quartæ Falcidiæ nomen ad quartam Trebellianicam quoque pertineat?*

9 *Quædam eſſe in* verſiculo quemadmodum. d. §. tametſi, *quæ conſtructionem non recipiunt.*

10 *Reſtituitur & emendatur* d. §. tametſi, *antea corruptiſſimus & emendatus ſenſus proponitur.*

11 *Singularia fideicommiſſa quoad quartæ Falcidiæ retentionem legatis exæquata eſſe, vniuerſalia non item.*

12 *In quartam, ſiue ex legatis ſiue ex fideicommiſſis ſingularibus*

laribus deducenda ſit, ea demum imputari quæ hereditario iure capiuntur.

13 *Exceptio à ſuperiore regula.*

14 *Explicatur* l. acceptis. 93. ad leg. Falcid. *& ex ea probatur in Trebellianicam imputari ea quæ mortis cauſa capiuntur.*

15 *Caſus, quo ea quæ extra hereditatem à legatario vel fideicommiſſario ſingulari percipiuntur, in quartam Falcidiam imputantur.*

1 VErum † eſt quod vulgo ab Interpretibus iactatur, eam quartam hereditatis quam per legem falcidiá heres habere debet, cùm in aliis pleriſq; multú differre ab ea quæ ex fideicómiſſaria hereditate reſtituẽda Senatuſcóſulti authoritate retinetur, tú in eo præcipue quod in illam non imputátur quæ implendæ códitionis cauſa heredi dantur, in hac verò imputantur. *l. ad veterã. 40. l. id autem. 76. l. in quartam. 91. D. ad leg. falcid.* Differẽtiæ autem ratio illa eſſe videtur, quòd in falcidiá ea tantùm imputari poſſint quæ iure hereditario capiũtur. In quorum numero non ſunt, quæ conditionis implendæ cauſa heres accepit, cùm mortis cauſa potius, quàm teſtatoris iudicio & teſtamenti iure percipi videantur. *d. l. id autem l. ſi quis ſub conditione. 8. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſta. l. Mauius. 55. D. de cond. & demonſtrat.* In Trebellianicam verò imputantur non ea tantùm quæ iure hereditario heres habet, ſed cætera quoq; omnia quæ legati fideicómiſſi, præceptionis, deductionis, retentionis, atq; adeò mortis cauſa ad eum peruenerunt quemadmodú apertiſſimis verbis Marcianus tradit *in d. l. in quartam.* licet aliam eius loci interpretationem planéque contrariam magis ſubtiliter quàm verè *Iacobus Cuiacius* obſeruationum libris propoſuerit, quam nos ſequẽti capite refellemus.

2 † Quòd ſi quis huius quoque diſſimilitudinis rationẽ pergat quærere, hanc ego afferri poſſe arbitror, quòd ex legis falcidiæ verbis quæ extãt *in l. 1. D. ad leg. falcid.* ſatis appareat, liberã illam legandi facultatẽ, quæ ciui Romano lege duodecim tabularum conceſſa primùm, deinde legibus Furia & Voconia ſublata aut certè imminuta fuerat, non aliter lege falcidia reſtitutam eſſe quam hactenus vt de ſolo dodrante teſtator legeret, quadrãtem verò nullis legatis diminutum heredi relinquat. Vnde fieri neceſſe eſt vt ſi quid heredi ipſi vel à coherede legatum, vel fideicommiſſo relictũ ſit, vel alio quàm hereditatis iure ab eo acceptũ, id in quartam falcidiæ imputari nequeat, quæ ſcil. iam ei confecta fuit ipſo iure & ſola legis poteſtate prius quam teſtator vel ipſi heredi vel alij vlli legatũ quámve aliã re relinqueret. Neq; ſanè fieri poteſt vt ex legatis, aut fideicómiſſis, aliiſq; huiuſmodi rebus quadrãs heredi conficiatur quẽ lex falcidia iam inde ab eo tẽpore quo inſtitutio facta eſt ſeparat à dodrante, non aliam ob cauſam quàm vt ne legatis diminuatur, & ne quæſtioni poſteà locus eſſe poſſit, ex quibus rebus reduci, ac confici eum oporteat. At Senatuſconſulti Pegaſiani non eadem quæ legis falcidiæ verba fuerunt. Etenim ſi Iuſtiniano credimus, cuius tantùm teſtimonio hac de re vti poſſumus, ſcribit ille *in titul. De fideicommiſſ. heredit. §. ſed quia heredes,* eo Senatuſconſulto duntaxat factum & cóſtitutum fuiſſe, vt ei qui rogatus eſſet hereditatẽ reſtituere perinde liceret quartam partem retinere atq; per legem falcidiá ex legatis retinere conceditur. Ergo retinendi tantùm quadrantis ex hereditate reſtituenda poteſtatem heredi Senatus fecit, teſtatori verò fideicómittendæ totius hereditatis facultatem non eripuit. Hæc autem iudicio meo longè differentia ſunt an quis dicat Rogatum heredem de vniuerſa hereditate reſtituẽda quartã deducere aut retinere poſſe, quod verũ eſt, an quis neget heredẽ de tota hereditate reſtituenda rogari poſſe, quod falſiſſimum eſt. Alioqui dicendú eſſet etiam poſt Senatuſconſultũ Pegaſianum, & ante Iuſtiniani tempora nunquam ex eo Senatuſconſulto reſtitutionẽ fieri potuiſſe: ſed tantũ ex Trebelliano, quemadmodũ contingebat ſi non plus, quàm dodrantem hereditatis reſtituere heres rogatus eſſet, vt idem Iuſtinianus *in §. ergo ſi quidam, eod. tit.* ſcribit. Multum igitur intererat an de totius hereditatis, an de dodrantis duntaxat reſtitutione heredem teſtator rogaſſet, ſicut & valdè referebat an ex Trebelliano an ex Pegaſiano Senatuſconſulto hereditas reſtitueretur, propter actionum tranſlationem, & ſtipulationem partis & pro parte, aut emptæ & venditæ hereditatis interpoſitionem. Cùm tamen nihil vnquam interfuerit an de tota hereditate, an de dodrante tantũ teſtator legauerit, quoniam licet totius hereditatis & patrimonij æſtimatio legatis exhauſta ſit, tamen de ſolo dodrante legatum intelligitur, de quadrante verò nihil, quia nec de eo quicquam legari poſſet, lege ſcilicet reſiſtente ac repugnante. 3 † Propter quam cauſam dicimus legata per legem falcidiam ipſo iure minui *l. lineam. 26. l. in quantitate. 73. §. vlt. l. quoties. 67. D. ad leg. falcid. l. in imponenda. 9 C. eo.* & ſi per errorem facti integra ſoluta ſint, quartæ repetitionem eſſe. *l. error 9. l. pen. C. eo.* id eſt vindicationem *d. l. lineam.* Atqui fideicómiſſum vniuerſale hereditatis per Senatuſconſultum ipſo iure minui & ſoluto eo per errorem ſine quadrantis deductione vindicationi aut repetitioni quartæ locum eſſe nuſquã ſcriptum reperias. Imò verò fideicómiſſarium poſſe totam hereditatem petere, nec niſi per doli exceptionem quartam ab herede retineri, atq; adeò ſi per errorẽ totum fideicommiſſum reſtitutum ſit non ſolius quartæ ſed vniuerſæ hereditatis repetitioni locum eſſe Pomponius ſcribit, *in l. heres. 21. D. ad S. C. Trebell.* quod in Falcidia legatorum omnino diuerſum eſt, quæ non aliam ob cauſam dicitur capi iure teſtamenti, *l. qui duos 41. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* hoc eſt iure hereditario. *l. pater. 14. D. ad leg. Falcid.* quàm quòd heredi ea teſtamẽto relinquenda ſit priuſquàm à teſtatore quicquã legetur vt proinde ad eius retentionem doli exceptio neceſſaria non ſit, quemadmodum libri quarti capite ſexto explicauimus. 4 † Hinc illud etiam fortaſſe deſcẽdit quod Vlpianus ex Celſo ſcribit, *in l. 5. §. penult. D. de donat. int. vir. & vxor.* ſi maritus rogatus ſit præcepta certa quãtitate vxori ſuæ hereditatẽ reſtituere, & is ſine deductione reſtituerit, magis videri functum eum pleniore officio præſtandæ fidei, quàm donationem in vxorem contuliſſe, quia donare quis nequeat eam rem quam nondũ acquiſiuerit, licet in eo ſit vt ſi velit, poſſit acquirere, *§. ſi maritus. 13. ea. leg.* Quarta autem quæ ex fideicómiſſo hereditatis reſtituendæ retinetur, dici non poteſt heredi acquiſita priuſquam retineatur, quam ſcil. Senatuſconſultum non dat, ſed eius tantùm retinendæ poteſtatem heredi facit. At ſi maritus heres inſtitutus legatis in vxorem collatis ſupra dodrantem grauatus ſit, eáq; integra ſoluerit, vereor ne dici poſſit non tantùm plenius obſequium teſtatoris iudicio præſtitum, ſed etiam vxori donationem factam videri, cum marito heredi inſtituto non quadrantis deducendi poteſtas, ſed quadrans ipſe iam per legem deductus & confectus eſſet acquiſitus. *argum. l. cuius per errorem, de regul. iur. & l. ſi patronus. 20. §. de illo. D. de donat.* qui tamẽ locus niſi me fallo, Tribonianum potius quàm Marcellum redolet, ac fortaſſis immutatus eſt propter *l. vlt. C. ad leg. falcid.* Verùm vt vt ſit, non alia ratione pertinet quæſtio illius *§. ad tit. de donationibus,* quàm quod donare videatur is qui quod per legem falcidiam retinere poterat, non retinuit. Deniq; non potuit ſaluo Senatuſcóſulto Trebelliano fieri vt per Pegaſianum legis falcidiæ poteſtas ad fideicommiſſa vniuerſalia produceretur. 5 † Nam Trebelliano non prohibebatur teſtator heredem rogare vt vniuerſam hereditatem reſtitueret, quòd potius in id tantùm factum eſſet vt hoc caſu actiones omnes hereditariæ in fideicommiſſarium transferrentur. Pegaſianum verò Trebelliani vim non ſuſtulit, ſed tantùm addidit ea quę Trebelliano deeſſe videbantur. Non igitur Senatus

ſanxit ne teſtatori ſupra dodrantem fideicommittere liceret, ſed ſi ſupra dodrantem hereditatis reſtituendæ fideicommiſſum eſſet, quadrantis retentionem heredi
6 permiſit.† Ex quo intelligi poteſt quomodo accipiendũ ſit quod Iuſtinianus ſupradicto loco ſcribit Pegaſiano cautũ eſſe vt heredi rogato hereditatẽ reſtituere perinde liceret quartam partẽ retinere, atq; per legem falcidiam ex legatis retinere conceditur. Neque enim illud dicere Iuſtinianus voluit, nullã inter legatorũ & fideicommiſſorum falcidias differentiam eſſe, ſed tam ex fideicommiſſis vniuerſalibus de quibus eo loco tractat quàm ex legatis quadrantẽ retineri, quamuis nõ eadem omnino ratione retineatur. Lex namq; falcidia ad heredum fauorem reſpexit qui cùm iuris ſucceſſores ſint, procul dubio legatariis longè ſunt fauorabiliores. Senatuſconſultum verò Pegaſianum non heredibus conſultum voluit, quibus iam Trebelliano ſatis conſultum videbatur, ſed fideicommiſſariis qui repudiantibus heredibus ad quos nullum ex hereditate lucrum perueniret fideicommiſſorum iacturam faciebant, quorum tamen cauſa fauorabilior quàm heredum eſſe deberet, vel eo maximè nomine quòd totius hereditatis ius fructúſque in eos transferatur, ideoq; effectu ipſo heredes ſint, nec niſi nudum heredis nomen penes heredem remaneat. Cùm verò non aliam ob cauſam vt diximus, Senatuſconſultum Pegaſianum factum ſit quàm vt aliquo præmio heredes ad adeundam hereditatem inuitarentur, dici non poteſt cur in eum quadrantem quem heres retinet ea tantùm imputari debeant, quæ ab eo iure hereditario capiuntur, qui ſi minore aut nullo lucro quáve alia ratione ad aditionem inuitari potuiſſet, nulla certè quadrantis retinendi poteſtas ei facta fuiſſet. Etſi enim nõ magis bonorum quàm hereditatis quartam partem habere heres debet, non tamen rectè ex eo inferas in eam imputanda eſſe quæ hereditario tantùm iure apud heredẽ manent, cùm non quicquid capitur ex hereditate, aut propter hereditatem idem cõfeſtim dici poſſit capi iure hereditario niſi prætereà ex teſtatoris iudicio ac voluntate, & heredis iure capiatur. Nam & legatum delibari dicitur ex hereditate, & propter hereditatem capiuntur: quæ conditionis implendæ cauſa heres à legatariis aut fideicommiſſariis accipit, neq; tamen legata aut mortis cauſa capiones iure hereditario capi exiſtimantur. Veriſſimum igitur eſt quod Marcianus ſcribit in *d. l. in quartam.* Quod implendæ conditionis cauſa fideicommiſſi heredi datur (ſic enim legẽdum puto) in quartam quam Trebellianicam dicimus imputari. Si verò quid heres implendæ conditionis cauſa accipiat à legatariis in falcidiæ computationem id non prodeſſe, quoniam id extra hereditatem habeatur, quæ mortis tempore fuit, ac cuius quadrans iam à tempore teſtamenti per legem falcidiam heredi confectus & re-
7 lictus eſſe intelligatur. † Neq; in toto iure vllus locus eſt qui aduerſus ea quæ diximus pugnare videatur, niſi quod ex Marciani libro octauo Fideicommiſſorũ ſcriptum legimus in *l. in actione. 30. §. tametſi. Digeſt. ad leg. Falcidiam.* Tametſi in ratione legis falcidiæ quæ conditionis implendæ cauſa heredi dantur, in quartam non computantur: tamen id quod non figura cõditionis heres accipere iuſſus eſt ab eo qui hereditatem reſtituere rogatus eſt, Celſo & Iuliano placere computari, quemadmodum ſi ea ſumma heres vendere eas res iuſſus eſſet, quia non conditionis implendæ cauſa, ſed quodãmodo pro pretio inferre ſunt iuſſi.] Hæc enim Marciani verba ſunt, ex quibus apparet loqui eum de falcidia quæ ex fideicommiſſo vniuerſali hereditatis reſtituendæ retineatur, neque tamen admittere vt quæ conditionis implendæ cauſa heredi dantur in quartam aliter computentur quàm ſi figura conditionis non expreſſa heres accipere iuſſus ſit. Quod ſi ita eſſet dici profectò non poſſet, qu[illegible]ter l[illegible]. Falcidiæ & Senatuſconſulti Pegaſiani quadrantem hac parte intereſſet. Nam quæ cõditionis implendæ cauſa heredi ſic data ſunt, vt tamen conditionis figuram teſtator non expreſſerit, ea certum eſt in legatorum quoq; falcidiam imputari propter rationem illam quã Marcianus reddit, quod nõ tam conditionis implendæ cauſa quàm veluti pro pretio pecunia præſtari videatur, ac ſi eas res quæ legatæ ſunt illa ſumma certóq; pretio vendere heres iuſſus eſſet. Quod enim pro rei pretio heredi præſtatur, id nõ minus iure hereditario capi dicitur, quã res ipſa hereditaria caperetur ſi eam vendere heres iuſſus non fuiſſet: vt eadem *l. in §. vendere.* Marcianus ſcribit, & Iulianus in *l. qui fundum. 78. D. eod.* † Sed non poſſum mihi perſuadere loqui 8
Marcianum in *dict. §. tametſi*, de falcidia quæ Senatuſconſulti authoritate retinetur. Nam tractari potius de illa ipſa Falcidia de qua in præcedentibus tractatũ fuerat oſtendunt prima ea verba *tametſi autem*, quæ nõ tam nouam diſputationem inſtitui, quàm inſtitutam & inchoatam abſolui præ ſe ferunt. Deinde quæ ſequuntur *in legis falcidiæ ratione.* Quamquam enim eam quoque quartam quæ ex Pegaſiano retinetur Falcidiam aliquãdo appellari ſcio, quod vtraq; quarta ſit, & quadrantis potius quàm maioris aut minoris portionis retinendæ exemplum lex Falcidia dederit: Nuſquam tamẽ reperio legem Falcidiam dici à Iuriſconſultis pro Senatuſconſulto Pegaſiano niſi præcedentia aliqua, de reſtituenda hereditate tractari demonſtrent, & ſi verum eſt quod iã probauimus non eandem legis, & Senatuſconſulti poteſtatem fuiſſe, confundi certe vtriuſq; iura & nomina non potuerunt.† Sed & me illud maximè mouet quòd 9
illa Marciani verba in *d. §. tametſi, quemadmodum ſi ea ſumma heres vendere eas res iuſſus eſſet, quia non conditionis implendæ cauſa, ſed quodammodo pro pretio inferre ſunt iuſſi*, tantùm abeſt vt commodè explicari poſſint, vt nec Grammaticam conſtructionem recipere poſſe videãtur. Quò enim referas *eas res*, cùm de nullis rebus ac de ſola hereditate reſtituenda rogatum eſſe heredem in præcedentibus proponatur? Nam ſi dicas *earum rerum* appellatione hereditatem ſignificari obiiciã hereditatem ab ipſis rebus hereditariis toto genere differre. Res enim corporales eſſe, hereditatem verò non in rebus & corporibus, ſed in iure conſiſtere, atque ideò ſi teſtator res ſuas omnes ab herede reſtitui fideicommiſſario iuſſerit, non aliter ex Trebelliano reſtitutionem fieri vt actiones in fideicommiſſarium transferantur, aut cogi poſſe heredem vt adeat quàm ſi de ipſa hereditate & ſucceſſione reſtituenda teſtator ſenſerit. *l. nam quod. 14. §. vlt. l. 15. & 16. in princip. D. ad S. C. Trebellia.* Deinde vix eſt vt *ea res* Iuriſconſultus ſcripſiſſet, ſi de omnibus rebus hereditariis ſenſiſſet. Rurſus, ad quas perſonas referri poſſint verba illa *inferre ſunt iuſſi*, niſi ad illos ipſos quibus viciſſim heres quid præſtare iuſſus eſt? Atqui non plures eos fuiſſe ſed vnum duntaxat Marcianus ſcripſerat iis verbis, *ab eo cui hereditatem reſtituere rogatus eſt.* Scribendũ igitur fuerat in ſingulari numero *inferre eſt iuſſus.* ſi Grammaticarum præceptionum obſeruationes amamus, & curamus. Deniq; iuris ratio non patitur vt regula aut ſententia quæ initio §. ponitur, Ea quæ conditionis implendæ cauſa heredi dantur, in quartã cõputari, ad quartã Trebellianicam referatur de qua in præcedentibus ne verbum quidẽ Marcianus fecerat. Ergo exceptio quæ ad regulã illam ſubiicitur ad aliam quàm legatorũ falcidiam pertinere poteſt.† Quibus rationibus 10
victus cogor dicere, quod à tot tanti[illegible]que Iuriſconſultis quid de eius loci ſententia di[illegible]putarunt hactenus obſeruatum non fuiſſe & mir[illegible], & doleo, corruptiſſimũ eſſe Marciani textum tam in eo §. quàm in præcedentibus, & peritiſſimi artificis manum requirere vt priſtinæ ſanitati & integritati reſtituatur. Etſi autem iudicio meo minus tribuo, quàm vt tam ancipitis curationis periculum fide mea eſſe velim, coniecturam tamen meam dum amplius delibero proponam, vt quomodo mendaciũ tollendum ſit, ſi non omnino dixiſſe & docuiſſe,

ſaltem

ſaltem eruditioribus & diligentioribus videar indicaſſe. Puto igitur erratum eſſe in illis verbis *ab eo cui hereditatem reſtituere rogatus eſt.*& legendum potius *ab eis quibus certas res reſtituere rogatus eſt.*tum in verſic. quo loco, tollenda verba illa *& recipere hereditatē*,&in gloſſam imperiti interpretis vnde emanarūt reiicienda. Sic enim fiet vt rectiſſimè omnia,& inter ſe & cū præcedētibus cõueniant in quibus iā de certarum, & incertarū rerum legato tractatū legimus *in §.certis verò corporibus,* *& § incertares.* Facilis porrò & lubricus error fuit ſi fortè ſcriptum fuiſſe ponas quomodo in Florētinis Pādectis ſcribi ſolet,*ab eis Cuib. certas RESstituere.* Fieri enim poruit, vt qui hanc ſcribendi rationem non intelligeret, ſcriptum putaret *Cui heredi tat. reſtituere*, aut in hanc ſententiam locum, qui corruptus videbatur reſtituere, deinde in illis ſequentibus *an fideicõmiſſarius quoque inuitus cogatur dare eam ſummam*, adiiceret ea verba *& recipere hereditatem*, quæ tamen palam eſt niſi ineptè & ſuperuacuò adiici non potuiſſe. Neque enim quæſtio eſt an fideicommiſſarius inuitus hereditatē recipere cogatur, ſed an cogi poſſit dare heredi eam ſummam, pro qua veluti certo pretio certas res fideicõmiſſario præſtare heres rogatus eſt. Ita verò ſi legas quomodo reſtituimus, efficies longè aliam planéq; diuerſam: ſed veriſſimam Marciani ſententiam, quæ non de quarta Pegaſiana, ſed de Falcidia intelligetur. Quamquam enim de fideicommiſſo ſingulari non de legato Marcianum diſputare admittimus, neque negamus retentionem ex fideicommiſſis ſingularibus Senatuſconſulto Pegaſiano inducta eſſe, ſicuti Iuſtinianus, & Theophilus ſcribunt, attamen longè alia ratione de ſingularibus, quàm de vniuerſalibus fideicommiſſis Senatuſconſulto cautum&
11 conſtitutum eſſe contendimus. † Nam legis falcidiæ poteſtatem ad fideicommiſſa ſingularia Senatuſcõſulto tractam eſſe, ita vt quemadmodum legare, ſic fideicommittere res ſingulas ſupra dodrantem non liceat, &quæ ex fideicommiſſis ſingularibus Falcidia retinerur, eam non Trebellianicam ſed Falcidiam dicimus, vnde fit vt legatorum & fideicommiſſorum ſingularium iura pro miſcuè tractata ſint in titulis Digeſtorum & Codicis de legatis, & ad legem Falcidiam. De vniuerſalibus verò diſputatum ſeparatim *in tit. ad S.C.Trebell.* Quo etiam pertinere arbitror, quod ex Vlpiano ſcriptum eſt *in l. 1. de legat.* 1. Per omnia eſſe exæquata legata fideicommiſſis nempe ſingularibus & in falcidiæ retentione, quomodo ex legis inſcriptione à *Iacobo Cuiacio* rectiſſimè obſeruatum eſt, quamquam in eo ille labitur quòd fideicommiſſa vniuerſalia à ſingularibus non diſtinguit. Cùm tamen neque eo titulo neque in tractatu De lege Falcidia, mentio ex propoſito vlla fiat vniuerſalium fideicommiſſorum. Et ipſo Senatuſconſulto Pegaſiano aliam vniuerſalium aliam ſingularium rationem habitam fuiſſe vel ex eo maximè appareat, quòd pro ſingularib. fideicõmiſſis conſeruandis non magis cogi poſſit heres ad adeundā hereditatem, quàm pro legatis. Sicut enim legatarij, ita fideicommiſſarij ſingulares non ſunt iuris ſucceſſores. Et vt breuius dicā, nõnifi verbis legata differunt à fideicõmiſſis ſingularibus, effectu autem ipſo præſertim cùm de lege Falcidia quæritur omninò conueniunt. Cúmque lex Falcidia ſufficere poſſet cui fraus alioqui parata fuiſſet ſi poſt inducta & confirmata fideicommiſſa ea in ſingularibus fideicommiſſis ſibi locum non vindicaſſet, ſatis fuit legis poteſtatem interpretatione & authoritate Senatuſconſulti ad ſingularia fideicommiſſa extendi: neq; de iis ius nouum conſtitui neceſſe fuit, quòd aliud diuerſúmq; conſtitui non potuiſſet. Quamquam nec illud nouum eſt, vt priores leges ad poſteriores trahantur. *l. 26. & 27. D. de legib.* ſcilicet per interpretationem eadem iuris & æquitatis ratione ſubnixam. Itaque quamuis Senatuſconſulti Pegaſiani verbis nullam legis Falcidiæ mētionem factam fuiſſe admitterem, ſed inductam duntaxat quartæ ex fideicommiſſis ſingularibus retentionem, fieri tamen potuit Iuriſconſultorum interpretatione vt ad eius retentionem eadem iura, eadémq; regulæ traherētur, quæ ex lege Falcidia in retentione quartæ ex legatis obtinebāt, propter maximā illam per omnia & in omnibus legatorum, & fideicommiſſorum ſingularium ſimilitudinem. † Ergo cùm quæretur Quænam res in falcidiam 12
imputari debeant, non diſtinguemus an ab herede legata an fideicommiſſa ſingularia teſtator reliquerit, ſed id ſemper obſeruabimus, vt ſiue ex legatis ſiue ex fideicommiſſis ſingularibus quarta deducenda ſit, in eam non imputentur niſi quæ hereditario iure capiūtur. In neutram igitur imputabuntur, quæ conditionis implēdæ cauſa heredi data ſunt ab eis quibus certas res aut per legatum aut per fideicõmiſſum præſtare iuſſus eſt: neque enim hæc teſtamenti aut hereditario iure capiūtur. † Sed huic ſententiæ ſubiicienda exceptio eſt quam 13
Marcianus tradit, niſi figura conditionis non expreſſa heres pecuniam accipere iuſſus ſit, puta ſi teſtator non ita dixerit *Acceptis cētum à Sempronio fundum Cornelianum ei dato* aut *reſtituito*, ſed ſi potius *Heres meus accipito centum à Sempronio, & fundum ei reſtituito.* Hoc enim caſu, inquit ille, non tam conditionis implendæ cauſa, quàm quodāmodo pro pretio fundi Sempronius cētum dare iuſſus videtur, parúmq; intereſt an fūdum eo pretio vendere iuſſus ſit heres, an centum accipere & fundum reſtituere. Iam autem ſuprà diximus heredē certo pretio vendere rem hereditariam teſtator voluerit pretium in falcidiam imputari, tanquam iure hereditario perceptum, *d. l. in ratione. §. vendere.* At ſi figura conditionis expreſſa ſit hoc modo, *Heres meus Sempronio fundum dato ſi tibi centum dederit.* negari certè nō poteſt quin ea centum mortis cauſa, & implendæ conditionis nomine capiantur. Idémq; iuris conſtituendum puto, licet teſtator dixerit *Acceptis centum à Sempronio fundum ei dato*, non expreſſa quidem figura conditionis ſed demonſtrata dantis perſona. Nam & hæc centum mortis cauſa capi Papinianus ſcribit *in l. acceptis. 93. D. ad leg. falcid.* † Etſi verò Papinianus eo loco diſtinguendū ait 14
an perſona dantis demonſtrata ſit nécne, cum heres de reſtituenda hereditate rogatus eſt, mihi tamen in propoſita quæſtione hoc eſt cum ſingulare fideicommiſſum heres præſtar, diſtinctio hæc non probatur. Quod enim ille ait non demonſtrata dantis perſona, quaſi perceptam & retentam pecuniam videri, id dici nequit ſi ſingularis aliqua res legata ſit, aut per fideicommiſſum relicta. Nimirum quoniam pecunia facilè ex hereditate retineri poteſt, ex ſingulis verò corporibus nullo modo poteſt: ac proinde ſemper neceſſe eſt capi eam extra hereditatem & mortis cauſa, niſi cùm teſtator heredem eam pecuniam accipere iuſſit, & pro ea viciſſim quaſi venditionis iure legatario aut fideicommiſſario fundum præſtare. Ex illa autē Papiniani lege magis intelligimus verum eſſe quod volumus in Trebellianicam imputari ea etiam quæ mortis cauſa capiuntur ea diui Pij Conſtitutione, ſi modò penes heredem remaneant: atq; ideò in §. *tamen ſi.* de Trebellianica Marcianum intelligi non poſſe vbi generaliter & indiſtinctè tradit in quartā non imputari quæ conditionis implēdæ & mortis cauſa accipiuntur, ſed eam tātùm pecuniam quæ à legatario aut fideicommiſſario ad heredem pro pretio rei hereditariæ & hereditario iure peruenit. Quod cùm ita ſit, parum etiam acutè faciunt qui quod à Marciano contra ſcriptum eſt generaliter in *d. l. in quartam.* Ea quæ conditionis implendæ cauſa à fideicommiſſario heredi dantur, in Trebellianicam imputari, de iis duntaxat accipi volunt quæ ſine figura conditionis relicta ſunt, & ab herede veluti pro pretio accepta. Quaſi verò fieri poſſit vt eadem pecunia & pro pretio & conditionis implendæ mortiſque cauſa accipiatur, quæ tamen ex diametro aduerſari oſtendunt ſatis illa Marciani verba *non conditionis implendæ cauſa, ſed quodammodo*

pro pretio. Denique perpetuò verum eſt quæ conditionis implendæ cauſa capiuntur numquam in falcidiam legatorum aut fideicommiſſorum ſingularium imputari. In quartam verò fideicommiſſorum vniuerſalium
15 ſemper imputari, præterquam in caſu *d.l.acceptis*.† Sed non perpetuò verum eſt ea, quæ extra hereditatem à legatario aut fideicommiſſario ſingulari percipiuntur, implendæ conditionis, mortiſque cauſa capi: nempe ſi quaſi pro rei hereditariæ pretio capiantur. Dixi *Fideicommiſſario ſingulari*, quia quod à fideicommiſſario vniuerſali heres accipere iuſſus eſſet his verbis, *Accipito centum à Sempronio & ei reſtituito hereditatem*, non tam pro pretio hereditatis quàm pro quartæ commodo acciperetur *l.ſi heres.90.D.ad legem falcid. d. l. acceptis in fine*. Alioqui retento ab herede pretio hereditatis, ipſa hereditas reſtitui non videretur. Nec quicquam refert an heres accepta certa quantitate vniuerſam hereditatem reſtituere iuſſus ſit, an verò quantitatem accipere, & hereditatem reſtituere: quia neutro caſu de vendenda, ſed tantùm de reſtituenda hereditate cogitaſſe teſtatorem dici poteſt, cùm tamen in legatis & fideicommiſſis ſingularibus ea diſtinctio neceſſaria ſit ſecundum Mæciani ſententiam. Ferè enim eſt vt videatur heres iuſſus vendere qui pecuniam à legatario aut fideicommiſſario accipere iuſſus eſt pro ea re quam etiam iuſſus eſt dare, & ea neceſſitas iniuncta pecuniam pro re accipiendi conjecturam iniunctæ venditionis inducit arg.*l.5.§.1.D de praſcr.verb*. Quod verò apud Mæcianum ſequitur fideicommiſſarios in propoſita ſpecie cogi non poſſe vt eam pecuniam, & quantitatem præſtent, optimam rationem habet, quòd talis oratio ipſorum cauſa non contra ipſus poſita videatur. Nec contrarium eſt quod Vlpianus in eadem vt videtur ſpecie reſpondit duplex fideicommiſſum eſſe in *l. fideicommiſſa.11.§.cum eſſet.D.de legat*.3. Nam vt rectiſſimè *Accurſius* animaduertit, multùm intereſt, vtrum coheres coheredi accepta certa quantitate portionem hereditatis reſtituere rogatus ſit, an verò ei aliquid dare, qui præter legatum aut fideicommiſſum nihil aliud ex teſtamento acceperit. Priore caſu de commutanda portione hereditaria in certam pecuniæ quantitatem cogitaſſe teſtator videtur, neque minus grauare potuit fideicommiſſarium eundémque coheredem vt pecuniam daret, quàm alterum vt portionem reſtitueret. Poſteriore verò dici non poteſt teſtatorem obligare voluiſſe aut potuiſſe eum, cùm teſtamento nihil aliud dederit quàm illud ipſum legatum aut fideicommiſſum cuius nomine quantitatem ab eo viciſſim præſtari voluit. Quis enim legatum vel fideicommiſſum ſibi relictum agnoſcere, aut propter defuncti volúntatem quam agnouerit quicquam præſtare compelleretur? Atque hoc rectè, vt dixi, *Accurſius* explicauit. Sed cætera de quibus hoc capite diſputauimus, & quæ in ſequenti ſubiiciemus, non reperi adhuc ex interpretibus qui bene explicuerit.

Capvt IV.

Emendatio l.in quartam.91. & explicatio l. Titia, 86. D. ad leg Falcid.

S V M M A R I A.

1 *An eadem ſit vtriuſque quarta tam Falcidiæ quàm Trebellianicæ ratio?*
2 *Variæ lectiones & explicationes* l.in quartam. 91.ff.ad leg.Falcid.
3 *Ratio diſſimilitudinis inter quartam Falcidiam, & quartam Trebellianicam ſiue Pegaſianam.*
4 *Probatur contra Cuiacium etiam ea quæ legati iure, & extra hereditatem heredi data ſunt in quartam Trebellianicam imputari.*
5 *In quo differant legata quæ coheredi relinquuntur, à fideicommiſſis coheredi relictis?*
6 *Difficultas nata ex* l.Titia.86. ad leg.Falcid. *eiuſque legis ſpecies & quæſtio.*
7 *Iuliani ſententia in* d.l.Titia *& contra eam facientes rationes.*
8 *Legata & prælegata pro ea parte quæ iure hereditario capitur in hereditatis reſtitutionem venire.*
9 *Differentia inter legatum & prælegatum, eiuſque ratio.*
10 *An in* d.l.Titia *interſit, vtrum Titio heredi ex tertia parte ſcripto legata eſſent prædia in prælegata?*
11 *Cur in ſpecie* d.l. Titia. *in quartam non imputentur ea omnia quæ iure hereditario capiuntur?*
12 *Goueani ad dictam difficultatem reſponſio improbatur.*
13 *Vera eius difficultatis reſolutio.*
14 *Alia quæſtio ſuper verſiculo* ſed ſi non d. l. Titia. *& eius declaratio.*
15 *Reiicitur diſtinctio ad* dictam l. Titia, *ab Interpretibus allata.*
16 *Emendatur verſic.*pro ea verò parte.d.l.in quartam.
17 *Sententia verſiculi* ſed & quod accepts.*& ſequentium explicatio* in d.l.in quartam.

Poſtulant quæ ſuperiore capite diximus vt cætera quæ pertinent ad inſtitutam diſputationem De iis quæ in legatorum & fideicommiſſorum falcidias imputantur, explicemus. Quæ quæſtio pertinet ad interpretationem *l.in quartam.91. D.ad leg.falcid.l.Titia.86. D.eod.l.filium.C,famil. erciſcund.* quibus vix aliæ vllæ ſunt in toto iure difficiliores, & variis interpretum noſtrorum Commentariis factæ obſcuriores: atque ideò nobis diligentius elaborandum erit, vt non magis in aliorum opinionibus refellendis quàm in noſtris proponendis, & confirmandis ingenioſi videamur. † Sed 1
cùm aduerſus omnes omnino interpretes dimicandum nobis eſt, tum præcipuè aduerſus Doctorum ætatis noſtræ ſine controuerſia Principem *Iacobum Cuiacium*, qui primus docuit, quod nemini vnquam anteà in mẽtem venerat, eandem omnino vtriuſque falcidiæ rationem eſſe, nec plura imputari in eam quartam, quæ ex reſtituendæ hereditatis fideicommiſſu retinetur, quàm in illam, quæ ex legatis per legem falcidiam penes heredem manere debet. In quam ſententiam præcipitem eum egit quod à Marciano ſcriptum credidit in *l.in ratione.30.§.tametſi.D.ad leg. falcid.* ea quæ conditionis implendæ cauſa heredi data ſunt in quartam fideicommiſſorum vniuerſalium non imputari. Quod tamen quàm ſit à veritate alienum & ab illius loci ſententia, ſuperiore capite, vt nobis videmur, apertè demonſtrauimus, & pluribus argumentis probauimus verum eſſe quod Marcianus contrà ſcribit in *d. l. in quartam*. Ea quæ implendæ conditionis cauſa à fideicommiſſario heredi dantur, in Trebellianicam imputari, vt proinde Baſilicorum authoritas quia vir doctiſſimus potiſſimũ nititur, neque tot librorum authoritati, neque iuris rationi de qua mihi omnino conſtat anteponenda videatur. Si quid enim in iure certum, ſanè illud certiſſimum eſt in quartam hereditatis quam per legem falcidiam heres habere debet, imputari eas duntaxat res quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommiſſi, vel conditionis implendæ cauſa. Sed in fideicommiſſaria hereditate reſtituenda ſiue legatum vel fideicommiſſum datum ſit heredi, ſiue præcipere, vel deducere, vel retinere iuſſus eſt in quartam id ei imputari, quemadmodum diſertis verbis Marcianus ſcribit in *d.l. in quartam*.† Neque poſſis dicere cum *Goueano* in illo 2
loco *Sed in fideicommiſſaria*, legendum eſſe *Sed &*, aut cum *Cuiacio*, totum eum verſiculum generalis prioris ſententiæ explicandæ non reſtringendæ cauſa ſubiectũ eſſe. Verba enim omnino repugnant niſi in illis ſequẽtibus *in quartam id ei imputatur*, negationem addas quæ in libris omnibus deeſt. At neque verum eſt priorem legis ſententiam generalem eſſe, quæ non niſi de ea

quarta

quarta loquitur, quam per legem Falcidiam heres habere debet. Nam quanta differentia eſt inter legem Falcidiam & Senatuſconſultum Pegaſianum, tantam inter eas quartas differentiam eſſe neceſſe eſt. Sed cùm differentiæ rationem ſatis rectam interpretes nullam adhuc attulerint, fecit ea res vt ſublatam diſſimilitudinem illi voluerint qui diſſimilitudinis cauſam non intellexerunt.
3 † Docuimus autem in ſuperioribus, heredi per legem falcidiam quadrantem dari priuſquam à teſtatore aliquid legetur vel fideicommittatur, ideoq; non poſſe confici eum ex legatis fideicommiſſis & aliis huiuſmodi ſi qua ſunt quæ ad eum alio quam hereditario iure perueniant, quin potius ea omnia cùm accedant quadranti iam confecto, extra & ſupra quadrantem eſſe debere. Pegaſiano verò Senatuſconſulto nõ confici quartam heredi ſed permitti duntaxat vt illam ſibi is conficiat ne omnino infructuoſa hereditatis aditio videatur, & potius ſpe alicuius lucri, & commodi ad adeundum inuitetur, eámque ob cauſam Senatuſconſulto ſatisfactum eſſe, ſi quartam heres habeat vndecunque tandem
4 ſibi illam confecerit. † Inde igitur fit, vt ſi accepta pecunia hereditatem reſtituere heres rogatus ſit, eam pecuniam illi in quartam imputari Diuus Hadrianus Pius conſtituerit, quamuis non iure hereditario ſed mortis cauſa capi Papinianus ſcribat in *l. acceptis. 93. eod.* ad quam neſcio certè qua ratione reſponderi poſſit. In eadem cauſa ſunt quæ heres retinere, deducere & præcipere iuſſus eſt. Hæc enim etſi ex hereditate capiuntur, non tamen iure hereditario, quoniam heres ea percipit non hereditatis, ſed retentionis, deductionis & præceptionis iure, & vt cum Iuſtiniano loquar quaſi ex legato. *§. ſi quis vna. Inſtit. de fideic. heredit.* Etenim teſtatoris voluntas eſt vt quaſi extra hereditatem hæc accipiantur, ipſa autem hereditas reſtituatur. Ac ſanè ſi ſubtiliùs inſpicias, tantùm abeſt vt quæ hereditario tantùm iure capiuntur in quartam imputari debeant, vt nec ſi maximè heres velit imputare, tamen ea poſſit: quia quæcunque ab herede hereditario iure capiuntur, ea cùm ſint hereditatis in reſtitutionem venire neceſſe eſt. *l. in fideicommiſſaria. 18. §. 1. & vlt. D. ad S.C. Trebell.* Quanquã enim non quicquid fuit hereditatis id ſtatim hereditario iure percipitur, ſed ita demùm ſi heredis iure & ex teſtatoris voluntate heres capiat, fieri tamen non poteſt vt quicquam capiatur iure hereditario quod non fuerit hereditatis, aut in rei hereditariæ locum ſucceſſerit. Heres autem qui rogatus eſt hereditatem reſtituere id omne reſtituere rogatus videtur, quod fuit hereditatis. Neceſſe igitur eſt vel quadrantem nullum ab herede retineri, vel in eum imputari illa duntaxat, quæ iure hereditario non capiuntur, ſi modò ad quartam conficiendam ſufficiant. Si quid enim heres iure heredis retineret, eueniret vt ex Trebelliano reſtitui hereditas non poſſet, hoc eſt vt partem aliquam iurium & actionum hereditariarum penes eum remanere neceſſe eſſet, quemadmodum accidit ſi retenta quarta hereditatem reſtituere ſit rogatus, quod tamen Iuſtinianus apertè negat in *d. § ſi quis vna*, eo colore quòd illa quæ retinere aut deducere aut præcipere heres iuſſus eſt nõ tam hereditario quàm legati iure hoc eſt extra hereditatem, ac quaſi à fideicommiſſario præſtita percipi videantur. Et tamen imputari in quartam Iuſtinianus ait, ita vt ſi quartæ ſufficiant, reſtitutio facienda ſit ex Trebelliano ſine vlla quartæ deductione. Verum igitur non eſt in Trebellianicam non imputari niſi quæ hereditario iure capiuntur. Rurſus quæro, ſi *Cuiacij* ſententia recta eſt quomodo explicari poſſit quod Marcianus ſcribit & vir doctiſſimus non negat ſiue legatum ſiue fideicommiſſum heredi datum ſit id in reſtituendæ hereditatis quartam imputari? Dices fortaſſe, imputari duntaxat pro ea parte quæ capitur iure hereditario non pro ea quæ accipitur à coherede vt ſequẽtia Marciani verba innuere videntur. Sed primum obſeruãdum eſt de fideicommiſſo id dici non poſſe cuius ſiquidem nulla pars capitur iure hereditario. † Cùm in eo differant legata quæ coheredi relinquuntur à fideicommiſſis quod illa delibantur ex tota hereditate, nec proinde valent, niſi pro ea parte quam ex coheredis portione lex ſumit. Hæc verò non niſi ex portione eius, qui rogatus eſt poſſunt detrahi, quoniam fruſtra coheredis fidei teſtatur committat vt fundum hereditarium præſtet coheredi ſupra eam partem quam in illo fundo habet. Deinde quid ſi vnus tantùm heres inſtitutus ſit, & alicuius legatarij aut ipſius fideicommiſſarij fidei teſtator commiſerit vt heredi aliquid præſtet? Quis dixerit accipi hoc caſu partem aliquam fideicommiſſi iure hereditario? Aut quis neget ex Marciani ſententia quæ generalis eſt, fideicommiſſum huiuſmodi in quartam imputari? Poſtremò cum certi iuris ſit legatum quod vni ex heredibus relinquitur, non valere pro ea parte quam is iure hereditario & à ſemetipſo capit, *l. & quidem. 18. de leg. 1.* An non abſurdam efficiamus & Marciani elegantia indignam ſententiam, ſi quod ille ſcripſit in Trebellianicam imputari quicquid heredi legatum eſt, de ea tantùm legati parte accipiamus quæ non niſi inutiliter legata eſt, & cuius ratione nihil legatum videatur? Atqui, inquies, Cogunt ea quæ ſequũtur apud Marcianum, vt hanc interpretationem admittamus. Sic enim lex ait, *Pro ea verò parte quam accepit à coherede, extra quartam, id eſt quod a coherede accipitur.* Hic verò verſiculus eſt, qui totius legis interpretationem adeò difficilem fecit vt ſi quis receptam lectionem pertinacius tueri velit, nulla eius explicandæ ratio ſupereſſe poſſit. Nullus namque in toto iure locus eſt qui probet eam legati partem, quæ capitur à coherede in Trebellianicam non imputari. Tametſi vir doctiſſimus id probari putet ex *l. filium. 24. C. famil. erciſcun.* De cuius quoque ſententia ob eam cauſam nobis ſequẽti capite
tractandum erit. † Sed probabilius quis moueatur ex *l.* 6
Titia. 86. D. ad leg. falcid. quæ cùm per ſe difficillima & obſcuriſſima eſt, tum maximè opinioni noſtræ aduerſari videtur. Eo loco Iulianus tractat, Cùm Titia teſtamento ſuo Titium fratrem ex parte tertia heredem inſtituiſſet, fideíque eius commiſiſſet vt hereditatem retenta quarta parte reſtitueret Secundæ & Proculæ coheredibus, deinde eadem fratri quædam prædia prælegaſſet. An Titius illa quæ prælegata ſunt etiam pro ea parte hereditatis quam reſtituere rogatus eſt, ac integra retinere debeat? Sic enim legendum eſt non *an integra.* Reſpondet verò Iulianus Titium legata integra retinere debere, ſed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem prædiorum. Sed ſi non eſſet adiectum vt pars quarta deduceretur, totum trientem prædiorum legi Falcidiæ imputandum eſſe, quoniam contra ſententiam matrisfamiliæ lex falcidia induceretur.
† Illa igitur Iuliani ſententia eſt, in quartam hereditariæ portionis reſtituendæ non imputari tota prædia 7
quorum ſcilicet duos trientes Titius accepit à coheredibus, ſed eam duntaxat portionem quæ ad eum iure hereditario peruenit, hoc eſt trientem: At ne quidem totum trientem, ſed duodecimam tantùm partem ſi retenta aut quod idem eſt deducta quarta hereditatem reſtituere iuſſus ſit. Quæ omnia quam rationem habeant difficilius eſt dicere, quàm vt omnibus hac in re ſatisfieri poſſe videatur. Primùm enim illud à iuris ratione alienum videtur eſſe legata integra ab herede retineri. Cùm certi iuris ſit eam legati partem quam heres à ſeipſo capit non tam legati quàm hereditario iure percipi, *l. heredes. 25. §. vltim. cum l. ſeq. D. famil. erciſcund. l. miles ad ſororem. 75. §. vltim. de legat. 2. l. cum qui. 18. §. vltim. D. de his quæ vt indign. aufer.* atque ideò in fideicommiſſi reſtitutionem venire. *l. in fideicommiſſariam. 18. §. vlt. D. ad S.C. Trebell.* † Nec placet *Goueani* diſtinctio inter legata & prælegata, quaſi nulla prælegati pars in reſtitutionem venire debeat quod nihil tam cõtrarium

ſit reſtitutioni quàm retentio. Nam & prælegatæ ve-
nire in reſtitutionem conſtat, ſi heres portionem reſti-
tuere iuſſus ſit. *l.3.§.vlt.D.eo.tit.* aut quicquid ad eum
ex hereditate peruenerit. *l. cum virum 16. Cod.de fideic.*
Quòd ſi hereditatis tantùm mentio facta ſit, fateor eſ
prælegati partem quæ legati iure capitur in reſtitutio-
nem non venire, quoniam ſcilicet hereditatis appella-
tione legata non continentur. *l.ſi Titius ex parip.96.de
legat.*3. Sed eam partem quæ iure hereditario capitur
ſiue legatum ſiue prælegatum ſit reſtituẽdam eſſe non
dubito, quoniam pro ea parte nec legatum valeat, nec
prælegatum. Quam ob cauſam Iulianus in *dict.l.Titia,*
ea prædia quæ prius prælegata dixerat, poſteà legata
vocat, vt intelligamus nihil hac parte legata differre à
9 prælegatis. † Sanè ſi heres ex parte inſtitutus portio-
nem ſuam repudiauerit, multùm intererit an legatum ei
ſit an prælegatum. Nam legatum totum ad eum nihi-
lominus pertinebit, prælegatum verò non niſi pro par-
te coheredis, *d.l.& quidem totum.de legat.1. d.l.milies.§.
vlt.de legat.2.dict.l.cum qui.§.vltim.de his quæ vt indign.
aufer.* Cuius diſſimilitudinis illa fortaſſis ratio eſt quòd
iis etiam qui heredes non ſunt legamus, ſolis autem
hæredibus prælegamus: adeò vt quicquid heredi lega-
tur id ſi hereditas quandocumque adeatur, promiſcuè
legatum & prælegatum dici poſſit. Nam & quod here-
di legatur id ille præcipuum habet ac præter portio-
nem hereditatis, non minus quàm ſi eſſet prælegatum,
& ex contrario prælegatum non minus quàm legati
10 pars ex hereditate capitur, & iure hereditario. † At in
quæſtione *dict.l.Titia*, non puto quicquam intereſſe
vtrum Titio heredi ex tertia parte ſcripto legata eſſent
prædia an prælegata. Et vtroque caſu puto reſponſu-
rum fuiſſe Iulianum legata integra retineri, nec vllam
eorum partem venire in reſtitutionem. Nempe quia vt
rectiſſimè iam olim veteres omnes interpretes animad-
uerterunt, quoties de hereditate reſtituenda heres ro-
gatus eſt priuſquam ei quicquam legatum aut præle-
gatum ſit, non poteſt videri teſtator voluiſſe vt quod
poſt iniunctum fideicommiſſum heredi reliquit fidei-
commiſſario reſtitueretur, ſed potius vt præſtito fidei-
commiſſo ea res legata, aut prælegata ab herede retine-
retur. Etenim dici ſolet parùm aut nihil curandum eſſe
ordinem ſcripturæ, accidit tamen aliquando vt ex ordi-
ne ſcripturæ coniectura diuerſæ voluntatis inducatur.
*l.cùm pater.77.§.à te peto.de legat.2.l.heredes mei.57.§.
vltim.D.ad S.C.Trebellian.* & in eo de quo quærimus
fieri non poteſt vt heres rogatus videatur id reſtituere
quod nondum acceperit. Quamquam & alia ratione
moueri Iulianus potuit. Nimirum quòd veriſimile eſſet
teſtatricem quæ retinendæ ex portione reſtituendæ
quartæ poteſtatem heredi feciſſet, moltò magis voluiſ-
ſe integra ab eo retineri legata quæ ſcilicet ex heredi-
tate delibata eſſent non aliam ob cauſam quàm vt ex-
tra hereditatem, & reſtituendi neceſſitatem conſtitue-
11 rentur. † Sed illud difficilius eſt, quod Iulianus ſubiicit
in partem quartam imputari oportere duodecimam
duntaxat partem prædiorum. Nemo enim dubitat quin
tam in Falcidiam, quàm in Trebellianicam ea ſaltem
imputentur, quæ iure hereditario capiuntur: Atqui præ-
diorum quæ prælegata proponuntur non tantùm duo-
decima ſed tertia pars iure hereditario percipitur, cùm
ex parte tertia Titius inſtitutus eſſet. Cur non igitur
ſaltem tertia aliorum pars imputabitur? Etſi verò Iu-
liani verba oſtendunt ſatis rationem aliam quærendam
non eſſe, quàm quòd ex teſtatricis iudicio, & voluntate
quarta deduceretur, hoc ipſum tamen obſcurum eſt, cur
non & hoc caſu in quartam imputentur ea omnia, quæ
iure hereditario capiuntur, quemadmodum continge-
ret ſi de dodrante tantùm hereditatis reſtituendo heres
rogatus eſſet. Quòd ſi quis dicat teſtatoris hereditatem
ſuam reſtitui iubentis retenta quarta, voluntatem illam
videri vt ex iis tantùm rebus quarta detrahatur quæ
reſtituentur, prælegatum autem non reſtitui. Inde igitur
fieri, vt quæ pars hereditatis capitur iure hereditario
non ideò in quartam imputetur. Quæro, Cur ergo pars
aliqua prælegati imputetur cùm nulla reſtituatur? Aut
ſi pars aliqua imputanda eſt, cur duodecima potius
quàm alia portio? † Scio *Goueanum*, cuius extant præ- 12
clari & eruditi in hunc titulum Commentarij, in ea
eſſe opinione vt putet illam duntaxat partem imputari
ſine qua heres quartam non retineret. Sed quid ille ſibi
velit tam obſcuris verbis, ego planè nõ intelligo. Nam
& non imputata illa parte duodecima nonne Titius
quartam ex illa ipſa hereditate quæ reſtituitur retine-
re poſſet, atque ita plus quàm totius hereditatis quar-
tam haberet? Aut ſi quis abſurdum putet plus quàm
quartam eum retinere, An non & imputata illa duode-
cima præcipuum & ſupra quartam habet quadrantem
qui in prædiis prælegatis hereditario iure capitur, qui-
que nec reſtituitur, nec imputatur? † Dicendum igitur 13
eſt eam partem imputari quæ imputaretur, ſi prædiorum
portio quæ iure hereditario capitur, in reſtitutionem
veniret. Voluit enim teſtatrix retineri quartam ex he-
reditate, hoc eſt ex iis omnibus quæ hereditatis iure ad
Titium fratrem pertinerent, in quorum numero triens
ille eſt quem in fundis prælegatis à ſemetipſo Titius
accipit. Trientis igitur quartam hoc eſt prædiorũ duo-
decimam imputare eum neceſſe eſt. Nec ad rem perti-
net quod nulla prædiorum pars fideicommiſſario reſti-
tuatur. Non enim reſtitutionis & imputationis iura
confundi debent, nec quæ ratio reſtitutionem impedit,
eadem impedire poteſt imputationem. Nulla pars reſti-
tuitur, quia, vt diximus, poſt iniunctum hereditatis fi-
deicommiſſum, prædia ſunt prælegata, atque eorum ra-
tione imminutum fideicommiſſum, ex veriſimili teſtan-
tis voluntate. Imputatur tamen duodecima, quoniam
illa teſtamenti verba *retenta quarta*, nõ minus ad quar-
tam trientis pertinent qui in prædiis prælegatis iure
hereditario capitur, quàm ad quartam reliquæ totius
hereditatis, neque ex eo quòd fideicommiſſum prius
relictum eſt quam prælegata eſſent prædia, voluntatis
coniectura capi poteſt, quaſi alia ratione imputatio-
nem fieri teſtatrix voluerit quàm ſi primum prælegaſ-
ſet, deinde fideicommiſſum hereditatis reliquiſſet. † Il- 14
lud ergo duntaxat mirandum ſit quod Iulianus ait, Si
non eſſet adiectum vt quarta deduceretur, futurum vt
totus ille triens in quartam imputatur Cur non enim
totum pretium prædiorum imputatur, ſi verum eſt
quod nos defendimus in fideicommiſſaria hereditate
reſtituenda non ea tantùm heredi in quartam imputari
quæ iure hereditario capit, ſed illa etiam quæ iure le-
gati aut fideicommiſſi? Atque ob eam cauſam putabam
aliquando corruptum eſſe Iuliani textum in iis verbis
totum trientem prædiorum, & pro *trientem* legendum po-
tius eſſe *pretium*. Sed mihi nunc probabilius videtur vt
diſtinguamus quomodo in prima legis quæſtione di-
ſtinximus An prius heredi fideicommiſſum iniunctum
quàm prælegatum relictum ſit, an ex contrario prius
prælegatum ſit, quàm fideicommiſſum. Priore ſiquidem
caſu puto teſtatoris voluntatem efficere vt ea tantum
prælegati pars in quartam imputari debeat, quæ iure
hereditario capitur, non quæ à coherede. Illa fortaſſis
ratione, quòd videatur teſtator voluiſſe, vt etiam reſti-
tuta hereditate nihilominus prælegatum heres habe-
ret, quod tamen habere non videretur prælegati iure,
ſi totum id in falcidiam imputaret: Nec Senatuſcon-
ſulti beneficium implorare heres prohibeatur, vt ex re-
ſtituenda hereditate quartam deducat, licet ea deducta
futurum ſit vt ex bonis teſtatoris plus quàm quartam
habeat, quia ſicut fideicõmiſſo oneratus eſt prius quàm
ei prælegatum eſſet, ita quartæ retentionem ei permitti
neceſſe eſt, ante quàm de prælegato diſputetur. Quod
tamen ſimiliter dici non poſſet, ſi prius heredi præle-
gatum eſſet quàm eius fideicommiſſum vt hereditatem

reſtitue

reſtitueret. Tunc enim licere non deberet heredi quartam ex fideicommiſſaria hereditate reſtituenda retinere quam ei teſtator ipſe iam dediſſet, & ante iniunctum onus fideicommiſſi confeciſſet, *arg. l. cum quo. 56. §. vlt. D. ad l. Falc.* Denique ſi ea legati aut prælegati pars, quæ à coherede accipitur in quartam hereditatis reſtituendæ non imputaretur, nulla hac parte differentia eſſet inter Falcidiam & Trebellianicam, quæ tamen apertiſſimè ponitur in *d. l. in quartam.* vt qui apertioribus verbis cōcipere eam vellet planè neſciam quomodo id facere
15 poſſet. † Nec ratio vlla ſatis recta reddi poteſt eius diſtinctionis quam interpretes noſtri verbis legis potiùs quàm iuris ratione coacti induxiſſe videntur, An legatum quod heredi relinquitur tale ſit quod totum à coherede accipiatur, puta ſi legata ſit pecunia quæ tota ex coheredis portione confici poteſt, *l. cùm pater. 77. de legat. 2. l. deducta. 58. §. acceptis. ad S. C. Trebell.* An verò pars hereditario iure capiatur, pars à coherede, vt ſi hereditatis prædium legatum proponatur. Nam quod dicunt poſteriore hoc caſu non imputari eã partem quæ capitur à coherede, ne alioqui eueniat vt vna eadémq; res diuerſo iure cenſeatur, ad rem ſanè non pertinet. An non enim id etiam multò magis continget, ſi dicas eiuſdem rei partem in quartam imputari, partem aliam nō imputari? Aut quæ ratio eſt cur ea pars quæ à coherede legati iure capitur in quartam non imputetur, ea verò quæ nec hereditario nec legati nec teſtamenti iure, ſed tantùm mortis cauſa capiuntur, imputentur. *d. l. in quartam. & l. acceptis.* Sed interpretes omnes præcipites egit vnicus ille verſiculus *pro ea verò parte quam accepit à coherede extra quartam, id eſt, quod à coherede accipitur,* quem tamen cùm in Pandect. Florentinis aſteriſco notetur, vel omnino tollendum, vel ſaltem emendandum, eſſe ſuſpicari licet: eoque magis quod ex illis ipſis qui receptam opinionem, & interpretationem amplectuntur, quidam non negant locum corruptum eſſe, & ita emendant *non pro ea parte quam accepit à coherede, extra*
16 *quartam enim eſt quod a coherede accipitur.* † Ego verò neque dubito quin recepta lectio emendari debeat, neque video quomodo probabilius emendari poſſit, quàm ſi vel totum eum verſiculum tollamus, vel ſic legamus *pro ea etiam parte quam à coherede accipit*, mutata dictione *verò* in hanc quam reponimus *etiam*: deinde ſequentia illa omnia deleamus *extra quartam, id eſt quod à coherede accipitur.* Coniecturam iuuat quod *Goueanus* teſtatur vidiſſe ſe in libris manuſcriptis articulum *verò* ſcriptum hac nota ſit quæ facilè corrumpi potuit cùm fortè ſcriptum eſſet *etiam* his literis etiam, quomodo in veteribus libris dictio *etiam* breuiter ſcribebatur. Cùm autem corruptè legi cœpiſſet *verò* pro *etiam*, factum poſteà eſt ab imperito interprete, qui mancam & imperfectam loci ſententiam eſſe exiſtimabat, vt addita ſint illa, quæ ſequuntur, *extra quartam, id eſt, quod à coherede accipitur.* Nam articulus *verò* differentiæ alicuius notam, & ſignificationem habet. Differentia autem non aliter explicari poteſt, quàm ſi admittas extra quartam eſſe eam legati partem, quæ à coherede accipitur. Verum cogitare debebat quiſquis fuit ille interpres, non potuiſſe fieri vt ita Marcianus ſcriberet, qui ex contrario dixerat in præcedentibus, ſiue legatum ſiue fideicommiſſum heredi relictum ſit in quartam id illi imputari. Neque enim poſſis dicere imputari quidem ſed pro ea parte quam heres capit à ſemetipſo, & iure hereditario: Cùm pro ea parte ne quidem legatum quicquam videatur, quia, vt diximus, heredi à ſemetipſo legari non poteſt. *dict. l. & quidem tantum de legat. 2.* Perinde igitur eſſet, ac ſi Marcianus ſcripſiſſet. Si heredi legatum ſit in quartam imputari quatenus legatum non valet. Siue quod idem eſt, imputari in quartam legatum, quod legatum non eſt, quo quid abſurdius aut ineptius dici poſſet? Præterea ſi cætera inſpicias quæ in ea lege ſequuntur, ſatis videas Marcianum nihil aliud agere quàm vt doceat omnia omnino quæ heres accepit, quocumque tandem titulo & iure acceperit in Trebellianicam imputari. Ac ſanè ſi quid eſſet quod non imputaretur ea maximè extrà quartam eſſent, quæ conditionis implendæ & mortis cauſa capiuntur. Hæc enim non ſolùm hereditario iure non capiuntur, ſed neque ex hereditate, neque ex teſtamento, nec denique ex iudicio & voluntate teſtatoris. Atqui hæc imputantur vt apertiſſimè Papinianus ſcribit *in d. l. acceptis. 93. ad leg. Falcid.* Quid igitur eſſe poteſt, quod imputari non debeat? idque etſi apertius erit ſi verſiculum, *Sed & quod implenda*, retineamus, tamen & eo ſublato non alia Marciani ſententia futura ſit. † Nam & quod 17
ſcriptum eſt in *§. ſed etſi accepta.* ſi heres accepta pecunia hereditatem reſtituere rogatus fuerit, in quartam id imputari ex Diui Pij Conſtitutione non tantùm ad eam pecuniam pertinet quæ ex hereditate & bonis teſtatoris accipiatur, ac quaſi retinetur: ſed de illa etiam intelligi debet quæ ab ipſo fideicommiſſario conditionis implendæ cauſa præſtatur & ab herede mortis cauſa accipitur, vt probat ſupradictus Papiniani locus. Quæ ratio facit vt poſt eum verſiculum, *Sed etſi accepta*, accommodatè ſubiici potuerit quod ſequitur in *§. ſi quid verò implendæ*, nec enim neceſſe erat, vt apertioribus verbis Marcianus ſcriberet ea quæ conditionis implendæ cauſa capiuntur in quartam imputari, quàm quomodo ſcripſit in *dict. §. ſed etſi accepta.* Quod tamen ab ignaro interprete non intellectum fecit fortaſſis, vt addendum ille exiſtimauerit verſic. *Sed & quod implendæ.* Quem ſi velis prorſus tollere, non tanquam falſum, ſed potius quaſi ſuperfluum, facilè id concedam, vt admittas non defuiſſe interpretes, qui textum legis corrumpere & deprauare auſi ſint: indéque etiam colligas verba illa quæ tollimus *extra quartam, id eſt quod à coherede accipitur*, quæ aſteriſco notantur quæque abſurdam efficiant legis ſententiam & orationis conſtructionem, ab eodem interprete addita fuiſſe, & vt rectè omnia inter ſe cohæreant, tollenda eſſe.

CAPVT V.

Ad l. filium. 24. C. fam. erciſc.

SVMMARIA.

1 *Verba illa d. l. 24.* habentem fundum, *an de fundo prælegato vel retineri iuſſo accipienda ſint?*
2 *De fundo quem filius in peculio habuit* d. l. 24. *accipiendam eſſe.*
3 *Vera ſpecies & cauſa conſtitutio* d. l. 24.
4 *Interpretum error in explicanda huius legis ſententia.*

IN † huius loci explicatione refutanda primum nobis eſt eorum ſententia qui fundum de quo agitur, prælegatum fuiſſe interpretantur, itémque aliorum, qui filium de reſtituenda ſua hereditatis portione rogatum fundum ex ea retinere iuſſum eſſe ponunt. Nam & verba illa *habentem fundum* neſcio quid aliud præ ſe ferunt? Et ſi fundus aut prælegatus, aut retineri iuſſus proponeretur, falſum eſſet quod lex ait eas partes fundi, quæ à coheredibus percipiuntur, quibus nihil viciſſim filius præſtat, reſtituendas eſſe. Siue enim ita intelligas, vt pro iis partibus fundus veniat in reſtitutionem hereditatis, falſum eſt illam prælegati partem quæ iure legati capitur in reſtitutionem venire. *§. vlt. l. in fideicommiſſariam. 38. D. ad S. C. Trebell.* Siue quod probabilius eſt, eam legis ſententiam eſſe putes vt iudicio familiæ erciſcundæ partes reſtituantur: Certum eſt ad arbitri familiæ erciſcundæ officium pertinere vt ex voluntate defuncti prælegata & retentiones integras ei adiudicet ſeruétque præcipuas cui teſtator dedit. *l. heredes. 25. § vlt. cum l. ſeq. & l. ſi ita. 42. D. famil. erciſc. l. cum pater. 77. in prin. de leg. 2.* † Verius igitur eſt quod iam olim 2
placet quo 1

plætique ex interpretibus tradiderunt, filium qui de hereditatis parte reſtituenda rogatus proponitur, neque prælegati, neq; retentionis iure, ſed in peculio habuiſſe fundum, de quo diſputamus. Quicquid enim viuo patre filius habet, id ſi aliud non appareat ex cauſa peculij habere eum neceſſe eſt. Certum autem eſt peculia liberorum poſt mortem patris in hereditatem diuidendam ad communionem eſſe reuocandâ. *l. certum. C. famil. ercisſc.* De illo igitur Imperatores conſulti ſunt, qua ratione fundus ille peculiaris poſt patris mortẽ factus hereditarius inter coheredes diuidẽdus eſſet, ac quomodo falcidiæ ratio poni deberet à filio quẽ pater portionẽ hereditariam reſtituere rogaſſet. Septem verò coheredes inſtitutos fuiſſe, quod ante nos *Arnaldus Ferrerius* obſeruauit ipſa legis verba demonſtrant, atque vnum ex iis filium ſcilicet qui fundum in peculio habebat rogatum vt partem ex qua inſtitutus erat fratribus ſuis ac præterea quibuſdã aliis duobus puta extraneis reſtitueret.†
3 Quare ſpeciem & cauſæ conſtitutionem ſic ponendam exiſtimo. Teſtator cùm ſeptingentos aureos in bonis haberet, ac inter cætera bona fundũ octo & viginti aureis dignum quem vni ex filiis ſuis in peculium viuus conceſſerat, teſtamento ſeptem heredes inſtituit, tres filios Titiũ, Lucium, & Semproniũ, & quatuor extraneos, Caium puta, Mæuium, Seium, & Cornelium. Titium rogauit vt portionem hereditatis fratribus Lucio & Sempronio, itémque extraneis Caio & Mæuio coheredibus reſtitueret ſub ea conditione. Si nauis ex Aſia veniret. De fundo nihil dixit, ideoque in diuiſionem hereditatis venire eum ſicut cæteras quoq; res hereditarias ambigi non poteſt. Rurſus quin fideicommiſſum valeat, reſtituendæ portionis hereditariæ, cùm conditio extiterit, poſtquam placuit in ſingulis heredibus legi falcidiæ locum eſſe nemo dubitat. itaque cum falcidiæ nomine Titius ex portione ſua, quæ centum aureorum eſt viginti quinque retinere debeat, eam conficiendæ quartæ rationem inibimus, vt ſeptimam partem prædij quæ iure hereditario ad eum pertinet, id eſt, quatuor aureos imputet. Eas verò portiones, quæ hereditatis iure in eo fundo ad Lucium, & Sempronium fratres, itémque ad Caium & Mæuium extraneos pertinent quibus portionem ſuam reſtituere rogatus eſt cõpenſet cũ pari quantitate quam ex portione reſtituenda retinere alioquin poſſet. Sic fiet vt quatuor ſeptimas fũdi partes, quæ ſexdecim aureos efficiunt cũ falcidia compenſet, & tam ex ſua, quàm ex coheredũ portionibus in eo fundo viginti ſibi conficiat, quæ quoniam ad quartam integram nõ ſufficiunt, cùm ea quinque & viginti aureorum eſſe debeat, id quod quartæ deeſt, nempe quinque aureos in ſupplemementum deducet ex ipſa portione hereditaria reſtituenda. Atq; ita confecto quadrante partim retentione, partim compenſatione, partim etiam deductione cogetur id, quod à cæteris coheredibus Seio & Cornelio, quibus reſtituere rogatus nõ eſt, in eo fũdo ſoluitur, id eſt duas ſeptimas quas iam ſupra quartam habet, iis reſtituere, non quidem ex cauſa fideicõmiſſi quod Seio & Cornelio nullum relictum proponitur, ſed iudicio familiæ erciſcundæ, de quo titulus ille eſt. Neque enim eum falcidia compenſare Titius poteſt eas partes fundi quæ ad Seium & Cornelium pertinent, quibus nihil ipſe viciſſim præſtat. Quæ ſanè veriſſima & facillima eſt, licet noua, necdum tradita huius legis ſententia, ex qua intelligimus nihil eam pertinere ad id de quo præcedenti capite quærebamus An prælegati aut retentionis pars quæ à coherede accipitur in Trebellianicam imputetur. † Et toto cœlo errare eos, qui legis ſenten-
4 tiam illam eſſe putant, vt Titius de fundo reſtituendo rogatus quartam ex eo retineat, in quam imputet quod à fideicommiſſariis accepit ſi tantum acceperit, quantum ad quartam ſatis ſit ſin minus, ex ipſo fundo fideicommiſſario detineat quod ad quartam deeſt. Quod ſi plus acceperit, reddere id compellatur Nam de portionis hereditariæ non de fundi ſubſtitutione rogatus Titius proponitur. Neque rurſus paria ſunt, vt illi putant, an in falcidiam imputetur, an cum quarta compenſetur, quod à coheredibus percipitur Quæ enim à coherede accipiuntur, ea in legatorum falcidiam minimè imputantur, quia iure hereditario non capiuntur, nec tamen ideò minus compenſantur. *l qui non militabat. 78. D. de hered. inſt. l. Neſennius 22. D. ad l. Falcid.*

Caput VI.

Emendatio l. ob hæc verba 20. D. de his qui not. infam. & l fundum 20. D. de euict.

SVMMARIA.

1 *Papiniani ratio in* d. l. 20. *quomodo accipienda ſit*
2 *An qui falsò & per calumniam accuſationem inſtigant infames fiant?*
3 *Bartoli* ad d. l. 20. *coniectura reijcitur.*
4 *Emendatur* d. l. 20. *& pro* mandatoris *legitur* damnatoris.
5 *Boni iudicis officium.*
6 *Emendantur & ſupplentur nonnulla in* l. fundum. 20. ff. de euict.
7 *Pompony ſententia in* d. l. fundum

OCcurrunt plæraque in libris noſtris librariorum errata in tranſpoſitione literarum aut verborum, quæ niſi diligentius attendenti non facile eſt animaduertere, vt ex iis quæ hoc capite docebimus intelligetur. In *l. ob hac verba* 20. *D. de his qui not. infa.* Papinianus ſcribit. Ob hæc verba ſententiæ Præſidis prouinciæ *Callido commento videris accuſationis inſtigator fuiſſe*, pudorem potius oneratũ quàm ignominiam irrogatam videri.† Tum rationẽ ſubiicit. *Non enim qui exhortatur* 1
mandatoris opera fungitur. Quæ ratio quomodo accipienda ſit, & quo ſenſu ad Papiniani reſponſũ accõmodari debeat, *Accurſius* & alij interpretes non explicant. Illud tantùm notant. eum qui exhortatur non mandare atque in eam rem ſilia plæraque congerunt, quæ à Papiniani ſententia certè omnino ſunt aliena. Cur enim Præſes prouinciæ mãdatoris opera fungeretur? Aut cur cũ in quẽ prolata ſunt verba illa ſententiæ Præſidis exhortatorẽ duntaxat, non etiam mandatorẽ accuſationis fuiſſe diuinamus? imò inſtigatorẽ dixit. Præſes prouinciæ non exhortatorẽ aut mandatorẽ. Indéque nimirum dubitandi cauſa naſcebatur, propter quã nõ pudor tantùm oneratus, ſed in familia quoque irrogata videretur, quòd certi iuris ſit non eſſe hac parte diſſimilem calumniantis inſtigatoris, & accuſatoris rationẽ *ex l. 1. §. incidit. D. ad S. C. Turpill.*† Qui locus apertiſſimè cõuin- 2
cit ſententiã exiſtimantiũ eos qui falsò & per calũniam accuſationẽ inſtigarint, non fieri infames. Tam enim infames fiunt, nec minus in Senatuſconſultum Turpillianum incidunt ſi ab inſtigatione deſiſtant, quàm qui per calumniam accuſationem inſtituerunt aut inſtitutam accuſationem proſequi deſtiterunt. Omnes namq; calumniatores Prætoris edictum infames facit, *l. 1. D. de calumniat.*† Nec poſſis Papiniani reſponſum quod cõ- 3
trar ũ videtur ex eo defendere, quòd *Bartolus* diuinat verba illa ſententiæ Præſidis, quæ Papinianus refert, prolata fuiſſe prius quàm de cauſa cognoſceretur. Vnde infert ille verba iudicis vituperioſa (ſic enim loquitur) ſi non prolata ſint cauſa cognita infamiã non irrogare. Quis enim *Bartolũ* admonuit in ea ſpecie, quæ Papiniano ex facto proponebatur, nullã cauſæ cognitionẽ præceſſiſſe, vt Præſidẽ prouinciæ ad ſententiã de accuſatione ferendã ſine vlla cauſæ cognitione contra omnẽ omnium iudiciorũ exercendorum ordinem ac ritum prodiiſſe? Aut cur ſententiæ appellatione Præſidis interlocutionem intelligere volumus, quæ propriè ſententia

tentia dici non poteſt. *l. quod iuſtit. 14. D. de re indic. & tit. C. de ſent. & interloc. omn. iud.* Probabilius ergo eſt loqui Papinianum de ſententia Præſidis diffinitiua lata ſuper accuſatione per calũniã inſtituta, & in eũ qui accuſationis inſtigator dicebatur direxiſſe Præſidẽ verba illa, *Callido commento videris accuſationis inſtigator fuiſſe* quibus ignominia ei, tamquã calũniatori irrogata videbatur.
4 † Sed hanc non irrogatæ ignominiæ rationem Papinianus adfert, quod is qui exhortatus damnatoris opera nõ fungatur. Lego enim *dãnatorie* pro *mũdatoris*, prioribus dumtaxat literis quæ inuerſæ & tranſpoſitæ erant, in priſtinũ ſuum locũ reſtitutis. Senſus verò eſt & perelegans & apertus, Præſidẽ prouinciæ iis verbis quæ proponuntur, non tam id egiſſe vt inſtigatorem de calumnia condemnaret, quàm vt eum exhortaretur ne in poſterum callidis eiuſmodi commentis ad inſtigandas accuſationes abuteretur. Infamia igitur, & ignominia irrogata non eſt cùm nulla cõdemnatio ſecuta ſit. Nam vt calumniator infamia notetur, non ſufficit calumniatum eſſe eũ, ſed illud præterea requiritur, vt calumniæ cauſa ſit condemnatus, *l. athletas. 4. §. calumniator. l. non alia. 19. D. de his qui not. infa.* Sicut & in cæteris criminibus ſiue priuatis, ſiue publicis accidit, vt nunquã ex ipſo crimine, ſed ex ſententia tãtùm quæ de crimine lata eſt infamia irrogetur. *l. quid ergo. 13. §. vlt. D. eod. l. infamẽ. 7. D. de publ. iud.* Ita fit vt multũ intereſſe dicendum ſit an Præſes prouinciæ ſic pronunciauerit, *Per calumniam accuſationis inſtigator fuiſti*, an quomodo Papinianus ponit, *Callido cõmento videris accuſationis inſtigator fuiſſe.* Illa enim verba ſententiæ & condemnationis, hæc verò
5 exhortationis potius ſpeciẽ præ ſe ferunt. † Denique ad boni iudicis officium pertinet non tantũ vt abſoluat, aut condẽnet, ſed etiam vt interdũ exhortetur, præſertim ſi quando probationes minus plenas eſſe videat, quàm vt iis moueri poſſit ad condemnandũ eum, quem tamen aliqua delicti ſuſpicione non omnino vacare ex litis indiciis & argumentis intelligit. Hæc ad Papinia-
6 num, nunc ad Pomponium. † Is *in l. fundum. 20. D. de euiction.* ita ſcribit, Fundum meum obligaui, deinde alienaui tibi, vt eo nomine nõ obligeris. Si eum poſtea abs te emam, & ſatis pro euictione mihi des, excipiendum cautione, quòd pro me obligatus ſit: quia etiam non excepto eo, agendo, eo nomine contra te, doli mali exceptione poſſim ſũmoueri. Dico tollenda eſſe verba illa, *vt eo nomine non obligeris*, & in ſequentibus ſic legendũ, *excipiendum cautione vt eo nomine non obligeris, quòd pro me obligatus ſit.* Nã conuentione fieri non poteſt vt fundum quẽ obligaui tibi alienẽ hac lege, ne tu eo nomine obligeris. Pignoris enim obligatio rem ipſam obligatã, non perſonã obligantis afficit, & alienatio cùm ſit, eam neceſſe eſt fieri cum ſua cauſa, ne alioqui eueniat, vt ſit in poteſtate debitoris pignus alienando ſoluere obligationem, in eoque deteriorem facere creditoris conditionem. Rurſus quamuis in fundi obligati venditione dictum non ſit vt tu eo nomine non obligeris, nemo tamen dubitat quin creditore fundum iure pignoris euincente ſim obligatus aut ex ſtipulatione duplæ ſi interceſſerit, aut ex empto propter naturam contractus bonæ fidei ex quo vacuam poſſeſſionem tradere tibi debeo, & præſtare vt eam rẽ quam vendidi habere tibi liceat. Ergo inutilis & nullius momẽti eſt ea venditionis cõditio vt tu pignoris nomine nõ ſis obligatus. Aut potius inepta & ridicula eſt cõuentio, cũ fieri non poſſit vt pignoris nomine emptor obligetur. Quamquã enim pignoris obligatio rei obligatæ alienatione non extinguitur, ipſa tamen emptoris perſona nõ ideò obligatur, vt nulla cauſa ſit paciſcẽdi ne emptor pignoris nomine obligetur. Sed neque rectum ſenſum habet quod ſequitur *excipiendum cautione quòd pro me ſit obligatus*, niſi cum *Accurſio* ſuppleas quæ nos addenda eſſe contendimus: & ſic legas, *excipiendum cautione vt eo nomine*
7 *non obligeris, quòd pro me ſit obligatus.* † Id enim apertè ſibi vult Pomponius. Si fundum obligatum quem tibi vendidi poſtea abs te emam & tu euictionis cauſa ſatiſdes, excipiendum eſſe cautione & promiſſione ne tu ex ſtipulatione aut venditione obligeris eo nomine quòd pro me fundus ſit obligatus, ſi quando contingat cum pignoris iure per creditorẽ euinci. Æquum autẽ eſſe vt cautione id excipiatur probat Pomponius hac ratione, quòd etiam non excepto eo agendo hoc nomine contra te, doli mali exceptione poſſem ſummoueri. Quoties enim facto meo res quam abs te emi euincitur, nullam ob eam rem aduerſus te actionem habere poſſum. *l. hoc iure. 27. D. eo. tit.* Propter quam cauſam mihi videbatur aliquando corruptũ eſſe Pomponij textum & addita negatione legẽdũ *non excipiendum cautione* quaſi monere is voluiſſet non eſſe excipiendũ cautione vt eo nomine non obligeris, quandoquidem & non excepto eo ſi ex ſtipulatione agere vellem doli exceptio mihi noceret. Fruſtrà enim excipi videtur quamuis exceptum non ſit pro excepto tamen habeatur. Sed me nunc in contrariã ſententiam illud vocat, quòd expreſſæ exceptionis vtilitas illa futura ſit vt ipſo iure nulla mihi actio ex ſtipulatione competat quæ tamen ex verbis competeret, ſi cautione & promiſſione nihil exceptum eſſet. Alioqui doli exceptio obiici non poſſet ſi actio nulla competeret quæ per exceptionem elideretur. Atqui longè commodius & vtilius eſt ipſo iure tutum eſſe, quàm per doli exceptionem, quod per actionem propoſitam multa accidere poſſint quæ exceptionis vim & poteſtatem, vel impediant, vel remorentur, vt non tantùm Iuriſconſultis ſed pragmaticis quoque notum eſt.

CAPVT VII.

De purgatione moræ.

SVMMARIA

1 *Moram tribus modis contrahi vel ex perſona vel ex reipſa, vel ex die.*
2 *Quando* ex reipſa *mora contrahatur?*
3 *Moram* ex die *ſolo temporis curſu ſine vlla interpellatione contrahi.*
4 *Moram, ſiue ex perſona, ſiue ex re contracta ſit ante litis conteſtationem purgari poſſe.*
5 *Mora ex die contracta cur poſt diem purgari non poſſit?*
6 *Quando mora contracta ex ſtipulatione quanti res eſt, purgari poſſit, vel non?*
7 *Caſus quo die ſtipulationi adiecta poſt diem mora purgatur.*
8 *De qua ſtipulatione accipi debeat.* l. etſi. 8. ff. ſi quis caution. in iud. ſiſt. cauſ. dat.
9 *Cur in* d. l. etſi *mora contracta ex ſtipulatione cui dies & pœna adiecta eſt poſt diem tamen purgetur?*
10 *Cur aliud in pœna ob traiectitiam pecuniam ſua die non ſolutam, item in pœna ex compromiſſo dari iuſſa, obtineat?*
11 *Explicatur exceptio addita in* d. l. etſi.
12 *Differentia inter Prætorias & conuentionales ſtipulationes, à Bartolo conſtituta reiicitur.*

MOram † contrahi certũ eſt vel ex perſona, vel ex 1
re ipſa, vel ex die. Ex perſona contrahitur ſi interpellatus quis opportuno loco & tempore non ſoluerit quod debet, vel non acceperit quod ſibi debetur. In quo genere contrahendæ moræ ſi quando diſputetur an ea contracta ſit, facti plærunq; quæſtio eſt, potiùs quàm iuris, ita vt neq; conſtitutione vlla, neque iuris authorum quæſtionibus decidi id poſſe videatur, quemadmodum Marcianus ſcribit in *l. mora 32. D. de vſur.* vbi illud etiã adiicit non ſufficere ad probationem contractæ moræ vt debitori, vel creditori ſuo quis denũciauerit, ſed illud præterea requiri, vt non omittatur debiti repetendi aut offerendi

offerendi inſtantia ſi ſui poteſtatem facere cœperit is,
cui denunciatum eſt.Non quòd ad contrahendam mo-
ram ſæpius interpellatũ quem eſſe neceſſe ſit, vt vulgo
plærique exiſtimant (vnica namq; interpellatio ſufficit
ſi modò ſolemniter hoc eſt teſtatò facta ſit.*l. Titia Seio*
80.§.*vſuras de lagat.2.l.qui Roma.*112.*in prin.D de verb.*
oblig.)ſed vt intelligamus moram, quæ ex perſona eius
qui interpellatus eſt contracta fuit facilè ex perſona
eius qui interpellauit purgari ſi is debiti repetendi aut
2 offerendi inſtantiam remittat.† Ex re ipſa moram fieri
dicimus.Si quis fortè inſulã ædificare promiſerit, neq;
tamen ædificauerit intra id tẽpus quod ad ædificandam
inſulã ſufficere potuiſſet. Quẽadmodũ enim ſtipulatio
illa *Inſulam ædificari* quæ verbis pura eſt,ex re ipſa dila-
tionẽ capit vt nõ prius actio incipiat,quàm tẽpus tran-
ſierit intra quod ædificari inſula poterit *l.interdũ.*73.*D.*
*de verb.oblig.*Ita fit vt ſi promiſſor intra id tẽpus inſulã
non ædificauerit re ipſa morã contraxiſſe intelligatur,
licet interpellatio nulla præceſſerit.*l. ſtipulationes.*72.§.
vltim.D.eod. Quáquã diſſenſiſſe videntur Iurecõſulti in
quæſtione illa,An ex huiuſmodi ſtipulatione agi poſſit
priuſquàm tẽporis tantũ præterierit quanto inſula fa-
bricari potuerit,cùm Pomponius & Marcellus ſcribant
nõ prius agi poſſe.*l.ſi ita ſtipulatus eſſem.*14.*l.exiſtimo.*98.
§.*vlt.D.eodẽ.*Vlpianus verò cõtra in *dict.l.ſtipulationes.*
magis eſſe putet,vt ſtatim atque mora faciendæ inſulæ
fieri cœpit ſtipulationis dies cedat, agique ex ea poſſit.
Quod tamen quomodo accipiẽdum ſit,quoniam variis
Doctorum noſtrorum contentionibus valde agitatum
& controuerſum eſt ; neque ad inſtitutam diſputatio-
3 nem omnino pertinet alio loco explicabimus.† Poſtre-
mò ex die morà contrahitur ſi quis ad certam diem da-
turum ſe facturúmve aliquid promiſerit, neque dederit
vel fecerit intra diem præſtitutum.Hoc enim caſu ſicut
& ſuperiore nulla interpellatio requiritur, ſed ſolo
temporis curſu & diei aduentu mora contrahitur. *leg.*
*pecuniæ.*9.§.*vſurarum. D.de vſur.l. magnam C de contr. &*
*commit.ſtipul.*Adeò vt Paulus ſcripſerit ad diẽ ſub pœna
promiſſa pecunia,& ante diem mortuo promiſſore,pœ-
nam committi,proindéque moram contrahi licet adita
non ſit eius hereditas.*l.ad diem* 77.*D de verbor. obligat.*
l.vlt. D. de nautic. fœnor. l. traiectitiæ. 21. *D. de oblig. &*
*action.*Et quod magis mirum videri debeat,ſi ante diem
creditor moriatur, nec exiſtente die quiſquam ſit cui
pecunia ſolui poſſit, ea diei adiectæ vis & poteſtas eſt
vt moram nihilominus contrahere promiſſor videatur,
quamuis totius eius temporis quo ſolui non poteſt
mora ſit inculpata,& non damnoſa, *d.§.vſurarum.*Sicut
autem variis rationibus mora contrahitur, ita ſi con-
4 tracta ſit aliter atque aliter purgatur. † Nam ſi ex per-
ſona id eſt per interpellationem contracta fuerit, con-
ſtat debitorem quandocumque offerentem ante litis
conteſtationem liberari, atque ita moram purgari ac ſi
contracta non fuiſſet *d.l.interdum* 73.§. *vlt.l. ſi ſeruum.*
91.§.*ſequitur.D.de verb. obli.l.qui decem.*72. *in prin.&* §.
1.*D. de ſolut.* Neque diſtinguemus an in ſtipulationem
pœna deducta ſit, aut an creditoris cœperit intereſſe,
necne. Omnimodo namque mora purgabitur, & ſibi
imputare creditor debebit quòd citius litem cõteſtatus
non fuerit. Idémque iuris erit ſi ex re ipſa moram de-
bitor contraxerit, quòd fortè inſulam non ædificauerit
intra id tẽpus quod ædificãdæ inſulæ ſufficere potuiſſet.
Sufficit enim ſi ante litem conteſtatã ædificauerit, aut
ædificare cœperit *l.ſi inſulã.*84.*D.verb.oblig.*Atq; huius
iuris ratio & aperta eſt,& elegans.Nimirũ, quòd debi-
tor qui non niſi ad dandũ vel faciendũ aliquid obſtri-
ctus erat, obligationi ſatisfecerit quocunq; tandẽ tem-
pore dederit vel fecerit quod debebatur. Verum enim
eſt datum vel factum fuiſſe quod dari vel fieri debue-
5 rat.Cur non igitur liberatio contingeret? † At ſi mora
ex die contracta ſit, verius eſt vt poſteà purgari num-
quam poſſit, nec aliter debitor liberetur, quàm ſi ea
omnia præſter, quæ poſt litem conteſtatam præſtanda
eſſent.Perpetuo enim verum eſt intra diem obligationi
adiectum datum aut factum non fuiſſe id quod vt intra
diem illum daretur,vel fieret,conuenerat.*leg.Celſus ait.*
23.*D. de recept.arbitr.* Nihil igitur debitori proderit,ſi
poſt diem dare vel facere velit quod intra diem iam
datum vel factum eſſe oportuerat. Neque probo ſen-
tentiam diſtinguentium an ſtipulationi pœna aliqua
adiecta ſit an nulla. Quaſi maior & ſeuerior ſit ſtipula-
tio pœnæ quàm eius,quod intereſt,cum illa committa-
tur ſui natura ſtatim ipſo iure ex ſolo die tardæ ſolu-
tionis, hæc neque ex die committatur, neque ex inter-
pellatione qualibet facta extra iudicium,ſed tantùm ex
lite mota vel conteſtatã. Niſi ex mora, inquiunt, ius
actoris deterius factum ſit. An non enim obligationi
dies fruſtrà præſcriberetur, ſi poſt diem purgare mo-
ram liceret?An non ſemper verum eſt intra diem præ-
ſcriptum ſatisfactum non eſſe? Deinde cùm ſtipulatio.
Quanti res eſt non niſi eius quod intereſt obligationem
contineat.*l.vltim.D.de prætor.ſtipulat.* nec proinde poſ-
ſit eiuſmodi ſtipulatio committi niſi ſtipulatoris inte-
reſſe cœperit. An non abſurda eſt exceptio illa : *niſi ex*
*mora ius actoris deterius factum ſit.*Perinde enim eſt, ac ſi
diceres ſtipulationem ex qua debetur id, quod inter-
eſt non committi, niſi ſtipulatoris cœperit intereſſe:
quod etſi verum eſt, tamen ad propoſitam diſputatio-
nem non pertinet.Quærimus enim an mora ex die con-
tracta, oblatione poſt diem purgetur. Mora autem
contrahi non poteſt ex ſtipulatione ex qua agi num-
quam potuerit. *l.ſi pupillus.*127. *D. de verborum oblig.l.*
*nulla.*88. *de regulis iuris.* nec rurſus agi ex ſtipulatione
Quanti res eſt,priuſquam interſit. † Etſi admittas quod 6
omnino admittendũ eſt, moram contractam ex ſtipula-
tione *Quanti res eſt* non poſſe purgari poſteaquam cœ-
perit intereſſe ſtipulatoris, fateri te neceſſe eſt nunquã
purgari poſſe,quia nec antequam interſit contracta vi-
deri poteſt.Ac quẽadmodũ de bonorum poſſeſſione de-
cretali ſcriptũ eſt in *l.*1.§.*decretalis.D.de ſucceſſ.edict.*nõ
poſſe eam repudiari priuſquã decreta ſit quia nec dum
delata eſt,poſteà verò quàm decreta eſt ſerã eſſe repudia-
tionẽ quia iam eſt acquiſita:Ita de ſtipulatione *Quanti*
res eſt dici poteſt non poſſe ex ea moram contrahi ante
quàm ſtipulatoris interſit quia nec prius commiſſa eſt
ſtipulatio.Poſtquam autem cœpit intereſſe nimis ſeram
eſſe obligationẽ,cùm ſtipulatoris ius ex mora iam dete-
rius factũ ſit.Quod tamen ita verũ eſt,ſi diẽ ſtipulationi
adiectũ eſſe proponas.Nam ſi dies adiectus nõ ſit,beni-
gna interpretatione placuit non prius cõmiſſam videri
ſtipulationẽ quàm ſi ex ea lis cõteſtata ſit,*l.cũ quæreba-*
*tur.*13.§.*proinde D.iudicat.ſolui l.nuda.*5.*C.de contrab. &*
commit.ſtipulat. quẽadmodum contingeret ſi in obliga-
tione factũ duntaxat deductũ eſſet non ſubiecta ſtipula-
tione *Quanti res eſt,vt in dict.l.ſi inſulã.*84.*de verb.oblig.*
Parum enim refert an diſertis verbis promiſſum ſit,
Quanti ſtipulatoris intererit, an verò in locum obliga-
tionis faciendi ſuccedat obligatio eius quod intereſt.*l.*
*quoties.*81.*D.eodem.l.ſi quis ab alio.*13.§.*vlt.de re indicat.*
Et cum vtroque caſu dies adiecta non ſit debitorem ad
purgandã morã vſq; ad litis conteſtationem audiri ad-
mittimus.Die verò adiecta nullum poſt diẽ obligationi
locũ ſupereſſe cõtendimus ſi iam ſtipulatoris interfuit,
ne alioqui fatendum ſit inutilem eſſe diei adiectionem,
quod à contrahentium voluntate & contractus verbis
omnino alienum eſſet. † Nec ſententiæ noſtræ aduer- 7
ſatur quòd à Scæuola reſponſum legimus in *l.ſi ita quis.*
135.§ *Seiam de verborum obligat.* etiam die ſtipulationi
adiecta moram purgari poſſe ſi non multò poſt diẽ offe-
ratur,nec ſtipulatoris propter moram quicquam inter-
ſit.Non enim de ſtipulatione pœnali aut *Quanti res eſt*
apud Scæuolam tractatur, ſed de pacto incontinenti
poſt ſtipulationem adiecto vt intra Calendas Apriles
primas vniuerſam ſummam mandatori numeraret &

hortos

hortos acciperet. In qua ſpecie meriò reſponſum eſt
paucorum dierum moram nocere non debere, vt in *l. ſi
in lege. 24. §. colonus. D. locat.* cùm neq; ſtipulatoris quic-
quam interſit, neq; ob cauſam dies adiecta ſit, vt ſi intra
eam diem promiſſioni non ſatisfieret pœnam aliquam
eo nomine promiſſor pateretur, ſed ideò duntaxat vt ad
dictam diem ſatisfaceret: Satisfeciſſe porrò videtur ſi
non multò poſt tempore ſatisfecerit, cùm nihil dũ ſti-
pulatoris intereſſet. Neque poſſis dicere inutilem hoc
caſu videri diei adiectionem quando neque litis conte-
ſtatæ tempus, neque longum interuallum expectandum
erit, vt moræ purgatio impediatur quod tamen expe-
ctari eſſet neceſſe, ſi dies adiecta non fuiſſet. At magis
tempus videtur quod Caius ſcribit *in l. etſi poſt tres 18. D.
ſi quis caution. in iudic. ſiſtend. cauſ. fact. non obtemp.* Etſi
poſt tres aut quinque pluréſve dies quàm iudicio ſiſti
reus promiſit ſecũ agendi poteſtatẽ fecerit, nec actoris
ius ex mora deterius factum ſit conſequens eſſe dici de-
8 bere eum per exceptionem defendi.† Non enim probo
quod obiectionis tollendæ aut vitãdæ cauſa, vir doctiſ-
ſimus *Iacobus Cuiacius* admonuit eam legem de ſtipula-
tione Quanti res eſt, non de pœnali accipiendam eſſe.
Nam quamuis pœnæ in ſtipulationem deductæ mentio
non fiat, attamen vt rectiſſimè *Accurſius* animaduertit,
non niſi de pœnali ſtipulatione intelligi Caius poteſt,
cùm vt ſupradictum eſt pœna nulla adiecta ſtipulatio.
Quanti res eſt quæ in Prætoriis præcipuè ſtipulationi-
bus, eius duntaxat quod intereſt promiſſionẽ continet,
*l. vltim. D. de Prætor. ſtipulat. & dict. l. quoties. 81. de verbo-
rum obligat.* priùs committi non poſſit, quam ſtipulato-
ris interſit, nec ſi dies ſtipulationi adiecta non venerit.
Quomodo enim aut qua fronte id quod ſua intereſt
petere poſſit is, cuius nihil interſit? Pœnam igitur præ-
miſſam fuiſſe ponendum eſt, quæ & ſubiicit plerumque
ſolet ſtipulationibus in iudicio ſiſtendi cauſa factis, *vt
in l. 2. l. ſi duo. 5. §. 1. l. ſi ſeruus. 9. §. 1. l. ſi eũ. 19. §. 1. l. pen. D.
eod. tit ſi quis caution.* idque ex conſilio Iuriſconſulti in
d. l. vlt. de Prætor ſtipulat. ne ſtipulatori neceſſe ſit proba-
re intereſſe ſua, & quanti interſit, quæ probatio vt plu-
9 timũ perdifficilis eſt.† At cùm dici ſoleat adiecta pœna
non eſſe quærendũ an & quatenus ſtipulatoris interſit,
ſed illud tantùm inſpiciendum, quænam ſit quantitas &
conditio ſtipulationis. *l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. D. de
verborũ obligat.* quid illud eſt quod Caius ait ſtipulatori
poſt diem agenti obſtaturã doli exceptionẽ ſi poſt tres
aut quinque pluréſve dies promiſſor ſecum agendi po-
teſtatem fecerit, needum ſtipulatoris quicquam interſit?
An quod huiuſmodi ſtipulatio ſit ex numero cautio-
nalium ſtipulationum quæ priorum actionum quas no-
uant & perimunt: naturam tamen induunt & vicẽ re-
præſentãt, ſicut primo libri tertij capite explicauimus?
vt proinde non prius agi poſſit ex ſtipulatione quàm
ſtipulatoris interſit, quia & nulla ſtipulatione interpo-
ſita nõ niſi ad id quod actoris intereſſet agi poſſet. Sed
non ita eſt. Id enim tum demum verè dicitur cùm in ſti-
pulationem deductum fuit dũtaxat Quanti res eſt nulla
pœna adiecta. Pœnæ adiectio efficit vt amplius quæ-
rendum non ſit an aut quantum interſit ſtipulatoris,
neque item ſtipulationis pœnalis natura patitur vt vllo
caſu nouet præcedentem obligationem. Ratio igitur
alia afferri nõ poteſt, quã quòd hæc ſtipulatio non tam
in promiſſoris odium interponatur, aut in vtilitatẽ ſti-
pulatoris; quàm propter neceſſitatem iudicij. Iudicium
namque nullum datur niſi poſt litem conteſtatam, nec
rurſus conteſtatio fieri poteſt, quin aduerſarius in ius
vocatus ſit & venerit. *§. omnium. Inſt. de pœn. temer. litigan.*
Propter quam cauſam ſcriptum eſt in *l. 1. D. de Prætor.
ſtipulat.* ſtipulationes iudicio ſiſti communes eſſe, hoc
eſt non tantùm cautionales, ſed etiam iudiciales, quia
propter iudicium vt ratum fiat interponuntur. Cui con-
ſequẽs eſt vt is qui à reo niſi ſteterit pœnã ſtipulatus eſt
non tam id ſolũ animo agitaſſe videatur vt reus iudicio
ſiſteret certa die, quàm vt ſibi poteſtas fieret ea die ex-
periendi, & agendi. Quid verò refert an ea ipſa die, an
poſt trium pluriũmve dierum moram reus ſecũ agendi
poteſtatem faciat, ſi modò actoris ius ex mora deterius
factum non ſit? Nam etſi reus iudicio ſtetiſſet ad dictam
diem, non ideò actor lucrũ aut commodum aliud obti-
nuiſſet, quàm vt citius egiſſe videretur. Iudicio igitur
duntaxat moram facit, qui ad diem non ſiſtit: fieri verò
poteſt vt iudicio mora fiat neque tamen ſtipulatoris ius
lædatur: quod cùm accidit æquum eſt actionem quæ ex
pœnali ſtipulatione commiſſa ſtricto iure naſcitur elidi
per exceptionem ſi poſt modicũ tempus, quod arbitrio
& religioni iudicantis æſtimandũ relinquitur, promiſ-
ſionis ſuæ reus ſatisfaciat. Si quidem & iudicium omne,
ex ſe moram habet & tractum temporis. Idq; eò æquius
eſt quòd in Prætoriis omnibus ſtipulationibus cùm
pœna promittitur non tam ad coërcendã ſeuerius pro-
miſſoris moram, quàm ad taxationẽ eius quod intereſt
promiſſa intelligitur, *d. l. vltim. de Prætor. ſtipulat.* Et ea
quoque ſoluta nõ ideò minùs iudicio ſiſtere reus debet
vt iudiciũ exerceatur, & Prætoris imperiu contumacia
promiſſoris cedat. Vnde fit vt eò facilius elidi poſſit
pœnæ petitio quòd valdè durum & iniquum videatur
pœnam omnimodo deberi ab eo qui non niſi paucorũ
dierum moram contraxerit, quique pœna ſoluta nihil-
ominus iudicio ſiſtere adhuc debeat, & promiſſioni ſa-
tisfacere.† Non idem eſt ſi quis traiectitiæ pecuniæ no- 10
mine ſi ad diẽ ſoluta non eſſet pœnam ob operas eius,
qui eam pecuniam peteret in ſtipulationem deduxerit.
Aut ſi arbiter ex compromiſſo pœnam certa die dari
iuſſerit, quibus exemplis Africanus vtitur in *l. traiectitia.
23. D. de oblig. & action.* His enim caſibus pœna omnino
in odium promiſſoris & moræ tantùm coërcendæ gra-
tia promittitur, & cùm ea ſoluta erit, promiſſor neque
ob operas ſerui qui ad petendum ſua die pecuniam
miſſus eſt, neque ex arbitri ſententia quicquam præſta-
re compelletur: ac proinde aut minor certè, aut nulla
potius æquitas ſubeſt, quæ faciat vt pœnæ petitio quæ
ſtricto iure competit elidi debeat per exceptionem. Id
namque citra ſtipulatoris iniuriam fieri non poſſet, qui
nihil niſi pœnam in ſtipulationem deduxit, ac cui nec
ſi eius intereſſet alia vlla ratione conſultum eſſet. † Ob-
ſeruanda verò eſt exceptio quæ ponitur in *d. l. etſi poſt
tres. ſi actoris ius ex mora deterius factum non ſit*, quã ego
ſic explico, Si actoris nondum intereſſe cœperit, non
quomodo *Accurſius*, ſi actionis ius deterius factum non
ſit. Aliud enim eſt actoris ius deterius fieri, aliud actio-
nis. Actoris ius deterius factum videtur cùm eius iam
interfuit, *l. vsque. 22. de recept. arbitr.* licet ipſius actionis
ius tale ſit, quale anteà fuerit. Cùm verò cœpit inter-
eſſe, nulla ratio eſt vt contractæ moræ purgatio admit-
tatur, quæ nec ſi pœna adiecta non eſſet, poſt diẽ tamen
hoc caſu admitteretur. *dict. l. ſi ita quis. 13. §. Seia. D. de
verb. oblig.* Multò igitur minus cum pœna adiecta eſt ad
taxationem eius quod intereſt, quemadmodum ſuprà
diximus. Quamuis enim maior quantitas in ſtipulatio-
nem deducta ſit quàm quanti re vera interſit, non ideò
tamẽ minus præſtari debet, ſicut & ex contrario ſi plo-
ris intereſſet, maior quantitas peti nõ poſſet, quàm quæ
pœnæ nomine promiſſa eſſet. † Nõ probo etiam quod 11
Bartolus tradidit, conſtituendam eſſe hac parte diffe-
rentiam inter ſtipulationes Prætorias & conuentiona-
les, quòd in Prætoriis facilius admittat Prætor purga-
tionẽ moræ ex æquitate quæ in conuentionalibus quas
non ex mente ſua, & pro arbitrio vt Prætorias, ſed ex
contrahentium verbis & voluntate interpretatur. Etſi
enim verum eſt in conuentionalibus ſtipulationibus
contractui formã dare contrahentes, Prætoris verò le-
gẽ accipere de mẽte Prætoris qui eas propoſuit. *l. in cõ-
uentionalibus. 52. D. de verborũ obligat.* pœnæ tamen ad-
iectio in Prætoriis quoque ſtipulationibus ſicut non fit
Prætoris imperio ſed ſtipulãtiũ volũtate, ita ex ſtipula-

tionis verbis, & contrahentium mente interpretanda eſt, neque aliam Prætoris quàm contrahentiũ mentem eſſe dici poteſt. Sanè probabilius erit ſi quis dicat ſtipulationes Prætorias ſic eſſe comparatas, vt ex iis ſi non ſatisfiat agatur in id quod ſtipulatoris intereſt, atque ideò facilius admitti purgationem moræ etiam poſt diem, & pœna adiecta, ſi nihildum ſtipulatoris interſit. Quaſi in huiuſmodi ſtipulationibus pœna adiiciatur, non tam vt peti poſſit quamuis nihil interſit, quàm vt ne ſtipulator cogatur probare quanti ſua intereſt, ſi modò vel aliquantulum intereſſe cœperit.

CAPVT VIII.

Triboniani error in §. ſi cui fundus alienus, Inſtitut. de legat.

SVMMARIA

1 *Non bene à Triboniano intellectam aut explicatam fuiſſe Iuliani ſententiam in* l. non quocunque §. fundus de leg. 1.

2 *Quomodo in* d. §. fundus *accipi debeant illa verba,* ſi ex teſtamento egero.

3 *Cur in* d. §. *ſpecie nudæ proprietatis pretium peti non poſſit?*

4 *An in dicta ſpecie vſusfructus ſeruitutis locum obtineat?*

5 *Refutatur ratio pro Triboniani errore allata.*

6 *Explicatur & declaratur* l. Mæuius. §. fundo, de leg. 2.

1 NOn † rectè à Triboniano accepta aut explicata mihi videtur Iuliani ſententia, quæ extat in *l. non quocunque. 82. §. fundus de legat.* 1. Eo loco Iulianus ſcribit, Si fundi alieni quẽ mihi teſtator legauerat proprietatẽ emero detracto vſufructu, ac poſtea fructuario cap. minuto aut defũcto vſusfructus ad me pertinere cœperit, tum ex teſtamento egero, iudicẽ tanti litẽ æſtimare debere, quantũ mihi aberit. Tribonianus verò in *§. ſi cui fundus alienus. Inſt. de legat.* Iulianum ſcripſiſſe refert in propoſitâ ſpecie rectè me agere & fundum petere, quia vſusfructus in petitione ſeruitutis locum obtineat: ſed officio iudicis cõtineri vt deducto vſufructu, ac proinde nudæ proprietatis præſtari iubeat, æſtimationem. Quod ſanè à Iuliani præſcriptis verbis & mente omnino alienum eſt. Neque enim ille eo loco qui vnus in hanc rem extat ita loquitur, vt dicat me rectè agere ſi fundũ petam, aut vſumfructũ quaſi ſeruitutis iure petere, † ſed
2 illud duntaxat ait, agere me ex teſtamento poſſe. Id verò ego ſic intelligo, vt tamen neque fundum poſſim petere neque fundum detracto vſufructu. Illo namque caſu in petitione contineretur id quod iam ex lucratiua cauſa haberẽ, id eſt vſusfructus, qui ad proprietatẽ meã reuerſus morte aut capitis minutione fructuarij mihi vltrò & gratis acquiſitus eſt, atq; ita obſtaret iuris regula, quæ negat duas lucratiuas cauſas circa eandem rem & eundem hominem poſſe concurrere. *l. Mæuius. 56. §. duorum D. eod. l. omnes. 17. l. ex promiſſione. 19. D. de obligat. & action.* At ſi nudam proprietatẽ peterem, id ipſum quoque peterem quod iam haberem, quódque poſteà quàm meum factũ eſt licet ex cauſa emptionis, quæ onerosa eſt mihi tamen amplius præſtari, magiſque meum fieri non poteſt. Quare nec vllo iuris loco ſcriptum reperias eũ cui res aliena legata eſt, ſi viuo teſtatore eius rei dominus ex cauſa emptionis factus ſit, legatã rẽ nihilominus ex teſtamento petere poſſe: ſed ſi ex teſtamẽto agat, poſſe pretium conſequi. *§. ſi res aliena Inſtit. de legat.* 2.
3 † Sed nec in propoſita ſpecie pretium poſſe me petere nudæ proprietatis palam eſt, quoniam ita fieret vt neque rem ipſam peterẽ, quæ mihi legata eſſet, cùm legato fundo pecunia legata non intelligatur. *l. debitor. 81. de legat.* 2. neq; ipſius rei quæ legata eſt, ſed alterius cuiuſdam æſtimationem. Eundum enim cùm dicimus, plenam proprietatem intelligimus, cui nuda velut ex diametro aduerſatur. † Multoque minus verum eſſe poteſt quod 4
Tribonianus & Triboniani errorem ſecuti interpretes omnes exiſtimant vſumfructum in hac petitione ſeruitutis locum obtinere. Quomodo enim fieri poſſit vt is, qui nihil niſi fundũ petit eum vſumfructũ petere videatur qui ſit ſeruitus, cùm fundi appellatione alius vſusfructus contineri non poſſit quàm qui cum proprietate coniunctus eſt, plenámque proprietatem efficit: is verò qui ſeruitus eſt non alius intelligatur, quàm qui à proprietate ſeiunctus ſit, & ſeparatus? *l. vtifrui. 5. D. ſi vſusfru. pet.* Ergo in ea ſpecie de qua diſputamus alia petendi ratio mihi nulla ſupereſt, quàm vt ex teſtamento agã, & heredem in id quod mihi ex teſtamento præſtare debet condemnari poſtulem. Fieri ſiquidem non poteſt vt male ex teſtamento agam, ſi nihil aliud petam, quàm quod mihi ex teſtamento debetur. Quemadmodum & in alio caſu contingit, de quo idem Iulianus tractat in *l. huiuſmodi. 84. §. qui ſeruum de legat.* 1. cùm ignorans legatarius ſibi legatã rem teſtatoris emit ab herede. Non enim Iulianus ait poſſe rem ipſam ex teſtamento peti, ſed ſi legatarius ex teſtamento agat, non aliter abſolui heredẽ oportere, quàm ſi pretiũ reſtituat, & rem emptoris faciat. His itaq; caſibus, & cæteris ſi qui ſunt ſimiles, officio iudicis cõtinetur, vt quoniã certa res non petitur, æſtimet ille quid deducendum ſit in condẽnationẽ, vt in *§. curare. Inſt. de actio.* Verum igitur non eſt quod Tribonianus refert, Iulianũ ſcripſiſſe rectè me agere ſi fundum petã, & vſumfructum in hac petitione ſeruitutis locũ obtinere. Sed cùm Tribonianus ea Iuliani verba, *ſi ex teſtamento egero*, ſic accepiſſet, ac ſi Iulianus ſcripſiſſet, *ſi ex teſtamento fundum petiero*, & tamen ea petitione vſumfructũ quoque contineri videret, qui iã legatario eſſet acquiſitus, comminiſci eum neceſſe fuit quod ille de ſuo adiecit, in huiuſmodi petitionem vſumfructũ deduci iure ſeruitutis, non proprietatis. † Neque defen- 5
di hic error poteſt eo argumento, quod à nonnullis adduci video, qui ſic ratiocinantur, vt petere fundum poſſim: quia eum vſumfructum, qui ſeruitutis ſit, & à proprietate diſiunctus nõ habeã; eum verò qui non ſit ſeparatus habere non poſſim ex alia cauſa, quàm ex qua habeo proprietatem, id eſt ex cauſa emptionis, quæ cùm onerosa ſit, non impediet quominus eundem ex cauſa lucratiua rurſus conſequi mihi liceat. Nam vt illud taceam poſteriorem huius dilemmatis partẽ apertè falsã eſſe, quia vſumfructum qui cum proprietate cõiunctus ſit, habeo gratis non ex cauſa emptionis, cum poſt emptionem mihi acceſſerit, vt & Tribonianus fatetur, cur non ex contrario rectius & verius argumẽtari quis poſſit. Non eſſe mihi permittendum vt fundum petã, quia iam habeam vſumfructum cum proprietate coniunctũ, eum verò qui ſit ſeparatus petere non poſſim, quia non ſit mihi legatus? Et verò qua ratione peti poſſit ſeruitutis iure is vſusfructus qui petitionis tempore à proprietate ſeparatus non eſt? Deinde an nõ prorſus abſurdum eſt ſi quis dicat legato fundo eum vſumfructũ videri legatum qui ſit ſeruitus, aut me qui fundi proprietatẽ habeo vſumfructũ petere poſſe iure ſeruitutis, cùm proprietarius eum vſumfructum, qui ſeruitus eſt, habere nunquam poſſit? † Sanè ſi quis fundum ſuum cuius ius tamẽ vſusfructus alienus eſt, mihi legauerit, Papinia- 6
no placet poſſe nihilominus vſumfructum ab herede peti, *d. l. Mæuius. 66. §. fundo de legat.* 2. Quod ſic accipiẽdum videtur, vt neque petatur tanquã ſeruitus, neq; tanquam pars fundi ſed tanquam emolumentũ legati. Itaq; ſi fundum ex teſtamento petã qui legatus eſt, non aliter heres liberabitur, nec prius teſtatoris voluntati ſatisfeciſſe videbitur, quàm ſi præſtet vt fundo mihi frui liceat, quoniã vſusfructus, tametſi in iure potius quã in parte conſiſtat, atq; ideò nulla fundi pars abeſſe videatur

mihi

mihi cui vſusfructus abeſt, rei tamen emolumentum continet, neque ſufficit ad liberationem heredis vt legata res præſtita ſit, niſi præſtetur etiã omne rei emolumentũ, quod ex legato conſequi legatarius poſſit. Hanc verò noſtram ad Iulianum interpretationem mirificè illud adiuuat quod ad eũ Marcellus notat, Si fundi alieni, qui mihi legatus eſt partem emero, & pars alia mihi donata aut legata ſit, non poſſe me niſi partem petere. Ita innuens ſatis, vt mihi videtur, apertè nec in Iuliani ſpecie fundum totum peti poſſe: alioqui diſſimile exemplum eſſet, quod Marcellus tanquam ſimile proponit.

CAPVT IX.

Ad l. 1. D. de rer. permutat.

SVMMARIA.

1 *An permutatione rerum emptio & venditio contrahi poſſit?*
2 *An ſine nummis venditio dici hodie poſſit?*
3 *Differentia inter* vendere *&* emere, *inter* emptorem *&* venditorem, pretium *&* mercem.
4 *Ratio differentia inter emptorem & venditorem conſtituta.*
5 *Cur venditor tradere duntaxat, non dare, emptor verò nummos venditoris facere teneatur?*
6 *Reiiciuntur varia Doctorum interpretationes ad illa Pauli verba in* d. l. 1. In permutatione verò ſi vtrumque pretium, &c.
7 *Pracipua emptionis & permutationis differentia.*
8 *Effectus actionis in factum qua datur in eum, qui permutationis titulo rem tradidit, qua poſtea euicta eſt*
9 *Explicatur* l. 1. C. de rer. permut.
10 *Secunda emptionis & permutationis differentia à Paulo conſtituta.*
11 *Cur permutatio qua elegans nomen habet, nullum habere exiſtimetur?*
12 *Tertia inter emptionem & permutationem differentia*
13 *Duplex differentia inter permutationem & contractum, do vt des.*
14 *Contractum do vt des non eſſe permutationem, ſed permutationis principium.*
15 *Cur actio qua ex permutatione oritur bona fidei ſit, illa verò qua ex contractu Do vt vt des, ſit ſtricti iuris.*
16 *An in electione ſit eius qui conuenitur ex contractu do vt des, vtrum vel contractum implere, vel quod acceperit reſtituere velit?*
17 *Suo loco reſtituatur verſic.* Ideóque Pedius ait d. l. 1. de rer. permut.
18 *Cur is qui alienam rem dat nullam contrahat obligationem?*

1 DIſputarunt † veteres iuris authores an permutatione rerum emptio & venditio contrahi poſſet quemadmodum Iuſtinianus ſcribit in §. *Inſt. de loca. & conduct.* Diſputationi verò cauſam illud dediſſe videtur, quod origo emendi vendendique à permutationibus cœperit. Nam vt Paulus ait in *l. 1. D. de contrah. emp.* cùm priſcis temporibus nondum eſſet nummus, fieri nõ poterat vt cùm viciſſim quid alter alteri præſtabat, aliud merx, aliud pretiũ vocaretur, ſed vnuſquiſq; ſecundum neceſſitatẽ temporum ac rerum, vtilibus inutilia permutabat, quando plærumq; euenit vt quod vni ſupereſt alteri deſit. Sed quia non ſẽper nec facile concurrebat, vt cùm tu haberes quod ego deſiderarẽ, inuicẽ ego haberem quod tu accipere velles, electa materia eſt, cuius publica aut perpetua æſtimatio difficultatibus permutationũ æqualitate quãtitas ſubueniret: nec amplius vtrũ-
2 que merx, ſed alterum pretium vocatur. † Neque tamen deſitum eſt dubitari an ſine nummis venditio dici hodie poſſit, veluti ſi ego togam dederim vt tunicam acciperem. Sabinus enim & Caſſius emptionem & venditionem eſſe putabant. Nerua autem & Proculus magis probabant, vt hoc caſu permutatio rerum non emptio contraheretur. Quorum ſententia poſt multas contentiones tandem obtinuit, atque adeò Sabinianis ipſis placuit, teſte Paulo qui Sabinianus fuit *in d. l. 1. de contrah. emp. l. naturalis §. §. 1. D. de praſcrip. verb.* Cõtra enim Sabini ſententiam idem Paulus multis verbis diſputat *in l. 1. D. de rer. permut.* ſed ita tamen vt in re non difficili perobſcurus meritò plæriſq; videatur. Quam ob cauſam operæ pretiũ viſum eſt ſingula eius verba Accurſiano more, ſed tamen longo aliter quàm *Accurſius*, & alij hactenus fecerint, explicare. † Primùm autem ſcribit 3
aliud eſſe vendere, aliud emere, alium emptorem, alium venditorem, aliud quoque pretium, aliud mercem. Etſi enim veteres in emptione venditionéque appellationibus huiuſmodi promiſcuè vſos fuiſſe, itémque in locatione & conductione Caius refert *in l. veteres. 19. & ſeq. De actio emp.* hoc eſt vt eum qui emiſſet venditorem plerumque dicerent, & eum qui locaſſet conductorem & contrà. Certum tamen eſt venditionem eam demùm dici quæ à venditore contrahitur, emptionem verò quæ ab emptore. Rurſus venditorem eum eſſe qui rem alienat certo pretio: emptorem verò eum qui ad pretij ſolutionem ſe obligat. Pretium denique illud eſſe quod pro merce datur, mercem autem eam rem, quæ pretio æſtimatur. An in permutatione, inquit, diſcerni non poteſt, vter emptor vel vter venditor ſit, vt ex eo inferamus, permutationem igitur nec emptionem eſſe, nec venditionem. Sed priuſquàm probet non poſſe in permutatione diſcerni vter ſit emptor vel vter venditor, monet iis verbis *multúmque differunt praſtationes* non ſine cauſa quæri vter ſit emptor aut venditor, quia venditoris alia, emptoris longè alia obligatio ſit, & quamuis mutuo vtriuſque conſenſu concurrẽte, vtrimque obligatio naſcatur, alias tamen eſſe venditoris, alias emptoris præſtationes. Emptor enim niſi nummos accipientis fecerit tenetur vendito: at venditori ſufficit ob euictionem ſe obligare poſſeſſionem tradere & purgari dolo malo, ita vt ſi res aliena vendita, & tradita ſit necdum euicta, nihil eo nomine venditor debeat. Quod & ſcriptum eſt *in l. ex empto. 11. D. de action. emp.* aliiſque pluribus locis. † Huius verò differentiæ quæ inter 4
emptorem & venditorem cõſtituitur, ratio à paucis inueſtigata, nondum ab vllo cuius ſcripta legere mihi contingerit rectè tradita & explicata eſt. Quod enim ab *Accurſio* ſcriptum & à *Bartolo* probatum video, emptorem non niſi generis debitorem eſſe, venditorem verò ſpeciei, & cùm in eo durior ſit venditoris conditio, debere in alio meliorem eſſe, in eo ſcilicet vt ſpeciem tradere duntaxat non etiam dare teneatur, mihi totum id ineptum & nugatorium videtur. Neque enim ex æquitate tantùm vt illi ſentiunt, ſed ex vera ac neceſſaria iuris ratione differentiam hanc proficiſci dubitandum eſt. Deinde quiſnam hac parte venditoris fauor eſſe poteſt cum ſi rem alienam tradiderit quæ poſteà euicta ſit, obligetur in id omne quod emptoris intereſt? quod plerumque non tantùm pretium conuentum egreditur ſed & veram rei ipſius æſtimationem *l. 1. D. de action. empt. l. in interdictio. 6. D. de vi & vi armat.* Non igitur venditoris fauore vllo id conſtitutum eſt, ſed quia ius ipſum non patitur vt venditor rei venditæ dominium in emptorem transferre teneatur, aut vt emptor ex alienis nummis ſoluere pretium poſſit, † 5
Venditor tradere duntaxat, nõ dare cogitur, quia inter emptorẽ & venditorem non id agitur præcipuè vt dominium transferatur, ſed ita demùm ſi dominus ſit is qui vendit. Qui enim rẽ emit, nõ tam de dominio quàm de venditoris iure acquirendo cogitat, quem ſcit futurum ſibi ſatis abundéque obligatum ſi aliena res vẽdatur, tũ euincatur. Nec inutilis dici poteſt rei alienæ emptio, ex qua & vſucapiẽdi cauſa acquiritur, & indẽnitati emptoris præſtatione eius quod intereſt omnino cõ-

ſoluitur. Emptor verò nũmos venditoris facere tenetur,
non tam quòd inter emptorem & venditorem id ma-
ximè agi videatur, quàm quòd ſi aliter ius conſtitutum
eſſet, ita fieret vt euicta pecunia quæ pretij nomine ſo-
luta eſſet quaſi decepto, & illuſo venditore, emptor ad
id quod venditoris intereſſet teneretur, quemadmodũ
ſi vendita & tradita ſit res aliena venditor ex contrario
ad omne id quod emptoris intereſt obligatur. Atqui
cùm pretium ſemper in pecunia nũmerata conſiſtere
debeat, ſic eueniret vt ratione nummorum ageretur ad
id quod intereſſet, quod tamen vix vllo caſu ciuilis le-
giſlator admittit, niſi cũ obligationi dies, aut locus ad-
iectus eſt, *l. nummes. 3. D. de in lit. iurand.* Credo, quod ſi
ex obligatione pecuniæ ad id quod intereſſet agere lice-
ret, facile in infinitũ quantitas condẽnationis excurre-
ret, niſi diei aut loci alicuius adiectione concluderetur, ac
veluti coerceatur. Eſt enim pecunia rerum omniũ men-
ſura, præterquam ſui ipſius, ſi eam æſtimationem quæ
publico populi cõſenſu, aut principiis placito certa ſta-
tuta eſt egrediatur. Quam ob cauſam conſtitui neceſſe
fuit, vt creditori pecuniæ nõ id quod intereſt ſed vſura
præſtetur. Ne igitur emptor qui pretij & pecuniæ nu-
meratæ debitor eſt, vel ſoluendo ex nummis alienis om
nino liberaretur, vel ad id quod venditoris intereſſet,
cõtra iuris rationẽ obligaretur, nõ aliter ius comparari
potuit, quàm vt nummos venditoris facere cogeretur,
vt ſi alienos ſolueret, quorũ dominium proinde in ven-
ditore non transtulerit, non minus teneatur actione ex
6 vendito, quàm ſi nihil præſtitiſſet. † Sequitur apud Pau-
lum, *In permutatione vero ſi vtrumq; pretium eſt, vtriuſque*
rẽ fieri oportet, ſi merx, neutrius. Quæ verba omnino malè
explicant, qui putant ſecundam à Paulo conſtitui diffe-
rentiam inter emptionem & permutationem, quòd in
emptione venditor rem tradere, emptor pretium dare
teneatur. In permutatione verò eo iure viamur, vt ſi
vtrimque pretium datum ſit, vtriuſque rem fieri opor-
teat: ſin merx, neutrius. Quomodo enim fieri poſſit
vt vtrimque pretium detur, niſi admittas quod Paulus
mox negat dici poſſe, vnã eandémq; rem & mercem, &
ſui ipſius pretium videri? Deinde quis neſciat permuta-
tionẽ non aliter contrahi poſſe, quàm ſi vtraque ex par-
te rerũ quæ permutantur dominium transferatur? Sed
neq; minus errant, qui putant Paulum his verbis illud
agere, vt probet permutationẽ neq; emptionem eſſe, ne-
que locationem. Emptionẽ non eſſe, quia ſi emptio eſſet
vtrimque dominium transferri oporteret, quod illi ab-
ſurdum eſſe aiunt. Locationẽ non eſſe, quia in permuta-
tione non id agatur vt vtraq; res detur loco mercedis:
mercedem enim ita dari vt in eius vicem res accipia-
tur: at in permutatione ab vtroque rem dari. Nam quod
abſurdum eſſe aiunt in permutatione vtriuſque rem
fieri oportere, non modò non abſurdum ſed etiam ve-
riſſimum & certiſſimum eſt, cùm Paulo cæteriſque Iu-
reconſultis placeat Pedij ſententia exiſtimantis alie-
nam rem dantem, nullam contrahere permutationem.
Quod verò ſubiiciunt de locatione omnino ridiculum
& ineptum eſt. Neque enim locationis aut mercedis vlla
apud Paulum mentio fit, niſi fortè illi mercedem pro
7 merce vel intelligunt vel legunt. † Pauli ergo ſententia
eſt, vel in eo maximè dignoſci emptionis & permuta-
tionis differentiã, quod cum in emptione merx trada-
tur, & pretium detur, in permutatione vtrimque rem
dari oporteat: quod tamen falſum eſſet, ſi permutatio
emptionis iure cenſeri poſſet. Dicendum namque eſſet ſi
merx vtrimque permutaretur nulla ex parte dominium
transferri, ſed eo tantùm caſu quo pretium vtrimque
daretur, quemadmodũ in emptione & venditione con-
tingit vt qui mercem debet, non niſi ad tradendum, qui
verò pretium, etiam ad dandum ſit obligatus. Probat
autem Paulus fieri non poſſe, vt in permutatione vtrũ-
que quod permutatur pretium ſit, vt ex eo inferat.
Nullo igitur caſu dominiũ in permutatione transferri

poſſe ſecundum eorum ſententiam qui putant emptio-
nem eſſe permutationem, cùm tamen fateri eos neceſſe
ſit in permutatione vtrimque rem dari, & dominium
transferri oportere. Argumentum quo Paulus vtitur eſt
in illis verbis. *Sed cùm debeat & res & pretium eſſe, non*
poteſt inueniri quod eorum merx & quid pretiũ ſit, nec ratio
patitur vt vna eadémq; res & veneat, & pretiũ ſit emptio-
nis. Senſus eſt, non aliter emptionem contrahi poſſe
quàm ſi ex vna parte res, ex altera pretium præſtetur.
Id enim nec Sabinus ipſe negabat, ſed pretiũ non ſolùm
in pecunia numerata, at in alia qualibet etiam re conſti-
tui poſſe contendebat. Cur igitur, inquit Paulus, debeat
& res & pretium eſſe in emptione ſcilicet & vẽditione,
non poteſt inueniri in permutatione cum res pro re da-
tur, vtra res mercis, vtráve pretij locum obtineat. Ra-
tio autem non patitur vt vna eadémque res, & veneat
& pretiũ ſit emptionis, neque rurſus vt res vna potius
quàm altera alterius pretium dici poſſit. Concedendum
ergo eſt in rerum permutatione ſicut non conſtat qua
in re pretium conſiſtat, ita dici non poſſe cuiuſnam rei
dominium alienetur, ac proinde huius incertitudinis
ratione neutram rem dari ſed vtramque duntaxat tradi.
Quod ſi ita eſt, ſequitur ſanè permutatione rerum nul-
lam contrahi emptionem: quando certũ ſit in emptio-
ne dominium transferri ex altera parte, nempe empto-
ris qui pretium dare tenetur. *Vnde ſi ea res quam accepe-*
rim vel dederim poſtea euicta ſit, actionem in factum dan-
dam reſpondetur. Atqui ſi emptio & venditio eſſet, non in
factum ſed ex empto euictionis nomine agi oporteret.
d. l. ex empto & l. ſi vẽditione. 61. & paſſ. D. de euict. Emptio
igitur rerũ permutatione cõſtitui non poteſt. Sanè quo-
niã permutatio vicem emptionis obtinet, idem ferè ef-
fectus eſt actionis illius in factũ, qui actionis ex empto. 8
† Nimirum vt qui permutationis titulo tradidit rem
alienam quæ poſteà euicta ſit, in id omne quod alterius
intereſt teneatur, quemadmodum ex empto teneretur.
l. ſi permutationis. 29. D. de euict. Cui contrarium non eſt
quod in *l. 1. C. de rer. permut.* reſcriptum eſt, diſtinguendũ
eſſe an venalis res fuerit quæ tradita & euicta eſt, & is
qui venalem habebat velut pretij nomine aliam rem,
licet non taxata pretij quantitate acceperit. An cùm ve-
nialis nõ eſſet permutationis nomine tradita ſit ab eo,
qui dominus nõ erat. Non enim diſtinctionis huius ef-
fectus ille eſt vt vno potius quàm altero caſu euictio-
nis nomine in id quod intereſt agatur, ſed ille potius
vt ſi quidem venialis poſſeſſio fuerit, nõ niſi ad id quod
ſua intererit agere poſſit is cui res euicta eſt. Si verò cũ
venialis nõ eſſet permutatio facta ſit electionem actor
habeat, an id quod ſua intereſt agere, an potius rem da-
tam condicere malit quaſi re, & cauſa dandi non ſecuta.
† Sic enim verba illa interpretor, *Si hoc elegeris*, id eſt, 9
niſi malis in id quod tua intereſt experiri. Differentiæ
autem ratio eſt, quod quamuis vtroque caſu permutatio
ſit non emptio, cùm de certo pretio in pecunia numera-
ta non conuenerit: Illa tamen permutatio ad emptionẽ
propius accedit, quæ facta eſt ab eo qui rem venalem
habebat, quique pretij nomine non aliam accepit, licet
non taxata pretij quantitate. Vnde fit, vt quemadmodũ
in venditione, ſi euictio rei vẽditæ facta ſit, nõ ad pretij
dati reſtitutionem emptor agit, ſed ad hoc vt ſibi quod
ſua intereſt præſtetur. Ita in hoc permutationis exemplo
ius idem obſeruetur, & à natura actionis, quæ ex per-
mutatione oritur nonnihil recedatur. Euicta enim re
quæ permutata fuerat, duplici ratione cõſulere ſibi po-
teſt is à quo euicta eſt, nimirum actione in factum ad id
quod intereſt, & condictione dati ob cauſam cauſa non
ſecuta. Quarum actionum electio ex conuentionis in-
terpretatione & æquitate denegãda videtur ei qui per-
mutationem ſic contraxerit, vt pro re quæ venalis erat
rem ſuam pretij nomine dederit. Illud namque inter
contrahentes actum videtur, vt res pretij nomine data
condici nunquam poſſet, quemadmodũ nec ſi pretium
verè

10 verè eſſet vllo caſu condiceretur.† Secundā emptionis
& permutationis differentiā Paulus hanc ſubiicit,quod
emptio ac venditio nuda conſequentiū voluntate con-
trahitur: permutatio autem non niſi ex re tradita ini-
tium obligationi præbeat. Alioquin,inquit, ſi res non-
dum tradita ſit, nudo conſenſu obligationem conſtitui
diceremus:quòd in his duntaxat negotiis receptum eſt,
quæ nomen ſuum habent. Etſi enim non omnes con-
tractus qui nomen ſuum habēt,conſenſu perficiuntur,
omnes tamen qui conſenſu perficiuntur ſuū & propriū
nomen habent. Facilius namque fuit legiſlatori nego-
tia omnia præuidere quæ conſenſu ſolo contrahuntur,
quàm ea quæ rei traditione perficiuntur. Nempe quòd
non niſi certis modis & perpaucis naſci poſſit iure ci-
uili actio ex nudo conſenſu, poſtquā placuit nudorum
pactorum nullā omnino rationem haberi. At vix vllus
caſus eſt, quo res aliqua tradatur, quin ex traditione
confeſtim obligatio naſcatur,vel eam maximè ob cau-
ſam, quòd æquum nō ſit ex re alterius aliū locupletari.
Cauſæ autem tradendi ſunt penè innumeræ & infinitæ.
Contractus igitur innominatos plæroſq; admitti neceſ-
11 ſe fuit.† At dubitari video, cur permutatio quæ tā ele-
gans nomen habet nullum habere exiſtimetur.An quòd
minus generale nomen ſit, vt emptionem quoque, lo-
cationem ac cæteros ferè omnes contractus comple-
ctatur? Minimè verò. Neq; enim vllo iuris loco videas
permutationis verbo ſic abuti Iuriſconſultos, vt con-
tractus nominatos ea appellatione ſignificari velint.An
potius, quod ipſum nomen permutationis non tam
contractum ſignificet quàm cauſam ex qua contractus
conſtituitur?Neq; enim permutationis cōtractus vllus
eſt: ſed rerum permutatione contractus fit, qui nomen
nullū habet.Atq; ita mihi ſanè videtur, vt rerū permu-
tatio perinde ſit cauſa eius contractus,quē innominatū
dicimus,atque conſenſus in conſtituendo certo rei ven-
ditæ pretio cauſa eſt emptionis.Itaque ſi ex vna tantum
parte traditio facta ſit,quia nondū permutatio eſt, non
poterit is qui tradidit agere ex cauſa permutationis in
id quod ſua intereſt illā rem accepiſſe de qua conuenit,
ſed tantùm vt res data reddatur condictioni locus eſt,
quaſi re non ſecuta,vt apertis verbis Paulus ſcribit *in d.
l.1.in fin.de rer.permut.* Nec poſſum cōcoquere interpre-
tationē Accurſij,qui ad verba illa *nō in hoc agemus* adii-
cit *tātum*,quaſi in poteſtate & electione ſit eius,qui ex
placito permutationis rem tradidit an agere velit præ-
ſcriptis verbis ad id quod intereſt, an potius eā rē quā
12 dedit condicere.† Imò verò in electione eſt eius qui rē
accepit vtrum ex parte ſua contractum implere velit,an
verò quod accepit reſtituere.Sane alterutrum facere cō-
pellitur.*l.cum precibus.4.C.eod.*At ſi traditione facta ex
vna parte,naſceretur actio ad id quod intereſt, non da-
retur reo poteſtas eligendi an quod accepiſſet reſtituere
mallet. Quemadmodum in venditione contingit vt
venditor qui pretium accepit nec rem tradit, pretij re-
ſtitutione non liberetur, ſed omnimodo ad id, quod
emptoris intereſt teneatur.*l.1.D.de act.emp.*Et hæc ter-
tia inter emptionem & permutationē differētia eſt.Ac-
curſium autē,cæteroſque interpretes illud fefellit,quod
ab eodem Paulo ſcriptum eſt *in l.naturalis.5.§.1.de pra-
ſcrip.* Si rem tibi dederim vt rem accipiam naſci obli-
gationem ciuilem,& in actionem id venire non vt red-
das quod acceperis,ſed vt dāneris mihi quanti intereſt
13 mea illud de quo conuenit accipere.† Etſi enim de con-
tractu Do vt des locus ille eſt, tamen recepta eſt inter-
pretum ſententia contractū illum à permutatione vel
omnino non differre,vel in eo duntaxat quòd cōtractus
Do vt des velut genus ſit,permutatio autem ſpecies.Se-
cundùm quam ſententiam dicendum eſt omnia quæ in
contractu Do vt des locum habent, etiā in permutatio-
ne obtinere.Neſcio an quiſquam adhuc dixerit, quod
mihi videtur in eo differre permutationem à contractu
Do vt des,quòd permutatio non eſt priuſquàm res quæ

permutantur viciſſim dentur. At contractus Do vt des
fit ex eo ſolo quòd ego tibi do ea lege,vt viciſſim mihi
des. Itaque quamuis non dederis, attamen accepiſſe te
ſufficit vt ex contractu tanquam perfecto ſis obligatus,
vt proinde mirum non ſit teneri te in id quod mea in-
tereſt ſi ex parte tua dare nolis.Præſertim cùm rem ip-
ſam dare præciſè cogi non poſſis:quia in id nō ſis obli-
gatus.At ex contractu permutationis fieri non poteſt vt
obligeris priuſquàm permutatio facta ſit:neque rurſus
vt permutatio facta videatur antequàm res vtrimq; tra-
dita fuerit. Sed quoniā qui primus tradidit rei ſuæ do-
miniū in accipientem tranſtulit,condictioni locum eſſe
neceſſe eſt,vt quod datū fuit repetatur.Quam ob cauſā
traditio quæ ex vna tantùm parte facta eſt obligationi
initium præbere dicitur, non quòd agi in id poſſit vt
viciſſim res detur, vel vt quod intereſt præſtetur, ſed
quòd obligatus eſſe incipiat is qui accepit vt quod ſibi
datū eſt reſtituat, niſi permutationem implere malit.† 14
Contractus igitur Do vt des, non permutatio eſt ſed
principium permutationis, quæ tum demū perficietur
cùm poſtquàm ego dedero tu viciſſim dederis.Denique
permutatio non eſt cùm Do vt des,ſed cùm do,quia tu
dediſti.Vterque quidem contractus innominatus eſt,ſed
ille traditionem ab altero ex contrahentibus faciendā:
permutatio ab vtroque factam demōſtrat.In contractu
Do vt des negotium contrahitur inter dantem & acci-
pientē.Neque enim poteſt quis dare vt ſibi detur, quin
is qui accepit,accipiat ea lege vt det viciſſim.Permuta-
tio autem non requirit datum eſſe ab vno vt ab altero
daretur: Sed ſi permutationis placitum præceſſerit, de-
inde alter ex contrahentibus dederit purè,hoc eſt nulla
dationi lege adiecta, permutatio erit ſi quod ab eo qui
accepit dari conuenit,poſteà detur.Neq; præceſſiſſe vi-
debitur contractus Do vt des, quia dationi non pro-
ponatur adiecta ea lex vt viciſſim accipiens quicquam
daret.Aliud enim eſt permutationis placitum præcede-
re,quod ex traditione quæ poſtea vtrimque fiat vires
ſumit.Aliud verò dari quid à me vt alia res mihi detur.
Denique permutatio non fit ſine præcedēte pacto per-
mutandi, vt dignoſci poſſit an ea contrahentium vo-
luntas fuerit,vt permutationem potius quàm aliud ne-
gotium contraherent. At contractus Do vt des præce-
dentem conuentionem nullam deſiderat. Satis enim
quid agatur demonſtrat is qui dicit ſe rem dare vt rem
accipiat. Et qui accipit ea lege idipſum velle ſe, ſi non
verbis certè facto teſtatur. † Hinc verò fit vt quamuis 15
ex vtroque contractu permutationis & Do vt des, ſicut
ex cæteris innominatis naſcatur actio præſcriptis ver-
bis:ea tamē quæ ex permutatione oritur bonæ fidei ſit,
illa verò quæ ex contractu Do vt des ſicut cæteræ om-
nes præter æſtimatoriam,ſit ſtricti iuris.*§.actionē.Inſt.de
action.l.2.C.de rer.permut.l.2. D.eod.* Nempe quòd con-
tractus permutationis non tantùm ex traditione ſed
etiam ex placito permutandi quāuis non nudo æſtime-
tur: quod placitum ſi bonam fidem ſpectes & contra-
hentium voluntatem vix differat à placito emptionis in
alio quàm quòd in permutatione pretium nullum ſit,
ſine quo tamē emptio eſſe non poteſt.Contractus autē
Do vt des non ex voluntate contrahentium verbis, &
cōſenſu mutuo declarata ſed ex ſola dationis lege & ex
acceptione conſtituitur, longéq; minus quàm permu-
tatio ad emptionem accedit.† Nec ſuperioribus con- 16
trarium eſt quod in *l.quoniam.& l.emptionem.7.C.de rer.
permut.* ſcriptum eſt eum qui ex contractu Do vt des
conuenitur vel contractum implere vel quod accepit
reſtituere debere: quaſi in ipſius poteſtate ſit, vt eligat
vtrum præſtare malit: quam tamen electionem Paulus
nō dat in *d.l.naturalis.§.1.D. de praſcript. verb.* & nos
ſuprà monuimus dandā non eſſe niſi permutationis pla-
citum præceſſerit Obſeruandū enim eſt iis legibus con-
ſultos fuiſſe Imperatores,an ei qui rem ſuam dediſſet ſi
viciſſim nihil daretur condicere liceret non autē, an ad

id quod ſua intereſſet agere is poſſet, vt probant verba
illa *Sicut poſtulat & pro deſiderio tuo.* Reſpondent verò
actione præſcriptis verbis poſſe agi vt quod datum eſt
reſtituatur, niſi reus ex parte ſua cōtractū implere velit.
Sed non negant præſtandū eſſe omnimodo actori quicquid
eius intereſt, ſi in eam rē actio præſcriptis verbis
inſtituatur. Id enim apertè Paulus ſentit, *d.l.naturalis.§.*
17 1.† Supereſt vt verſiculum illū *l.1.de rer.permut.* explicemus.
Ideoq; Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.
Quem ego exiſtimo tranſpoſitum
eſſe, & poſt illa præcedentia verba reponendū, *in factū
dandam actionem reſpondetur.* Voluit enim Paulus Pedij
authoritate confirmare quod dixerat de emptionis &
permutationis differētia quæ vel in eo maximè elucet,
quòd qui vendit, nō niſi tradere: qui permutat etiā dare
tenetur. At cū eo quod poſteà ſubijcitur, in permutatione
ex re tantū tradita initium obligationis conſtitui, illa
Pedij ſententia nihil omnino cōmune habet, quicquid
18 Accurſius cauſetur, & in contrariū laboret. † Cur verò
is qui alienā rem dat nullā contrahat permutationem,
ratio quæ obſcura plæriſq; videtur, aperta meo iudicio
eſt, quòd natura & verbum ipſum permutationis, rei ac
proinde proprietatis & dominij mutationem præ ſe
ferat: quæ porrò nulla fieri poteſt, ſi is qui permutat dominus
non ſit. Quod enim alterius eſt dominium, ei ignoranti
aut inuito auferri non poteſt, neque ab eo qui
dominus non ſit in alium transferri: ob idque dominij
permutatio hoc caſu nulla contrahitur: ſed in factum
actio duntaxat naſcitur ſi aliena res permutata ante cōpletam
vſucapionem euincatur: aut ſi ante euictionem
is qui accepit alienā eſſe neſciat, quaſi permutatio nulla
interuenerit, quod à ſe datum erit condicere poterit, ac
ſi nihil ei traditum fuiſſet: quia non ſufficiat traditum
eſſe id quod dari oportuit, *l.vlt. D.de cond. cauſ. dat.* de
cuius quoque ſententia quoniam & ſatis obſcura eſt, &
ad ea quæ hoc capite diximus valde pertinet, dicendum
eſt, quid nobis videatur.

Capvt X.

Ad l.vlt.D.de condict.cauſ.data.

Svmmaria.

1 *An contractus ille, do tibi pecuniam vt mihi Stichum des, emptioni ſimilis ſit?*

2 *Omne pretium in pecunia numerata conſiſtere, ſed non omnem pecuniam numeratam pretium eſſe.*

3 *An contractus ſupra propoſitus ſit contractus do vt des.*

4 *Prima differentia inter contractum initio propoſitum & emptionem.*

5 *Cur in hoc contractu innominato ſi ex vna parte datum ſit, rei quæ ex altera parte dari debet periculum eius ſit qui non dedit?*

6 *Examinatur deciſio quæſtionis propoſita in* l. naturalis.§ 1.verſic.ſi ſcyphos. de præſcript.verb. *eiúſque ratio redditur.*

7 *Cur in* d.l.vlt.*contractus ille Do tibi pecuniam vt mihi Stichum des, vel tradas, emptio non ſit?*

8 *Secunda differentia inter dictum contractus genus, & emptionem.*

9 *Tertia differentia eiúſque explicatio.*

1 Dedi † tibi pecuniam vt mihi Stichum dares. Quæ-
ſiit Celſus vtrum id genus cōtractus pro portione
emptionis & vēditionis ſit, an nulla alia obligatio naſ-
catur, quàm ob rem dati re non ſecuta? Non diſputat an
contractus ille emptio ſit, ſed an ſit emptioni ſimilis.
Contractum eſſe certum eſt, quia negotiū geritur inter
dantem & accipientem, ac proinde *συνάλλαγμα* ſit, quémadmodum
eidem Celſo Ariſtionem eleganter reſpondiſſe
Paulus refert in *l.iuris gentiū 7.§.1.D.de pact.* Emptionē
verò eſſe nemo dixerit, quia licet ego pecuniam
dederim vt tu mihi Stichū dares, emptio tamen eſſe nō
poteſt ſi pretiū nullum ſit, vt ſuperiore capite diſputauimus:
† Non autē pecunia omnis quæ ſic datur, vt viciſ- 2
ſim res detur pretiū eſt, ſed ea demum quæ pro rei pretio
datur. Pretiū porrò illud tantū eſt, de quo vt pretiū
eſſet inter emptorem & venditorem conuenit. Et vt
apertius dicā, pretiū non ex pecuniæ quæ datur qualitate
neque ex ipſius dantis volūtate, verùm ex vtriuſq;
contrahentium conuentione, & conſenſu, qui quidem
donationē præceſſerit, æſtimatur. Neq; quiſquā dubitat
quin ita accipiendum ſit, quod ſcriptū eſt *in l. naturalis.
§.1.D de præſcrip.verb.& in fact.act.* ſi pecuniā dē vt rem
accipiam, emptionem eſſe: nempe ſi de pretio conuenerit,
tum pecunia pretij nomine detur. Omne pretium in
pecunia numerata conſiſtit: ſed non omnis pecunia numerata
pretium eſt. Videbatur autem illud contractus
genus de quo Celſus diſputat, ſimile eſſe emptioni &
venditioni, ſiue quòd pecunia pro re data eſſet ſiue quod
permutatio ſaltem contra videretur. Eſt enim permutatio
ſimilis emptioni, *l.2.D.de rer.permu. l.2.C.eo.* Negat
tamen Celſus contractum illum, qui proponitur eſſe
pro portione emptionis & venditionis. Negat igitur
eſſe permutationem: & in id procliuior eſt, vt nulla alia
obligatio ſit, quàm ob rem dati re non ſecuta. Permutatio
enim eſſe non poteſt prius quàm vtrimque datū ſit,
præſertim ſi permutationis placitum nullū præceſſerit,
† an igitur contractus erit do vt des: ita ſane eſt. Idque 3
Celſus non obſcurè ſignificat, cum ait nullā hic aliam
obligationē naſci, quàm ob rem dati re non ſecuta. Non
ait naſci duntaxat condictionem, ſed obligationem, ex
qua ſcilicet agi poterit, non tantùm vt quod datum eſt
reſtituatur, ſed etiam vt præſtetur quod mea intereſt
accepiſſe eā rem, de qua conuenit, *d.l.naturalis §.1.* Si
contractus eſt do vt des, ergo permutatio non eſt, ſi vera
ſunt quæ ſuperiore capite in hanc rem diximus. Subiicit
verò Paulus differentias tres inter hoc cōtractus genus,
& emptionem, vt planè ridiculi videantur qui ſcribunt
aliqua ea parte ſimile illud eſſe emptioni. † Prima diffe- 4
rentia eſt in illis verbis, *Et ideò ſi mortuus eſt Stichus repetere
poſſum, quod ideò tibi dedi vt mihi Stichum dares.*
Nam ſi cōtracta venditio eſſet ac ſoluto pretio Stichus
periiſſet, neque ad Stichum petendum, neq; ad pretium
repetendum actio vlla ſupereſſet. Ad emptorem enim
rei venditæ periculum pertinet ſtatim atque contracta
venditio eſt, quamuis ante traditionem pretij quem ſolutionem
aut ſatisfactionem dominius factus non ſit.
§.cum autem.Inſt.de emp & vend. Idque ſecundo Coniecturarum
libro pluribus iuris locis ac rationibus comprobauimus
aduerſus eorū ſententiā, qui contra omnes
omnium prudentum & interpretum opiniones nouam
inducere voluerunt, decepti falſa interpretatione *l. ſi
fundus. D.locat.* vt hic repetere nihil ſit neceſſe. At in eo
contractus genere, de quo diſputamus, Celſus ait periculo
tuo eſſe Stichum quem dare mihi debeas, ita vt ſi
mortuus ſit priuſquàm dederis tibi pereat, & pretium
quod accepiſti reſtituere tenearis: quod ſanè ſecus eſſet
ſi periculo meo Stichus fuiſſet: † eáque contractus hu- 5
ius innominati natura eſſe videtur, vt ſi ex vna parte
datum ſit, rei quæ ex altera dari debet periculū eius ſit
qui non dedit. Non ſolùm quia regulare ac ferè perpetuū
illud ſit vt caſus fortuiti ad dominos pertineant, ſed
etiam quod neq; iuris neque æquitatis ratio vlla patiatur,
vt factum eius qui dedit, quod ad inducendā pro eo
obligationem profuit, eidem noceat, & damni quod in
re nondum data contingere poterit, periculum adferat.
Præſertim cùm ad petendā rem ipſam, quæ dari debet
actionem nullā habeas, quā emptor habet aduerſus venditorem.
Denique quod ego tibi dedi vt mihi Stichum
dares, fieri non poteſt vt reſtituere nō debeas, niſi contractum
ex parte tua impleueris & Stichum mihi dederis.
† Atqui contra ſentire Paulus videtur, in *d.l.natura-* 6
lis.

lis.§.1.vbi ait. Si ſcyphos tibi dederim vt Stichũ mihi dares,periculo meo Stichũ eſſe,niſi ad eum caſum Pauli ſententiam coarctes,ſi quod ego tibi dedi tale ſit,quod facilè amitti poſſit.Ne alioqui accidat vt vtriuſque rei, eius ſcil.quam accepiſti,& alterius quã dare debeas periculo præſtãdo onereris.Quod ſane iniquum videatur, maximè ſi culpa tua nulla interccdat. Finge dediſſe me tibi Romæ ſcyphos,vt tu Stichũ mihi dares qui tũ erat in prouincia.An non iniquũ eſſet præſtare te periculũ Stichi,ſi fortè paucis poſt diebus in prouincia deceſſerit,cùm accidere facilè potuerit vt eodẽ tẽpore ſcyphos quoq; quos tibi Romæ dedi amitteres? At ſi pecuniam tibi dederim,quæ cùm in genere & quantitate cõſiſtat, non in ſpecie,perire numquam poteſt,aut rem aliquam immobilẽ,quæ nõ facilè peritura ſit vt tu mihi Stichũ dares nulla ratio eſt vt periculo meo Stichus viuat priuſquã mihi detur:ne melior cõditio ſit eius qui cõtractum implere vel recuſat vel differt, quàm eius qui in implendo diligẽtior fuit.Atq; huius diſſimilitudinis argumentum non obſcurum illud præbet, quod Paulus poſteaquã ſcripſit poſſe me ſi velim repetere quod dedi ſi tu dare ceſſes,ac proinde eius rei quam tu dare debeas periculum ad me non pertinere, (nam ſi pertineret,vtriq; repetitioni dati indiſtinctè locus eſſe non poſſet)ſubiicit quaſi diuerſum quid,obſcurè tamẽ ſuo more.*Sed ſi ſcyphos tibi dederim,&c.*ne quis putaret condici id quod datum eſt perpetuò poſſe.Igitur ſi rei quam ego dedi,& eius quam tu viciſſim dare debes perdendæ æquale periculum ſit, neque culpa tua vlla interuenit æquius eſt quod Paulo placet, ſicut rei quæ tibi à me data,tuáq; facta eſt periculũ tuum eſt,ita eius quam viciſsim mihi dare debeas periculũ ad me pertinere.Cùm verò Celſus hanc ſententiam ſuæ rationẽ adſerat, quòd ideò tibi pecuniam dederim vt mihi Stichum dares,intelligimus non fuiſſe eum aliud reſponſurum, ſi quis propoſuiſſet dediſſe me tibi pecuniam vt mihi Stichũ traderes.Nam & hoc caſu verum eſt me tibi pecuniam dediſſe ob rem quæ non eſt ſecura:qua ratione ſola Celſus mouetur vt dicat condici poſſe pecuniam ſi Stichus
7 antequam detur,moriatur. † Et errant meo iudicio qui interrogati,Cur in hac ſpecie quam Celſus tractat emptio non ſit,nihil aliud habent quod reſpondeãt,quàm quòd inter nos conuenerit, vt tu mihi Stichum dares quem ex natura venditionis tradere duntaxat debetes. Non enim tam ad dandi verbum Celſus reſpicit, quàm ad contractus ineundi rationem quæ hic talis eſſe proponitur,vt neq; cõuentio vlla & contrahendæ emptionis conſenſus pecuniæ dationem præceſſerit, neque de pretio conuenerit, ex quo tamen præcipua emptionis ſubſtantia conſiſtit.*l.pacta conuenta 72.D.de contr.emp.* Siue igitur de danda,ſiue de tradenda re cõuenerit emptio non erit,ſed vel contractus Do vt des,vt ſi res detur:vel Do vt facias, ſi vt tradatur tantùm conuenerit. Quo poſteriore caſu non magis locatio erit licet pecunia interueniat,quã priore,emptio. Nimirum quia mercedis nomine pecunia data eſſe nõ proponitur:quod ad contrahendam locationem nõ minus requiritur, quàm
8 pretij conuentio ad contrahendam emptionem.† Sanè quod Celſus ſubiicit iis verbis, *Finge alienum eſſe Stichum,ſed te tamẽ eum tradidiſſe,repetere à te pecuniam potero*,aliam rationem non habet, quàm quòd de dando, non de tradẽdo Sticho inter nos actum ſit:vt ille probat ratione quæ ſequitur, *quia hominem accipientis non feceris*.Dare enim nihil aliud eſt,quàm ſic tradere vt facias accipientis.*l.vbi autem.75.§. vlt.D.de verb.oblig.l.ex empto.11.§.1.de act.emp.* Et hæc ſecunda differentia eſt inter emptionẽ,& id contractus genus de quo diſputamus,cũ venditor non niſi ad rem tradendam dolúmq;
9 malũ præſtãdum teneatur.*d.l.ex empt.*† Tertia ſequitur apud Celſum cùm ait, *Et rurſus ſi tuus eſt Stichus & pro euictione eius promittere non vis, non liberaberis quominus pecuniã à te repetere poſſim*.Quãuis enim reuera hominẽ meum feceris, quia tamen contractos tempore neſciri poteſt an quiſquã alius in ea re ius aliquod habeat aut dominij aut pignoris fortaſſe,non immeritò euictionis periculum timere videor ſi tu ob eã rem nolis promittere:nec videris rẽ omnimodo dediſſe niſi caueas etiã de euictione. Verùm nonne & ob eam rem cùm emptio contracta eſt competit ex empto actio?ita vt ſi duplam promittere venditor nolit & eo nomine agatur dupli ſit condemnandus:Sic ſanè Paulus ſcribit in *l. 2. D.de euict.* Sed differentia quæ à Celſo hac parte conſtituitur inter emptionem & hoc contractus genus, ſic explicãda eſt,quòd ſi tibi pecuniam dederim vt mihi Stichum dares,& Stichum dederis, neque tamen pro euictione eius promittere velis non poſsim in id agere vt de euictione caueas:ſed tantùm liceat mihi pecuniã quæ data eſt condicere,quaſi nondum dederis quod dare debeas. At ſi emptio contracta eſſet pretium condici certè non poſſet: ſed ex empto actio mihi ad hoc competeret,vt tu pro euictione promitteres & ſi promittere nolles eo nomine condemnareris. Perpetuò enim verum eſt,pretium quod ſemel ſolutum fuit, condici numquã poſſe, quia ſcilicet non datur ob rem, quæ ſequi debeat, ſed potius ob rem quæ præceſsit, neq; ad inducẽdam obligationem,ſed ad tollendam eam quæ ex parte emptoris ſolo conſenſu & pretij conuentione contracta eſt:quẽadmodum & cùm emptor contra venditorem in id agit vt venditam rem tradat,non ideò agit, quod pretium ſoluerit, ſed quòd venditor ad rem tradendam ex ipſo venditionis contractu ac priuſquàm pretium ſolueretur iam eſſet obligatus.

CAPVT XI.

De ſententia §.ſi ſub conditione.l facta.63.D.ad S.C.Trebel. & obſeruata Triboniani additio.in l ſi cui.33.§.vlt. eodem.

SVMMARIA.

1 *Qua ratione fideicommiſſario conſulatur quum heres ſub conditione inſtitutus & de hereditate reſtituenda rogatus conditionem implere non vult?*

2 *An heres ſub turpi vel impoſſibili conditione inſtitutus & de reſtituenda hereditate rogatus cogi poſſit, vt ſpreta illa conditione hereditatem adeat, & fideicommiſſario reſtituat?*

3 *Perperam à nonnullis emendatum fuiſſe* dict. §. ſi ſub conditione *in illis verbis*, remitti eam ab initio.

4 *Conditiones eo ipſo modo quo teſtator iuſſit, & in forma ſpecifica implendas eſſe.*

5 *Conditionem heredi adſcriptam, ſiue in dando ſiue in faciendo conſiſtat per fideicommiſſarium impleri non poſſe.*

6 *Turpem & difficilem conditionem ab impoſſibili in iure diſtingui.*

7 *Differentia conditionum quæ [illegible] Prætoris edicto remittuntur,ab iis quarũ nulla mentio edicto facta eſt.*

8 *De conditione honeſti, vel turpis nominis ferendi, & quanam ſit inter vtramque differentia.*

SI† heres ſub conditione inſtitutus & hereditatẽ alij 1
reſtituere rogatus,ſuſpectã hereditatem dicat, atque ideò conditionẽ implere nolit, quæſtio eſt:qua ratione fideicõmiſſario reſtitutionẽ hereditatis poſtulanti conſultũ,& ſuccurſum eſſe oporteat.Et ſi quidem dandi cõditio adſcripta ſit,facilè expediri res poteſt.Offerre enim fideicommiſſarius heredi poterit id quod teſtator dari iuſsit,atque ita fiet vt commodo & incommodo fideicommiſſarij ab herede conditio impleatur, nullúmque ex ea re damnum heres alieni lucri & compendij cauſa ſentiat.*leg.ſed ſciendum.7.l.apud Iulianum.11.l. ſi cui.31.§.vlt.l.facta.63.§.ſi danda.D.ad S.C.Trebel.* Sed ſi inſti-

tutionis

tutionis conditio in faciendo conſiſtat, non ità cómodè videtur res explicari poſſe. Neq; enim ſicut pecuniá ita factum heredi fideicommiſſarius offerre poteſt. Heredem verò cogi ad faciendum vt ex eo facto fideicommiſſarius lucrum accipiat, durum quodãmodo & inciuile videatur. Verùm plàcuit iuris authoribus diſtinguendum eſſe qualem conditionem heredi teſtator adſcripſerit. Nam ſi impoſſibilis códitio ſit, quæſtioni locus nõ erit, poſteaquàm placuit & obtinuit conditiones impoſſibiles in teſtamẽtis adiectas pro non ſcriptis habendas eſſe. *leg. 1. D. de cond. inſtit. l. obtinuit. 3. D. de cond. & demonſtr.* At ſi ex contrario facilè ac ſine impendio & incómodo vllo impleri conditio poſsit, malitiæ heredis indulgendum non eſt, vt ſi conditionem implere recuſet, audiatur: at potius Prætoris qui de fideicõmiſſo cognoſcet imperio cogendus erit, vt id faciat ex quo nullum ille dãnum aut incommodum, magnum verò fideicommiſſarius lucrum ſentire poſſit. *d. l. ſi cui. §. vlt. & l. facta. § ſi ſub conditione.* Ergo quæſtioni eo tantùm caſu locus eſt, quo turpis, aut difficilis códitio adſcripta eſt. Quòd cùm euenit, non ſine cauſa heres conditionem alterius gratia implere recuſat, & aperte iniquũ eſſet cogi eum vt impleat, quẽadmodum Caius ſcribit in *d. § ſi*
2 *ſub conditione.* Quid igitur? † An cogi heres poterit vt ſpreta conditione & perinde ac ſi nulla adiecta eſſet hereditatẽ adeat, tum fideicommiſſario reſtituat? Minimè verò Plus enim à Prætore tribui ei qui fideicommiſſum petit quàm teſtator voluerit abſurdum eſſet. Vtique autem teſtator niſi expleta conditione, neq; ſcriptum heredem ad hereditatem vocauit, neq; per eum fideicommiſſario reſtitui voluit hereditatem, & ob eã nimirum cauſam huiuſmodi conditiones remitti ab initio viſum eſt: & ad Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictionem atq; officium pertinet vt eas, ſi implementum heredi turpe aut difficile futurum eſſe videat, ſtatim ab initio remittat, hoc eſt priùs quàm heres adimplere recuſet. Si enim adimplere primum heres iuberetur deinde recuſaret: alterutrum Prætorem facere neceſſe eſſet, nempe vt vel inuitum heredẽ ad conditionis turpis aut difficilis implementum fideicommiſſarij gratia compelleret, vel vt conditionem quam primùm implendam iudicaſſet, & verò impleri iuſſiſſet, quaſi per errorem & imperitiam id factum eſſet poſteà remitteret: quorum alterũ à Prætoris æquitate, alterum ab eiuſdem pretio & authoritate alienum videretur Non igitur ita ius cõſtitutum eſt, vt huiuſmodi conditiones non aliter remittãtur, quàm ſi adimplere eas heres recuſet, ſed vt ab initio remittãtur: & heres ad adeũdam hereditatem ſtatim atq; fideicommiſſarius id poſtulat quaſi nulla cõditione adiecta compellatur. Id verò cùm fit non plus à Pretore tribuitur fideicommiſſario, quàm teſtator voluerit. Conditio enim quæ à Prætore remittitur perinde habetur ac ſi adiecta non eſſet: atq; ideò quemadmodum ſi purè heres inſtitutus eſſet, purè hereditatem adire cogitur: neq; in eo quicquam fieri intelligitur contra teſtatoris voluntatem. Fieret ſanè, ſi conditio neq; remitteretur, neque impleretur: ſed quæ remittitur implenda non eſt, alioqui inutilis eſſet remiſſio, quę non ob aliam cauſam ſit quàm vt ne conditionem impleri neceſſe ſit: & remitti conditionẽ nihil aliud eſt, quàm, quod ad cõditionem pertinet negligi voluntatẽ teſtatoris. Rectè igitur & verè Caius ſcripſit remitti ab initio cõditionem ne ſi aliter ius cõſtitueretur, accideret vt Prætor liberalior eſſet teſtatore. Aut ſi quis rationem hanc minus rectam eſſe putet, fateri eum neceſſe eſt nunquam permittendũ eſſe Prætori vt conditionem quæ in teſtamento adiecta eſt remittat: quandoquidem id facere nequeat quin à te-
3 ſtatoris voluntate recedat. † Quæ cùm ita ſint, abſurdè, meo iudicio, faciunt qui in illis verbis *& remitti eam ab initio viſum eſt*, erratum eſſe putant & legendum *abſurdum* non *ab initio*. Nam abſurdum potius eſſet huiuſmodi conditiones quæ heredi turpes aut difficiles futuræ ſunt ab initio nõ remitti. Sic enim fieret vt vel fideicommiſſum intercideret, vel cõditionem alterius cauſa ſuóq; damno implere heres cogeretur. Neq; dici poteſt quod illi aiunt implendum eſſe per fideicommiſſarium conditionẽ. Nullo ſiquidem caſu permittitur fideicommiſſario implere conditionem quæ ipſius heredis perſonæ adſcripta eſt. Adeò vt quãuis in dando conſiſtat ſi fortè heres ita ſcriptus ſit, Si Titio decem dederit, non tamen liceat fideicõmiſſario implere conditionẽ, ſed eũ neceſſe ſit heredi offerre primũ, vt ille poſteà Titio dãdo conditioni & teſtatoris voluntati ſatisfaciat. *d. § ſi dande.* † Illud enim perpetuò verum eſt implendas eſſe 4
cõditiones eo ipſo modo quo teſtator iuſſit, & vt noſtri interpretes loquuntur, in forma ſpecifica: nec heredis & fideicõmiſſarij perſonæ ſic cõfundi poſſunt, vt quod ab herede vel heredi dandum eſt, id à fideicommiſſario vel ipſi detur. *l. qui heredi. 44. in princip. & §. 1. D. de cond. & demonſtr.* Multò igitur minus permittetur fideicõmiſſario implendæ conditionis cauſa id facere, quod teſtator ab ipſo herede fieri voluit. Quæ enim faciendi ſunt cõditiones eæ magis perſonam eius, cui adſcriptæ ſunt afficiunt, quàm quæ in dando conſiſtunt, arg. *l. quod dicitur. 130. D. de verb. oblig.* Verùm ſupradictæ emendationi quam refellimus cauſam illud dediſſe videtur, quod à Marciano ſcriptum legimus *in d. l. ſi cui. §. vlt. Recuſante autem herede factum implere, licentia dabitur fideicommiſſario ſecundum imitationem dationis factum implere, & tũc neceſſitas imponitur adire hereditatem.* Ego verò non dubito, quin ea omnia Triboniani ſint, potius quàm Iuriſconſulti. † Nam & verba ipſa parum elegantia Tribo- 5
niani manum produt ſatis, & nullo alio iuris loco ſcriptum reperias conditionẽ quæ heredi adſcripta ſit, per fideicõmiſſarium impleri poſſe, ſiue in dando, ſiue in faciendo conſiſtat. Verùm contrà ſæpius traditum eſt, per heredem implendã eſſe, præſertim in *d. § ſi dãda.* vbi hac de re Caius elegantet & accuratè tractat, & proinde inepta & falſa ſit ratio illa Triboniani, *Secundũ imitationem dationis.* Sed & in ipſo *§. vlt. d. l. ſi cui.* an non apertiſſimè Marcianus ſcribit, Si facti cõditio ſit debere heredem parère, & adire & reſtituere? Heredem verò parère debere quid aliud eſt quàm ab illo ipſo implẽdam eſſe conditionem? Quod ſi ita eſt cur eam recuſantem audiet Prætor quem inuitum vt pareat iuriſdictione ſua poſſit compellere? Aut ſi qua recuſandi iuſta cauſa eſt propter conditionis fortaſſe turpitudinẽ, An nõ abſurdum & iniquũ ſit cogi fideicommiſſarium à Prætore vt rem turpem faciat? Ita ſanè eſt: & eo ſaltem caſu nemo negauerit, Prætorem ab initio remittere conditionem debere *d. § ſub conditione.* vbi tamen cùm eandem turpis & difficilis conditionis rationem Caius conſtituat, eo ipſo probat manifeſtè, difficilem conditionem à fideicommiſſario impleri non poſſe: quæ ſi poſſet, vtiq; heredi non remitteretur. † Comparatur hac parte diffici- 6
lis cõditio ei quæ turpis eſt quòd vtraq; per Prætorem remittatur: & vel ex eo maximè intelligimus malè interpretes noſtros turpem conditionem ab impoſſibili non diſtinguere, cuius tamen longè diſpar, diuerſaque ratio eſt. Impoſſibilis enim pro non ſcripta habetur, ideóq; nec remitti poteſt. Turpis verò non pro nõ ſcripta habetur, ſed pro non implenda: atq; idcirco remitti eam à Prætore neceſſe eſt. *l. conditiones. 9. l. conditiones*
14. D. de condit. inſtit. † Sed & diſtinguendæ & ſeparan- 7
dæ ſunt eæ conditiones quæ ipſo Prætoris edicto remittuntur, cuiuſmodi eſt conditio iuriſiurandi. *l. quæ ſub conditione. 8. D. eodem.* ab aliis quarum nulla mentio edicto facta eſt. Non enim omnes turpes conditiones edicto Prætoris remittuntur, ſed quæ edicto non remittũtur, eæ decreto remittendæ ſunt. Idque eſt quod Caius diſputat in *d. § ſi danda.* verſ. *Quod ſi conditio adſcripta ea eſt quem Prætor remittit ſufficere edictum Iulianum ait.* Loquitur enim de conditionibus, quæ ipſo edicto remittuntur, & ait ſufficere edictum Prætoris, hoc eſt non eſſe

eſſe oeceſſarium decretũ Prætoris fideicõmiſſarij, quod prius neceſſarium eſſe dixerat ſi difficilis cõditio heredi adſcripta ſit, aut ſi turpis quæ edicto non remittatur. His igitur omnibus caſibus quoniam cõditio oon à iure ciuili, ſed Prætoris tantùm vel edicto vel dectero remittitur, adiri iure ciuili hereditas non poteſt, & hactenus duntaxat iubendus & cogendus eſt heres, vt conſtituat Prætoriis actionibus vti, aut petat bonorũ poſſeſſionẽ ſecundum tabulas vt ita nactus actiones, tũ reſtituta hereditate transferat eas ex Senatuſconſulto. Et valde probo, quòd cõmuni interpretum noſtrorũ voce iactatur, etiam hodie poſt tot Iuſtiniani Conſtitutiones quibus correcta aut potius ſublata ſunt vetera fere omnia iura, quæ extabant. De bonorum poſſeſſionibus, neceſſariam eſſe hoc caſu bonorũ poſſeſſionem ſecundum tabulas. Idémq; iuris eſſe Caius ſubiiciat ſi heredi adſcripta conditio ſit ferendi nominis ſiue honeſtũ illud
8 ſit, ſiue turpe.† Etſi enim inter conditiones honeſti, & turpis nominis ferendi hoc intereſt, quòd hanc ſtatim ab initio Prætor remittit, illam verò non aliter quàm ſi heres nomẽ ferre recuſet, propterea quòd nihil mali eſt honeſti hominis nomen adſumere, neque ideò vel pauperior vel ignobilior fit qui adſumit. Recuſante tamen herede nomen ſumere nulla iure ciuili adeundæ hereditatis ratio ſupereſt, ſed neceſſariò recurrendum eſt ad remedium & beneficium bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas. Multùm ergo intereſt an honeſti nominis ferendi, an rei difficilis conditio adſcripta ſit. Nam cùm difficultatem & impendium aliquod habet cõditio, non interrogat heredem Prætor an conditionem implere velit, néene: ſed quoniam iniquum eſſe videt impleri eam alterius gratia ſtatim ab initio remittit. At quia neq; iniquum neq; malum eſt honeſti hominis nomen adſumere, conditionem hanc non ſtatim ab initio remittit, ſed prius heredem interrogat vtrum conditionem explere velit, & ſi recuſet tũc demum Prætor eum remittit. Rectè igitur & non ſine cauſa Caius in præcedentibus ſcripſit *remitti eam ab initio viſum eſt*, vt intelligamus non eandem omnium conditionum remittendarum rationem eſſe: & alias edicto Prætoris remitti alias decreto & ab initio, alias decreto & ex poſt facto, poſt heredis ſcilicet recuſationem. Non poſſum mihi temperare quin ſubſcribam eandem me Triboniani manum & orationem agnoſcere in *d. l. facta. §. ſi heres ante.* ab illis verbis *& hoc eſt fatendum* vſque ad finem §. neque id obſeruare difficile eſt ſi ea verba conferas cum præcedentibus & ſequentibus, quæ longè ſunt elegantiora, & ornatiore contextu ſcripta.

CAPVT XII.

Ad l. 4. § 1. D. de ſtatulib.

SVMMARIA.

1 *Cur impoſſibilis conditio contractum vitiet, in vltimis verò voluntatibus pro non ſcripta habeatur?*

2 *De difficili vel pene impoſſibili conditione libertati adiecta.*

3 *De libertate poſt mille annos ſeruo relicta, & vtrum impoſſibilis ſit illa temporis adiectio?*

4 *Multum intereſſe an ita libertas data ſit,* Stichus poſt mille annos liber eſto, *an hoc modo,* Stichus ſi digito cœlum tetigerit, liber eſto.

5 *Obiectio contra hanc diſtinctionem.*

6 *Intra quod tempus libertatem conſequatur is quem* poſt annos *liberum eſſe iuſſit teſtator nullo annorum numero adiecto?*

1 CVm † inter vltimas voluntates & contractus differentiæ multæ ſunt, tum illa maximè quòd in contractibus impoſſibilis conditio actum vitiat, *l. nõ ſolùm. 31. D. de oblig. & action.* In vltimis verò volũtatibus reiicitur, nec heredẽ impedit inſtitutiones, aut legata, aut fideicommiſſa, aut libertates *l. 1. de cond. inſt. l. 3. D. de cõd. & demonſtr. § impoſſibilis. Inſtit. de hered. inſt.* Cuius diſſimilitudinis ratio nõ obſcura illa eſt, quòd in contractib. obligatio naſci nõ poteſt, niſi ex vtriuſq; contrahentiũ conſenſu & in ea re, quæ ex duorum pluriúmve cõſenſu agitur, omnium voluntas ſpectanda eſt. Porrò contrahẽtium talis cogitatio eſſe videtur, vt nihil agi exiſtiment appoſita ea cõditione, quam impoſſibilem eſſe ſciunt, *d. l. non ſolùm.* At in teſtamentis cæteriſq; vltimis voluntatibus nihil niſi volũtatem teſtatoris intuemur; quẽ certè veriſimile non eſt fruſtrà & inutiliter teſtari voluiſſe, vt proinde longè vtilius & humanius ſit impoſſibilem conditionem reiici, quàm ſuprema defuncti hominis iudicia, quæ amplius reformari non poſſunt, intercidere: quæ ex contrario exitum habere, non teſtatorum tantum cauſa, ſed publicè quoque expedit, *l. vel negare. 6. D. de teſtament. quemad. aper.* Præſertim cùm nemini id fraudi eſſe poſſit, quando ex alterius teſtamẽto nemo niſi volens & ſponte obligatur. † Quæ cùm 2
ita ſint, non abs re quis miretur, quod Paulus ſcribit in *l. cùm heres. 4. §. 1. D. de ſtatuliber.* non eſſe ſtatuliberum eum cui libertas in tam longum tempus data eſt, vt eo tẽpore viuere non poſſit: aut ſi tam difficilem, imò penè impoſſibilem conditionem teſtator adiecerit, vt aliũdẽ libertas obtingere non poſſit, veluti, inquit, ſi heredi millies dediſſet, aut ſi teſtator ſeruum cum moreretur liberũ eſſe iuſſiſſet. Difficilius verò eſt quod ille rationis loco ex Iuliani ſententia ſubiicit, *quia his caſibus nec animus ſit danda libertatis.* Cur non enim eadem ratione quis contendat, quoties impoſſibilis conditio teſtamẽto adiecta ſit teſtatori animũ non eſſe vel heredis inſtituendi, vel legata aut libertates relinquendi: Sed tamen apertè Paulus docet non idem de difficili quod de impoſſibili conditione dici poſſe, illis verbis, *ſi tam difficilem, imò penè impoſſibilem conditionem adiecerit.* Et verò quamuis difficillima, impoſſibilis tamen non eſt cõditio illa, *Si heredi millies dederit.* Reſpicit enim ad facultatẽ dandi, & recedit multũ ab impedimento naturali, vt Venuleius loquitur, in *leg. continuus. 137. §. illud. D. de verborum oblig.* Impoſſibilis autem conditio ea demum habetur, cui natura ipſa impedimento eſt quominus exiſtat, *§. impoſſibilis. Inſtit. de inutil. ſtipul.* † At finge reli- 3
ctam ſeruo libertatem poſt mille annos, in quod vſque tempus certum eſt per rerum naturam viuere eum non poſſe, an non impoſſibilis rei adiectio illa eſt, *Poſt mille annos:* & cùm impoſſibilis ſit, cur nõ æquè reiicitur, atq; ſi ſeruo libertas data eſſet ſub illa conditione, ſi digito cœlum tangeret? Nec enim per rerum naturam magis poſſibile eſt ad milleſimum vſque annum viuere, quàm digito cœlum tangere. Neq; *Accurſij* diſtinctio placere poteſt exiſtimantis cõditiones, quæ per rerum naturam impoſſibiles ſunt ab eis quæ de facto, vt ille loquitur, impleri non poſſunt ſeparandas eſſe, vt illæ reiiciãtur, hæ non reiiciantur. Nam generaliter traditum eſt, impoſsibiles conditiones pro non ſcriptis haberi: & conditio illa, *ſi ad milleſimum annum peruenerit,* non tantùm de facto, ſed etiam per rerum & hominum naturam impoſsibilis eſt: quemadmodum ex contrario illa, *ſi heredi millies dederit,* neq; natura, neque facto impoſsibilis, ſed difficilis duntaxat eſt. † Videamus igitur ne dici poſsit, 4
non videri ſub impoſsibili cõditione datam libertatem ei cui in tam longum tempus collata eſt, vt eo tempore viuere non poſsit, his verbis, *Stichus poſt mille annos liber eſto:* multúmq; intereſſe an ita libertas data ſit, an hoc modo, *Stichus ſi digito cœlum tetigerit, liber eſto.* Hac enim formula datur libertas ſub conditione impoſsibili, illa verò datur in diẽ certum, quia tamen viuente Sticho venire non poſsit. Si libertas ſub cõditione impoſsibili data ſit, dico valere dationẽ, & ſtatuliberũ quidem non eſſe eũ cui ſic data libertas eſt, ſed ſtatim liberum ac ſi purè data eſſet, reiecta ſcil. cõditione, quæ impoſsibilis eſt. At ſi poſt *mille annos* libertas data ſit, conditio

ditio nulla eſt, ſed certus dies: ac quãuis fieri nequeatut ſi poſt mille annos liber ſit is, qui in id vſq; tẽpus viuere non poſſit: teſtatoris tamen volũtas nõ patitur, vt libertatẽ quæ poſt mille annos data eſt, purè datam eſſe dicamus: cùm omnino contraria hæc ſint, dari libertatẽ purè, & dari in diem.† Quòd ſi quis obiiciat, purè dationi libertatis non minùs contrariam eſſe eã, quæ ſub conditione, quàm quæ in diem eſt. Reſpondebo, diei & conditionis differentiam illam eſſe quòd in conditione ſiue poſſibilis ea ſit, ſiue impoſſibilis, alia cõditio nulla continetur. In tẽpore verò, tempus aliud quod breuius ſit comprehẽditur, ita vt qui poſt mille annos liber eſſe iuſſus eſt, idem non niſi poſt tres, quinque, decẽ, viginti, pluréſq; annos liber eſſe iuſſus videatur. Nam in mille annis tres, quinque, decẽ, viginti, pluréſq; anni expreſsè inſunt. Vnde fit vt ſi ex ea datione libertatis, *Stichus ſi digito cœlum tetigerit, liber eſto*, tollas id quod impoſſibile eſt, conditionem omnino tollas, nihilq; ſuperſit præter puram libertatis dationem. Sed ſi Stichus poſt mille annos liber eſſe iuſſus ſit, non poſſis tollere tempus illud in quod vſq; impoſſibile ſit Stichum viuere, quin tempus aliud ſuperſit, in quod vtiliter dari libertas potuerit. Nam ſi non poſt mille, falſum quòd poſt tres, quinq, decẽ, pluréſve annos libertas vtiliter dari poteſt. Quis verò poſſit dicere in quod vſq; tẽpus data videatur libertas, cùm eius temporis quod teſtator ipſe præſcripſit, ratio nulla habetur? Conſequens igitur eſt non competere libertatem propter incertum temporis quod ex teſtatoris voluntate: neq; omnino reiici, neq; cuiuſmodi ſit ab alio quàm ab ipſo teſtatore diffiniri poſsit: vt non malè Iulianus dixerit, libertatis dandæ animum habere non videri eum, qui in tam longum tempus libertatis dationem confert, vt eo tempore in hominum
6 natura eſſe nequeat is cui data libertas eſt.† Longéque alia ratio eſt teſtatoris, qui Stichum poſt annos liberum eſſe iuſsit, nullo annorum numero adiecto. Hinc enim libertatem poſt biennium dediſſe videri idem Iulianus ſcripſit in *l. libertas. 17. §. vlt. de manum. teſtam* non illa tantùm ratione quòd fauor libertatis id exigat, ſed etiã quòd eam interpretationem teſtatoris verba patiantur. Quam tamen non patiuntur illa, *poſt mille annos liber eſto*, quoniam in mille annis non magis biennium, quàm quinquennium, aut decennium continetur. At conditionum alia ratio eſt. Neq; enim iis aliæ conditiones inſunt, atq; ideò ſublata, ſi dicere liceat, impoſsibilitate, quod ſupereſt quemadmodum poſsibile eſt, ita commodè ex teſtatoris voluntate impleri poteſt.

Capvt XIII.

Emendatio l. 2. D. qui potior. in pign. hab.

Svmmaria.

1 *Conciliatio* l. 2. ff. qui pot. in pign. *cum* l. 2. ff. de pignor. *ab Accurſio allata reiicitur.*
2 *Accurſij interpretatio ad verſic.* quòd ſi ea conuentio d. l. 2 ff. qui pot. in pign.
3 *Cuiacij ad eundem verſiculum emendatio.*
4 *Aliter emendandum eſſe dictum verſiculum, & pro cætera legendum eſſe* certa.
5 *De generali & ſpeciali bonorum obligatione obſeruatio.*

1 Qvod † Papinianus reſpondit in *l. 2. D. qui potior. in pign. hab.* eum qui generaliter bona debitoris pignori accepit, potiorem eſſe illo cui poſteà prædiũ aliquod ex iis bonis obligatum eſt, quamuis ex cæteris pecuniam ſuam redigere poſsit, pugnare omnino videtur cum reſcripto Imperatorum Seueri & Antonini in *l. 2. C. de pignor.* quo continetur vt priori creditori qui in omnibus debitoris bonis æquale ius habet, denegetur tamen pignoris perſecutio in iis quæ ſecundo creditori ſpecialiter obligata ſunt, ſi cætera debito exoluẽdo ſufficiant. Nec dici poteſt quod *Accurſius* primùm tentat Papinianum de ſtricto Iure, Imperatores verò de æquitate reſpondiſſe. Quamquam enim æquitatis potius quàm ſtricti iuris rationem Imperatores habuiſſe vel ex eo maximè conſtat quod lex ait creditorẽ qui prior generalem hypothecam accepit æquale ius in omnib. bonis habere, ſed iuriſdictionem temperandam eſſe: mihi tamen probabile fieri nõ poteſt, Papinianum de ſtricto iure aduerſus æquitatem reſpondiſſe: cuius cætera reſponſa omnia rationis & æquitatis pleniſsima fidem faciunt præcipuam eum vtilitatis & æquitatis cauſam habuiſſe: & ſtrictum ius ſi quãdo ab æquitate diſsideret ſemper neglexiſſe. Quare nec *Accurſius* conciliationem hanc probat, ſed ſubiicit quod verius eſt, Papiniani ſententiam ad eum creditorem referri, qui debitoris bona omnia generaliter pignori acceperat: ſpecialiter verò nulla. At Imperatores de eo creditore conſultos fuiſſe cui generaliter bona omnia, ac prçtereà ſpecialiter quçdam obligata eſſe proponebantur, quemadmodũ apertè legis verba demonſtrant. Hunc, qui ſpecialiter quædam bona pignori accepit, videri quodammodo ac ſub tacita conditione à generali obligatione receſsiſſe, & conueniſſe, vt non prius ea, quæ generaliter obligata eſſent pignoris iure vindicaret, quàm ſi ſpecialiter obligata pecuniæ debitæ ſolutioni nõ ſufficere appareret. Illum verò, cui generaliter duntaxat bona omnia pignori data ſunt, nihil feciſſe ex quo cõiici poſsit ab eo iure, quod in bonis omnibus æquale habere cœperit, recedere eũ voluiſſe. *l. ſi generaliter. 6. C. qui pot. in pign. hab.* Neq; ſanè aut verior aut elegantior earum legum cõciliatio aut
2 afferri aut requiri poteſt.† Sed difficilius eſt, quod apud Papinianum ſequitur in illis verbis, *Quòd ſi ea conuentio prioris fuit, vt ita demùm cætera bona pignori habeantur ſi pecunia de his, quæ generaliter accepit ſeruari non potuiſſet, deficiente ſecunda conuentione, ſecundus creditor in pignore poſteà dato non tam potior quàm ſolus inuenietur.* Hic verò *Accurſius* caſum mutari ſcribit, & incipere Papinianũ loqui de eo creditore, qui ex generali conuentione pignoris bona quædã excepit, quæ obligata noluerit niſi ſub ea conditione ſi ex his quæ generaliter obligata eſſent, pecunia ſeruari non poſſet. Quod quanquam veriſſimum videtur, Papiniani tamen verbis nullomodo cõuenit, qui *cætera bona* paulò antè dixit ea quæ generaliter obligata ſunt vt & in *l. 1. D de diſtract. pign.* Et cùm in præcedentibus non poſuerit bona aliqua ſpecialiter aut excepta aut obligata fuiſſe ei, qui generalem hypothecam acceperat, vix eſt vt *Cætera* commodè interpretari poſsimus ea, quæ ſpecialiter excepta ſunt, niſi ante generalem hypothecam ſpecialem aliquam cõſtitutam eſſe cõminiſcamur. At rurſus ſi *Accurſij* interpretationem reiiciamus, fatendum erit ineptam eſſe conuentionem illam, vt ita demùm generali hypothecæ locus eſſet, ſi pecunia de bonis generaliter obligatis ſeruari nõ poſſet. Quomodo enim ſeruari poſsit quia prius admittas generali hypothecæ locum eſſe?† Quam ob cauſam
3 placuit viro doctiſsimo *Iacobo Cuiacio* emendari debere Papin. contextum in illis verbis, *ſi pecunia de his quæ generaliter accepit ſeruari non potuiſſet*, & pro eo quod ſcriptum eſt, *generaliter* legendum eſſe *ſpecialiter*, quomodo in quibuſdam exemplaribus ſcriptum eſſe teſtatur. Quod ſi ita eſt, prioris creditoris conuentionem illam fuiſſe dicemus, vt ita demùm generali hypothecæ locus eſſet ſi ex bonis ſpecialiter obligatis pecunia ſeruari minimè poſſet. At iam ſuprà diximus, obligatis generaliter bonis omnibus & ſpecialiter quibuſdam portionem eſſe ſecundũ creditorẽ cui ex bonis generaliter obligatis pignus datum eſt. *d. l. 2. C. de pignor.* quaſi tacitè facta ea cõuentione inter debitorẽ & priorẽ creditorẽ, quam tamen expreſsè fieri Papinianus requirit. Diſsidẽtem igitur omnino faciamus Papinianũ ab Imperatoribus, nec cõciliationis ratio vlla recta afferri potuerit niſi ad eam confugiamus, quam ſupra ex *Accurſio* priore

loco

4 loco retulimus & refutauimus.† Quamobrem non pu-
to dubitandum, quin aliter emendanda ſint Papiniani
verba & illo loco *Catera bona*, non *catera* legendum, ſed
Certa. Hoc enim & probabilius eſt, & ad ſuperiores om-
nes obiectiones diluendas accommodatius. Papiniani
verò ſentẽtia & aperriſſima & veriſſima hæc erit, Obli-
gatis generaliter bonis omnibus, ſi ex iis poſteà præ-
diũ aliquod ſecũdo creditori in pignus datũ ſit, multum
intereſt an prioris creditoris conuentio generalis pura
fuerit, an verò conditionẽ hãc habuerit, vt ita demùm
certa bona pignori eſſent ſi pecunia de his quæ gene-
raliter accepiſſet ſeruari non poſſet. Priore caſu omni-
modo potiorẽ eſſe cauſam creditoris in re poſteà obli-
gata, licet ex cæteris bonis tantũn redigi poſſit quantũ
ad eius quod debetur ſolutionẽ ſit ſatis: poſteriore non
itẽ. Secundum namq; creditorem in pignore ſibi dato
non tam potiorem, quàm ſolum inueniri, deficiente ſe-
cunda cõuentione, hoc eſt ſi ex bonis generaliter obli-
gatis debitũ ſeruari poſſe appareat. Ponimus enim ſecũ-
do creditori pignus datũ eſſe ex iis bonis quæ non niſi
ſub conditione quæ defecit fuerãt obligata. Et ſecundã
conuentionem Papinianus intelligit conditionalem, ad
differentiam eius qua cætera omnia bona generaliter &
purè obligata ſunt.† Obſeruandum autem eſt multùm
intereſſe an quis bona ſua omnia generaliter obligaue-
rit, & quædã ſpecialiter. An verò ex generali bonorum
obligatione pura quædã exceperit quæ obligari nolue-
rit niſi ſub ea conditione, ſi cætera nõ ſufficerent. Prio-
re caſu ſi ex bonis ſpecialiter obligatis ſecundo credi-
tori pignus datum ſit, & ex iis quæ generaliter obliga-
ta ſunt prioris creditoris pecunia redigi poſſit, ſecundus
creditur in ſuo pignore non ſolus ſed potior inuenie-
tur, poſteriore verò, non potior ſed ſolus, vt Papinianus
ait: quod tamen non ſatis animaduerſum videtur ab iis
qui Imperatorum Diocletiani & Maximiani reſcriptũ
Papiniani ſententiæ omnino congruere ſcripſerũt: cùm
neq; cõgruat, neq; repugnet, ſed ad aliam facti ſpeciem
& quæſtionem pertineat, ſi emendationem noſtram
non improbabilem ad tuendam *Accurſij* interpretatio-
nem, quæ veriſſima eſt, amplectare.

Capvt XIV.

Emendatio §. vlt. l. 2. D. de ſuis & legit. hered.

SVMMARIA.

1 *Proximus agnatus quis dicatur, quum de inteſtati ſuc-
ceſſione agitur?*
2 *An poſt repudiationẽ ſucceſſio adhuc ſit inter agnatos?*
3 *Aliquando contingere vt repudiante ſcripto herede non
ideò locus fiat ſucceſſioni ab inteſtato.*
4 *An heredis heres ad adeũdam hereditatem cogi poſſit?*
5 *An hereditate ex teſtamento non adita fideicommiſſum
à ſcripto herede relictum legitimus heres præſtare
teneatur?*
6 *Tolluntur è* d. §. vlt. *verba illa*, cum onere fideicom-
miſſi.
7 *Fideicommiſſum intercedere, ſiue ſcriptus heres heredi-
tatem repudiauerit, ſiue ea neque adita neque repu-
diata deceſſerit.*
8 *Differentiam conſtituendam eſſe inter coheredem teſta-
mentarium, & heredem legitimum, quum de fidei-
commiſſi præſtatione agitur.*
9 *Sententia* l. non iuſtam. C. ad SC. Treb.
10 *Sublatam eſſe veterem aditionis, & pro herede geſtionis
differentiam.*
11 *An* d. l. non iuſtam. *de aditione, an verò de geſtione
pro herede accipienda ſit?*

SCripſerat † Vlpianus *in §. proximum. l. 2. D. de ſuis &*
1 *leg. hered.* proximum agnatum cùm re inteſtati ſuc-
ceſſione agitur, non eum dici qui tunc fuit cum pater-
familias moreretur, ſed eum qui tunc fuit cùm inteſta-
rum deceſſiſſe certũ eſt. Indéq; fieri vt interdum etiam
vlterior agnatus admittatur. puta ſi quis fortè teſtamẽ-
tum fecerit, cùm patruum & patrui filium haberet, quo
exemplo vtitur Vlpianus in *§. præcedenti*. Nam ſi deli-
berante herede ſcripto patruus deceſſerit, mox heres
ſcriptus hereditatem repudiauerit, patrui filius admit-
tetur. Et generaliter ſi mortis tempore ſuus aut alius
erat, qui præcedebat, nec tamen eorum quiſquam viuit
cùm repudiatur hereditas, proximum eum accipiemus
qui eo tempore quo hereditas repudiatur primus erit.
† Tum ſubiicit Vlpianus in *§. vlt.* bellè quæri poſſe, an 2
etiam poſt repudiationem adhuc demus inter agnatos
ſucceſſionem. Difficilius enim eſt vt poſt repudiationẽ
quàm vt poſt mortem ſucceſſio detur, quòd inter tem-
pora mortis & aditæ hereditatis, aut repudiatæ ab he-
rede ſcripto nullum ius quæſitum dici poſſit iis quos
ad inteſtati hereditatem lex vocat, cum ſucceſſioni ab
inteſtato locus eſſe nequeat quandiu ex teſtamento ac-
quiri hereditas poteſt. At ſtatim atq; hereditatem ſcri-
ptus heres repudiat, lege duodecim tabularum ex cauſa
inteſtati proximioribus ea defertur, nec videtur fieri
poſſe vt non deferatur ei qui eo repudiationis tempore
proximior reperiatur.† Ac ſanè plerumq; ita ſe res ha- 3
bet. Sed tamen aliquando contingit vt repudiante ſcri-
pto herede non ideò locus fiat ſucceſſioni ab inteſtato.
Finge rogatum eſſe heredem ſcriptum vt Titio heredi-
tatem reſtitueret. Certum eſt repudiantem eũ cogi poſ-
ſe per Prætorem vt hereditatem adeat deinde reſtituat:
idq; tam authoritate Senatuſconſulti Pegaſiani, quàm
reſcripti quod à Diuo Pio poſt Senatuſconſultum factũ
eſt: cuius & mentio fit in *l. nam quod.* 14. §. 1. *D. ad S.C.
Treb.*† Cùm verò is quoq; qui inuitus & cõpulſus he- 4
reditatem adit, heres nihilominus ex teſtamento fiat, vt
reſtitui etiam ex teſtamento hereditas poſſit. Apparet
non poſſe hoc caſu per ſolam heredis repudiationem
teſtamentum irritum fieri, niſi fideicommiſſarius quo-
que fideicommiſſum repudiet: ac proinde quandiu cogi
heres poteſt, vt hereditatem adeat, tandiu quærendum
non eſſe quis agnatus proximior ſit, ſed eo demum tẽ-
pore quo acquirendæ ex teſtamento hereditatis nulla
ſpes ſupererit. Pone igitur heredem ſcriptum poſt re-
pudiationem ſuperuixiſſe centum diebus, & interim
proximum deceſſiſſe, mox & eum qui reſtituere roga-
tus erat. Dicendum eſt, inquit Vlpianus, poſteriorem ad-
mitti, id eſt eum qui eo tẽpore quo heres ſcriptus mor-
tem obiit proximus fuit, licet repudiationis tẽpore ab
alio anteoerteretur. Nempe, quia non niſi moriente he-
rede certum eſſe cœpit ſucceſſioni inteſtati locum fa-
ctum eſſe, cùm is quandiu vixit, cogi potuerit adire ex
teſtamento hereditatem. Sane quin eius morte præciſa
& ſublata ſit ſpes omnis teſtamentariæ ſucceſſionis ſa-
nĩ iudicij nemo, vt opinor, negauerit. Quemadmodum
enim veteris nouiq; iuris regula eſt hereditatem non
aditam non tranſmitti *l. vnic. §. in nouiſſimo. Cod. de caduc.
tollend.* ita verum eſt heredis heredem cogi non poſſe,
vt hereditatem fideicõmiſſariam adeat, præſertim quæ
à defuncto repudiata eſt *l. ille à quo.* 13. *§. quid ergo. D. ad
S.C. Treb.* † Fateor hereditatem à ſcripto herede aditam 5
necdum fideicommiſſario reſtitutam poſſe per heredis
heredem reſtitui, adeoq; cogi eum debere vt reſtituat *l.
quamuis.* 40. *§. perſona. l. ſi eius.* 64. *§. ſi quis rogatus. D. eod.*
Sed aditionis & reſtitutionis iura diſtincta ſunt pro-
pterea quòd heredis heres hereditatem, quæ ſibi dela-
ta non eſt adire non poteſt: At eam hereditatẽ quæ ſibi
ex cauſa ſucceſſionis & ex perſona defũcti acquiſita eſt
cum onere fideicommiſſi, reſtituere omnino debet, ne
meliore conditione ſit quam defunctus qui ad reſtitu-
tionem tenebatur ex Senatuſconſulto Trebelliano. Co-
actio adeũdi fit ex Pegaſiano, reſtitutio ex Trebelliano.
Et ridiculus eſt *Accurſius* cùm pleriſq; locis diſputat
an heredis heres ad adeundam hereditatem cogi poſſit.
Nullus enim omnino iuris locus eſt quo moueri quis
poſſit,

poſsit, vt puter Senatuſconſultum Pegaſianum, quod de cogendo herede factum eſt ad heredis heredem porrigi debere. Iuſtiniani namq; conſtitutio *in l. vlt. §. cùm autẽ. C. ad Trebell.* qua in eam rem *Accurſius* vtitur, non de aditione, ſed de reſtitutione hereditatis loquitur. & præterea ſingulare ius inducit ſola Iuſtiniani voluntate contra omnem iuris veteris rationem conſtitutum. Sed neq; dici poteſt quod à viro doctiſſimo ſcriptũ aliquando legere puduit, repudiante herede ſcripto in fraudem fideicommiſſarij, & gratiam legitimi heredis, nihilominus fideicommiſſum ab herede legitimo præſtandum eſſe quod ab inſtituto] diſertis verbis relictum fuerat. Iuris enim certiſſima regula eſt fideicommiſſum ab herede ſcripto datum hereditate ex teſtamento non adita ſic intercidere vt à ſuccedentibus ab inteſtato peti non poſſit, niſi vel ab iis nominatim repetitum ſit, vel ſimpliciter, hoc eſt nulla heredis mentione facta relictum. *l. ea quam. 14. C. de fideic. l. 1. C. de fideic. lib.* Et verò ſi ita ius eſſet vt hereditate ex teſtamento nõ adita legitimus heres fideicommiſſum præſtare teneretur, quid cauſæ eſſet cur ex Pegaſiano hereditatem adire ſcriptus heres cogeretur? Aut quo iure cogi poſſit is qui ab inteſtato, & præter voluntatem teſtatoris ſuccedit, vt quicquam præſtet ex teſtamento quod irritum factum eſt? Denique an non abſurdum eſt repudiationem ſcripti heredis efficere vt fideicommiſſarij melior conditio ſit quàm ſi ſcriptus heres nec adita nec repudiata hereditate deceſſiſſet? Aut ſi repudiatione heredis fideicommiſſarij ius augeri & legitimi heredis minui contra iuris rationem admittere volumus, quid illud eſt quod Vlpianus ait in *dict. §. vlt. l. 2. de ſuis & legit. hered.* cogi nihilominus heredem poſſe vt ex teſtamento hereditatem adeat tum reſtituat ex edicto Diui Pij? An non heredi ſcripto iniuria fieret ſi repudiatam hereditatem adire cogeretur, cùm fideicõmiſſarij nihil intereſſet, & à legitimo quoque herede fideicommiſſum præſtãdum eſſet? Sed neq; Vlpianus ponit repudiatam eſſe hereditatem ab herede inſtituto in fraudem fideicommiſſarij & gratiam legitimi heredis: neq; verò de eo legitimo herede intelligi poteſt, qui cum ſcripto herede fraudem participauerit. Ponit enim deceſsiſſe eum cui repudiationis tempore deferri potuit hereditas, & ad inteſtati ſucceſsionẽ vocari ait eum, qui repudiationis tempore proximus non
6 erat. † His itaq; rationibus moueor, vt dicam quod ante me nemo dixit, verum eſſe non poſſe quod in *d. §. vlt.* ex Vlpiano proponitur poſteriorem agnatum teneri ad reſtitutionem fideicommiſsi, neq; dubito quin poſtrema illa legis verba *cum onere fideicommiſſi* quæ virum doctiſſimum fefellerunt delenda ſint, & imperitiſſimo alieni interpreti potiùs quàm Vlpiano tribuẽda. Nihil enim aliud agebat Vlpianus quàm vt probaret poſteriorem agnatum admitti: neq; erat cur de fideicõmiſſo quicquam ſubiiceret, de quo nec dubitare quiſquã poterat, præſertim cùm idem Vlpianus in præcedentibus ſcripſiſſet heredẽ ſcriptum qui hereditatem repudiauerant cogi potuiſſe vt eam adiret & reſtitueret ex reſcripto Diui Pij: quod ſanè rationem nullam haberet ſi eo repudiante hereditas ad legitimum heredem non niſi cum fideicõmiſſi onere proueniret. Quare nec Accurſius in eius loci interpretatione leges vllas habet quas pro tuenda Vlpiani ſententia cõgerat, ſed Marciani tãtùm authoritate nititur qui in *d. l. ſi eius 64. §. ſi quis rogatus. D. ad S.C. Trebel.* ſcribit. Si quis rogatus hereditatem reſtituere deceſſerit priuſquam reſtituat, heredẽ eius reſtituere poſſe, & ex Trebelliano trãſituras actiones. Verùm iã ſuprà monuimus ita demùm id verè dici ſi hereditatem ſcriptus heres adierit. Prius enim quàm ſi hereditas adita ſit de reſtitutione quæri nunquã poteſt. † Nihil ergo intereſt an ſcriptus heres hereditatem
7 repudiauerit, an ea neq; adita neq; repudiata deceſſerit: & vtroque caſu fatendum eſt fideicommiſſum intercidere, & ſucceſſioni ab inteſtato ſine onere fideicommiſſi locum eſſe. Alioqui dicendum eſſet fruſtrà legatorum & fideicommiſſorum ſeruandorum cauſa propoſitum à Prætore Edictum, Si quis omiſſa cauſa teſtamẽti hereditatem ab inteſtato poſſideat: cui ſcil. locus aliter eſſe non poteſt, quàm ſi hereditas ex teſtamento repudietur, tum ab inteſtato poſſideatur *l. 1. §. prætermittere eſt. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſta.* & quamuis non ſim neſcius aliis etiam modis quam repudiatione omitti hereditatem poſſe, ea tamen omiſſio non niſi tacitæ repudiationis iure plærumq; cenſeri poteſt. Quòd ſi fideicommiſſum iure ciuili intercidit, cùm heres ſcriptus hereditatẽ repudiat in fraudem fideicommiſſarij, quamuis idẽ ipſe ab inteſtato poſſideat hereditatem, ob eámque cauſam vel ad Prætoris edictum, vel ad Senatuſconſulti Pegaſiani remedium neceſſariò recurrendum eſt. Quantò magis admittendum ſit, fideicommiſſum omnino intercidere: ſi hereditatem ſcriptus heres repudiet, eáque ad proximiorem agnatum deuoluatur, quia neq; Prætoris edicto, neq; Senatuſcõſulti authoritate teneatur? Neq; verò recta cõparatio eſſe poteſt legitimi heredis & eius, qui ex teſtamento coheres eſt. Huic namque coheredis repudiantis, aut aliter omittentis portio cum fideicommiſſi onere perpetuo accreſcit poſt conſtitutionem Seueri, qua factum eſt, vt ab inſtituto relicta fideicommiſſa à ſubſtituto repetita intelligantur, *l. licet. 74. de leg. 1.* Coheres enim coheredi ex tacita teſtatoris voluntate ſubſtitutus videtur, *l. ſi Titio. 61. §. 1. de legat. 2.* ac proinde quaſi ſubſtitutus fideicommiſſum quod ab eo relictum fuerat, qui heres non eſt, in omnem cauſam fideicommiſſo præſtando obſtringitur. † Huius verò diſsi- 8
militudinis inter coheredem teſtamentarium, & legitimum heredem ratio aperta illa eſt, quod non aliter legitimus heres admittitur, quam ſi teſtamẽtum repudiata aut alio modo omiſſa ex teſtamento hereditate irritum factum ſit, ac proinde fideicommiſſum intercideret. Coheres verò teſtamento datus ſi portionem ſuam adeat teſtamẽtum ſuſtinet, atq; ex eſſe heres fit, ſi alius coheres ex parte heres eſſe vel nolit, vel nõ poſsit: quod cùm euenit ratio facit, ne plus iuris habeat in ea portione quæ accreſcit, quàm habuiſſet is qui ex ea portione fuerat inſtitutus. Ergo ſi ab eo qui heres non fuit fideicommiſſum relictum proponatur, fideicommiſſum à coherede præſtabitur: & conſequenter ſi is qui heres eſſe noluit, cùm hereditariam portionem reſtituere rogatus eſſet poſtulante fideicommiſſario per Prætorem adire coactus & iuſſus ſit, tum priuſquàm adiret deceſſerit, fiet vt quemadmodum ex eius perſona coheres præſtare & reſtituere fideicommiſſum tenetur, ita quartam Pegaſianam detrahere nequeat, quam is qui adire iuſſus erat, detrahere nõ potuiſſet. Idémq; meo iudicio, iuris erit, ſi poſt repudiationem, licèt ante iuſſum Prætoris deceſſerit is, à quo fideicommiſſum teſtator reliquit. Non enim Prætoris iuſsus, ſed ſola heredis repudiatio facit ne ex reſtituenda hereditate falcidiæ commodum ſentire heres debeat, quando certum ſit neo volentem eum poſſe hereditatem poſteà adire quam repudiauerit niſi à Prætore ita facere iubeatur. Sed multum intererit an coheres portionem reſtituere rogatus iubente & cogente Prætore hereditatem adierit, ac poſteà priuſquàm reſtitueret mortuus ſit: an verò poſt iuſſum Prætoris nondum tamen adita hereditate deceſserit. Hoc enim caſu iuri accreſcendi locus eſt & fideicõmiſsum à coherede omnimodo præſtari debet, Priore verò ſpecie fieri non poteſt, vt fideicõmiſsũ coheres debeat, cui adita coheredis portio accreſcere nõ potuit, ſed heredis heres iubẽdus erit, vt eã portionẽ quã fideicõmiſsario poſtulãte defũctus adire iuſsus fuerat & adierat ille ex Senatuſcõſulto reſtituat. † Quæ ſẽ- 9
tentia eſt *l. non iuſtam. 4. C. ad S.C. Treb.* in qua proponitur coheredem repudiantem adire iuſsum deceſsiſſe prius quàm adiret aut pro herede gereret. Et ob eam cauſam reſpondetur repudiatam portionem coheredi

accreſcere

accreſcere, ita tamen vt fideicommiſſum nulla deducta falcidia præſtare teneatur. Errant verò miſerè, quia in
10 ea lege ſeparant aditionem à geſtione pro hærede. † Quaſi ad ſcrupuloſam illam, quæ priſcis temporibus obtinebat aditionis & geſtionis pro hærede differentiam, potiùs quàm ad rei effectum Imperatores reſpexerint. Aut quaſi ad acquirendam hæreditatem, & impediendum ius accreſcendi ſola aditio non ſufficiat niſi pro hærede geſtio etiam ſubſequatur: quo abſurdius nihil ſanè dici poteſt. Tam enim per aditionem quàm per geſtionem acquiri hæreditatem certum eſt, & ſiue hoc ſiue illo modo acquiſita ſit iuri accreſcendi locum non eſſe, *l. vnic. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* ſicut ne vulgari ſubſtitutioni. *l. poſt aditam. C. de imp. & aliis ſubſt.*
11 † Rectè igitur Accurſius in *d. l. non iuſt.* coactionem iuſſum eſſe interpretatur. Cogitur enim adire qui à Prætore iubetur, neque tamen ideò adit & acquirit hæreditatem, niſi Prætori pareat & pro hærede gerat. Dixi *Pro hærede gerat.* quoniam ſi aditionem eam intelligas, quæ olim certis & ſolemnibus cretionum verbis fiebat, nulla ratio eſt cur Prætor hæredem iubeat adire, & ea ſolemnia verba proferre, quibus vix aliter locus erat, quàm cùm iure ciuili hæreditas acquirebatur, & ita demùm ſi teſtator ſic hæredem inſtituiſſet, vt hæreditatem intra centum puta dies adiret cerneretque, ſicuti Vlp. ſcribit in tit. *Qui hered. inſtit. poſſ.* Quid verò Prætoris intereſt an ea cretionum verba hæres proferat, an rem aliquam hæreditariam attingat? Id ſiquidem duntaxat Prætor curat, vt hæreditatem hæres acquirat, quod cum per geſtionem pro hærede faciliùs minoréque incommodo quàm per aditionem fieri poſſit, credendum eſt Prætorem iubere ſolitum, vt hæres pro hærede gereret potius quàm vt per cretionem adiret. *arg. l. ſeruo inuito 65. §. ſi pupillo. D. ad S.C. Treb.* Vt vel ex eo maximè appareat Imperatores *in d. l. non iuſtam.* veteris illius inter aditionem & pro hærede geſtionem differentiæ rationem nullam habere voluiſſe: neque dubitandum eſſe, quin ita demùm repudiata cohæredis portio cohæredi cùm onere fideicómiſſi accreſcat, ſi is qui poſt repudiationem hæreditatem acquirere iuſſus eſt, ante acquiſitionem quoquomodo factam deceſſerit. At ſi neque adita hæreditate neque adire iuſſus deceſſerit, ſiue portionem ſuam repudiauerit, ſiue voluntatem ſuam minimè declarauerit, fideicommiſſum ſanè non intercidet, ſed à cohærede ac ſi cohæredi ſubſtitutus eſſet præſtabitur, cum ea tamen diſtinctione, vt ſi fideicommiſſaria portio repudiata fuerit falcidia ex fideicommiſſo retineri non poſſit. Sin repudiata non fuit, eam portionem quæ accreuit, cohæres deducta quarta reſtituat.

Capvt XV.

Ad l. Micinius. 61. D de rei vindic.

SVMMARIA.

1 *De media inter Proculum & Caſſium ſententia in illa quæſtione, ad quem dominium pertineat, quum quis ex aliena materia ſpeciem aliquam ſuo nomine fecit?*
2 *Iuliani à Paulo diſſenſio in quæſtione de dominio nauis ex alienis tabulis compacta.*
3 *Iuliani & Micinij diſtinctio inter nauem, & quamlibet aliam ſpeciem quæ ex aliena materia facta eſt.*
4 *Propoſitæ differentiæ ratio redditur.*
5 *De vſufructu nauis quæ per partes refecta, aut omninò diſſoluta eſt, & an vſusfructus extinguatur?*
6 *Cur domus ſi ad aream vſque diruta ſit, licet ex eadem materia poſtea reſtituatur, eius tamen vſusfructus extinguatur?*
7 *Non eadem ratione aream partẽ aut principium domus dici, qua tabula pars, aut principium nauis dicitur.*
8 *De naue ex alienis tabulis refecta, & ad quem eius dominium pertineat?*

Cvm † quis ex aliena materia ſpeciem aliquam ſuo 1
nomine fecit, ſi de rei dominio diſputetur, vtrum ad eum pertineat qui materiæ dominus ſit, an ad eum qui ſpeciem fecerit, diſſentientes fuiſſe legimus Proculianorum & Caſſianorum opiniones. Proculo namque placebat dominum eſſe eum, qui fecerit quòd ea ſpecies prius quã facta eſſet neque in rerũ natura, neq; in bonis vllius eſſet. Caſſius contrà, naturali rationi conuenientius eſſe putabat vt qui materiæ dominus extitiſſet, idem eius quoque dominus eſſet quod ex ea materia factum fuiſſet quoniam ſine materia ſpecies effici non potuiſſet. *l. adeò. 7. §. cùm quis ex aliena D. de acquirend. rer. domin.* Vtraque igitur opinio ſicut magnos aſſertores habuit, ita ratione pereleganti, & probabili inducta, & confirmata fuit. Ob eamque cauſam, qui Proculum & Caſſium ſecuti ſunt Iuriſconſulti neutrius opinionem omnino explodſam voluerunt, ſed diſtinctione potius vtramque ſic conciliari poſſe crediderunt, vt dicerent ſi materia ex qua ſpecies facta eſt talis ſit, quæ in ſua initia redigi poſſit, Caſſij ſententiam præualere, & materiæ magis quàm ſpeciei & formæ rationem habendam eſſe. At ſi ea contrario materia per ſpeciem adeò immutata ſit, vt [illegible] & forma quam accepit ad priſtinam ſuam ſubſtan[illegible] & qualitatem reuerti nequeat, Proculi opinionem obtinere, & materiæ quaſi in rerum natura eſſe deſierit dominia ad eum omnino ſpectare qui ſpeciem fecerit. Et hæc media Erciſcundorum ſententia, quam ſupradicto loco Caius refert ſicut æquior & verior eſt, ita magis communiter à iuris authoribus probata fuiſſe videtur ſi Paulo qui Caſſianus fuit credimus in *l. in omnibus. 24. D. eo.* & Iuſtiniano in *§. cùm ex aliena. Inſtit. de rer. diuiſ.* † Quid 2
ergo ſi ex meis tabulis nauem feceris? Tuam nauem eſſe Paulus reſpondit *l. ſed ſi 26. de acquir. rer. dom.* non alia ratione quàm quòd facta naui cupreſſus non manſerit, ſed cupreſſeum corpus factum ſit: quemadmodum inquit, ſi ex mea lana veſtimentum à te confectum eſſet, tuum non meum eſſe deberet: quoniam lana non maneret, ſed laneum corpus efficeretur. Sed Iulianus in *l. Micinius. 61. D. de rei vindicat.* Micinium interrogatum contrà reſpondiſſe refert Nauim quam tu ex meis tabulis ædificaueris tuam non eſſe, ſed meam: eiuſque ſententiæ rationem illam ſubiicit, quòd totius nauis proprietas carinæ cauſam ſequatur. Diſſentit ergo Iulianus à Paulo non in quæſtione illa Sabinianorum, & Proculianorum, quæ Erciſcundorum diſtinctione ſublata eſt, ſed in ſpeciali hac contentione, De dominio nauis ex alienis 3
tabulis compactæ. † Aliam enim Iulianus & Micinius nauis rationem eſſe voluerunt: aliam cuiuſlibet alterius ſpeciei quæ ex aliena materia facta ſit. Fatentur regulare ac ferè perpetuum illud eſſe, vt qui ex aliena materia ſpeciem fecit, rei dominus ſit ſi materia in ſua initia redigi non poſſit. Fatentur cupreſſum ex qua nauis tabulæ confectæ ſunt non manere, & ad priſtinam ſpeciem reuerti non poſſe. Sed in eo nauis, & cæterarum rerum rationem conſtituunt, quòd totius nauis proprietas carinæ cauſam ſequi debeat: in cæteris verò rebus nihil ſit, præter materiam & formam ex quo rei dominium & proprietas æſti-
mari poſſit. † Paulus contrà, pinguius meo iudicio, mi- 4
núſque ſubtiliter in *d. l. ſed ſi*, ſic diſputat vt differentiam illam quæ à Iuliano inter nauim, cæteráſque res conſtituitur, non tam reprehendere, quàm prætermittere videatur: quæ tamen ſi attentius intueare & perelegans eſt, & vera. Neque enim aut Erciſcundi aut Proculiani ipſi materiæ dominium aliter amitti exiſtimarunt, quàm ſi ex ea materia ſpeciem aliquam non dominus feciſſet. Ea enim ratio ſola eſt qua Proculus mouebatur quòd ſpecies quæ ex aliena materia facta eſt, in nullius bonis anteà eſſet. Nondum igitur confecta ſpecie, ne Proculus quidem negabat materiæ dominum manere eum, qui anteà fuiſſet. Atqui cùm ex meis tabulis carinam nauis extruxiſti, nondum tamen nauis facta eſt. Neque enim nauis carina, nauis eſt, ſed pars nauis, quemad-

modum area pars ędificij Carinam igitur ex meis tabulis factam fateri te neceſſe eſt meam eſſe: cùm materia tota mea ſit, forma autem nulladum acceſſerit, ne carinæ quidem priuſquam totam nauim conſtruxeris. Hoc verò ſi ita eſt, illud quoque fateri te oportet quicquid ſuperædificatur meum eſſe debere, quoniam carina veluti nauis area & ſolum eſt: cui ratione tum naturali, tum ciuili ſuperficies cedit quia neq; ædificium ſine area, neque nauis ſine carina ſubſiſtere poſſet. Quemadmodum ergo accedit vt ſi quis in alieno ſolo ædificauerit, ædificium non ad eum cuius impenſa factum eſt ſed ad ſoli, & areæ dominum pertineat: ita ſi tabularum corpus illud connexum ex quo nauis carina facta eſt meum ſit, totam quoq; nauim meam eſſe & carinæ cauſam ſequi omnino neceſſe eſt. Eaque rectiſſima ſanè eſt nauis & domus comparatio, itémque areæ & carinæ: qua & pleriſque aliis locis Iuriſconſultos vti videas, vt in quæſtione illa quam Vlpianus tractat *in l. quid tamen* 10. § *in*
5 *nauis. D. quib. mod. vſusfruct. amitt.* † Si nauis vſusfructus ad aliquem pertineat, eaque per partes refecta, aut omnino diſſoluta ſit, an vſusfructus extinguatur. Ait enim: Si per partes nauis refecta ſit vſumfructum non interire, quoniam eadem nauis exiſtimanda ſit licet adeò ſepe refectam eam proponas vt nulla tabula eadem permanſerit. *l. proponebatur.* 76. *D. de iudic.* Sed ſi diſſoluta ſit quamuis poſteà reſtaurata iiſdem omnino tabulis nulla præterea adiecta, extinctum tamen eſſe vſumfructum, quòd non ea ipſa cuius vſusfructus alienus erat, ſed alia nauis eſſe exiſtimetur. Tùm ſubiicit Vlp. *nam etſi domus fuerit reſtituta vſusfructus extinguitur.* Eadē omnino extinguēdi vſusfruct. ratione, ſcil. rei mutatione propterea quòd domus diruta licèt poſteà ex iiſdem lapidibus & lignis reſtituta alia domus eſt: cum tamen ſi per partes ſæpius refecta ſit, lapidibus & lignis omnibus vſque ad vnū immutatis, nihilominus eadem domus eſſe cenſeatur. Quamquam hac parte in eo fortaſſe diſſimilis domus & nauis ratio eſt, quòd ſi nauis diſſoluta ſit ea mente vt ex iiſdem tabulis reficeretur, nondum intercidiſſe videtur, & compoſitis tabulis rurſus eadem eſſe incipit, *l. inter ſtipulat.* 83. § *ſacram. D. de ver. obl. l. qui res.* 98. § *aream.*
6 *Dig. de ſolut.* † At ſi domus ad aream vſque depoſita & diruta ſit, licet ex eadem materia poſteà reſtituatur, alia erit. *dict. § ſacram in fin.* Nec diſtinguemus an diruta ſit ea mente vt ex eadem materia reficeretur. Quæ enim ſemel omnino diruta eſt refici non poteſt, cùm ex ædificio, nihil ſuperſit præter aream, quæ tamen nec pars dicenda eſt ædificij quod amplius nullum eſt: vt proinde ſi in eadem area rurſus ædifices, aliam domum fieri non veterem refici dicendum ſit. Nam ex lapidibus, & lignis ſine area domum efficere non poſſis, neque igitur reficere. Cùm autem nauis diſſoluta eſt, quæ tota ex tabulis conſtabat, tabulæ ipſæ ſuperſunt ex quibus refici poſſit non ſecus acſi non omnes tabulæ refixæ eſſent. Et ſi ea mente refixas eſſe proponas vt rurſus componerentur, ſolus ille reficiendi animus facit vt nondum intercidiſſe nauis videatur, quia nondum inciderint omnia ex quibus nauis conſtabat, id eſt tabulæ quarum
7 vel minima principium reficiēdæ nauis eſſe poſſit. † Dicea neque aream diruto ædificio interdicere, quæ tamen domus pars quoque eſt, *l. ſolum.* 50. *Dig. de rer. vindic. l. cum qui.* 23. *D. de vſucap.* Verùm reſpondeo, non eadem ratione aream partem aut principium domus dici poſſe, qua tabulam partem aut principium nauis eſſe dicimus. Fit enim nauis ex tabula & ſicut ita fit ita reficitur. Ex area verò neque fit neque reficitur domus, ſed cùm aream partem aut principium domus eſſe dicimus, ad id reſpicimus quòd ſine area domus ſubſiſtere & ædificari non poſſet. Denique tabula fit ad vſum nauis, area non fit ad vſum domus, ſed ea vtitur qui domum ædificat, & eo demum tempore quo ædificatum eſt, aream partem ædificij appellamus. Et hanc domus & nauis diſſimilitudinem Paulus non obſcurè docet in d. §. *ſacram*, cùm nauim quæ diſſoluta eſt ea mente vt ex iiſdem tabulis reficeretur comparat tignis ædium quæ depoſita ſunt ea mente vt reponerentur: Nauim verò quæ eo animo reſoluta eſt vt ad alium vſum tabulæ deſtinarentur, licet mutato conſilio reficiatur comparat ædibus, quæ ad aream vſque depoſitæ poſtea reſtitutæ ſunt. † Cæterùm vt ad inſtitutam Micinij diſputationem reuertamur, quemadmodum ſi ex meis tabulis nauim ædificaueris ratio facit vt nauis mea ſit, quia totius nauis proprietas carinæ cauſam ſequi debeat: Ita ſi nauim quæ tua erat ex meis tabulis refeceris, eadem ratio euincit, vt nauis tua maneat, quoniam carina tua remaneat, ſiue refecta ea non ſit, ſiue per partes refecta ſit, ſiue etiam omnino diſſoluta, ea mente tamen vt ex iiſdem tabulis reficeretur. At ſi omnino reſoluta ſit eo animo vt in alium vſum tabulæ deſtinarentur, quamuis mutato cōſilio carina reficiatur, quia tamen alia eſt, mea efficietur, tum quæ naui ædificabatur carinæ cauſam ſequetur, & mea erit, non tua Atque ita Micinij & Iuliani ſententiam explicandam eſſe exiſtimo quam nec Azo nec Accurſius, nec alij interpretes perceperunt. 8

Capvt XVI.

Emendatio l. etſi non adſcripta 9. C. de fideicommiſſ. libert.

SVMMARIA.

1 *Cur ſeruo quem pater filiis ſine libertate tutorem dedit libertas data videatur?*
2 *An ea libertas directa dicenda ſit, an fideicommiſſaria?*
3 *Caſus quo is, qui teſtamento liber eſſe iuſſus eſt, fideicommiſſariam duntaxat libertatem conſequitur.*
4 *Cur is qui ſeruo ſine libertate tutelam dedit, directam libertatem dediſſe videatur?*
5 *Difficultas nata ex* l. etſi 9. C. de fideicom. libert. *vbi non directam ſed fideicommiſſariam libertatem pater dediſſe dicitur.*
6 *Tolluntur verba* per fideicommiſſum *è* d. l. etſi.
7 *Verba illa* d. l. etſi poteſt igitur & huic fideicommiſſaria libertas deſendi *de ſeruo alieno, non de proprio accipienda eſſe.*
8 *Quibus libertatibus Senatuſconſulto Damuſiano aut Rubriano ſubuentum fuerit?*

PAter † filiis ſuis teſtamento tutorem ſeruum proprium dedit, nec libertatem adſcripſit. Placet, ac iam olim prudentibus placuit libertatem quoque datam videri, quòd non aliter ſeruus tutor eſſe poſſit, quàm ſi liber primùm fiat. Nam vt rectè Seruius dicebat, nihil aliud tutela eſt, quàm vis & poteſtas in capite libero iure ciuili data & permiſſa *l. 1. D. de tutel.* Eorum verò omnium, quæ iuris ciuilis ſunt vſque adeò incapaces ſunt ſerui vt pro nullis & mortuis habeantur. *l. quod attinet* 32. *D. de reg. iur.* & quod magis eſt quadrupedibus comparentur. *l. 2. § vt igitur. D. ad l. Aquil.* Eadémque ratio facit vt etſi alieno ſeruo tutela ſine libertate data ſit, nihilominus data libertas exiſtimetur. *l. ſi hereditas,* 10. § *vlt. D. de teſtam. tutel. l. etſi non adſcripta.* 9. *C. de fideicom. libert.* Quod ius libertatis non ſolùm libertatis fauore inductum eſt, ſed etiam pupilli, cuius vel maximè intereſt tutorem habere: nec minus ea res ad publicam vtilitatem pertinet vt libertates & pupillorum bona conſeruentur. † Sed quæſtio eſt & difficilis & elegans an tacita ea libertas directa dicenda ſit, an fideicommiſſaria. Et ſi quidem alienus ſeruus tutor datus ſit, non niſi fideicommiſſariæ libertati locum eſſe poſſe nemo ambigit: quoniam iuris ratio non patitur, vt teſtamento manumitti poſſint, niſi qui teſtamenti & mortis tempore teſtatoris ſerui fuerunt. Nam quemadmodum Vlpianus in titulis ſcribit, Vt teſtamento manumiſſi liberi fiant, lex duodecim tabularum facit ex ea parte qua confirmat quicquid teſtamento datum, & legatum eſt. Lex verò patrisfamilias legandi

poteſta

poteſtatem facit de ſua duntaxat pecunia non de aliena. *l. verbis legis 120. de verb. ſign.* At ſi ſeruum proprium tutorem dominus dederit, magis eſſe puto vt directa libertas competat perinde ac ſi ſeruus & liber, & tutor eſſe iuſſus eſſet. Fauor namque libertatis ſanè poſtulat, vt ſi directa libertas competere poſſit, fideicommiſſaria non debeatur, ne patronum ſeruus manumiſſus habeat, quem Orcinum, hoc eſt nullius libertum eſſe paterfamilias voluit. Cur autem directo iure liber non ſit, quem teſtator manumittere & voluit & potuit.
3 † Non inficior aliquando accidere vt qui teſtamento liber eſſe iuſſus eſt fideicommiſſariam duntaxat libertatem conſequatur. Sed id tum demum accidit cùm directa competere non poteſt, fortè ſi quis ſeruũ pignoratum directam libertatem dederit, quo caſu quia ſuboli iure directa libertas impeditur, cùm fieri nequeat vt ipſo iure liber ſit qui pignoris iure & vinculo tenetur, ad fideicommiſſariam neceſſariò recurrendum eſt, quaſi tacitè rogato hærede vt pignus luat, deinde ſeruum manumittat. *l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo. D. de fideicommiſſ. liber.* Quoties autem iuris ratio directam libertatem non impedit, nullo iuris loco ita conſtitutum reperias vt ex fideicommiſſo libertatem petere liceat ei quem teſtator ipſe manumiſit. Imò verò ius noſtrum non patitur vt in ſerui electione ſit, vtram petere malit, ſed vel directam ipſa iure competere neceſſe eſt, vel fideicommiſſaria deberi. Directa libertas ipſo iure competit, & quæ iam competit, deberi non poteſt. Fideicommiſſaria ex contrario non competit, ſed debetur. *d. l. generaliter §. ex teſtamento.* Directam dat teſtator, & lex duodecim tabularum confirmat. Fideicommiſſariam nec teſtator dat, nec lex confirmat, ſed hæres præſtat. *l. ſi ſeruus. C. eod.* Denique fieri nullo modo poteſt vt qui ipſo iure ex teſtamento liber eſt, quaſi nondum liber ſit libertatem ſibi ex fideicommiſſo præſtari poſtu-
4 let. † Ergo ſi quis ſeruo ſuo ſine libertate tutelam dederit, quia perinde eſt ac ſi libertatem quoque dediſſet, quod ſine libertate tutelæ datio non valeret, dicendum eſt ſicut tutelam directis verbis teſtator dedit ita directam quoque libertatem dediſſe eum videri non fideicommiſſariam: & quemadmodum eo caſu ſeruus tutor neceſſarius efficitur, ita & neceſſariũ liberum eſſe: ac proinde directo iure non per fideicommiſſum: quandoquidem is cui fideicommiſſaria duntaxat libertas debetur, non niſi volens & petens liber fieri poſſit. Quò etiam pertinet *rem.* Aliud eſſe tutelam libertati patrocinari: Aliud quod Vlpianus ſcribit *in d. l. generaliter. §. ſi quis tutorem.* verò libertatem ex fideicommiſſo deberi, vt intelligamus quoties tutela libertati patrocinatur, directæ libertati, non fideicommiſſariæ locum eſſe. Atque ita Iuſtinianus apertè ſcribit, itémque Theophilus *in §. 1. Inſt. qui teſtam. tutor. dari poſſ.* & Paulus *in §. vlt. l. quæro. 32. D. de teſtam. tutel.* illis verbis *an poſſit libertatem ſibi vindicare,* & aliis ſequentibus *& liberum quidem ab adita hæreditate eſſe.* Directa enim libertas illa eſt, quæ vindicatur: fideicommiſſaria non vindicatur, ſed petitur: & cùm ab hærede petenda ſit, qui non niſi poſt aditam hæreditatem hæres eſt, fieri certè nequit vt ab adita hæreditate liber ſit, cui ex fideicommiſſo tantùm libertas debetur. Nec eſt quod quis dicat in ea ſpecie directam libertatem ideò competere, quod Eros ſeruus cum liberi hominis prænomine Lucius Eros teſtamento dictus eſſet. Ea namque ſola adiectio facere non poteſt, vt libertatem directam ſeruo dare teſtator voluerit, potius quàm ſi Erotem ſimpliciter dixiſſet, neque verò ex teſtamenti verbis, ſed ex ſola tutelæ datione libertatem quoque datam videri Paulus interpretatur. Ob eamque cauſam ſic loquitur vt dicat libertatem directam datam videri, non quòd verè data non ſit, ſed quòd nõ niſi ex tacita teſtatoris voluntate, & iuris interpretatione data intelligatur. Ac ſanè ita ius eſt, vt ſi fideicommiſſi verba nulla ſint directa libertas competat, niſi ſtricta aliqua iuris ratio teſtatoris voluntati refragetur, indeque fiat vt ad fideicommiſſariam deflectendum & recurrendum ſit. *d. §. ſi quis ſeruo.* vbi quod dicitur ita conſtitutum eſſe fauore libertatis contra communes iuris regulas, oſtendunt ſatis regulam illam eſſe, vt in vnam eandémque perſonam vtriuſque libertatis directæ ſcilicet & fideicommiſſariæ 5
ius concurrere non poſſit. † Quæ cùm ita ſe habeant, nõn immeritò quis miretur quod contra ſcriptum eſt in *d. l. etſi. 9. C. de fideicom. libert.* Etſi non adſcripta libertate tutorem quis ſeruum proprium teſtamento dederit, receptum tamen eſſe vt per fideicommiſſum manumiſiſſe videatur. Repugnant enim [illegible] iuris loci quos ſuprà citauimus. Repugnat iuris ratio quam attulimus Repugnant denique ipſa legis verba [illegible] Neque enim teſtator ipſe ſeruum manumiſiſſe videtur, ſi non niſi ex fideicommiſſo libertas [illegible] cùm eo caſu manumiſſio ab hærede fieri debeat non [illegible] *ſi ſeruus. C. eod.* Vnde fit vt ſeparati ſint tituli De manumiſſis teſtamento, & De fideicommiſſariis libertatibus, quod iis qui teſtamento manumiſſi ſunt non fideicommiſſaria libertas debeatur, ſed directa competat Sed & Iuſtinianus *in d. l. quidam. §. cum igitur. C. [illegible] har inſti.* apertè ſcribit ius ciuile ita comparatum fuiſſe vt ſeruus qui tutor à domino ſcriptus eſſet directam quoque libertatem accepiſſe videretur Sic enim cum locum [illegible] eſſe conſtat, & quod lex [illegible] non ius nouum & Iuſtinianeum ſignificat, vt à nonnullis [illegible] video, ſed ius ciuile vetus quod ante Iuſtiniani tempora obtinebat, & cuius argumento Iuſtinianus vtitur, vt probet ſumma ratione niti quod ille ea conſtitutione induxit. Nimirum vt ſeruus qui hæres eſſe iuſſus eſt, non adſcripta libertate, nihilominus omninò ciuis Romanus exiſtat, hoc eſt directam libertatem nanciſcatur. Siquidem fideicommiſſariam ab aliquo petere cum neceſſe 6
eſſet, quam porro à ſeipſo petere non poſſe. † Quare ſic mihi perſuadeo in *d. l. etſi.* tollenda ea verba *per fideicommiſſum,* addita fortaſſis ab imperito interprete in iuris noſtri principiis parùm aut male verſato. Quem ex eo deceptum veriſimile eſt quòd poſita lex ſit ſub titulo De fideicommiſſariis libertatibus, & quòd in ſecunda legis parte quæ eſt de alieno ſeruo tutore dato, ſcriptum ſit eo caſu *æque fideicommiſſariam libertatem datam videri.* quaſi in priore ſpecie de fideicommiſſaria quoque non de directa libertate reſponſum fuiſſet Verum facilis erit ad obiectionem reſponſio ſi quis dicat legis ſententiam illã eſſe, vt ſiue proprio, ſiue alieno ſeruo tutela data ſit æquè libertas data videatur, ſed tamen priore caſu directa, poſteriore fideicommiſſaria. Sic enim Vlpianus *in d. l. ſi hæreditas. 10. §. vlt. de teſtam. tutel.* nihil intereſſe ait in proprio an alieno ſeruo tutelam, teſtator dederit: cùm tamen certo certius ſit hactenus intereſſe, quod ſi alienus ſeruus tutor datus ſit, ſub ea conditione datus intelligitur, *cum liber erit,* quæ in ſeruo proprio tutore dato, neque tacitè ineſſe creditur, nec niſi inutiliter & fruſtrà expreſsè adiici poſſet. *§ ſeruus autem alienus. Inſt. qui teſt. tut. dari poſſ.* † Et perperam locũ illum ac- 7
cipit qui ea verba *poteſt igitur & huic fideic. libertas defendi,* de ſeruo proprio interpretatur, cùm nõ niſi de alieno Vlp. tractat. Non enim argumentum ducit à ſeruo extraneo ad proprium, ſed ex contrario à proprio ad extraneum, vt quemadmodum proprius ita alienus ſeruus tutori datus libertatem conſequatur, quòd vtroque caſu eadem ſit voluntas teſtatoris. Sed ex eo rectè inferre nequeas, eandem vtrique libertatem competere. Directam namque à fideicommiſſaria diſtinguit non voluntas duntaxat teſtatoris, ſed etiam poteſtas. Seruo alieno nec volens directam libertatem dare teſtator poteſt: ſeruo autem proprio tutori dato nec ſi velit fideicommiſſariam, quia vt eleganter Theophilus ratiocinatur, neque pupillus manumittere ſeruum poteſt ſine tutoris authoritate, neque ſeruus aut ante acceptam libertatem tutor eſſe aut in rem ſuam pupillo authoritatem præ-
ſtare. † Nec poſſis dicere, quod quidam putant, ſubla- 8

tum hoc incommodum Senatuſconſulto Dasumiano quo cautum eſt iis qui ex iuſta cauſa abſunt, vt nec libertas impediatur, nec libertus eripiatur his qui fraude careant. *l. neque. 36. §. 1. ff. de fideic. libert.* Quamquam enim pupillus qui tutorem non habet abſentis loco eſt, non aliis tamen libertatibus Senatuſconſulto Dasumiano aut Rubriano ſubuentum ſuit quàm quæ ex cauſa fideicommiſſi ſic deberentur, vt vel intercidetent vel impedirentur niſi Senatuſconſulti authoritas difficultati præſtationis ſubueniret. *d. l. neque & l. cùm verò 26. §. ſubuentum. D. eo.* Sed ad directas libertates Senatuſconſultum non pertinet, quæ cùm ipſius legis duodecim tabularum poteſtate omnino confirmentur. Senatuſconſulti auxilium implorare non poſſunt. Qui ergo fatentur, quod ex Iuſtiniani, Theophili & Pauli ſententia veriſſimum eſt ſeruum proprium, tutorem teſtamento datum directam libertatem vindicare poſſe, eos fateri quoque neceſſe eſt nullum Senatuſconſulto ad conſeruandam libertatem eo caſu locum eſſe, ac proinde fideicommiſſariam libertatem impediri, directā verò ex teſtatoris volūtate & iuris ratione omnimodo cōpetere.

CAPVT XVII.

Venditoris rem tradere nolentis, dolus quomodo æſtimetur.

SVMMARIA.

1 *An venditor qui rei tradendæ poteſtatem habet ad tradendum cogi poſſit, an verò eius quod emptoris intereſt præſtatione liberetur.*

2 *Retinetur Martini ſententia exiſtimantis venditorem ad tradendum cogi poſſe.*

3 *Reſpondetur obiectioni contra Martini ſententiā allata.*

4 *Rationes duæ pro Martini ſententia.*

5 *Quid iuris, ſi venditor rem ipſam tradere nequeat?*

6 *An quum dolo & procacia venditoris res vendita perijt, ita vt tradi nequeat, eo caſu iuſiurandum in litem iudex deferre poſſit?*

7 *Sententia & declaratio* .l. ſi traditio. 4. C. de act. empt.

8 *Qua ratione iuſiurandum in litem inductum ſit?*

9 *An perpetuò verum ſit quod traditur, In bona fidei iudicijs in litem iurari?*

10 *Caſus quo in actione ſtricti iuris in litem iuratur.*

11 *Emptori onus incumbere probandi quanti ſua interſit, quum res vendita dolo venditoris, priuſquam traderetur, perijt.*

12 *Quomodo venditoris dolus æſtimetur, quum non modò moram contraxit, ſed dolo fecit ne rem tradere cogi poſſet, ac poſtea res perijt?*

1 DEciſa † eſt ex Pauli ſententiis vetus illa inter Martinum & Ioannem tot locis tractata quæſtio, An venditor qui rei venditæ tradendæ poteſtatem habet ad tradendum cogi poſſit, an verò eius quod emptoris inter eſt præſtatione liberetur. Scribit enim ille cogendum eſſe venditorem vt tradat, nec indulgendum ei eſſe, vt ſi quicquid emptoris intereſt præſtare malit, audiatur. Quæ fuit iam olim Martini opinio, à cæteris tamen interpretibus iuris ferè omnibus improbata. Quibus fortaſſis ignoſcendum eſſet, ſi nulla in libris noſtris quos præ manibus habebant, in eam rem argumenta extarent. Pauli namque ſententias eius ſeculi infelicitate, velut in tenebris ſepultas nondum quiſquam in lucem reuocauerat. Sed videamus ne & manifeſta iuris ratione & aliis pleriſque Digeſtorum locis Martini ſententia comprobari poſſit. Atque vt cætera omittam, quæ ille iam olim non ineleganter diſ-
2 putauit. † Ea præcipuè ratio mouere Ioannem debuit, quòd venditor eo ipſo quod vendere ſe dicit, hoc vnum præcipuè promittere intelligatur, traditurum ſe vacuam rei venditæ poſſeſſionem. Quod verò non propter non traditam rem, aut propter rei traditæ euictionem præſtat aliquando quicquid emptoris intereſt, id non tam ſit vi & poteſtate obligationis, quàm æquitate iudicij quod bonæ fidei eſt, & eam tantùm ob cauſam quòd obligationi non ſatisfecerit ſiue rem non tradiderit, ſiue eam tradiderit cuius poſſeſſio iure auocata ſit, quam perinde haberi lex ait ac ſi tradita non eſſet. *l. 3. l. ex empto. 1. D. de act. empt. l. ſi in vendit. 61. de euict.* Quod cùm ita ſit, dici non poteſt ex bona fide permittendum venditori vt non præſtet quod præſtare debeat cum poſſit: ne alioqui meliorem eius conditionem efficiamus, quàm ſi ex contractu ſtricto ad rem dādam teneretur. Melior enim conditio eſt eius qui electionem habet ex pluribus rebus vtram præſtare malit, quàm eius qui certæ rei præſtandæ omnino obſtrictus eſt. Atqui nemo dixerit eum qui fundum Tuſculanum dari ſtipulanti ſpoponderit eligere poſſe, vt ſi id quod ſtipulatoris intererit præſtare malit liberetur. Fundum namque ipſum dare debet & præſtare vt eius dominium ſtipulatoris omnimodo efficiatur. *l. vbi autem. 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* neque pro ea re quæ ex ſtipulatu debetur id quod intereſt vnquam petitur, aut præſtatur niſi cum faciendi obligatio eſt. *l. ſi quis alio. 13. §. vlt. D. de re iudic. l. quoties. 81. de verb. oblig.* Non alia ratione quàm quòd contractus ſtricti iuris præſtationem illam eius quod intereſt quæ ex bona fide proficiſcitur, recipere non poſſit. Cur ergo venditori concedamus, vt mala fide rem retineat quam præſtare debet poteſtque, præſtet verò quicquid emptoris intererit, cū ad id quod intereſt non aliter ſit obligatus quàm ſi id ex bona fide eſſe videatur? Sanè ex bona fide eſt, vt venditore rem tradere nolente cum poſſit, emptori liceat petere quicquid ſua intereſt rem traditam eſſe: in quo non vera duntaxat rei venditæ æſtimatio continebitur, ſed & ſi quid præterea intereſt. *l. 1. de act. emp.* Sed ſi rem ipſam habere emptor malit, eadem bona fides facit vt ei omnimodo præſtari debeat, adeoque obligationis iure & poteſtate non ſecus ac ſi ex contractu ſtricto deberetur. † Quòd 3
ſi obiicias tradendi obligationem qua venditor tenetur, facti eſſe: in huiuſmodi verò faciendi obligationibus perpetuò ſic obſeruari vt ſi non fiat quod conuenit præſtandum ſit id quod intereſt, quemadmodum ſuprà diximus. Reſpondebo factum quod in traditione verſatur non eſſe ex eorum genere quæ vt quis faciat cogi non poſſit ſine vi & impreſſione: quale illud eſt vt tu mihi tabulam pingas, aut pro me Romam eas: in quo demùm faciēdorum genere ne libero homini & ciui Romano vis fieret, conſtitui rationis fuit vt in locū obligationis faciendi, obligatio & præſtatio ſuccederet eius quod creditoris intereſſet. At cum res aliqua tradenda eſt, non tam illud agitur vt tradentis factum aliquod interueniat, quàm vt in eum cui tradi res debet poſſeſſio transferatur, quod ſi facto eius ipſius qui ad tradendum obligatus eſt, non fiat iudicis authoritate auocari poſſeſſio poterit, & in eum cui tradi res debuerat, transferri, adeoque manu militari ſi exequendæ iudicis ſententiæ ratio alia non ſuperſit vt in *l. qui reſtituere. 68. D. de rei vindicat.* Alioqui poſſet quis nō diſſimili ratiocinatione concludere, eum qui rem aliquam dare promiſit, ad dandum cogi non poſſe, quia dare hoc eſt dominium transferre nequeat, niſi per traditionem: cogi verò vt tradat & faciat, citra vim & impreſſionem non poſſit. Quod tamen Vlp. negat in *d. §. vlt. l. vbi autem 75. de verb. oblig.* Quemadmodum & cogi quem poſſe dicimus vt rem alienam quam poſſidet reſtituat, *d. l. qui reſtituere,* quamuis qui reſtituere tenetur, vtique ad faciendum obligatus ſit, non minùs quàm qui ad tradendum. † At- 4
que hanc Martini ſententiam eleganter illud probat quod Paulus reſpondit in *leg. ſi quis 46. D. de act. empt.* eum qui rem alienam vendiderit ſi medio tempore, hoc eſt ante traditionem domino rei hæres extiterit cogendum eſſe vt impleat venditionem. Hoc enim quid aliud eſt quàm cogendum eum eſſe vt rem tradat? Nam etſi domino rei hæres non extitiſſet: tamen ad id

quod

quod emptoris intereſſet obligatus fuiſſet. Cum igitur
rei venditæ dominus factus ſit, non liberabitur ſi emptori
præſtare velit quanti eius intereſt alienam rem vendi-
tam non eſſe, ſed venditionem implere & rem ipſam tra-
dere omnimodo compelletur. Nec diſſimile eſt quod Pro-
culus reſpondit in *l. ſi cum fundum 98. §. vlt. D. de contr.
emp.* ita demum venditoris rem tradere nolentis dolum
æſtimari ſi aliquo modo accidat ne rem ipſam poſſit. Vt
ex eo intelligamus poſſe venditorem præciſe cogi vt
rem tradat, ſi eius tradendæ poteſtatem habeat, qua-
muis Accurſius ad eum locum Ioannis opinionem ſecu-
tus reluctetur. † Verùm quid ſi rem ipſam tradere ven-
ditor nequeat? Id enim multis modis accidere Proculus
ait, & veriſſimum eſt, puta ſi venditoris dolo res quæ
tradi debuerat perierit, aut eius poſſeſſio in alium tranſ-
lata ſit, aut ſi fortè rem alienam quis ſiue ſciens ſiue
imprudens vendiderit. His ſanè caſibus de obliga-
tione tradendæ rei quæ tradi non poſſit fruſtrà conten-
datur, & ad præſtationem eius quod emptoris inter-
eſt neceſſariò recurrendum eſt, idipſum aliter atque ali-
ter æſtimandum. Nam ſi venditor dolo careat, dignus
certè eſt cum quo mitius agatur, nec iuris aut æqui-
tatis ratio patitur vt in plus quam quanti reuera empto-
ris intereſt teneatur. Emptori igitur incumbet pro-
bandi onus quanti ſua interſit, quæ probatio plerum-
que difficilis eſt, & probationum inopia res vt pluri-
mum ad exiguam ſummam deducitur. *l. vlt. D. de Prætor.
ſtipul.* At ſi venditoris dolus aliquis arguatur, magis
eſt quod Proculus ait vt dolus æſtimari debeat, ac præ-
ter id quod reuera emptoris intereſt etiam doli nomine
6 venditor condemnetur. † An ergo emptori iuſiurandum
in litem iudex deferre poterit? Dici enim ſolet in bonæ
fidei iudiciis in litem iurari, *l. in act. 5. D. de in lit. iurand.
l. 1. §. in depoſiti. D. depoſit. ſi cui 38. §. 1. D. locat.* propter-
eà quod ex bona fide vt dolus cui nihil magis contrarium
eſt quàm bona fides, ipſius iudicij bonitate & æquitate
vindicetur. Quæ res facit vt & doli exceptiones bonæ
fidei iudiciis ipſo iure ineſſe dicamus, *l. ſed etſi. 21. D.
ſol. matr. l. huiuſmodi. 84. §. quæ ſeruum. D. de legat. 1.* Nec
melior alia coërcendæ contumaciæ ratio eſt quàm ſi
actori permittatur vt iureiurando æſtimet pro arbitrio
rem quam petit. *l. 1. D. de in lit. iurand.* Atqui in contra-
rium, cùm de actionibus empti & venditi, tot iura
in libris noſtris conſcripta extent, nuſpiam tamen legi-
mus, aduerſus venditorem iurari in litem, multóque
minus contra emptorem, qui non niſi pecuniæ debitor
eſt, cuius ratione, ſicut alio loco ſuprà monuimus,
vix eſt vt id quod intereſt præſtetur: ſed venditorem
ad id quod emptoris intereſt, emptorem verò ad pretij
vſuras teneri paſſim ſcriptum eſt: de iureiurando in
7 litem ne verbum quidem. † Quin extat Imperatorum
Valeriani & Gallieni reſcriptum quo continetur, Si
rei venditæ traditio iuxta contractum emptionis proca-
cia & dolo venditoris non fiat, quanti intereſſe compleri
emptionem & rem tradi arbitratus fuerit Præſes prouin-
ciæ, tantum in condemnationi taxationem deducere
eum debere. *l. ſi traditio 4. C. de act. empt.* Qui locus
omnium apertiſſimus eſt, & ab iis interpretibus rectè
acceptus, quibus viſum eſt ex eo probari in actione
empti iuramento in litem locum non eſſe. Si quo enim
caſu aduerſus venditorem iurari poſſit, tunc ſanè iurare
licet cùm venditoris procacia, & dolo rei venditæ
traditio recuſatur. Iurare tamen eo caſu licere negant
imperatores, qui taxationem, & condemnationem
eius quod intereſt iudicis non emptoris arbitrio & reli-
8 gioni permittunt. † Ac ſanè ſi eam rationem inſpicias,
quæ iuriſiurandi in litem æquitatem induxit, facile videas
ita ius conſtitui non poſſe, vt in actione empti iuretur.
Ea ſiquidem ratio iuſiurandum hoc ſuaſit, quòd æquum
non ſit inuitum quem ſuo pretio res ſuas vendere. *l.
nemo enim. D. rer. amot.* & vero pretio, id eſt quanti reuera
res eſt litem æſtimari, cùm & contumacia punienda ſit, &
arbitrio domini potius quàm alterius prætium rei ſtatu-
endum, vt Marcellus ait *in l. tutor. 8. D. de in lit. iur.* Vn-
de fit vt in actionibus in rem, tametſi bonæ fidei non
ſint, ſed ſtricti iuris in litem iuretur. *d. l. in actionibus. l.
qui reſtituere 68. D. de rei vendic. l. ſi fundus 16. §. in ven-
dicatione. D. de pignor.* Nimirum quoniam qui in rem
agit, ſiue dominium, ſiue ius pignoris vendicet ius ſuum
aſſerit, quod in ipſa re habet: quod ius cùm ei inuito per
rei contumaciam auferatur æquum ſanè eſt actoris arbi-
trio & religione æſtimari. Non idem dicendum eſt ſi
aliena res petatur in qua nullum ius actor habeat, tametſi
eius nomine in perſonam experiri poſſit, quemadmodum
contingit in actionibus ex ſtipulatu, teſtamento, & aliis
quæ ſunt ſtricti iuris, præter in rem actiones. Minor nam-
que iniuria fit ei cui alienæ, quàm cui propriæ rei, aut
in qua ius aliquod proprium habeat, reſtitutio denega-
tur. Cui conſequens eſt, vt neque in empti actione,
quamuis bonæ fidei ſit, in litem iuretur: quia in re ven-
dita nihil iuris emptor habeat priuſquam tradita ſit,
licet in perſonam venditoris actionem habeat, ad hoc
ipſum vt ſi tradi res poſſit, omnimodo tradatur. *§. cum
autem. Inſt. de empt. & vend. l. Iulianus 40. D. de act. emp.*
Satiſque venditoris contumacia ac dolus in eo coër-
cetur, quod emptori præſtat, ſupra quā reuera intereſt. Et
id eſt meo iudicio, quod Proculo placet, venditoris
dolum æſtimari, ſcilicet officio & arbitrio iudicis, non
emptoris iureiurando. His enim modis æſtimari ſolet id
quod intereſt, quoties non curat iudex vt quatenus verè
interſit, inſpiciatur, hoc eſt quoties ratio & æquitas poſtu-
lat vt condemnatio ex rei dolo & contumacia augeatur.
*l. ſemper. 15. §. hoc interdicto. D. quod vi aut clam. l. ſi quan-
do 9. C. vnde vi.* † Ex quo intelligimus perpetuò verum 9
non eſſe quod plerique locis traditum eſt, in bonæ
fidei iudiciis in litem iurari. Nam & contrariæ depoſiti,
commodati, & ſimiles aliæ actiones bonæ fidei ſunt:
neque tamen in iis iurare in litem actori conceditur.
l. ei apud quem 5. D. depoſit. vbi rationem elegantem
Vlp. reddit, quòd in huiuſmodi iudiciis non de fide
rupta agatur, ſed tantùm vt actori indemnitas præſte-
tur. Ita innuens, non quemlibet dolum, aut quamlibet
æquitatem locum facere iuramento in litem, ſi ex con-
tractu agatur, ſed illud præcipuè requiri vt de fide rupta
conqueratur is qui iuſiurandum ſibi deferre poſtulat, non
vt de indemnitate duntaxat conſequenda decertet. Fi-
dem verò ruptam intelligere debemus, cùm is qui depo-
ſitum aut commodatum ab alio accepit reſtituere recu-
ſat: in quo ſingularis quædam perfidia elucet, ac longè
maior quàm cùm quis rem ſuam quam dare vel tradere
promiſit non præſtat. Nam ſi fidem ruptam Vlpianus
intelligeret quóties non fit quod dictum aut promiſſum
eſt, fidem ſanè omnium maximè rumperet, qui id
quod ſtipulanti promiſiſſet, præſtare nollet: atque ita
ex Vlpiani verbis admittendum eſſet in actione ex ſtipu-
latu iurari in litem, ſi fortè Stichum ſeruum tuum mihi
ſtipulanti promiſeris nec dare velis: † quod tamen iuriſ- 10
conſulti negant, niſi eo ſolo caſu quem Marcianus refert,
ſi poſt moram à te factam Stichus deceſſerit propterea
quòd ſine delatione iuſiurandi non poſſit iudex æſti-
mare rem, quæ non extat. *l. in actionibus. §. vlt. cum l. ſeq.
D. de in lit. iur.* Quæ ratio oſtendit neque ex æquitate,
neque ad dolum vindicandum iuſiurandum eo caſu
permitti, vt in bonæ fidei iudiciis: ſed ex neceſſitate
potius, quòd aliter condemnatio fieri non poſſit. Quam-
quam enim nouum non eſt vt æſtimetur etiam res quæ
non extat, quemadmodum contingit in actione legis
Aquiliæ, & aliis pleriſque, fieri tamen non poteſt, vt
defuncto poſt promiſſoris moram Sticho qui dari debue-
rat, iudex per ſe æſtimet quanti Stichus fuerit mortis
tempore, cuius ſolius temporis ratio habenda eſt quo-
ties in condemnationem deducenda eſt æſtimatio quæ in
humanis eſſe deſiit. *l. ſi cert. D. de cond. tritic.* Nam cùm debi-
toris mora obligationem ſic perpetuet, vt Stichus qui

dari debuit poſt moram mortuus peti nihilominus poſſit, ac ſi in rerum natura extaret. *l. ſi ſeruum. 91. §. ſequitur. & §. vltim. de verborum oblig.* Inde fit vt ſtipulator qui Stichum petit onerari non poſſit vt probet veram quæ fuit mortis tempore Stichi æſtimationem quam ſcilicet non petit, quomodo petit is, qui legis Aquiliæ actionem proponit. At quoniam iudex promiſſorem condemnare non poteſt vt præſtet eam rem, quam per rerum naturam præſtare nequeat, neceſſe eſt Stichi æſtimationem quæ petita non fuerat, in condemnationem deduci, & ab ipſo iudice rem æſtimari quam tamen verè æſtimare non poteſt, cum non extet, ſine iuriſiurandi delatione. Cùm verò res petita extat, facilè iudex æſtimare eam poteſt, præſertim cùm in facienda æſtimatione condemnationis tempus inſpiciendum ſit. *d. l. penul. D. de condic. tritic.* ideóque hoc caſu iuſiurandum in litem neceſſariú non eſt. Diuerſum erit ſi rei quæ non extat æſtimatio petatur, vt in actione legis Aquiliæ. Tunc enim petentem neceſſe eſt probare æſtimationem quam petit, idque teſtibus aut aliis probationibus in eam rem idoneis non iureiurando. Atque ita difficilis ille necdum rectè explicatus Marciani locus explicandus mihi videtur. An igitur, vt ad propoſitam diſputationem reuertamur, ſi Stichus venditus poſt venditoris moram ac priuſquam traderetur, deceſſerit, emptori iurare in litem permittetur?

11 Minime verò. † Neque enim æſtimandus eſt Stichus qui non extat, ſed omne id quod emptoris intereſt, quod quoniam ſit non minus mortuo quam viuo Sticho ſciri poteſt: & emptori onus incumbit, vt probet quanti ſua interſit, quoniam ex natura actionis empti eſt, vt ſi res vendita non tradatur, id quod intereſt præſtetur, & qui ex empto agit, licet neque rem ipſam nominatim petat, neque id quod intereſt, petit tamen quicquid ex bona fide venditorem præſtare oportet, ac proinde id etiam quod intereſt, ſi in re tradenda mora facta ſit, quia id bonum & æquum eſt. Actorem verò ſemper neceſſe eſt probare, quid, quale, quantúmque illud ſit quod petit: nec nouum aut abſurdum eſt, vt difficultate probationum id quod intereſt ad exiguam ſummam deducatur, ſicut ſuprà diximus, ex *dict. l.*

12 *vltim. D. de prætor. ſtipulat.* † Quòd ſi venditor non tantùm moram contraxerit, ſed etiam dolo fecerit ne rem tradere cogi poſſet, ac poſteà res perierit, dolus eius hactenus æſtimabitur, vt officio iudicis id quod intereſt taxetur, non legitimis probationibus ac iureiurando emptoris, ſed arbitrio & religione iudicantis, cui liberum eſt in condemnationis taxationem deducere ſuprà quàm reuera interſit, ne alioqui dolus impunè commiſſus videatur. *dict. l. ſi cùm fundum. §. vltim. D. de contrahend. empt. & dict. l. ſi traditio. C. de action. empt.* Denique cùm ex empto agitur aduerſus venditorem ob non traditam rem quæ amplius tradi non poſſit, diſtinguendum non eſt, an vendita res extet, necne, ſed illud tantùm inſpiciendum an venditoris dolus aliquis ſit, an nullus. Priore caſu æſtimatur dolus ſuprà quàm reuera emptoris interſit. Poſteriore verò non fit condemnatio niſi quanti ſua intereſſe emptor probauerit. Nunquam autem iurare in litem emptori conceditur.

Capvt XVIII

Emendatur §. quis cùm eſſet. l. cùm poſt mortem. 43. D. de adminiſt. & pericul. tutor. & curat.

SVMMARIA.

1 *An patruo & curatori qui filiæ ſupra vires patrimonij dotem promiſit emergente poſtea ære alieno ſuccurri poſſit, vt ſupra facultates mulieris à marito non conueniatur?*

2 *Pauli rationes duæ pro curatore.*

3 *Eiuſdem reſponſum contra curatorem.*

4 *Curatorem eo caſu mulierem obligatam habere, vt pro ea dotis parte quæ mulieris facultates excedit indemnis ſeruetur.*

5 *Indicatur Tribonianı additamentum ad* dict. §. quis cùm.

6 *Vera Pauli ſententia quænam ſit in* d. §. quis cùm.

7 *An in ſpecie* d. §. quis cùm, *curator rectè ei comparetur qui creditori puellæ pecuniam dare ſpopondiſſet, quæ ex puellæ bonis confici non poſſet.*

8 *Quomodo verba illa* ſed is de quo tractamus *in* d. §. *ſint accipienda?*

Titius † cùm eſſet fratris ſui filiæ curator, quadringenta marito eius dotis nomine daturum ſe promiſit. Cum poſtea emergente ære alieno apparuerit ſupra vires patrimonij filiæ dotem eſſe promiſſam, quæſitum eſt an ei patruo & curatori ſuccurrendum ſit, vt ſupra facultates mulieris à marito non conueniatur. Huic quæſtioni quæ proponitur in *§. quis cùm eſſet. l. cùm poſt mortem. 43. D. de adminiſt. & peric. tutor.* 1

priùs quàm Paulus reſpondeat, duplicem rationem affert, quæ pro curatore facere videatur? † Primam 2

illam quod non vt de ſuo dotem daret, ſed cùm crederet rationem pupillarem ſufficere, quadringenta dotis nomine marito promiſit. Alteram quòd in propoſito caſu non poſſit curatori obiici, ſi ſciens mulieris facultates non ſufficere, promiſerit vel donaſſe eum videri, vel quoniam dolo fecerit illi ſuccurrendum non eſſe. Neque enim ſciens promiſit, qui putabat rationem pupillarem ſufficere, & verò, qui ita exiſtimandi probabilem cauſam habebat, cùm non niſi poſt dotis promiſſionem æris alieni onus, quod anteà latebat emerſerit. Id enim eſt quod Paulus ſibi vult in verſ. *præterea*, vbi tamen pro & omnino legendum eſt *nec* hoc modo, *Præterea nec illud hic poteſt tractari*, ac ſi diceret, non poſſe hoc caſu curatori obiici, vt vel donaſſe vel dolo quid feciſſe exiſtimetur, proinde facilius ei ſubueniendum eſſe. † Verùm contrà ille 3

reſpondet, Curatori qui officium ſuum egreſſus ſponte ſe obligauerit, à Prætore ſubueniri non debere, hoc eſt poſſe eum à marito, cui quadringenta promiſit, in ſolidum conueniri, non ſecus ac ſi creditori puellæ pecuniam daturum ſe ſpopondiſſet. Curator enim officiú ſuum ſanè egreditur, qui puellæ nomine promittit plus quam ex eius bonis præſtare poſſit, ſiue ſciens, ſiue ignorans puellæ facultates ita faciat, quia neutro caſu dici poteſt curatoris officio incumbere vt dotem puellæ ſupra patrimonij vires promittat, eique imputari poteſt, cur marito qui alias vxorem ducturus non erat ſponte, ac minimè explorato ære alieno dotem certam promiſerit, cui potius omnes puellæ facultates ſine vlla certæ quantitatis taxatione dotis nomine promittere debuiſſet, aut puellæ autoritate tantùm præſtare vt proprio nomine dotem promitteret, quo caſu ſi quid ſuprà facultates promiſſum fuiſſet, promiſſio ipſo iure non valuiſſet. *l. ſi ne generalis 61. de iur. dot.* † Quod 4

quamquam ita eſt, Paulus tamen ſubiicit curatorem hunc qui non donandi animo, ſed gerendi negotij cauſa dotem promiſit habere mulierem obligatam, vt pro ea dotis parte, quæ mulieris facultates excedit, indemnis ſeruetur: atque ideò poſſe dici etiam manente matrimonio eam teneri cùm dotem habeat, ſicut in collatione bonorum dicitur etiam conſtante matrimonio dotem conferri, vel certè, quod facilius admittendum ſit, poſt diuortium: ſiue exacta ſit dos, quo caſu ex eo ipſo quod exactum erit ſatisfacere curatori poterit: ſiue nomen manſerit, quia efficere poterit vt curatori qui ex promiſſione adhuc obligatus eſt accepto ferri poſſit id quod debet, quodque promiſſum eſt ſupra mulieris facultates. Hæc cùm Paulus ſcripſiſſet, atque ita ad propoſitam quæſtionem non minus apertè quàm verè & eleganter

ganter reſpondiſſet, Tribonianus noſter excutiens
neque reſponſi vim, & elegantiam intelligens; ac ſi
nihil reſponſum eſſet ad id de quo potiſſimùm quære-
batur, An curatori aduerſus maritum quadringenta ex
5 promiſſione dotis petentem ſubueniri deberet. † Sub-
iecit de ſuo, eleganter nimirum & acutè, ſi Diis placet:
*Quòd ſi mulier ſuum curatorem adimplere id, quod ſupra
vires patrimonij eius in dotem dare promiſit non queat cura-
torem quidem in hoc quod ſuperfluum eſt per exceptionem
releuari mulier verò cautionem in maritum exponere debet,
quod ſi quandoque conſtante matrimonio locupletior facta
fuerat, dotis reliquum marito ſeruat.* Tota hæc ſententia
quid obſecro dici poteſt inelegantius, ſtultius, inſulſius;
Primùm enim, quænam loquendi ratio illa eſt, *ſi mulier
curatorem ſuum adimplere non queat*, pro eo, quod Tribo-
nianus dicere voluit, Si mulier curare & præſtare non
poſſit vt curator adimpleat ea, quæ promiſit? Aut
qua fronte poſſit mulier à curatore petere vt eam quan-
titatem quam ſupra vires matrimonij imprudens pro-
miſit, præſtet: cùm ei vel hoc maximè nomine ad indem-
nitatem præſtandam teneatur? Rurſus quis vnquam
apud iureconſultos ſcriptum legit, releuari quem per
exceptionem, vt ſignificent dari, aut competere alicui
exceptionem? Quis denique præter Tribonianum ſic
loquatur, *cautionem in maritum exponere*, pro eo quod
eſt marito cauere? & dotis reliquum marito ſeruare, pro
ſoluere. Sed vt omiſſa verborum diſputatione rem ipſam
& ſententiam conſideremus, an non apertiſſimè Paulo
Tribonianus contradicit? Hic enim putat curatori con-
tra maritum dandam exceptionem. Paulus contra magis
eſſe ait, vt ei à Prætore non ſubueniatur, quia officium
6 ſuum egreſſus ſponte ſe obligauerit. † Nam ad propo-
ſitam quæſtionem Paulus proculdubio reſpondet iis
verbis, *Reſpondit: Curator eum officium ſuum egreſſus
ſponte ſe obligauerit, non puto à Pretore ei ſubueniri debere.*
Et de eo ipſo curatore loquitur de quo ex facto conſul-
tus fuerat, hoc eſt qui quadringenta dotis nomine
promiſit ſupra puellæ, cuius curam gerebat faculta-
tes. Quod à Triboniano animaduerſum non eſt, qui
iis verbis regulam potius conſtitui credidit de curatore
qui officium ſuum egreſſus ſponte ſe obligauit, vt ei
qui ita faciat, non ſoleat Prætor ſubuenire. Quaſi tamen
ex ea regula excipi debeat is de quo Paulus conſuleba-
tur. Atqui ex contrario ſic Paulus reſpondet, vt pri-
mùm dicat putare ſe huic curatori qui quadringenta
ſponte ac nimis temere promiſerit ſubueniendum non
eſſe. Deinde huius ſuæ ſententiæ rationem illam affe-
rat, quòd officium ſuum egreſſus ſponte ſe obligauerit.
Nam, vt ſuprà diximus, officium ſuum certè egreſſus
ille eſt, qui puellæ nomine ampliorem dotem promiſit
quàm patrimonij vires paterentur, ſiue ſciens ſiue igno-
7 rans quantitatem patrimonij, dotem promiſerit. † Ne-
que hac parte diſſimilis eſt hic curator ei, qui creditori
puellæ pecuniam dare ſpopondiſſet, quæ ex puellæ bo-
nis confici non poſſet. Vterque enim in eo peccat
quod officij præſcriptum egrediuntur, dum ſponte ſe
obligant: eamq; ob cauſam neutri ſubuenietur vt Paulus
ait. Qua ex comparatione magis intelligimus priora
illa reſponſi verba, quæ ſupra retulimus, non tam ad
conſtituendam iuris regulam, quàm ad propoſitæ quæ-
ſtionis deciſionem pertinere. Alioqui ridicula eſſet
comparatio illa curatoris qui officium ſuum egreſſus
ſponte ſe obligauit, & eius qui creditori puellæ pecu-
niam ſe daturum ſpoponderit, cum & hic quoque
officium ſuum egreſſus ſponte ſe obligauerit. Sed non
male comparabimus curatorem qui quadringenta in
dotem puellæ nomine promiſit, quæ non plus quam
trecenta in bonis habebat, ei qui creditori pecuniam
dare promiſit, quæ ex puellæ bonis redigi non poſſit. Ac
ſicut in vtroque eadem ratio locum habet; ita ius idem
conſtituemus, vt neque huic, neque illi à Prætore
ſubueniatur. Et ſane ineptum faciamus Paulum, ſi
dicamus non reſpondiſſe eum ad propoſitam quæſtio-
nem, quæ non de illo erat. An curatori mulier, ſed an
marito curator eſſet obligatus. † Nec interpretationi 8
noſtræ aduerſatur, quòd ea verba ſequentia. *Sed is de
quo tractamus*, quæ Tribonianum fortaſſis deceperunt,
ſic accipienda videntur, quaſi in præcedentibus non-
dum Paulus de eo curatore tractauerit de quo quære-
batur. Hæc enim coniectura leuior eſt, quàm vt Tribo-
nianum noſtroſque interpretes aut fallere aut mouere
debuerit. Sed ita loqui Paulum neceſſe fuit, vt oſtende-
ret difficilius obligari mulierem curatori, quàm curato-
rem marito. Nam marito curator omnimodo obligatur,
ſiue ſciens ſiue ignorans puellæ facultates ampliorem
quàm par eſſet dotem promiſerit. At curatori ita de-
mùm mulier obligatur ſi non donandi animo, ſed ne-
gotij gerendi cauſa dotem ille promiſerit, hoc eſt ſi
puellæ facultates ignorauerit, non ſi ſciuerit. Eámque
ob cauſam Paulus de mulieris obligatione tractaturus
ita ſcripſit: *is de quo tractamus*, hoc eſt quem proponi-
mus ignorantem, & imprudentem quadringenta dotis
nomine promiſiſſe, priuſquàm æris alieni onus appa-
ruiſſet. Quanquam illud quoque dici probabiliter po-
teſt addita ea verba, quòd inſtitutam diſputationē Pau-
lus proſequatur de curatore qui quadringenta dotis no-
mine marito promiſerat: quæ diſputatio prioribus ver-
bis interrupta videbatur, propter interiectam compa-
rationem eius curatoris qui creditori puellæ pecuniam
ſe daturum ſpopondiſſet. Falſum igitur eſt, quod Tri-
bonianus putauit, quodque noſtri interpretes Tribo-
niani errore decepti exiſtimant curatori dandam excep-
tionem ſi à marito in ſolidum, ac ſupra mulieris facul-
tates conueniatur. Quemadmodum & illud ridiculum
eſt dicere, mulierem marito cauere debere, ſi conſtante
matrimonio locupletior fiat integram dotem ſe ſolutu-
ram. Qua enim actione conſequi id maritus poſſit ab
vxore quæ dotem non promiſit, quæque in eam rem
non eſt obligata? Verùm de his iam ſatis. Tam multa
autem dixiſſe non piget, quòd quæſtio hæc magni mo-
menti ſit, & digna quæ reiectis Triboniani notis atque
interpretum erroribus ex Pauli ſententia, rectâque iuris
ratione explicetur.

Capvt XIX.

Emendatur & explicatur perdifficilis Papiniani ratio in l. cum tabulis 10. in princ. D. de his quæ vt indig.

SVMMARIA.

1 *Species & quæſtio* d. l. cùm tabulis.
2 *Cur in dicta lege ſubſtitutis pars hereditatis quæ ad eos ex ſubſtitutione pupillari pertinebat, auferenda ſit?*
3 *Quænam ſit mens Papiniani in illis verbis,* quia ea teſtamento ſententiam ſecundùm ſe dictam non haberent?
4 *Emendantur dicta Papiniani verba, & eorum ſenſus proponitur.*
5 *Contra Papiniani ſententiam diſputatur partem ex pupillari ſubſtitutione competentem ſubſtitutis & victis non eſſe auferendam.*
6 *An in ſpecie* d. l. cùm tabulis *ſubſtituti à teſtamenti cauſa ſimpliciter receſſerint, an verò ſub conditione ſi ſucceſſioni inteſtati locus eſſet?*
7 *Subſtitutos in ſpecie* d. l. *teſtatoris iudicium non impugnaſſe, & ideò nihil eis auferendum eſſe.*
8 *Papiniani & Pauli diſſenſio in* l. Clodius. 97. de acquir. hered.
9 *Auferri quid dicatur?*
10 *Cur in* d. l. cùm in tabulis. *ſubſtitutis qui ſubſtitutionem agnouerunt ſubiecti partus accuſationem inſtituere permittatur, per quam teſtamentum infirmetur?*

11 *An fiſco, an verò proximioribus ab inteſtato ſuccedentibus locus fiat, quum poſt aditam à filio hærede ſcripto hæreditatem ſubiectum fuiſſe partum apparuit?*

1 Filium † impuberem quem habebat pater teſtamento hæredem ex aſſe inſtituit: deinde ſecundis tabulis, ſi is hæres eſſet & in pupillari ætate decederet, ſubſtituit fratris ſui filios Titium & Sempronium, deditque iis cohæredes Caium & Mæuium. Patri defuncto filius hæres extitit: tum impubes deceſſit. Atque ita cùm pupillaris ſubſtitutionis conditio eueniſſet Caius & Mæuius dimidiam hæreditatis partem, dimidiam alteram Titius & Sempronius ſubſtitutionis iure vindicarunt. Sed cum poſteà fratrè fratris filij, reſciuiſſent ſubiectum & ſuppoſitium fuiſſe filium, qui fuerat inſtitutus vniuerſam hæreditatem an inteſtato petere inſtituerunt. In eamque rem pupilli matrem ſubiecti partus ream poſtularunt. Si accuſatio iuſta pronunciaretur, teſtamentum vtique non valeret, quaſi per errorem inſtituto eo, quem teſtator niſi filium exiſtimaſſet veriſimiliter inſtituturus non fuiſſet. *l. ſi pater. 4. C. de hær. inſt.* Multóque minus pupillaris ſubſtitutio defendi poſſet, quam certum eſt aliter valere non poſſe, quàm ſi & patris teſtamento quod principale eſt confirmetur, & filio in poteſtate facta ſit. Proinde ſucceſſioni ab inteſtato locus eſſet, & tota patrui hæreditas ad fratris filios tanquam proximiores excluſis cohæredibus pupillaribus, qui non proponuntur agnati, deueniret. Sed contrà pronunciatum eſt iniuſtam eſſe accuſationem, & victi ſunt qui legitimam hæreditatem petebant. Conſultus Papinianus an pars illa hæreditatis quæ ex cauſa ſubſtitutionis pupillaris ad eos pertinebat iis auferenda eſſet. Reſpondit auferendam, hoc eſt, vt ego interpretor, &
2 titulus ipſe oſtendit, fiſco vindicandam. † Cuius rei quanquam ratio illa ſtatim occurrit, quod indigni videantur, qui ex pupillari ſubſtitutione ſuccedant, cum patris & pupilli teſtamentum impugnauerint. Aliam tamen & ſubtiliorem & elegantiorem Papinianus reddit iis verbis, *quia ex teſtamẽto ſententiam ſecundum ſe dictam non haberent*. Sed quis horum verborum ſenſus ſit, quidve ſibi Papinianus voluerit, non facilè dici poteſt. Neque enim ponimus fratris filios de quibus Papinianus loquitur ex teſtamento egiſſe, at potius teſtamentum impugnaſſe, & id curaſſe vt inſtitutio nulla ac per errorem acta pronunciaretur. Quod cum ita ſit, quomodo ex teſtamento ſententiam ſecundum ſe dictam habere, vel non habere, potuiſſent? Aut ſi teſtamenti ratio aliqua habenda eſt, cur non ex teſtamento dimidiam hæreditatis partem retinere ius liceat, qui disertis teſtamenti verbis ad pupilli hæreditatem ex ſemiſſe vocati ſunt? Denique quis non videat de controuerſia illa & ſuppoſiti partus quæſtione ſententiam ex teſtamento dici non potuiſſe? Siquidem extra teſtamentum illud, vt ſciatur an filius ille ſit quem teſtator filium nominauit, an ſuppoſititius ſit partus idque ex aliis probationibus quàm ex teſtamenti verbis decidendum eſt. Nihil igitur proximioribus agnatis obeſſe poteſt, quòd ex teſtamento ſententiam ſecundùm ſe dictam non habeant: neq; eſt quod ex eo quis inferat hæreditatis partem iis auferendam eſſe cum neque ex teſtamento neque de hæreditate actum & iudicatum ſit, ſed de filij ſtatu
3 de quo controuertebatur. † Ego puto Papiniani mentem illam eſſe, vt dicat auferendam eſſe proximioribus agnatis partem hæreditatis quã ex ſubſtitutione habuerunt, quòd nec haberent eam ex teſtamento ſi ſecundum eos dicta ſententia fuiſſet. Nam vt ſuprà diximus, ſi partum ſubiectum eſſe apparuiſſet, neque patris ex teſtamento, neque pupillari ſubſtitutioni locus eſſe potuiſſet, ac proinde partem illam hæreditatis ex teſtamento non habuiſſent, ſed totam hæreditatem ab inteſtato. Vnde fit vt probè petere non poſſint hæreditatem ex teſtamento, quam ex alia planéque contraria cauſa, hoc eſt ab inteſtato habere voluerunt. Tametſi autem quod petebant non obtinuerint, abſurdum tamen Papiniano videtur, vt poſt dictam contra eos ſententiam de ſucceſſione inteſtati hæreditatem ex teſtamento retinere iis liceat: ac rationi longe conuenientius eſſe, vt neque ex teſtamento hæredes maneant, cùm noluerint, neque legitimam ſucceſſionem obtineant, cùm ſint condemnati. Non dicit ille videri eos repudiaſſe teſtamentariam ſucceſſionem ex eo quod legitimam petierunt, cui locus eſſe nequeat niſi prius repudiata ex teſtamento hæreditate. Cùm enim partem hæreditatis ex cauſa ſubſtitutionis ac proinde teſtamenti iure iam acquiſiuerint, certum eſt, nec volentes eos teſtamentariam ſucceſſionem repudiare poſſe. Sed illud Papinianus vult non eſſe iis permittendum vt hæreditatem ex cauſa ſubſtitutionis retineant, qui id omnino egerunt, vt eius ex teſtamento retinendæ ius non eſſet. Itaque quod illi ſponte amittere & repudiare non poterant iis etiam inuitis auferetur. Denique ea præcipuè ratio Papinianum mouere videtur, quòd eorum qui condemnati ſunt, melior conditio eſſe non debeat quàm ſi obtinuiſſent. Atqui ſi ſecundum eos dicta ſententia fuiſſet hæreditatem ex teſtamento non retinuiſſent, ſed cum contra teſtamentum pronunciatum eſſet, ſucceſſionem ab inteſtato habuiſſent. Non eſt ergo quod conquerantur, ſi pars hæreditatis quam ex cauſa ſubſtitutionis habuerunt, iis auferatur. † Hæc cùm ita ſe habeant, nemo non videt, 4
Papiniani verba ſuperius relata quæ ſecundùm receptam lectionem interpretationi noſtræ minimè conueniunt emendanda eſſe, vt ſic legamus *quia ex teſtamento ſententia ſecundum ſe dicta non haberent*. Solet enim Papinianus & elegantiæ ſtudioſiſſimus ablatiuis abſolutis vti, quibus orationem efficiat, & breuiorem, & venuſtiorem. Sic autem ea verba *ſententia ſecundum ſe dicta* accipi debent ac ſi pluribus ſcriptum eſſet *ſi ſententia ſecundum eos dicta fuiſſet*. Verùm quamquàm hæc Papiniani ſententia rectiſſimè diſputantur, videamus tamen ne magis ſubtiliter quàm benè dicantur. † Mihi enim 5
attentius conſideranti ſic videtur. Meliorem quidem conditionem agnatorum qui condemnati ſunt eſſe non debere, quàm ſi obtinuiſſent: ſed tamen ex eo inferri non poſſe, auferendam iis victis partem hæreditatis ex cauſa ſubſtitutionis, quòd eam ex teſtamento non haberent ſi ſecundum illos iudicatum fuiſſet. Nam etſi nihil iis auferatur, erunt tamen deterioris conditionis, quàm ſi contra teſtamentum iudicatum eſſet, cum eo caſu totam hæreditatem legitimam obtinuiſſent, cuius non niſi partem ex teſtamento & pupillari ſubſtitutione habere poſſunt. Nec rurſus video, qua ratione dici poſſit eos qui vniuerſam ſucceſſionem ab inteſtato petierunt, cùm exiſtimarent teſtamentum non valere, partem illam quam ex cauſa ſubſtitutionis habebant retinere ex teſtamento noluiſſe. † Fateor maluiſſe eos ab 6
inteſtato, quàm ex teſtamento ſuccedere, ſed à teſtamenti cauſa receſſiſſe eos nego niſi ſub ea veluti conditione, Si ſucceſſioni inteſtati locus eſſet. Quæ res facit, vt ſi in legitimæ hæreditatis petitione ſuccubuerint, tamen ſucceſſionis ex teſtamento retinendæ facultas iis adimenda minimè videatur. Perpetuò enim verum, & æquum eſt quod Paulus ait in *l. mater. 19. ff. de inoff. teſt.* neminem ius ſuum etiam, quod ſe habere ſcit amittere, tametſi aliud eligat, quod ſibi competere arbitretur. Propter quam cauſam ſcribit ille eo loco, legitimam hæreditatem repudiaſſe non videri eum qui ex teſtamento quod putabat valere adiiſſet: quod ſi ita eſt, quidni eadem ratione dicere liceat à teſtamento recedere noluiſſe eum, qui legitimam hæreditatem obtinere voluit cùm teſtamentum iure nullum eſſe exiſtimaret? Vnde ſuſpicari lubet, in ea quoque Papiniani ſpecie de qua diſputamus aliud reſponſurum Paulum fuiſſe, quàm Papinianus reſponderit. Permittendum ſcilicet pupillaribus ſubſtitutis qui vniuerſam ſucceſſionem ab inteſtato ſpe-

rauerant,

rogerant, vt poſt condemnationem nihilominus hære-
ditatis partem quam ex ſubſtitutione habuerunt, reti-
neant. Eaque ſententia mihi, ſi dicere liceat quod
7 ſentio, & æquior, & verior videtur. † Nec enim teſta-
toris iudicium impugnarunt qui de iure & teſtamenti
viribus diſputarunt, quique matrem pueri de ſubiecto
partu, non ipſam teſtatoris voluntatem accuſarunt,
exemplo eius qui teſtamentum ex quo legatum accepe-
rat iure factum negauit, & victus eſt, cui nihil auferen-
dum eſſe Papinianus reſpondit in *l. ſi teſtamentum* 24.
D. eodem titul. de his quæ vt indig. Si enim partum ſub-
iectum eſſe conſtitiſſet, teſtamentum infirmatum fuiſſet
non contra teſtatoris voluntatem, ſed eam potius ob
cauſam, quòd teſtatoris voluntas illa fuiſſe videretur,
vt filius hæres ſcriptus non aliter hereditatem obtineret
quàm ſi filius verè eſſet. Quare nec Papinianus ſuæ
ſententiæ rationem illam affert, quòd agnati qui ſub-
iecti partus accuſationem inſtituerunt indigni ſint, qui
ex teſtamento aliquid conſequantur: ſed quòd ſi iuſta
accuſatio pronunciata fuiſſet, nihil ex teſtamento habe-
rent. Quæ tamen ratio ſi vera eſſet, cur non dici etiam
poſſet filium, qui patris teſtamentum iure factum ne-
gauit, & legitimam hæreditatem petiit, nihil ex volun-
tate defuncti retinere debere, qui ſcilicet ex teſtamento
ſi non iure factum apparuiſſet nihil habere potuiſſet?
Quod igitur Papinianus probat in *d. l. ſi teſtamentum*, &
veriſſimum eſt auferendum non eſſe filio quod ex teſta-
mento accepit, tametſi teſtamentum iure factum nega-
uerit & victus ſit, *l. 5. §. 1. D. eod.* Idem mihi videtur de
agnatis pupillo ſubſtitutis dicendũ eſſe, vt quãuis ſubie-
cti partus accuſationẽ propoſuerint, & ſuccubuerint ea
tamen pars hæreditatis quã ex ſubſtitutione habuerunt
8 iis non auferatur. † Superiori diſputationi non omnino
diſſimilis illa eſt de qua diſcrepantes Papiniani & Pauli
ſententias legimus in *l. Clodius* 97. *Digeſt. de acquir. her.*
Nam cùm ex facto proponeretur Clodium Clodianum
facto prius teſtamento poſteà eundem hæredem in alio
teſtamento inutiliter facto inſtituiſſe, ſcriptum verò
hæredem cùm putaret poſterius teſtamentum valere, ex
eo hæreditatem adire voluiſſe, Papinianus putabat re-
pudiaſſe eum ex priore hæreditatem: ex poſteriore
autem non poſſe adire. Paulus contrà magis eſſe ait, vt
prioris teſtamenti ius repudiaſſe non videatur, qui
putauit poſterius valere. Ac quamuis Clodianum in-
teſtatum deceſſiſſe ſecundùm Papiniani ſententiam iu-
dex pronunciauerit, vt Paulus refert, rectè tamen inter-
pretes omnes ſentiunt, qui Pauli opinionem veriorem
eſſe defendunt. Quod ſi hæreditatem ex priore teſta-
mento repudiaſſe non videtur is qui ſi voluiſſet, repu-
diare potuiſſet, an non multò minus dicendum ſit repu-
diare hæreditatem ex teſtamento voluiſſe eos, qui nec
ſi voluiſſent, tamen potuiſſent? Agnati enim pupillo
ſubſtituti hæreditatis partem quam ex ſubſtitutione ac-
9 quiſierunt repudiare non potuerunt. † Acquiſitam ve-
rò ex cauſa ſubſtitutionis hæreditatem ex eo intelligi-
mus, quòd auferendam eam eſſe Papinianus ait. Au-
ferri namq; non poſſet quod prius acquiſitum non eſſet:
ex quo etiam intelligimus ita Papinianũ intelligi debe-
re, vt quod agnatis auferretur fiſco vendicetur. Cohæredi-
bus enim accreſcendi iure acquiri non poteſt ea pars
hæreditatis quæ iam eſt acquiſita, cùm dici ſoleat in
portionibus agnatis neque iuri accreſcendi locum eſſe,
neque ſubſtitutioni, *l. ſi ex pluribus* 9. *de ſuis & legit. l.*
10 *vnic. §. his ita diffinitis. Cod. de caduc. tollend.* † Sed hic
illa dubitatio incurrit, cur pupillaribus ſubſtitutis qui
ſubſtitutionem agnouerunt, eam accuſationem inſti-
tuere permittatur, per quam teſtamentum infirmetur.
Verum facilis reſponſio eſt, eum qui de ſubiecto partu
accuſationem inſtituit non de ſuo iure contendere,
quomodo contendit qui de inofficioſo teſtamento agit,
ſed de viribus teſtamenti diſputare quod an valeat nec-
ne, in hæredis aut ſubſtituti arbitrio eſſe non poteſt:
quamquam cùm quæritur an ab accuſatione & impug-
natione teſtamenti prohibendus ſit is, qui ex teſtamen-
to ſubſtitutionem accepit, iudici permittitur, vt cauſa
cognita ex cuiuſque perſona, conditione & ætate id
conſtituat, vt Paulus ait in *d. l. 5. §. 1. ac his quæ vt indign.*
† Illud reliquum eſt vt moneamus ſi poſt aditam ex te- 11
ſtamento hæreditatem ab eo qui filius dicebatur, ſubie-
ctum fuiſſe partum appareat, teſtamẽtum quidem infir-
mari, & hæredi ſcripto hæreditatem auferri, ſicut di-
ximus ex *d. l. pater. 4. C. de her. inſtit.* ſed non ideò fiſcum
admitti, vt malè quidam putant ex *l. auferetur. 46. in pr.
D. de iur. fiſc.* quæ de fiſco non loquitur. At proximio-
ribus ab inteſtato ſuccedentibus locum fieri: quod
omnium apertiſſimè probat hic Papiniani locus quem
explicauimus, cùm Papinianus ait fratris filios pro par-
te hæreditatis pupillo ſubſtitutos matrem ſubiecti par-
tus ream poſtulaſſe vt ab inteſtato vniuerſam ſucceſ-
ſionem obtinerent: Item illa Papiniani ratio quam
emendauimus, *quia ex teſtamento ſententia ſecundum ſe
dicta non haberent.* Quorſum enim verba illa *ex teſta-
mento* ſi neque ab inteſtato quicquam habere potuiſ-
ſent? Nec ſanè credendum eſt quicquid hæredi inſti-
tuto aut legatario auferretur ſtatim fiſco vindicari, ſed
id duntaxat quod auferetur ab eo qui indignus eſt, vt te-
ſtatoris voluntatem quam ſemel habuit retineat, aut
per quem excluſi ſunt cæteri, qui alioquin fiſco præferri
potuiſſent. Qui verò quaſi filius inſtitutus eſt cùm filius
non eſſet, hæreditatem non ideò amittit quod indignus
ſit qui voluntatem teſtatoris, & acquiſitam hæreditatem
retineat, ſed quod neque voluntatem teſtatoris vn-
quam habuiſſe, neque hæreditatem ex teſtamento quod
nullum apparuit acquiſiuiſſe videatur. Cui conueniens
eſt, vt ac ſi ex teſtamento adita hæreditas non eſſet, quæ
nec adiri potuit, proximioribus agnatis quibus ſolis
ſubiectus partus iniuriam fecerat acquirendæ ab inte-
ſtato ſucceſſioni locus relinquatur.

CAPVT XX.

Emendatio l. ſi conuenerit 4. D. de pact. dot.

SVMMARIA.

1 *An conuentione fieri poſſit vt dotis fructus in dotem conuertantur? & Marcelli ad hanc quæſtionem diſtinctio.*
2 *Additur negatio in* d. l. 4. verſic. quod ſi conueniſſet, *& ex eodem verſiculo nonnulla tolluntur.*
3 *Differentiam eſſe inter pactionem de dotis fructibus reddendis, & pactionem de fructibus in dotem dandis.*
4 *Differre hæc duo,* in dote fructus eſſe, & fundi dotalis fructus non dotales reddi.
5 *Alia quæſtio ad explicationem diſtinctionis à Marcello propoſita.*
6 *Multum intereſt an fundi fructus, an verò vſusfructus in dotem dati ſint.*
7 *Supradictam Marcelli diſtinctionem Vlpiano non omni ex parte placuiſſe.*

HVius † legis quæſtio illa eſt, An conuentione fie- 1
ri poſſit vt dotis fructus in dotem conuertantur.
In qua illud ſtatim occurrit quod ex Marcello Vlpianus
reſpondet conuentionem non valere, quoniam ita fie-
ret, vt propè indotata mulier conſtitueretur, hoc eſt vt
nihil ab ea dotis nomine maritus accepiſſe videretur,
qui ſcilicet ſi non tantùm dotem ipſam, ſed eius quo-
que fructus reddere deberet, nullum ex dote commo-
dum ſentiret. Ea enim dotis natura & conditio eſt, vt
pro matrimonij oneribus, qui fructus percipi poſſunt,
ad maritum pertineant, *l. dotis fructum 7. de iur. dot. l. pro
oneribus* 20. *C. eo.* Sed tamen diſtinguendum Marcellus
putabat an fundus in dotem datus eſſet ea lege, vt fru-
ctus maritus redderet, quo caſu nullum & inutile pactũ
eſſe

eſſe dicebat, idémque probandum, ſi vſumfructum eodem pacto fructuum reddendorum mulier in dotem dediſſet: An verò non conueniſſet de reddendis fructibus, ſed fundus vel vſusfructus in hoc traditus eſſet non vt fundus ipſe vel fructus dotalis fieret, ſed vt maritus fructus perciperet dotis futuros. Atque ita dote conſtituta admittebat cogendum maritum actione de dote fructus reddere, vt eo caſu in dote ſint fructus ipſi neque maritus fructuum nomine aliud conſequi poſſit, quàm vſuras: quæ ex fructib. collectis, & in ſortem redactis percipientur. Sic enim Marcelli diſtinctionem explico, licet legis verba, ſi receptam lectionem ſequare, omnino repugnent. † Deeſt enim negatio quam
2 nos reſtituimus in illis verbis, *Quod ſi conueniſſet de reddendis fructibus*, & totam illam interpretationem, *hoc eſt, vt in dote eſſent fructus quoſquos percepiſſet*, omnino tollimus, atque in gloſſas interpretum à quib. profecta eſt reiicimus, vt Vlpianum breuius, facilius, & elegantius ſic ſcribentem legamus, *Quod ſi non conueniſſet de fructib. reddendis, & fundus vel vſusfructus in hoc traditus eſt, &c.* Illud enim apparet Marcelli diſtinctionem, quam Vlpianus refert, eò tandem recidere, vt multum interſit, an de fructibus reddendis conuenerit néc ne. Ad priorem diſtinctionis partem illa conuentio pertinet ſi fundus, vel vſusfructus in dotem datus ſit hoc pacto vt ſoluto matrimonio fructus reſtituerentur. De qua conuentione Marcellus primo loco tractat iis verbis, *Si quidem fundum in dotem dederit mulier, ita vt maritus fructus redderet; non eſſe ratum pactum. Idémque eſſe etſi vſumfructum in dotem hoc pacto dedit.* Conſequens igitur eſt, vt alteram diſtinctionis partem tractaturus in qua diuerſam ſpeciem diuerſumque ius conſtituit, ita ſcripſerit, *Quod ſi non conueniſſet de fructib. reddendis.* Alioqui non præcedentia duntaxat, ſed etiam ſequentia illa repugnarent. *Et fundus, vel vſusfructus in hoc traditus eſt, non vt fundus vel fructus fieret dotalis, ſed vt fru-*
3 *ctus perciperet dotis futuros.* † Cùm enim fundus vel vſusfructus marito traditus eſt non vt fieret dotalis, ſed vt fructus ipſi dotis fierent, qui conſtante matrimonio perciperentur, quique niſi tradito fundo vel vſufructu percipi à marito non poſſent, nemo ſanè dixerit de reddendis fructib conueniſſe. Nam cùm de reddendis fructibus Marcellus loquitur, de dotis fructib. proculdubio intelligit: fieri verò non poteſt vt dotis fructus ſint illi ipſi, quos mulier ſic in dotem dedit vt nihil præterea dederit. Niſi forte quis putet, eandem rem in dotem dotiſque fructum poſſe cedere, quod abſurdius eſt, quã vt probare id quiſquam poſſit. Tametſi autem eo caſu, quo conuenit vt maritus ex non dotali fundo fructus perciperet dotis futuros, ſoluto poſtea matrimonio fructus actione de dote reſtitui oportet, non ideò tamen minus valere conuentionem dicimus, ac ſi de dote ipſa reſtituenda conueniſſet; neque reddendorum fructuum conuentionem improbamus, niſi cum de dotis ipſius non de dotalibus fructibus diſputamus. Denique contrarias eſſe pactiones has Marcellus putat De fructib. reddendis, & De fructibus in dotem dandis, quoniam, vt dictum eſt, qui in dotem dantur, dotis fructus eſſe non poſſunt. Quæ cùm ita ſint, Marcelli ſententiæ & verbis conuenire non poteſt illa interpretatio, *hoc eſt vt in dote eſſent fructus, quoſquos maritus percepiſſet.* Siue enim de fructib. reddendis conueniſſe, ſiue non conueniſſe proponas, nihil habet ea conuentio cõe cum hac pactione, vt in dote ſint fructus quoſquos maritus ſit percepturos.
4 † Lõgè nãque differentia hæc ſunt in dote fructus eſſe, & fundi vel vſusfructus dotalis fructus nõ dotales reddi: neque dubito quin ea verba interpretis ſint nõ Marcelli. Idque vt ſentiã præter ea, quæ dixi, me illud etiã nõ parũ mouet, quòd poſt obſeruatũ à me fœliciter vulgaris lectionis mendum, poſtrema illa, *quoſquos maritus percepiſſet*, in quibuſdam libris deeſſe animaduerti. Item illud, quod ſi admittas valere conuentionem, vt in dote ſint & à marito reddantur fructus omnes quoſquos is perceperit: ferè ſit vt de fructuũ quoq; vſuris reddendis conueniſſe videatur: cùm fructuũ appellatione contineãtur, nec alia ratione ad maritum ſpectent, quàm quod dotis fructus dici poſſint. Atqui id Marcellus diſertè negat, & pactionem valere ait, quæ ſi fructuum quoq; vſuras comprehenderet, valere ſanè non poſſet, quòd eo caſu ſterilis, & ſine fructu dos eſſet. Minus tamen interpreti ſuccenſendum ſit, qui cùm ea verba præcedentia, *Quòd ſi conueniſſet de fructibus reddendis* ſine negatione legeret, eámque conuentionem à Marcello probari videret, quam paulò ante bis improbaſſet, interpretatione aliqua corrigendam putauit, quòd ſi ex propria verâque verborum vi & poteſtate intelligeretur, defendi certè nõ poſſet. † Verum, quæ ratio excogitari tandem poteſt, 5
cur eandem conuentionem iiſdem verbis conceptam & repetitam aliter atq; aliter interpretemur? Aut ſi pactum huiuſmodi, de quo Marcellus ſecũdo loco diſputat non ideò valet, quòd de fructibus reddendis conuenerit, & vt in dote eſſẽt fructus omnes, quos maritus perciperet, ſed ideò duntaxat, quòd neq; fundus neq; vſusfructus dotalis ſit, at in id tantùm traditus, vt maritus fructus perciperet dotis futuros: An non ſatis erat Marcello ſcribere, *Quòd ſi fundus vel vſusfructus in hoc traditus eſt*, cæteris omnibus, quę obſcurè & ſuperuacuè interiniata ſunt prætermiſſis? Poſtremò cùm verè dici non poſſit valere conuentionem, vt fructus in dote ſint, niſi eo ſolo caſu quo nec fundus nec vſusfructus in dotem datus eſt ſecundùm Marcelli ſententiam. Prius ſanè illud erat, vt Marcellus ſcriberet in hoc traditum eſſe marito fundum vel vſumfructũ, vt fructus ille perciperet dotis futuros, quàm vt diceret conueniſſe de fructibus reddendis, & conuentionẽ illam interpretaretur, ac ſi conueniſſet, vt in dote fructus eſſent. Sed hæc apertiora & probabiliora ſunt, quàm vt in iis confirmandis diutius nobis immorandum videatur. † Ne quid tamen prætermittamus 6
eorum omniũ, quæ ad loci huius explicationẽ pertinẽt, animaduerſione dignum illud eſt, quod Vlp. & Marcell. docent referre multum, an fundi fructus in dotem dati ſint, an vſusfructus. Nam vſufructu in dotẽ dato, ſi fructus ipſi dati viderentur, vtriq; ſoluto matrimonio reſtituendi eſſent, tametſi pactũ, ea de re nullum interceſſiſſet. An ius ipſum vtendi fruendi in dotem datum intelligitur, *l. cum in fundo. 78. D. de iur. dot. l. vſusfructu 57. D. ſolut. matrimon.* vt qui fructus à marito percipiuntur, ij non quaſi dotales ſed tanquam eius iuris, dotiſque fructus & acceſſiones ad maritum pertineant. † Ob- 7
ſeruandum etiam eſt ſupradictam Marcelli diſtinctionem non omni ex parte Vlpiano placuiſſe. Hic enim putat defendi poſſe conuentionem de fructibus reddendis licet fundus ipſe vel vſusfructus in dotem datus ſit, ſi fortè ob hoc maiorem dotem marito mulier dederit, quod fructus volebat dotis eſſe, contento marito ea pecunia quæ ex fructibus colligi poſſet, quia hoc caſu non videatur dos eſſe omninò ſterilis & marito infructuoſa. Finge, inquit Vlpianus, quadringenta annua eſſe reditus apud eum, qui non accepiſſet in dotem niſi ita conueniſſet plus trecentum. Vtique boni conſulere debet quòd tam vberem dotem ſit conſecutus. Aut quid ſi tale pactum interuenerit, vt maritus fructus in dotem conuerteret, ac mulier ſe ſuóſque aleret, & vniuerſa onera expediret? Cur non dicamus valere conuentionem? Ita ſiquidem æquum eſt dotis fructus ad maritum pertinere, ſi is quoque matrimonij onera ſuſtineat, vt ibi dos ſit, vbi ſunt onera matrimonij. *l. ſi is qui. 56. §. ibi dos. D. de iur. dot.* Ergo Marcelli & Vlpiani diſtinctiones ſic conciliabimus, vt quo caſu maritus matrimonij oneribus adſtrictus ſit, conuentio non valeat de dotis fructibus in dotem conuertendis, niſi ob eam cauſam amplior dos data ſit, vt ea pecunia, quæ ex dotis fructibus, vſurarum nomine colligi poſſet, vice fructuum dotis maritus contentus eſſet.

AMPLIS

AMPLISSIMO VIRO,

PETRO FABRO, REGIO CONSILIARIO LIBELLORVM ORDINARIO

Magiſtro, & in Tholoſano Senatu Præſidi integerrimo.

ANTONIVS FABER SABAVDVS SENATOR S. D.

*ETSI quæ mira, & ab ipſa natura comparata eſt inter bonos ac literatos omnes
animorum ſtudiorúmque coniunctio non ſinit me dubitare quin tibi, Præſes ampliſ-
ſimè, præcipua eruditione, virtutéque prædito gratiſſimam eſſe debeat quicquid ab
eiuſmodi viris proficiſcitur, Hoc ipſum tamen eſt quod mihi permagnam diu heſi-
tandi cauſam præbuit, num celeberrimo tuo nomini perex[illegible] literа-
rium inſcribere deberem. Primùm quia cum ſcirem quam eſſem tui [illegible]
(niſi fortè parum apud te refert an literarum virtutúmque ſtudioſus quis ſit an
poſſeſſor) ſubuerebar ne viderer impudentior ſi prima ſalutatione illam abs te implorarem beneuolen-
tiam, quæ nonniſi tui ſimillimis deberetur. Deinde quoniam ſi verè ſcitéque dictum illud eſt, in omnibus
ineundis coniunctionibus maximè intereſſe quo veluti aditu amicitiæ fores aperiantur, erat ſanè multò
conuenientius ignotum me ſic tecum agere, vt egregiam aliquam de ingenio meo tibi opinionem commo-
uerem, quàm vt id præſtarem ex quo poſſes in ipſo ſtatim congreſſu quàm puſillus, nullíuſque leguleius ſim,
perſpicere. Quanquam enim excellenti iudicio tuo illudere neque poſſum neque debeo, probus tamen ho-
neſtúſque fuiſſet dolus ille quo tuam in me voluntatem excitare forſitan & promereri licuiſſet: vt cùm
amare me cœpiſſes minùs poſtea laborandum haberem ne amare deſineres. Tuam ſcilicet de me expecta-
tionem, quantumuis maximam humanitatis tuæ magis quàm ingenij mei viribus ſuſtinere fortaſſis po-
tuiſſem, atque ita ſummo meo bono experiri quantum diſtet, ab eóne quid accipias, quem iam ames, an ab
eo quem amare duntaxat velis. Sed importunas iſtas & verecundiores, quamuis ipſa etiam verecundia
honeſtas ac laudabiles cunctaudi rationes improuiſus quidam ac prope mirabilis caſus nuper fregit. Nam
cùm ſuperiore Ianuario Lugduni eſſem, nihilque minus cogitans in eodem hoſpitio virum clariſſimum,
needum mihi tum cognitum Marcum Antonium Lombardum Ruthenum offendiſſem, vt vidi hominem
qui ſe non ita dudam Tholoſa profectum diceret, illiúſque excultiſſimæ eruditionis & literaturæ, quam
poſtea ſum admiratus exuberantem magnitudinem vultu verbiſq; præ ſe ferret, confeſtim ſicuti ſoleo de
te rogaui, non an te noſſet (quis enim Tholoſâ rediens præſertim Lombardo ſimilis tantum Fabrum non no-
uerit?) ſed quomodo valeres, quid ageres, quis denique in tanta iſta publicarum rerum omnium pertur-
batione tuarum ſtatus eſſet. Ille, non ſolum te ſibi cognitum eſſe reſpondit, verùm etiam, quod ſumma fe-
licitati gloriaque tribuebat, ſe tibi perneceſſarium & familiarem. Tum de te multa honorificentiſſimè, vt
debebat, grauiſſiméque commemorans, ſic me oblectabat, vt facilè appareret non magis audiendo me de-
fatigari poſſe quàm ipſum ea diſſerendo, quæ vterque noſtrum honoris tui gratia maximè caperet & pro-
baret. Mox vt alia ex alijs ſermones, cùm me ille & Sabaudum eſſe & Fabrum nominari comperiſſet, vi-
ciſſim ex me quæſiit amiciſſimè, num is ego Faber eſſem, qui ſuperioribus annis Coniecturarum Iuris Ci-
uilis libros aliquot in publicum edidiſſem. Annui, quod neque ſine manifeſto mendacio inficiari poteram, ne-
que ſine rubore maximo confiteri cùm abnuere fortaſſis glorioſius fuiſſet. Statim ille ſibi gratulari, quaſi
præclarum aliquem Fabrum nactus & affirmare lectas à te nugas meas, quódque magis mirandum erat,
non omnino improbatas: Hoc enim addito, quod dixeras, (id vero mihi Deus bone, quàm honorificum!)
gaudere te, quod ſuum Fabrum haberet etiam Sabaudia. Dicam liberè. Neque enim Senatorem, præſertim
qui ad Præſidem ſcribat, mentiri fas eſt. Non ego quidem is ſum, quẽ vana iſtius laudis aucupandæ frue-
ndæve ſtudium facilè moueat, qui nec ignoro quàm honeſtius cuiq. ſit ea facere propter quæ laudari debeat,
quàm laudari velle, gloriamq. ſequi ſemper, appeti nunquam debere. Sed tamen imperare mihi non potui,
quin ſubiret continuò ſuauiſſima quædam titillatio ex tam magnifica tua de me iudicij relatione. Quis
enim adeo ſit temperans, vt à tam laudato viro laudari ſe non ſolùm non patiatur, ſed etiam non ambiat
ardentiſſimè? Non quod tibi, cui omnia debeo, magis credere deberem, quàm mihi: ſed quia ſciebam, quàm
ſolerent efficaces eſſe ad miros virtutis igniculos in tyronum animis accendendos, talium virorum prædi-
cationes, quas ego tum etiam cùm vel falſæ ſunt, vel ſuſpectæ, pro veris ad laudem cohortationibus acci-
piendas ſemper exiſtimaui. Inde verò peropportunam mihi occaſionem datam credidi, non ſolùm ſalutan-
di tui: ſed etiam id audendi, quod iampridem timidius meditabar: vt ex officina mea promerem aliquid,
quo, vt fit inter artifices, licet diſſimillimos, Faber Fabrum donarem. Etſi enim ſatis intelligo nihil à me
proficiſci poſſe, quod vel dignitatis tuæ amplitudine, vel obſeruantiæ erga te meæ magnitudine, dignum
videri*

videri queat: Has tamē cogitationes meas, vt à te non prorſus improbatas iri ſperare debeam, facis tu, qui priores approbaſti. Nam niſi me fallo habent poſteriores hi libri neſcio quid inſignioris & politioris non dicam eruditionis, ſed diſceptationis. Nec recuſo, ſi qui erunt qui non probabunt (at erunt ſanè quàm multi!) ſic eos de me iudicare, vt ſibi perſuadeant in tanto Senatoriarum occupationum cōcurſu, nihil à me in hoc ſcribendi genere elaborari potuiſſe præſtantius. Mihi, vt videbis, præcipua perpetuáque contentio eſt cum maiorum, vt ita dicam, gentiū interpretibus ferè omnibus: ſed maximè cum magno illo tuo Iacobo Cuiacio, ſi tuus magis quàm meus dicendus eſt, quem ego certè tanti facio fecique ſemper, quanti aliū ex Iuſtinianæi Iuris Doctoribus, te vno excepto, neminem. Nam vt taceam admirabilem illam, qua excellit in tam vaſta ſcientia edocenda μέθοδον & facilitatem, tantam ille obſcuriſſimis quibúſq; locis elucidandis diligentiam adhibuit, vt neque intactum penè quicquam reliquerit, neq; aliud in ſcriptis ſuis deſiderandum, præterquam fortaſſe ingenij tui ſubtilitatem: quàm ſi tanta cōiunxiſſet induſtriæ, Papinianum credo æquauiſſet: ſanè alios omnes quorum ſententijs pro legibus vtimur, longo, vt arbitror, interuallo ſuperaſſet. Tulit ætas noſtra maximos in Iuriſprudentia viros non paucos, ſed præcipuos, ſi quid mei iudicij eſt (cæterorum pace dixerim) Antonium Goueanum & Iacobum Cuiacium. Illum, vt mihi quidem videtur, multò feliciore ingenio ad Iuriſprudentiam natum: ſed qui naturæ viribus tam confideret, vt diligentiæ laudem ſibi non neceſſariam, minus etiam fortaſſe honorificam putare videretur. Hunc contra minus lucido præſtantiq; ingenij acumine, ſed qui aſſiduo labore ea quoque ſe aſſequi poſſe crederet, quæ ſolis ingenij neruis parari queunt. Tu Faber maxime, multo beatior, cui vni, hac noſtra ætate à Deo Opt. Max. datum eſt, & illum ingenio æquare, & hunc diligentia: vtrumque haud dubiè vtroque ſuperaturus, ſi tantū tibi ad hæc ſtudia pertractanda otium ſuppeteret, quanto illi abundarunt. Teſtantur hoc præclariſſima illa totóque terrarum orbe celeberrima promiſcuæ eruditionis tuæ monumenta, quæ ſi ſingula recenſere, nedum laudare vellem, vtique facerem ineptè, qui putarem ex commendatione mea poſſe aliquid ad eorum dignitatem accedere. Quò magis mihi verēdum eſt, ne tibi parum accepta ſit ea excuſatio, quam ex quotidianis Senatoriarum functionum impedimentis, inſcitiæ meæ volo prætexere. Tibi, inquam, Faber præſtantiſſime, qui iam ab ipſa inde adoleſcentia rei & publicæ & literariæ diſiunctiſſima ſtudia, tam præclarè coniunxiſti, vt mutuis illa auxilijs ad gloriam tuam eodem impetu collatis, id vnum inter ſe certamen iniſſe videantur, vtrius beneficio in ampliſſimo iſto Senatus Tholoſani, quinimò totius Galliæ theatro, maior dignitati tuæ laudis materia pararetur. Adeò nimirum tibi familiare eſt ſic agere omnia vt ſingula. Sed pro tua & prudentia & humanitate cogitare debebis hanc inter Fabros & artifices differentiam eſſe, non inter Fabrorum ſtudia & voluntates: nec parum de tuis deceſſurum laudibus, ſi pro nullis habeantur quotquot aut mortarij aut doctrinæ, aut ſi quid hoc etiam ad rem pertinet, fortunæ dignitate tibi ſunt impares: Ex quorum potius comparatione, quàm egregius Faber ſis & artifex dignoſci oporteat. Reſtat igitur, quoniam nec ipſas virtutum tuarum imagines, aut oratione adumbrare poſſum, aut imitatione aſſequi, te vt iterum atque iterum rogitem, non vt his meis ineptiis iudicij tui authoritatem impertias: (neque enim tu tibi iudicium pro arbitrio fingere magis potes, quàm ego ingenium mihi) ſed quod facere, ſi libet, licet, vt me amet, & quæ ab optimo animo profecta vides, rudi licet ſtilo exarata, non planè indigna iudices, quæ tibi offerantur. Quanquam & illud quoque videor pro meo quodammodo iure petere poſſe, vt ea legendo legas, id eſt, quæ minus probabuntur ſeligas, aut ſi fortè expeditius videbitur, illa potius quæ probabuntur. Ne dubitandum habeam, quin cætera omnia, te vno iudice, vnica litura delenda ſint, aut ſaltem emendanda. Te in ſumma arbitrum volo ad omnes has dirimendas controuerſias, quæ mihi eam multa cum tot tantiſque viris intercedunt. Nec quam inter te & Cuiacium, adeò longam arctámque fuiſſe ſcio neceſſitudinem, mouere me poteſt, vt in amiciſſimi hominis cauſa ius te dicere prohibeam. Quem enim alium peritiorem poſſim quærere? Certè fauorabiliorem nec ſperare auſim, nec optare: qui video gloriorque iam contigiſſe mihi antehac non ſemel in difficiliorum legum nodis diſſoluendis, & ijs maximè in quibus non conuenit mihi cum Cuiacio, vt id ipſum ego, quod tu, ſenſerim: prius etiam, quàm ex ſcriptorum tuorum lectione quid ſentiendum eſſet didiciſſem. Quòd ſi hoc amplius vltrò largiri voles (nam flagitare non audeo) vt reſcribas aliquando non tantùm quid ſentias: ſed etiam quid ita? tum verò nihil mihi ad abſolutam voluptatem & felicitatem deeſſe arbitrabor. Non quòd iudicio tuo minus quàm ipſiſſimæ iuris rationi tribuendum exiſtimem: ſed vt compertis abiectiſque erroribus meis, quid in poſterum ſentire debeam, non ignorem: tuáſque opiniones pro certiſſimis ſententiis tuear conſtantiùs, ſi quando fortaſſe mihi cum imperitioribus res erit, qui pro me contra te ſentire velint. Scis enim idem ferè iam nobis quod philoſophis eueniſſe: vt in Iuriſprudentia noſtra nihil ſit tam imprudens quod non ſuos habeat, eóſque vt plurimum pertinaciſſimos, nec ignobiles defenſores. Eris tu mihi inſtar omnium, longéque præclariùs mecum agi putabo, ſi te ingenuum Doctorem experiar, quàm ſi ſuſpectum laudatorem. Denique habebo te ſi pateris in Fabrum, Tu me, ſi placet, in tyronem, quem, vt apud Papinianum, Nicoſtratus Regulum, eloquentia, probitate ac eruditione tua & meliorem facere poſſis, ſi velle voles, & præſtantiorem. Bene vale, Faber præclariſſime, & quem tui amantiſſimum vides, fac pro tua liberalitate amantiſſimum. Ex vrbe Chamber. III. Kal. Iul. M.D.XCIV.

ANTONII FABRI SEBVSIANI
SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM Iuris Ciuilis,
LIBER SEPTIMVS.

Capvt I.
Interpretatio l.3.in princip.D.de vſur.

SVMMARIA.

1 *De tempore quod iudicatis ad ſoluendum datur.*
2 *Cur in* d.l.3. *fideicommiſſarius in perſonam non in rem fideicommiſſi debiti nomine egiſſe dicatur?*
3 *Non aliter iudicati faciendi dilationem conceſſam eſſe, quam ſi in perſonam, non item ſi in rem actum ſit.*
4 *An in* d.l.3. *actori commodius fuerit in rem quam in perſonam experiri.*
5 *Non bene ab Accurſio intellectum fuiſſe Imperatoris decretum in* d.l.3.
6 *Vera dicti decreti ſententia, & Papiniani mens.*
7 *Hæredem in ſpecie* d.l.3. *pro toto tempore quod iudicatis datur neque perceptorum neque percipiendorum fructuum nomine condemnari.*
8 *Reijcitur contraria Accurſij & aliorum Interpretum opinio.*
9 *An in* d.l.3. *ex illo tempore quod hæredi conceſſum eſt; actoris quæ obuenit ius imminutum dici poſſit?*
10 *Hæredem non ideò magis moram contrahere, ſi legati aut fideicommiſſi ſolutionem ſpe detrahendæ Falcidiæ recuſet.*
11 *An in* d.l.3. *Imperatoris Antonini decreto locus ſit, ſi hæres ante ſententiam moram in ſoluendo fideicommiſſo contraxerit?*
12 *Sententia* l.lite conteſtata.35.ff.de vſur.

1 NOTA † de fideicommiſſo ſingulari inter hæredem & fideicommiſſarium controuerſia, cum hic in perſonam ageret, ſibique fideicommiſſum deberi contenderet, ille contrà ſolutionem recuſaret eo colore quòd legi Falcidiæ locum eſſe diceret, iudex datus eſt qui cauſa cognita fideicommiſſum ſalua Falcidia deberi pronunciauit. Certum eſt condemnatum hæredem non priùs ad fideicommiſſi præſtationem vrgeri debere, quã tempus illud præterierit, quod iudicatis ad ſoluendum datur, triginta ſcil. dierum ex duodecim tabulis, aut duorum menſium ex poſteriorum Imperatorum conſtitutionib. aut deniq; ex Iuſtiniani lege, quadrimeſtre *l.2.l.vlt.§.& cum antiquitas. C.de vſur. rei iudicat.* Tametſi ante Iuſtinianum & Papinian. temporib. cuius eſt *l.3.de vſur.* quam interpretandã aggredimur, vſu receptum fuiſſe videatur, vt in arbitrio eſſet iudicantis tantum temporis ad ſoluendum dare, quantum ſufficere pro condemnati facultatib. crederetur *l.debitorib.31.D.de re iud.l.ſi debitori.21 ff.de re iud.* Eóque etiam hodie iure vtimur, non ſeruata ea diſtinctione quæ traditur in *l.ſi ſe non obtulit.4.§.ſi quis condemnat. ſit. ff.de re iud.*
2 † Dixi fideicommiſſarium in perſonam egiſſe. Non quaſi in eius fuerit electione verum in rem an in perſonam ageret, vt malè Accurſ. & Bart. exiſtimant, Sed quia ante Iuſtiniani conſtitutionem in *l.2.C.comm.de lega.* fideicommiſſi debiti nomine nulla in rem actio competebat, at tantum perſecutio, quo nomine in perſonam potiùs, licèt rei perſequendæ gratia, quam in rem actio ſignificatur. *l.pecunia.178.§.actionis, de verb. ſign.l.actio.28. ff.de oblig. & act.* Quam ob cauſam ſic Papinianus in *d.l.3.de vſur.in fideicom.perſecutione.* Et quòd ſcriptum eſt in *l.vl.C.de vſur.*& fructib.legat. *ſiue in rem, ſiue in perſonam agatur*, de legatis tãtum de quib. etiam illo loco tractatur, non item de fideicommiſſis accipi debet. Neque enim fideicommiſſarius ſiue vniuerſalis ſiue ſingularis ante fideicommiſſi reſtitutionem dominus eſt, *l.facta.61. ff.ad S.C.Treb.* Nec igitur in rem actio ei competere poteſt, ſed tantum in perſonam, ſi iuris ratio potiùs quàm Iuſtiniani lex inſpiciatur, *l. teſtamento.89. §. quatuor de leg.1.l.in rem.23.ff.de rei vind.l. Quintus.27.§. argento.ff. de aur.& arg.mund.legat.* quod in legatis ſecus eſt *l.legatum.80.de leg.2.l.à Titio.64.de furt.* † Illud ſanè verum 3
eſt, quod Accurſio & Bartolo placet, non aliter eam iudicati faciendi dilationem conceſſam eſſe quam ſi in perſonam actum proponatur. Nam cum in rem actum eſt, Iudicis officio incumbit vt iubeat rem quæ penes & adiudicata eſt, domino ſtatim reſtitui, Niſi fortè poſſeſſor cauſetur non poſſe ſe in præſenti reſtituere, ideoque ſibi tempus præſtitui poſtulet, neq; fruſtrationis cauſa id faciat §.& ſi in rem actum *Inſt.de offic. iud.* Non enim tam fauorabilis cauſa eſt eius qui rem meam mala fide poſſidet poſt litem conteſtatam adeóq; poſt condemnationẽ, quam illius, qui pecuniam aut quid aliud mihi debeat, quippe eo nomine actione in perſonam propoſita condemnatus eſt, Siue quòd faciliùs res aliena reſtitui, quam pecunia explicari, aut res alia dari poſſit (quandoquidem vindicatione is demum tenetur, qui rem alienam poſſidet, eiúſque reſtituendæ facultatem habet *l.officium.9 ff. de rei vindic.*) Siue quòd in vindicationis iudicio rei ipſius adiudicatio fiat, non condemnatio perſonæ, vt proinde poſſeſſori, qui condemnatus non eſt, fruſtrà dilatio concedatur, Niſi per ipſam rem quæ adiudicata eſt fiat, quominus ſtatim poſt ſententiam reſtitui poſſit. † Qua 4
ratione actori longè commodius eſſet in rem quàm in perſonam experiri, niſi ex alia parte actionem in rem illud difficiliorem redderet, quod exactiſſimam dominij probationem requirit, *§.commodum. Inſt.de inter.* cùm tamen is qui in perſonam agit non niſi de iure ex quo dari ſibi quid vel fieri oporteat, docere teneatur. Ergo vt ad Papinianum noſtrum redeamus, hæres de fideicommiſſo condemnatus, non niſi elapſo tempore quod iudicatis datur vrgeri poteſt. At ſi poſt id elapſum moram ſolutioni faciat, quæſtionis eſt, quid de fructibus conſtitui oporteat. † Et refert Papin. Marci Antonini Imp. decreto 5
cautum eſſe, vt intermiſſo eo legitimo tempore quod iudicatis datur vſque ad ſententiam, commoda omnia fideicommiſſarius accipiat. Quod Accurſius noſter ſic intelligendum putat, vt intercedendo, inquit ille, à die mortis teſtatoris vſque ad ſententiam fructus omnes non tantùm qui percepti ſunt, ſed & qui percipi potuerunt, fideicommiſſario præſtentur: quia verò poſt ſententiam bimeſtri illo, aut quadrimeſtri tempore percipiẽdi erant, nec percepti ſunt, minimè præſtentur. Nam de iis qui percepti ſunt, nec dubitat quin reſtituantur, quod vt

pau ò poſt Papinianus ſubiicit, ea temporis intercapedo
dilationem iudicato dare, non lucrum afferre debeat.
Sed quoniam huic interpretationi non conuenit quod
Papinian. decretum hoc Imperatoris ita accipi oportere
ſi ante iudicis ſententiam mora non interuenerit, idem
Accurſius vt ſe ſuamque opinionem tueatur, neſcio quid
comminiſcitur de ſententia commonitoria quæ præce-
6 dat litis conteſtationem. † Ego verò, ſicuti quam ille
commonitoriam ſententiam dicat non intelligo; ita ne-
que retroceſſionem iſtam commentitiam agnoſco, lon-
gèque diuerſam Papiniani mentem eſſe pro certo habeo.
Illam nimirum, vt ex Imperatoris decreto fructus omnes
qui poſt ſententiam de fideicommiſſo redditam percepti
ſunt, percipique potuerunt intermiſſo tamen, hoc eſt
detracto iudicati faciendi tempore fideicommiſſario re-
ſtituantur, ad aliam vſque ſententiam, quam ferri neceſ-
ſe eſt vt eorum fructuum nomine hæres condemnetur.
Quanquam enim is qui reſtituere iuſſus fuit, ſi iudici non
pareat, iubendus iterum & condemnandus non eſt, ſed
manu militari exequenda potiùs ſententia, vt et ſi reſti-
tuendæ rei facultatem habeat poſſeſſio auferatur: Atta-
men fructuum omniſque cauſæ nomine condemnatio-
nem ſubſequi & ſententiam ferri neceſſe eſt *l. qui reſti-
tuere 64. D de rei vindicat.* quoniam priore ſententia ni-
hil de fructibus expreſſum fuit, neque exprimi potuit,
cùm in actoris poteſtate ſit iudicatum exigere, nec ad iu-
dicis officium quicquam pertineat futuri poſt condem-
nationem temporis tractus, vt eleganter idem Papin. &
ad eum Paulus tractant in *l. 1. §. 1. de vſur.* vbi ob has
cauſas nec bonæ fidei iudicij iudicem rectè iuſſurum
aiunt interponi cautiones, vt ſi tardiùs ſententiæ con-
demnatus paruerit, futuri temporis vſuræ fructúſve
pendantur. Mora igitur quam hæres poſt ſententiam
contraxit, ſi elapſo tempore quod iudicatis datur, non
ſatisfecerit, hactenus coercebitur; vt omnia quæ poſt
condemnationem percepit & percipere potuit commo-
da ad fideicommiſſarium deuoluantur. Intermiſſo tamen
& detracto eo tempore quod iudicato faciendo conce-
ditur. Sic enim Papinianum intelligo vt de fructibus om-
nibus tam perceptis quàm percipiendis loquatur, cùm
& indiſtinctè fructuum mentionem faciat, & de iis aper-
tè ſentiat, qui in actione ex teſtamento à die moræ, aut
in iudiciis ſtrictis à tempore litis conteſtatæ debentur.
Cuiuſmodi ſanè ſunt tam qui percepti fuerunt, quàm
qui percipi potuerunt *l. cum ſeruus. 29. §. fructus de le-*
7 *gat. 1. l. cùm fundus. 31. Digeſt. de rebus cred.* † Cui con-
ſequens eſt Antonini reſcriptum eò pertinere, vt pro
toto tempore quod iudicatis datur, hæres neque per-
ceptorum neque percipiendorum fructuum nomine
condemnetur. Nam & omne illud tempus intermitten-
dum eſſe conſtituit, & cùm non aliam ob cauſam quàm
propter moram quæ poſt ſententiam contracta eſt ea
fructuum condemnatio fiat, Nemo dixerit per hæredem
contractam videri moram, quandiu is vt ſententiæ ſatiſ-
faciat interpellari non poteſt. Mora ſiquidem fieri non
intelligitur vbi nulla petitio eſt, *l. lecta. 40. Digeſt. eodem.*
l. ſi pupillus. 1 27. de verb. oblig. l. nulla. 88. de reg. iur. nec
quicquam imputandum eſt hæredi qui iure ſuo vtitur,
legiſque beneficio, quod ei ſicut non inutile, ita nec
captioſum eſſe debet, arg. *l. ſciendum. 21. Digeſt. de vſur.*
8 † In quo præcipuè errarunt poſt Accurſium cæteri in-
terpretes, qui fructus omnes medio illo tempore per-
ceptos fideicommiſſario reſtitui debere contendunt.
Moti tantùm ex eo quod apud Papinianum ſequitur,
eam temporis intercapedinem iudicato dilationem da-
re non etiam lucrum afferre debere. Quaſi dici poſſit
lucrum ex ea dilatione hæredi acceſſurum ſi ita ius con-
ſtituatur, vt liceat ei fructus quos interim perceperit re-
tinere. At ſanè ſic res haberet, ſi quod de lucro Papin.
ait tam generaliter & abſurde quàm illi putant, intelli-
geretur. Sed planè aliam Papiniani ſententiam eſſe vel
ex eo maximè cognoſci poteſt, quòd fieri certè nequeat
quin ex ea dilatione lucrum aliquod condemnato ac-
cedat. Alioqui nec beneficio vllo affici videretur, nec
quicquam cauſæ eſſet cur daretur ei dilatio. † Id igitur 9
Papin. ſibi vult, Eam temporis intercapedinem non de-
bere condemnato prodeſſe vt lucrum conſequatur ex
quo actoris qui obtinuit ius imminutum videri poſſit.
Ita enim eueniret vt melior eius conditio eſſet poſt con-
demnationem quàm anteà fuiſſet. Atqui non poſſis di-
cere diminui aliquid de iure fideicommiſſarij licèt ni-
hil ei des ex fructibus quos hæres legitimo illo tempo-
re poſt rem iudicatam percepit, ſiquidem vt Papin. ſub-
iungit, decretum illud Antonini ſic intelligendum eſt
ſi ante ſententiam de fideicommiſſo latam hæredis mora
non interuenerit. Quo caſu ſicut nullum in fructibus ante
ſententiam perceptis fideicommiſſario ius quæſitum di-
ci poteſt, quorum ſcilicet non niſi poſt contractam mo-
ram ratio vlla habeatur: Ita neque iniuria affectum ſe
queri poterit quamuis totum id iudicati faciendi tempus
à fructibus dependendis immune eſſe admittamus: Cum
fructuum præſtandorum obligatio neque ex ſententia
naſci poſſit, per quam nihil de fructibus pronunciatum
eſt, neque ex mora poſt ſententiam contracta, quòd toto
eo tempore nec fideicommiſſarius quicquam exigere,
nec antè quàm exigi cœptum ſit mora per hæredem con-
trahi potuerit *d. l. 1. §. 1. de vſur.* † Etſi autem vix eſt vt 10
ad iudicem perueniatur, quin priùs mora contracta ſit,
quæ & per interpellationem extra iudicium teſtato at-
que opportuno loco & tempore factam, & ſaltem à litis
conteſtatæ acceptique iudicij tempore contrahi ſolet,
plerunque tamen accidit cùm de legatis aut fideicom-
miſſis controuerſia eſt, vt ſolutionem hæres recuſet, eó-
que nomine litem conteſtetur, nec ideò magis moram
contrahat, fortè ſi legi falcidiæ locum eſſe dicas & ex
iudicij euentu verum id eſſe appareat. Et enim ea iuſta
cauſa differendæ ſolutionis ſi fideicommiſſarius nolit
aut non poſſit cauere ſatiſdatò ſe ſi quid ampliùs quàm
per legem falcidiam liceat, acceperit, reſtituturum. Ne-
que aliter hoc caſu condemnari hæres poteſt ad vſura-
rum aut fructuum præſtationem, à tempore litis conte-
ſtatæ, quàm ſi legi falcidiæ locum non eſſe conſtiterit.
l. 2. C. de vſur. & fructibus legat. Falcidia namque inter-
ueniente nihil ſanè eſt quod hæredi imputetur qui præ-
toris Edictum ſecutus iuſta ex cauſa ſolutionem recu-
ſauerit *l. 1. & tot. tit. Si cui plus quàm per leg. Falcid.*
† Ac tum demum rectè Papinianus Antonini decre- 11
tum procedere exiſtimat vt fructuum nomine qui poſt
ſententiam intra iudicati tempus percepti ſunt, hæres
non condemnetur Nam ſi ante ſententiam mora interue-
nerit, hoc eſt ſi fruſtrandi cauſa & per calumniam hæres
falcidiam obiecerit, nulloque colore fideicommiſſi præ-
ſtationem diſtulerit, Papiniano placet nihil ei relinquen-
dum eſſe ex fructibus qui poſt ſententiam percepti ſunt
aut percipi potuerunt, neque minus habendam ratio-
nem eius temporis quod poſt condemnationem iudica-
tis datur, quam illius quod poſt moram in iudicati exe-
cutione contractam ſecutum eſt. Itaque Imp. Antoni-
ni decreto decreto locum hic non eſſe ex ea parte qua
tempus illud iudicati intermittendum eſſe conſtituit.
Quam in ſententiam mouetur ſanè perelegant ratione,
quòd hæres qui fideicommiſſario moram fecit iam inde
ab eo tempore quo mora contracta eſt fructuum om-
nium præſtandorum neceſſitate adſtrictus eſſe cœperit.
Quod cùm ita ſit, qua tandem inquit ratione dici poſſit
liberandum eum à fructuum præſtatione pro legitimi
temporis ſpatio, Ideo duntaxat quod per ſententiam
victus ſit & condemnatus. Nemo vtique dixerit me-
liorem eſſe debere conditionem hæredis condemna-
ti, quàm ſi nondum lata eſſet ſententia. Alioqui eueni-
ret vt res iudicata ei proficeret, contrà quem iudicatum
fuiſſet, quod ei identer iniquiſſimum eſſe Iulianus ait in
l. euidenter. 19. D de except. rei iudic. & elegantius idem
noſter Papin, in *l. poſtquam 5. §. 1. ff. vt leg. ac nomin. caueat.*

† Aſ

12 † At iam vſque ex eo tempore quo mora contracta fuit & ante ſententiam fideicommiſſi fructus vſuræ debebantur *l. ſi quis bonorum 23. de legat. 1. l. ſi quis ſeruo. 84. de l. 2. l. ſi quis. 19. de legat. 3. l. reſpondit. 14. l. ſiquis. 39. D. de vſur.* Ergo & poſt ſententiam debebuntur. Moram enim ſemel interueniſſe ſufficit vt perpetuò debeantur *l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.* hoc eſt etiam poſt litem conteſtatam. Qui ſenſus eſt *leg. lite conteſtata 35. de vſur.* multóque magis poſt ſententiam quæ lucrum afferre condemnato nunquam poteſt. Quamquam enim dici ſolet tam litis conteſtatione quàm iudicati actione nouationem quandam fieri *l. aliam. 19. D. de nouat. l. vlt. C. de vſur. rei iud.* Ea tamen rationis illius natura eſt, vt nec eius qui litem conteſtatur, nec eius qui obtinuit deteriorem conditionem efficiat *d. l. aliam. l. non ſolet. 86. cum ſeq. de reg. iur.* Id quo nimirum eſt quod Papin. ait, eam temporis intercapedinem quæ condemnatis ad iudicatum faciendum conceditur, dilationem duntaxat iis dare, non etiam lucrum afferre debere. Lucrum namque maximum ſentiret hæres condemnatus, adeoq; ex fideicommiſſarij damno ſi toto illo iudicati faciendi tempore fructus nullos deberet, quos iam inde à tempore moræ, ſi ante ſententiam percepti eſſent, debuiſſet. Denique id Pap. contendit, ius quod ante condemnationem ex hæredis mora fideicommiſſario quæſitum iam erat in fructibus ex fideicommiſſo perceptis aut percipiendis, poſteà per ſententiam, quæ pro fideicommiſſo lata fit, neque auferri neque imminui potuiſſe. Si quæſitum ius nullum erat, impunitam hæredi eſſe legimus poſt ſententiam temporis cunctationem. Quod vt apertius comprobet, exemplum aliud ſubijcit de iudiciis ſtrictis *§. in his quoque*, de cuius etiam ſententia & emendatione, quoniam longiores iam ſumus, ſequenti capite videamus.

CAPVT II.

Emendatio §. in his quoque eiuſd. legis.

SVMMARIA.

1 *Quo ſenſu dici ſoleat, In ſtrictis iudiciis à die litis conteſtatæ præſtandam actori omnem cauſam in eum vſque diem quo ſententia dicitur.*

2 *Reſtituitur negatio in d. §. in his quoque.*

3 *Reſpondetur obiectioni contra emendationem allatæ, &* explicatur l. vlt. C. de rei iudic.

1 VT † ſuam ad Antonini decretum interpretationem, de qua proximè diximus, Papinianus comprobet, aut magis illuſtret, aliud exemplum ſubijcit de iudiciis, quæ nec arbitraria ſunt, nec bonæ fidei, ſed ſtricta. In quibus dici ſolet, A die litis conteſtatæ præſtandam actori omnem cauſam in eum vſque diem quo ſententia dicitur *l. 2. D. de vſur. l. cum fundum. 31. de reb. cred.* Non quòd in ſtrictis huiuſmodi iudiciis mora contrahi non poſſit ante litem conteſtatam vt minùs peritè quidam putant (nam ſi cùm ex ſtipulatu Stichum mihi deberes tu ritè interpellatus ſoluere nolueris, tum is deceſſerit, licet nondum lite conteſtata, tibi tamen propter moram perbit *l. ſi ex legati. 23. l. ſi ſeruum. 91. §. ſequitur, de verb. oblig.* ſed quod in fructibus, vſuris, cæteriſque acceſſionibus nulla moræ ratio habeatur, niſi cùm iudicij natura talis eſt vt vel ex bonæ fide, vel arbitrio iudicis aliud conſtituendum videatur. Quod in ſtrictis iudiciis nunquam euenit, quæ non aliam ob cauſam ſtricta dicuntur, quàm quòd in iis condemnatio neque ex bona fide, neque arbitrio iudicis fieri poſſit extra id quod verbis diſertis & præſcripto formulæ, quam Prætor dedit, eſt nominatim expreſſum & mandatum eſt. Sed à tempore litis conteſtatæ omnis cauſa præſtanda eſt, quoniam vt idem Papinian. ait in *d. l. 2. de vſur.* quale quid eſt cùm petitur, tale dari debet. Peti autem intelligitur eo demùm inſtanti, quo litis conteſtatio ſit *l. amplius. 15. D. rat. rem haber.* † Hoc verò cùm ita ſit. 2

Certè poſt rem iudicatam tempus à fructibus dependendis immune nec eſt. Ita enim addita negatione legendum eſſe apud Papinianum apparet euidenter ex ea ipſa ratione, quæ motus ille paulo ante defendit, fructuum præſtandorum obligationem in actione ex teſtamento & fideicommiſſi perſecutione ex mora ante ſententiam contracta profectam, ſubiectam ſententia & condemnatione non finiri. Nam ſiue à die moræ, ſiue à lite conteſtata fructus deberi cœperint, qua tandem ratione cum & ſententia ſecuta ſit, ab eorum reſtitutione qui intra iudicati faciendi tempus percepti, aut percipiendi fuerunt liberari condemnatus poterit, cùm ea temporis intercapedo dilationem iudicato dare non lucrum etiam afferre debeat. Ac ſanè idem iuris Papinianum hac parte conſtituere voluiſſe in iudiciis ſtrictis quod in actione ex teſtamento conſtituendum dixerat, apertiſſimè demonſtrat ſermonis contextus in illis prioribus verbis [illegible] quæ ille adiecit vt omnes intelligerent, decretum illud Antonini de non reſtituendis [illegible] fructibus intra iudicati faciendi tempus perceptis, ita accipi ſemper oportere, ſi ante ſententiam nondum nata fuerit eorum reſtituendorum obligatio. Nata, inquam, vel ex litis conteſtatione in ſtrictis iudiciis, vel ex mora per interpellationem contracta, in cæteris. In iudiciis quidem bonæ fidei propter bonam fidem, in arbitrariis propter arbitrium iudicis: In actione ex teſtamento neque ex bona fide, neque arbitrio iudicis (quoniam cùm ex vnius hominis voluntate non ex plurium conſenſu naſcatur, nec bonæ fidei eſſe poteſt, nec arbitraria) ſed ex voluntate, & iudicio teſtatoris. Facilè autem potuit librarij & exſcriptoris inſcitia prætermitti negatio quam nos reſtituimus, cùm fortè ſcriptum eſſet, quomodo in Florentinis ſcribi ſolet [illegible], ſed maiuſculis literis *immuNEC eſt* pro eo quod apertius ſcribi poterat *immune nec eſt.* ſic in *l. Prætor edixit. 7. de iniur. §. ea & ſi quis.* Vlp. ita ſcribit *certè his qui ſunt in poteſtate, verſus nec competit.* Quod ſi durius id putes mihiſque legere *immune non eſt*, nec ego repugnabo. Nam & [illegible] interpretis fortaſſe imperiti cauſam præbere illud potuit, quod dictionem illam *certè* qua Papin. vtitur ſic acceperit, quaſi exceptionem ſignificet, cùm magis propriè & eleganter deſignet affirmationem. vt & in [illegible] *ſi quis.* † Neque video quid huic noſtræ emendationi poſſit obijci præter Iuſtiniani Conſtitutionem in *l. vlt. C. de vſur. rei iudic.* vbi ille diſertis verbis conſtituit vt vſurarum quæ ex priore contractu debentur, quæque in condemnationem deductæ ſunt, curſus poſt ſententiam inhibeatur, nec niſi ſortis vſuræ centeſimæ poſt quadrimeſtres, vt loquitur, inducias præſtentur. An quod alia ratio ſit fructuum alia vſurarum vt Accurſius, Bartolus & cæteri exiſtimant? Non puto. Nam licet alioqui minus fauorabilis ſit vſurarum quàm fructuum præſtatio propterea quod pecunia ſui natura ſterilis ſit, quæ aliam pecuniam parere nequeat, generaliter tamen traditum eſt vſuras vicem fructuum obtinere, præſertim verò in legatis & fideicommiſſis, nec à fructibus ſeparari debere *l. vſur. 34. D. de vſur. & fruct.* [illegible] Et ratio qua Papinian. mouetur non minus in vſuris quàm in fructibus obtinet, vt facilè ex ſuperioribus intelligi poteſt. Fuerit ergo fortaſſe probabilius, loqui Iuſtinianum de iis tantum vſuris quæ ex priore contractu debitæ ſint, quarum non eadem hac parte ratio eſt quæ vſurarum ex mora debitarum. Siquidem, vt Iuſtinianus ait, nouatur iudicati actione prior contractus, ideóque vſurarum quæ ex eo debentur curſum inhiberi minùs abſurdum eſt *l. nouatione. D. de nouat.* licet ea nouatio, ſi iuris rationem ſpectes, nunquam victori damnoſa eſſe debeat. vt ſuprà diximus. In eoque etiam Iuſtiniani Conſtitutio nouum ius potius quàm iuris rationem continet. At ex contrario nemo dixerit priorem moram quæ vel ante iudicium vel in ipſo iudicio contracta ſit, purgari per ſententiam. 3

Neque igitur vſurarum, quæ ex ea mora debebantur,
curſus per ſententiam interrumpetur. Sunt enim hæ fa-
uorabiliores, & creditori hac parte vtiliores, quàm quæ
ex conuentione debentur, quarum ratione propter con-
uentionem ſuperuacanea eſt omnis de mora quæſtio, vt
docuimus *lib. 1. Coniect. c. 1. in explicat. l. qui Romæ. 122. in
princ. de verb. oblig.* Denique manifeſtâ ac neceſſaria iuris
ratio cogit omnino, vt quam Papinianus ad Antonini
decretum interpretationem induxit, verbis licèt quo-
dammodo repugnantibus, eadem ad Iuſtiniani Legem
& conſtitutionem accommodetur. Aliam non huic diſ-
ſimilem emendationem ſubiiciemus *infrà cap. 5.*

Capvt III.

De fructibus & vſuris legatorum ac fidei-commiſſorum.

SVMMARIA.

1 *An legatorum & fideicommiſſorum vſuræ & fructus à die litis conteſtatæ, an verò à die moræ debeantur?*
2 *Accurſij & Bartoli in hac quæſtione diſtinctio.*
3 *Reijcitur Interpretum diſtinctio inter fructus ſpeciei, & vſuras pecuniæ legatæ.*
4 *Aliam eſſe rationem rei legatæ, aliam fructuum ex re legata perceptorum.*
5 *An ea quæ ſeruus legatus nec dum traditus, per ſtipulationem, traditionem, vel donationem acquiſiuit, in fructibus habeantur, an verò ad proprietatis cauſam pertineant?*
6 *Cur legatum quandocunq; à legatario agnitum, iam inde à die mortis teſtatoris legatario acquiſitum videatur?*
7 *An in fructibus legatorum iſta retrofictio locum habeat?*
8 *Reijcitur Cuiacij diſtinctio inter fructus ex legato vindicationis, & fructus ex legato damnationis perceptos.*
9 *De fructibus legatorum aut fideicommiſſorum ad pias cauſas.*
10 *An fructus legati, qui mortis teſtatoris tempore pendebant, legato cedant?*

1 SVperioribus † finitima eſt & illa quæſtio, quam
hoc capite latiùs tractandam proponimus. De vſuris
& fructibus tam legatorum quàm fideicommiſſorum. In
qua dubitationem potiſſimùm facit quod Papinian. *in
l. 3. in princip. de vſur.* apertè ſcribit, in fideicommiſſi
perſecutione fructus quorum eadem quæ vſurarum ra-
tio eſt, non à litis tantùm conteſtatione deberi vt in iis
iudiciis contingit, quæ nec arbitraria ſunt nec bonæ
fidei, ſed à tempore contractæ moræ, Imperatores verò
in *l. 1. 2. & vltim. Cod. de vſur. & fructibus legat.* contrà,
vt videtur reſcripſerunt, legatorum & fideicommiſſo-
rum fructus ac vſuras ex eo tempore deberi, quo lis ſit
conteſtata. Quod & Iuliano placet in *l. quæſitum. 91. §.*
2 *vltim. de legat. 1.* † Mihi ſemper probata eſt Accurſij, Bar-
toli, & ſequacium ſententia, qui quod ab Impp. reſcrip-
tum, & à Iuliano reſponſum eſt, ſic accipiendum pu-
tant, ſi ante litis conteſtationem mora nulla præceſſe-
rit. Neq; enim ſemper præcedit, ſed ita demùm ſi priuſ-
quàm iudicium acciperetur interpellatus hæres teſtato,
congruoque loco & tempore fideicommiſſum, aut le-
gatum ſoluere recuſauerit. Quod quia teſtibus plerum-
que probandum eſt, nec facilè ſciri poteſt an eo inter-
pellationis genere mora contracta ſit nec ne, cùm ea
diſceptatio facti potiùs ſit quàm iuris *leg. mora. 32. de
vſur.* inde fortaſſis factum eſt vt litis conteſtatæ potiùs
quàm moræ Imperatores meminerint, non quaſi præ-
cedentis moræ ratio nulla habenda ſit, ſi commiſſam eam
eſſe appareat, ſed quòd vix ſit vt non ſaltem eo tempore
quo litis conteſtatio fit mora contrahatur. Nam ſtatim
atque legato aut fideicommiſſo præſtando mora facta
eſt, ſiue interpellatio tantùm extraiudicialis interuene-
rit ſiue conteſtatio ſubſecuta ſit, teſtatoris voluntas
quæ hac parte ſpectari potiſſimum debet, ſuadet ſanè vt
ea omnia legatarius aut fideicommiſſarius habeat quæ
habiturus erat ſi teſtatoris iudicio hæres paruiſſet, *l. equis
8. l. reſpondit. 14. l. equis. 39. D. de vſur. l. ſi quis bonorum.
32. de legat. 1. leg. ſi quis ſeruo. 84. de legat. 2. l. is qui. 26. de
legat. 3. leg. generaliter. 24. §. proinde de fideic. libert.* † Scio 3
eſſe qui putent dici poſſe ſubtiliter, fructus ſpeciei le-
gatæ ad eum pertinere qui ipſius rei ſit dominus, ex *l. ſi
tibi homo. 86. §. cùm ſeruus. de legat. 1. leg. Herennius. 42.*
alias *l. fructus. D. de vſur.* hoc eſt, inquiunt illi, poſt Ac-
curſium, Bartolum, & alios, ad legatarium aut fideicom-
miſſarium à die mortis teſtatoris, quandoquidem dici
ſolet rei legatæ dominium recta via tranſire à teſtatore
in legatarium, *l. à Titio 64. de furt.* Vſuras verò certæ
pecuniæ legatæ non priùs ab hærede deberi, quàm in ea
pecunia præſtanda, cuius ipſe interim dominus eſt, mo-
ram fecerit. Sed ſi quid mei iudicij eſt, neque ſubtilis
eſt diſtinctio hæc, neque probabilis. Cùm enim vſuræ
vicem fructuum obtineant, perpetuò & generaliter ve-
rum eſt quod Vlpianus ait in *l. vſuræ. 34. de vſur.* non de-
bere eas à fructibus ſeparari, præſertim cum de legatis
& fideicommiſſis diſputatur. Neque ex eo quod dici-
mus rei legatæ dominium recta tranſire à teſtatore in
legatarium, bona conſecutio eſt. Fructus ergo omnes,
quos ex ſpecie legata poſt mortem teſtatoris hæres per-
ceperit, ad legatarium pertinere. † Alia namque ratio 4
eſt rei legatæ, alia fructuum ex re legata perceptorum.
Res ipſa quæ legata eſt, ex teſtamenti verbis & teſtato-
ris iudicio debetur. Fructus verò, ſicut legati non ſunt,
ita neque ex teſtamento deberi poſſunt priuſquàm mo-
ra per hæredem contracta ſit, vt apertè Africanus docet
in *l. quæſitum. 40. de acquir. rerum domin.* vbi tractans de
legato fundi ait ex eo demum tempore incipere hære-
dem fructus ſuos non facere ex quo rem legatam ſoluit.
Cùm tamen non eò minus legati fundi dominium à
die mortis teſtatoris legatario etiam ignoranti quæſi-
tum intelligatur, quòd hæres legatum neſciat. Quam
ob cauſam nec in hæreditatis reſtitutionem quæ vni-
uerſalis eſt veniunt fructus ſiue teſtatoris iudicio, ſiue
fideicommiſſarij non petentis negligentia percepti ſint,
quamuis qui ex iudicio teſtatoris percepti probantur
in falcidiam imputentur, *l. in fideicommiſſaria. 18. l. hære-
des mei. 57. D. ad S.C. Trebellian. l. quod his verbis. 83. de
legat. 3.* Nec ſimile eſt quod Iulianus ſcribit in *d. §. cùm* 5
ſeruus, legato ſeruo non tantum ipſius ſerui ſtatum in
ſuſpenſo eſſe, ſed eorum etiam, quæ perſonam eius at-
tingunt, quæque is per traditionem acceperit, aut ſtipu-
latus fuerit, quæue ei legata aut donata fuerint, vt ex
omnia legatario ſi legatum non repulerit ex die aditæ
hæreditatis quæſita videantur, vel hæredi, ſi legatum
repudiauerit legatarius. Non enim habentur in fructi-
bus illa, quæ per traditionem ſeruus accepit, aut ſtipu-
latus eſt, nec quæ ipſi donata aut legata ſunt, ſed ad cau-
ſam proprietatis ſpectant, ideoque ad proprietarium
non ad fructuarium pertinent, *l. acquiruntur. 10. §. de his
D. de acquir. rerum dom.* vbi ſcriptum eſt in fructu ſerui
nihil aliud eſſe niſi quod ille ex operis ſuis, vel ex re
fructuarij acquirit. † Separatur autem hac parte cauſa 6
proprietatis à fructibus, quia quod ad proprietatem rei
legatæ pertinet neceſſaria eſt retrofictio, vt quandocun-
que agnitum à legatario legatum videatur iam in-
de à die mortis teſtatoris legatario acquiſitum: Ne
alioqui, ſi admitteremus legati dominium fuiſſe in-
terea hæredis, vt reuera fuit, conſequens fieret vt lega-
tum acquiri legatario poſtea non poſſet, atque ita in-
tercideret poteſtas legis duodecim tabularum quæ le-
gandi licentiam dedit, *l. verbis legis 120. de verbor. ſignif.*
Nam & de ſua tantùm cuique pecunia legare permiſit, &
dominium, quod poſt teſtatoris mortem hæredi eius
quæſitū eſſet, non poſſet ab eo inuito vel ignorante poſt-

ea abſcedere, *l. ſi ergo 9. §. 1. de iur. dot.* Neceſſe igitur fuit per interpretationem prudentum ad legem duodecim tabularum inducere fictionem, vt legao dominium, quod pendente agnitione & toto medio tempore reuera fuit hæredis, nunquam eius fuiſſe videatur, ſed legatarij, ac ſi ſtaom mortuo teſtatore legatarios legatum agnouiſſet, ſicut & eadem fictione induci neceſſe fuit vt hæreditas quandocunque agnita ab ipſo mortis inſtantis agnita videatur, licèt negari non poſſit quin antè aditionē re vera iacuerit, Nempe vt dominij continuatio impediat, ne iacente hæreditate res hæreditariæ quaſi nullius ſint, fieri poſſint occupantis. Idque eſt qood ait, *l. legatum. 80. de leg.* 2. legatum ita facere legatarij rem legatam, ſicut hæreditas facit hæredis res ſingulas. vtrumque enim fit eiuſ-
7 dem legis poteſtate, & eiuſdem beneficiq fictionis. † At in fructibus legatorum, quia noo ſunt legati, retrofictio iſta non eſt neceſſaria ad conſeruandam legis poteſtatem, quæ non niſi de legatis locuta eſt. Protode nec in iis locum habere poteſt, qoia fictio nunquam niſi ex oeceſſitate inducenda eſt. Minùs quoque ad rem pertinet, quod ex Modeſtino obiicitur in *d. l. Herennius*, fructus qui poſt acquiſitum ex cauſa fideicommiſſi dominiū è terra percipiuntur ad fideicommiſſarium pertinere. Eſt enim longè alia illius legis ſententia, de qua, quoniam obſcurior locus eſt, & qui in quæſtione iſta præcipites egit quotquot ſunt interpretes, diſſeremus copioſiùs ſequenti ca-
8 pite. † Sed oeque probabile eſt, quod vir doctiſſimus Iacob. Cuiacius diſtinguendum putat inter legata vindicationis, & damnationis, vt horum quidem fructus non niſi ex tempore moræ, illorum verò ex aditioois die debeantur. Nullo ſiquidem iuris loco videas Iureconſultos aut diſtinctionem hanc inducere, aut in quæſtione iſta ſpectare tempus aditæ hæreditatis, Niſi fortè in *§. vlt. l. nihil proponi* 120. *de legat.* 1. qui tamen locus non eam rationem habet, quòd ab eo tempore mora contracta videatur, vt quidam ſcripſerunt (quid enim ſi oon niſi longo poſt interuallo legatum petitum ſit?) ſed quod de iis fructibus loquatur ibi Vlp. qoi ab ipſo legatario percepti ſunt, in quibus ſanè nihil iuris habere hæres poteſt. Igitur perpetuò verum eſt, quod volumus, Ita demum fructus legatorum aut fideicommiſſorum, ad legatarios vel fideicommiſſarios pertinere, ſi aut ab ipſis percepti ſint, aot
9 ab hærede poſt moram per eum contractam. † Niſi fortè ad pias cauſas legatum aut fideicommiſſum relictum ſit, quo caſo fructus à tempore mortis deberi ſingulari piæ cauſæ iure Iuſtinianus conſtituit, *Nouell. 131. de eccl. tit. §. ſi autem hæres.* Ita tamen ſi hæres intra ſex menſes ab inſinuatiooe teſtamenti numeraodos relictum præſtare
10 diſtulerit. † Sanè fructuum, qui mortis tempore pendeant alia ratio eſt. Hos enim legato cedere non tanqoam legati fructus, ſed tanqnam legatos Paolus ſcribit, *lib. 3. Sent. tit. De legat.* neque eſt qui de eo dubitet. Nam vt Papin. eleganter ait in *l. cùm vnus, 10. §. verbis de alim. legat.* toties de mora quærendum eſt, quoties de vſuris aut fructibus fideicommiſſi quæritur, non de ipſius fideicommiſſis: cùm etiamſi mora oulla per hæredem contracta ſit, non eò minùs tamen debeatur qoicquid eſt in legato vel fideicommiſſo. Fundo autem legato, fructus quoq; pendentes legatos videri conſtat, vtpote qui fundi ipſius partem efficiant vulg. *l. fructus pendentes. D. de rei vendic.* quod generaliter verum eſt, ſiue de maturis fructibus intelligas, qui elegantiùs pendentes dicontur, ſiue de cæteris, qui oondum maturi terra tamen continentur, *l. fundus. 17. D. de action empt.*

CAPVT IV.

Interpretatio. l. Herennius. 42. aliàs. l. fructus. D. de vſur.

SVMMARIA.

1 *Diuerſam eſſe in* d. l. Herennius *legati & fideicommiſſi rationem.*

2 *Cur fideicommiſſi dominium non aliter fideicommiſſario quæratur, quàm ſi res per fideicommiſſum relicta ei ab hærede tradita ſit?*

3 *Cur Iulianus neget fundi ex fideicommiſſi cauſa traditi dominium fideicommiſſario acquiri?*

4 *Verba illa* d. l. Heren. poſt acquiſitum dominium *de bonitario dominio accipienda eſſe, non de Quiritario.*

5 *Bonitarium dominium ex Prætoris iuriſdictione ſubſecuta demum traditione acquiri.*

6 *An, ſi maior pars anni ante diem fideicommiſſi cedentem præterierit, nihilominus fructus omnes qui fideicommiſſario percepti ſunt, ad eum pertineant.*

7 *An eadem ſit hac parte legati quæ fideicommiſſi ratio?*

8 *An hodie fructus fideicommiſſi ex terra percepti, poſt acquiſitum fideicommiſſario dominiū ad eum pertineant?*

9 *Hæredem qui ante moram legati aut fideicommiſſi fructus percepit, plus quam bonæ fidei poſſeſſorem eſſe.*

10 *Quomodo Accurſius, Bartolus & alij Modeſtini reſponſum in* d. l. Heren. *cum alijs locis conciliarint.*

11 *Reſpondetur ad* l. qui ex linim. 40. de acquir. rer. domin. *quæ eſt de fructibus legati ab hærede perceptis.*

ILlud † primùm obſeruandum eſt, quod noſtri non obſeruarunt, Modeſtinum hac lege non de legato tractare, ſed de fideicōmiſſo. Diuerſa enim eſt, quod ad propoſitam diſputationem pertinet, legati & fideicommiſſi ratio, propterea quòd legatum ſi a legatario agnitum ſit, iam inde ex tempore aditæ hæreditatis ipſi acquiſitum intelligitur, *l. ſi tibi homo 86. cum ſeruus de legat.* 1. id eſt à morte teſtatoris, *l. à Titio. 64. D. de furt.* ſiquidem hæres quandocunque adeat hæreditatem, iam tum à die mortis adiſſe intelligendus eſt, *l. hæres quandocunq; 54. D. de acquir. hæred. l. omnia ferè 154. de reg. iur.* † Fideicommiſſi verò dominium non aliter fideicommiſſario quæritur, quàm ſi ea res, quæ per fideicommiſſum relicta eſt, ei tradita ſit ab hærede. Lex enim duodecim tabularum, quæ teſtandi ius induxit *l. verbis legis* 120. *de verb. ſign.* de legatis tantùm locuta eſt, de fideicommiſſis nihil dixit. Quam ab cauſam, quod ſanè magis mirum videri debeat, licèt traditā ſibi rem ex fideicōmiſſo acceperit fideicommiſſarius, Iuliano tamē placet poſſeſſionē duntaxat adeptam non etiā dominiū videri, *l. qui vſ infr. 3. D. ſi vſusf. petat.* Nimirum quod fideicommiſſa iuris vinculum nullum habeant, & ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione non ex lege aliqua aut conſtitutione ciuili pendeat. At iure Quiritum vt Vlp. in Titulis ſcribit *tit. 19. de domin. & acquiſ. rer.* non niſi ſex modis transferri dominium poteſt, traditione, mancipatione, vſucapione, ceſſione in iure, adiudicatione, & lege. Inter eos transferendi dominij modos Prætoris auctoritas & iuriſdictio non eſt, indéque etiam euenit quod alio loco monuimus vt hæredem facere Prætor non poſſit, *§. quos autem. Inſt. de bon. poſſeſſ.* quia hæredis appellatiooe domious propriè ſignificetur, *§. vlt. Inſt. de hæred. quali. & differ. l. 3. §. pen. D. de minor.* Quid ſi traditio transferendi dominij modus eſt, vt Vlp fatetur & certiſſimum eſt, *l. traditionib. 20. C. de pact.*
† Cur negat Iulianus fundi ex fideicommiſſi cauſa traditi dominium fideicommiſſario acquiri? Nempe quia nunquam nuda traditio transfert dominium, ſed ea tantùm quæ fiat ex iuſta cauſa, *l. nunquam. 31. D. de acq. rer. dom.* Iuſtam autem cauſam intelligimus quæ iure cognita ſit & approbata. Proinde fideicommiſſi titulum quem ius ciuile, ſicuti diximus nón agnoſcit, pro iuſto oon admittimus. Neque eſt contrarium quod Marcellus ad Pomponium in *l. filiusfam. 16 qui teſt. facer. poſ.* eandem rationem conſtituere hac parte videtur legati & fideicommiſſi Id enim eo pertinet, vt actiones quæ pro legatis & fideicommiſſis competunt, ignorantibus legatariis aut fideicommiſſariis acquirantur, ſed non vt eædem actiones his quæ illis competant, nec vt fideicommiſſi perinde ac legao dominium tranſeat recta via à teſtatore in fideicommiſſarium. Vt ad eum locum tractabimus *lib. ſeq. c. 19.*

4 † Quod cùm ita ſit, iuſtiùs quis miretur quod in *d. l.*
Herennius, ſcribit Modeſtinus *poſt acquiſitum ex cauſa*
fideicommiſſi dominium. Niſi dicamus quod à celeberri-
mo Doctore meo D. Ioanne Antonio Manutio perele-
ganter & erudite traditum accepi, duplicem fuiſſe Di-
geſtorum iure dominij ſpeciem & differentiam. Vnius
quod ex iure Quiritium dicebatur, de quo Iulianus lo-
quitur. Alterius verò quod bonitariũ dicere liceat quo-
ties rem aliquam in bonis quis haberet, De quo ſanè
accipiendum eſt illud Modeſtini, ſicut & quod ſcriptum
eſt in *l.1.D.de bonor. poſſeſ.* bonorum poſſeſſionem quæ
ex Edicto proficiſcitur dominium tribuere rerum hære-
ditariarum. Senſus enim eſt bonorum poſſeſſionem à Præ-
tore conceſſam efficere vt res hæreditariæ fiant in bonis
eius qui poſſeſſionem admiſerit. Quod à viro doctiſſi-
mo Iacobo Cuiacio animaduerſum non eſt qui perpe-
ram eum locum de poſſeſſionis dominio intellexit. Nec
diſſimile eſt quod Paulus ſcribit in *l.2.§.vlt.D. ſi ex nox.*
cauſ.agat. ſeruum qui cùm noxali iudicio non defende-
retur Prætoris iuſſu ductus eſt, in bonis actoris eſſe cœ-
piſſe. Et quod Vlpianus ex Iuliano tradit in *lege ſi fini-*
ta.15.§.Iulianus De damn.infect. eum qui in poſſeſſionẽ
mittitur damni infecti nomine non priùs incipere per
longum tempus dominium capere, id eſt, dominium ex
iure Quiritium, aut ſi mauis Quiritiarium acquirere,
quàm ſecundo decreto fuerit à Prætore dominus conſti-
tutus. Quò etiam pertinet, *l.1.D.de fund.dotal.* Quan-
quam enim ſemel acquiſitum dominium magis acquiri
non poteſt, *l.non vt ex pluribus 119. de regu.iur.* nihil
tamen abſurdi eſt eum qui dominus bonitarius factus
ſit, ex alio iure dominium Quiritiarium acquirere, quia
5 duplex diuerſũmque dominium eſt. † Denique quoties
dominium ex Prætoris iuriſdictione acquiri legimus,
de bonitario tantum non etiam de Quiritiario intellige-
re debemus. Quamuis non ignorem Conſtitutione Iu-
ſtiniani ſublatam eam differentiam in *l.vnic. C.de nud.*
iur.Quirit.tollen. Cæterùm neque ex eo ſolo quod fidei-
commiſſum relictum eſt, dominium bonitarium fidei-
commiſſario acquiritur, ſed ita demum ſi traditio ſubſe-
cuta ſit, *d.l.qui vſumfructum.* Perpetuò namque verum
eſt dominium bonitarium à Prætore non tribui, niſi cui
priùs poſſeſſio quæſita ſit, quomodo & in Prætorio pig-
nore obtinet, vt non aliter conſtitutum intelligatur
quàm ſi ventum ſit in poſſeſſionem, *l. non eſt mirum. 26.*
§.1.de pignor.act. Igitur quod ſcriptum eſt in *dict.leg.*
Herennius, fructus qui poſt acquiſitum ex cauſa fidei-
commiſſi dominium è terra percipiuntur ad fideicom-
miſſarium pertinere, perinde eſt ac ſi quis diceret fru-
ctus ab ipſo fideicommiſſario poſt fideicommiſſi reſtitu-
tionem & traditionem perceptos ad eũ pertinere. Quod
certè dubitationem nullam haberet, nec dignam ele-
gantia Modeſtini ſententiam, tametſi in legatario quo-
que idem traditum ſit in *l.nihil proponi.120.§.vlt.de leg.*
1. ſi non illa verba adiecta eſſent, *licèt maior pars anni*
6 *ante diem fideicommiſſi cedentem præteriiſſe dicatur.* † De
illo enim duntaxat Modeſtinus quærit. An ſi maior pars
anni ante diem fideicommiſſi cedentem præterierit, ni-
hilominus omnes fructus qui à fideicommiſſario perce-
pti ſunt ad eum pertineant. In quo dubitandi cauſa illa
occurrebat, quòd nonniſi pro rata temporis pertinere
viderentur, quomodo dici ſolet cùm de dotis fructibus
ſoluto matrimonio diuidendis diſputatur, *l.de diuiſione.*
5.l.fructus.7.§. Papinianus, alias l.diuortio. D.ſolut.matr.
Sed deciſionis ratio eſt, quòd qui fructus à fideicõmiſ-
ſario percipiuntur, ex teſtatoris iudicio & voluntate
percipiantur, ideóque nulla ex parte ad hæredem ſpe-
ctare debeant, qui fideicommiſſo præſtito nullum am-
7 plius aut in re ipſa aut in eius fructibus ius habeat. †
Eadémque hac parte legati ratio eſt, vt quod Vlpianus ait
in *d.l.nihil proponi. §.vlt.* fructus ex fundo purè legato
poſt aditam hæreditatem à legatario perceptos ad ipſum
pertinere, ita accipiatur, licèt maior anni pars ante diem
legati cedentem præterierit, ſoláque conductori ſuper-
ſit aduerſus hæredem ex conducto actio. Enimuerò cùm
hodie ex Iuſtiniani Conſtitutionibus in *l.1. & 2. C.*
commun.de legat. eo iure vtamur, vt in omnibus exæqua-
ta ſint legata fideicommiſſis, nec minus fideicommiſſo-
rum ſingularium quàm legatorum dominium ſtatim in
fideicommiſſarios tranſeat, eóque nomine citra vllam
traditionem agere iis in rem liceat. † An dici poterit ex 8
Modeſtini ſententia fructus fideicommiſſi qui ex terra
percipiuntur poſt acquiſitum fideicommiſſario domi-
nium ad eum pertinere? Minimè verò, Niſi ab ipſo fidei-
commiſſario perceptos fuiſſe proponas. Quandoquidem
ex iis quæ diximus apparet Modeſtini temporibus fidei-
commiſſi fructus non tam propter dominij acquiſitio-
nem, quàm ex cauſa factæ traditionis, ipſorumque fru-
ctuum perceptionis ad fideicommiſſarium pertinuiſſe,
ob eámque rem nec legatario alios fructus acquiri po-
tuiſſe quàm qui ab ipſo percepti eſſent, *d.l.nihil proponi.*
§.vlt. ſi nulla hæredis mora interueniſſet, vt ſuperiori
capite docuimus, tametſi iam inde à morte teſtatoris le-
gati dominium in legatarium tranſiiſſe intelligatur. Se-
parata enim eſt cauſa dominij, & fructuum, nec quic-
quam prohibet alienæ rei fructus ad eum pertinere qui
dominus non ſit, ſi modò percipiendorum fructuum
ius aliquod habeat, vt contingit in bonæ fidei poſſeſſo-
re, *l.bonæ fidei.48.D.de acquir.rerum dom.* de quo ſcripſi
lib.5. cap.17. itémque in creditore ἀντίχρησιν habente,
aliíſque ſimilibus. † Atqui hæres qui ante moram lega- 9
ti aut fideicommiſſi fructus percepit, etiam pro eo tem-
pore quo rei legatæ aut per fideicommiſſum relictæ do-
minium ad legatarium vel fideicommiſſarium iuris
poteſtate, & retrofictione pertinere cœperit, non ſolùm
bonæ fidei poſſeſſor eſt, ſed etiam plus quàm bonæ fi-
dei poſſeſſor, quia licèt rem legatam aut fideicommiſſo
obnoxiam eſſe ſciat, euenire tamen poteſt vt legatum
aut fideicommiſſum repudietur, quod ſi eueniret, nihil
vnquam iuris legatario aut fideicommiſſario in ea re
quæſitum videretur. *dict.l.ſi tibi homo.86.§. cùm ſeruus*
de legat.1. vt proinde imputari iis poſſit cur in petendo
non fuerint diligentiores, potiùs quàm hæredi qui
fructus percipiendo ante contractam moram ſuo tantũ
iure vſus eſt. In eóque melior conditio eſt hæredis quàm
bonæ fidei poſſeſſoris, quòd hic perceptos fructus, ſi
modò extent, reſtituere cogitur *l. certum.22. C.de rei*
vindic. Ille verò nec ſi omnes extent qui ante moram
percepti ſunt, vllos tamen reſtituit, quòd eos non tan-
tùm bona fide, ſed etiam iure ſuo propter legatarij aut
fideicommiſſarij non petentis negligentiam perceperit.
argu.*l.mulier.22.§.ſi heres.D.ad S.C.Trebell.* Neque illa
iuris retrofictio quæ in legati & fideicommiſſi dominio
locum habet, ad fructus quoque extendi poteſt, quia cũ
non ſint in legato, nec legis duodecim tabularum po-
teſtas, nec fictionis inducendæ neceſſitas ad eos perti-
net, vt ſuperiore capite explicauimus. Quàm autem
verum ſit hæredem etiam qui legatum aut fideicommiſ-
ſum à ſe relictum ſciat bonæ fidei poſſeſſori nihilomi-
nus comparandum, vel ex eo conſtat quòd noſtris placet
iuuari eum poſſe longiſſimi temporis præſcriptione ſi
ante triginta annos legatarius aut fideicommiſſarius re-
lictum non agnouerit, cùm tamen certiſſimum ſit ex re-
gula iuris Pontificij nunquam ea præſcriptione defendi
poſſe quiſquis malæ fidei poſſeſſor fuit. † Hæc verò 10
omnia peſſimè vulgò interpretes explicant, qui vt Mo-
deſtini reſponſum concilient cum tot aliis iuris locis
quibus proditum legimus deberi fructus legatorum &
fideicommiſſorum à die moræ vel litis conteſtatæ locos
illos omnes coarctant ad eum casũ quo aliena res legata
aut per fideicommiſſum relicta ſit, quòd tunc dominiũ
rei quæ non fuit teſtatoris ſtatim tranſire non poſſit in
legatarium aut fideicommiſſarium. Quaſi verò quoties
propriam rem teſtator reliquit, fructus omnes dominij
iure legatario, aut fideicommiſſario acquiri ex die mor-
tis

tis neceſſe ſit. Sic enim Accurſ. Bartol. Caſtrenſ. & cæteri ad *l.1.C.de vſur.legit.* & alibi ſæpe. Quo ſanè tantorum pace virorū dixerim, ſomniari nihil poteſt ineptius.

11 † Illud difficilius eſt, & iis quæ ſuprà diximus penè ex diametro contrarium Africanus ſcribit in *l.quæſitum 40. de acquirend. rerum domin.* iis verbis *quia etſi fundum ſuum quis legauerit, hæres qui legatum eum eſſe ſciat procul dubio fructus ex eo ſuos non faciet.* Necdum ſanè mihi liquet quid commodè reſponderi poſſit. Nouos Africani interpres quaſi non viderit prætermiſit. Idem veteres quoque interpretes fecerunt. Nos inſcitiam noſtram prodere maluimus, quàm diſſimulando fallere. Niſi dicas quòd non fuerit improbabile ſic intelligendum Africanum, vt ita demùm hæres non faciat ſuos fructus rei legatæ ex quo legatum ſciuit, ſi tam tum legatarius legatum agnouerit, & petierit. Alioqui ſanè quandiu non eſt agnitum legatum, non eſt in mala fide hæres qui rem legatam retinet eiúſque fructus percipit, cùm in eo ſit legatum vt repudiari poſſit. Aut ſi ſola hæredis ſcientia ſufficit ad inducendam hac parte malam fidem & impediendam fructuum acquiſitionem, dicendum eſſet omnimodo & indiſtinctè fructus omnes à die mortis reſtitui legatario debere, quandoquidem fieri nequit vt hæres ſciat ſcriptum ſe hæredem quin ſciat etiam legata omnia eodem reſtamento relicta. Propter quam cauſam ſi legatum petatur non iubet: Prætor verba teſtamenti edere, cùm ſufficiat hæredem habere exemplum teſtamenti vt ſciat quid ſit legatum, *l. 5. D.de edend.*

CAPVT V.

Emendatio l ſanè 11. D. de iur. dot.

SVMMARIA.

1 *Rebus æſtimatis in dotem datis regulariter mariti electionem eſſe, vtrùm rem an æſtimationem reddere velit.*

2 *An ſi res æſtimata quidem extet, ſed deterior facta ſit, maritus adhuc electionem habeat?*

3 *Emendatio & ſententia* l. ſanè ff. de iur. dot.

1 SPeciebus † in dotem datis, multum intereſt, an æſtimatæ ſint, nécne. Nam in æſtimatione facta conſtat mariti periculum eſſe. Et, ſi fortè conſtante matrimonio perierint, aut deteriores factæ ſint, licèt facto mulieris, quæ veſtes dotales putà adtriuerit, & vſu conſumpſerit, nihilominus poſt ſolutum matrimonium æſtimationem mulieri reddendam eſſe. At ſi æſtimatæ non ſint, mulieri & pereunt, & deteriores viciſſimque meliores fiunt, *l.plerumque 10.D.de iur.dot.l.cum dotem 10.C.eod. l.vnic.§ & cùm lex.C. de rei vxor.action.* vbi non ineleganter Iuſtinianus fundum inæſtimatum propriè dotalem eſſe ait, quòd is omnimodo reſtituendus ſit, eiúſque dominium penes mulierem remaneat: quod in fundo æſtimato ſecus eſt. Æſtimatio enim quaſi venditio eſt, *d.l.plerumque.§. inde quæri poteſt, & l.quoties 16.D.eod.* Ideóque & dominium & periculum eius facit, qui accipit, *l.1.§.vlt.D.de æſtimat.act.* Ergo ſi conuenerit vt ſoluto matrimonio res ipſa quæ æſtimata in dotem data eſt, aut eius æſtimatio reſtituatur, ſuperuacua, & inutilis pactio eſt. Niſi ponas etiam conueniſſe vt electionem mulier habeat vtrum rem an æſtimationem petere malit. Nam ſiue adiectum fuerit, vt electio ad maritum pertineat, ſiue nihil de electione dictum ſit, mariti electio eſt, ex vulgari iuris regula, quæ in alternatiuis, vt noſtri dicunt, debitori perpetuò dat electionem. Quòd ſi res non extet, fortè quia perierit, æſtimationem omnimodo maritus debet. Eligendi namq; facultas ſupereſſe nulla poteſt, cùm alterutrum quod in obligatione erat periit, alitérve præſtari poſſe deſiit, *l.Stichum aut Pamphilum,*

2 *95.D.de ſolut.* † Quid autem ſi res quidem extet, ſed deterior facta ſit? Verius eſt quod Vlp. placet in *d.l.1.§.vlt. D.de æſtimat.act.* eum qui rem æſtimatam accepit ad hoc obligatum eſſe vt vel æſtimationem de qua conuenit præſtet, vel rem ipſam incorruptam. Scilicet quoniam vix eſt vt reddi videatur id quod deterius redditur, *l.3.§.1.l.in rebus 18.§.ſiue autem pignus, D.commod.l.1.§. ſi res depoſita.16.D.depoſit.* Idque conſequens eſt ei quod diximus, æſtimatas res in dotem datas periculo viri & deteriores fieri, & perire. † Quæ cùm ita ſint, verum eſſe 3
non poteſt quod ex Paulo traditur in *l.ſanè. 11. D. de iur.dot.* poſſe maritum æſtimatam rem etiam quæ deterior facta ſit reddere. Quin potius, cùm in lege præcedenti Vlpianus ſcripſiſſet, Re non extante omnimodo præſtandam æſtimationem, ne quis fortè ex eo colligeret, Re igitur extante nunquam compellendum maritum ad æſtimationē præſtare, ſubiici neceſſe fuit, quod Paulus docere voluit, Imò & ſi res extet, deberi nihilominus interdum æſtimationem, nempe ſi res deterior facta ſit. Eam verò Pauli ſententiam facilè aſſequemur, ſi receptam lectionem quam nec Accurſ. explicat, nec alius quiſquam commodè explicare poſſit ſic emendemus vt pro *&* legamus *Nec.* Contigit, vt credibile eſt, errore ex eo fortaſſe quod Florentini librarij more breuiter ſcriptum eſſet *ſaN &c* pro eo quod plurib. literis ſcribendum erat *ſanè nec.* Similem errorem erroriſque cauſam indicauimus ſupra *cap.2.* Et nouum non eſſe vt pro *nec* exſcriptores ſcripſerint *&*, iam alij ante nos obſeruarunt, & nos alibi docuimus. Neq; tamen perpetuum eſt vt præſtari & reſtitui non debeat res æſtimata quæ deterior facta eſt. Nam ſi conuenerit vt eædem ſpecies quæ æſtimatæ ſunt, ſoluto matrimonio reddantur, eædem quoq; licèt deteriores reſtituendæ erunt, ſed ita tamen vt deteriorationis ratio habeatur hoc eſt, vt quod propter ſecutam deteriorationem deeſt conuentæ æſtimationi, per maritum ſuppleatur, quaſi in hunc duntaxat finem facta æſtimatione, *l.ſi inter 21.C.de iur.dot.*

CAPVT VI.

Duobus locis corruptum eſſe textum l. quod autem 7.D. de donat.int. & vir.& vxor.

SVMMARIA.

1 *Cuius temporis ratio habenda ſit, cum de æſtimando prædio agitur ad cuius emptionem vir vxori pecuniam donauit?*

2 *Emendatur* §.idémque d.l.quod autem.

3 *Qua ratione marito ſubueniatur, ſi æſtimationem rerum quas in dotem accepit, donationis cauſa auxerit?*

4 *Expenduntur in* d. l. quod autem § ſi maritus, *verba illa Vlpiani* nec aliud in commodato æſtimato dato obſeruari ſolet.

5 *Quem in finem fiat res depoſita vel cōmodata æſtimatio?*

6 *Emendatur* d.§. ſi maritus, *& pro* commodato *legitur* homine dato.

7 *Quomodo mulieri ſubueniendū, quæ ſe in eo circumuentam dicit, quod ſeruum doti datū minoris æſtimauerit.*

8 *An ſi in æſtimatione ſerui in dotem dati dolus mariti interuenerit, maritus morte ſerui liberetur quominus inſtantē æſtimationem præſtet.*

SI † vir vxori donauerit pecuniam, ex qua prædium illa emerit, certum eſt donationem non valere, & marito hactenus condictionem competere quatenus ex ea pecunia locupletior mulier facta ſit, *leg.ſi ſponſus.5.§.vlt. D.de donat.int.vir.& vxor.* Inde quæritur ſi prædia hodie viliſſimi pretij ſint, quid veniat in condictionem. Et placet eam æſtimationem ſpectandam quæ ſit tempore litis conteſtatæ, *l.quod autē.7.in pr.& §.idemque ait.D. eod.* vt ſi eo tempore minoris ſint prædia non tota pecunia quæ in eorum emptionem cōuerſa fuerat, ſed quanti ſunt cum litis conteſtatio fit, marito reſtituatur. Quid ergo ſi ex contrario prædia maioris pretij facta ſint? Non totum pretium reſtitueretur: ſed ea tantum ſumma quæ 1

numerata eſt, quoniam illud duntaxat inſpici debeat
quatenus mulier locupletior facta ſit ex donatione, nõ
ex aucta prædiorum æſtimatione, cùm eatenus tantùm
donator pauperior factus fuerit, *l. ſi id quod* 28. *§. ſi ex*
2 *decem. eod.* Idque eſt quod Vlp. tradit in *d. §. idemq; ait,*
verſic. *Plane ſi magni pretij prædia ſunt, ſumma tantum*
numerata erit reſtituenda. Nec proinde dubitandum vi-
detur quin imperiti interpretis ſint verba illa, quæ ſe-
quuntur *non etiam vſuræ pretij.* Neque n. de vſuris pretij
Vlp. tractat, ſed de ea ſumma quæ cõteſtationis tempore
excedit conuentum & numeratum preciũ prædiorum, vt
& in *d. §. ſi ex decem* De vſuris verò quomodo dubitaret?
aut quænam obſecro dubitandi cauſa eſſe poſſet in pe-
cunia non fœnori collocata, ſed in prædiorum æſtima-
tionem conuerſa? Mendum aliud receptæ lectionis ob-
ſeruatione & emendatione dignum eſt in § *ſi maritus.* ex
librarij tamen & ex ſcriptoris potiùs quam interpretis
3 vllius inſcitia conflatum. † Eo loco idem Vlp. quærit, ſi
maritus æſtimationem rerum quas in dotem accepit, di-
cat ſe donationis cauſa auxiſſe, quo remedio ei ſubueniri
oporteat. Et refert Imperatorum Seueri & Antonini re-
ſcripto conſtitutum eſſe, vt ſi pecuniæ modum maritus
recuſet, ipſa prædia ſumptuum deductis rationibus re-
ſtituere iubeatur, vt in arbitrio mariti ſit quid præſtitum
malit. Idémque iuris eſſe, & ſi mulier è contrario de mi-
nore æſtimatione conquæratur. Nimirum, vt in hac etiã
ſpecie electionem maritus habeat, an prædia ipſa ſump-
tuum rationib. deductis velit reſtituere, an quod de iuſto
prædiorum pretio donationis cauſa mulier remiſerat,
ſupplere. Ita enim fit, vt neque marito, neque vxori frau-
di ſit donatio quæ non valuit. Nec contrarium eſt quod
Accurſ. ex eodem Vlp. obijcit in *l. ſi ſponſus.* 5. *§. circa eod.*
ſi coniux coniugi vendiderit, cùm vendendi animum
haberet, ex pretio tamen aliquid ei donationis cauſa
remiſerit, venditionem ipſam valere, remiſſionem verò
hactenus non valere quatenus locupletior eſt quòd ei
donatum fuit. Etſi namque æſtimatio quæ dotis cauſa
fit, de qua diſputamus, venditio eſt, non tamen pura &
ſimplex venditio eſt, ſed dotis cauſa, *l. quoties.* 16. *D. de*
iur. dot. ideóque nihil fit aduerſus conuentionem ſi ſolu-
to matrimonio prædium ipſum quod æſtimatum fuerat
reſtituatur. Niſi fortè deterius factum ſit. Sic enim Vlp.
intelligendus eſt ſecundum ea quæ ſuperiore capite di-
ximus. Alioquin iniquum eſſet marito permitti, vt ille
ait, ſumptuum rationes deducere, deteriorationis autem,
quæ conſtante matrimonio mariti periculo contigiſſet,
rationem non haberi. Sed & eos demum ſumptus mari-
tum deducere poſſe credendum eſt, quib. res quæ in do-
tem data fuerat pretioſior facta ſit, non quos facere ma-
rito neceſſe fuerit, ne res deterior conſtitueretur. Cùm
ſi deterior facta fuiſſet, mariti non vxoris periculo, dam-
4 nóque ceſſiſſet. † Sequitur verò apud Vlp. *nec aliud in*
cõmodato æſtimato dato obſeruari ſolet. Quibus verbis quid
ille ſibi velit ego planè non intelligo. Quanquam enim
commodatum poſſe æſtimatum dari ſcio, vt periculum
omne ad commodatarium pertineat, *l. ſi vt certo.* 5. *§.* &
ſi forte D. commod. fieri tamen non poteſt, vt donatio-
nis cauſa æſtimatum detur. Ita namque eueniret, vt æſti-
mationem omnimodo præſtare commodatarius cogere-
tur. Alioqui donationis effectus nullus eſſet, ſi rem ipsã
commodatam quæ minoris eſſet æſtimationis reddere
liceret, quomodo licet vtique ſi commodatum ſimplici-
ter æſtimatum datum ſit, *l. 1. §. vlt. D. de æſtimat. action.*
Atqui conuentione fieri nequit, vt commodatarius rei
ipſius commodatæ, ſi extet deterior facta ſit, præſtatio-
ne non liberetur, quod ea res excedat notiſſimos com-
modati terminos: quemadmodũ in depoſito Papin. ſcri-
bit ſi conuenerit vt non ea ipſa nummorum corpora quæ
depoſita ſunt reddantur, ſed tantundem, *l. Lucius.* 14. *D.*
5 *depoſit.* † Tam enim commodati, quam depoſiti actio in
id competit, vt res ipſa reddatur. Æſtimatio autem ſi quã-
do fit, non alio pertinet, quàm vt rei commodatæ peri-
culum ad commodatarium pertineat, vt ſciatur quid
quantumque commodatarius præſtare debeat, ſi rem ip-
ſam quæ fortè perierit, aut deterior facta ſit, præſtare nõ
poſſit, arg. *l. ſi inter.* 21. *C. de iur. dot.* Nam ſi æſtimatio
omnimodo præſtanda eſſet, venditio potius contracta
videretur, reíque commodatæ dominium tranſlatum in
commodatarium, ſicuti dicimus rebus æſtimatis in dotẽ
datis venditionem dotis cauſa factam cenſeri *d. l. quoties*
16. *D. eod.* At commodati cauſa venditionem fieri quis
vnquam dixit, aut ſcripſit? Siquidem rei commodatæ &
dominium & poſſeſſionem ſemper retinet is qui com-
modauit *l. rei commodatæ.* 8. & *ſeq. D. commod.* quod in re
dotali ſecus eſt *l. 1. D. de iur. dot.* † Igitur, niſi me pror- 6
ſus fallo, corruptus eſt hic quoq; Vlpiani locus. & pro
commodato legendum potius *homine dato.* Coniecturam
iuuat quod quæ per *anxotoriar* ſequitur dictio *dato*
quaſi obreptitia lineis intercluſa eſt in Pand. Flor. Tum
vero cur de commodato potiùs quàm de depoſito, aut
pignore aut alio contractus genere Vlp. loqueretur? At
cùm de prædiis in dotem datis, & donationis cauſa æſti-
matis locutus eſſet, non inutile fuit ſubiicere, idem iu-
ris & in homine dato æſtimato conſtitui debere, ſiue
quòd plerumq; ſerui in dotem darentur iis temporibus,
quibus præcipuè in mancipiis erãt facultates, ſiue quod
in homine difficilior, maioriſque dubitationis res eſſe
videretur, cuius ſcilicet quandiu viuit æſtimatio multò
ſit incertior, quàm fundi, quique longè citius & facilius
perire poſſit, itémque melior, aut deterior fieri, quàm
fundus. Quid enim ſi ſeruus non æſtimatus periiſſet aut
deterior factus fuiſſet? Vtique ad mulierem non ad ma-
ritum ea res pertinuiſſet. Proinde vix audienda videa-
tur, ſi minoris precio donationis cauſa æſtimatum ſer-
uum alleget, tametſi ſeruus viuat, quæ, ſi is mortuus eſ-
ſet, lucrum & cõmodum ex æſtimatione ſentiret arg. *l.*
pen. C. de ſolut. Sed tamen aliter Iuriſconſultis viſum eſt,
inſpecto nempe conuentionis initio, reique euentu. Vt
ſi ſeruus viuat, & precioſior factus ſit, cuius æſtimatio-
nem donationis cauſa minorem mulier fecerat, cogatur
maritus, vel ſeruum ipſum deductis ſumptuum ratio-
nib. reſtituere, vel quod iuſto precio deerit, ſupplere.
Quòd ſi ſeruus vel deceſſerit, vel deterior factus ſit, vix
eſt vt vllus quæſtionis locus ſuperſit. Neque dubitandũ
arbitror quin eo caſu illa duntaxat æſtimatio præſtari
debeat quæ facta eſt, quia boni conſulere mulier debe-
at, quod fuerit æſtimatus. Cùm ſi ſimpliciter & inæſti-
matum dediſſet, proculdubio periculo eius, non mariti
& mortuus, & deterior effectus fuiſſet. † Exemplo eius 7
quod Vlp. in *l. ſi res æſtimata* 12. *§. 1. D. de iur. dot.* Mar-
cellus putat in quæſtione non valde diſſimili, ſi mulier
ſe dicat circumuentam in eo, quòd ſeruum, doti mino-
ris æſtimauerit. Diſtinguit enim, vt ſi ſeruus viuat, in
arbitrio mariti ſit verum iuſtam æſtimationem an potiùs
ſeruum præſtet, ſi verò deceſſerit æſtimatio præſtetur,
non quæ iuſta, ſed quæ facta ſit. Idque ſiue minor annis
vigintiquinque ſiue maior æſtimationis tempore mulier
fuiſſe proponatur. Plane, inquit, ſi emptorem habuit
mulier, iuſti precij, magis eſt vt eo caſu iuſta æſtima-
tio præſtari debeat, ſi modò minor annis fuerit cùm in
æſtimationis modo circumuenta eſt. Id enim benigniùs
ætatis fauore indulgetur, non quidem beneficio reſtitu-
tionis in integrum, quæ hîc nulla dari poteſt, ſeruo iam
mortuo, ſed iudicis officio propter manifeſtam æquita-
tem minoris ætatis priuilegio ſubnixam. Vnde & in ea
ſpecie quam tractamus, ſi ſeruum in dotem datũ mulier
donationis cauſa minoris æſtimauerit, eidem diſtinctio-
ni locum eſſe debere quis fortaſſe putauerit, vt ſi ea
minor vigintiquinque annis fuerit, & emptorem iuſti
precij habuerit, etiam mortuo ſeruo iuſta nihilominus
æſtimatio præſtetur. At non ita eſt. Loquimur. n. de facta
per donationem minore æſtimatione ſerui qui in dotem
tam datus fuerat quemque ideò mulier donationis tem-
pore alienare non poterat, ſiue ſimpliciter in dotẽ datus
fuiſſet,

8 fuiſſet, ſiue æſtimatus. † Sed quod ad Marcellum notaſſe
Scæuolã Vlp. refert, vt ſi in æſtimatione dolus mariti ad-
fuerit, morte ſerui non liberetur, quominus iuſtam æſti-
mationem præſtare debeat ſiue maior ſiue minor annis
mulier fuerit, id ego & in propoſita quæſtione facilè
admittam, ſi ponas dolo mariti inductam mulierem, vt
ſeruum quem in dotem dederat, donationis cauſa mi-
noris æſtimaret. Nam cùm in donatione quoque dona-
tarij dolus interuenire poſſit & donationi cauſam dare,
l.2.C.de euict. non video cur marito qui dolum commi-
ſerit, fauere debeamus. Et quamquam eæ quoque inter
virum & vxorem donationes improbantur quæ mutui
amoris cauſam habent propter eas rationes quas Iuriſ-
conſulti congerunt in *l.1.2.& 3.de don.inter vir.& vxor.*
longè tamen minùs fauorabiles, aut potiùs multò odio-
ſiores ſunt quæ per mariti vim aut dolum extorquentur,
quòd non ſolùm bonis moribus non conueniãt, ſed nec
ipſius mulieris donantis libera & liberali voluntate ad-
iuuentur. Non enim velle quiſquam id crediuit, quod
vt inuitus velit alterius dolo aut impreſſione compella-
tur, quamuis dici ſoleat coactam voluntatem eſſe etiam
voluntatem.

CAPVT VII.

De differentia filijfamilias & ſerui in fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione.

SVMMARIA.

1 *A quibus verbis inchoandus ſit.* §. 2. l. recuſare. ff. ad
S.C. Trebel.

2 *An ſui hæredes de reſtituenda hæreditate rogati per
Prætorem cogi poſſint vt ſuſpectam hæreditatem
adeant, vel ſe immiſceant?*

3 *Reijcitur Accurſij ſuper hac quæſtione ſententia.*

4 *Refutantur argumenta ob Accurſio pro ſententia ſua
confirmatione allata.*

5 *Iuliani & Vlpiani in propoſita quæſtione reconciliatio
ab Accurſio tradita reijcitur.*

6 *Cur ſeruis hæredibus inſtitutis neceſſaria ſit immixtio
priuſquàm reſtitui per eos hæreditas poſſit?*

7 *Quando ſeruis neceſſarijs hæredibus inſtitutis bonorum
ſeparatio permittatur.*

NEſcio adhuc an quiſquam obſeruauerit differenti-
am, quæ iudicio meo & perelegans eſt & vera inter
filiumfamilias & ſeruum, cùm de fideicommiſſaria hæ-
reditate reſtituenda tractatur. Nam ſi filiusfamilias à pa-
tre inſtitutus ſit, rogatúſque hæreditatem reſtituere, de-
inde ſuſpectam dicat, placet nihilominus poſſe hære-
ditatem reſtitui ex Trebelliano, vt quamuis filius ſe non
immiſcuerit, actiones tamen quæ ei & in eum compe-
tebant, in fideicommiſſarium trãsferatur *l.ita tamen.27.
§.ſi pater. D.ad S.C. Trebell.* At ſi ſeruus liber & hæres
eſſe iuſſus, déque reſtituenda hæreditate rogatus, ſuſ-
pectam dicat, compellit eum Prætor vt miſceat ſe hære-
ditati, ſic deinde reſtituat *l.recuſare.6.§.hoc Senatuſcon-*
1 *ſultum. D.eod.* † Sic enim inchoandus eſt §. non vt vulgò
fit ab iis verbis, *ſed & ad filium,* quod & Accurſius no-
tauit, & ipſe verborum contextus orationiſque ſeries de-
monſtrat. Nam in §. *præcedenti,* de illo Vlpian. quærit,
An Senatuſconſultum Trebellianum, quod de inſtituto
hærede loquitur ab inteſtato etiam locum habeat. Et
verius eſſe ait, eóque iure nos vti, vt ad inteſtatorum
quoque (ſic enim legendum eſt non *inteſtatos*) pertineat
ſucceſſores, ſiue legitimi ſint ſiue honorarij: Sed & ad
filium qui in poteſtate eſt, qui tamen nec honorarius nec
2 propriè legitimus, ſed ſuus hæres eſt. † Quod igitur in §.
ſeq. ſcriptum legimus *vt à Prætore compellantur miſcere
ſe hæreditati,* non ad filium in poteſtate referri debet, ſed
ad cæteros neceſſarios, ſeruos ſcilicet cum libertate in-
ſtitutos, de quibus ſeparatim tractatur in *d.§. hoc Sena-
tuſconſultum.* In quo ſanè errarunt veteres omnes re-
centioréſque interpretes, quos ad eum locum notare vi-
deo ſuos hæredes cogi per Prætorem, vt ſuſpectam hæ-
reditatem adeant, aut potiùs, quomodo loqui debue-
runt, vt ſe immiſceant. Cùm tamen Iulianus in *d. §. ſi
pater,* apertè ſcribat in ſuis hæredibus ſuſpectam hære-
ditatem dicentibus non eſſe neceſſariam immixtionem,
& conſequenter non eſſe eos compellendos vt ſe immi-
ſceant. Cur enim Prætor ad immixtionem compelleret, ſi
perinde citra immixtionem hæreditas reſtitui & actionũ
tranſlatio fieri poteſt? † Nam quod Accurſius commini- 3
ſcitur poſſe immixtionem eſſe neceſſariam, ne ſi fortè
poſteà falsò probetur filium reſtitutionis tempore emã-
cipatum fuiſſe, tota reſtitutionis poteſtas pereat, & in
irritum deducatur, ridiculum ſanè eſt & ineptum, quan-
doquidem ipſo reſtitutionis tempore non poſt factam
reſtitutionem quærendum eſt an ſuus an emancipatus ſit
filius qui de reſtituenda hæreditate rogatus eſt. Nec Præ-
tor curare debet quid ex poſt facto probari falsò poſſit,
ſed illud tantùm quid ſit in veritate eo tempore quo cõ-
ſtituit & decernit. Alioqui perpetuò incerta eſſent om-
nia, nec certi quicquam Prætor aut iudex ſtatuere vn-
quam poſſet arg. *l.1.§.1. D.de vſur.* † Nec rurſus dici 4
poteſt quod idem Accurſ. obiicit, ideò in ſuis neceſſa-
riam eſſe immixtionem, quòd cùm abſtinent, hæredes
ſint nomine tantùm non etiam re *l.neceſſarijs.57. D.de
acquir.hæred.* eámque ob cauſam nec à Prætore hæredum
loco habeantur. *l.ſi filius.12. D.de interrog.in iur.faciend.*
Nam & ſeruos hæredes inſtitutos Vlp. cogendos eſſe ait,
vt ſe immiſceant. *dict.§.hoc Senatuſconſultum:* quos ta-
men non poſſis dicere, ſi ſuſpectam hæreditatem alie-
gent, nomine tantùm, non effectu hæredes eſſe, cùm iis
Prætor abſtinendi beneficium nunquam tribuat *d.l. ne-
ceſſarijs in fin.* Quanquam nec illud ad rem pertinet, quòd
filius qui ſe abſtinuit, hæredis loco non habeatur apud
Prætorem: quia licet coactio ad adeundum fiat imperio
Prætoris, actionum tamen tranſlatio non ex prætoris iu-
riſdictione deſcendit, ſed fit autoritate & poteſtate Se-
natuſconſulti Trebelliani, quemadmodum & Pegaſia-
no inductum fuit, vt cogi hæres poſſit, ſcilicet Præto-
rem fideicommiſſarium *l.ſi quis.17. D.ſi quis omiſſ.cauſ.
teſt.* Neque enim coactio fieri poteſt ipſo iure, facto &
impreſſione opus eſt: at in actionum tranſlatione ius nõ
factum verſatur, ideóque nil in eo ſe Prætor interponit.
Quare nec Accurſius ipſe negat poſſe filium in poteſta-
te hæredem inſtitutum qui abſtinuerit, transferre nihil-
ominus actiones: † ſed Vlpianum cum Iuliano ſic con- 5
ciliat, vt in fideicommiſſarij poteſtate ſit, vtrum filius ad
ſe immiſcendum cogi debeat, nécne. Quaſi verò Prætor
fideicommiſſarij voluntatem ſequatur, ac non potius
ipſam iuris rationem & neceſſitatem intueatur. Etenim
ſi inducendæ ex Pegaſiano coactionis ratio alia non fuit
quàm quod alioqui futurum erat vt fideicommiſſum in-
terciderет: vtpote non valente hærede reſtituere hære-
ditatem quam non haberet, nec transferre actiones quæ
repudiata hæreditate ei aut in eum nullum competerent:
prorſus conſequens eſt, vt filiusfamilias hæres inſtitu-
tus & ſe abſtinens cogi non poſſit per Prætorem, vt ſe
immiſceat, quia perpetuò Prætoris edicto abſtinendi be-
neficium habeat, Cuius ei auferendi cauſa hic nulla eſt,
cùm & poſt abſtentionem hæres tamen ipſo iure rema-
neat, verúmque ſit non eſſe ſine hærede eum, qui ſuum
hæredem habeat quamuis ſe abſtinentem *l. cum quaſi.
30.§.ſed etſi ſeruus. D.de fideic.libert.* quod planè ſufficit
vt actiones omnes ipſo etiã iure in fideicommiſſarium
transferantur. Nec ea hæreditaria reſtitutio immixtio-
nem vllam inducit, quoniam alienandæ & transferen-
dæ potiùs quàm acquirendæ hæreditatis animo fiat, di-
cíque ſoleat non velle hæredem eſſe eum qui ad alium
transferre velit hæreditatem *l.non vult.6.de reg.iur.* De
illo igitur duntaxat quæri poteſt. † Cur in ſeruis hære- 6
dibus inſtitutis qui neceſſarij ſunt hæredes, neceſſaria
ſit immixtio priuſquam reſtitui per eos hæreditas poſſit.
Et puto non eſſe neceſſariam immixtionem ad hoc, vt
actiones

actiones quæ iis aut in eos competunt, in fideicommiſſarium transferantur. Cùm enim vſque adeò neceſſarij hæredes ſint, vt nec abſtinendi beneficium habeant, nihil ea immixtio poteſt facere aut addere, quò magis hæreditas iis acquiratur, aut fideicommiſſario reſtituatur. Sed vel ob eam maximè cauſam conſtitutum dico, vt iubeantur & cogantur ſe immiſcere, quòd iis nullo caſu permittat Prætor vt ſe abſtinere poſſint: quod ipſum tamen permittere videretur, ſi ſeruum recuſantem & ſuſ-
7 pectam dicentem non cogeret ad immixtionem. † Permittit ſanè Prætor interdum, vt bonorum ſeparationem impetrare poſſint: id eſt, ita demum ſi patroni bona non attigerint *l.1.§.vlt. de ſeparat.* Nimirum, quia cùm petunt ſeparationem, eo ipſo fatentur & agnoſcunt ſe hæredes eſſe: alioqui ſi confuſio nulla facta eſſet per hæreditatis acquiſitionem, nec ſeparatio fieri poſſet. Requirit tamen, vt patroni bona non attigerint. Non quod eò minùs hæredes ſint, cùm non attigerunt, ſed quia nulla ratio ſit iis ſubueniendi qui non tantùm iuris poteſtate, ſed proprio quoque facto & ſponte ſuâ obligati, arg. *l.ſi filius.12.D.de vulg.& pupill.ſubſti.* Magna enim ſeruis ad fraudes in patroni hæreditate creditorum damno comminiſcendas feneſtra patefieret ſi poſt immixtionem bonorũ impetrare ſeparationem iis liceret. Ideóque non perperuò Prætoris edicto beneficium ſeparationis habent quomodo ſui & neceſſarij beneficium abſtentionis, ſed decreto ea impetranda eſt, *d.l.1.de ſepar.in princ.* id eſt, cauſa cognita. Quo exemplo æquiſſimum eſſet publicéque vtiliſſimum, idem Principis lege conſtitui in iis hæredibus quos tam frequentes hodie cernimus implorare beneficium legis & inuentarij, fraudandorum creditorum conſilio, tametſi opulentiſſima ſit & modico ære alieno onerata hæreditas, potiùs quam vt ſibi conſulant, laténſque aditionis periculum effugiant.

CAPVT VIII.

Ad l.cùm de in rem verſo.6. de vſur.& l.1.Cod. de fideicommiſſ.

SVMMARIA.

1 *An ex eo quod per continuum decennium ex cauſa legibus permiſſa aliquid præſtitum dicitur, actio in eum naſcatur qui debitor dicitur.*
2 *Tempus ſolum ſine titulo ad inducendam obligationem non ſufficere.*
3 *De alimentis inutiliter relictis* d.l.1. C. de fideicom. *accipiendam eſſe.*
4 *Cur in* d.l.1. *fideicommiſſa inutiliter relicta nihilominus ad hærede debeantur?*
5 *Alimenta in teſtamento minus ſolemni legata non aliter deberi quàm ſi eorum præſtationem titulus aliquis præcedat.*
6 *Verba illa,* longo tempore, ſemper, *&* per multum temporis, *q id paſſim in iure ſignificent?*
7 *Vera quæſtio* d.l.cùm de in rem verſo.
8 *Vera Papiniani ſententia.in §.1.d.l.cũ de in rẽ verſo.*

1 PEruulgata † eſt in ſcholis & in foro illa noſtrorũ traditio, Si quid per continunm decennium probetur vniformiter præſtitum, & ex ea cauſa quam lex pro iuſta habeat, iure præſtitum videri, ita vt ex iis præſtationibus naſcatur actio in eum qui debitor dicitur, vt id ipſum in futurum quoque perpetuò præſtet, ſi modò ſolutionem ex tali cauſa factam non ſolùm alleget creditor, ſed etiam probet, tametſi eius cauſæ probatio nulla proferatur. Sic enim Bartol.& poſt eum cæteri ad *l.cùm de in rem verſo.6.D.de vſuris,* eámque ſententiam receptiſſimam eſſe reſtatur ex recentioribus Dydac. Couar. in 2. *part.lect.cap.poſſeſſor.§.4.n.2.* & ante eum Carol.Molin. *De contr.vſur.q.20.num.205.& ſeqq.* Iure inquiunt, præſumpti tituli, quamuis non deſint qui iure Canonico continuas quadraginta annorum præſtationes requiri exiſtiment, quos refert & ſequitur Guid.Pap. *q.407. &* 408. *quod in reb.* eccleſiæ & ad integrum in iis ius acquirendum admittunt interpretes iuris ciuilis: ſed in cæteris cauſis ſequuntur Bartolum, nõ aliis fulti legibus, aut rationibus quàm quòd ea Papiniani ſententia fuiſſe videatur in *d.l.cùm de in rem verſo,* à Iuſtiniano non obſcurè, vt putant comprobata in *l.litibus.20.C.de agric.& cenſit. libr.11. tit.47.* Mihi verò probari hæc traditio nunquam potuit, quippe quæ ſit à iuris ratione certiſſimíſque principiis omnino aliena. † Etenim ſi verũ eſt, quod 2
omnes fatentur, tempus non eſſe modum tollendæ obligationis, *l.obligationum ferè.44.§.placet.D.de obligation. & action.* multò minus inducendæ eſſe poterit. Extántque in hanc rem apertiſſima Imperatorum reſcripta & Iuriſconſultorum reſponſa in *l ſi certis annis.28.Cod.de pactis.l.creditor.7. C.de vſur.l.operis trigeſima prima. D. de oper.libert.* quibus omnibus locis non eſt quòd cum Bartolo reſpondeas titulum habilem non præceſſiſſe. Non enim aliam rationem habent quàm quòd ea quæ certis annis præſtita fuerant, non eſſent promiſſa. Atqui non eò magis promiſſa dici poſſunt quòd titulus habilis præceſſiſſe dicatur, niſi reuera promiſſio aut quid aliud præceſſiſſe probetur. Adde quod etiamſi libertus operas præſtiterit quaſi à ſe debitas ex cauſa manumiſſionis, quas tamen non promiſerat, non idcirco in poſterum præſtare cogi poteſt, quamuis iuſta illa cauſa ſit, adeò vt naturalem quoque obligationem inducat, nec poſſit libertus præſtitas operas condicere, *l.ſi non ſortem. 26.§.libertus.D.de condict.indeb.* Idémque ferè in vſuris tractari poteſt. Nam licèt promiſſæ non ſint, ſolutæ tamen, ſi ſors fuit debita, condici non poſſunt, *d.l.ſi nõ ſortem in princ.* ex quo apparet quaſi naturaliter deberi eas ab illo qui aliena pecunia pro arbitrio vſus ſit. Neque tamen eò magis debentur in futurum quòd per multos annos ſolutæ fuerint, ſi promiſſæ non ſint, *d.l.creditor.*† 3
Mouet me etiam non parum, quod in *l.1.C.de fideic.* qua noſtri in ſuam ſententiam abutuntur, non aliter deberi alimenta conſtitutum eſt, quàm ſi ea teſtatoris voluntas fuiſſe probetur, quamuis & alimentorum & vltimæ voluntatis licèt inutilis, fauor concurreret. Nam de alimẽtis inutiliter relictis, hoc eſt in vltima minùs ſolemni voluntate eam legem intelligendam eſſe omnes conſentiunt, & vel ex eo maximè apparet, quod alioqui omnimodo alimenta deberentur, etiamſi nunquam eſſent præſtita. *1.l.cùm vnus.10.§.1.l.libertis.18.§.de alim.legat.*
† At vt deberi reſcriptum ſit, illud duntaxat fecit quòd 4
minùs ſolennem illam defuncti voluntatem hæres agnouerat, vt in *l.2.& l.ſi veritas.23. C. eod.tit.de fideic.* Agnouiſſe porrò conſtabat, quia per triennium alimenta & veſtiaria fideicommiſſario præſtiterat. Breuius ſanè tempus ſufficere non potuiſſet, vt oſtendunt verba illa *non minus in tali cauſa triennio.* Siue quod alioqui propriam potiùs quàm defuncti liberalitatem exercuiſſe videri poſſit in hominem inopem, qui alimentis & veſtiariis indigeat, ſiue quòd in fideicommiſſo tot annuarum præſtationum, non videatur vna aut altera probare ſatis animum hæredis voluntatem defuncti ſequentis. Nam ſi voluntas teſtatoris vno actu impleri poſſet, puta ſi fundus per fideicommiſſum relictus eſſet, nihil aliud requireretur quam vt ſemel eſſet traditus, quia nec ſæpiùs tradi poſſet, *dict.l.1.eod.* Cùm igitur in alimentis quorũ cauſa toto iure tam fauorabilis eſt, triennalis, aut etiam ſi voles decẽnalis aut vicennalis præſtatio non ſufficiat: (illa enim verba *non minus in tali cauſa triennio,* probant ſatis nihil referre quanto tempore præſtita ſint alimenta, dummodo non minore quam triennio) niſi præterea cõſtet de teſtatoris voluntate: Conſtet, inquam non ſola allegatione, ſed exacta probatione, fideicommiſſi, vt lex docet iis verbis *ſi probaueris,* quis admittat in aliis debitis quæ minùs fauorabilia ſint, ſolam titulũ allegationẽ ſufficere poſſe? Eſt n. ius illud ſingulare in fideicommiſſis vt etiam ex inutili minúſq; ſolemni voluntate, quam tamen

tamen hæres quomodocunque agnouerit, debeantur, quod ex eius qui rogatus eſt conſciétia potiſſimum pen-
5 deant, *d.l. 2. arg. l. fideicommiſ. 62. D. de cond. indeb.* † quod in cæteris cauſis adeóque vel ipſis legatis non ſimiliter dici poteſt, ſi in teſtamento minùs ſolemni relicta proponantur (quamuis alioqui maxima ſit legatorum & fideicommiſſorum affinitas) niſi alimentorum præſtationem titulus aliquis præcedat, vt in *l. quædam mulier. 41. D. famil. erciſ.* in cuius tamen ſpecie caue ne putes inutiliter legata fuiſſe alimenta. Nam quod lex ait *nulla enim iure eum feciſſe* ad iudicem qui libertos inter cohæredes diuiſerat, referendum eſt, non ad teſtatorem qui alimenta libertis vtiliter reliquerat, vt apparet ex *l. vlt. D. de iur. patro.* Neque facere pro Bartolo poteſt elegans illud Papiniani reſponſum quo omnes mouentur, in *d. l. cum de in rem verſo.* Primùm quia nihil eſt in ea lege ex quo poſſit conijci ſolutas fuiſſe vſuras per integrum de-
6 cennium. † Illa enim verba *longo tempore* licet, cùm de longi temporis præſcriptione agitur, exprimat decennium inter præſentes & vicennium inter abſentes, *tot. tit. C. de præſcr. long. tempor. & de vſuc. transform.* Vt & in ſpecie, *l. ſi cùm fideicomm. ſ. 16. §. Ariſto. D. qui & à quib. manum.* plerunque tamen aliam habent ſignificationem, quemadmodú in *l. nunquam in vſucapionibus. 3. t. in princ. ff. de vſucap.* vt & illa *per multum temporis*, quæ ad triennium coanguſtantur in *d. l. 1. C. de fideic.* Et in propoſito id ſanè ſibi Papinian. voluit ſolutas fuiſſe à patre vſuras quandiu dixit, quantumcunque tandem id tempus fuerit. Nam & ſemper feciſſe dicitur, qui fecit quandiu vixit, *l. aduerſ. 5. C. de vſur.* vbi male etiam Baldus quod lex ait *ſemper* interpretatur de triennio aut ad ſummum de decennio, vel vicennio. Qui enim dicit ſemper à te factum, intelligit proculdubio quòd feceris in hodiernum vſque diem, aut ſi iam deceſſeris, in tempus vſque mortis tuæ. Itaque plus eſt dicere *ſemper* quàm *longo tempore*, ſi plus quàm decennio vixeris. Minus, ſi intra decennium obieris, & longum tempus pro decennio accipiatur. Deinde non exprimit Papin. ſolutas fuiſſe vſuras tanquam ex ſtipulatione debitas, quod tamen, ſi noſtris credimus, neceſſariò ſequeretur. At neque ponit ſolutas fuiſſe quaſi debitas ex natura actionis cópetentis De in rem verſo. Quod tamen etſi factum eſſet, nihil prodeſſet, quia titulus De in rem verſo, non magis habilis eſt quàm pactum nudum ad inducendam vſurarum obligationem, Niſi ſtipulatio interuenerit, *l. ſi pro patre. 10. §. ſed virum. D. de in rem verſo.* Præterea, quod præcipuè obſeruandum eſt, non quærit Papinianus in illa ſpecie. An vſuræ in futurum debeantur, ſed an debeantur pro eo tempore quod præteriit in illum vſque diem quo De in rem verſo actum ſit. Proponebatur enim actum de in rem verſo ad ſolutionem ſortis, nec niſi incidenter mota quæſtio de vſuris præteriti temporis quæ ſimul cum ſorte exigebantur. Denique nullam longi temporis rationem eo loco haberi conſtat manifeſtiſſimè ex ſequentibus, in quibus Papinianus ſubijcit Imperatorem Seuerũ filiæ Flauij Athenagoræ, cuius bona fuerant publicata, de fiſco numerari decies centena millia iuſſiſſe ideò quòd allegaſſet illa patrem dotis vſuras præſtitiſſe. Nam nec ſæpius quidem vſuras à patre præſtitas ponit, nec longi temporis vllomodo meminit. Idque & Molin. ipſe fateri cogitur in *d. tractat. De contract. vſur. q. n. 207.* vbi tamen malè ſcribit ſatis Papiniano conſtitiſſe de dotis debito ex alijs probationibus. Quod ſi ita erat, dici vix poterit quia de re conſultus Imp. proponeretur. Cur enim de dote dubitaretur ſi deberi eam conſtabat? De vſuris ſanè aut præteritis aut futuris tractatum non fuiſſe ex eó apparet quòd iuſſit Imp. decies centena dari filiæ dotis nomine, hoc eſt pro dote non pro vſuris dotis Neque enim dotis appellatione veniunt dotis vſuræ, *l. vir vxori. 54. de donat. int. vir. & vxor.* † Papiniani igitur, quod ad ſecundum illud reſponſú attinet, hæc ſententia eſt, Motum fuiſſe Imp. vt dotem de cuius promiſſione non conſtabat, filiæ deberi pronunciaret, quia dotis vſuras à patre præſtitas apparebat. Vſurarum enim ſolutio præſupponit debitú ſortis. Et quamuis ex ſola vſurarum ſolutione non probetur ſors debita, *d. l. ſi non ſortem. 26. in princ. de cond. indeb.* dotem tamen à patre filiæ nuptæ datam veriſim. le erat. Alioqui publicatis bonis patris indotatam eſſe filiam, nec vllum ad bona patris regreſſum habere, non tantùm inhumanum eſſe: ſed etiam inuidioſum. In ſumma æquiſſimum eſt fiſcum qui ex cauſa publicationis omnia patris bona habeat, præſtare filiæ dotem quam pater debere voluerat, & filiæ aliquando ſoluere deſtinauerat. Quod tamen quoniam æquitatis ſpecie quadá ſumpta ex fauore filiæ & odio fiſci, potiùs quàm ſtricta iuris ratione nititur, fuit in eam rem neceſſarium reſcriptum Imp. nec Papin. aut alius Iuriſconſultus, vt arbitror ita reſpondere potuiſſet. At quid hoc, inquies, commune habet cum primo legis reſponſo? Ex eo nimirum intelligimus quàm malè noſtri primum illud Papiniani reſponſum interpretentur.

CAPVT IX.

Vera nouáque interpretatio d. l. cùm de in rem verſo. & l. litibus. 20. C. de agric. & cenſit. lib. 11. tit. 47.

SVMMARIA.

1 *Cur in* d. l. cùm de in rem verſo *hæres patris aut domini in cuius rem verſum erat, vſuras à die mortis defuncti vſque ad tempus quo de in rem verſo actum eſt, præſtare debeat?*

2 *An in* d. l. *hæres quoad vſurarum præſtationem voluntatem mutare poſſit & vſuras in futurum non ſoluere?*

3 *Hæredem ex ſola & præſumpta teſtatoris voluntate fortius quàm ex inſtrumentis aliquando obligari.*

4 *Fieri interdum poſſet vt voluntatem mutare hæres nequeat, quam defunctus mutare potuiſſet.*

5 *Redduntur aliæ rationes, cur vſuras præteriti tẽporis quas defunctus nõ ſoluere potuiſſet, hæres eius inuitus præſtet.*

6 *Aliam eſſe rationem debitoris, aliam hæredis eius quum de vſuris indebitis longo tempore ſolutis, in poſterum ſouendis agitur.*

7 *Cur in* d. l. cùm de in rem verſo, *neceſſarium fuerit Imperatoris reſcriptum?*

8 *Reſpondetur obiectioni contra ſuperiorem interpretationem allatæ, & explicatur* l. litibus, 20. C. de re agric. & cenſit.

9 *Reijcitur Molinæi & aliorum ad* d. l. cùm de in rem. & d. l. litibus *interpretatio, & ex iis legibus elicita concluſio.*

10 *Obligationes perſonales difficilius naſci & perimi quàm reales.*

11 *An ex uniformi & per triginta annos continuata præſtatione poſſit aliquis ad futuras præſtationes obligari?*

PVto † Papiniani ſententiam illam eſſe, vt hæres patris aut domini in cuius rem verſum erat, debeat vſuras totius illius temporis quod à die mortis defuncti præterierit in illam vſque horam qua de in rem verſo actú ſit, nó ratione illa quá noſtri cõminiſcuntur, quòd per decẽniú aut aliud longú tempus eſſent præſtitæ. Neque item quòd cauſa vlla allegaretur, aut probaretur quæ vſurarú obligationẽ poſſet inducere citra ſtipulationem, ſed ea ipſa quam Papinianus exprimit tam apertè, vt nó potuerit apertius, *quod eas ipſe dominus vel pater longo tempore præſtitiſſet.* Quib. verbis oſtendit nó tá ipſius præſtationis rationem haberi, aut temporis quo continuata eſt quàm perſonæ quæ vſuras præſtitit: *ipſe, inquit, dominus vel pater.* Quaſi dicat, nó debere heredé recuſare ſolutionem vſurarum quas pater ipſe vel dominus à quo cauſam habeat, & cuius perſoná repræſentet, 1

præſti

præſtiterit quandiu vixit. An quòd patet ipſe vel domi-
nus ſi viueret cogi hodie poſſet ex longa illa præſtatio-
ne, vt in futurũ quoq; vſuras ſolueret? Minimè. Obſtant
enim, *l. cred. 7. C. de vſur. & l. ſi certis annis. 28. C. de pact.*
quæ id negant, etiamſi pactio nuda præſtationem longã
præceſſerit. Illa ſiquidem verba *certis annis* non minus
de decem aut viginti quam de duobus vel tribus annis
intelligi debent, cùm certis annis opponantur duntaxat
perpetui, *l. 4. l. annua. 20. in fin. l. cùm quid. in. 23. de ann.
legat.* An quia præſtare hæredem oporteat iure heredi-
tario id quod defunctus ipſe, ſi viueret, præſtare non co-
geretur. Multò minus, *l. poſtulante. 44. in princ. D. ad S.C.
Trebell.* Sed quòd credibile ſit eum qui quandiu vixit
vſuras præſtitit verſæ in rem ſuam pecuniæ, ſi diutiùs
vixiſſet, diutiùs quoque præſtiturum fuiſſe, qui ſcilicet
non ignoraret alienam ſe pecuniam retinentem ex qua
lucrum ſenſiſſet, obligatum eſſe naturali quadã ratione
ad eius vſuras, licèt nõ promiſſas, veluti ad ἀντίδωρα arg.
l. ſi non ſortem. 26. D. de cond. indeb. Cur non ergo ſanam
iuſtámque eius voluntatem hæres ſequatur? Aut quid
eum magis mouere debeat quàm exemplum factumque
eius cum quo eadem ipſe perſona eſſe exiſtimetur? Etſi
enim voluntatem mutare defunctus potuit, præſumen-
dum tamen non eſt fuiſſe eum mutaturum, arg. *l. 3. l. eum*
2 *qui 22. D. de probat.* † Et ea ratio concludit duntaxat
poſſe hæredem quoque mutare voluntatem, quod ſanè
verum eſt, cùm nulla obligatione teneatur, *l. Lucius. 32.
D. de donat. l. 4. D. pro donat.* Sed non facit quin vſuras
quas defunctus in diem vſque mortis præſtitit, præſtare
etiam ipſe debeat quouſque voluntatem ſuam declara-
uerit, eaſque in futurum præſtare ſe nolle dixerit. A quo
demum tempore ſi creditor patiatur manere penès eum
ſterilem pecuniam, quam vtique, ſi vellet poſſet ſtatim
exigere, ſibi imputet. Denique imago quædam hic eſt
tacitæ ſtipulationis, ſicut imaginem ſocietatis dixit Iu-
riſc. in ſpecie non omnino diſſimili in *l. 1. §. vlt. ff. de bon.
liber.* illis verbis, *vt quod viuus ſolebat ſocietatis nomine*
3 *præſtare, id poſt mortem præſtaret.* † Nec ſanè nouum eſt,
vt ex eo quod facere defunctus ſolebat colligatur eius
voluntas, adeóque nonnunquam fortior quàm quæ ex
inſtrumentis probatur, *l. prædiis 91. §. Titio de leg. 3. l. 1.
de reb. dub.* niſi ſpecialis aliqua ratio impediat, vt in *l.
1. §. 3. de reb. eor. qui ſub tutel.* propter pupilli vtilitatem,
& Senatuſconſulti, de quo ibi agitur, autoritatem. Porrò
voluntatem defuncti hæredẽ ſubſequi ſemper ęquũ eſt,
l. purè 5. §. præterea de dol. excep. eo etiam interdum caſu
quo implendæ eius obligatio nulla ſit, quaſi ſola volun-
tatis auctoritas deficiente quoque iure ſufficere debeat,
vt in *l. Quintus 7. de ann. lega. l. in teſt. 38. ff. de fideic. libert.
l. ſi ego 9. §. 1. ff. de iur. dot. l. 2. ſi veritas 23. C. de fideic.* Et
quemadmodum contingit aliquando, vt plus poſſit hæ-
res quàm defunctus, *leg. reperitur 87. D. ad leg. falc. l. 7. l.*
4 *ſi per imprudentiam 51. §. non mirum. D. de euict.* † Ita
euenire contrà poteſt, vt voluntatem mutare hæres ne-
queat quam defunctus mutare potuiſſet, *l. 3. D. de ſeru.
expor.* quod & in donationibus inter virum & vxorem
accedit, quas cùm donans ex ſola pœnitentia reuocare
poſſit, ſi tamen non reuocauerit, hæres eius reuocare nõ
poteſt, *l. cùm hic ſtatus 32. §. ait oratio & paſſ. ff. de donat.
int. vir. & vxor.* Proinde nec mirum videri debet ſi in
ſpecie *dict. l. cùm in rem verſo.* inuitus hæres præteriti
temporis vſuras debeat, quas inuitus defunctus, ſi viue-
ret, non deberet. Nam & idem ferè euenit, ſi dotis vſuras
in ſtipulatu deductas vir quandiu viuit ab vxore non
petierit, vt donaſſe ille videatur, earúmque petitio hæ-
redi non ſuperſit, quæ tamen ipſi marito, ſi viueret, ſu-
pereſſet, *l. vir vſuras. 54. De donat. int. vir. & vxor.* Quòd
ſi defuncti negligentia in non exigendis vſuris quas in
ſtipulatum deduxerat inducit vſurarum remiſſionem ex
coniectura voluntatis, idque in præiudicium non ſtipu-
5 latoris, qui viuus poſſet exigere, ſed hæredis eius. † Vtri-
que eadem ratio faciet in contrarium, vt defuncti dili-
gentia in ſoluendis vſuris, quas non debuit, hæredi no-
ceat, tametſi nocere ipſi ſoluenti non potuiſſet ſi in ſolu-
tione ceſſare nec ampliùs eas ſoluere voluiſſet. Nõ enim
credendus eſt quiſpiam velle hæredi ſuo parcere magis
quàm ſibi, aut in hæredis ſui perſona ſoluendarum vſu-
rarum neceſſitatem improbaſſe quam in ſua probauerit,
ſibique verſæ in rem ſuam pecuniæ conſcientia impo-
ſuerit, ſicut & qui ſibi conſulit hæredi quoque ſuo pe-
rinde conſulere intelligendus eſt, vulg. *l. ſi pactum. 9. ff.
de probat.* Accedit quòd exiſtimandum ſit creditorem
qui à patre aut domino, in cuius rem verſum eſt vſuras
annuas accipere ſolitus erat, idcirco diſtuliſſe ſortis exa-
ctionem, non alioqui dilaturus, nec de vſuris cum hære-
de poſtea contendendi materiam habiturus. Nam ſicuti
qui in futurum vſuras à debitore accipit, tacitè pactus
videtur ne intra id tempus ſortem exigat, *l. qui in futu-
rum. 57. Cod. de pact. l. 2. § non male. D. de dol. mal. except.
l. vlt. de eo quòd certo loco.* Ita ex contrario qui vltrò inde-
bitas vſuras ſoluit pro præterito tempore, nec præmonet
nolle ſe in poſterum ſoluere, impellit creditorem, vt ea
percipiendarum futuri temporis vſurarum ſpe allectus
ſortis exactionem in longius tempus differat, quo elap-
ſo & interea defuncto debitore videatur ſanè dolo pro-
ximus hæres eius, ſi totius præteriti temporis vſuras nõ-
dum ſolutas deneget. † Nec ad hunc caſum pertinet *d. l.* 6
ſi creditor. 7. C. de vſur. quæ non de hærede debitoris lo-
quitur, ſed de ipſo debitore, cuius longè diuerſa, vt di-
ximus, ratio eſt. Debitor enim qui per longum aut etiam
ſi voles longiſſimum tempus vſuras ſoluit, quas nõ pro-
miſerat, voluntatem ſuam interpretari poteſt, an id fece-
rit ex liberalitate, cuius eum iam pœniteat, an vti ne
alienam pecuniam in ſuos vſus impunè vertiſſe videre-
tur. Ideóque & minores vſuras pro arbitrio præſtare po-
teſt, & conſequenter etiam nullas, quia neque obliga-
tus eſt, neque ex propria etiam voluntate, niſi per eos
modos quos lex induxerit, obligari poteſt. At hæres ne-
que voluntatem teſtatoris reuocare, neque interpretari
poteſt, nudaque defuncti voluntas ad hæredem obligã-
dum ſufficit, quæ defunctum ipſum obligare non po-
terat. Itaque quoad ſortem debitam reſtituat, aut nolle
ſe ſub iiſdem vſuris pecuniam retinere inſinuet, æquiſ-
ſimum eſt nec à iuris ratione alienum, licet nulla iuris
neceſſitate inductum, vt eas vſuras præſtet, quas defun-
ctus præſtare ſolitus erat. Vel ob id maximè quòd defun-
cti fidem ſecutus creditor, non ita facilè hæredis ipſius
fortaſſe ſecuturus fuerit. Itemque quoniam agentis de
in rem verſo cauſa ſit ideò fauorabilior, quòd non tan-
tùm agat ob mutuam datam pecuniam, ſed etiam quòd
in rem debitoris verſa ſit, factúſque ille locupletior. † 7
Enimverò quia caſus hic valde ſingularis eſt, in quo ni-
mirum vſuræ alioquin odioſæ, quæ non deberentur ſi
pactum nudum præceſſiſſet ſecuta etiam longi temporis
præſtatione, vt & noſtri fatentur, inhabili ſcilicet ad
agendum cauſa, debeantur, citra pactum ab hærede eius
qui ſi viueret nullas deberet, idque ex vi tacitæ non pa-
ctionis, quæ minimè ſufficeret, ſed ſtipulationis, quæ
poſt mortem demum eius qui vſuras præſtare ſolebat,
vires ſuas exercere incipiat, nec id in futurũ omne tem-
pus, ſed in eum vſque diem duntaxat, quo declarauerit
hæres nolle ſe ſub vſuris eam pecuniam retinere, (ſic
enim omnino intelligi Papinianus debet (neceſſarium
certè fuit reſcriptum Imperatoris, ad conſtituendum
ius, quod ſola iuriſprudentium autoritate conſtitui vix
potuiſſet. Apparet igitur ex ſuperioribus quàm malè &
imperitè hactenus noſtri elegans illud Papiniani reſpõ-
ſum in ſuæ ſententiæ comprobationem detorſerint. † 8
Iam verò quod obiiciunt ex *l. litibus. 20. C. de agricol. &
cenſit. lib. 11. tit. 47.* longè minus ad rem pertinet. Nam
quod lex ait *vel longinqua & inueterata redituũ ſuſceptio-
ne,* & paulo poſt *vel redituum frequentiſſima conſequentia,*
hunc ſenſum habet, vt fundi dominus, cui per longum
tempus redituum præſtatio à colono facta eſt, nõ poſſit
ab

ab eo pati controuerſiam poſſeſſionis, aut dominij, cùm ex iis præſtationibus appareat colonum quantumvis longo tempore poſſederit fructúſque perceperit, non ſibi ſed domino poſſediſſe, *l. malè agitur. C. de praſcr. 30. vel 40. annor.* Non autem vt colonus qui per longum, aut longiſſimum tempus certos reditus etiam ex iuſta cauſa domino perſoluerit, eoſdem in poſterum perſoluere cópellatur. Et, vt breuiùs dicam, non vult Iuſtinianus ex ea longa præſtatione obligari colonum, ſi eoſdem reditus in poſterum præſtare nolit (quid enim ſi fundum delinquere paratus ſit?) ſed repelli ſi eum fundum cuius reditus dño ante à per longum tempus præſtiterit, tanquam ſuum vindicare velit, ipſique domino referre quæſtionē dominij aut poſſeſſionis, vt apparet ex illis verbis *colonorum impetum excludente.* Si quidem longè facilius eſt dare exceptionem ei qui ſit dominus, tuēdi dominij gratia, aduerſus eum qui mala fide dominium vindicet, quàm actionem in perſonam eius, qui exſoluendæ fidei potiùs cauſa quàm ſe obligandi animo fundi, quem co-
9 lebat reditus, per longos annos dño præſtiterit.† Nec in re tam aperta noſtri, vt puto, cæcutiiſſent ſi non iis Papinianus ſupraſcripto reſponſo impoſuiſſet. Miror verò præcipuè Molinæū qui cùm in hac quæſtione, vt in aliis omnibus, ſubtilem egerit, maximè in receptioribus aliorum ſententiis impugnandis, hac parte tamen communem errorem ſecutus ſit. Nam ſi quis alteri obſequia clientelarum certi fundi nomine per decennium continuū præſtiterit, fatetur quidem ille in *Conſuet. Pariſ. §. 7. c. 21.* non ideò poſſe eum cui præſtita ſint, ſi nullo alio iure nitatur, ius feudi vindicare: quod & veriſſimū eſt. At ſi de perſonali iure agatur, locum eſſe ait legi. Cùm de in rem verſo. Quaſi verò actio realis longius tempus requirat quàm perſonalis: quo abſurdius dici nihil poteſt.
10 † Quis enim neſciat obligationes perſonales difficilius naſci, & difficilius quoque perimi? excepto caſu, *leg. cùm quis, 38. §. vlt. de ſol. & l. grege, 13. §. etiam, ff. de pign.* Et ob id nimirum veterib. iuris auctoribus incognitam fuiſſe earum præſcriptionem, cùm tamen nec vſucapio rerū immobilium nec longi temporis poſſeſſio eſſet iis incognita. Quin & Iuſtinianus ipſe qui res omnes immobiles vbique terrarū decennio acquiri voluit inter præſentes, & vicennio inter abſentes, *l. vnic. C. tranſf. vſuc.* An non Honorij & Theodoſij, itémque Anaſtaſij leges incorrectas reliquit, quibus inductum erat vt perſonales præſcriptiones trigeſimo demùm aut quadrageſimo anno cóplerentur? *l. ſicut, l. omnes, l. competit, C. de praſcr. 30. vel 40.*
11 *annor.* † Sed neque illud probare poſſum quod noſtris tā conſtanter placere video: eum qui per 30. annos continuos annuū quid vniformiter præſtiterit ex iuſta aliqua cauſa vſque adeò obligatum intelligi ad futuras præſtationes, vt ea præſcriptio ius firmum tribuat illi cui ſolutiones factæ ſunt, nec quicquam proſit falſam, & erroneā probari cauſam ſolutionum. Sic enim Molin. poſt alios in *d. tr. de contract. vſur. q. 20.* Nam etſi non ignoro præſcriptionem 30. annorum habere locum, nullo etiam concurrente titulo, puto tamen id eò pertinere, vt actionē quæ alteri competebat poſſit excludere, non autem vt ius actionis quæ præſcribenti nunquam competiit, poſſit ei acquirere. Ipſum ſiquidem præſcriptionis nomen non acquiſitionem dominij, *l. 3. ff. de vſuc.* ſed exceptionem tantùm, *l. qui agnitùs, 11. & paſſ. ff. de except. l. 3. ff. de pra ... l. 3. C. de praci. Imp. offer. l. ſi non conuicij, 5. C. de iniur.* Et ex iis Imperatorum conſtitutionibus quæ longiſſimi temporis præſcriptionem nouo iure induxerūt, apparet nihil aliud eos egiſſe quàm vti ne vlla actio vltra longiſſimum tempus viueret, non etiam vt eo temporis lapſu actio aliqua acquireretur. Eſt námque difficilius, vt modò dicebamus, actionem dare quàm exceptionem, ſecundùm iuris regulā, *l. animus, 156. §. cùm damus de reg. iur. l. 1. § his autem de ſuperfic. l. creditori, 5. C. de pact. c. qui ad agendum de reg. iur. in 6.* Et ex contrario longè faciliùs fuit legiſlatori conſtituere vt tempus modus eſſet tollendæ ſaltem per exceptionem actionis, aut obligationis, quàm vt fieret modus inducendæ. Quare, vt dicam quod ſentio: Non puto ex vllis præſtationibus quantūvis vniformibus, & per longiſſima tempora continuatis acquirī poſſe actionem præſcribenti, niſi tempus id effluxerit quod hominum memoriam excedat. Hoc enim ſolo caſu, & præterea nullo conſtitutū iure habetur quod per tot tempora vniformiter præſtitum apparet. Nec de errore quæſtio vlla reſtari poteſt, cùm nec neceſſe ſit vt cauſa vlla allegetur ex qua ſolutiones factæ ſint, *l. 1. §. vlt. de aqua pluu. arcend. l. 3. §. ductus aqua de aqua quotidian. & aſtiu.* Dydac. Couar. in *2. p. relect. c. poſſeſſor. §. 3. n. 4.* Molin. *d. q. 10. n. 206. in princ.* De quo tamen videnda ſunt quæ nos pluribus in Codice noſtro Sabaudico ſcripſimus.

CAPVT X.

De bonorum vacantium vſucapione aduerſus fiſcum, ad leg. quamvis, 18: ff. de vſucap.

SVMMARIA.

1 *Res fiſci, delatas tantùm, ſed nondum nuntiatas, vel incorporatas vſucapi olim potuiſſe.*
2 *An in eo caſu quadriennij praſcriptioni locus fuerit?*
3 *An fuerit eo caſu inter lucratiuam & onerosam cauſam differentia?*
4 *Verba illa* diutina poſſeſſione, *in* d. l. quamvis, *à Triboniano ſuppoſita eſſe.*
5 *Tentatur etiam poſt Iuſtiniani conſtitutionem bona vacantia fiſco nondum nunciata, biennio vſucapi.*
6 *Bona fiſco nunciata nec vſucapi, aut quadriennio praſcribi, vel longo tempore poſſideri poſſe.*
7 *An viginti annorum praſcriptio aduerſus fiſcum currat cum mala fide?*

NOn potuerunt iure vetere fiſci res vſucapi, eæ ſcilicet quæ fiſco iam acquiſitæ, & vt noſtri loquuntur incorporatæ eſſent, *l. vbi lex, 24. §. vlt. ff. de vſucap. l. 2. C. comm. de vſuc.* Quæ verò delatæ tantùm vſucapi potuerunt, vt puta, bona vacantia nondum nunciata, quæ fiſco deferebantur ex lege Iulia caducaria, vt Vlp. refert in titulis, *tit. 18. §. 1. in fin.* Nam ſi ex eiuſmodi bonis vacantib. fiſco nondum nuntiatis bonæ fidei emptor traditam ſibi rem accepiſſet, iam olim Papin. reſpondit, & ab Impp. reſcriptum eſt potuiſſe vſucapionem procedere, *§ res fiſci, Inſt. de vſuc.* hoc eſt earum rerum dominium biennio acquiri. Id enim fuit vſucapionis tempus leg. 12. tabul. præſcriptum vt idem Iuſtin. teſtatur in princ. *d. tit. de vſuc. & in l. vnic. C. de vſucap. tranſf.* † Cui conſequens eſt non 2
fuiſſe eo caſu locum præſcriptioni quadriennij, quæ alias locum habebat contra fiſcum bona vacantia nondum nunciata poſt quadriennium vindicantem, *l. 1. C. de quadrien. praſcr.* Nam qui rem vſuceperat biennio, atque ita dominium ſibi quæſiuerat (eſt enim vſucapio adiectio aut, vt alij legunt, adeptio dominij, *l. 3. de vſuc.*) non indigebat quadriennij præſcriptione, quæ vt ceteræ præſcriptiones omnes, nihil aliud quàm exceptio eſt, ſicut ſuperiore capite diximus. Quomodo enim locus eſſe poſſit exceptioni vbi actio nulla ſupereſt? cùm in id tantùm comparata ſit exceptio, vt actionem excludat, *l. 2. ff. de excep.* Extrà eum caſum ſi poſſeſſor exceptionis titulū aliúmve non haberet, cùm non poſſit vſucapio procedere ſine titulo, *l. Celſus, 27. de vſucap.* neceſſaria erat præſcriptio quadriennij, *d. l. 1. C. de quadr. praſcr.* † Niſi fortè quis 3
paret fuiſſe etiam neceſſariam ſi donationis aut alterius lucratiuæ cauſæ titulum poſſeſſor habuiſſet. Fuiſſe enim hac parte differentiam aliquam inter donatarium & emptorem, minúſque fauorabilem viſum donatarium in ipſa quoque longi temporis poſſeſſione, conſtat ſatis ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. ſuper long. temp. praſcript.* cuius tamen verba illa *perſpicuo iure ſancimus,* non obſcurè

ſignificant latá eam legem dubitationis tollendæ gratia, ne quis fortaſſe hac in re lucratiuam cauſam ab oneroſa ſecerneret, potiùs quàm quòd ita ius antea eſſet, vt ſecerni deberet. Nam & olim potuiſſe longi temporis poſſeſſionem ex cauſa donationis procedere apparet ex *l.locus.16.ff.de acq.poſſeſ.* ſi non ille locus immutatus eſt à Triboniano reſpiciente ad illam Iuſtiniani legem, itémque ad conſtitutionem *de vſucap.transform.* vt *per longam poſſeſſionem capi.* ſcripſerit pro eo quod Iuriſc. dixerat *vſucap.* Id enim ab eo factũ pleriſque aliis locis, & ante nos Iac. Cuiacius, & ex recentiorib. doctiſſimus quiſque non minùs vere quam ſubtiliter obſeruarunt, ac ex iis, quæ mox ſubiiciemus manifeſtiſſimè intelligetur. Certè quadriennij præſcriptionem de qua in *d.l.1. C. de quadr.praſc.* non potuiſſe locum habere in emptore bonorum vacantium nondum fiſco nunciatorum, ex eo apparet quòd emptor hic vſucapere poterat, *d.§.res fiſci. Inſt.de vſuc.* Vſucapionẽ verò cum quadriennij præſcriptione concurrere nec iuris ratio olim patiebatur, nec ho-
4 die patitur. † Ex quo moueor, vt puté reſponſum illud Modeſt. quod extat in *l.quamvis,18.ff.de vſuc.* cũ prorſus expreſſum ſit ad Papiniani ſententiã à Iuſtin. relatam in *d.§.res fiſci,* non poſſe intelligi de quadriennij præſcriptione in illis verbis *diutina poſſeſſione,* vt malè quoſdã interpretantes video. Nec rurſus de longi temporis poſſeſſione, vt alij explicant. Siquidem Modeſtini temporib. & ante Iuſtin. diſtincta prorſus erant locis, & reb. vt etiam tempore iura vſucapionis & longæ poſſeſſionis. Nec quæ res poterat vſucapi, eadem poterat etiam per longã, hoc eſt decennalẽ poſſeſſionẽ acquiri, quoniam peracto biennio dominium iã ex vſucapione quæſitum non poterat magis fieri poſſidentis. Ergo cùm vſucapio illo caſu locum haberet vt Papin. & Impp. teſte ac probante Iuſtin. viſum eſt, eamque ſpeciem Modeſtin. tractet in qua haud dubiè vſucapio procederet ſi res cum fiſco non eſſet (ſic enim ille *quamvis adverſus fiſcum vſucapio non procedat,* ne fortè putes agere eum de re prouinciali quæ non vſucapi, ſed diutina tantùm poſſeſſione acquiri potuerit) nõ potuit in illa ſpecie emptorum bonorum vacantium, priùs quàm fiſco nuntiarentur locus eſſe diutinæ poſſeſſioni. Proinde fateri neceſſe eſt corruptum Modeſt. reſponſum à Tribon. ſuppoſitáque verba illa *diutina poſſeſſione capiet,* pro eo quod Modeſt. poſt Papin. ſcripſerat *vſucapiet.* Hoc verò propter illam vſucapionis transformationem quæ à Iuſtin facta eſt in *d.l. vnic.C.de transf. vſuc.* tranſlato iure vſucapionis in ius longæ poſſeſſionis. In qua tamen vereor ne alios decipere volens Tribon.
5 ipſe deceptus ſit. † Hic enim caſus vnus eſt, à nemine forſan adhuc obſeruatus, quo videatur dici poſſe incorrectum manere ius vetus vſucapionis, vt etiam hodie bona vacantia nondum fiſco nunciata vſucapiantur biennio. Mouet me, quòd illa Iuſtin. Conſtitutio in *d.l.vnic.* non ſuſtulit nec transformauit præſcriptionem quadriẽnij, cuius ne meminit quidem. Ea porrò manente dico abſurdum eſſe, ei qui quadriennij præſcriptione tutus ſit neceſſariam dicere longioris temporis poſſeſſionem. Nã quadriennij præſcriptio ei demùm proderat qui titulũ nullum aut etiam ſi voles id conijcere ex *d.leg.ſuper longi.§1. C.de long.temp.praſcr.* qui lucratiuum habuiſſet. Quem tamen nemo dixerit melioris conditionis eſſe debere, quàm qui ex emptionis aliáve oneroſa cauſa poſſideat, *l.quod autẽ,6.§.ſimili modo,l.vlt.§.1 ff.qua in fraud.*
6 † Et in hoc errauit etiam grauiter Bart. exiſtimans quadriennium illud computandum fuiſſe à die nunciationis cùm tamen certum ſit: imò verò nuntiandis bonis fuiſſe præſcriptum, *l.intra quatuor,10.§.1.ff.de diuerſ.temp. praſcr.l.quia autem,6.§.certè ſi vacantia. ff. ſi quis omiſſ. cauſ.teſt.l.1.§.D.Pius de iur.fiſc.* Facta enim nonciatione conſtat nec vſucapioni locum fuiſſe nec præſcriptioni quadriennij, *d.§.res fiſci,* at ne quidem poſſeſſioni longi temporis, cùm neque id vſpiam traditum ſit neque fauorabilior in prouinciis eſſe potuerit longa poſſeſſio, quã in Italia vſucapio. Igitur 20. annorũ præſcriptio erat neceſſaria. Ea regula, *l.in omnib.13.de diu.temp.praſcr.* et itaque hodie, etiamſi titulus eum bona fide conenerrat. Neque enim abrogata eſt *d.l.in omnib.* Sed & non facta nũtiatione ſi quid ſit quod quadriennij præſcriptionem impediat, puta priorum delatorũ præuaricatio qui facta denunciatione deſtiterint, *d.l.inter quatuor in prin.d.l.§.vlt. de iur.fiſc.* puto nec fuiſſe olim nec eſſe hodie locũ præſcriptioni minoris temporis quàm 20. annorum. Non ſolũ ſi nullus titulus, quem ſanè conſtat non minùs ad longã poſſeſſionem quàm ad vſucapionem fuiſſe eſſéque neceſſarium, *d.l.vnic. C.de vſuc.transf.* ſed etiam ſi titulum bonæ fidei poſſeſſor habeat, quia caſus hic vt probauimus, non pertinet ad Iuſtin. Conſtitutionẽ. Ideóque ſuccedit regula, *d.l.in omnib.* quæ 20. annorum præſcriptionem requirit in omnib. fiſci quæſtionib. in quib. breuius tempus ſtatutum non eſt. † Cuius præſcriptionis, vt hoc 7
etiam adnotemus, ius proprium illud eſt vt currat etiam cum mala fide, *l.2.ff.de requir.reu,* Guid. Pap. *q.*416.*n.*14. Ideò fortaſſe quòd nec in mala fide verè conſtitutus videatur poſſeſſor quamdiu ignorat an iure ſuo fiſcus vti velit. Qua etiam ratione comparatum eſt vt is cuius res ipſo iure commiſſa eſt ob non ſolutum fiſco vectigal, præſcribat nihilominus quinquennio, *l.2.C.de vectig. & commiſſ.* licèt quòd commiſſum eſt ſtatim deſinat eius eſſe qui crimen contraxit, *l. commiſſa,14 ff.de public. & vectig.* Nec aliud iure Canonico ſeruabitur, quo tamen inductum fuit vt nulla cum mala fide præſcriptio dari poſſit *c.vigilanti, & c.vlt. Ext.de praſcr* ſanè quod in reb. fiſci olim obtinebat vt vſucapi non poſſent, hactenus immutatũ eſt ex poſteriorum. Impp. conſtitutionib. vt 40. ſaltem annorum præſcriptione fiſcus ſi eas vindicet repellendus ſit, *l.omnes,4.l.comperit. C.de praſcr.30.vel 40. annor.iunct.tit.de bon.vacan. & incorpor.lib.10. C. tit.10.* vt ſcripſi latius in Codice.

CAPVT XI.

Filium-familias iure vetere fuiſſe acquiſitionis capacem.

SVMMARIA.

1 *De filij-familias, & ſerui quoad acquiſitionẽ differẽtia.*
2 *De patre qui filio, quem in poteſtate habet, hæreditatem reſtituere rogatus eſt, & quando illa hæreditas filio acquiratur?*
3 *Cur filius-familias hæreditatem ſibi delatam citra patris iuſſum adire non poſſit?*
4 *Sententia,* l. placet, 79 ff. de acquir. hæred.
5 *Ratio cur filius-fam. acquiſitionis interdum ſit capax, ſeruus verò nunquam?*
6 *Cur iure vetere pater filiofamilias donare non poſſet?*
7 *Patrem filio emancipato, nec non filio naturali olim donare potuiſſe.*
8 *Caſus indicatur, quo non poteſt filiusfam. ſibi acquirere, tametſi nec patri acquirat.*

VVlgo creditur non fuiſſe filium-familias iure vetere acquiſitionis capacem, in eóque parẽ eius & ſerui conditionem extitiſſe. Quaſi hac parte eadẽ vis eſſet patriæ & dominicæ poteſtatis, vt quẽadmodum per ſeruum dño acquirebatur, ita & per filium-familias patri quæreretur ex omnib. cauſis. Adeò vt ne momentum quidem tẽporis in filij-familias perſona conſiſtere acquiſitio poſſet, *l.placet.79.ff.de acquir.hæred.l.1.ff.ſi à parent.quis manum.* Vnde tam frequens illa in libris noſtris ſeruorum, & filiorum-familias comparatio, præſertim quoties de acquiſitione tractatur. † Ego verò didici, vt in aliis permultis de quib. nunc dicere nil attinet, ita hac in re longè maximam inter eos fuiſſe differentiam. Serui enim vſque 1
adeò erant acquiſitionis incapaces, vt dominis ſuis omnia acquirerent etiã inuitis, idque ex omnib. penè cauſis,

l.etiam

l. etiam. 32. ff. de acqu. rer. dom. Ita vt ſi vetante etiam domino ſeruus ab alio ſtipulatus eſſet nihilominus domino promiſſorem obligaret, *l. ſeruus vetante. 62. de verb. oblig.* ſolaque ferè hæreditatis cauſa excepta erat, cùm ſeruo hæredi inſtituto non liceret hæreditatem adire niſi præcedente iuſſu domini, ſicut nec filiofamilias niſi præcedente iuſſu patris: propterea quòd cùm hæreditas habeat commoda & incommoda, obligetúrque per aditionem quiſquis hæres fit, abſurdum & iniquum videretur alterius facto eius maximè qui ſit in poteſtate alium obligari, *l. qui in aliena 6. D. de acquir. hæred.* Melior enim patris & domini conditio per filios & ſeruos fieri poterat, ſed deterior non poterat, *l. melior. 133. de reg. iur. l. contra. 28 §. vlt. de pact. l. pen. D. depoſit. cum ſimilib.* At filijfamilias tametſi volentibus parentibus acquirebant omnia, inuitis tamen acquirere non poterant, ſed quæ parentes acquiri ſibi nolebant, ea demum filiusfamilias quærebantur, quaſi acquiſitionis capaci. ſi parentes conſentirent.

2 † Hinc illud erat, quòd ſi pater filio quem in poteſtate habebat rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, & pater ſuſpectam diceret, cogi poſſet per filium vt adiret & reſtitueret, *l. cogi. 16. §. ſi pater filio. D. ad S. C. Trebell.* quod in ſeruo etiam cum libertate per fideicommiſſum ſubſtituto non perinde obtinebat, vt ibidem Vlp. ſubiicit in *§. ſed ſi ſeruo.* Nimirum quia cum euidens eſſet voluntas patris nolentis acquiri ſibi hæreditatem quam ſuſpectam habebat, nihil obſtaret quominus eam filius fideicommiſſarius ſibi acquireret. Non idem erat ſi ſponte pater adiiſſet, & purè reſtituere hæreditatem rogatus fuiſſet. Patri enim hæreditas acquirebatur, quamuis voluntas teſtatoris refragari videretur. Propter quam cauſam qui parentibus acquiri nolebant, rogabant patres vt liberis ſuis, cùm in poteſtate eſſe deſiiſſent, reſtituerent. Inde illud etiam fit, vt ſi quis filio ſuo cùm in poteſtate eſſe deſierit, hæreditatem reſtituere rogatus, in fraudem fideicommiſſi quid facere probetur, cogendus ſit ſtatim reſtituere, inflicto & repræſentato damno conditionis propter fraudem, vt Papin. loquitur in *l. Imperator. 50. eod. tit.* quòd ſanè fieri non poſſet ſi patria poteſtas quæ cautionis inter patrem & filium interponendæ remedium impedit, dominij quoque acquiſitionem in filij perſona impediret. Eodem pertinet quod Vlp. ait in *l. ſi quis hæres. 13. §. vlt. de acquir. hæred.* neque patrem ſine filio neque filium ſine patre repudiando alterum alteri nocere, ſed vtroſque ſimul debere repudiare, ſiue teſtamentaria ſiue legitima hæreditas filio obuenerit. Nimirum vt intelligamus, Repudiante patre delatam filio hæreditatem poſſe filium velle eam ſibi acquiſitam. Quod in ſeruo ſecus eſt, cui delatam hæreditatem aut bonorum poſſeſſionem ſolus dominus repudiare poteſt, quia nec ſi dominus vellet, poſſet eam ſeruus ſibi acquirere.

3 † Vnde illud quoque non immeritò fortaſſe mirari quis poſſit, cur hæreditatem ſibi delatam filiusfamilias adire non poſſit citra iuſſum patris, *d. l. qui in aliena:* cùm nolente patre ſibi eam acquiri, futurum eſſet vt ipſo filio qui ſponte adiiſſet quæſita videretur. Sed dicendum eſt ea ratione ſic comparatum, quod in ſuſpenſo manere non poſſit vis & poteſtas aditionis, quam tamen ſuſpendi oporteret in id vſque tempus quo pater voluntatem ſuam declaraſſet, ſi interea filio adire liceret. Quandoquidem nec antea hæres fieri pater poſſet niſi ignorans & inuitus, quod iuris ratio non patitur, nec filius ipſe ex aditione obligari: cum non aliter ſit acquiſitionis capax quam ſi nolit pater ſibi per eum acquiri. Itaque cum patris potior ſit cauſa quam filij in ea etiam acquiſitione quæ per filium fit, priùs exploranda eſt voluntas patris. Alioqui ſemel facto hærede filio, non poſſet amplius per eum hæres fieri pater, quia ſemel hæres ſemper hæres perſeuerat, *l. ait Prætor. 7. §. ſed quod Pap*[illegible] *ff. de minor. l. ei qui ſoluendo 88. ff. de hæred. inſt.* Idemque [illegible] bonorum poſſeſſione obtinet, niſi quod iuſſum præcedere neceſſe non eſt, ſufficitque ſubſequi ratihabitionem, *d. l. qui in aliena. §. 1. l. vlt.* *§. 1. quis ord. in bonor. poſſ. ſeru. l. 1. C. qui adm. ad bonor. poſſ.* ideò fortaſſe quod aditio ſolemnior eſſet, nec aliter valere poſſet quam ſi fieret eo modo quo fieri deberet, & ita vt confeſtim hæreditas ex ea acquireretur, cùm eſſet actus legitimus cuius poteſtas nulla mora ſuſpendi poterat, *l. actus legitimi 77. de reg. iur.*

† Eaque etiam Vlp. 4 ſententia eſt in *l. placet. 79. ff. de acq. hær.* cum ſcribit, Quoties acquiritur per aliquem hæreditas vel quid aliud, ei cuius in cuius poteſtate ſit confeſtim acquiri ei cuius eſt in poteſtate, nec momento aliquo ſubſiſtere in perſona eius per quem acquiritur. Ita ſignificans non tantùm aditionem hæreditatis in ſuſpenſo eſſe non poſſe, ſed ne ipſam quidem acquiſitionem, ſiue hæreditas adita, ſiue bonorum poſſeſſio petita ſit, *d. l. vlt. §. 1. quis ordo.* In quo tamen obſeruandum eſt, quod vulgo noſtri non animaduertunt, non ſic Vlp. loqui, vt dicat ſemper acquiri nobis per eos quos in poteſtate habemus, vt ne momento quidem temporis in eorum perſona conſiſtat acquiſitio: ſed *quoties*, inquit, *acquiritur.* Innuens, non igitur ſemper acquiri. Atqui per ſeruum quandocunque acquirit ſemper acquiritur domino, quia ſibi acquirere ille nullo caſu poteſt niſi ea quæ ſint meri facti, *l. qui hæredi. 44. de cond. & dem. l. legat. 21. De adim. legat. l. quod ſeruus, 24. ff. de acq. poſſ.*

† Ergo vel ex eo maximè loco colligas poſſe 5 interdum filiumfamilias acquiſitionis capacem eſſe. Id verò euenit vno illo caſu ſi pater acquiri ſibi nolit. Et ratio differentiæ inter filiumfamilias & ſeruum euidens eſt, quoniam filiusfamilias habet perſonam integram, nec iure ciuili incognitam, ob idque tam ex contractu quàm ex delictis competit in eum iure ciuili actio, *l. tam ex contractib. 57. ff. de eod.* Serui verò perſona nec integra nec vlla eſt, quippe qui iure ciuili pro mortuo habeatur, *l. quod attinet. 32. de reg. iur.* adeoque comparetur quadrupedib. *l. 2. ff. ad l. Aqu.*

† Hæc cum ita ſint, difficile videtur intel- 6 ligere, cur iure vetere donare pater filiofamilias non poſſet, *l. donationes. 31. §. pater. ff. de donat. l. 1. C. de inoff. don. l. ſi don. 13. C. de collat. l. ſiue emancip. 17. de donat.* Nam ſi verum eſt, quod probauimus, fuiſſe filiumfamilias etiam iure vetere acquiſitionis capacem volente patre, quid apertius eſt quàm velle patrem acquiri filio quod ipſe filio donet? At reſpondeo non impediri donationem ex eo quod filiusfamilias incapax ſit acquiſitionis, vt imperitè noſtri ſentiunt, ſed quia donatio valere nulla poſſit quin obligatio inter donantem & donatarium contrahatur, & quidem ciuilis vt ex cauſa donationis conueniri donator poſſit ad præſtandum id quod ſtipulanti donatario promiſerit, vel vt donatæ rei & traditæ dominium in donatarium tranſlatum irreuocabiliter cenſeatur. At inter patrem & filium contrahi obligatio ciuilis non poteſt propter ius patriæ poteſtatis, *d. l. Imperator. 50. ad Treb.* Neque igitur fieri queat, vt filiofamilias donare pater quicquam poſſit, *l. 4. ff. pro donat.*

† Planè 7 emancipato dare iam olim potuit *d. l. ſiue emancipato, l. vlt. liberis. C. de colla.* & filio naturali tantùm *l. omnes. 17. §. Lucius. D. quæ in fraud. cred.* Non quòd habeant hi perſonam acquiſitionis capaciorem, ſed quòd in illis ceſſet ratio illa & impedimentum patriæ poteſtatis, cum nec naturales filios habeat in poteſtate pater, niſi quos & ex legitimo matrimonio ſuſceperit & in familia ſemper retinuerit, *§. 1. Inſtitut. de patr. poteſt.*

† Alius etiam ca- 8 ſus eſt obſeruatione digniſſimus in quo non poteſt filiusfamilias ſibi acquirere tametſi nec patri acquirat, in ſpecie *l. quemadmodum. 46. D. de iure dot.* vbi ſcriptum eſt ſi ſeruo ſtipulanti pro domino dos promiſſa ſit, aut filiofamilias tradita, dotem quidem patri aut domino acquiri, ſed ita tamen vt neque periculum præſtare debeant, neq; culpam, quandiu ratam promiſſionem aut traditionem non habuerint. Ne alioqui ex facto filiifamilias aut ſerui ignorans pater vel dominus periclitetur. Cum verò nullam de dote actionem mulier habere poſſit in filiumfamilias aut ſeruum, at nec in patrem vel dominum ad conſequendam aut pondus extorquendam

ratihabitionem, per quam à ſe metum periculi abiiciat.
Illud vnum relinquitur quod Iulianus concludit, vt mu-
lieri liceat etiam conſtante matrimonio res in dotem
traditas condicere, aut etiam incerti condictione aſſe-
qui, vt promiſſione liberetur. Hoc ideò, quia quod fi-
lius pro patre ſtipulatur ex cauſa dotis ab vxore patris,
non poteſt ſilio acquiri, nec ſi pater velit, quoniam filius-
familias non eſt capax acquirendæ dotis alienæ, cum ip-
ſe maritus non ſit, ſoli autem marito dos conſtitui &
acquiri debeat, *l.1. l.quamuis.75.& paſſ.eo.ti.l.Pomponius
Philadelphus.35.ff.fam.erci.l.ſi id quod.15.de duob.reis.l.
item ſi.8.de ſtipul.ſeru.* Itaq; nihil hac parte differt filius-
familias à ſeruo. Sed & ſingularis ille caſus obſeruandus
eſt in quo contra iuris regulam permittitur mulieri con-
ſtante etiam matrimonio dotem repetere.

Capvt XII.

Ad l.Pomponius Philadelphus. 35. ff. fam. erci.

SVMMARIA.

1 *An collata à patre in filiamfam. dotis cauſa donatio iure vetere valuerit?*
2 *Refutatur ex* d.l.Pomponius, *communis Interpretum ſuper hac quæſtione opinio.*
3 *Dubitandi ratio in dicta lege quænam fuerit?*
4 *An in ſpecie* d.l. Pomponius, *ficta aliqua traditio interceſſiſſe ſubintelligatur?*
5 *An in* d.l. *dotis titulus ad dominij tranſlationem valuerit.*
6 *Quando valeant, donationes à parentibus in liberos collatæ?*
7 *Papiniani reſponſum in* l. cùm pater. 77. §. pater filiæ. 17. de leg. 2. *de rebus ex cauſa dotis, non ſimpliciter, filiæ donatis accipiendum eſſe.*
8 *Quænam Papinianum in* d.l.Pomponius, *mouerint vt pro filia reſponderet?*
9 *Cur in* d.l. *ſpecie filia rem ex dotis cauſa à patre donatam conferre non teneatur?*

1 QVod † capite ſuperiore diximus donationem à
patre in filiamfamilias collatam iure vetere non
valuiſſe ex *l.donationes. 31.§. pater. D. de donat. l.ſiue
emancipatus.17.C.eodem l.4.D.pro donat.l.1.Cod.de inoffic.donat.l.ſi donatione.13.Cod.de collat.* non putant no-
ſtri fuiſſe perpetuam. Excipiunt enim cauſam dotis, cuius
fauore iam olim receptum volunt vt inter patrem & fi-
liamfamilias valeret donatio, in eamque rem nituntur
paſſim eleganti illo Papiniani reſponſo quod extat in *l.
Pomponius Philadelphus.35.D.fam.erciſ.* In cuius ſpecie
cùm proponeretur pater quædam prædia filiæ ſuæ dotis
cauſa tradidiſſe, eorumq; reditus genero ſolui mandaſſe,
tum quæreretur an poſt mortem patris accepto inter fi-
liam cæteróſque patris ex teſtamento cohæredes familiæ
erciſcundæ iudicio, præcipua ea retinere filia poſſet, Reſ-
pondit Papinianus, iuſtam cauſam retinendæ poſſeſſio-
nis habere filiam, quoniam pater prædia de quibus quæ-
rebatur dotis eſſe voluerat, & matrimonium poſt mor-
tem quoque patris ſteterat: Filiam enim quæ naturaliter
agros tenuit ſpecie dotis cuius capax fuiſſet, defendi.
2 † At videamus, ne ex hoc ipſo Papiniani reſponſo recep-
tiſſima hæc noſtrorum ſententia apertiſſimè refellatur.
Nam quod ille ait iuſtam retinendæ poſſeſſionis cauſam
habere filiam, non ea ratione fit quòd valuerit donatio
ad transferendum dominium, aut ipſa etiam traditio ad
transferendam poſſeſſionem (vtrumque enim Papinianus
negat, cùm ſcribit filiam agros illos viuo patre non poſ-
ſediſſe, ſed tenuiſſe, quod longè diuerſum & minus eſt, *l.
ſtipulatio iſta.38.§.planè ſi tenere de verb.oblig.* Et tenuiſ-
ſe naturaliter tantùm, id eſt re ipſa vt in *l.3.§.aperire. D.
de S.C.Silan.l. in cauſa.25.§. idem Pomponius. D.de mi-
nor.* ſeu corporaliter, & vt noſtri loquuntur de facto po-
tiùs quàm de iure. (Sed quia naturalis illa & corporalis
poſſeſſio quam ex contractu nanciſci filia non poſſet ſi
non haberet, faciliùs defendi poſſit apud arbitrum fami-
liæ erciſcundæ, idque ex æquitate propter voluntatem
patris qui ea prædia dotis eſſe voluerat, non aliam ob
cauſam, quàm vt ferendis matrimonij oneribus ſubſerui-
rent. Id enim vel ipſa dotis appellatio præmonſtrat, *l.pro
onerib.20.C.de iur.dot.* Eadem porrò cauſa mortuo etiam
patre ſubeſt ſi diuiſionis tempore conſtet adhuc matrimo-
nium. Idem igitur retentionis ius filiæ ſaluum eſſe debet,
cùm negari non poſſit, quin conſtante matrimonio filia-
familias capax ſit habendæ dotis. † Itaq; dubitandi ratio 3
illa erat, quòd re vera nec donatio valeret in filiamfami-
liàs collata, licèt dotis nomine, nec traditio, quæ ſcilicet
ipſi filiæ facta fuerat, cùm tamen non ipſi, ſed genero fi-
liæ nomine fieri debuiſſet. Nam & hinc illud eſt, quòd
paſſim videas iuris auctores ita loqui vt dotem genero fi-
liæ nomine potiùs quàm ipſi filiæ datam dicat. Quòd ſi
quando filiæ datam legimus, ſic omnino intelligere de-
bemus, vt tamen genero non filiæ traditio facta ſit. Quo-
modo enim poſſet fieri dñs dotis. *§.1. Inſt. quib.alien.li-
cet vel non l.dote.6.C.de rei vind.* ſi nulla traditio præce-
deret? vulg. *l.traditionib.20.C.de pact* † Neque verò exi- 4
ſtimandum eſt, videri hoc caſu traditam dotem filiæ, & à
filia deinde marito quaſi actus vnus traditionis occulte-
tur, vt in *l.3.§.ſed ſi debitorẽ.ff.de don.int.vir.& vx.* quo-
modo ſanè contingeret ſi valeret donatio in filiã collata,
vtputa ſi facta eſſet à matre quæ liberos in poteſtate non
habet, quemadmodum in illa eleganti ſpecie quam idem
Papin. tractat in *d.l.donationes.31.§.ſpecies.D.de donat.*
Cur enim ficta ſubintelligitur traditio, quæ ſi vera inter-
cederet, non valeret? Sanè quamuis traditio dotis genero
facta ſit, atque ita dos in bonis ſeu quod idem eſt in do-
minio bonitario mariti eſſe cœperit, non ideò minùs ta-
men eſt filiæ, *l.quamuis,75. ff. de iure dot.* vtpote cuius
maximè interſit dotem habere, *l.ſeruo legat.69.§.1.de leg.1.*
At neque per traditionem filiæ factam à patre, poteſt fi-
liæfamilias quæri poſſeſſio, cum ex contrario per tradi-
tionem filiæfamilias factam, poſſeſſio patri acquiratur,
*l.1.§.item acquirimus. ff.de acq.poſſ.§.non ſolùm. Inſt.per
quas perſon.nob.acquir.* excepta naturali & corporali poſ-
ſeſſione, quæ ſicut tota facti eſt, *d.l.ſtipulatio iſta.§. hæc
quoque ſtipulatio*, nec proinde in patrem aut dominum
tranſit, *l.qui heredi.44.ff. de cond.& demonſtr.* ita neque
inducere poteſt dominij tranſlationem, quæ ex iure, titu-
ſique habilis poteſtate proficiſcitur, *l.nunquam nuda 31.
ff.de acq.rer.dom.* † Hic porrò nec titulus ipſe dotis vale-
bat ex quo ſecuta traditio proponebatur, vt non obſcu- 5
rè Papin. fatetur, cùm ait filia quæ non niſi naturaliter
agros tenuit, defendi *ſpecie dotis*, id eſt eo colore & præ-
textu potiùs quàm iure. Neque eſt contrarium quod Pa-
pin. ſubiicit eſſe filiam dotis capacem conſtante matri-
monio. Sunt enim hæc longè differentia, Eſſe filiamfami-
lias dotis capacem viuo patre, Et, poſſe filiamfamilias ex
donatione traditam ſibi à patre dotem accipere. Poteſt,
imò verò tenetur pater filiæ nomine genero dotem tra-
dere, quo caſu ipſi filiæ, vt diximus, dos acquiritur, licèt
patri quoque actio de dote ſit communis, *l.2.ff.ſol.matr.*
Sed ipſi filiæ dotem tradere, vt ei acquiratur non poteſt
propter impedimentum patriæ poteſtatis, quæ nullo
prorſus caſu patiatur vt inter patrem & filium aut filiam-
familias ciuilis obligatio contrahatur, ſiue ius vetus ſiue
nouum ſpectes. † Nam neque Iuſtinianus facere voluit, 6
aut etiam potuit vt donationes quas parentes in liberos
conferunt, aliter valeant quàm ſi morte confirmentur, *l.
donationes quas parentes.25.C.de don.inter vir.& vxor.* in
quo hactenus fauit liberis, vt ſpecialis confirmatio ne-
ceſſaria non ſit, ſolúmque donatoris ſilentium ſufficiat:
Cùm tamen Digeſtorum iure omnino neceſſaria eſſet
confirmatio, ſiue ex facto aliquo colligeretur, vt ſi pater
qui filiæ in poteſtate mancipia donauerat, poſtea eman-
cipatæ peculium non ademiſſet, *d.l.donation.31.§. pater*

qui

7 *qui filia. D.de donat.* † Siue expreſſis fideicommiſſi verbis moriens pater voluntatẽ ſuam declaraſſet vt in *l.cum pater.77. §. pater filia.de legat.2.* vbi tamen, quod ſummopere notandum eſt tractat Pap.de patre qui mancipia filiæ nubenti,ac proinde in dotem dederat,nec eo minùs negat valituram donationem ſi verbis fideicommiſſi confirmata non eſſet. Ob idque nimirum eam comparat donationi factæ inter virum & vxorem, & quippe quæ etiam morib. improbetur *l.1.& tot.tit.de don.int. vir.& vxor.* quamuis donatio à patre in filium familias collata deterioris olim eſſet conditionis in eo quod non ſolo ſilentio & ſubſecuta ad mortem vſque donantis perſeuerantia confirmabatur vt donatio inter coniuges, ſed ita demum ſi ſpecialis confirmatio accederet. Nec probare poſſum quod ad eum locum Caſtrenſ. poſt Dyn. notat inueterati erroris euendi gratia, debere id reſponſum intelligi de rebus nubenti filiæ ſimpliciter donatis, non ex cauſa dotis. Vix enim eſt vt quod nubenti filiæ pater dat ſimpliciter,in dotem dare non videatur,niſi extra dotem dare ſe expreſſerit,vt in *§.ſpecies.d.l. donationes.* cum patris officium illud ſit dotare filiam *l.capite 19. D. de rit. nupt.l.vlt.C.de dot.promiſſ.* in dubio autem præſumendus ſit quilibet, officio ſuo ſatisfacere, potiùs quam meram & reuocabilem liberalitatem in alium conferre voluiſſe.

8 *arg.l.ſ.2.& 3.D.de ſolut.* † Ergo in ſpecie *d.l. Pomponius*, ſi res à patre ex cauſa dotis donatas, & traditas filia non poſſideret,non ideirco poſſet illas à cohæredibus petere, multóq. min⁹ præcipuas ſibi vindicare,quòd dotis capax etiam viuo patre fuiſſet. Ex inutili enim contractu non daretur actio. Sed quia iam naturaliter illas tenebat, faciliùs eſt vt ab arbitro familiæ erciſcundæ detur ei retentio ad conſeruandam patris inter liberos voluntatem, quamuis iure deſtitutam, *l.quoties. 10. l. filij.16.l.vlt.C. famil.erciſcund.facit l.parentibus.C. de inoff.teſtam.* Pater enim prædia illa dotis eſſe voluerat, id eſt filiæ acquiſita ex ea cauſa cuius capax erat filia (tametſi genero non filiæ dotem tradere pater debuiſſet)matrimonium autem, inquit Papin.poſt mortem quoque patris ſteterat. Vt intelligamus non niſi conſtante matrimonio dotis capacem eſſe filiam,aut certè, ſi moriente patre iam ſolutum fuiſſet matrimonium, aliud reſponſurum fuiſſe Papinianum. Cùm tamen ſi donatio valeret,nihil planè intereſſet an ſolutum eſſet matrimonium nécne,ſicut nec referret an filia ipſa an cohæredes poſſiderent. Semel enim perfecta donatio neque ex ſuperueniente caſu,neque ex poſſeſſionis amiſſione irrita fieret.Denique tria ſunt quibus concurrentibus mouetur Papinianus vt pro filia reſpondeat,quòd eſſet illa in poſſeſſione bonorum donatorum ex voluntate patris,quòd facta eſſet filiæ traditio ex ea cauſa cuius capax fuiſſet,id eſt,dotis nomine. Poſtremò quòd poſt patris quoque mortem matrimonium conſiſteret. Quæ ſi omnia non concurrant,dico legis ſententiam rationémque corruere.

9 † Sanè quod ibidem Papin. ait non cogi filiam ea prædia fratrib. iiſdémque cohæredibus conferre,nihil iuuat receptam noſtrorum interpretationem. Non enim rationem illam habet quòd donatio valuerit,quæ autem ab initio valet ſimpléxque eſt donatio conferenda non ſit, *l.illud.20.§.fi.C.de collat.* ſed quia pater teſtatus proponebatur. Iure autem Pandectarum ceſſabat facto teſtamento neceſſitas collationis, niſi eam teſtator expreſsè iniunxiſſet, *l.1.& Auth.ex teſtamento. C.de collat.* Cæterum inteſtato mortuo patre qui prædia filiæ in dotem tradiderat, aliud proculdubio Papin. reſpondiſſet,quoniam quæ ratio ceſſante collationis neceſſitate tribuit filiæ retentionem,ſcilicet voluntas patris,& fauor poſſeſſionis ac matrimonij,ea ſanè non impediret collationem, cum donatio non valuerit. Nam quod à nonnullis traditum video, dotem olim conferri non debuiſſe, ſi non id teſtator nominatim iuſſiſſet, ex *l. Theopompus 14. D. de dot.prseleg.* idque poſtea iure Codicis immotatum ex *l.ſi ſoror.8.C. de collat.* prorſus à ratione alienum eſt. Siquidem in *l.Codicis tractatur de ſucceſſione inteſtati*,in qua conferri dotem debuiſſe apparet ex *l.filia dotem 4.l.dotis.5.l.filia licet.12.C. eod.& ex tot. tit. D.de collat.dot.* At in *l.Theopompus*,de ſucceſſione teſtati,ſicut & in *d.l.Pomponius Philadelphus*.In qua tamen obſeruandum eſt non de illo Papinianum quærere,an donata prædia conferre fratribus deberet, de quo certum ius erat facto per patrem teſtamento. Nec rurſus an donatio fauore dotis valeret, quam vtique nemo ex iuriſperitis eorum temporum valere dixiſſet. Sed de eo duntaxat,quod erat longè difficilius & elegantius, An prædia donata perinde poſſet filia in paternæ hæreditatis diuiſione retinere, ac ſi donatio valuiſſet. Quod certè vix quiſquam admitteret,ſi Papiniani reſponſum non haberemus.

CAPVT XIII.

Ad l.ſi vir. 3.D.pro donat. & l.nunquam.31. D. de vſucap.

SVMMARIA

1 *An iuris error,qui facti errorem ſuper validitate tituli immixtum habet, ad incheandam complendámque vſucapionem valeat?*

2 *An in* d.l.ſi vir. *&* l.ſed etſi.de don. int. vir. & vxor. *error mulieris exiſtimantis rem ſibi donatam maritu, non alienam fuiſſe bonam fidem inducat?*

3 *Cur in* d.l. ſi vir. *mulieri in iure erranti procedat vſucapio?*

4 *An procedat vſucapio rei alienæ,quam quis in facto errans à pupillo ſine tutoris authoritate comparauit?*

5 *Reſpondetur ad* l.nunquam.31.de vſucap.

6 *An in* d.l.ſi vir. *maritus dominium tra ſlaturus fuiſſet, ſi rem propriam donaſſet?*

IVris † quidem error in vſucapionibus & ad acquirendum nemini prodeſſe ſolet, *l.iuris ignorantiam.4.ff.de iur.& fact. ignor.* Sed ſi tamen errorem facti immixtum habeat,non ſuper exiſtentia, vt noſtri loquuntur,ſed ſuper validitate tituli, vulgo creditum eſt poſt gloſſ. Bart. & alios in *l.ſi vir.3.ff.pro don.* prodeſſe errorem iuris ad inchoandam complendámque vſucapionem, & omnis generis præſcriptionẽ. Cuius ratio illa redditur, quòd quicquid ſit de iuris errore, facti error planè bonam fidẽ inducat contingentem abſque vlla culpa errantis in iure, qui etſi ius omnino cognitum habuiſſet,nihilominus ob ignorantiam facti bonam fidem haberet, quæ non tantùm ad præſcriptionem ſufficit, ſed etiam ad vſucapionem,cùm adeſt titulus licet inualidus. Exemplum verò ſumitur ex *d.l.ſi vir.3. ff. pro donat. & l.ſed etſi.25.ff.de donat.vir.& vxor.* quibus locis reſponſum eſt,ſi vir vxori rem alienam donaret quam vxo. donatoris eſſe putabat, procedere vſucapionem pro donato, rametſi error iuris interueniat ex parte vxoris exiſtimantis valere donationes factas inter coniuges. Mihi neque traditio hæc probari poteſt, neque exemplum. † Nam in ſpecie *d.l.ſi vir.& d.l.ſed etſi*, error mulieris exiſtimantis mariti fuiſſe rem donatam quæ erat aliena, tantùm abeſt vt inducere poſſit bonam fidem, vt potiùs inducat malam. Facit enim vt tanto magis opinari mulier debeat ſe eam rem accipere contra leges, & iure prohibente ex quo mala fides naſcitur, *l. quemadmod.7.C.de agric.& cenſit. lib.11.tit.47.* Quod & Didacus Couarruuias obſeruauit in *2. part.relict.c.poſſeſſor.§.7. num.10.* poſt Caſtrenſem, cui nec communis ſententia placuit, niſi eo demùm caſu quo error facti bonam fidem inducat,non quòd ad exiſtentiam tituli quem ſubeſſe ſemper neceſſe eſt, *l.Celſus. 27. Dig. de vſucap.* (niſi in eodem facti errore concurrant, & qui tradit & qui accipit, quæ ſpecialis ratio eſt, *d.l.ſi exiſtimans.48.eod.* aliàs *l.3.D.pro ſolut. l.hominem. 3.ff.pro ſuo* quamuis ex *d.l.Celſus*, non obſcurè appareat diſſenſiſſe hac in re veteres Iureconſultos) ſed quod ad ipſius tituli validitatem. Atque ita ego quoque ſentio.

3 †Nam quod ſcriptum eſt in *d.l.ſi vir*, non eam rationem habet quòd mulier erraret in facto. Quid enim ſi non eraſſet, ac alienam rem ſciuiſſet? Minùs certe peccaſſet contra leges, quæ donationem inter coniuges prohibẽt. Quanquam alia ratio vſucapioni obſtitiſſet, nempe quòd in mala fide fuiſſet ob alienæ rei ſcientiam. Illa igitur ratio legis eſt, quòd plus ſit hoc caſu in re quam in exiſtimatione. Sufficit enim non eſſe prohibitam donationem, cùm res ſit aliena. *d.l.ſed etſi.25 in fin.* his verbis *quæ quia aliena eſt vſucapi poteſt.* Nam ita fit vt nullus ſit error iuris in muliere putante contractum hunc valere, quamuis error ſit in cauſa, vt Caſtr. loquitur, aut potiùs in genere, quoniam ignorabat mulier prohibitas eſſe
4 inter virum & vxorem donationes. †Eadem ergo ratione admittendum eſt, quod tamen idem Caſtrenſis & poſt eum Didacus negat. Eum qui rem alienam à pupillo emerit non adhibita ea ſolemnitate quæ iure neceſſaria eſt, poſſe eam rem vſucapere aduerſus verum dominum, non propter errorem iuris aut facti (vterque enim malæ fidei potiùs quàm bonæ præſumptionẽ hic inducit) ſed propter factum ipſum reique veritatem, quòd reuera nõ ſit res pupilli, ſed aliena. Nã & hic quoque vt & in ſpecie *d.l.ſi vir.* plus eſt in veritate quàm in opinione *l.regula. 9.§.qui ignorauit.ff.de iur.& fact.ig.l.ſi pater.4.§.quoties de manum.vind.§.ſi quis rem ſuam.11. Inſt.de legat.* licèt aliquando contingat ex contrario plus valere quod in opinione eſt, quàm quod in re *l.qui putat.15.ff.de acquir. hæred.d.l.2 §.ſi à pupillo.ff.pro emptor.* Sic enim eo loco legendum eſſe *vt hic plus ſit in exiſtimatione quàm in re*, ingenioſè Iacob. Cuiacius vt alia innumera obſeruauit. Et ſanè nihil eſt quod prohibeat vſucapionem alienæ rei quam quis à pupillo ſine tutoris auctoritate comparauerit. Non rei vitium, quia eſt aliena, non perſona ipſa pupilli, quoniam non eſt hac parte fauorabilis pupillus, cuius nimirum nihil intereſt, cùm neque fiat pauperior, qui alienam rem vendit, neque ex contractu ſine tutoris auctoritate inito de euictione obligetur *l. Iulianus. 13.§.ſi quis à pupil.ff.de act.empt.§.1. Inſt.de auctor.tutor.* Quin & ſi quis à pupillo rem ipſius pupilli emerit ſine tutoris auctoritate poterit vſucapere, dummodò puberẽ eum fuiſſe crediderit, ſicut & qui emit à furioſo, quem mentis compotem eſſe putabat, *l.2.§.ſi à pupillo, & §.ſi à furioſo.ff.pro emptor.* Quodſi error facti prodeſt ad eam vſucapionem, quæ reuera & pupillo & furioſo damnum afferat, quantò faciliùs admittendum eſt, prodeſſe debere, cum res eſt aliena, nec pupilli intereſt, hoc eſt, cùm non emptoris ſola opinio, ſed ipſa rei veritas vſucapioni patrocinatur? Sed & faciliùs hoc admitti poſſit, quam quod Pomponius reſpondit in *d.l.ſi vir.* Ibi enim iuris error talis eſt vt ſi rei veritas cũ mulieris donatariæ opinione in facto concurreret, hoc eſt, ſi donatoris mariti res eſſet, non aliena, nullomodo valeret donatio tanquam moribus improbata. At in ſpecie de qua diſputamus, etiamſi pupilli res eſſet quam is vt ſuam vendit, cùm ſit aliena, nihilominus valeret contractus etiam ſine tutoris autoritate initus. Non quidem ex parte pupilli, qui certè non obligatur ſine tutore, ſed ex parte emptoris, vt apertè ſcriptum eſt in *d.§.ſi quis à pupillo*, quamuis non idcirco vſucapere emptor poſſet, niſi puberem credidiſſet *dict. §. ſi à pupillo.* Ergo cum res eſt aliena cur non vſucaperet & emptor rem poſſidens ex contractu quæ nec rei veritas, nec ipſius emptoris opinio inualidam fecerit?
5 † Neque obſtat quod ex Proculo Paulus ſcribit in *l.nunquam vſucapionibus.31.ff.de vſucap.* ſi per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus eſt, vel poſt longum tempus venditionis peractum vſucapi rem non poſſe, quia iuris error eſt. Nõ enim tractatur eo loco de aliena re per pupillum vendita, vt Caſtrenſis, Didacus, & cæteri exiſtimant, qui ex illo textu mouentur, ſed de re pupillari quam pupillus ſine tutoris auctoritate vel ea malè interpoſita vendiderit ei qui impuberem eſſe non ignorabat, ſed putabat ſufficere vt tutoris auctoritas quandocunque interueniret, ſiue ab initio, ſiue ex interuallo. In quo nimirum emptor errabat in iure. Tutoris namq; auctoritas interponi debet in ipſo negotio, id eſt, ſtatim atque perfectum eſt, abſque vllo interuallo *l.obligari.9.§.tutor. ſtatim.ff.de autor. Iunct.l.ſi quis mihi bona.25.§.iuſſum.ff.de acq.her.* Quòd ſi aut ab initio interpoſita eſt aut ex interuallo, perinde eſt ac ſi non eſſet *l.2.ıll.tit.de autor.tutor.* Itaque error ille iuris emptori non proderit vt rem pupilli poſſit vſucapere, quem procul dubio vſucaperet ſi eſſet aliena, quamuis pupillarem credidiſſet arg. *d.l.Sed & ſi 25. de donat.int.vir.& vxor.& d.l.3.pro donat.* Id enim & ſi pupillo vtile eſt vt acceptum precium reſtituere nõ teneatur, nec ſi locupletior factus ſit *l. qui alienam.54. ff.de euict.l.ſi obligata.19. C.eo l.2. C.de reb.alie.non alienand.* quod alioqui eo caſu reſtituere teneretur *l.eatenus.10. ff.de inſtit.act.l.1.§.an in pupillum.ff.depoſit.l.naturaliter. 13.§.vlt.cum l.ſeq.de condict.indeb.* Proinde hoc etiam caſu verum eſt, quod Accurſ. ad *l.Pomponius.13.§.ſi iuſſu. ff.de acq.poſſ.* adnotauit verum eſſe in ſpecie *d.l.ſi vir.* non eſſe hic locum regulæ iuris, quæ habet. Eum qui alienam rem vendit ita demùm transferre in emptorem vſucapiendi conditionem, ſi propriam rem vendendo translaturus ille eſſet dominium. Et miror reprehendi hoc nomine Accurſium à Didaco *d.§.7 in fin.* †Sed illud 6
magis miror, quod vir doctiſſimus ſcripſit, in ſpecie *d.l.ſi vir*, tranſlaturum fuiſſe maritum dominium ſi rem propriam donaſſet. Quod eſt apertè contra *d.l. ſed etſi. 25.de donat.int.vir.& vxor.* Niſi fortè eũ fefellit quod in *d.l.ſi vir*, ſcriptum eſt, vſucapionem ita demum procedere poſſe ſi pauperior is qui donaſſet non fieret. Quo vno caſu conſtat receptas eſſe inter virum & vxorem donationes *d l.25.* At conſiderare debuerat, aliena re donata debuiſſe conditionem illam adiici, quia variis modis contingere poſſit, vt etiam qui alienam rem dat pauperior ex eo fiat, puta ſi alienam ſciat & ad exonerandam fortè conſcientiam aliam precioſiorem poſteà dederit domino, qui ſuam alioqui vindicaturus erat. Propria verò re donata nõ niſi abſurdè diſtinctioni huic locum eſſe, quia fieri ſanè nequeat vt pauperior non ſit, qui rem ſuam donat *l.filiusfamilias.7.ff.de donat.* qui de bonis ſuis aliquid erogat *l.ſi ſponſus.5.§.cùm igitur.17.de donat.inter vir.& vxor.* Quam ob cauſam Iuriſc. in *d.l. ſed etſi*, donationẽ valere defendit: Ea ſola ratione quòd res aliena eſſet, ſignificans apertiſſimè non fuiſſe valituram ſi donatoris res propria fuiſſet.

Capvt XIV.

Ad l.ſi vnquam.8. C. de reuoc. donat. & l.cum auus.102.D.de cond.& demonſtr.

SVMMARIA.

1 *An quod in* d.l.ſi vnquam, *in patronorum donationibus ſpecialiter inductum eſt, ad quoſlibet donatores trahendum ſit?*

2 *An item ad eum pertineat qui poſtquam vxorem duceret fauore nuptiarum donauit, ſibi nuptias liberóſque legitimos quæſiuit?*

3 *Fundamentum ſententiæ Molinæi in hac quæſtione.*

4 *An quod Papinianus in* d.l. cùm auus, coniectura pietatis, *reſponſum dicit, bene à Iuſtiniano expreſſum ſit in* l. cùm acutiſſimi, C. de fideicom. *in verbis illis,* ne videatur teſtator, &c.

5 *Quid per pietatis coniecturam intelligat Papinianus?*

6 *Quando locus ſit regulæ & rationi Iuſtinianeæ* d.l.cùm acutiſſimi.

7 *An eadem pietatis coniectura donatio liberis ſuperuenientibus reuocetur, quæ fideicommiſſum in* d.l.cùm auus *excluditur?*

8 *Vtrum præſumatur quis liberos ſuos magis, quàm ſeipſum dilexiſſe?*

9 Dona

9 *Donationem puram inter viuos irreuocabilem eſſe, nul-
laſque conditiones recipere.*
10 *Donationes inter viuos contractuſque omnes ab vltimis
voluntatibus quoad interpretationem differre.*
11 *Probatur, perfectam inter viuos donationem ex ſuper-
uenientia liberorum euerti non poſſe.*

1 CONſtantini † reſcripto quod extat in *l. ſi vnquam* 8.
C. de reuoc. donat. reuocantur ipſo iure donationes
omnes, quas patronus filios non habens in libertũ con-
tulerit, ſi poſteà liberos ſuſceperit: Fauore, vt apparet, li-
berorum ſuperuenientium. Et vt vulgo noſtri ſentiunt,
Ea pietatis coniectura, quòd credibile ſit non fuiſſe
donatorem liberto donaturum ſi de libertis poſteà ſuſ-
ceptis cogitaſſet. Quis enim tam inhumanus, vt ſine
cauſa ſobolem alienam propriæ præferre velit? *l. cùm acu-
tiſſimi.* 30. *Cod. de fideic. l. aũ auus.* 102. *de cond. & demonſtr.*
Hinc verò mouentur interpretes ferè omnes vt quod
in patronorum donationibus ſpecialiter Conſtantinus
induxit, ad quoſlibet donatores protrahendum exiſti-
ment, quòd in omnibus donatorum perſonis eadem
pietatis coniectura locum habeat, nec in pari cauſa di-
uerſum ius conſtitui debeat, cùm diuerſitatis ratio red-
di non poteſt *l. illum.* 32. *ff. ad legem Aquil. l.* 3. *§. vnde*
2 *etiam. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact.* † Sed & quod magis
mirum eſt, itaiacto principio inferunt idem quoque
admittendum eſſe ſi quis alteri vxorem ducenti fauore
nuptiarum donauerit. Secutis enim nuptiis ſuſceptiſ-
que ex matrimonio liberis non eò minus reuocandam
donationem ſi donator quoque poſt donationem ſibi
nuptias liberóſque legitimos quæſierit. Eadem omni-
um pietatis coniectura. Quod in Pariſienſi ſenatu pro
Carolo Molineo iudicatum teſtatur Paponius *lib.* 11.
ſynteg. tit. 1. *De donat.* §. 10. & Molin. ipſe in eo tractatu,
quem propriæ litis inſtruendæ gratia conſcripſit, *De
don. matr. num.* vbi & ſeipſo propter victoriam factus au-
3 dacior & clarior, † contendit tanta æquitate niti hanc
ſententiam vt iam olim longè ante Conſtantinum pla-
cuerit Papiniano in *l. tale pactum.* 40. *§. vlt. ff. de pact.* In
cuius eleganti ſpecie cùm proponeretur pater qui dotẽ
promiſerat pactus eſſe, vt poſt mortem ſuam ſi in matri-
monio ſine liberis filia decederet, dotis portio apud
hæredem ſuum fratrem remaneret: Reſpondit Papinia-
nus eam conuentionem liberis à ſocero poſteà ſuſcep-
tis & hæredibus teſtamento relictis per exceptionem
doli prodeſſe debere, Ratione illa, quòd inter contrahẽ-
tes id actum ſit vt hæredibus conſulatur, & eo tempore
quo pater filios non habuit in fratrem ſuum contuliſſe
ſupremum iudicium videatur. Et verò ſi alia ratio non
eſt Conſtantinianæ legis quàm coniectura pietatis, ne-
gari non poteſt quin Iuriſconſultorum temporibus ea-
dem reuocandæ donationis cauſa ſubeſſet. Nam & eadẽ
ratione motus Papinianus in *d. l. cùm auus.* 102. *de cond.
& demonſt.* reſpondit defeciſſe videri conditionẽ fidei-
commiſſi quod auus à nepote reliquerat ſi intra trige-
ſimum ætatis annum moreretur, cùm nepos ille grauа-
tus, relictis liberis intra eam ætatem deceſſiſſet. *Conie-
ctura,* inquit, *pietatis, quod minus ſcriptum quàm dictum
4 fuerat, inuenitur.* † Cuius reſponſi æquitatem & ſub-
tilitatem admiratus Iuſtin. in *d. l. cùm acutiſſimi.* 30. *C.
de fideic.* idem generaliter conſtitutum voluit, quoties
aliquis ex deſcendentibus alteri hæreditatem poſt obi-
tum ſuum reſtituere rogatus proponatur. Addita etiam
ratione illa *ne videatur teſtator alienas ſucceſſiones propriis
anteponere.* Quibus verbis videtur Iuſtinianus explica-
re pluribus verbis voluiſſe quod breuiùs ſuo more Pa-
pinianus expreſſerat *coniectura pietatis.* Sicque vulgo in-
terpretes omnes exiſtimant, quaſi pietas cuius conie-
ctura motus eſt Papin. in eo eluceat, quòd non ſit cre-
dendus teſtator alienas ſucceſſiones velle propriis an-
teponere. In quo vereor ne Papiniani elegantiam Iuſti-
nianus minùs perceperit, indéque omnibus interpreti-
bus Iuſtiniano duce errandi præceps occaſio data ſit. Nã
ſi verum amamus, non potuit Papinianus eam pietatis
coniectura moueri, quòd non eſſet veriſimile teſtato-
rem auum qui nepoti fideicommiſſum iniunxerat, alie-
nam ſobolem propriæ præferre voluiſſe. Siquidem pro-
ponebatur in ea ſpecie rogatus nepos vt hæreditatem
non alicui extraneo, ſed patruo ſuo reſtitueret, ac pro-
inde ipſi ſoboli teſtatoris adeoque proximiori. Eſt enim
filius vno gradu proximior nepote, tametſi iam olim ob-
tinuerit, vt in cauſa ſucceſſionis aui cõcurrerent patri ſi-
que perſonam aut ſaltem gradum nepos repræſentaret,
§. cùm filius. Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. defer. † Coniectu- 5
ram igitur pietatis eam Papinianus intellexit, quæ fa-
ciat vt non videatur auus nepotem de reſtituenda hære-
ditate rogaſſe in eum caſum, quo nepoti adnaſcerentur
liberi, propterea quòd pietatis cauſa ſuadeat, liberis
potiùs quàm patruo hæreditatem nepotis relinqui de-
bere, neque credendus ſit auus pro nepote id conſilium
cœpiſſe quod nepos ipſe non niſi impiè capturus eſſet.
Impius enim ille ſit qui hæredem ſibi patruum potiùs
quam proprios liberos eligat. Vnde & inofficioſi teſta-
menti querela quæ liberis immerentet exhæredatis cõ-
petit, impietatis querelam continere dicitur, furoriſq;
ïmpropetium, quaſi furioſus nec ſanæ mentis fuerit pa-
ter qui propriis liberis eam iniuriam fecerit. quibus hæ-
reditatem non ſolum ex communi voto parentum ſed
etiam piè relinquere debuerat *l.* 2. *l. nam etſi.* 15. *ff. de
inoff. teſta.* † Quòd ſi proponas rogatum filium aut nepo-
tem hæreditatem reſtituere extraneo, poterit eo demùm 6
caſu locus eſſe rationi Iuſtinianeæ, Vt ſi liberos grauа-
tus ſuſceperit fideicommiſſũ euaneſcat: ne alioqui alie-
nas ſucceſſiones propriis anteponuiſſe teſtator videatur.
Sed mala tamen ratio erit, quia nec generalis, nec à
contrario ſenſu capta contrarium ius inducere poterit
cùm etſi propriam ſobolem per fideicommiſſum teſtator
vocaſſet, non aliud iuris conſtitui deberet. Itaque nõ ſo-
lùm ſuperuacuum, ſed etiam ſtultum eſt tam elegantis
reſponſi Papiniani aut duplicem rationem quærere aut
aliam quàm quæ à Papiniano expreſſa eſt. Ex qua porrò
apparet, malè noſtros eo reſponſo abuti vt probent re-
uocari donationes ex liberorum ſuperuenientia, conie-
ctura illa pietatis quòd non ſit credendus donator alie-
nas ſucceſſiones propriis anteponere voluiſſe. Sanè que-
madmodum in *l. cùm auus,* potior eſt cauſa liberorum
hæredis grauati quàm fideicommiſſarij, ex ea pietatis
coniectura, quòd liberis potius quàm collateralibus aut
aſcendentibus piè relinqui hæreditas debeat. Ita viden-
tur non malè dici poſſe ex eadem coniectura præferen-
dos donatario præſertim extraneo liberos donatoris de
quib. donationis tẽpore donator non cogitauerit. Mul-
toque magis in donatore vſurpari, quod in teſtatore Iu-
ſtin. ſcribit *d. l. cùm acutiſſimi,* non fuiſſe veriſimiliter
donatorem prælaturum extraneos liberis, ſi de liberis
cogitaſſet. † At videamus ne in hoc ipſo quoq; noſtri 7
decipiantur exiſtimantes eadem pietatis aut voluntatis
coniectura donationem reuocari, & fideicommiſſum ex-
cludi. Quaſi verò vtrumque ſit æquè facilè: ac non lon-
gè difficilius ſemel perfectam donationem reuocare aut
pro donatoris arbitrio interpretari, quàm fideicommiſ-
ſarium iuſta dubiæ voluntatis interpretatione exclude-
re. Etſi enim dici ſolet donationem non eſſe contractũ,
propterea quod inter donatorem, & donatarium nullum
negotium geratur, *l. interdictum.* 14. *D. de procur.*) quid
enim, obſecro negotij eſt in conferendo aut ſuſcipiendo
beneficio ?) perinde tamen irreuocabilis eſt atque ſi
eſſet contractus vltrò citróque obligatorius, cùm dona-
tio pura & inter viuos ſic fiat ne donator recipiat *l.* 1. §.
1. *ff. eod.* & vt ſtatim res fiat accipiẽtis donatarij, nec vllo
caſu ad donatorem reuertatur, vt Iulianus inquitur in
l. 1. *ff. de donat.* & poſt eum Paulus in *l. Senatus.* 35. §. *ſed
mortis cauſa. ff. de mort. cau. don.* vbi addit eum qui verè &
abſolutè donat, malle donatarium habere id quod do-

 natur

natur, quam ſe ipſum. Proinde cur nō admittamus malle eum rem donatam ad donatarium quā ad liberos ſuos
8 peruenire † niſi fortè quis putet donatorem liberos ſuos magis quàm ſeipſum dilexiſſe, quod ſanè ordo charitatis non patitur, quem à ſeipſo incipere quiſque debet. Et quamuis liberorum amor & coniunctio faciat vt pater & filius vna eadémque perſona exiſtimentur, *l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit.* filiuſque dicatur pars corporis paterni *l. cum ſcimus.* 22. *C. de agric. & cenſit. lib.* 11. *tit.* 47. id tamen eò pertinet vt patris propter liberos eadē conditio ſit quæ propter ſeipſum, vt in ſpecie *l. iſti quidem.* 8. *§. vlt. ff. quod met. cau.* vbi quod lex ait *cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur*, non ſic accipiendum eſt vt parentes magis terreantur in liberis quam in ſeipſis. Quis enim, ſi in malis electio detur, ſtuprum pati malit quam filium ſuum? ſed vt per filij corpus pater penè magis quàm filius periclitetur vt Iuſtin. loquitur in *§. vlt. Inſt. de noxal. act.* Denique quod ſibi licere nemo vult vix eſt vt liberis ſuis etiam hæredibus exceptum velit. Nam & qui mortis cauſa donat, licèt malit ſe habere quàm donatarium, mauult tamen donatarium habere quàm hæredem *l.* 1. *& d. l. Senatus. §.* 1. *de mort. cau. don.* quamuis quod de liberis dicitur, idem de hærede quoque dicatur, eadem cum defuncto perſona cenſeatur *l. vlt. C. de hæred. inſtit.* nec fauorabilior cauſa eſſe debeat liberorum quàm extranei hæredis, ſiue ſint illi hæredes ſiue non ſint. Nam ſi hæredes ſint, cur non defuncti factum præſtare teneantur? ſi non ſint, cur eorum fauore reuocetur donatio bonorum quæ ad alios quàm ad ipſos perueniant? Aut cur ipſi donatori liceat reuocare donationem propter liberos, quibus non cogatur ille relinquere quæ extraneo donauerat. Illud ſiquidem fateri omnes coguntur quod Conſtantini lex diſertis verbis expreſſit, donationem ex ſuperuenientia liberorum reuocatam non liberis acquiri, ſed in donatoris arbitrio ac ditione manere. An verò liberorum qui nondum nati ſint præſentiam requiremus vt firma & irreuocabilis fiat donatio, cùm & abſentibus iis qui iam nati ſunt, firma ac irreuocabilis fieri poſſit? *l. velles necne.* 8. *C. eod. tit. de*
9 *reuoc. donat.* † An potius donationem puram & abſolutam) ſic enim noſtri appellant *d. l. Senatus. §.* 1. *l. Seia.* 42. *§. vl. de mor. cauſ. donat.*) ſub tacita conditione factam dicemus? ſi donator liberos poſteà non ſuſcipiat? Atqui ſunt hæc pugnantia, Puram & abſolutam eſſe donationem. Et tacitam vllam habere conditionem. An veriùs quis dixerit puram quidem & abſolutam eſſe donationem, ſed ſub conditione reuocabilem? Exemplo venditionis factæ ſub pacto addictionis in diem aut legis commiſſoriæ *l.* 2. *ff. de in diem addict. l.* 1. *ff. de leg. commiſſ.* At donationis inter viuos non magis proprium eſt vt purè fiat, quàm vt nullo caſu reuocari poſſit *d. l.* 1. *de don. l. vbi ita.* 17. *ff. de mor. cau. don.* Idque nimirum eſt quod dicimus fieri eam abſolutè, hoc eſt abiecta omni ſpe reuocationis. Quod non contingeret ſi reuocabilem eam faceret tacita illa conditio. Si donatori non adnaſcantur liberi. Denique cum ſaltem verbis pura & abſoluta ſit donatio, non poteſt ea tacita conditio induci niſi per interpretationē. Atqui quoties in donationibus ambiguitas aliqua eſt quæ interpretationem requirat: ampliſſima ſemper fieri debet interpretatio contra donatorem *cap. cum dilecti. Ext. de don.* nempe quoniam in eius poteſtate legē fuit apertiùs dicere arg. *l. veterib.* 39. *de pact.* Quam ob cauſam generaliter traditum legimus perfectā donationem conditiones nullas recipere *l. perfecta.* 5. *C. de donat. quæ ſub mod.* quod ego generaliter quoque ſic intelligo, vt neque expreſſam conditionem adiicere teſtator poſſit, neque tacitam per interpretationem. Alioqui nunquam cenſeretur perfecta donatio ſi quandocumque liceret donatori pro arbitrio comminiſci quid ille cùm donaret ſenſerit, quámve liberalitati ſuæ con-
10 ditionem tacitè ineſſe intellexerit: † In quo potiſſimùm ſanè differunt donationes, præſertim inter viuos, contractúſque omnes ab vltimis voluntatibus, quæ quoniam ab vnius tantùm hominis voluntate dependent, eáque libera) nulla enim ex teſtamento actio naſcitur contra teſtatorem, ſed tantùm contra eius ſucceſſores) recipiunt interpretationem ex ſola coniectura voluntatis, morientium deſideriis vt viuentium arbitrio æſtimatis, vt ait *l. quoniam.* 4. *C. de natural. liber.* Nec in eo aliqua fit iniuria ei qui capit ex vltima alterius voluntate, ſi non plus ei detur quàm dare teſtatorem voluiſſe appareat, aut veriſimile ſit. In contractib. verò quoniam obligatio ſtatim naſcitur, quæ niſi mutuo contrahentium conſenſu diſſolui non poteſt *l. ſicut.* 5. *C. de obliga. & actiō.* nulla poteſt fieri interpretatio ex ſola alterutrius voluntate. Illud certè inſpici præcipuè debet quid actū ſit, at non quid ab hoc aut ab illo, ſed quid inter vtrumque. Alioqui ferè eſt vt à contractu pro arbitrio recedere poſſit qui contractum pro arbitrio interpretari poteſt. Eadémque, vt dixi, puræ donationis cauſa eſt licet propriè contractus non ſit. Eſt enim contractui ſimillima quod ad vim & poteſtatem obligationis pertinet, vt ſemel perfecta nunquam poſſit reuocari ſiue ex pœnitentia, *d. l. velles necne, l. poſſeſſionem.* 3. *C. de reu. don.* ſiue alio
vllo caſu d. l. 1. *ff. de donat.* † Quam in rem extat quoque 11
Iuſtiniani Conſtitutio in *l. vlt. C. eod. Generaliter*, inquit, *ſancimus omnes donationes lege confectas firmas illibataſque manere*, vt nec euerti poſſint niſi ex certis tantùm cauſis ea lege comprehenſis, & limitatis: ſic enim ſubiicit *ex his enim tantummodò cauſis*, inter quas porrò ſuperuenientia liberorum non enumeratur, quæ non erat prætermittenda, ſi Conſtantini legem, quem Iuſtinianus non ignorabat, tam generaliter accipiendam putaſſet ille, quàm noſtri volunt. Nullus enim hodie frequētior modus eſt, aut facilior via euertendæ donationis quàm ſi donator vxorem ducat liberóque ſuſcipiat: adeò vt multos videas quos inconſideratæ libertatis pœniteat vxorem ducere, donatarij odio & in eius fraudem potius quàm deſiderio ſuſcipiendæ prolis, quod & ipſi Molineo vſuueniſſe conſtat, nec ipſe diffitetur. Et verò ſi quo vnquam caſu verum eſſe poteſt quod dici ſolet. Propoſitum in mente retentum nihil operari, An non in contractibus maximè, & iis obligationibus quæ inter viuos contrahuntur locum id habere debet? *l. Lucius.* 88. *aliàs l. codicillis. §. inſulam de legat.* 2. Nam in vltimis voluntatibus non vtique ſemper obtinet, *d. l. cum auus.* 102. *de cond. & demonſtr.*

CAPVT XV.

Ratio & ſententia d. l. ſi vnquam. & l. tale pactum 40. §. vlt. D. de pact.

SVMMARIA.

1 *Facilius ſuperuenientium liberorum fauore reuocari donationem à patrono, quàm à quolibet alio factam.*
2 *An in* d. l. ſi vnquam, *ſuperuenientiam liberorum fauor ſufficiens cauſa ſit ad reuocandam donationem à patrono in libertum collatam?*
3 *Specialem eſſe in patrono* d. l. ſi vnquam, *rationem.*
4 *An quod in* d. l. ſi vnquam *in patrono inductum eſt, in quolibet donatore iure antiquo locum habuerit?*
5 *Quando donatori, vel liberis eius poſt donationem ſuſceptis ſuccurrendum ſit.*

REſtat † vt reſpondeamus ad *l. ſi vnquā*, ex qua om- 1
nes mouentur. Ea verò ſententiam noſtram maniſeſtiſſimè comprobat. Nam, vt initio diximus, & verba ipſa demonſtrant, non de donationibus omnib. generaliter loquitur, ſed de iis duntaxat quas patronus in libertum contuliſſe proponatur, quarum ſanè diuerſa ratio eſt faciliorque reuocatio ſi patrono ſuperuenerint liberi. Cùm & ſi quid libertus de propriis bonis in

fraudem

fraudem patroni eiúſve liberorum alienaſſet, reuocari id poſſet, per Fauianam, nec tantùm à patrono, ſed & à patroni liberis qui in bonis liberti idem ius habent quod patronus ipſe *leg. 2. leg. libertinus. 5. cum ſeq. & paſſ. de bon. libert. l. 1. in prin. §. vlt. & l. 3. Digeſt. ſi quid in fraud. patron.* Quantò igitur faciliùs eſt ſi profuſa liberalitate patronus liberos non habens bonorum ſuorum partem liberto donauerit reuocari donationem fauore liberorum? Atqui, inquies aliud eſſet ſi donationis tempore liberos iam natos patronus habuiſſet. Fit igitur reuocatio ex tacita illa voluntatis coniectura, quòd credibile ſit non fuiſſe patronum liberto donaturum ſi de liberis cogitaſſet. Quæ ratio perinde in cæteris donatoribus ac in patrono locum habet. Et hoc nimirum eſt quod interpretes noſtros præcipites
2 egit. † Sed animaduertere debuerunt, Eſſe quidem hanc cauſam propter quam æquū viſum eſt indulgeri patrono vt donationem in libertum collatam reuocare poſſit, ſed non eſſe tamen ſatis validam & ſufficientem. Ideoque cùm iuris ratio patroni deſiderio refragaretur, Conſtantini lege opus fuiſſe quam apertum eſt præ ſe ferre ius nouum, & prioribus Iureconſultis ac Imperatorib. incognitum: Conſtantinum autem non in omnibus donatoribus, ſed in ſolis patronis hāc reuocandæ donationis rationem approbaſſe. Alioqui cur de patronis tantū locutus eſſet: An quia ex facto inciderat vt de donatione per patronum facta quæreretur? Atqui generalis lex eſt ad Præfectum Prætorio, non ad patronum aliquem ad certam facti ſpeciem reſcripta. Quid item ſi non patronus liberto, ſed cōtra libertus patrono donauerit: deinde liberos ſuſceperit. Quis admittat legem fauore patroni latam in ipſius odium retorqueri, vt perinde ex ſuperuenientia liberorum liberti donatio reuocetur? Eadem tamen reuocandæ donationis ratio ſubeſſet in liberto quæ in cæteris donatorib.
3 † Fatendum itaque eſt ſpecialem eſſe legis illius rationem in patrono, hoc vno æquitatis potiùs quam iuris prætextu fultam, quòd natis patrono liberis, de quibus donationis tempore non cogitauerat, inciuile ſit libertū donationis viribus ſubnixum ſummo iure agere cum patrono cui non ſolum reuerentiam debeat, ſed etiam vitam, & quæ vita dulcior eſt, libertatem. Nec defuerunt ex veteribus interpretibus qui ſic ſenſerint: ſed tamen leuioribus quàm vt alios in ſuam ſententiam trahere potuerint.
4 † Iam verò quod Molinæus ſcripſit beneficium dictæ *l. ſi vnquam non eſſe nouum*, idéque iam olim Papiniano in donatore quolibet quod Conſtantino in patrono viſum ex *l. tale pactum. 40. §. vlt. de pact.* Deus bonè quàm ridiculū eſt & ineptum. Quaſi verò tractet eo loco de donatione inter viuos vel mortis cauſa in fratrem collata, ac non potiùs de pactione quam ſocer cùm dotem promittere feceret, vt hæredi ſuo fratri conſuleret, conferens nempe ſupremum iudicium in fratrem ſuum quòd nullos eo tēpore liberos habebat. Quare nec ait Papinian. ſuſceptis poſteà liberis reuocari vel inutilem effici conuentionem. Quinimò vtilē manere vult, vt ex ea, non quidem fratri qui nominatus fuerat, ſed liberis poſteà ſuſceptis, & hæredibus teſtamento relictis, detur exceptio, non pacti, quia fratri non liberis pactus fuerat pater, ſed doli quæ ſubſidiaria eſt exceptionis pacti *l. reſcriptum. 10. §. vltim. cum ſeq. eod.* Ratione illa quòd inter contrahentes id actum eſſet vt hæredib. conſuleretur: neque enim potuerat in ea ſpecie fratri paſci aut ſtipulari, niſi tanquā hæredi *l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. l. ſi mihi & Titio. 110. de verborum oblig.* Porrò ſupremæ voluntatis proprium illud eſt vt ſiue in teſtamento ſiue ex contractu expreſſa ſit, ad mortem vſque ſit ambulatoria *leg. 4. ff. de adim. lega. l. cum hic ſtatus. 32. §. pœnitentiam. de don. inter vir. & vxor. l. 1. C. de ſacroſ. eccleſ.* Et reuocatam fuiſſe eā conſtabat non ſolùm ex coniectura voluntatis propter ſuſceptos poſteà liberos (quanquam ſufficere hoc poterat mortuo patre, cum intelligatur quiſque legitimam hæreditatem, ſpōte relinquere iis qui proximiores ſunt ab inteſtato, præſertim liberis *leg. conficiuntur. 8. ff. de iur. codicill.*) Sed ex teſtamento ipſo quo liberos pater hæredes ſcripſerat. Sed ſi donatio aut inter viuos aut etiam mortis cauſa in fratrem collata fuiſſet, nihil eſt apud Papinianum ex quò poſſis colligere admiſſurum eum fuiſſe, vt propter ſuſceptos poſteà liberos ipſo iure reuocaretur, quia nec per voluntatem expreſſam pura & abſoluta donatio reuocari poſſet. Illud verò quàm abſurdum exiſtimare donationem quam quis ex contractu alieni matrimonij in ſponſum, ſponſamve contulerit, reuocari etiam ipſo iure ſi donatori adnaſcantur liberi! An non ita ſit fraus non tantùm donatario aut donatariæ, ſed etiam eius coniugi adeoque liberis ex eo matrimonio ſuſceptis? Qui [illegible] autem ex veterib. illis iuris prudentibus admitte[illegible] quod donatum eſſet ob cauſam, id eſt fauore nuptiarum, quibus nihil eſt fauorabilius reuocari poſt cauſam ſecutam, id eſt poſt ſecutas nuptias quæ nec ampliùs diſſolui poſſint & quibus ipſa donatio cauſam dederit? Cùm non aliter contracturus fuiſſet alter ex coniugibus quàm ſi donatio illa in coniugem collata eſſet *l. ſi donaturus. 9. §. ſi quis indebitam. ff. de condict. cauſ. dat. l. ; en. §. ſed & ſi quis. ff. quod fal. tutor. d. ſi remunerandi. 6. §. plane ſi tibi. ff. mandat.* Itaque non poſſum ſatis mirari ab ampliſſimo ordine probatā hanc tam abſurdam iniquamque ſententiam. Nunquam enim apud ſupremos rectoſque iudices communis error ius facere debet.
† Neque ex iuris ratione defendi poteſt 5
aliud vllum remedium ſupereſſe liberis poſt donationē ſuſceptis, quàm vt querelam proponant inofficioſæ donationis, ſi nihil ſupereſt in bonis donatoris mortis tempore, aut agant ad ſupplementum ſi minus legitimaa ex bonis paternis conſecuti ſint *tot. tit. C. de inoff. don. & Nouel. 92.* Ipſi autem donatori nullomodo conſuletur, niſi hactenus vt de donationibus immenſis tantum detrahat quantum neceſſe eſt, ne per querelam inofficioſæ donationis reuocentur, *l. ſi totas. 5. C. eod. tit. de inoff. don* quæ donatario fauorabilis reuocatio eſt, cum fiat ob hoc ipſum ne donatio tota reuocetur, aut pro ea parte quæ liberis ab inteſtato contingeret, vt pluribus docui *l. 3. c. 17.* An autem in filium aut extraneum collata donatio ſit, nihil planè intereſt. Quamuis ea ſit receptiſſima noſtrorum ſententia, vt concilient *dict. l. ſi totas cum l. ſi vnquam*, quæ tamen, ſecundū ea quæ diximus nec pugnat nec ad rem vllo modo pertinet.

Capvt XVI.

Malè ab omnibus intellectam & à nonnullis emendatam. l. debitor. 59. D. ad S.C. Treb. Et ad l. 3. de ſeparat.

SVMMARIA.

1 *Duplex Interpretum error in explicatione* dict. l. debitor.
2 *Vera quæſtio & dubitatio Pauli in* d. l. debitor.
3 *Explicantur verba illa Pauli,* quoniam hæreditaria eſt actio, *& Cuiacij emendatio reijcitur.*
4 *Altera pars diſtinctionis à Paulo propoſita in* d. l. debitor.
5 *Cur in* d. l. *pignus obligatione naturali confuſa liberatum non ſit?*
6 *Quis ſit ſenſus horum verborum Pauli,* verum eſt enim non eſſe ſolutam pecuniam?
7 *Ad pignoris liberationem requiri, non vt nulla ſuperſit obligatio, ſed vt debitum ſolutum, vel aliter creditori ſatisfactum ſit.*
8 *An aliquid commune habeat cauſa pignoris cum iure naturalis obligationis?*
9 *Cur in* d. l. 3. ff. de ſeparat. *creditor qui fideiuſſoriam obligationem amiſit, ſeparationem bonorum fideiuſſoris nihilominus petat?*

10 *An*

10 *An talem æquitatis rationem in* d.l.debit. 59.ad S.C. Treb.l.*quam in* l.3.de ſepar.*pro creditore facias?*

11 *Seruianam actionem ſalua manere creditori ad pignus perſequendum, etſi per confuſionem ſublata ſit, tam ciuilis quam naturalis obligatio.*

12 *Fieri non poſſe vt naturalis obligatio propter pignus maneat, propter catera vero res non remaneat.*

1 EXiſtimant † noſtri omnes poſt Bartolum, in huius legis ſpecie remanere propter pignus naturalem obligationem etiam facta confuſione per hæreditatis actionem. Hoc autem ideò quoniam creditor idémque debitoris hæres ſuſpectam hæreditatem dixerat eamque coactus iuſſu Prætoris adierat. Nam certè de hærede recuſante Paulus tractat, & ad finem quæſtionis ita ſcribit, *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* In quo duplex, meo iudicio, noſtrorum error eſt: vnus ille, quod in propoſita quæſtione aliam rationem conſtituũt creditoris qui coactus adierit, aliam eius qui ſponte: Alter quod creditore iuſſu Prætoris hæreditatem debitoris adeunte naturalem obligationem propter pignus ſupereſſe arbitrantur. Nam vt hinc noſtra incipiat diſputatio, certum eſt confuſione perimi omnem protſus obligationem, nec minùs naturalem quàm ciuilem, *l.hæres à debitore.*21. §.*quòd ſi ſtipulator. ff.de fideiuſſ.* ſiue hæreditatem vltro hæres adierit ſine coactus. Quod & apertiſſimè Paulus docet in hac lege cum ad propoſitam quæſtionem reſpondet his verbis, *aditione quidem hæreditatis confuſa obligatio eſt. Videamus autem ne & pig-*
2 *nus liberatum ſit ſublata naturali obligatione.* †Ex quibus apparet nec dubitare Paulum quin ſublata ſit naturalis obligatio, ſed de illo duntaxat, an idcirco pignus liberatum dici poſſit. Non eſſe autem liberatum probat hac ratione. Nam aut poſſidet creditor idémque hæres rem pignoratam, inquit, aut non poſſidet. Si poſſidet nulla actione à fideicommiſſario conueniri poteſt. Non ex teſtamento, quaſi fideicommiſſum non reſtituerit ſicut debuit (qui minus reſtituit) quod eueniret ſi nullum pignus interceſſiſſet.) Poſſidet enim eam rem quaſi creditor.
3 † Multò minus pignoratitia, quoniam hæreditaria eſt, id eſt, quoniam fieri nequeat vt alio iure quàm hæreditario ea actio fideicommiſſario competat, cum deſcendat ex contractu per defunctum inito, tametſi defũcto nunquam competierit, qui quandiu vixit, debitor manſit, cùm non niſi ſoluto debito aut ſi aliter eo nomine ſatisfactum ſit pignoratitia actio naſcatur *l.ſi rem.*9. §.*omnis.ff.de pig.act.* Atqui hæc eadem ratio faceret viuo teſtatore vt non poſſet ille pignoratitia agere ante ſolutum debitum. Ergo neque fideicommiſſarius ex ipſius perſona poterit, ne alioqui plus iuris habere videatur ſucceſſionis iure quam defunctus habuerit, quod ſanè fieri non poteſt. Atque ita ratio hæc Pauli explicanda eſt, non quomodo vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius docuit *tractat.* 9. ad Africanum, exiſtimans deeſſe hic negationem eáque addita legendum, *quoniam hæreditaria non eſt actio*, quia ſenſus ſit, pignoratitiam actionem hoc caſo non competere fideicommiſſario, quia nec defuncto nec hæreditati vnquam competierit, cuiuſmodi actiones ſi quæ poſt aditionem aut reſtitutionẽ emergant, in fideicommiſſarium non tranſeunt, ſed noua ceſſione opus eſt *l.ſi hæres pecuniam.*73. *ff. hoc tit.* Nam eſſe hanc hæreditariam actionem, licet defuncto nunquam competierit, negari non poteſt, cùm fuerit ei competitura ſi debitum ſoluiſſet. Alioqui nec poſſet competere fideicommiſſario etiam debitum offerenti, quod tamen à Pauli ſententia alienum eſt. Eo ſiquidem demùm caſo negat competere illam fideicommiſſario, quo nolit fideicommiſſarius debitum ſoluere, cauſatus ſublatam omnem obligationem confuſione per aditionem hæreditatis debitoris. Sed etſi rem ipſam & effectum intueare, idem noſtræ interpretationis qui huius emendationis ſenſus eſt: ille nimirum, vt fideicommiſſario non competat pignoratitia quia nec defuncto cõpeteret citra ſolutionem. Proinde nulla hac parte vulgaris lectionis emendandæ ratio eſt †Sequitur verò apud 4
Paulum, quod ad alteram diſtinctionis partem attinet, ſi non creditor idémque hæres, ſed fideicommiſſarius pignus poſſideat. Seruianæ actioni locum fore, quemadmodum dicimus, inquit, cum amiſſa eſt actio propter exceptionem, puta ſi creditor vitio ſuo & culpa ceciderit à cauſa. Quo tamen caſu minor dubitandi cauſa eſt, cum longè plus ſit obligationem extingui quàm actionem amitti, variiſq; ex cauſis amitti poſſit actio culpa & vitio actoris, ſubſiſtente nihilominus obligatione *l. qui occidit.*30.§.1.*ff.ad l.Aquil.l.ſi ſuperatus.*3.*in prin.& §.*1.*l.ſeruum quem.*27.*ff.de pign.l.ſi per imprudentiam.*51. *ff.de euiction.l.Stichum aut Pamphilum* 95.§.*pen.de ſolut.* Itaque non tantùm retentionem dat Paulus creditori ſublata quoque naturali obligatione, ſed etiam, quod difficilius eſt, petitionem pignoris nomine. †Verum di- 5
cat hic fortaſſe quiſpiam, nec immeritò, rationes iſtas omnes quibus mouetur Paulus non probare de quo diſputat. Pignus ſcilicet liberatum non eſſe, ſed ad ea potiùs pertinere quæ eſſent conſequentia ſi pro explorato haberemus, non eſſe liberatum. Quomodo enim fieri queat vt pignus poſſideat hæres quaſi creditor poſt aditionem & reſtitutionem, ſi verum eſt nullam protſus obligationem ſupereſſe? Siquidem creditores eos appellamus quibus debetur ex quacunq; actione, *l.creditores.* 10.*cum ſeq.de verb.ſign.* Aut cur non fideicommiſſario poſt reſtitutionem detur pignoratitia quaſi ſoluto debito & extincto iure pignoris ſi tota obligatio confuſione ſublata eſt per hæreditatis aditionem? Etſi enim ea actio hæreditaria eſt, nihil tamen vetat eius conditionem, quæ illa eſt, ſi debitum ſolutum ſit, defuncto debitore exiſtere, & conſequenter actionem ſucceſſori competere quæ defuncto nec vnquam competierit, nec citra ſolutionem competere potuerit arg. *d. l. ſi per imprudentiam.*51.§.*non mirũ, iunct.l.qui à pup.*7.*de euict.l.reperitur.* 84. *ff.ad l. Falcid.& tit. C. vt action. ab hæred. & contra hæred.incip.* Præſertim cum dici ſoleat non tantùm confuſione perimi obligationem debitoris cui ſuccedit creditor, ſed etiam ſolutionis poteſtate, quaſi ſibi ſoluere videatur qui agnoſcit debitoris ſui hæreditatem, *l. quæ dotis.*33.*ff.ſol.matr.l.debitori.*50.*ff de fideiuſſ.* Nam cùm ea ſolutionis ſpecies talis ſit quæ non niſi mortuo debitore poſſit contingere, adeóque ipſius hæreditate per creditorem adita: Quis miretur pignoratitiam ex ea cauſa dari fideicommiſſario quæ viuo debitore nunquã nata fuerit? Igitur fatendum eſt mancam eſſe totam illam Pauli ratiocinationem. † Niſi aliam rationem addas 6
quam nec ipſe prætermiſit, ſed vt prioribus omnibus inſeruiret vltimo loco ſubiecit iis verbis, *Verum eſt enim non eſſe ſolutam pecuniam.* Cuius, meo iudicio, hic ſenſus eſt. Oportere quidem, ad pignoris conſtitutionem, vt præcedat obligatio aliqua ſiue naturalis tantum illa ſit, ſiue etiam ciuilis, ſed eo ſemel conſtituto tandiu durare ipſius nomine actionem quandiu verum eſt non eſſe ſolutam pecuniam, aut aliter eo nomine ſatisfactum tametſi tota obligatio quæ præceſſerat iuris & confuſionis poteſtate interciderit & penitus extincta ſit. Habet enim hypothecaria & quaſi Seruiana perpetuas illas ſuas conditiones, ſi ſoluta pecunia aut ſatisfactum ſit quibus ceſſantibus tenet, *l.grege.*13.§.*etiam vbi* Bart. *l. ſi fundus.*15. §. *in vindic. ff.de pign.* adeò vt nec pignorum liberatio competat, ſi qua ratione ſolutio facta reuocetur, *l.Titius.*21.*ff.de iur.fiſc.* † Itaque quo- 7
ties quæritur an liberatum ſit pignus, nécne, non illud inſpiciendum eſt an aliqua ſuperſit obligatio, ſed illud duntaxat, an ſolutum ſit debitum, vel aliter ſatisfactum necne. Inde nimirum eſt quod in ſpecie, *l.cùm quis.*38. §. *vlt. de ſolut.* hoc eſt cùm debitor fideiuſſori qui pignus dederat hæres fuit, placet. Africano pignoris obligationem durare, quamuis fideiuſſoria obligatio prorſus extincta

extincta ſit. Eſſe enim extinctam vel ex eo maximè conſtat quod ibidem Africanus probat, ſi fideiuſſor ille aliū fideiuſſorem dederat, liberatum eum intelligi, quod vtique falſum eſſet ſi vel naturalis obligatio ſubſiſteret, cum naturali quoque obligationi fideiuſſor accedere poſſit, *l. ſtipulatus. 6. §. vlt. l. fideiuſſor. 16. §. fideiuſſor. de fideiuſſ. l. 1. ff. de donat.* multò magis verò propter naturalem ſolam ſuperſtitem in obligatione retineri, arg. *l. eo tempore. 50. §. etiam de pecul.* Et ſanè non poſſum videre qua ratione fieri queat, vt ſibi ipſi naturaliter quis obligatus videri poſſit potiùs quàm ciuiliter, aut cur propter pignus naturalis obligatio remanere debeat potiùs
8 quàm ciuilis. † Maximè verò cum & aliis pleriſque caſibus nihil commune habeat cauſa pignoris cum iure obligationis naturalis. Finge verum debitorem per iniuriam iudicis abſolutum, nihilominus manet naturaliter obligatus, *l. Iulianus verum debitor. 59. ff. de condict. indeb.* ideóque nec ſolutum repetere poterit vt ibidem Paulus ex Iuliano ſcribit. Et tamen pignus ab eo datum liberatur *l. ſi deferente. 13. ff. quib. mod. pign. vel hyp. ſoluit.* Nempe propter rei iudicatæ autoritatem. Et quia res iudicata pro veritate habetur, *l. res iudicata. 207. de reg. iur.* Vnde illud etiam fit vt ſi pluris condemnatus ſit debitor non reſtituendo pignus, quàm ſortis & vſurarum computatio faciebat non ſufficiat ad exonerandam hypothecam tantum ſoluere debitorem quantum reuera debebat. Niſi prætereà offerat quanto plus eſt in condēnatione, licèt contraria ſententia humanitatis intuitu aduerſus ſtrictam iuris rationem obtineat, *l. ſi fundus. 16. §. ſi pluris. ff. de pignor.* An, vt quidam putant, quòd ſi creditor ab extraneo plus ſuo debito exegiſſet, cogeretur debitori reddere pignoratitia actione *l. ſi inter. 21. §. vlt. eod.* vt proinde iniquum ſit plus debito exigere cū à debitore? Minimè. Neque enim debitori redderet creditor, quod ab extraneo plus debito exegiſſet autoritate rei iudicatæ, quaſi quod ex iniuria aut ſtultitia iudicis potiùs quā ex re debitoris habuiſſet, arg. *l. 3. l. alienus. 61. ff. ad l. falcid.* Sed quia verum eſt non niſi pro ea ſumma quæ naturaliter & reuera credita eſt contractum pignus fuiſſe. Eadem ergo æquitas multò magis facere debet, vt quamuis confuſione ſublata ſit obligatio adita per creditorem hæreditate debitoris. Seruiana tamen actio duret ſi hæreditas ad alium peruenerit ex Trebelliano, nec pecunia ſoluta fuerit. † Nam & quod magis
9 mirum eſt ſi pignus nullum datum ſit, & debitor fideiuſſori hæres extiterit, eiúſque bona venierint, reſponſum eſt à Papiniano *in l. 3. De ſepar. at.* extinctam quidē fideiuſſoriam obligationem, ſed nihilominus poſſe creditorem impetrare ſeparationem ſiue ſolus ſit hæreditarius creditor, ſiue alij concurrant. In qua ſpecie illud quoque tractari poteſt. Qua ratione ſeparationem bonorum fideiuſſoris impetrare poſſit hic qui fideiuſſoriam obligationem amiſit, cùm verum ſit, non niſi creditoribus concedi ſeparationem, *l. 1. eo. tit.* Sed ratio eſt quam & Papin. exprimit, quòd ratio iuris quæ cauſam fideiuſſionis excluſit propter principalem obligationē maiorem, & pleniorem, non debeat creditorem damno
10 afficere qui ſibi diligenter proſpexerat. † Dices fortaſſe non eandem eſſe rationem confuſionis quæ fit obligationis fideiuſſoriæ, cum debitor ſuccedit fideiuſſori aut fideiuſſor debitori, & illius quæ contingit adita per creditorem hæreditate debitoris. Illa enim fit inuito creditore in cuius ſcilicet poteſtate non eſt facere ne debitor hæreditatem adeat fideiuſſoris, aut ex contrario fideiuſſor debitoris. Facto autem vnius perimi actionem alterius ſiue ignorantis ſiue inuiti iniquiſſimum ſanè fuerit. Quæ procul dubio Papin. ratio eſt in *d. l. 3. de ſepar.* At in creditoris poteſtate eſt ne hæreditatem adeat debitoris à quo hæres ſcriptus ſit, *l. nec emere. 6. C. de iure delib.* ſibi ergo imputet ſi vltrò adeat. Quod ſi per Prætorem cogatur adire vt reſtituat ipſi quidem imputari minùs poteſt qui parere habeat neceſſe, ſed tamen quoniam factum interuenit, difficilius videtur vt ei ſubueniatur contrà iuris rationem quæ obligationem omnem confuſione perimit ſiue pignus eo nomine datum ſit ſiue non. At reſpondeo vtroque caſu eandem eſſe iuris rationem quæ faciat vt obligatio confuſione perimatur. Illā videlicet, quòd fieri nunquam poſſit aut intelligi vt ſiue per propriam ſiue per alienam aditionem ea confuſio accidere. Vtroque etiam caſu eandem æquitatis rationē facere, vt per huiuſmodi confuſionem damno affici non debeat creditor, cui reuera ſolutum non eſt, quique ſibi diligenter proſpexerat, ſi modò nihil ei imputari poſſit, quomodo ſanè nec imputandum quicquam eſt illi qui ſuſpectam adire iuſſus & coactus fuerit. Reſtituta igitur ex Trebelliano hæreditate tametſi nullum pignus interueniret, ſuccurrendum vtique ei eſſet ne damno afficeretur, quemadmodum & ob eam cauſam ius illi competere petendæ bonorum ſeparationis ex reſcripto Diui Pij docet Vlp. in *d. l. 1. §. Sed ſi quis ſuſpectam, eo tit. de ſepar.* Non quidem vt reſtituantur ei actiones confuſæ per aditionem (eſt enim mancum minúſque ſufficiens in eam rem ſeparationis remedium,) ſed vt creditoribus hæreditatis non teneatur. Quod verò ad confuſarum actionum reſtitutionem pertinet, manco remedio ſeparationis, nullum certè auxilium competit, ſi pignus non interuenerit, † ſed interueniente pignore 11
dico ſaluam manere actionem Seruianam, & perinde creditori eidémque hæredi conſuli ſiue agat de pignore ſiue conueniatur, quamuis tota obligatio & naturalis, & ciuilis confuſione perempta ſit, atque ei conſuleretur ad impetrandam ſeparationem ſi à creditorib. hæreditatis vrgeretur. Non igitur remanet naturalis aut ciuilis aliqua obligatio propter pignus, cùm debitori qui pignus dederat creditor hæres extitit, ſicut nec in ſpecie *d. §. ſed ſi quis ſuſpectam & d. l. 3. de ſepar* remanet vlla obligatio propter ſeparationem. Sed pignus facit, vt quamuis confuſione ſublata ſit tota obligatio, ſuperſit tamen remedium quo creditori ſuccurratur ſiue pignus poſſideat ſiue non, hoc eſt vt æquitas illa quæ nō patitur ob ſolam iuris ſubtilitatem damno affici creditorem cui nihil imputari poteſt, non omnimodo deſtituatur iuris auxilio (quo modo alias nonnunquam euenit vt deſtituatur, vt in *d. l. 1. §. quæſit. eod. & in l. 2. §. quanquam, ff. de aqua, & aqua pluu. arc.*) Quemadmodum & in ſpecie *d. l. 3.* remedium ſeparationis quod creditori datur efficit ne in damno moretur creditor, cui noceret alioqui confuſio, cùm propter ſublatam obligationem fideiuſſoriam non poſſet ille contra debitorem agere ex cauſa fideiuſſionis, *l. cùm reus. 14 ff. de fideiuſſor.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus *libr. 2. cap.* [illegible] Cæterū verò quid abſurdius eſt quàm putare naturalem obligationem propter pignus remanere, propter cæteras verò res non remanere? An non id perinde eſt ac ſi quis diceret creditorem ratione eiuſdem debiti, & creditorem eſſe & non eſſe. Eſſe ratione pignoris. Quod ad alias verò res non eſſe. At ſicut creditoris perſona indiuidua eſt, ita & perſonalis obligatio in vno eodémque homine non poteſt non eſſe indiuidua. Alioquī quid dicemus ſi à pignoris obligatione creditor poſteà diſceſſerit, nec tamen niſi ſolius pignoris ius remiſerit? An idcirco extinctam dicemus naturalem etiam obligationem, quæ, ſi Diis placet, propter pignus tantùm remanſerat? Id vtique eſſet conſequens, ſed tamen abſurdiſſimum. Nemo enim dubitat quin ſublata pignoris obligatione perſonalis tamen remaneat *l. ſoluitur in princip. & leg. item liberatur. ff. quib. mod. pignor. vel hypoth. ſoluit.*

CAPVT

CAPVT XVII.

Vera emendatio & interpretatio d.l.debitor. 59. ad Treb.

SVMMARIA.

1 *Delenda eſſe è* d. l. debitor, *verba illa,* remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.

2 *Aliam eſſe rationem naturalis obligationis, aliam pignoris pro naturali obligatione accepti.*

3 *Non ſemper, ex eo quòd ſoluti repetitio impediatur, fieri vt naturalis obligatio ſubſiſtat.*

4 *An in* d.l.debitor. *creditor qui debitori hæres extitit, & hæreditatem fideicommiſſario reſtituit creditor adhuc dici poſſit?*

5 *An in dicta lege ceſſaret repetitio, ſi debitum fideicommiſſarius creditori eidemque hæredi ſolueſſet?*

6 *An creditori eidemque hæredi qui ſponte, non coactus debitoris hæreditatem adijt, cum reſtituit ſuperſit ius perſequendi pignoris.*

7 *Aditionem confuſionis vim ſemper quidem habere, ſed non ſolutionis.*

8 *Penſare quid ſignificet in* l. quæ dotis. 33. ff. ſolut. matrim.

9 *Non ſemper hæredem eundemque creditorem, qui vltrò debitoris hæreditatem adijt & reſtituit, Seruianam habere.*

10 *Cur in* d. l. debitor. *re integra non ſit compellendus creditor idemque hæres hæreditatem adire, niſi prius de indemnitate illi cautum ſit?*

11 *An hæres cui legatum eſt ſub ea conditione, ſi hæres non extitiſſet cogi poſſit adire, legato ei non præſtito? & de Pauli ſententia in hac quæſtione.*

1 CVm ex ſuperioribus appareat quid Paulus ſenſerit, reliquum eſt, vt legis verba ad auctoris ſententiā iuriſque rationem accommodemus. Id verò facilè fiet, ſi quæ imperitus quidam interpres audacior in textum contulit, ea nos pari ſed feliciore audacia deleamus. Totum illud verſiculum intelligo qui haud dubie Bartolo cæteriſq; interpretibus omnibus impoſuit, *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.* Neque enim dubito quin irrepſerit ex gloſſa mali & inepti cuiuſdam gloſſatoris, exiſtimantis poſſe ita inferri ex iis quæ Paulus dixerat, præſertim verò ex proximis illis præcedentibus, *& ſolutum non repetetur.* Cùm ea potiſſimùm vis ſit obligationis naturalis vt ſoluti repetitionē impediat, *l. naturales.10 ff.de oblig.& act.l.quia naturalis.10.ff.ad S. C.Maced.l.ſi non ſort.26.§.libertus.l.ſi id quod.64.& paſſ. de cond. indeb.* At cur non idem credidit, ciuilem quoque obligationem propter pignus remanere? Siquidem Paulus ait non tantùm ſoluti debiti aut poſſeſſi pignoris retentionem creditori competere, ſed etiam petitionem pignoris nomine. Conſtat autem ex ea obligatione quæ non niſi naturalis ſit dari actionem non poſſe, ſed tantùm exceptionem & retentionem *l.1.§.id quod natura ff.ad l.*
2 *falc.l.iuris gentium.7.ſed cum nulla.ff.de pact.* †Etſi.n.non ignoro aliam eſſe rationem naturalis obligationis, aliam pignoris pro naturali obligatione accepti, quòd quamuis ex naturali obligatione peti nihil poſſit, pignus tamen quod pro ea datum eſt peti poteſt, ſicut & fideiuſſor conueniri qui naturali tantùm obligationi acceſſerit *l.1.l.ſi ſtipulatus.6.in fin.l. Gracè.8.§.1.l.fideiuſ.16.§. fideiuſſor.ff.de fideiuſ.* Attamen ſemel extincta per confuſionem vtraque obligatione & naturali & ciuili, aut ſaltem eadem ſubſiſtente vtriuſque extinguendæ ratione, cur naturalem retinemus potiùs quàm ciuilem? Aut cur non vtramque ſimul, cum non idcirco durior futura ſit conditio fideicommiſſarij, cui debitoris hæreditas
3 eſt reſtituta. †Verùm ille ſemper ſcrupulus manet, quòd naturalis obligatio remanere omnino videatur, ſi admittamos quod apertiſſimè Paulus ſcribit, non repetiturum fideicommiſſarium quod hæredi poſt reſtitutam hæreditatem ſoluerit. Et hoc ſanè eſt quod interpretem præcipitem egit. Sed animaduertere debuerat, non eſſe rectam conſecutionem: nam vt ſoluti repetitio impediatur non ex eo fit quòd naturalis obligatio ſubſiſtat, ſed quia, vt ſuperiori cap. docuimus, perempta quoque naturali obligatione ſaluum maneat ius actionis hypothecariæ, propter illam perpetuam conditionem quam adnexam habet, ſi debitum non ſoluatur nec eo nomine ſatisfiat, *l.grege 13.§.etiam.ff.de pig.* Verum autem ſit reſtituta hæreditate per hæredem nec ſolutum fuiſſe hæredi eidémque creditori, nec aliter ſatisfactum.† Neque minùs abſurda ſit hæc conſecutio quam ſi quis inferat in ſpecie, *l.3.de ſepar.* de qua etiam diximus, remanere fideiuſſoriam obligationem poſtquam debitor fideiuſſori hæres extitit, nec naturalem tantùm, ſed etiam ciuilem: Ex eo quod lex ait, competere creditori ius petendæ ſeparationis quod ſolis creditoribus competit, *l.1.eod.* Neque rurſus obſtat quod Paulus ſic loquitur: *Poſſidet enim ea rem quaſi creditor.* Nam id minus propriè dictum videri debet, & ad præteritum potiùs quàm præſens tempus referri ſi cum Papin. loqui volumus, cuius longè exactior fuit in bene & partitè loquendo diligentia. Sic enim ille ſcribit, *d.l.3.petente eo, cui fideiuſſor fuerat obligatus.* vt oſtendat creditorē amplius non eſſe eum qui anteà fuerat. Quem tamen poſſis etiam creditorem dicere apud Paulum, quia, quòd ad pignus vel retinendum, vel perſequendum attinet, non minùs iuris habeat, quàm ſi creditor maneret. Alioqui ſi verè creditorem velis dicere etiam poſt reſtitutam hæreditatem qualis erat ante aditam: probabis æquè facilè non tantùm naturalem, ſed etiam ciuilem obligationem manere, quia ab initio fuit: nam nec propriè creditor dicitur is qui natura tantùm debetur, *l.creditores.10.de verb.ſignif.* Portò ſi extincta omni obligatione nihilominus Seruiana durat & competit pignoris nomine aduerſus fideicommiſſarium poſſeſſorem, idque propter naturam & conditionem propriam obligationis pignoratitiæ. † Quis iam miretur ceſſare repetitio- 5
nem ſi debitum fideicommiſſarius ſciuerit? Si quidem nec indebitum, nec ſine cauſa ſolutum videri poteſt, quod ſi non ad liberandam ſoluentis perſonam iam ipſo iure liberatam, ſaltem ad liberandum pignus profuit. Alioquin eadem ratione dicendum eſſet tertio poſſeſſori qui creditori Seruiana agenti ſoluerit, vt pignus liberatet, competiturum repetitionem, cum nihil ipſe debeat, quod ſanè & falſum eſt & abſurdū. Non enim liberaretur pignus ſi condictio ſoluti competeret, *l.cùm quis 38.§.de peculio, & ſeq.ff.de ſolu.l.ſi non ſortem 26.§.ſi decem de condict.indeb.* Atqui pignus liberatur, *l. Paulus 12.§.vlt.& paſſ.quibus mod.pig.vel hypoth.ſoluit.* Nec dic ita comparatum ob eam cauſam quòd repetitio nulla ſit ab eo qui ſuum recepit, tametſi ab alio quàm vero debitore ſolutum ſit, *l.repetitio 44.de condict.indeb.* Nam etſi verus debitor reuera nullus eſſet fortè quod à ſolo fideiuſſore datum eſſet pignus cui poſteà debitor hæres extitiſſet, non eò minùs impediretur repetitio, quamuis extincta eſſet obligatio fideiuſſoria cui pignus acceſſerat, *d.l.cùm quis 38.§.vlt.de ſolut.* Sed & adita per creditorem hæreditate debitoris qui pignus dederat, vt in *d. l.debitor,* ſi poneres tertium pignoris poſſeſſorem ſoluente creditori eam pecuniam pro qua pignus interuenerat, certè non repeteret, tametſi principalis obligatio nulla ſubeſſet, quoniam & Seruiana conueniri poſſet. Etenim ſi condictio aduerſus eum locum non habet qui ſolutionem petere non poterat, ſubſiſtente licèt naturali obligatione, quantò minùs locum habebit aduerſus eum qui agere poterat, quamuis nec naturalis nec ciuilis ſubeſſet obligatio?† At videamus quid in ea 6
ſpecie quam Paulus tractat, reſponderi debuerit ſi hæres idémque creditor, non coactus ſed ſponte hæreditatem

tatem debitoris adiiſſet, tum reſtituiſſet? Quanquam
enim ad inducendam confuſionem obligationis tam na-
turalis quàm ciuilis nihil refert an ſponte an coactus hæ-
res adeat, cùm vtroque caſu eadem ſit vis & poteſtas adi-
tionis, hactenus tamen intereſſe videtur quòd ei qui co-
actus adit imputari nihil poteſt cur eius facto obligatio
confuſa ſit, quod ipſum imputari poteſt ei qui vltrò adiit:
propter quam cauſam, & in ſeparatione bonorum impe-
tranda nemo dixerit idem priuilegium ſpontaneo hære-
di competere debere, quod coacto dat Vlpianus in *l. 1. §. ſed ſi quis ſuſpectam ill. tit. ff. de ſepar.* Sibi enim imputet
qui ſponte adierit, *l. quæ dotis, 35. ff. ſol. matr.* Sed tamen
in propoſita quæſtione aliud eſt. Nam quod dicimus cre-
ditori eidémq; hæredi poſt confuſam, & extinctam obli-
gationem, ſupereſſe ius petendi ac perſequendi pignoris,
non fit ex ſola æquitate quaſi ei ſuccurrendum ſit con-
tra iuris rigorem, quod euenit in Edicto *De ſeparationi-
bus.* Sed ex mera iuris ratione naturàque Seruianæ
actionis, quæ ipſo iure tamdiu tenet quandiu ſolutum
non eſt aut aliter ſatisfactum. Ergo cùm eo quoque caſu
quo hæres ſponte adiit, verum ſit pecuniam ſolutam non
eſſe, fatendum eſt eo etiam caſu idem admitti debere, vt
ſaluum habeat ius pignoris ſiue retinendi ſiue perſequen-
di. Non enim de illo quærendum eſt, An ei imputari
7 quicquam poſſit, ſed an ipſi ſolutum ſit nécne. † Cur
ergo, inquis, tam exactè tractat Paulus de eo qui ſuſpe-
ctam adire iuſſus eſt, ſi in ſpontaneo hærede non aliud
reſpondendum exiſtimauit? Nam & hoc errandi cauſam
maximam noſtris præbuit, An quòd non debeat coacta
aditio damno eſſe hæredi, vt vulgò creditur, *l. quia pote-
rat. 4. eod. tit.* Minimè. Sed quoniam qui coactus adit,
eum certum eſt nihil prorſus lucri & commodi ex hæ-
reditate retinere poſſe, *l. ita tamen, 27. §. qui ſuſpectam & §. ſi præceptis, l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſum eod. verſ. quid ergo eod.* ideoque minus dubitari poteſt quin hære-
ditatis aditio vim & poteſtatem ſolutionis non obtineat.
Cùm ſi vltro ille adiiſſet, quærendum eſſet an quartam
ex Pegaſiano retinuiſſet, aut quid aliud ex voluntate te-
ſtatoris quod non adita hæreditate non habuiſſet. Id
enim Seruianam vtique perimeret, quòd hoc caſu non
tantùm confuſa obligatio, ſed etiam ſolutum debitum
videretur aditionis poteſtate, *l. debitori, 50. ff. de fideiuſſ. iunct. l. Stichum, 95. §. aditio. 1. de ſolut. l. 2. §. cùm quis de hæred. vend. l. irritum, 6. C. ad l. falcid.* ex quibus locis ap-
paret aditionem confuſionis quidem vim ſemper habere,
ſed non ſemper ſolutionis: at eo dumtaxat caſu quo ef-
fectus hæres maneat creditor qui debitoris hæreditatem
agnouerit non inſpecto eo, An damnoſa ſit hæreditas an
lucroſa quia cùm videatur ſoluendo eſſe quælibet hære-
ditas quæ inuenit hæredem, *l. 3. ff. ad l. falcid. l. libertus, 36. ff. de bon. libert.* ſibi ipſi ſoluiſſe intelligendus eſt quiſ-
quis hæres ſit, nullo alio exiſtente quem pro debito con-
uenire poſſit, *l. quæ dotis, 33. ff. ſolut. matr.* † & aliam quo-
8 que rationem ibi Africanus afferat quod ſecum penſaſſe
intelligatur. Quam ſanè nimis imperitè & barbare ex-
plicant qui ſic interpretantur. Quòd priuſquam hæredi-
tatem damnoſam hæres adiret, intelligatur ſecum deli-
beraſſe, tum maturo conſilio & iudicio adiiſſe. Quaſi *pen-
ſare* Latini dicant pro eo quod Galli *penſer.* Nam imò
penſaſſe dixit African. pro *compenſaſſe*, vt & Papin. in *l. unum ex familia. 67. §. ſed ſi vno, & §. ſi duos de legat. & alibi paſſim.* Et ſenſus eſt videri hæredem ſecum com-
penſaſſe quod ei defunctus debuerat, quia hæreditatem
adeundo cœperit obligatus eſſe creditoribus omnibus
hæreditariis etiam ſuprà vires hæreditatis. Quæ ratio eo-
dem ſanè recidit, quo ſuperior, Paria enim ſunt, videri
hæredem ſecum compenſaſſe, & videri eum ſibi ſoluiſſe,
cùm compenſatio inſtar ſolutionis habeat, *l. ſi conſtat 4. cum ſeq. l. inuicem, 12. & paſſ. C. de compenſat. l. ſi ambo. 10.*
9 *ff. de compenſat. l. amplius, 19. ff. rat. rem haber.* † Cùm er-
go diximus hæredem qui vltrò adierit perinde Seruia-
nam habere debere atque ſi coactus adiiſſet, de illo in-
telligimus qui totam hæreditatem reſtituit, plenámque
fidem voluntati teſtatoris exhibere maluit quàm ex hæ-
reditate aliquid retinere: de quo in *l. patrem, 19. & l. de-
bitorem, 20. ff. quæ in fraud. credit. l. ſi hæres ab eo. 68. §. vlt. ad Trebell.* quod hodie facilius euenire poteſt, poſtquàm
placuit falcidiæ, quam Trebellianicam vocant, non mi-
nus quàm eius quæ ex legatis debetur deductionem
prohiberi poſſe, *Auth. ſed cùm teſtator vbi DD. C. ad l. falcid.* Cur etiam deterioris conditionis ſit hic qui ſpon-
te totam hæreditatem reſtituit, quam ſi ſuſpectam dixiſ-
ſet, & adire tum reſtituere coactus fuiſſet? Cùm ex reſti-
tutionis effectu appareat non ſui ſed alieni compendij
cauſa eum adiiſſe. Aut qua fronte obſecro imputare fi-
deicommiſſarius poſſit hæredi cur vltrò adierit, cùm non
ſolùm huiuſmodi aditionis commodum ipſe ſentiat, ſed
etiam inuitum eum ſi recuſaſſet adire, coacturus fuerit
per Prætorem? Nam etſi ſponte aditam hæreditatem hæ-
res vltro vendiderit, placet ex æquitate confuſas actio-
nes ei reſtitui debere in emptorem hæreditatis, *l. 1. §. cùm quis de hæred. vendit.* † At magis mirum illud eſt 10
quod Paulus ſubiicit, Re integra non eſſe compellen-
dum creditorem adire, niſi priùs de indemnitate illi cau-
tum eſſet vel ſoluta pecunia. Hoc enim cur ita? Sic etiam
non facto eo ſaluum ipſi manet ius pignoris ſiue poſſi-
deat ſiue non. Et puto duplicem rationem afferri poſſe.
Priorem illam quòd creditoris intersit, vel ob id maximè
ne dubium timeat litis euentum, nec de eo diſputare
cogitur quod ſatis obſcuri & controuerſi iuris eſſe, vel
ex ipſa Pauli diſputatione noſtrorúmque erroribus in-
telligitur. Alteram vt periuræ obligationis perſonam
damnum effugiat, indemnitatis ſcilicet cautionem vel
pecuniam pro perſonali obligatione habiturus. Siquidem
ipſius intereſt non tantùm actionem habere in rem, ſed
etiam in perſonam, vt tantò faciliùs debitum conſequa-
tur, cùm plerunque difficile ſit emptorem pignoris inue-
nire, ius autem dominij impetrare multò difficilius &
longioris moræ vt conſtat hac ipſa lege in illis verbis,
cùm emptorem pignoris non inueniret, iunct. l. vlt. C. de iur. domin. impetr. l. ſi dubitet. 10. ff. de fideiuſſ. ſicut & intereſt
creditoris plures reos habere licèt ſinguli ſoluendo ſint,
l. 3. §. vlt. de liber. legat. † Id verò eleganter Paulus con- 11
firmat ea ratione, quòd etiam cum de lucro hæres ſcri-
ptus agit fortè qui legatum acceperit ſub ea conditione
ſi hæres non extitiſſet, placuit non eſſe cogendum adire
niſi legato præſtito. Quantò minùs ergo cogendus erit
adire, niſi cautione idemnitatis præſtita aut ſoluto debi-
to, ſi non de lucro certet ſed de damno? Quamquam non
putat Paulus defendi poſſe in propoſito exemplo alio-
rum ſententiam: vt fuit ille vir acris ingenij & ad diſſen-
tiendum à cæteris ſatis facilis, nec plerumque ſine magna
ratione, vt colligere licet ex *l. lecta. 40. de reb. credit. leg. Æmilius, 38. de minor. l. Clodius, 97. de acquir. hæred. leg. debitor. 82. de legat. 2. l. Paula. 27. §. Pompeius, l. quæſitum, 78. §. cùm vir ita de legat. 3.* Mouetur autem fortiſſimo
argumento, quòd contrà defuncti voluntatem illud eſſe
videatur vt cogatur adire hæres in cuius voluntate teſta-
tor poſuit aditionem legando illi ſi non adiret: Et cùm al-
terutrum teſtator dederit nos ei vtrumque præſtamus,
nimirum legatum & hæreditatem, quod ſanè abſurdum
eſt. Neque enim in rebus teſtatoris debet vnquam iudex
liberalior eſſe teſtatore. Qui certè Pauli ſenſus eſt in illis
verbis, *ſed cùm teſtator alterutrum dederit, nos vtrumque ei præſtamus:* quæ noſtri malè ſic accipiunt, quaſi aliorum
ſententiam ſubſequi Paulus velit, quam ex contrario im-
pugnat euidentiſſimè. Si tamen receptiorem aliorum
ſententiam tueri quis velit, poterit fortaſſe non malè re-
ſpondere, non vtrumque hic dari legatario, ſed legatum
duntaxat, cùm inuitus hæreditatem adeat, nec ſuo com-
modo aut periculo ſed fideicommiſſarij cui totam reſti-
tuere debeat: nec quicquam in eo fieri contra volunta-
tem teſtatoris quem credibile ſit ei legãdo ſi non adiiſſet,
id potiùs animo agitaſſe vt ipſi conſuleret ſi voluntarius

hæres non eſſet, quàm vt præmium ei daret ſuæ perfidiæ ſi ſupremas defuncti preces omnino & effectu ipſo deſtitueret, vt Papinian. loquitur *in d. §. qui fideicommiſſam. ver. quid ergo l. ſi patroni 55. ad Trebell.* Maximè cùm nec veriſimile ſit voluiſſe eum legare, vt iudicia ſua euerteret, arg. *l. 3 ff. de teſtam. milit.* nec legatum valere poſſit non adita hæreditate ex teſtamento, *l. ea quam 14. C. de fideic.*

Capvt XVIII.

Ad l. 2. C. de luit. pignor. & l. penult. §. 1. D. de except. rei iudicat.

SVMMARIA.

1 *An ad ſententiam* d. l. 2. *quæ vult ſublata perſonali actione pignoris vincula durare, rectè aptetur ſpecies* l. cùm notiſſimi. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.

2 *Reycitur Cuiacij ad* d. l. 2. *obſeruatio.*

3 *Verus caſus quo perſonali actione ſubmota non idcirco liberatum pignus intelligitur.*

4 *Sublata etiam obligatione pignoris durare tamen aliquando quaſi Seruianam & hypothecariam.*

5 *Cur in* d. l. pen. §. 1. *pignoris obligatione ſublata, creditori nihilominus hypothecaria competat?*

6 *Dominium rei pignoratæ, quod ad creditorem peruenit, non ſemper perimere hypothecariam.*

1 Mirantur † plerique quod ſcriptum eſt *in lege 2. C. de luit. pignor.* etiam ſubmota perſonali actione vincula pignoris durare, cùm certi iuris ſit pignoris vinculum acceſſorium eſſe ad perſonalem actionem, ſublato autem principali non poſſe acceſſoria conſiſtere, *l. cùm principalis. De regulis iuris c. acceſſorium eodem in 6.* Nec habent noſtri quod pro tuenda legis huius ſententia proferant, niſi Iuſtiniani conſtitutionem in *leg. cùm notiſſimi, 7. Cod. de præſcriptis 30. vel 40. annor.* qua factum eſt vt licet & perſonalis actio quæ creditori aduerſus debitorem competit triginta annis finiatur, hypothecaria tamen in quadrageſimum vſque annum extendatur. Ita enim fit vt toto vltimo decennio ſubmota perſonali actione duret tamen vinculum pignoris. Sed cùm *dict. leg. 2.* ſit Imperatoris Gordiani qui multis annis floruit ante Iuſtinianum adeóque ante Anaſtaſium qui primus induxit ius tricenariæ præſcriptionis in *l. ſicut. 3. & l. omnes, 4. C. de præſcr. 30. vel 40. ann.* non video qua ratione ex poſterioribus legibus petere liceat interpretationem ad priorem & antiquio-
2 rem. † Nec felicior hac in re vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius, qui *libr. 15. Obſeru. cap. 23.* ſcripſit coniungendam eſſe *d. l. 2.* cum ſuperiore, quæ eſt de duobus hæredibus debitoris ſub pignore obligati, quorum alterutro ſoluente, licèt pro eius parte tollatur omni iure perſonalis actio & obligatio, hypothecaria tamen remanet qua ſinguli hæredes in ſolidum tenentur propter indiuiſam pignoris cauſam, *l. rem hereditariam, 65. D. de euict. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex pluribus heredib. debit. vel credit.* Nam in huiuſmodi ſpecie cùm ſubſit adhuc pro parte perſonalis actio minùs mirum eſt durare vinculum pignoris in ſolidum, *d. l. 1. C. ſi vnus ex plurib.* At Gordianus eum caſum ſignificaſſe videtur quo duret pignus etiam ſubmota in totum perſonali actione.
3 † Accommodatius igitur exemplum illud eſt ſi bonam litem creditor vitio ſuo amiſerit, & ob male dictatam actionem aut quia litem deſeruerit cauſa ceciderit. His enim caſibus non idcirco liberatum pignus intelligitur, tametſi perſonalis actio ſubmota ſit, *l. qui occidit, 30. §. 1. ff. ad l. Aquil. l. ſi ſuperatus, 3. in princ. & §. 1. l. ſeruumque, 27. ff. de pign. l. ſi per imprudentiam, 51. ff. de euict. l. debitor. 59. ff. ad SC. Trebell. l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. ſi mandatu de ſolut.* Cuius rei ratio illa reddi poteſt, quòd licèt perſonalis actio ſubmota & amiſſa ſit, ipſa tamen obligatio durat cui pignus poteſt accedere. Separanda enim eſt obligatio ab actione, nec nouum eſt accedere pignus obligationi etiamſi nulla actio ſit, vt contingit cum principalis obligatio naturalis tantum eſt, ex qua conſtat actionem non dari, ſed tantum exceptionem & retentionem. At illud magis mirum eſt quod in ſuperioribus probauimus, ſublata quoque & extincta prorſus obligatione omni tam naturali quàm ciuili ſupereſſe nihilominus vinculum pignoris & actionem
Seruianam, vt in ſpecie *d. l. debitor 59. D. ad Treb.* † Iam 4
verò videamus ne & illud admitti poſſit, quod longè difficilius eſt, ſublata etiam obligatione pignoris & extincta, durare tamen quaſi Seruianam & hypothecariam quæ non niſi pro pignore competit. Eſt. n. meo iudicio, textus in eam rem, non minus elegans quàm apertus *in l. ex ſextante. 30. §. Latinus largus. ff. except. rei iudicat.* In cuius ſpecie negari non poteſt quin prorſus extinctum ſit ius pignoris, propter acquiſitum creditori dominium rei pignoratæ, vtpote quæ dominio ſuo obligata eſſe nullomodo poſſit, *l. neque pignus. 45. de regul. iur. l. ſi rem alienam. 29 ff. de pig. act.* Et tamen ſi res illa quæ pignorata fuerat euicta ſit creditorem poſteriorem, quo tempore antiquior creditor ius ſuum ignorabat, deinde antiquior quæſitum ſibi ius ea cauſa anteriore poſteà compertum exequi velit, placet Paulo competituram ei hypothecariam, quam eo loco pignoratitiam vocat,
quòd detur pro pignore. † Rationem verò affert illam 5
ipſam qua idem mouetur in *d. l.* debitor, quod verum ſit & pignori datam rem fuiſſe & ſatisfactum non eſſe: ſufficit enim perſonam extare in quam dirigi poſſit actio, nec ſolutione aut alia ſatisfactione quæ ſolutionis loco cedat, ſed qua alia ratione extinctum eſſe ius pignoris. Nempe quoniam qui agit quaſi Seruiana nec dicit nec probare debet rem ſibi pignoris iure teneri eo tempore quo agit, ſed illud tantum vtiliter contractum fuiſſe pignus eo tempore quo fuit conſtitutum, nec ſecutam poſtea ſolutionem aut ſatisfactionem. Neque verò recipi illud poteſt quod noſtris placere video: Pignoris obligationem in propoſita ſpecie non omnino perimi ex dominij acquiſitione, propterea quòd ea acquiſitio non ſit prorſus irreuocabilis. Repugnant enim apertiſſima illa Pauli verba, *Neque enim poteſt pignus perſeuerare domino conſtituto creditore:* quæ etiamſi non eſſent, ipſa tamen iuris ratio, quam diximus, manifeſtè id euinceret. Multò minus autem admittendum ſit, ſi quis tentet obligationem pignoris, quæ ex dominij acquiſitione perempta ſit, euicto dominio reuiuiſcere. Quaſi poteſtas euictionis tollat intellectum acquiſitionis, vt Papinianus loquitur in *l. ſi patron. 55. §. vltim. ff. ad S.C. Trebell.* Obſtat enim certiſſima & perpetua iuris regula quæ obligationem ſemel extinctam nunquam patitur reuiuiſcere, *l. qui res. 98. §. aream. ff. de ſolutio. l. cùm ex cauſa, 9. C. de remiſ. pignor.* Illud igitur neceſſario conſequens eſt, quod neſcio an adhuc quiſquam obſeruauerit, vt ſublato prorſus vinculo pignoris, citra ſolutionem tamen aut ſatisfactionem, duret nihilominus hy-
pothecaria. † Sanè quod notauit Bartol. ad *d. l. debitor,* 6
& verum eſt & ex vtroque Pauli loco rectiſſimè probatur, dominium rei pignoratæ quod ad creditorem peruenit reuocabiliter non perimere hypothecariam. Sed diſtinguendum eſt, vt dixi, ius pignoris à iure hypothecariæ, in fideiuſſore non ſimiliter tractari hoc poteſt. Nam debitore quoquomodo liberato fideiuſſorem quoque liberari neceſſe, licèt creditori ſolutum non ſit, nec aliter ſatisfactum, quia non eam conditionem habet fideiuſſoria actio quam hypothecaria ſi debitum ſolutum non ſit. Quæ Africani ſententia & ratio eſt in *leg. cùm quis, 38. §. vltimo de ſolut.*

CAPVT XIX.

Emendatio, l. ſi pignore, 22. §. ſi prædo, ff. de pignor. act.

SVMMARIA.

1 *Etiam ei qui rem alienam, ſiue ſciens, ſiue ignorans pignori dedit, ſoluta quandoque pecunia pignoratitiam competere.*

2 *Prædoni non tantùm ad rem ipſam, ſed etiam ad acceſſiones pignoratitiam dari.*

3 *Tollantur è* d. §. ſi prædo, *verba illa,* prodeſt igitur ei quod creditor bona fide poſſeſſor fuit.

1 QVi † rem alienam pignori dedit non eò minus poteſt pignoratitia agere ſoluta quandocunque pecunia, *l. ſi rem, 9. §. is quoque, ff. de pignor. act.* Etſi enim alienæ rei pignus non conſiſtit, *l. & quæ nondum. 15. §. quod dicitur & paſſ. de pignor.* pignoratitia autem competit ad eius rei repetitionem quæ pignoris nomine fuerat obligata, *tot. tit. de pignor. act.* Sufficit tamen ad pignoratitiam quòd in cauſam pignoris res tradita ſit, debitique ſolutionem creditor acceperit. Cùm ſi reuera contractum eſſet pignus reſtitui nunc deberet. Alioqui melioris eſſet conditionis qui alienam quàm qui debitoris rē pignori accepiſſet. Et cùm debitori pro re aliena competere non poſſit vindicatio, multóque minus condictio (nam aduerſus extraneum, id eſt, qui dominus non ſit, etiam vitioſa poſſeſſio prodeſt, *l. vlt. de acquir. poſſeſſ.* Et in pari iure aut potius non iure, melior eſt conditio poſſidentis quàm condicentis, *l. ſi ob turpem, 8. ff. de condict. ob turp. cauſ.*) alienam rem pignoris nomine retineret impunè creditor ſi pignoratitia conueniri non poſſet. Nec diſtinguemus an qui rem alienam pignori dedit ſciens dederit: An verò ſuam exiſtimans, putà quam paulò antè bona fide emiſſet ab eo quem dominum eſſe exiſtimabat, vt in *leg. ſi rem alienam, 19. ff. de pignorib. act.* Nam etſi prædo rem pignori dederit, ac deinde debitum ſoluerit aut aliter eo nomine ſatisfecerit, competit ei pignoratitia, nec tantùm de pignore, ſed etiam quod magis eſt de fructibus, ſi quos fortè creditor ex pignore percepe-

2 rit, *leg. ſi pignore, 22. § ſi prædo, ff. eodem.* † Competit enim pignoratitia non tantùm ad rem ipſam, ſed etiam ad acceſſiones, putà fructus & vſuras, *leg. quamvis, 6. §. vltim. & leg. ſeq. eodem tit. leg. 1. Cod. eod.* In quo tamen, quod ad prædonis perſonam attinet, dubitationem illud facit, quòd fructus lucrari nullomodo poſſint. Nam ſi extent eo tempore quo rem ſuam dominus ab eo vindicabit, venient etiam in cauſam vindicationis, ſin conſumpti erunt, condicentur, *l. certum, 22. Cod. de rei vindica.* de quo ſcripſimus *lib. 4. cap. 17.* Cur ergo ei permittatur fructus petere à creditore quos omnimodo alteri præſtare debeat? *arg. l. dolo facit, 8. ff. de dol. except.* Sed reſpondendum eſt dolo non facere eum, qui petit quod redditurus eſt alij quàm illi à quo petit, *leg. ſi ſocer. 44. §. Lucius, ff. ſoluto matrimonio.* Neque æquum eſſe propter perſonam prædonis qui creditori ſatisfecerit, remanere fructus penes creditorem nullo iure & ſine cauſa, facit *l. ſi vrbana, 55. ff. de condict. indebit.* Ita enim fieret creditor ipſe prædo ratione fructuum, eóque odioſior, quòd prædandi cauſam captaret ex contractu bonæ fidei, cui prædo alius, ſcilicet debitor, ex ſua parte ſatisfeciſſet. Sed & generaliter traditum eſt eum qui ab aduerſario ſuo poſſideat, nunquam debere propter hoc quod poſſideat, vincere, *l. 1. §. vltimo, & l. 2. ff. vti poſſidet.* Nec nouum eſt antiquiori prædoni aduerſus poſteriorem prædonem competere actionem, ſicut & interdi-

3 ctum, *leg. 1. §. quia me, ff. de vi, & vi armat.* † Idque eſt quod Vlpianus ſcribit in *dict. §. ſi prædo,* vbi tamen quod ſequitur, *proderit igitur ei quod bona fide poſſeſſor fuit,* non poſſum ego intelligere. Nam ſi verum eſt quod paulo ante Vlpianus dixerat, prædonem hunc qui actione pignoratitia fructus conſecutus ſit non poſſe eos ſuos facere, quoniam & extantes vindicari & conſumpti condici poterunt, quænam obſecro ea in re prædonis vtilitas futura eſt? Debuerat hic igitur ſic potius Vlpianus ſcribere, *non proderit igitur, &c.* Quanquam ne hoc quidem placeret. Quis enim admittat creditorem bonæ fidei poſſeſſorem rideri ratione fructuum, quos ex pignore perceperit, præſertim poſt natam pignoratitiam, hoc eſt ſoluto debito? An non ſcit ille ſe pro alieno poſſidere ob idque nec vſucapere poteſt? *leg. pignori. 15. ff. de vſucap.* nec ad eos fructus retinendos longi temporis præſcriptione ſe defendere, *l. vltim. Cod. de pignor. act.* aut quid ſi creditoris mala fides apertior ſit in eo quod rem alienam ſibi à prædone pignori datam eſſe ſciuerit? An eo minus tenebitur ad fructuum reſtitutionem? Imò tantò magis quòd ex duplici alienæ rei ſcientia duplicem quoque malam fidem habuerit. Non igitur prædoni eidémque debitori prodeſt ad fructus pignoratitia actione conſequendos quòd creditor bonæ fidei poſſeſſor fuerit, quin potiùs, quod cùm pro alieno ſciens poſſederit rem obligatam, in mala fide ſit, ſi fructus ex ea re perceptos nullo iure retinere velit. Proinde fatendum eſt imperiti interpretis eſſe totum illum verſiculum, *proderit igitur ei quod creditor bona fide poſſeſſor fuit:* nec poteſt meo iudicio dici quicquam apertius: fiet autem veriſimilius, ſi ea coniungas quæ de ſimilis mendi correctione ſcripſimus ad *l. debitor, 59. ff. ad S. C. Trebell. c. 17.* ſuprà.

CAPVT XX.

Vera lectio & interpretatio leg. poſt contractum 15. Digeſt. de donation.

SVMMARIA.

1 *Variæ dictæ legis lectiones, ex quibus Haloandrina retinetur.*

2 *Haloandrinæ lectionis ſenſus & ratio.*

3 *Diſtinctio adhibita in quæſtione, an poſt contractum capitale crimen donationes valeant, eiuſque diſtinctionis ratio.*

4 *Donationem ante contractum capitale crimen factam, ſecuta condemnatione non reuocari.*

5 *Supradictam diſtinctionem in crimine perduellionatus locum non habere.*

6 *Enumerantur crimina publica quæ morte non finiuntur, ſed aduerſus hæredem perpetuantur.*

7 *In criminibus publicis lucrum ex ſcelere defuncti perceptum aſſerendum eſſe.*

8 *Actiones ex priuatis delictis competentes, ſi conteſtatæ ſint, aduerſus hæredes tranſire.*

9 *Reiicitur Haloandri emendatio ad* l. conſtitutionibus. 33. ff. de oblig. & act.

10 *Reſpondetur ad* l. 1. ff. de priuat. delict.

11 *Cur condemnationem ſequi oporteat, vt donationes poſt contractum capitale crimen factæ irritæ fiant.*

12 *Libertates poſt contractum capitale crimen datæ an reuocentur, ſi condemnatio ſecuta non fuerit?*

13 *Condemnationem in hoc tractatu eam intelligi à qua non eſt appellatum.*

14 *Differre hac parte donationes à cæteris alienationibus quæ cauſam oneroſam habent.*

15 *Diſſimilitudinis inter eas ratio.*

16 *Explicatur* l. reo, 41. ff. de ſolut.

17 *Alienationes ex cauſa onerosa poſt contractum capitale crimen factas reuocari, ſi in fraudem factæ proponantur.*

18 *Ex quibus coniecturis fraus colligi poſſit?*

19 *Quaslibet alienationes pendente appellatione factas, confirmata quandocunque ſententia reuocari.*

20 *Mortis cauſa donationes ante contractum capitale crimen factas irritas fieri, ſi donator pœna capitis poſteà affectus ſit.*

21 *An donationes inter virum & vxorem poſt contractum capitale crimen, & ſecutam ex eo condemnationem, reuocentur.*

22 *Quid interſit inter donationes inter virum & vxorem quæ inter viuos, & eas quæ mortis cauſa factæ ſunt.*

23 *An donatio à marito in vxorem facta ante cogitatum maieſtatis crimen reuocetur?*

1 FLorentina † lectio habet, *Poſt contractum capitale crimen donationes factæ non valent ex conſtitutione Diuorum Seueri, & Antonini, niſi condemnatio ſecuta ſit.* Omnino malè: ita námque ſequeretur à contrario ſenſu valere huiuſmodi donationes ſi condemnatio ſecuta ſit, quod abſurdum eſt. Vt enim non valeant potius quã vt valeant facere condemnatio debet, quandocunque ſecuta. Rectior vulgata, *donationes factæ valent, niſi condemnatio ſecuta ſit.* Vt ſenſus ſit donationes poſt contractum capitale crimen factas non valere, ſi condemnatio ſecuta ſit: valere ſi condemnatio ſecuta non ſit. Secutã verò intellige non eam quæ donationem præceſſerit, vt nimis imperitè Accurſius interpretatur, (alioqui ſcribendum erat, *niſi condemnatio præceſſerit*, non quomodo ſcriptum eſt, *niſi condemnatio ſecuta ſit*) ſed eam quæ vt verba ſonant ſecuta ſit non ſolùm poſt contractum capitale crimen, verùm etiam poſt factam donationem. Sed omnium rectiſſima lectio eſt Haloandrina, quæ retenta negatione quam habent Pandectæ Florentinorum, legit ta-
2 men in ſequentibus, *ſi condemnatio ſecuta ſit.* † Etſi enim huius idem, qui vulgatæ lectionis ſenſus eſſe videtur, & iam olim ab Odofredo vetere interprete traditus, eſt tamen hæc elegantior, & probabilior, propterea quòd nulla opus erat Imperatorum conſtitutione ad inducendum vt valeret donatio, quæ à domino facta eſſet, cùm certi iuris ſit etiam poſt contractum capitale crimen dominũ manere eum, qui deliquerit, adeóque reum læſæ maieſtatis, *l. quæſitum. 15. ff. qui & à quibus manumiſ.* Nil autẽ ſit tàm naturale quàm voluntatem domini res ſuas in alium transferre volentis ratam haberi, *l. qua ratione. 9. §. hæ quoque res, ff. de acquir. rer. domin.* Vt verò donationes hæ non valerent licèt factæ à domino, conſtitui neceſſe fuit, cùm ſubeſſet cauſa ſic conſtituendi, & tamen communes iuris regulæ reſiſterent. Sicut & neceſſarium fuit Diui Pij reſcriptum vt impedirentur libertates ab eodem datæ qui aut iam lege Cornelia damnatus eſſet, aut futurum proſpiceret vt damnaretur, *l. qui pœna, 8. ff. de manumiſſ.* Ex cuius loci coniunctione cum *dict. l.* poſt contractum (eſt enim vterque locus ex Marciani Inſtitutionum libris, quamvis inſcriptio fortaſſe mendoſa diuerſos locos præ ſe ferat) apparet tractaſſe Marcianum, non quæ donationes valeant, quæ fuiſſet ſuperuacua, & infinita tractatio, ſed quænam non valeant, ex quarum ſpeciali enumeratione conſtaret cæteras omnes valere. Cur non enim valeant omnes quæ non ſunt prohibitæ?

3 † Id igitur Marcianus docere voluit, cùm quæritur: an poſt contractum capitale crimen factæ donationes valeant, eam duntaxat adhibendam eſſe diſtinctionem, vtrum condemnatio poſteà ſecuta ſit, necne. Si condemnatio ſecuta ſit, omnimodo non valere, ſi ſecuta non ſit valere. Huius verò diſtinctionis quam Imperatorum conſtitutio inducit, illa ratio non eſt quam nonnulli afferunt, quòd in bonis delinquentis fiſcus habeat ius taciti pignoris à die commiſſi delicti (id enim falſum eſſe, vel ex eo maximè conſtat quòd cæteræ alienationes ex cauſa oneroſa non ob id ſolùm reuocari poſſunt quòd poſt contractum capitale crimen factæ ſint, vt mox videbimus) ſed quòd non ſine ſuſpicione pœnæ factæ videantur donationes quæ poſt contractum capitale crimen factæ ſunt, quandoquidem vix eſt vt ab eo tempore non ſuſpicetur is qui deliquit vel in perditiſſima Republica fieri poſſe vt delicti pœnam aliquando ſentiat. Quod non obſcurè Marcianus ſignificat in *d. l. qui pœna,* iis verbis, *vel tùm futurum proſpiceret, vt damnaretur.* Eodémque pertinet quod Vlpianus ſcribit in *l. ſi aliquis, 7. ff. de mort. cauſ. donat.* donationes quæ inter viuos factæ ſunt valere, tametſi donator capitis pœna poſtea affectus fuerit, dummodo ſine ſuſpicione pœnæ ſint, id eſt, vt ego interpretor, ante contractum capitale crimen.
† Propter quam cauſam & in *l. ſi quis poſthac. 9. C. de bon.* 4
proſcript. ſcriptum eſt *ea etiam quæ ab innoxio adhuc marito.* Et in verſ. ſi quid etiam, *ante tempus criminis,* & alio loco, *ante initium actus.* Vt intelligamus ſecutam condemnationem ex cauſa capitalis criminis non poſſe facere, quin valeant donationes ante contractum capitale crimen perfectæ, ſed facere vt non valeant quæ poſt contractum factæ ſint. Itáque ſicut in pendenti eſt an donatio ſecutura ſit, ita donationis quoque validitatem in ſuſpenſo manere neceſſe eſt, quoúſque certum ſit vel ſecutam eſſe condemnationem, vel ſequi amplius non poſſe, putà defuncto eo qui deliquit ante condemna-
tionem, † Vnde illud etiam fit quod Papinianus ſcribit in 5
l. donationes, 31. §. vlt. ff. de donation. ratas eſſe non poſſe donationes poſt crimen perduellionis contractum, id eſt non eſſe in his donationibus locum illi diſtinctioni, an ſecuta ſit condemnatio, necne, neque incerto eo manere donationes iſtas in ſuſpenſo, ſed indiſtinctè & ſtatim irritas haberi debere, ratione illa quòd ſingulari iure perduellionis crimen hæredem quoque teneat, etſi nondũ poſtulatus vita deceſſerit, *l. vltim. ff. ad leg. Iul. maieſt. leg. penult. & vlt. C. eo. d. l. ſi quis poſthac. C. de bon. proſcrip.* Ex quo magis apparet quod volumus, in cæteris criminibus quorum perſecutio aduerſus hæredem non ſimiliter competit, adeóque in crimine læſæ maieſtatis extra perduellionatum, illam ſemper diſtinctionem obtinere, an condemnatio viuo donatore ſecuta ſit, vel non, at eo caſu, quo viuo donatore ſecuta non ſit non diſtinguimus.
† An aduerſus hæredem ſequi poſſit propter factam cum 6
defuncto litis conteſtationem, quia crimina publica ferè omnia morte finiuntur, niſi condemnatio præceſſerit, nec perpetuantur per conteſtationem licèt actum ſit ad pœnam pecuniariam, *l. 3. leg. defunctæ, 6.* vbi Bart. *de public. iudic. leg. defunctus, 5. & paſſ. C. ſi reus vel accuſ. mort. fue.* Dixi, *ferè omnia,* quoniam excipitur crimen perduellionatus, *dict. l. vltim. ff. ad leg. Iul. maieſt.* peculatus, de reſiduis & repetundarum, *l. vlt. ff. ad l. Iul. pecul. leg. ex iudiciorum, 20. ff. de accuſ.* quibus noſtri comparant crimen hæreſeos, & apoſtaſias quòd ad læſam maieſtatem diuinam pertineant, *l. 4. C. de hæret. l. 4. C. de apoſt.* Itémque ſi quis ſibi ipſi mortem conſciuerit conſcientia delicti, *dict. leg. defunctis, l. 1. & tot. titul. De bon. eor. qui mort. ſibi conſc.* Addunt aliqui crimen deſertæ militiæ ex *l. defunctorum, 4. C. de re milit. lib. 12. tit. 36.* vbi refert Imp. Alex. conſtitutum eſſe ab Imperatoribus Marco & Antonino vt defunctorum in deſertione bona confiſcanda ſint, quod ſanè anteà non obtinebat, cùm deſertionis crimen, ſicut cætera morte ſolueretur, *l. 1. C. ſi reus vel accuſ. mort. fuer.* Addunt & crimen veneficij ſi maritus ab vxore veneno interfectus eſſe dicatur ex *l. Lucius, 9. in fin. ff. de iur. fiſc.* Sed omnino malè, nam & crimen hoc morte extingui Modeſtinus eo ipſo loco ſcribit his verbis, *morte rea*
crimine extincto. † Perſecutionem tamen eorum quæ mu- 7
lier ſibi per ſcelus quæſiuiſſet fiſco competere poſſe reſpondit. Non quòd pecuniariæ pœnæ perſecutio competere poſſit aduerſus hæredem non condemnati, ſed quia longè aliud ſit pœnam pecuniariam perſequi, aliud verò id agere ne ex defuncti ſcelere hæres ditetur. Nam ſicuti pœna ex delicto defuncti hæres teneri non debet ita nec lucrum facere ſi quid ex ea re ad eum peruenerit.

l. ſicut

hic ſecunt, 38. *de reg. iur. l. nunc. C. ex delict. defunct. aliiſque*
innumeris. Sufficiet enim non in damno verſari hære-
dem, non etiam lucrum ſubire, quomodo legẽda fortaſſe
eſt ratio Vlpiani ad rem pertinens in *l. 3. in princip. ff. de*
8 *vi, & de vi armat.* †Sanè priuatorum delictorum alia ra-
tio eſt. Quæ enim ex iis actiones competunt pœnales,
non ſolùm ciuiles, ſed etiam criminales tranſeunt ad-
uerſus hæredes, ſi modò conteſtatæ ſint, licèt non ſit ſe-
cuta condemnatio, vt apertè ſcriptum eſt in *d. l. ex iudi-*
ciorum in fin. de accuſat. vbi differentia hæc traditur inter
crimina publica & priuata, quæ tamen nulla erit ſi quod
lex ait, ex priuatis delictis pœnam incipere poſſe ab hæ-
rede, ſi viuo reo accuſatio mota ſit, licèt non fuerit con-
demnatio ſecuta, ita cum Accurſio & Bartolo ſic intelli-
gas, ſi ciuiliter agatur, nam ex iudiciorum publicorum ad-
miſſis ciuiliter agi nunquam poteſt, ſed tantùm crimi-
naliter. De priuatis verò delictis & ciuiliter, & crimina-
liter, *l. vlt. ff. de furt. l. vltim. de iniur.* Si quæ igitur hac
parte differentia eſt inter crimina publica & priuata, eam
tunc ſubeſſe neceſſe eſt, cùm de priuato crimine agitur
criminaliter: quod & ſignificant verba illa, *ſi viuo reo ac-*
cuſatio mota ſit, quibus apertè vim facit Accurſ. accuſa-
tionem pro actione accipiens, vt ſubinde actionem ciui-
lem intelligat, cui accuſationis nomen nullomodo con-
9 uenit. †Et huc etiam pertinet, meo iudicio, quod ſcriptũ
eſt in *l. conſtitutionib.* 33. *de oblig. & act.* Conſtitutiones
enim de quibus Paulus eo loco, de priuatis delictis ſunt
non de publicis, vt innuit *l. 1. ff. de priuat. delict. facit. l.*
omnes. 16. *l. ſciendum*, 58. *eodem tit. d. l. vnic. C. ex delict. de-*
funct. Quod nõ intelligens Haloander malè negotiationẽ
addidit in illis verbis, *tranſmiſſam videri*, rectè verò Pau-
lus, *quaſi lite conteſtata cum mortuo*, quia quando de cri-
mine agitur criminaliter nulla propriè fit litis conteſta-
tio, cùm agatur ad vindictam potiùs quàm ad rem, ea
quo magis apparet debere Paulum intelligi de actioni-
bus criminalibus ex priuatis delictis deſcendentibus. Nã
in ciuilibus, licèt ex delicto deſcendant, perinde ac in iis
quæ ex contractu vera fit litis conteſtatio. Et de iis acci-
piendæ ſunt ſupradictæ leges quæ loquuntur de pœnali-
bus actionibus poſt litem conteſtatam aduerſus hære-
dem dandis. Idem quoque probatur non malè, ea *d. l.*
31. *defuncto*, 6. *ff. de publ. iud. d. l. defunctus*, 5. *& paſſ. C. ſi*
reus vel accuſ. mort. fuer. aliiſque locis innumeris qui
cum morte crimen extingui aiunt, de publicis tantùm
criminibus loquuntur, vt appareat aliud eſſe in priuatis.
10 †Nil obſtante eo quod ſcriptum eſt in *d. l. 1. de priuat.*
delict. Ciuilem eſſe conſtitutionem, pœnalibus actioni-
bus nec hæredes teneri nec cæteros ſucceſſores. Debet
enim id intelligi. Niſi lis de crimine cõteſtata ſit vel quaſi
cum defuncto, *d. l. conſtitutionibus, l. 16. l. 58. de obligat.*
& act. d. l. nunc. C. ex delict. defunct. & d. l. ex iudicior. 28 *ff.*
de accuſat. Sed ſupervacua eſt de priuatis delictis tracta-
tio in interpretatione, *l. poſt contractum*, quippe quæ lo-
cum non habeat niſi in delictis quorum pœna ſit bono-
rum aut vniuerſorum aut partis publicatio, quæ ex pri-
uatis criminibus nunquam irrogatur. At neque hodie
ea publicis niſi perpaucis de quibus tractant noſtri *ad*
Auth. bona damnatorum, C. de bon. proſcript. & ad *Auth.*
inceſtas, C. de inceſt. & inutil. nupt. Vt proinde rariſſimus
hodie ſit vſus, *d. l. poſt contractum.* Niſi proponas ea do-
nationibus poſt contractum capitale crimen factis ita di-
minutum delinquentis patrimonium vt fraus fiat pœnæ
pecuniariæ quæ in locum publicationis ſucceſſit. Alio-
qui quid in fraudem fiſci factum videri poteſt cui tota
pœna ſoluitur? Itaque non ſunt hîc ſeparanda vt olim
crimina capitalia à non capitalibus, ſed ea tantùm quæ
publicationis pœnam retinuerunt à cæteris, ex quibus
nõ niſi pecuniaria infligitur. Quænam verò illa ſint ſcri-
pſimus in Codice Sabaudico, nec proprius hic eſt de iis
11 dicendi locus. †Vt igitur ad rem redeamus. Ratio prop-
ter quam irritæ fiunt donationes poſt contractum capi-
tale crimen factæ, ſi poſtea ſecuta ſit condemnatio, illa
ſola eſt, quòd factæ videantur in fraudem fiſci, cùm non
ſine ſuſpicione pœnæ fieri potuerint. Ideoque nihil pla-
nè intereſt an factæ ſint ante motam accuſationem an
poſt, ſicut nec vtrum ante condemnationem an poſt,
dummodo poſt capitale crimen contractum. Neque rur-
ſum an aliæ fraudis coniecturæ & præſumptiones con-
currant necne, quas hîc Bartolus diligenter congerit.
Illa.n. ſola ſufficit, quod à die commiſſi delicti ſuſpicio
pœnæ nata ſit. Sufficit autem ſi modò poſtea ſecuta ſit
condemnatio. Neque enim iuſta eſt coniectura ſuſpicio-
nis pœnæ, niſi conſtet de crimine, & quidem per ſenten-
tiam. Quid enim ſi abſolutio licèt iniuſta ſequatur? An
non res iudicata pro veritate habebitur? Quid item ſi in-
terea reus moriatur. Quis fiſcum audeat allegantem pœ-
næ ſuſpicionem perempto crimine? † Eadem vero ra- 12
tio facere debet, vt libertates ab eo datæ qui capitalis cri-
minis reus factus fuerat interim valeant, nec aliter irritæ
fiant quàm ſi ſecuta ſit condemnatio. Vt quod ſcriptum
eſt in *d. l. qui pœna*, 8. *de manumiſ.* capitalium criminum
reos manumittere ſeruos ſuos non poſſe ex Senatuſ-
conſulto, ita accipi debeat. Si poſtea quandocunque ſe-
cuta ſit condemnatio, arg. *d. l. poſt contractum.* Nam & ibi-
dem ſtatim ſequitur, Diuum Pium reſcripſiſſe non com-
petere libertates ab eo datas qui iam lege Cornelia dam-
natus eſſet, vel cum futurum proſpiceret vt damnaretur.
Cùm igitur eadem ratio impediat libertates quæ impe-
dit cæteras donationes, *l. ſi aliquis*, 7. *ff. de mort. cauſ. d. n.*
ſecuta nimirum condemnatione, *d. l. poſt contractum*, Cur
non ex contrario eadem ratio confirmabit manumiſſio-
nes ſi condemnatio non ſequatur? An non abſurdum ſit
& iniquum libertates quibus nihil in toto iure fauorabi-
lius eſt deterioris conditionis eſſe quàm res cæteras.
Atqui, inquiunt noſtri, Libertates quæ ſemel competie-
runt reuocari poſtea non poſſunt: ideóque difficilius
admittendum eſt competere eas ne fraus fiat fiſco. Imò
verò poſſunt eſſe in pendenti, & perinde reuocari ſi in
fraudem fiſci datæ probentur, atque aliarum rerum do-
nationes & alienationes, *l. ſi cùm fideicommiſſa*, 16. §. *Ari-*
ſto. l. ſi mortis, 18. *l. ſi quis habens*, 40. *l. pignori.* 26. *ff. qui &*
à quib. manum. l. in fraudem, 45. §. *à debitore, ff. de iur. fiſc.*
Quin & tentari poſſet in eo fauorabiles eſſe manumiſ-
ſiones quæ non aliter impediuntur quàm ſi in reatu factæ
ſint, vt loquitur Marcianus in *d. l. qui pœna*, niſi ratio illa
obſtaret quòd etiam quæ ante reatum poſt admiſſum
crimen factæ ſunt, non ſine ſuſpicione pœnæ factæ vi-
dentur. Itaque admittam facilè non eſſe libertates hac
parte melioris conditionis, ſed illud non patiar, eſſe eas
deterioris. † Cùm autem ſecutam condemnationem di- 13
cimus, eam intelligimus à qua non ſit appellatum, &
quæ tranſierit in rem iudicatam. Alioquin ſi à condemna-
tione appellatum ſit, pendente appellatione pendebit
quoque vis & effectus donationis, quandoquidem ap-
pellatio extinguit iudicatum, *l. 1. §. vlt. ff. ad S. C. Turpill.*
† In cæteris alienationibus quæ cauſam habent onero- 14
ſam, puta in venditionibus, permutationibus, & ſimili-
bus, non idem eſt. Omnimodo enim valent etiamſi
poſt contractum capitale crimen factæ ſint, & ſecu-
ta ſit poſtea condemnatio: adeóque licet pendente
reatu interuenerint. Quia regulare illud eſt vt pendente
accuſatione reus bonorum ſuorum non ſolùm dominiũ
non amittat, ſed neque adminiſtrationem, quam ob cau-
ſam & creditoribus ſuis ſoluere poteſt, & viciſſim à de-
bitoribus ſuis ſolutionem accipere, *l. reo.* 41. *& ſeq. ff. de*
ſolut. l. auferetur. 46. §. *in reatu de iur. fiſc. l. 2. de bon. damn.*
l. quod autem, 6. §. *apud Labeonem ff. quæ in fraud. credit. l.*
ſumma, 21 *ff. de pecul.* Exceptis criminibus læſæ maieſta-
tis, & repetundarum, in quibus ſpeciali iure conſtitutum
eſt vt reus licèt rerum ſuarum dominus maneat antè
condemnationem, earum tamen adminiſtrationem ha-
bere deſinat ſtatim à die commiſſi delicti, *d. l. ex iudicior.*
20. *ff. de accuſat. l. quiſquis. C. ad l. Iul. maieſtat. l. quæſitum*
15. *ff. qui & à quibus manumiſſ.* in quo etiam magnus

noſtrorum error eſt exiſtimantium ex his cauſis confiſcari bona ipſa iure ſtatimque dominium amitti: quod ſi ita eſſet, non erat cur reo interdiceretur rerum alienarum
15 adminiſtratione & alienatione. † Diſſimilitudinis autem ratio inter donationes & alienationes ex cauſa oneroſa, euidens illa eſt, quod vix fit vt fraudis conſilium non habeat qui ſibi conſcius res ſuas donat, & vltrò perdit, cùm donare nihil aliud ſit quàm perdere, *l. filiusfamil. 7. in princ. ff. de donat.* licèt benè merenti donatum fuerit, *l. ſemper. 23. ff. qui & à quib. manumiſ.* Qui verò vendit aut permutat non tam perdendi conſilium habere videri poteſt quàm ſibi ſuiſque rebus ſubueniendi, quod ſi non permitteretur delinquenti adeóque reo iam criminis poſtulato, eueniret ſanè vt innocentium plerique neceſſario ſumptu egerent, vt Papinianus ait in *d. l. reo. 41. de ſolution.* etſi enim ſecuta quandocunque condemnatione apparet non fuiſſe innocentem eum, qui vendidit, cum res iudicata pro veritate habeatur. Ita tamen poſito iure vt alienationum robur penderet ex dubio iudicij euentu qui in cauſis potiſſimum criminalibus incertiſſimus eſt, non facilè reperiretur, qui ad emptionem vellet accedere, nec ſi reuera innocens & abſoluendus eſſet reus, argu. *l. ait Prætor. 7. §. quæſitum. ff. de minor.* Cùm non minùs periculoſum & procliue ſit innocentem ex falſis inſtrumentis aut teſtimoniis condemnari, quam nocentem abſolui. Inde verò fit vt ſolis quidem innocentibus debitus fauor ius hoc extorſerit, *d. l. reo*, ſed tamen ad eius communionem delinquentes quoque vocari neceſſe ſit. Occaſione ſcilicet potiùs quàm iure vt Paulus loquitur in *l. 2. de*
16 *riuis.* † Neque tamen ita accipienda eſt ratio illa Papinian. in *d. l. reo*, *alioquin plerique innocentium neceſſario ſumptu egebunt*, vt eatenus duntaxat reus criminis publici rerum ſuarum adminiſtrationem retineat, quatenus ad vitæ litiſque ſumptus neceſſe eſt. Habet enim liberam & omnimodam: in eóque nimirum ſingulare ius eſt eorum criminum quorum odio receptũ eſt vt à quo tempore commiſſa ſunt, interdicatur reo adminiſtratione, qualia ſunt læſæ Maieſtatis diuinæ aut humanæ, & repetundarum, *d. l. ex iudiciorum.* Non enim idcirco neceſſarias tamen alienationes interdictas eſſe credendum eſt, quæ cùm ſint neceſſariæ non poſſunt eſſe non iuſtæ, vt vulgo noſtri ſentiunt & rectè ex *l. alienationes. 13. de fam. erciſc. l. peto. 69. §. prædium de legat. 2. l. 1. ff. de fund.*
17 *dotal.* † Hoc ipſum tamen quod dicimus, valere alienationes ex cauſis oneroſa factas poſt contractum capitale crimen, tametſi condemnatio poſtea ſecuta ſit, ita intelligi debet ſi non in fraudem factæ proponantur, probetúrque emptor fraudis conſilium participaſſe, argu. *l. ait Prætor. & §. ſi quis particeps, leg. quod autem. 6. §. hoc edictum. & §. ſimili modo. ff. quæ in fraud. cred. l. ignoti. 5. Cod. eod.* Quinimò fortaſſe etſi emptor ignorauerit, vt hac parte melior ſit conditio fiſci in cuius fraudem alienatum eſt quàm creditorum, arg. *l. de ferro. 18. §. vlt. l. Titius. 21. l. in fraudem. 45. ff. de iur. fiſc.* cùm etſi in fraudem patroni alienatio facta ſit, detur patrono Fauiana etiam contra ignorantem, *l. 1. §. ſolum. ff. ſi quid in*
18 *fraud. patr.* † Fraudis autem coniecturæ potiſſimum hæ probantur à noſtris, ſi is qui delictum admiſit ſiue in reatu iam conſtitutus ſiue non, bona omnia ſua vendiderit, arg. *leg. omnes. 17. §. Lucius. ff. quæ in fraud. cred.* Si quibuſdam tantùm venditis in eorum poſſeſſione remãſerit, fructúſque ſibi perceperit, *l. ſicut. §. ſuperuacuum. ff. quib. mod. pign. vel hypot. ſol. l. ſi is qui bonis. 91. de acquir. her. l. ſi quis naturalem. 3. verſ. & quod de ſubeunda. C. de natur. liber.* ſi clam aut viliſſimo pretio diſtraxerit, arg. *l. vlt. ff. de rit. nupt. l. non exiſtimo. 54. ff. de adminiſt. tutor. l. ſi quis donationis. 38. ff. de contra empt. l. 1. §. ſed ſi fortè. ff. ſi quid in fr. patr.* Si denique ſub ea conditione alienauerit, ſi condẽnari eum contingat bonáq; ipſius, publicari arg. *l. vlt. ff. de ſtip. ſeruo. l. ſumma cum ratione. 21. ff. de pecul.* Nam & ex ſuperiorib. cauſis fraus præſumeretur ſi ante contractum capitale crimen ſic factæ alienationis, & multo poſt tẽpore ſecutum delictum proponeretur, argu. *l. ſed maritus. 14. verſ. ſed & ſi conſtante. ff. qui & à quib. manum. l. ſi mulier cum de iur. 21. ff. rer. amot.* Niſi delinquendi occaſionem nouus & emergens caſus peperiſſet, vt Bart. ſcribit ad *d. l. poſt contractum.* † Sanè ſi à 19
condemnatione appellatum ſit & pendente appellatione facta ſit alienatio, non diſtinguemus donationes à venditionibus, ſed id perpetuò obſeruabimus, vt confirmata quandocunque ſententia reuocentur alienationes quælibet, quia negari non poſſit quin ſaltem à die ſententiæ quæſitum ſit fiſco ius pignoris quod ei auferri non potuit per appellationem quam ex poſt facto fruſtratoriam & inutilem eſſe apparuit. Nunquam enim fruſtratoria appellatio prodeſſe debet appellanti, *l. inter. 41. in princ. ff. de vſur. l. vlt. ff. de re iudic. l. negotiorum. 24. ff. de appell.* Tract. eſt in hanc rem per elegans in *l. chirographis. 57. §. 1. de adminiſtr. tutor.* Et hæc quidem in cõtractib. & donationib. inter viuos obtinent. † At in 20
mortis cauſa donationib. aliud iuris eſt. Non enim valent, etiamſi factę ſint ante contractum capitale crimen, ſi poſtea capitis pœna affectus ſit is qui donauit, *dict. l. ſi aliquis. 7. ff. de mort. cauſ. don. l. cùm hic ſtatus. 32. §. ſi maritus. ff. de donat. inter vir. & vxor.* Nam qui capitis pœnam patitur non poteſt cum vltima voluntate decedere, *d. §. ſi maritus. l. eius qui. 8. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. ſi quis filio. 6. §. irritum de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* donationes autem cauſa mortis proximè accedunt ad vltimas voluntates, *l. vltim. C. de mor. cauſ. don.* † Exci- 21
piuntur tamen ſingulari iure donationes quas vir in vxorem contulerit ex lege Conſtantiniana in *l. res vxoris. 24. C. de don. inter vir. & vxo.* non ſolùm ſi ex pœna mortuus ſit maritus, ſed etiamſi deportatus tantùm, ſi non liberalitatem ſuam poſt deportationem reuocauerit. Nec eæ tantum donationes quæ mortis cauſa factæ ſiunt, ſed illæ etiam quæ inter viuos iam conſtante matrimonio. Nam & hæ ſimiles ſunt donationibus cauſa mortis, in eo quod cùm moribus improbatæ ſint, non priùs valent, quàm donatoris morte confirmatæ fuerint, *l. 1. 2. & 3. d. l. cùm hic ſtatus in prin. & paſſ. ff. de donat. int. vir. & vxor. l. donationes quas parentes 25. C. eod.* ob eamque cauſam in id vſque tempus pro imperfectis habentur, *dict. l. ſi aliquis. 7. & l. non videtur. 32. ff. de mort. cauſ. donat.* † Quamquam inter has donationes & illas ha- 22
ctenus intereſt, quòd quæ mortis cauſa ſiunt ſtatim valent, dummodo earum effectus in id vſque tempus excurrat quo vir & vxor eſſe deſinat, nec intereà velit donator fieri rem accipientis, *l. ſi eam. 9. §. vltim. cum duob. ſeqq. eodem. titul.* Quæ verò inter viuos ſiunt, non valẽt niſi ab eo tempore quo reuocari poſſe deſierint, id eſt à die mortis: ideóque prohibita eſt inter cõiuges illa quoque ſpecies donationis cauſa mortis ex qua dominium ſtatim transferatur licet reuocabiliter, *l. ſed interim. 10. eod. iunct. l. 1. & l. Senatus. 35. §. mortis cauſa ff. de mort. cauſ. donat.* Sed ſi ante mortem reuocatæ non ſint, valent omnes irreuocabiliter, licet eo tempore quo reuocari poſſe deſinunt, fieri non poſſent, id eſt licet capitis pœna & ſummo ſupplicio affectus ſit is qui donauit, acſi maritum non pœna, ſed natura ſubduxiſſet vt lex ait. In hoc enim elucet priuilegium quod huiuſmodi donationibus tribuitum Conſtantinus voluit, cùm alioqui inſpecta iuris ratione donationes hæ non valerent, *dict. §. ſi maritus.* † Nec aliud meo iudicio admittendum erit etſi maritus læſæ maieſtatis condemnatus fuerit, quamuis vulgò interpretes contrà putent ex *d. §. ſi maritus.* iuncta *l. ſi quis. C. ad l. Iul. maieſt.* Nam quod ſcriptum eſt in *dict. §. ſi maritus*, dubitandum non eſt quin correctum ſit per *d. l. res vxoris.* Quod autem conſtitutum eſt in *d. l. quiſquis.* nullum ius nouum continet, niſi in donationibus factis à die commiſſi aut cogitati delicti. Itaque quod ad eas pertinet quæ ante cogitatum maieſtatis crimen factæ ſunt, incorrecta proculdubio manet

lex Conſtantini, cui tamen non perinde locus erit ſi quid viro donatum ſit ab vxore quæ poſtea capitis pœna affecta ſit: ſunt enim fauorabiliores hac parte mulieres, vel ob eam maximè rationem quam lex exprimit: *quæ pudicitiæ præmio ceſſit.* Quod ſi bona mariti fiſcus occupet, non ex cauſa delicti & condemnationis, ſed tanquam vacantia, donationes ab eo factæ ſi vſque ad finem in ea voluntate perſeuerauerit, ſaluæ ſunt mulieri non ex priuilegio, ſed iure communi, idque iam obtinuit, *l. 1. C. don. inter vir. & vxor.* ſed ſi proponas poſt contractum capitale crimen factas inter coniuges ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa donationes, vtique non valebunt, nec ad hunc caſum Conſtantiniana lex pertinet vt conſtat ex illis verbis: *ante tempus criminis ac reatus.* Vt quod in eadem lege præcedit, *ante reatum*, ſic accipi debeat, vt nō ſolum ante reatum, ſed etiam ante crimen contractum donationem factam eſſe oporteat ad eius legis priuilegium inducendum, quia nec valeret ſi inter viuos facta eſſet poſt contractum capitale crimen, ſecuta quādoque condemnatione, *d. l. poſt contractum*, quaſi non ſine ſuſpicione pœnæ facta ab eo qui propter facinoris ſui cogitationem iam de pœna ſua certius eſſe potuit, *d. l. ſi aliquis, & d. l. quæſitum. 15. ff. qui & à quib. manum.* Id verò Conſtantinus duntaxat egit vt eodem iure cenſerentur donationes inter virum & vxorem quo eſſent ſi inter perſonas non prohibitas factæ proponerentur, niſi quod ad nutum donantis ſunt reuocabiles. Sed vt melioris ſint conditionis nec conſtituit, nec conſtituendi ratio vlla fuit.

ANTONII FABRI SEBVSIANI

SABAVDI SENATORIS CONIECTVRARVM

Iuris Ciuilis.

LIBER OCTAVVS.

CAPVT I.

De ſententia & emendatione, l. ſi Titius, 48. ff. de fideiuſſ.

SVMMARIA.

1 *Adhibetur diſtinctio in quæſtione, an reſtituto in integrum ob ætatem vno fideiuſſore, alter obligationis onus integrum ſuſcipere debeat.*
2 *Singularis caſus, quo citra expreſſam renuntiationem ceſſat diuiſionis beneficium inter fideiuſſores.*
3 *Minoris confideiuſſorem qui pro ipſo fideiuber, poſt minorem interueniſſe.*
4 *Emendatur* d. l. ſi Titius, *& emendationis ratio affertur?*
5 *Repurgatur ab errore ſcripturæ* l. cùm apparebit ff. locat. & l. cùm mandatu. s 3. ff. de minor.
6 *Reprobatur Connani ad* d. l. ſi Titius *emendatio.*
7 *Reijcitur Cuiacij interpretatio ad dictam legem, eiúſque rationes refelluntur.*
8 *Vis horum verborum in* dict. l. Titius. ſi interceſſit propter incertum ætatis, *&c.*
9 *Refellitur obiectio aduerſus veram huius legis interpretationem allata.*

1 CVm † quæritur an totum fideiuſſionis onus irrogandum ſit ei qui cum minore fideiuſſit, ſi minorem poſtea in integrum reſtitui contigerit, diſtinguendum eſt, an ſimpliciter ille fideiuſſerit cum minore, & ſine contemplatione iuris Prætorij, quomodo ſi duo maiores confideiuſſiſſent, an verò poſt minorem propter incertum ætatis ac reſtitutionis, id eſt eo intuitu, & ex illa cauſa, quòd alius confideiuſſor talis eſſet, qui propter ætatem poſſet quandoque in integrum reſtitui, priore caſu non eſt irrogandum illi totum onus fideiuſſionis, ſed pro ſua parte duntaxat, non quòd minoris reſtitutio ei prodeſſe debeat (neque enim pro minore, ſed cum minore fideiuſſiſſe eum ponimus, & illa diſputatio, an minoris reſtitutio fideiuſſori proſit alium tractatum habet ſuaſque diſtinctiones,) ſed quia ex beneficio epiſtolæ Hadriani diuidatur inter confideiuſſores obligatio, *l. inter fideiuſſores. 26. ff. de fideiuſſ.* dummodo ſint illi ſoluendo tempore litis cōteſtatæ, *l. inter eos, 5 1. §. cùm inter eod.* quamuis iure aliquo ſpeciali alter ex iis tutus ſit, ne cum effectu conueniri poſſit, puta ſi aut tempore liberatus ſit aut aduerſus obligationem fauore ætatis reſtituendus: nam inopi fideiuſſori, & qui nihil habeat, non rectè comparabitur is qui alia iuſta ratione nititur ne cogatur ſoluere, ſed ei potiùs qui ſatisfecit, cùm habeat, quod obiiciat petitori, vt eleganter Papinianus ſcribit in *l. ſi pupillus. 45. ff. de adminiſtr. tut.* Itaque ſibi imputare creditor debet, cur minorem pro fideiuſſore acceperit, quem ſciebat, aut ſcire debebat poſſe reſtitui, aut cur non petierit confideiuſſorem contemplatione iuris Prætorij, aut denique cur non curauerit, vt confideiuſſor ille beneficio epiſtolæ renunciaret. Siquidem renunciari poſſe conſtat, vt aliis ferè omnibus exceptionibus fauore renunciantis introductis, *l. pen. C. de pact. l. pactum inter hæred. 46. ff. eod.* Poſteriore verò caſu, id eſt ſi confideiuſſor acceptus ſit, non ſolùm, vt pluribus fideiuſſoribus cautum eſſet creditori, ſed etiam ne reſtitutio quam impetrare minor poſſet, creditori damno cederet, vtique totum fideiuſſionis onus ipſi irrogari oportebit, quoniam id inter eos actum videatur, ac ſi beneficio diuiſionis nominatim hîc renunciaſſet, † éſt- 2
que hic valde ſingularis caſus in quo citra expreſſam renunciationem ceſſat epiſtola Hadriani. De confideiuſſionibus, cùm regulare ſit, vt expreſſam & ſpecialem renunciationem fieri oporteat. Ratio autem eſt, quia hoc caſu confideiuſſor iſte minoris habetur pro ipſius minoris fideiuſſore: ſiquidem nihil prohibet fideiubere quem & pro debitore, & pro debitoris fideiuſſore quemadmodum & plures poſſent, *l. ſi plures. 27. §. vlt. Digeſt. de fideiuſſ.* ideóque ſuccedit iuris regula, quæ habet fideiuſſorem qui minoris obligationi acceſſit contemplatione iuris Prætorij, non eſſe iuuandum reſtitutione, quam minor ex cauſa ætatis impetrauerit, *l. 1. & 2. C. de fideiuſſ. minor. l. 3. §. ſed vtrum l. in cauſa. 13. D. de minor. l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quod vulgo. D. de ſolut.* Paul. *lib. 1. ſent. tit. 9. §. 5.* † Hoc ipſum verò, vt 5
minoris confideiuſſor pro minore ipſo fideiubere videatur: fieri nullo modo poteſt, quin interueniat poſt minorem, non quidem ordine ſcripturæ, qui certè nunquam impedit cauſam iuris ac voluntatis, *l. cum pater. 77. §. fidei tuæ committo, de legat. 2.* cùm ex iure non ex ſcriptura ſumendum ſit, id quod agi videtur, *l. nec enim. 6. D. de ſolut. l. quidam. 14. de pecul. leg.* ſed ordine, vt vocant, intellectus. Nam qui fideiubet intuitu & contemplatione reſtitutionis quam minor impetrare poſſet, eum prorſus neceſſe eſt intuitu minoris fideiubere, & conſequenter poſt minorem, quamuis prior fortaſſe in ſcriptura nominatus ſit, argument. *leg. quamuis, 8. §. quoties, ff. ad*

D.ad S.C.Vell. In quo tamen obſeruandum eſt tractare
nos de confideiubentibus, non de iis qui ex interuallo
interceſſerint. Inter eos namque ſolos beneficium diui-
ſionis locum habet, qui ſimul & alter alterius contem-
platione ſic fideiuſſerunt, vt periculi ſocietatem contra-
xiſſe videantur, quomodo Papin. loquitur in *l. ſi plures,*
38.ff de admin.tut.l.ſi à Titio 43.D.de fideiuſſ. Cæterùm
nihil vetat alterum alterius contemplatione ſic fideiube-
re, vt tamen reſtitutionis alteri competituræ periculum
4 alter in ſe ſuſcipere velit. † Et hæc nimirum Papin. ſen-
tentia eſt in *l.ſi Titius,48. ver.hinc ſimilis eod.tit.de fide-*
iuſſ vbi concludit ille non inſubtiliter, hoc demùm caſu
totum fideiuſſionis onus reſtituto quandocunque mino-
re confideiuſſori irrogandum eſſe. Quod tamen ex vul-
gari receptaque lectione colligere nulla ratione poſſis.
Sic enim habet, *ſed ita demùm alteri totum irrogandum*
eſt ſi poſteà minor interceſſit propter incertum ætatis ac re-
ſtitutionis, quæ ſanè nullius ſenſus lectio eſt, nec apud me
dubitationem vllam res hæc habet, quin legendum ſit, *ſi*
poſt minorem: nato fortaſſis errore ex inſcitia librariorum
poſteriorum, cùm priores ſcripſiſſent, *poſt minor.* ſubiecto
puncto, pro *minorem*, quod non intelligentes poſteriores
& malæ Grammaticæ vitium ſubeſſe exiſtimantes pro
poſt repoſuerunt *poſteà*, & pro *minorem* ſcripſerunt *mi-*
nor, ſine puncto. † Nam & ſimili errore, ſed manifeſtiore
5 in *l.cùm apparebit,47.ff.locat.* ſcriptum legimus, *venden-*
tem vel locantem, pro eo quod ſcribi debuerat, *vendenti-*
bus vel locantibus, cùm veteres libri, vt veriſimile eſt, ſcri-
ptum haberent, *vendent, vel locant.* Præcedit enim plura-
lis illa dictio, *pluribus*. Neque emptor dicitur aut condu-
ctor qui vendit vel locat, ſed qui ab aliis ſiue ſingulis ſi-
ue pluribus vendentibus vel locantibus cauſam habet:
& loquitur ea lex de emptore & conductore qui cum
plurib. contrahens ſingulorum perſonam in ſolidum tu-
niturus eſt, quod non niſi pluribus vendentibus vel locan-
tibus euenire poteſt. Sic & in *l.cùm mandatu,23.ff.de mi-*
nor. ſcriptum legimus, *ſi procurator nomine minor circun-*
ſcriptus ſit, pro eo quod legendum eſt, *procuratorio nomi-*
ne, cùm breuiùs & commodiùs eſſet ſcribere *procurator.*
ſubiecto puncto, quàm *procuratorio*, videreturque ſuffi-
cere, vt ex dictione ſequenti vel præcedenti aſſequi le-
6 ctor poſſet quid punctus ſignificaret. † Faciunt ſanè pa-
rum cautè qui Papin. ſic emendant, vt pro *poſteà*, legant
ſponte, qua in ſententia eſt Franciſcus Conanus *lib.6.*
Comment.iur.ciuil. Quaſi eam diſtinctionem Papin. pro-
bauerit: An ſponte minor interceſſerit, an dolo credito-
ris. Idque propter ſequentem legis clauſulam in qua de
minore agitur per dolum creditoris circumuento. Longè
enim alia ſequentis illius clauſulæ ſententia eſt quam
7 ſequenti capite docebimus. † Nec illi rectiùs qui poſt
Iacob. Cuiac. *lib.10.Obſer.c.23.* eam Papin. mentem eſſe
exiſtimant, vt ſi ſimul cum minore interceſſero, & is re-
ſtitutus fuerit, tum demùm mihi totum onus irrogetur, ſi
primo loco interuenerim, niſi dolo creditoris minor in fi-
deiuſſorem aſſumptus ſit, rationem duplicem afferentes.
Vnam quòd minorem ex ea fideiuſſione teneri iniquum
ſit, cùm eius ætas fragilis & expoſita captionibus reſtitu-
tionem mereatur. Alteram quòd mea fideiuſſio ante mi-
noris fideiuſſionem tenuerit, ob idque vitiari eam ab inu-
tili minoris fideiuſſione non oporteat. Etenim animad-
uertere debuerunt, quod ſuprà monuimus, tractare Pa-
pin. de confideiuſſoribus, vt conſtat ex primis verbis le-
gis, *ſi Titius, & Seia pro Mæuio fideiuſſerint.* Item ex po-
ſtremis illis, *aduerſus confideiuſſorem.* Confideiuſſores au-
tem non eſſe niſi qui eodem tempore & alter alterius cō-
templatione non ſeparatim & ex interuallo fideiuſſerunt,
d.l.ſi plures,38.de adminiſtr.tut.l.ſi à Titio,43.de fideiuſ.
Itaque cùm inter eos periculi ſocietas contrahatur, quæ
ſola beneficium diuiſionis inducit, manca erit & inepta
ratio illa quam Papin. eſſe volunt, quòd minorem ex ſua
fideiuſſione teneri iniquum ſit. Neque enim ex eo ſequi-
tur totum onus alteri irrogandum eſſe qui diuiſionis be-
neficium non idcirco abiicere volueris. Potiúſque ex eo in-
feras minoris reſtitutionem nocere debere creditori,
quàm confideiuſſori. Vt taceam falſum eſſe quod illi po-
nunt iniquum fore ſi minor ex ſua fideiuſſione teneatur.
Nam imò verò iniquum non eſſe ex eo conſtat, quòd
nec doli nec alterius exceptionis auxilium habere minor
poteſt priuſquam ſit in integrum reſtitutus, tametſi ſub-
ſit æquitas & cauſa concedendæ reſtitutionis, *l.exceptio-*
nes,7.in fin.ff.de excep. Altera autem ratio, quam ex in-
genio ſuo comminiſcuntur, non ſolùm ineptior eſt, ſed
etiam apertè falſa. Nam quod aiunt fideiuſſionem meam
ante minoris fideiuſſionem tenuiſſe, & validam fuiſſe, non
poteſt verum eſſe, cùm ego & minor ſimul fideiuſſeri-
mus. Vtramque enim ſimul contrahi, & tenere neceſſe
eſt, vt periculi ſocietas contracta videatur. Quare & in
illa ſpecie quam à Papiniano prætermiſſam Cuiacius
putat, & de qua tamen ſola Papin. tractat, ſi vnà cum mi-
nore fideiuſſero, fatetur ille non niſi pro parte me tene-
ri. Quod ſanè veriſſimum eſt ſi ſimpliciter interceſſero:
ſed non item ſi contemplatione iuris Prætorij, propter in-
certum ætatis ac reſtitutionis minoris: hoc eſt cùm cre-
ditor dubitaret de ætate mei confideiuſſoris an minor eſ-
ſet annis 25. aut cùm minorem eum eſſe ſciret eique fi-
dem non haberet veritus ne poſtea reſtitutionem impe-
traret, vt pluribus explicat Vlp. in *d.l.in cauſa,13.de min.*
quomodo ſi locutus fuiſſet Papin. ſententiam eius qui-
libet facillimè percepiſſet. Sed quam ſibi placeat ille
concisa iſta eleganti que breuitate nemo ignorat. † Tan- 8
tóque magis miror virum doctiſſimum non percepiſſe
vim eorum verborum *ſi interceſſit propter incertum ætatis*
ac reſtitutionis: nec animaduertiſſe quantum interſit an
ſic loquare, an ita potius quomodo ille intelligit, & quaſi
ratio dicta illa ſit, *quia fauor ætatis meretur reſtitutionem.*
Sed & in eo errat, quod verborum illorum contextum
interrumpit, ponitque virgulam poſt *interceſſit*, ac ſi ſe-
quentia contineant rationem præcedentium, cùm ta-
men vna ratio ſit, vſque ad illam clauſulam, *quod ſi do-*
lo. Fefellit enim corrupta lectio in verbis iis, quæ emen-
damus, *ſi poſtea minor interceſſit*, quæ nullum certè ſen-
ſum habet, ſi quod ſequitur, *propter incertum ætatis ac re-*
ſtitutionis, bene intelligas. † Nec verò interpretationi no- 9
ſtræ repugnat, ſi quis obiciat, ita poſita facti ſpecie, vt
ego poſt minorem fideiuſſerim propter incertum ætatis
ac reſtitutionis, futurum vt non ſimus confideiuſſores, ſi
verum eſt quod diximus confideiuſſores eſſe eos dunta-
xat, qui ſimul & eodem tempore fideiuſſerunt. Iam
enim monuimus verba illa, *poſt minorem*, non ad ordi-
nem temporis & ſcripturæ referenda eſſe, ſed ad ordi-
nem intellectus. Finge debitorem à quo fideiuſſor pe-
tebatur obtuliſſe fideiuſſorem minorem: creditorem ve-
rò non quidem recuſaſſe, ſed tamen propter incertum
vel ætatis cùm dubitari poſſet maiórne eſſet an minor,
vel reſtitutionis, cùm minorem eſſe conſtaret petiiſſe, vt
alius quoque fideiuſſor ob eam cauſam accederet, méque
in illam rem fidem meam & operam exhibuiſſe,
deinde tractatu iſto habito ſimul eodémque tempore mi-
norem, & me fideiuſſiſſe. An non hîc verum eſt nos eſſe
confideiuſſores, eodémque tempore periculi ſocietatem
ſubiiſſe? Ita ſanè. Nec minus tamen verum quoque eſt
me fideiuſſiſſe poſt minorem & iuris Prætorij contem-
platione. Ordine nimirum tractatus, & intellectus,
quia minor oblatus prior fuerat in fideiuſſorem, & qui-
dem ſolus. Nam ſi eodem tempore minor, & maior offe-
rantur tum demùm dici poteſt maiorem ſimpliciter ac-
ceptum intelligi, ideóque nec illo caſu totum fide-
iuſſionis onus ei irrogandum eſſe. Idémque eſt, ſi ma-
ior primus offeratur priuſquam de adiiciendo minore
tractetur, ſi modò poſtea vterque ſimul eodémque tem-
pore fideiubeat.

Caput II.

Ad prima & poſtrema verba eiuſdem legis.

SVMMARIA.

1 *An, ſi minor creditoris dolo inductus fideiuſſerit & reſtitutus ſit, creditori aduerſus confideiuſſorem ſuccurrendum ſit?*
2 *Cur in priore ſpecie* d. l. ſi Titius, *reſtituta Seia qua fideiuſſerat, aduerſus confideiuſſorem inſolidum actio detur?*
3 *An & ſi Seia creditoris dolo interueniſſet, totum fideiuſſionis onus in* dict. l. *Titio confideiuſſori eſſet irrogandum?*
4 *Nullam ex mulieris fideiuſſione aduerſus eam dari actionem.*
5 *Cur S.C. Velleiani auxilium* exceptio *appelletur?*
6 *Sententia* l. ſi mulier in princ. ff. ad Velleian.
7 *Cur in* d. l. ſi Titius *ius aliud in muliere, aliud in minore confideiubente inducatur?*

1 SEquitur † apud Papinianum, *Quòd ſi dolo creditori*
inductus ſit minor, vt fideiuberet, non magis creditori ſuc-
currendum erit aduerſus confideiuſſorem, quàm facta noua-
tione circumuento minore, deſideraret in veterem debitorem
vtilem ſibi actionem dari. Quæ verba peſſimè etiam ex-
plicant, qui ſic interpretantur, vt minore aduerſus fide-
iuſſionem alius confideiuſſor perinde poſſit in ſolidum
conueniri, atque ſolet conueniri prior debitor reſtitu-
toria actione, poſteaquam minor aduerſus nouationem
à ſe factam reſtitutus eſt, *l. minor. 48. in princ. l. vlt. ff. de*
minor. Nam imò verò prorſus ex contrario Papin. vel
neutro caſu ſuccurrendum eſſe creditori qui dolo indu-
xit minorem, vt fideiuberet, aut vt nouationem faceret,
hoc eſt neque reſtituendam ei actionem in veterem de-
bitorem, vtpote quam dolo malo amiſerit,) vt hæc ad-
hibeatur exceptio ad ſupradictas leges quæ haud dubiè
procedunt, cùm creditoris dolus nullus interuenit)
neq; adeò ei fauendum, vt totum onus confideiuſſionis
alteri confideiuſſori irrogetur. Quod intellige, etiamſi
confideiuſſor acceperit contemplatione iuris Prætorij,
& propter incertum ætatis ac reſtitutionis, vt differat
caſus hic à præcedente de quo ſuperiore capite diximus.
Eſt enim æquiſſimum deteriorem eſſe conditionem cre-
ditoris doloſi quàm eius contrà quem minor reſtitutus
ſit ex cauſa duntaxat ætatis & læſionis, quod contingit
quoties non dolo aut calliditate creditoris, ſed ſua tan-
2 tùm inconſulta facilitate læſum ſe allegat. † At priore
huius legis ſpecie, hoc eſt ſi Titius & Seia pro Mæuio
fideiuſſerint, non ſimiliter Papinianus diſtinguit. An
ſimpliciter Titius confideiuſſerit, an verò poſt Seiam &
contemplatione Senatuſconſulti Velleiani, ſed indi-
ſtinctè aut ſubducta muliere dandam in ſolidum aduer-
ſus Titium actionem. Ratione illa quòd ſcire potuerit,
aut ignorare non debuerit mulierem fruſtrà intercede-
re. Error enim hic iuris eſt quem ei omnimodo nocere
conuenit, ſi neſciat improbatas eſſe Senatuſconſulti
Velleiani autoritate huiuſmodi fideiuſſiones: adeò vt
nulla mulieri neceſſaria ſit in integrum reſtitutio, ſed
ſufficiat Senatuſconſulti beneficium implorare, *l. 1. &*
tot. tit. ad S.C. Velleian. In quo melior eſt conditio mu-
lieris quàm minoris in re ipſa decepti, qui nullum ha-
bet auxilium priuſquam ſit reſtitutus, vt ſuprà diximus
ex *l. exceptiones. 7. §. vlt. de except.* Itaque non poteſt Ti-
tius dicere ſe confideiuſſiſſe cum Seia vt periculi ſociam
haberet, cùm perſona Seiæ autoritate Senatuſconſulti
ſubducatur, ſoluſque Titius fideiuſſiſſe videatur, & ea
mente ad fideiuſſionem acceſſiſſe, vt ſolus teneretur.
3 †Quid ergo ſi dolo creditoris Seia interuenerit? An non
hactenus puniri dolum creditoris æquum erit, vt to-
tum fideiuſſionis onus Titio non irrogetur? Minimè.
Neque enim plus poteſt creditoris dolus quam autori-
tas Senatuſconſulti ad ſubducendam ex obligatione
perſonam mulieris. Imò nec tantundem. Dolus enim
ille facere nequeat, vt mulier non obligetur, ſed tantum
vt doli exceptionem habere poſſit citra reſtitutionem
exemplo minoris, *d. l. exceptiones.* At Senatuſconſultum
impedit obligationem ne ab initio contrahatur, *l. quam-*
quam. 7. l. aliquando. 13. §. vlt. l. ſi mulier. 14. l. ſi mulier. 16. §.
vltim. l. debitrix. 24. §. ſi Senatuſconſulti & paſſ. ff. ad Vel-
leian. Ita vt neque eius obligationis nomine vtiliter
accipi fideiuſſor poſſit, nec ſi nullam ille aduerſus mu-
lierem habiturus ſit mandati actionem: adeò totam obli-
gationem Senatus improbat, *d. l. ſi mulier. 16. §. vlt.* †Ob 4
idque nihil intereſt, an quis fideiuſſorem det mulierem,
an nullum det, *l. quamuis. 8. §. ſi conuenerit eod.* Et quod
magis eſt, etiam ſi iudicium ſuſcipere mulier parata ſit,
non aliter tamen audiri debet, quam ſi caueat ſe excep-
tione Senatuſconſulti non vſuram, *leg. vltim. § pen. eod.*
Quin etſi ſoluerit repetit, *d. l. quamuis. § interdum, d. l.*
debitrix. §. 1. l. qui exceptionem. 40. leg. ex his 54. de cond.
indebit. nimirum ſi per errorem non ſi ſciens ſoluerit, *l.*
ſi is qui. 24. l. ſi non ſortem. 26. § indebitum eod. Cuius enim
per errorem ſoluti repetitio eſſet eius conſultò dati do-
natio eſt, *l. cuius per errorem. 53. de regul. iur.* Senatus
autem obligatæ tantùm & intercedenti mulieri ſuccur-
rere voluit, non etiam donanti, *l. ſed ſi ego. 4. §. 1. ff. ad*
S.C. Velleian. † Nec eſt contrarium, quod ſupradictis 5
locis aliiſque innumeris, auxilium Senatuſconſulti ex-
ceptio appellatur, præſertim in *l. vir vxori. 17. & l. tutor.*
19. eod. Exceptioni verò locus eſſe non poteſt, quin priùs
locus ſit actioni, *leg. 2. de except.* nec actioni quin præ-
cedat vtilis obligatio & efficax, *l. licet 42. §. ea obligatio*
de procur. Nam reſpondeo idcirco ſic comparatum quòd
plerunque facti quæſtio ſit. An Senatuſconſultum lo-
cum habeat, ſiue quod dubitetur aut mulier interceſſe-
rit, ſiue quòd dicatur in rem ſuam interceſſiſſe, aut
etiam creditorem decepiſſe: quibus caſibus conſtat Se-
natuſconſulto iuuari eam non poſſe. † Proinde quouſ- 6
que appareat eam interceſſiſſe, non poteſt prætextu Se-
natuſconſulti denegari creditori actio, ne alioqui om-
nes mulierum obligationes improbatæ viderentur: quod
verum non eſt, *l. 2. 4. & paſſ. C. ad Velleian.* Eæ ſiquidem
tantum improbatæ ſunt, quæ intercedendi animo fiunt,
d. l. 1. d. l. quamuis. 8. §. 1. paſſ. ff. eod. l. Stichum aut Pamphi-
lum. 95. §. aditio. in fin. ff. de ſolution. quomodo accipi
debet, quod ſcriptum eſt in *l. 2. §. omnis omnino. ff. ad*
Velleian. Idque eſt quod Pomponius ſcribit in *d. l. vlt.*
in princ. eod. non per omnia habendam mulierem loco
minoris circumſcripti, cùm nec ipſo iure tuta ſit niſi
cùm interceſſit, nec auxilium reſtitutionis mereatur ni-
ſi cum dolo aduerſarij decepta eſt, aut ex qua alia cauſa,
quæ edicto perpetuo contineatur, & propter quam ma-
ſculis quoque licet maioribus ſuccurri oporteat. Porrò
cùm aduerſus mulierem impetrata eſt actio, neceſſa-
rium eſt ad eam elidendam exceptionis auxilium, *d. l. 2.*
& paſſ. ff. de except. Cæterum ſtatim atque probatum eſt
mulierem interceſſiſſe, ſuccedit vis & poteſtas Sena-
tuſconſulti, quæ ipſo iure facit irritam obligationem,
nec exceptionis opem amplius requirit. Quomodo &
in compenſatione dicimus fieri eam ipſo iure, *l. ſi conſt.*
4. cum l. ſeq. l. vlt. C. de compenſ. leg. 4. l. ſi ambo. 10 l. poſt-
eaquam, 21. ff. eod. l. eius quantitatis, 7. C. de ſolut. Et tamen
compenſatio exceptio dicitur, quia petitionem &
actionem præſupponit, requiritque factum & volunta-
tem compenſare volentis, vt ita demum fiat ſi obiicia-
tur, *l. 2. l. neque, 6. cum l. ſeq. l. quoniam, 10. & ſeq. C. de eod.*
tit. de compenſ. † Ex his igitur concludi poteſt, ſummam 7
rationem habere quod Papiniano placet ſi Titius & Seia
pro Mæuio fideiuſſerint indiſtinctè totum onus irro-
gandum eſſe Titio, nec diſtinguendum, an contempla-
tione Senatuſconſulti interceſſerit néche, aut vt Papi-

niani

niani verbis vtit, *propter incertum Senatuſconſulti:* Ius enim Senatuſconſulti, ſemper certum eſt etiamſi non opponatur: adeòque tametſi mulier parata ſit iudicium accipere niſi caueat ſe exceptione non vſuram, vt diximus in *d.l.vlt.§.pen.ad Vellei an.* ſicut & ſexus ipſe mulieris ſemper certus eſt, niſi fortè cauillandi animo hermaphroditum proponas. At ius reſtitutionis quæ minori competit incertiſſimum eſt, & quia ætas ipſa cui ſuccurritur plerumque incerta eſt, & quia facto minoris opus eſt, vt reſtitutionẽ petat, quod an facturus ſit nécne in euentu & ipſius arbitrio poſitum eſt, *d.l.exceptiones.7.in fin.de except.* Qua etiam impoſtulata cauſæ cognitio adhuc acquiritur an concedi debeat, *l.1.§.1.l.in cauſa.13.l.in cauſa 16.ff.de min.* Nec rurſus diſtinguimus apud Papinianum an dolo creditoris inducta ſit Seia vt cum Titio fideiuberet pro Mæuio, an non. Quia dolum creditoris ita demum ei nocere æquum eſſet ſi peteret ſuccurri ſibi aduerſus Titium. Nunquam enim ſuccurrẽdum eſt ei qui propter dolum ſuum damni quid ſenſerit, cùm neque ei ſuccurratur cui culpa ſola citra dolum imputari poſſit, *l.quod quis ex culpa.203.de R.I.* At vt poſſit creditor hic in ſolidum agere contra Titium, nullo auxilio indiget, ſed ſuo iure perinde facit atque ſi Titius ſolus fideiuſſiſſet. Neque pugnat quod Papin. mulieri minorem ſimilem facere videtur iis verbis, *huic ſimilis & illa quæſtio videri poteſt.* Nam imò diſſimilem ait eo loco, *ſed ita demum alteri totum onus irrogandum eſt*, nec niſi de confideiuſſore minore loquitur, cùm in ſequentibus diſtinguit, an creditoris dolus interceſſerit necne. Sed & ita nihil differat mulier à minore quod nihil intereſt an pro minore fideiubeas, an pro muliere, dummodo contemplatione iuris Prætorij confideiubeas, vt ſuperiori capite tractauimus. Perinde enim vtroque caſu totum fideiuſſionis onus tibi incumbit ſi cùm tecum aut ante te fideiuſſerat in integrum reſtituatur. At ſi quis pro muliere intercedente fideiuſſerit, an cum ea fideiubente confideiuſſerit. Ille enim nullomodo obligatur, ſed iuuatur exceptione Senatuſconſulti, licèt nullum fortaſſe mandatum à muliere habeat, neć proinde contrà eam mandati agere poſſit, quia totam obligationem Senatus improbat, *d. l. ſi mulier. 16. §. vlt.ad Vellei a.* Hic verò nec Velleiani nec alia vlla exceptione iuuari poteſt quominus totum confideiuſſionis onus ſentire debeat, ac ſi ſolus fideiuſſiſſet, cùm ſubducta perſona mulieris propter autoritatem Senatuſconſulti, alia perſona nulla ſuperſit confideiuſſoris, ſed tantùm debitoris principalis pro quo interueniſſe videri poſſit. Itaque non habetur pro confideiubentis mulieris fideiuſſore, licèt contemplatione Senatuſconſulti interceſſerit, quia nec ſi vellet pro ea fideiubere vtiliter poſſet. Proinde conſequens eſt vt ex ſua tantùm perſona & confideiuſſione in ſolidum conueniatur. Atque ita locum ſanè perobſcurum needum fortaſſe ab vllo hactenus rectè explicatum interpretandum arbitramur.

CAPVT III.

Quibus caſibus reſtitutio minoris proſit fideiuſſori, & ad l.except.7.in fin.ff.de except.

SVMMARIA.

1 *Reſtitutionem à minore impetratam, cui dolus creditoris cauſam præbuit fideiuſſori eius prodeſſe.*

2 *Cur illa reſtitutio eo caſu fideiuſſori proſit?*

3 *Adhibetur diſtinctio in quæſtione illa, an reſtitutio minoris, cui ſola læſio cum minori ætate coniuncta cauſam præbuit, fideiuſſori proſit.*

4 *Cur reſtitutio minoris qui fideiuſſorem, non tanquam minor, ſed tanquam quilibet alius dedit, fideiuſſori eius proſit?*

5 *Fauorabiliorem eo caſu eſſe fideiuſſoris, quàm creditoris cauſam.*

6 *Reſpondetur ad* l.minor.51. de procurat. *&* l. ſi pupillus, de hæredit. *& vtraque explicatur.*

7 *An in* d.l.pupillus. *fideiuſſoribus ſuccurratur ſi minor aut pupillus qui fideiuſſorem dederat, non abſtinuerit, ſed in integrum reſtitutus ſit?*

8 *Minoris reſtitutionem fideiuſſori non prodeſſe, ſi fideiuſſor contemplatione iuris Prætorij, & propter incertum ætatis ac reſtitutionis pro eo interuenerit.*

9 *Sententia* l.exceptiones.7. in fin.de except.

10 *Verba illa* d. l. exceptiones quod ſi deceptus non ſit in re *abſque negatione legenda eſſe.*

11 *Non ſemper fideiuſſori, qui ſimpliciter interuenit, minoris reſtitutionem prodeſſe.*

12 *Caſus quo fideiuſſori qui iuris Prætorij contemplatione interceſſit, prodeſt minoris reſtitutio.*

AD † quæſtionem illam, Vtrum reſtitutio in integrum per minorem impetrata proſit eius fideiuſſori, ſimpliciter & indiſtinctè reſponderi non poteſt. Verſatur enim id in cauſæ cognitione, vt Vlp. ait in *l. in cauſa.13 in princ.ff.de minor.* Cauſæ autem cognitio in eo conſiſtit vt inſpiciamus an reſtitutioni cauſam præbeat dolus aduerſarij, an verò ſola læſio cum minoris ætatis priuilegio iuncta. Priore caſu certum eſt prodeſſe reſtitutionem fideiuſſori, *l. 2. C. de fideiuſ.minor.* idque perpetuò & diſtinctè, quoniam & citra reſtitutionis auxilium doli mali exceptio ei prodeſſet, *l.ſi teſtamento. 49. in princip. de fideiuſſ.l.exceptiones.7. ad fin.de except.* vbi verba illa, *pro minore circumſcripto.* idem ſonant, quod *pro minore per dolum decepto,* aut quod eſt idem *circumuento,* Nam & circumuenire idem ferè eſt quod dolo malo decipere, *l.ſi Titius.48.ff.de fideiuſſ.* quam nos ſuperioribus capitibus explicauimus, ob eámque cauſam Paulus in *d.l.7.in fin.* opponit minori circumſcripto eum, qui deceptus ſit in re & naturaliter vt Vlp. loquitur in *l.in cauſa.16.§.idem Pompon.de min.* Plus enim & grauius circumſcribere vel circumuenire, quàm decipere. Factum ſiquidem perſonæ demonſtratur iis verbis propter adiectionem illam *circum*, proinde doli perſonalis ſignificationem præ ſe ferunt, nec ad deceptionem in re tam facilè reſtringi poſſunt. † Ratio autem quæ facit vt doli mali exceptio quæ competere poſſet reo ſi conueniretur, competat fideiuſſori, illa eſt, quod generaliter exceptiones omnes quæ rei non perſonæ cohærent tranſeunt in fideiuſſorem etiam inuito debitore, *d. l. exceptiones. §. t.* cuiuſmodi ſanè eſt exceptio doli. Nam licèt ex parte auctoris cui obiicitur ſit omnino perſonalis, tamen ex parte obiicientis eſt in rem concepta, *l.2.§.t.& 2.ff.de dol.excep.* non minus quàm eæ, quæ ex iuriſiurandi, aut rei iudicatæ, aut metus aliave ſimili cauſa proficiſcuntur, de quibus accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. omnes.19. ff.de exception. l. defenſiones. tt.C.eod.l.ſi ſtipulatus.15.in princ.l.ex perſona.32.ff.de fideiuſſ.l.vlt.ff.de pact.* † Poſteriore verò caſu quo nec dolus nec quid aliud ſimile ſed ſola læſio cum minori ætate coniuncta reſtitutionis beneficium inducat (neque enim ſolo ætatis fauore vnquam reſtituitur minor niſi læſus probetur, *leg.verum.11.§.ſciendum & ſeqq.l.quòd ſi minor.24.§.1.ff.de mino.l.nam poſteaquam.9.ſi minor.ff.de iureiur.*) ſubdiſtinguendum eſt an fideiuſſorem minor ſimpliciter dederit, id eſt, non tanquam minor, ſed tanquam alius quilibet, & eo modo quo etiam maiores fideiuſſorem dare ſolent, quod in dubio credendum eſt, cùm præſumatur potius pro cauſa quæ fouetur iure communi quàm pro ea quæ ſpeciali, *l.3.§.1.ff.de iutel. l.ſimiles.7.ff.de minſt.rupt.teſtam.* An verò minoris obligationi fideiuſſor acceſſerit tanquam ſuſpectæ propter incertum ætatis & reſtitutionis vt Papinianus loquitur in *d. l.ſi Titius.48. de fideiuſſ.* & quod idem eſt contemplatione iuris Prætorij, *l.Stichum aut Pamphilum.95.§. quod vulgo de ſolu.* quod plerumque euenit cùm ſibi proſpicere vult creditor qui ſcit minorem eſſe cum quo cum contrahit, aut an minor ſit dubitat. † Priore caſu pro- 4

deſt

deſt fideiuſſori reſtitutio minoris, atque ita accipi debet
quod ſcriptum eſt in *l. minor. 51. ff. de procurat.* & quod
Vlp. ait in *l. 3. §. ſed vtrum, verſ. ſed an hoc auxilium. ff. de
minor.* interdum reſtitutionem minoris quam ratione
ætatis impetrauerit (de illa enim loquitur) prodeſſe
fideiuſſori vt ad hunc nimirum caſum coarctetur. Ra-
tione illa quòd minor qui eo modo fideiuſſorem dedit
quo dediſſet ſi maior fuiſſet pro maiore hac parte habe-
ri debeat, eiúſque fideiuſſor pro maioris fideiuſſore. At-
qui ius certum eſt, reſtitutionem à maiore impetratam
eius quoque fideiuſſori prodeſſe debere cùm ex re ipſa
non ex perſonæ qualitate reſtitutionis æquitas profi-
ciſcatur, *d. l. omnes. d. l. ex perſona*, & aliis ſupradictis. Vt
puta ſi is qui fideiuſſorem dedit ſiue maior ille ſit ſiue
minor reſtitutus ſit aduerſus venditorem ex cauſa enor-
mis, vt vocant, læſionis. Hinc enim quantumuis minor
ſit, non tamen quaſi minor, ſed tanquam maior reſti-
tuitur, & aduerſus talem conuentionem quam ineunt
plerumque ij etiam qui in maiori ætate ſunt conſtituti,
arg. *l. minor. 48. §. vlt. ff. de minor.* Nec diſtinguemus, quod
parum cautè quidam faciunt, an futurum ſit necne vt
creditori res depereat ſi reſtitutionis beneficium ad fide-
iuſſorem quoque protrahatur, arg. *d. l. minor. 51. ff. de pro-
curat. & l. ſi pupillus. 89. de acquir. hered.* Non enim illud
inſpiciendum eſt, an damnum ſenſurus ſit creditor ea
reſtitutione fideiuſſori profutura: ſed an æquus ſit in
damno morari fideiuſſorem an creditorem vt Vlpin. ſcri-
bit in *d. l. in cauſa. 13. de minor.* Nam cùm æquè facilè
minor poſſit reſtitui aduerſus fideiuſſorem ne mandati
actione teneatur, atque contra creditorem, *dict. l. in cau-
ſa. & l. 1. in fin. C. de fideiuſſo. minor.* ſola quæſtio relin-
5 quitur inter creditorem & fideiuſſorem. † Nemo autem
negauerit æquius eſſe in dubio ſuccurri fideiuſſori ſim-
pliciter accepto vt eodem quo debitori iure cenſeatur,
quam creditori, cui ſaltem hoc imputari poteſt, quòd
legem apertius non dixerit, cum vtique potuiſſet præ-
monere ideò ſe accipere fideiuſſorem vt obligatum il-
lū haberet ſiue in integrum minor reſtitueretur ſiue non.
Quo facto imputaretur ſanè fideiuſſori cur ea lege ad
fideiuſſionem acceſſiſſet, magiſque creditori quàm ipſi
conſuli oporteret. Probatúrque manifeſtè hæc noſtra
ſententia non ſolùm ex Vlpian. in *d. l. in cauſa. 13. de
6 minor.* ſed etiam ex Paul. *li. 1. ſent. tit. 9. §. 5.* † Nec pug-
nat quod ſcriptum eſt in *d. l. minor. 51. de procur.* & in *d.
l. ſi pupillus. 89. de acquirend. hæred.* Nam vt fideiuſſor mi-
noris qui pro alio defenſionem ſuſceperat iuuetur au-
xilio reſtitutionis per minorem impetratæ, non ideò fit
vt iſti putant, quòd ſalua creditori ſit actio contra eum
quem defendere minor voluit, ſicut nec vt ſuccurratur
fideiuſſoribus datis à pupillo qui ſe paterna hæreditate
abſtinuit ſi ex hæreditario cõtractu conueniatur: in cau-
ſa illud eſt, quòd creditorem ius integrum maneat aduer-
ſus eum qui eam hæreditatem agniturus ſit: ſed quia ex
iuris communi regula æquum ſit fideiuſſorem ex perſo-
na rei eaſdem habere defenſiones quas reus ipſe habe-
ret, ſi conueniretur. Alioqui quid dicemus ſi primus
ille debitor cuius defenſionem minor ſuſceperat in ſpe-
cie *d. l. minor*, adeò inops ſit, vt ab eo ſuum conſequi
creditor nequeat? Quid item ſi neque nouus ille hæres
quem hi ipſi commoniſcuntur in ſpecie, *d. l. ſi pupillus*,
neque hæreditas ipſa ſit ſoluendo? Id enim plerumque
contingit cùm hæreditate paterna pupillus abſtinet. An
non valde intereſt creditorũ obligatos manere fideiuſſo-
res, quos minor vel pupillus dederat? Ita ſanè, cũ ferè ſit,
vt nullam actionem habere videatur, qui talem habet,
quã debitoris inopia inanẽ & illuſoriam poſſit reddere,
l. nam is nullam. 6. ff. de dolo. l. ſi apud min. 15. ff. de minor.
Nec eò minus, tamen verum erit ſuccurrendum eſſe fi-
deiuſſorib. Præſertim verò in ſpecie, *d. l. ſi pup.* quia fie-
ri certè nequeat, vt ex hæreditario contractu condem-
nari debeant tanquam fideiuſſores eius qui licèt ipſo iu-
re hæres maneat etiam poſt abſtentionem, *l. cùm quaſi.
30. §. ſed etſi ſuus de fideic. libert.* hæredis tamen loco non
habeatur, *l. ſi filius. 11. ff. de interrog. in iur. fac. l. neceſſariis
7 57. de acqu hæred.* † Sed & finge pupillum aut minorem
qui fideiuſſorem dederat non abſtinuiſſe, ſed in inte-
grum reſtitutum eſſe: an fideiuſſoribus ſuccurretur?
Vtique ſi Vlpiano credimus in *leg. 2. §. vlt. ff. de adminiſt.
& peric. tutor.* Et tamen ceſſat hic ratio illa, qua mouen-
tur iſti, quod creditoribus nulla iactura immineat, cùm
reſtituto minore eiúſque fideiuſſoribus per conſequen-
tiam liberatis, nulla ſuperſit perſona in quam dirigere
actionem ſuam creditor poſſit. Sed hæc ita, ſi minoris
obligationi fideiuſſor, vt ſupra dictum eſt ſimpliciter ac-
8 ceſſerit. † Nam ſi contemplatione iuris Prætorij & prop-
ter incertum ætatis ac reſtitutionis) quæ ſecunda no-
ſtræ ſubdiſtinctionis pars eſt) verius eſt minoris reſtitu-
tioné fideiuſſori non prodeſſe, propterea quod hoc ip-
ſum inter contrahentes omnino actum eſſe videatur.
Atque ita accipiendum eſſe tit. *C. de fideiuſſ. minor.* hoc
eſt fideiuſſoribus minorum tanquam minorem conſtat
ex Vlpiano in *d. l. in cauſa. 13. & d. l. 3. § ſed vtrum de mi-
norib.* & ex Iulij Pauli ſententiarum loco ſupra citato.
Elegãtius autem ex Papiniano in *d. l. Stichum aut Pam-
philum. 95. § quod vulgo de ſolut.* vbi ait fideiuſſorem qui
ſimpliciter non contemplatione iuris Prætorij interceſ-
ſerat, ſi debitori minori annis vigintiquinque hæres ex-
titerit, ſaluum habere beneficium reſtitutionis, minori
intra petendæ eius tempora defuncto competere pote-
rat. Quod certè falſum eſſet ſi reſtitutio minori viuo
conceſſa fideiuſſori profutura non fuerat, aut ſi nihil in-
tereſſet, an ſimpliciter an contemplatione iuris Præto-
rij fideiuſſor interueniſſet. Ideò autem tractat Papinia-
nus de fideiuſſore, minoris hærede, quoniam viuo mi-
nore aut alium hæredem habente non poſſet fideiuſſor
in integrum reſtitui ex perſona minoris Reſtitutionem
enim ab ipſo minore aut ab eius hærede impetrari ne-
ceſſe eſt, non autem à fideiuſſore, quippe qui læſus non
fuerit, idque eo etiam caſu quo à minore impetrata
fideiuſſori profutura eſſet. Nam vt profit fideiuſſori, non
9 fit niſi per conſequentias. † Et is procul dubio ſenſus eſt
d. l. exceptiones. 7. in fin. de excep. iis verbis, *quod deceptus
ſit in re tunc nec ipſe ante habet auxilium quam reſtitutus
fuerit, nec fideiuſſori danda eſt exceptio.* Docet enim Paul.
multum referre, cùm minor qui fideiuſſorem dedit de-
ceptus eſt, an deceptus ſit in re, an ex propoſito, ſi ex
propoſito non tantum competit minori ius petendæ
reſtitutionis, ſed etiam excipiendi de dolo ſi conueniá-
tur. Ea verò exceptio vt rei cohæret non perſonæ. perin-
de fideiuſſori atque ipſi minori competet, tametſi nec
reſtitutus ſit minor, nec adhuc eam exceptionem obie-
cerit, at cùm deceptio non niſi in re eſt, doli exceptio
nec minor competit, nec proinde fideiuſſori: ſupereſt
igitur vnum illud remedium minori vt in integrum re-
ſtituatur, fideiuſſori verò nullum, niſi quòd minore reſti-
tuto prodeſt ea res fideiuſſori ſi ſimpliciter interuene-
rit, non etiamſi contemplatione iuris Prætorij propter
incertum ætatis ac reſtitutionis, ſecundum ſupradictam
diſtinctionem, quæ tamen ex eo loco ſicut non impro-
batur, ita nec probatur, quia de exceptione tore dunta-
xat, non etiam de effectu reſtitutionis tractat Iuriſc.
† Periſſimè autem locum illum accipiunt, qui vulga- 10
tam lectionem cum Haloandro ſecuti addita negatione
legunt, *quòd ſi deceptus non ſit in re*, & eum ſenſum eſſe
putant, vt minore in re non decepto, ſed ſua facilitate
& dolo creditoris. fideiuſſori non ſuccurratur, quod pla-
nè falſum eſt, & iis quæ proximè diximus contrarium.
Nam imò verò id ſibi vult Paulus: Minore non dolo cre-
ditoris, ſed ſua facilitate & in re ipſa decepto, nullam
dari exceptionem fideiuſſori: an autem iuuari debeat re-
ſtitutione in integrum, ſi eam fortè minor impetret, non
aperit, quoniam nec de illo tractat. Et certè contraria
hæc ſunt, decipi minorem ſua facilitate, & decipi dolo
creditoris. Sua enim facilitate decipi dicitur, cùm ætatis
ſuæ

ſuæ imbecillitate poti' quàm aduerſarij calliditate decipitur. Dolo autem, quoties iis artib. decipitur, quib. etiã maior decipi poſſet. Contrà autẽ paria ſunt decipi mino-
11 rẽ in re, & decipi ſua facilitate, *l. ſi quis cùm aliter. de ver. obl.* † Illud tamen obſeruandum eſt, quod ſuprà diximus, fideiuſſori qui ſimpliciter interuenit prodeſſe reſtitutionẽ minoris, non eſſe perpetuũ. Quid enim ſi nullum illi regreſſum aduerſus minorem habere debeat fortè quòd donandi animo aut in rem ſuam fideiuſſerit? nemo dixerit prætextu minoris ſuccurrendum eſſe maiori cuius damno res ceſſura ſit, *l. quod dictum. §. 1. ff. de pact. l. ſi quis reum. 5. de liber. leg.* Neque enim Prætori propoſitum fuit maioribus ſuccurrere ex minorum perſona, ſed tantùm minoribus, *d. l. 5. §. ſed verum. l. cum mandatu. 13. ff.*
12 *de mino.* † Rurſus nec illud perpetuum eſt, vt fideiuſſori qui contemplatione iuris Prætorij interceſſit, nil proſit minoris reſtitutio: nam ſi talis caſus contingat in quo futura ſit inutilis minori reſtitutio, niſi etiam fideiuſſori proſit, fieri non poteſt vt non fideiuſſori quoque prodeſſe debeat, vt purà ſi contrà fideiuſſorem mãdati actione repetentem quod ſoluiſſet, reſtitutio dari non poſſet, *arg. d. l. in cauſæ. 13. de minor.* ſic enim Bar. & poſt eum cæteri ad *l. cùm filiusfamil. 49. §. 1. de V. O.* Ratione illa, vt puto, quòd hoc caſu minor ſit fideiuſſoris ſui quaſi defenſor neceſſarius: quòd cum euenit, neceſſe eſt prodeſſe fideiuſſori quicquid prodeſt reo, *arg. l. idémque. 10. §. generaliter. ff. mand.* At quoties aduerſus fideiuſſorem quoque reſtitui minor poteſt, nulla ratio eſt, vt fideiuſſoris ſui defenſor neceſſarius videri debeat, licèt contemplatione iuris Prætorij fideiuſſor interuenerit: idcóque nec fideiuſſori proderit iis caſibus reſtitutio quam ipſe minor impetrauerit.

Capvt IV.

De emendatione. §. quod vulgò leg. Stichum aut Pamphilum. 95. D. de ſolut.

Svmmaria.

1 *Cur principali & fideiuſſoria obligatione in vna eadémque perſona concurrente fideiuſſoria tollatur?*

2 *Quonam caſu fieri poſſit vt principalis obligatio ſit maior & plenior quam fideiuſſoria?*

3 *Probatur Cujacij emendatio ad* d. §. quod vulgo, *& exemplum principalis obligationis affertur, qua non eſt plenior fideiuſſoria?*

4 *Rationes afferuntur pro vulgata* d. §. *lectione.*

5 *Senſus horum verborum in* d. § quod vulgò. E contrario non poteſt dici, *&c.*

6 *Reſtitutiones non à iure ciuili, ſed à iure honorario cauſam habere.*

7 *Notatur differentia inter reſtitutionem minoris, & cæteras reſtitutiones.*

8 *Cur in* d. §. quod vulgò, *verba illa,* bonæ fidei *adiecta ſint?*

9 *Quò referenda ſint illa* dict. §. *verba,* quæ principalis fuit? *& de his Accurſij coniectura.*

10 *Supplentur nonnulla in* d. §. quod vulgò. *verſic.* difficile eſt.

11 *An fideiuſſor, qui pro minore iuris Prætorij contemplatione interceſſit, eique poſtea heres extitit reſtitutionis beneficium aduerſus creditorem impetrare poſſit?*

12 *De reo qui fideiuſſori heres extitit, & eonomine exceptione fideiuſſori non competente, vtitur.*

Faciunt ea, quæ in ſuperioribus diſputauimus, vt hîc ſubiicere neceſſe ſit coniecturam noſtram de emendatione *§. quod vulgò, l. Stichum. 95. ff. de ſolution.* cuius tam ſæpe meminimus. Eſſe enim locum corruptiſſimum iampridem vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius obſeruauit, ſed quomodo ſanandus & reſtituendus ſit, non vidi qui adhuc docuerit, cùm tamen quæſtionem habeat elegantiſſimam, & Papiniana ſubtilitate digniſſimam
† Sic autem Papinianus præfatur, *Quod vulgo iactatur fideiuſſorem qui debitori heres extitit, ex cauſa fideiuſſionis liberari, totiès verum eſt, quotiès plenior rei promittẽdi obligatio inuenitur,* & rectè, neque enim alia ratio eſt propter quam concurſu principalis & fideiuſſoriæ obligationis in vna eademque perſona, tollatur fideiuſſoria, niſi quod Principalis plenior ſit, & maior, duplex autem obligatio ciuilis cum eodem eſſe non poſſit, vt Africanus ſcribit in *leg. heres à debitore. 21. §. ſeruo tuo, verſ. nec his contrarium. ff. de fideiuſſor. Duplex,* inquam, *obligatio,* quarum altera ſit plenior & maior, & inter quas aliqua ſit differentia, nam ſi vtraque ſit eiuſdem poteſtatis vt contingit cùm correus debendi correo hæres extitit, nihil vetat eandem perſonam duas ſpecies obligationis ſubſtinere, adeóque nec aliter ius conſtitui poſſet, cùm dici nequeat vtra obligatio ab altera perimi poſſit, *l. ſi reus promittendi, 13. ff. de duob. reis.* Pleniorem enim & maiorem eſſe neceſſe eſt eam obligationem quę per concurſum perimat alteram, & minorem viciſſim eam quæ perimatur, *l. debitori. 50. ff. de fideiuſſ.* † Sed illud difficile eſt inueſtigare, quonam caſu fieri poſſit vt principalis obligatio non ſit maior & plenior, cùm vel ob id ſolum quod principalis eſt, potior & dignior cẽſeri debeat quã fideiuſſoria, quæ nõ niſi acceſſoria eſt *l. gener. 5. & l. ſi duo 93. ff. de ſolut.* vbi abũdat manifeſtè negatio in illis verbis, *ſed ſi reus heredem fideiuſſorem ſcripſerit, non confunditur obligatio,* quæ malè deeſt in illis præcedentibus, *Item ſi duo rei ſint promittendi & alter alterũ heredẽ ſcripſerit, confunditur obligatio:* nã imò verò non cõfunditur, quia vtraq; eſt æquè principalis, quo caſu altera alteri potius adiicitur ad actionem quàm vt confuſionẽ pariat, vt ibidem Scæuola ſubiicit, contrà autem confunditur fideiuſſoria obligatio quoties fideiuſſori reus extitit, & maior principalis obligatio fuit, tametſi cauſa aliqua ſubſit propter quam æquum ſit ſaluam manere fideiuſſoriam, vt in eleganti illa ſpecie *l. 3. de ſepar.* quam nos ſuperiore libro explicauimus *cap.* 18. An igitur exiſtimauit Papinianus fieri vllo caſu poſſe vt fideiuſſoria obligatio ſit plenior? minimè: hoc ipſum enim quòd acceſſoria eſt, facit vt plenior eſſe nunquam poſſit, idcóque nec principalem obligationem vnquam extinguit, quod contingeret ſi aliquando plenior eſſet: ſed tamen fieri poteſt, vt nec ipſa principalis obligatio ſit plenior, eiúſque rei exemplum dare Papin. voluit in *d. §. quod vulgo,* cùm ſubiecit, *nam ſi reus duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor liberabitur.* † Qui tamen verſiculus neque ſenſum 3
vllum habet, neque commodam aliquam interpretationem admittit: caſum enim quærimus, in quo rei obligatio non ſit plenior fideiuſſoria, & in quo fideiuſſoria per concurſum principalis non perimatur, quorum neutrum euenit cum ſolus reus obligatus eſt: quare valde laudo quod ex Græcis Iacobus Cuiacius docuit *lib. 10. obſeru. c. 34. & tract. 7.* Ad African. ſic potius legendũ eſſe, *nam ſi reus natura duntaxat fuit obligatus, fideiuſſor non liberabitur.* Etenim cùm reus naturaliter tãtùm obligatus eſt, ſicut fideiuſſoris obligatio nõ poteſt eſſe plenior principali, quoniam acceſſoria eſt, ita nec principalis poteſt plenior eſſe fideiuſſoria, quia ad agendum eſt inefficax, fideiuſſoria verò efficax, cùm non niſi per ſtipulationẽ cõtrahatur, *l. blandiens. 12. C. de fideiuſ.* † Niſi 4
quia fortè vulgaris lectionis tuendæ gratia putet probabilius ea verba, *ſi reus duntaxat fuit obligatus,* non ſic intelligi debere, *ſi ſolus reus obligatus ſit,* ſed ſic potius, ſi rei obligatio nuda ſit, talis quæ ſtet in puris terminis, obligationis, hoc eſt quæ deſtituta ſit facultate & poteſtate producendæ actionis. Quod ipſũ vi ipſa & in effectu nihil aliud eſt quàm naturaliter tantùm eſſe cũ obligatum, ſi dictionem illam *duntaxat* non ad præcedentẽ taorũ ſed ad ſubſequẽtẽ *obligatus* referamus, paulò quidẽ obſcuriore locutione, ſed conciſiore, nec ineleganti.

Quam

Quam quia nõ percepit malus interpres,& cum caſum
tractari exiſtimans,quo ſolus reus obligatus eſſet,ſuſtu-
lit fortaſſe negationem quam Papin. non prætermiſerat
in ſequentib. illis, *fideiuſſor non liberabitur*, quod fieri nõ
poſſet vt ſolus obligatus reus eſſet, fideiuſſor verò tene-
retur. Cæterùm quicquid ſit de emendatione conuenit
mihi hocuſq; cum Græcis & cum Cuiacio de legis ſen-
5 tentia.†Sequitur apud Papinianum, *E contrario nõ poteſt
dici non tolli fideiuſſoris obligationem ſi debitor propriam &
perſonalem habuit defenſionem.* Senſus eſt, multum refer-
re, an principalis obligatio ſit naturalis tãtùm & ineffi-
cax ad agendũ: an verò efficax quidem ad agendum, ſed
non ad exigẽdum, hoc eſt eiuſmodi quã reus propria &
perſonali quadã defenſione poſſit eludere. Priore enim
caſu plenior ſanè non eſt, poſteriore verò non eò minus
plenior putanda eſt, quòd per exceptionem aut qua alia
ratione elidi poſſit, & conſequenter fideiuſſoriam peri-
met, non ſecus ac ſi propriam defenſionem nullam reus
haberet. Exẽplũ verò principalis obligationis aduerſus
quam debitor propriam & perſonalẽ habeat defenſio-
nẽ, ponit Papinianus, ſi minor annis vigintiquinq; mu-
tuam pecuniam acceperit & ex ea cauſa fideiuſſorẽ de-
derit, deinde pecuniam illã perdiderit. Hunc enim con-
ſtat reſtitui poſſe in integrum ex Edicto de minoribus
fauore ætatis, & cõcurrẽte læſione, *l. patri. 27. §. ſi pecuniã.
D. de minor.* nec perinde fideiuſſori eius beneficium hoc
competere, cùm ſit perſonale, hoc eſt quod perſonę mi-
noris datur, licèt non minus tranſeat in minoris here-
dem quàm cæteræ reſtitutiones, *l. non ſolum. 6. D. de in
integr. reſtit. l. minor. autem 18. §. vlt. de minor.* Nec ad rem
pertinet quòd reſtitutio per minorem impetrata pro-
derit etiã fideiuſſori qui ſimpliciter acceptus fuit, & ſine
contemplatione iuris Prætorij, vt ſuperiori capite diſ-
putauimus. Id enim fit per conſequentias poſteaquam
minor reſtitutus eſt, non quod idem ius competat fide-
iuſſori quod ipſi minori petendæ reſtitutionis: quam
Pauli ſententiam eſſe diximus in *l. exceptiones. 7. in fin. D.
de except.* Finge igitur minorem hunc qui potuit in in-
tegrum reſtitui deceſſiſſe ante petitam reſtitutionẽ he-
rede relicto fideiuſſore: an ſalua manebit fideiuſſoria
obligatio, quaſi principalis ideò nõ fuerit plenior quòd
reſtitutionis beneficium implorare minor potuerat, nõ
etiam eius fideiuſſor. Id verò Papinianus negat, illa, vt
puto, ratione, quòd confuſio fideiuſſoriæ obligationis
quæ fieri ſolet per concurſum principalis, fiat ſola iuris
ciuilis poteſtate, quæ non minorem vim tribuit obliga
tioni minoris, tametſi aduerſus eam reſtitui minor poſ-
6 ſit, quàm ſi à maiore contracta proponeretur, †Reſtitu-
tiones enim non à iure ciuili cauſam habent, ſed à iure
honorario, id eſt ab æquitate Prætoria, temperante ni-
mium iuris ciuilis rigorẽ. Itaq; quòd ad ius ciuile per-
tinet tam efficax eſt actio quæ contra minorem etiam
læſum competit, quàm quæ contra maiorem: ideoq; &
perinde vtroq; caſu fideiuſſoriam obligationem peri-
met, tanquam minùs plenam & acceſſoriam. Eò magis
quòd tractamus de fideiuſſore accepto ſine contempla-
tione iuris Prætorij: id eſt, non eo intuitu quòd minor
qui fideiuſſorem dabat, poſſet quandoque in integrum
reſtitui, ſed eo planè modo quo maioris obligationi
accedere potuiſſet, nulla impetrandæ reſtitutionis con-
templatione. Cur ergo cauſa iuris honorarij quę potuit
auxilio minori eſſe retinebit fideiuſſoriam obligationẽ
quæ ſine contemplatione iuris honorarij & Prætorij
contracta fuit? Et hoc ſanè eſt quod Papin. ſentit his
verbis, *nam ſi minori vigintiquinque annis bona fidei quis
pecuniam credidit, iſque nummos acceptos perdidit, & intra
tempora in integrum reſtitutionis deceſſit herede fideiuſſore,
difficile eſt dicere cauſam iuris honorarij qua potuit auxi-
lio minori eſſe retinere fideiuſſoris obligationem.* Ideò autem
bona fidei, Papinianus dixit quoniam ſi dolus malus
creditoris arguatur, puta ſi ſciens pecuniam dederit
minori perdituro, & in malos vſus dolus hic lege Læ-
toria vindicatur, vt Cicero lib. 3. De officiis ſcribit,
ac proinde ipſo iure, ita vt nec neceſſaria ſit in inte-
grum reſtitutio quæ prorſus neceſſaria eſt, cùm nullus
dolus interuenit, ſolaque ætas cum læſione iuncta in-
ducit beneficium Prætoris. Vnde fit vt dolo creditoris
interueniente facilius admitti poſſit fideiuſſoriam obli-
gationem ſubſiſtere, licet fideiuſſor minori heres exti-
terit, quaſi plenior, maior, & potentior eſſe nequeat
principalis obligatio quæ ipſo iure & legis Lætoriæ
poteſtate infirmatur. Quamuis non inficior poſſe hoc
etiam caſu locum eſſe reſtitutioni, ſi minor malit im-
plorare beneficium Prætoris quàm legis, *l. 2. C. de fide-
iuſſ. minor.* ſed non facit ea res quo minus legis Lætoriæ
poteſtate dolus vindicetur.† In quo reſtitutio minoris 7
differt à cæteris, quæ nec ſi ex cauſa doli impetrentur,
alio tamen vllo præterquam Prætoria auxilio nitun-
tur, quia dolus contrahentium non impedit quin ex
contractu naſcatur iure ciuili actio, ſed præbet tantùm
materiam reſtitutionis aut exceptionis doli, *l. 1. & tot.
tit. D. de dolo. & De dol. mal. excep.* Idcirco autem fortaſ-
ſe inductum eſt vt poteſtas legis Lætoriæ non tollat
remedium reſtitutionis minoris, quoniam minorum
reſtitutio ſingulari priuilegio iudicem habet Prætorem
ipſum, qui eam cognitionem ſibi ipſi reſeruauit, *l. 1. D.
de minor.* cùm tamen in cæteris reſtitutionibus non ſe
ille interponat, ſed ipſis Edicti verbis iudicium, id eſt
alios inferiores iudices daturum ſe polliceatur. Quæ
res efficit vt minoribus plerunque ſuccurrat Prætor,
non ſolùm conceſſa reſtitutione in integrum, ſed etiam
denegata creditori actione, vt in *d. l. ſi minor. 27. §. 1. de
minor.* in quo, Prætor legis exemplum & poteſtatem
non ſolùm imitatur, ſed etiam exequitur: Legis enim
proprium eſt actionem vel concedere vel denegare. † 8
Potuit etiam eorum verborum, *bona fidei*, adiectio eſſe
neceſſaria, quoniam dolo creditoris interueniente non
eſſet locus illi diſtinctioni quam Papin. adhibet, an cõ-
templatione iuris Prætorij interueniſſet fideiuſſor, an
non, ſed indiſtinctè iuuandus eſſet fideiuſſor ſiue reſti-
tutione in integrum, ſiue doli mali exceptione, *dict. leg.
2. Cod. de fideiuſſ. minor. d. l. exceptiones. 7. de except. leg. ſi
teſtamento. 49. D. de fideiuſſ.* ob idq; minus dubitari poſ-
ſet quin principalis obligatio vtroque caſu plenior eſ-
ſet, ac conſequenter fideiuſſoriam perimeret: cùm doli
exceptio licet ex perſona debitoris, inuito tamen debi-
tore fideiuſſori competat, *leg. ſi ſtipulatus. 15. leg. ex per-
ſona. 32. de fideiuſſ. leg. vlt. de pact. l. omnes. 19. D. de except.*
Itaque non poteſt dici debitoris propria & perſonalis
defenſio, de qua tamen Papinianus tractat. † Sed illud 9
omnino inexplicabile eſt, quod Papinianus ſubiicit, *qua
principalis fuit, & cui fideiuſſor is acceſſit.* Nihil enim eſt
in toto contextu ad quod referri poſſint verba illa niſi
ad proximè præcedentia, *retineri fideiuſſoris obligatio-
nem.* Atqui dici non poteſt fideiuſſoris obligationem
eſſe principalem, & fideiuſſoris obligationi acceſſiſſe fi-
deiuſſorem. Principalis namque obligatio ea eſt, quæ
debitoris eſt pro qua fideiuſſor interuenit. Non enim
propriæ, ſed alienæ obligationi accedit fideiuſsor. Scio
Accurſium referre verba hæc, *qua principalis fuit*, ad
præcedentia illa, *cauſam iuris honorarij.* Sed ineptè. Nam
præter id quod habent illa ſuum relatiuum, *qua potuit
auxilio minori eſſe*, quo ſenſu obſecro dici poteſt cau-
ſam iuris honorarij fuiſse principalem? Aut quomodo
conuenient quæ ſequuntur, *& cui fideiuſſoris acceſſit.*
Siquidem principali obligationi fideiuſſor acceſſiſse
proponebatur, non autem cauſæ honorariæ: præſer-
tim verò cùm Papinianus de eo fideiuſsore tractet, qui
acceſserat ſine contemplatione iuris Prætorij, quod
ipſum nihil aliud eſt, vt ſæpius monuimus, quam cauſa
illa honoraria. †Itaque, ni prorſus fallor, locus hic man- 10
cus eſt ſupplẽdúmq; aliquid de obligatione minoris ad
quam referri poſſint ea verba, *qua principalis fuit, & cui
fideiuſſor is acceſſit.* Quantum autem coniectura aſſequi

poſſum, ita emendandus eſt Papinianus, vt legamus:

Diffi. ile eſt dicere cauſam iuris honorarij qua potuit auxilio minoris eſſe retinere fideiuſſoris obligationem ac non potius ſolam manere minoris obligationem, qua principalis fuit, &c.

Vt duplicis lineæ ſimile principium, & ſimilis finis mendo cauſam præbuerit, ſicut & in *l. in hoc iudicium.* 54.§.1.*D.commun.diuid.* quam nos pari felicitate emendauimus *lib.2.cap.2.* Nam & ex contrario accidit aliquando vt ex ea cauſa eadem linea repetatur, quod librario qui minores Pandectas Gothofredi excudit, vſuueniſſe cernimus in *l.duos.6.§.vlt.de duob.reis*, qui tamen error non ita facilè contigit. † Adiicit verò Papinianus, *ſine contemplatione iuris Prætorij*, vt intelligimus aliud
11 fuiſſe reſponſurum ſi fideiuſſor acceſſiſſet principali obligationi contemplatione iuris Prætorij, hoc eſt ea mente vt in illum potiſſimum caſum teneretur, quo minor eſſet in integrum reſtitutus. An quòd illo caſu fideiuſſore hereditatem minoris adeunte fideiuſſoria obligatio non perimeretur? Atqui hac parte nihil intereſt vtrum fideiuſſor contemplatione iuris Prætorij acceſſerit, nécne cùm vtroque caſu æquè plenior ſit principalis obligatio. Hactenus igitur intererit quod ſi contemplatione iuris Prætorij aceeſſiſſet, non poſſet verum eſſe quod Papinianus concludit, *auxilium igitur reſtitutionis fideiuſſori qui adoleſcenti heres extitit intra conſtitutum tempus ſaluum erit.* Quanquam enim hoc etiam caſu fideiuſſoria obligatio per confuſionem perimeretur, quaſi minor & aceeſſoria, ob idque ſtricto iure competeret fideiuſſori reſtitutio in integrum tanquam heredi minoris, iniquum tamen eſſet in damno morari creditorem qui ob hoc ipſum fideiuſſorem accepiſſet vt ſibi conſuleret aduerſus periculum & incertum ætatis & reſtitutionis, cum hoc caſu reſtitutio per minorem impetrata non proſit eius fideiuſſori, vt ſuperiori capite docuimus ex *leg. in cauſa.13.D.de minor.l.1.& 2.C.de fideiuſſ minor.* Ideóque in factum vel doli mali exceptio aut replicatio creditori danda eſſet. Ne alioqui ſtricta ſubtiliſque iuris ratio damno afficiat eum qui ſibi diligenter proſpexerat, vt eleganter idem Papinianus ſcribit licèt in diſſimili ſpecie in *l.3.de ſeparat.* Nam & ſi ex contrario reus fideiuſſori heres extiterit, æquè fatendum eſt fideiuſſoriam obligationem perimi, eadem ratione quòd minus plena ſit & acceſſoria. Et tamen ſi reus tanquam reus conuentus ea exceptione vtatur, quæ ſibi quidem tanquam reo competat, ſed quæ ipſi fideiuſſori ſi viueret non competeret (quod ſanè ſummo iure facere reus poſſet, *leg. ſi duo. 93. de ſolution.*) in factum vel doli mali replicatio creditori prodeſſe debet, *l.cùm reus.14.D.de fideiuſſ.* vbi addendam eſſe negationem, legendúmque, *exceptione fideiuſſori non competente*, conſtat manifeſtè ex *d.l.ſi duo*, & ex iis quæ pluribus in hanc rem ſcripſimus *lib.1.cap.5.* Exemplum verò accommodatum tradit Scæuola in *d.l ſi duo*, ſi fortè aut reo aut fideiuſſori factum ſit pactum de non petendo temporarium & perſonale, hoc acto vt alteri nõ prodeſſet: quo caſu certum eſt non prodeſſe alij quàm ei cum quo factum eſt, *l.niſi hoc actum,22.D.de pact.l.2.l.ſi quis reum.5.D.de liberat.legat.* Quod exemplum non malè etiam quis accommodauerit ad id quod Papin. ait in *dict.§ quod vulgo*: cùm fideiuſſor debitori heres extitit non eò minus extingui fideiuſſoriam obligationem quod debitor propriam & perſonalem habuerit defenſionem. Propria enim & perſonalis defenſio eſt debitoris, ſi tutus ſit exceptione pacti perſonalis de non petendo, non ſecus ac ſi ex cauſa minoris ætatis in integrum reſtitui poſſet. Idem ergo ius vtroque caſu ſtatuetur, vt fideiuſſoria obligatio per concurſum prin-
1 cipalis tanquam plenioris & maioris confundatur & perimatur.

Capvt V.

De varia lectione & interpretatione l. Marcellus. 25. de fideiuſſ.

SVMMARIA.

1 *An in* d.l.Marcellus, *ideò fideiuſſori reſtitutionis auxilium denegetur, quod vtilem mandati actionẽ aduerſus pupillum, prodigum vel furioſum non habeat?*
2 *Quomodo accipienda ſint verba illa in* d.l. Marcellus. magis eſſe vt fideiuſſori non ſubueniatur?
3 *Confirmatur Marcelli ratio, & negatio è* dict.l. *à nonnullis ſublata retinetur in dicto verſ.* magis eſſe, &c.
4 *Reiicitur aliorum emendatio in* d.l. *pro* quoniam *ſubſtituentium* quanquam.
5 *Verba illa* quoniam his, *ad fideiuſſores, non ad pupillum, prodigum vel furioſum referenda eſſe.*
6 *Quid ſibi Marcellus in* d.l. *velit, quum de pupillo ſine tutoris autoritate obligato loquitur?*
7 *Quando pupillus ſine tutoris autoritate naturaliter, quando item ciuiliter obligetur?*
8 *Aliud eſſe obligari naturaliter, aliud obligari iure naturali.*

EST † etiam ſuperioribus conſequens, vt dicamus de ſententia & emendatione *l. Marcellus.25.D.de fideiuſſ.* quæ ingenium meũ & ſæpiùs torſit, & diutiùs. Vulgata lectio ſic habet, *Marcellus ſcribit ſi quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, prodigóve vel furioſo fideiuſſerit, magis eſſe vt ei non ſubueniatur, quoniam his mandati actio non cõpetit.* Hanc verò legis ſententiam eſſe nónulli putant, vt ei qui pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, vel furioſo aut prodigo fideiuſſit, non ſubueniatur per in integrum reſtitutionem, quoniã ipſi mandati actio non competat. Quod ſi ita eſſet, nõ malè quis eadem ratione inferret, minoris reſtitutionẽ nullo caſu prodeſſe debere fideiuſſori tametſi ſimpliciter & ſine contemplatione iuris Prætorij interceſſerit, cui nimirũ non competat cum effectu mandati actio aduerſus minorem, quandoquidem non ſolùm contra creditorem, ſed etiam contra ſuum fideiuſſorẽ reſtitui minor poteſt, *l.in cauſa.13.D.de minor.l.3.Cod.de fideiuſſ.minor.* At nos ſuperioribus capitibus probauimus, toties reſtitutionẽ minoris prodeſſe fideiuſſori, quoties principali obligationi acceſſit ſimpliciter, & ſine iuris Prætorij contemplatione. Non igitur ratio illa ſufficit ad denegandum fideiuſſori auxilium reſtitutionis ex perſona debitoris principalis, quòd vtilem ille mãdati actionem habiturus non ſit. Sanè non poteſt ipſi fideiuſſori vllo caſu competere reſtitutio ex propria perſona, niſi proponas eũ ipſum minorẽ, aut aliam ſubeſſe cauſam reſtitutionis ex qua ſi debitor principalis eſſet, reſtitui quoque poſſet puta, ſi dolo aut metu addactus eſſet ad fideiubendũ. † Ergo quod ex Marcello Vlpianus ait, *magis* 2
eſſe vt fideiuſſori non ſubueniatur, nõ ſic accipi debet vt ei reſtitutionis auxiliũ denegetur, nec ita rurſus, vt ad doli exceptionẽ pertineat, hoc eſt, vt per doli exceptionẽ nõ ſuccurratur fideiuſſori, cui plerunque ea exceptio prodeſſe ſolet, maximè cùm à fideiuſſore petitur quod à reo peti non poſſet, *l.ſi ſtipulatus.15.leg.ſi teſtamẽto.49.D.eodẽ tit.de fideiuſſ.* Sed ſi omnino vt fideiuſſoria obligatio non impediatur quæ impediri ſolet aut tolli cùm fideiuſſor datus eſt pro venditione cui lex occurrit, *l.cùm lex.46.eodem tit.* aut pro eo qui non obligatur vtiliter, *l.fideiuſſor.16.in princ.eodem.* † Cur autem nõ liberetur 3
is, qui pro pupillo aut furioſo vel prodigo fideiuſſit, ratio illa redditur, quòd nec mandati actionẽ aduerſus has perſonas habere poſſit, quippe quæ nec ex mandato, nec qua alia conuentione obligari poſſint. Quæ tamen ratio pleriſque inepta videtur, cùm vel ideò tantò æquius ſit ſubueniri fideiuſſori, quòd mandati actionem nullam habiturus ſit. Alioqui eueniet vt in damno moretur,

moreretur,quod illi abſurdũ & iniquũ putant. Ob idq;
ſoblata negatione ſic legunt.*magis eſſe vt ei ſubueniatur*,
exiſtimantes ita fieri vt nõ ſolum iuri & æquitati, ſed
etiã dicto congruat ratio quæ ſequitur,*quoniã his man-
dati actio non cõpetit*.In quo tamen cæcutiunt & labun-
tur aperriſſimè. Verũ enim eſt quod ait vulgata lectio,
magis eſſe vt non ſubueniatur ei qui pro pupillo, vel
furioſo, aut prodigo fideiuſſit. Nec vlla in eo ſubeſt
iniquitas: cùm imputare ſibi debeat fideiuſſor qui pro
talibus perſonis nõ adhibito tutore aut curatore vltrò
interceſſerit:ſcire enim potuit aut ignorare non debuit,
nec pupillum,nec furioſum,aut prodigum ex mandato
obligari,*arg.l.ſi Titius.48.D.de fideiuſſ.& leg.ſi fideiuſſor.
7.§.ſi neceſſaria.D.qui ſatiſda.cogant*.Propter quam cau-
ſam Caius ſcribit in *leg. ſi pupillus.35. D. de recept. qui
arbitr*.ſi pupillus ſine tutoris auctoritate compromiſe-
rit & fideiuſſorẽ dederit,cogendum arbitrum ſententiã
dicere, quia licèt futurũ ſit vt à pupillo pœna peti non
poſſit,ab ipſo tamen fideiuſſore peti poterit.Nã vt fide-
iuſſor vtiliter & cum effectu obligetur, ſufficit obliga-
tionem principalem ſubeſſe, tametſi ſit illa inefficax ad
agendum,putà ſi naturalis tantùm fuerit, aut talis quæ
per exceptionem pacti perſonalis aut in integrũ reſtitu-
tionis elidi poſſit.*l.Stichũ aut Pãphilum.95.§ quod vulgo
& §.naturalis de ſolut.l.ſtipulatus 6. §.adhiberi. l.græcè 8.*
4 *§.1.l.fideiuſſor.16.§ fideiuſſor.de fideiuſſ.* † Alij verò ſunt
qui receptæ lectionis ſententiã retinentes,ſed rationem
Vlpiani improbantes pro *quoniã* reponunt *quanquam*.
Quaſi dubitandi cauſa illa ſit,propter quam fideiuſſori
ſubueniendũ videbatur,quòd mandati actionẽ non ha-
beat. Parum ſubtiliter. Nã imò verò decidendi ratio illa
eſt,& quidem perelegans. Etenim cum fideiuſſor acce-
dit obligationi pupilli, aut furioſi,aut prodigi, qui ex
mandato obligari non poſſunt, non tantum æquũ eſſet,
ſed etiã neceſſarium ſuccurri fideiuſſori,ſi ob id mãdati
actionem haberet quòd ex cauſa fideiuſſionis ſoluiſſet.
Ne alioqui eueniret vt ex mãdato illi obligarentur.Igi-
tur ex contrario ſi mandati actionẽ habiturus non ſit,
tantò minùs ei ſubueniendũ eſt,cùm non totius debiti,
ſed ſolius perſonæ pupilli aut furioſi aut prodigi obli-
gatio iure improbetur: quæ ſane magis propria & ger-
mana ratio eſt. Sic dicimus in fideiuſſore eius, qui pro-
pter ætatẽ aut ex qua alia cauſa non poteſt cum effectu
conueniri,vt ei ob hanc ipſam cauſam non ſubueniatur,
d.l.in cauſa 13.ibi,*non eſt æquum fideiuſſori in necem meam
ſubueniri,ſed potius deneganda ipſi erit mãdati actio.l.quod
dictum.35.D.de pact.l.ſed ſi paterfamilias 9.§.nõ ſolùm ad
SC.Macedon.d.l.cum lex 46*.vbi eſt textus elegans & ac-
commodatus *D.de fideiuſſ*. quãuis nihil prohibeat de-
negari fideiuſſori actionẽ mandati cum effectu aduerſus
debitorẽ,& nihilominùs ei ſubueniri contra creditorẽ,
vt contingit in eo qui pro minore fideiuſſit ſine contẽ-
platione iuris Prætorij,de quo diximus ſuprà *c.* 3.itẽ in
fideiuſſore mulieris quæ pro alio interceſſerat,*leg.ſi mu-
lier.16.§.vlt.D.ad S.C.Velleian*.quoniã,vt lex ait, totam
obligationẽ Senatus improbat,*l.ſi quis reũ. 5.de liberat.
5 legat*.† Eodem ergo tramite refellendi ſunt,qui pro *quo-
niã his* malunt legere *quãuis*:etſi enim de fideiuſſore in
ſingulari numero lex prius locuta eſt,quia tamẽ tractat
de fideiuſſore pupilli,vel furioſi,vel prodigi,potuit non
malè ſubiici pluralis locutio, ac ſi de pluribus fideiuſ-
ſorib. ageretur,hoc eſt de fideiuſſore pupilli de fideiuſ-
ſore prodigi,& fideiuſſore furioſi.Proinde quòd ait,*his*,
ſic intellige,*fideiuſſoribus*,ſcil.pupilli,prodigi, & furioſi.
6 †Sed illud difficilius eſt quid ſibi Marcellus velit eùm
loquitur de pupillo ſine tutoris auctoritate obligato.
An quod aliter fuerit reſponſurus ſi fideiuſſor pro pu-
pillo ſine tutoris auctoritate obligato interueniret? ita
pleriq; putant, exiſtimantes ita demũ denegandã fide-
iuſſori aduerſus pupillum mandati actionẽ, ſi pupillus
naturaliter tantò obligatus erat,ratione illa quòd alio-
quin per conſequentias ciuiliter & cũ effectu obligatus
videretur,ſi à fideiuſſore conueniri poſſet,*l.in cauſa. 13.
l.cũ mandatu.3.D de minor*.ob idq; ſubueniendum eſſet
fideiuſſori,ne contra legẽ fieret,ſi conueniretur is quem
lex noluit conueniri poſſe ex cõtractu ſine tutoris au-
ctoritate inito,exemplo eius quod Iauolenus ſcribit in
dict.l.cum lex.49.de fideiuſſ.cum lex vẽditionib.occurre-
re voluit,fideiuſſorẽ quoq; eo nomine datum liberari,
eò magis quòd per eius obligationẽ (ſic enim malo le-
gere quã vt vulgò,*eiuſmodi actionẽ*) id reum peruenitur. 7
† Atqui cõſtat pupillum nõ aliter poſſe obligari natura-
liter tãtum quàm ſi ſine tutoris auctoritate obligetur:
accedẽte enim auctoritate tutoris obligatur ciuiliter ex
omnib. cauſis,*l.pupillus.5.l.obligari.9.& paſ.D.de auctor.
tutor*.ſine tutoris auctoritate non alio vllo caſu poteſt
obligari ciuiliter quàm ſi factus ſit locupletior,quod cõ-
ſtitutione Diui Pij aduerſus ſtrictã iuris rationem indu-
ctũ eſt,*l.3.§.pupillus.l.ſi pupilli.6.l.Neſennius.34.de negot.
geſt.l.rerũ.9.cũ ſeq.D.de inſtit.l.1.§.an in pupillũ.D.depo-
ſit*.Si locupletior factus non ſit, obligatur naturaliter,
ideóq; & fideiuſſorẽ dare poteſt,*d.l.ſi pupillus. 35. de re-
cept.qui arbitr.l.vlt.de iureiur.l.cũ illud.55. §. heres meus.
D.quando dies legat.ced.l.ſi pupillus.51.D.ad leg.falcid.l.ſi
pupillus.157.D.de verb.oblig.l.in numerationib.44.l.Stichũ.
95.§.adsitio & §.naturalis de ſolut. l.1.in fin. D. de nouat*.
quamuis natura nõ obligetur,*leg.quod pupillus. 45.D.de
condict.indeb*.id eſt ne iure quidẽ naturali aut gentium,*l.
pupillus.59.D.de oblig.& act iunct.l.cùm amplius 84. §. is
natura debet de reg.iur*.†Nam vt hoc obiter moneamus 8
quod nemo vnquã dixit,& ſine quo tamẽ nõ poſſis tot
iuris noſtri locos qui de pupilli obligatione tractãt,cõ-
ciliare,aliud eſt obligari naturaliter, aliud obligari iure
naturali aut gentiũ,ſicut & aliud eſt dicere cõiunctionẽ
maris & fœminæ naturalẽ eſſe.aliud iuris naturalis:na-
turalis.n.eſt quælibet maris & fœminæ cõiunctio,ſed nõ
iuris naturalis:niſi ea quæ fit cũ ratione quã nos matri-
monium appellamus,*l.1.§.ius naturale, de iuſt.& iur*.ſic
& qui edit,aut bibit,aut dormit, hoc ipſum facit natu-
raliter,nec tamẽ facit iure naturali,quia ius naturale eſ-
ſe nõ poteſt in ea re quæ factum magis quàm ius demõ-
ſtret:naturaliter enim quid fieri cùm dicimus,factũ ſo-
lùm demõſtramus,non ius naturale,vt cum dicimus na-
turaliter aperiri tabulas teſtamẽti,*l.3.§.aperire.D.ad SC.
Sillan*.vſufructuarium,conductorem,aliaſq; ſimiles per-
ſonas quæ nec ſibi nec vllo iure poſſident,ſed tantùm
tenent,poſſidere naturaliter,*l.naturaliter.12.leg.poſſeſſio.
49 D.de acquir.poſſeſſ.l.2.§.quod vulgo.D.pro hered.iunc.l.
officiũ.9.de rei vindic.l.Celſus.5.§.Iulian.D.ad exhibẽdum*.
Simile eſt quod Vlp. ſcribit in *l.in cauſa.16.§.idẽ Pom-
ponius de minor*.licere cõtrahentib.in emendo & vendẽ-
do naturaliter ſe decipere,id eſt in re ipſa & facto ipſo,
nõ autem perſonali circumſcriptione:quomodo etiã ac-
cipi debet,*l.itẽ ſi.22.§.vlt.D.locat*.Quis enim dixerit iure
naturali id permiſſum,aut vt quoſdã interpretari video,
iure gentium? An nõ ita fieret vt ex iure iniuria naſcere-
tur? Sic igitur & naturalẽ obligationẽ cùm dicimus fa-
ctũ magis & numerationis aut promiſſionis quæ inter-
cedit veritatẽ demõſtramus,quàm ius vllũ obligationis,
leg.nec ſeruus.41.l.nõ ſolum.49.§.vlt.D.de pec.eamq; ęſti-
mamus ex ſolo ęquitatis vinculo,quod generaliter ęquũ
ſit prętari quod promiſſũ,& reddi quod ab alio mutuũ
acceptũ eſt,*d.l.Stichũ.95.§.naturalis de ſolut.l.1.de pact.l.
1.de conſt.pec*.quæ tamen æquitas non poteſt tanti eſſe
momẽti,vt in perſona pupilli inducat obligationẽ iuris
naturalis quã in cæteris perſonis induceret, quia vt pu-
pillus ſibi propter ætatis lubricũ conſulere nõ poſſit,ſit
vitio ipſius naturæ,quã ideò æquum eſt tueri tãdiu pu-
pillũ,ne proinde iure ipſo naturali obligetur. Verùm nec
ipſa natura facere poteſt,vt quod pupill⁹,re vera,promi-
ſit,nõ promiſerit,quod mutuò accepit nõ acceperit.Er-
go nec facere poteſt quin ex promiſſione & mutui nume-
ratione naturaliter obligetur.Sed de tota illa quęſtione
quę ad pupilli obligationem pertinet,cùm & ampliſſimũ

tractatum habeat & perobſcurum, dicemus alio loco copioſiùs:nunc ad Marcellum redeamus.

Capvt VI.

Vera interpretatio & emendatio d.l. Marcellus.

SVMMARIA.

1 *Pupillum in* d.l.Marcellus,*ſine tutoris authoritate obligatum naturaliter tantùm obligatum fuiſſe.*

2 *An pupillus cum tutoris autoritate obligatus, ſi ſine tutoris autoritate fideiuſſorem dederit, fideiuſſori ex mandato teneatur?*

3 *De pupillo qui rem tutore autore promiſſam, ſine eius autoritate ſoluit.*

4 *Furioſum aut prodigum ne quidem naturaliter obligari.*

5 *Aliud eſſe furioſum vel prodigum,aliquid facere curatore autore,aliud verò curatorem ipſum quid facere nomine prodigi vel furioſi.*

6 *Fideiuſſorem ab ipſo procuratore furioſi vel prodigi dari oportere vt is fideiuſſor aduerſus eos habeat mandati actionem.*

7 *Pupillum qui cum tutoris autoritate fideiuſſorem dedit, à fideiuſſore vtiliter conueniri poſſe.*

8 *Cur pupillus tutoris autoritate hereditatem adire poſſit,furioſus verò nequidem curatoris conſenſu poſſit, ſed curator furioſi nomine adire cogatur?*

9 *Vocem* obligato *in* d.l.Marcellus *irreptitiam eſſe.*

10 *Quis ſit dictæ legis ſublata ea dictione ſenſus?*

11 *Vera ratio cur in* d. l.*fideiuſſori non ſubueniatur?*

12 *Cur non mandati actione teneantur fideiuſſori pupillus furioſus & prodigus, qui creditori ciuiliter tenebantur?*

13 *An hæ perſonæ in* d.l.Marcellus, *negotiorum geſtorum actione teneantur?*

14 *Quodnam remedium fideiuſſori ſuperſit, qui pro dictis perſonis ciuiliter obligatis interceſſit?*

1
SI † quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato fideiuſſerit,obligatur. Pupillum igitur prius obligatum eſſe neceſſe eſt vt principalis aliqua obligatio ſit cui fideiuſſoria poſſit accedere. At ciuiliter obligatus dici non poteſt:naturaliter igitur obligatum fuiſſe ponendum eſt,has enim tres duntaxat obligationum differentias agnoſcimus, naturalis tantùm ciuilis tantùm & eius quæ & naturalis ſit & ciuilis, cui conſequẽs eſt: vt ſi cum tutoris auctoritate, & ciuiliter obligatus pupillus fuerit,aliud Marcellus exiſtimauerit, in eo ſcilicet non vt fideiuſſori illo caſu ſubueniatur,ſed vt mandati actio fideiuſſori aduerſus pupillum detur. Alioqui
2 dici non poteſt cur ea verba adiecerit,*ſine tutoris auctoritate obligato*,quæ tamen non poſſunt eſſe ſuperflua. † An videamus ne hoc falſum ſit, mandatique actio fideiuſſori deneganda ſit,quamuis pupillus ciuiliter,hoc eſt cum tutoris auctoritate fuerit obligatus. Illud enim apertiſſimum eſt,tractare Marcellum de pupillo qui fideiuſſorem dederit,& fideiuſſori mandauerit ſine tutoris auctoritate, cùm ſi auctoritas tutoris interueniret, dubitari non poſſet quin pupillus ex mandato ſicut & ex qualibet alia cauſa teneretur. Atqui quod pertinet ad mandati obligationem, hoc eſt, vt pupillus fideiuſſori obſtringatur ex cauſa mandati,vel non, nihil planè intereſt,an alteri naturaliter tantum obligatus eſſet, an etiam ciuiliter:nam etſi ciuiliter obligatus eſſet,non idcirco tamen mandando fideiuſſori ſe obligat, ſi ſine tutoris auctoritate mandauerit: ipſa ſiquidem perſona
3 pupilli impedit obligationis natiuitatem,tametſi iuſtiſſima ſubſit cauſa mandandi,† quemadmodum dicimus, ſi pupillus ſine tutoris auctoritate ſoluerit quod cum tutoris auctoritate promiſerat,& ciuiliter debuetat,locum eſſe repetitioni,non ſecus ac ſi nec naturaliter debitum fuiſſet quod ſolutum eſt, propterea quod ipſa perſona inducat condictionẽ,*l.interdũ.29.D.de condict. indeb.*neq; enim pupillo magis permiſſum eſt vt ſoluat, quàm vt contrahendo ſe obliget,cùm ſolutione alienari nũmos neceſſe ſit, ille autem nullius rei ſuæ alienandæ poteſtatẽ habeat,*l.obligari.9.§.pupillus de auct. & conſil, tutor.l.magis puto.5.§.ſi pupillus de reb.eor. qui ſub tutel.l. 3.§.1.ad Maced.l.quod ſi fortè.14.§.vlt.de ſolut.* Et quod Neratius ſcripſit in *l.quod pupillus,41.de cond.indeb.*pupillum qui ſoluerit quod ſine tutoris auctoritate ſtipulanti promiſerat,poſse repetere, quia nec natura debet, ad eum caſum reſtringi debet,quo ſolutio facta ſit cum tutoris auctoritate,alioqui mala aut ſaltem minus propria erit ratio illa,*quia nec natura debet*, cùm etiáſi naturali iure adeóq; ciuili obligatus pupillus fuiſset, ſoluta tamen ſine tutoris auctoritate pecunia cõdici poſſet,*d.l.interdum*, quamuis ex contrario tutoris auctoritas qui in ſolutiòne per pupillum facta interuenit,non reddat debitum quod fuit indebitũ, & conſequenter nõ impediat condictionẽ,quippe quæ etiam maioribus cõpetat indebitum quandocunq; ſoluentibus.Sic igitur & cùm de fideiuſsore per pupillum dato diſputamus, & quærimus an ei pupillus obligetur mandati actione,nõ illud inſpicere debemus, an ſine tutoris auctoritate, & quod idẽ eſt naturaliter duntaxat pupillus antea obligatus eſſet illi qui fideiuſsorem accepit,an tutore auctore, ſed an ſine tutore fideiuſsorẽ dederit, an cũ tutoris auctoritate.Sanè obligatũ fuiſse pupillum neceſse eſt aut naturaliter aut ciuiliter, cùm fideiuſsorẽ alicui obligationi accedere oporteat vt obligetur,*d. l.fideiuſſor.16.in*
princ.& §.fideiuſſor de fideiuſſoribus.† Idque manifeſtius 4
eſt in fideiuſsoribus furioſi & prodigi,de quibus etiam Marcellus tractat:cõſtat enim differre in eo pupillum à furioſo & prodigo,quòd cùm ille naturaliter obligari poſſit,nimirũ ſi ſine tutoris auctoritate reſpondeat ſtipulanti.aut mutuã pecuniã accipiat,hi tamẽ nullo prorſus caſu obligãtur naturaliter tãtùm,ſed vel nullo modo ſi ipſi ſpondeant aut mutuũ accipiant,vel ciuiliter ſi eorũ curatores promiſerint aut mutuã pecuniam acceperint,vel ſi ex re actio veniat *leg.furioſus.46.de oblig.& action.iunct.l.heres.25.§.non tantùm famil,erciſc.* Nã cum naturalis obligatio quantũuis ex ſolo facto æſtimetur, nõ inducatur ex ſola promiſsione aut numeratione,niſi ex parte promittentis,aut accipientis concurrat animus ſe obligandi,*l.iuris gentium.7.§.quod ferè de pact.l.nõ omnis.11.D de reb.credit.l.1.§.eum qui. D. de conſtit. pecun.* furioſus autẽ nullam prorſus mentem,nullúmq; animũ habere intelligatur:prodigus verò nullam voluntatem, propter legis & Prætoris prohibitionẽ, conſequens eſt vt naturaliter tantùm obligari iſti nõ poſsint,adeóque, quod magis mirum videri debeat, nec ſi cum curatoris auctoritate ſtipulãti quid promiſerint aut mutuum acceperint,quoniam ad obligandos eos neceſse eſt curatorem ipſum promittere eorũ nomine, aut numerationẽ mutui accipere.† Aliud enim eſt furioſum vel prodigũ aliquid facere curatore autore,aliud verò curatorẽ ipſũ facere nomine prodigi vel furioſi:ſicut & aliud eſt vendere,aliud vendenti conſentire *l.aliud eſt. 16. de reg.iur.*Vnde illud eſt quod dicimus tutorem non poſſe hereditatem adire pro pupillo, ſed pupillum ipſum adire debere tutore auctore *l.pupillus 9.de acquir.hered.* Niſi pupillus fari non poſsit, quo caſu tutori eius id permiſsum eſt *l.ſi infanti.18.C.de iur.delib.* ſimiliter minor curatorem habens ſolius curatoris facto obligari non poteſt, ſed ſi accedat curatoris auctoritas promittendo ipſe aut mutuum accipiendo vtiliter ſe obligat *l. ſi curatorem habens.5.C.de in integ.reſti.minor.*(quamquã verius eſt,quod noſtri vulgo negant, obligari eũ etiam ſine ſuo curatore,niſi cùm alienat *l.puberes.10.l.*vbi eleganter Cuiacius *D.de verb.oblig*) Ex contrario nec furioſus nec prodigus alienari aut alienare poſſunt curatore auctore,ſed curatorem ipſum contrahere oportet

vt

vt eos eorumve bona obliget,& vt per alienationem,ſi
modò vtiliter & ex iuſta cauſa facta ſit transferatur do-
miniũ *l. conſilio 7. l. Iulianus. 10. cũ ſeq l. vlt. & paſſ. D. de*
6 *curat furioſ.* † Propter quã cauſam, vt arbitror, cùm quæ-
ritur an fideiuſſor furioſi vel prodigi habeat contrà eũ
mandati actionẽ, non diſtinguimos, an hæ perſonæ fide-
iuſſorem dederint ſine curatoris auctoritate ao curatore
auctore, quia non magis hoc quã illo caſo obligaẽtur.
Quid ergo? fideiuſſorem ab ipſo curatore dari oportet.
Sic & cùm quærimus an furioſus vel prodigus ſolutum
condicere poſſint, nõ diſtinguimus an ſoluerint curato-
re auctore, an ſine curatoris auctoritate: vtroque enim
caſu perinde condictio competit, ſed an ipſi ſoluerint
an curator eorũ nomine, quia ſoli curatori permiſſum
7 eſt vt ſoluat & nummus alienet. † Cum tamen ſi de pu-
pillo tractetur neceſſaria ſit illa diſtinctio an tutoris
auctoritas interuenerit nécne, cùm pupillus ipſe fide-
iuſſorem dedit aut ſoluit. Id enim ſignificãt verba illa,
ſine tutoris auctoritate in *dict. l. interdum. 29. de cond. indeb.*
& in d. l. Marcellus, ſi obſerues iiſdem locis tractari etiã
de furioſo & prodigo nec tamen adiectum ſimiliter, *ſine*
curatoris auctoritate, vt appareat differre bac parte po-
pillum à furioſo & prodigo, & eſſe fauorabiliorẽ, quia
licèt huios ætatis puer neq; ſcire neq; diſcernere quic-
quã poſſit nõ magis quàm furioſus, quandoquidẽ & ea
quæ videt hæc ætas ignorat *l. 1. Cod. de falſ. moner.* hoc
tamen fauorabiliter ei præſtatur, hoc eſt fauorabilius
quàm furioſo aut prodigo, vt omnia facere ipſe poſſit
tutore auctore, atque adeò quod omnium difficillimum
eſt, hæreditatẽ adire licèt adeuntẽ neceſſe ſit & adeun-
di animum habere, & cauſam acquirendæ hereditatis
intelligere. Quæ iudicio meo ſententia eſt *dict. leg. pu-
pillus. 9. de acquirend. heredit.* Iuncta *l. furioſus. 63. & leg*
per curatorem. 90. eod. leg. cum in vna 17. §. 1. D. de appell.
8 † Nam iure vetere nec furioſus hereditatem ſibi acqui-
rere poterat etiam curatore auctore, nec curator ipſe
eius nomine. Iuſtinianus verò etſi furioſo maximè pro-
ſpicere voluit aduerſus iuris ſobtilitatem, nullo modo
tamen ei permiſit hereditatẽ agnoſcere, id eſt, vt inter-
pretor, ne quidem accedente curatoris auctoritate &
conſenſu, ſed ipſi curatori licentiã dedit, ac neceſſitatẽ
impoſuit vt nomine furioſi adeat, *l. vlt. C de curat. furioſ.*
Cur autẽ hac parte fauorabilior ſit pupillus quã furio-
ſus aut prodigus ratio illa eſt, quòd ſola ætatis imbecil-
litas eaq; naturalis ei noceat, certumq; ſit naturã ipſam
cum ætate conſilium & iudicium allaturã: quod in cæ-
teris ſecus eſt quibos nulla ſanioris iudicij certa ſpes ex
natura aut moribus, priuſquã ad ſanos mores redierint.
Proinde pupilli imbecillitatẽ tutoris conſilio ſuppleri
nihil prohibet ad obligandũ eũ ciuiliter, naturalẽ vero
obligationem etiam ſine tutoris auctoritate contrahi,
quòd negari non poſſit, quin animum habeat pupillus
ſe obligandi, qui & interdũ capax eſt doli & iniuriæ fa-
ciẽdæ, *l. pupillũ. 111. de regul. iur.* ideoq; ita cõſtitui huma-
niſſimũ fuit. Maneat igitur certiſſimũ, nec furioſum, nec
prodigũ naturaliter tãtùm obligari poſſe ſiue ſtipulãti
ſpondeant, ſiue mutuum accipiat, ſiue auctore curatore,
ſiue etiã ſine curatoris auctoritate: ob idque nec fideiuſ-
ſorẽ pro iis accipi poſſe, qui vtique acciperetur vtiliter
ſi vel naturalis aliqua obligatio ſubeſſet: quod & diſertè
ſcriptũ eſt in *l. is cui bonis. 6. De verb. oblig.* Quoties ergo
legimus datũ pro furioſo aut prodigo fideiuſſorẽ vtili-
ter, de furioſo aut prodigo ciuiliter obligatis intellige-
re debemus, id eſt, vel ex re ipſa vel ex facto curatoris.
Atqui eo caſu negat Marcellus fideiuſſori ſubueniendũ
eſſe. Negat etiã fideiuſſori aduerſus eos mandãti actio-
nem competere. Idem igitur neceſſariò admittẽdum eſt
& ſi quis pro pupillo ciuiliter & cũ tutoris auctoritate
obligatio fideiuſſerit. Cur enim melior ſit conditio fu-
rioſi aut prodigi quã pupilli cũ omnes ciuiliter obligati
ſunt? Hinc autẽ infero, Marcellum & Vlp. in *d. l.* Mar-
cellus non niſi fruſtra adiicere potuiſſe verba illa, *ſine*
tutoris auctoritate obligato, & tutoris auctoritatẽ quã illi
requirunt, non ad obligationem cui fideiuſſor acceſſerit
referendam eſſe, ſed ad ipſam fideiuſſoris dationem.
Quomodo & in *d. l. interdum. 29. de cond. indeb.* tutoris
auctoritas ad impediendam condictionem non ipſo de-
bito contrahendo requiritur, ſed in ipſo actu ſolutionis.
† Itaque, vt tandem dicã quod ſentio, non dubito quin 9
ſit irreptitia dictio illa *obligatio*, quæ ſola perobſcurã &
inexplicabilẽ fecit tã elegantis loci ſententiã. Irreptitia,
inquã, ex gloſſa imperiti alicuius interpretis exiſtimãtis
deeſſe illã in iis verbis, *pro pupillo ſine tutoris auctoritate*,
nec animaduertentis ſequi poſtea *fideiuſſerit*, quod ver-
bum ſi fuiſſet adiectum poſt *auctoritate*, effugiſſet Mar-
cellus interpretis nęuum. † Ea verò dictione ſublata 10
ſenſus erit apertiſſimus ſi pupillus qui Titio erat obli-
gatus ſiue naturaliter tantùm ſiue etiam ciuiliter, fide-
iuſſorẽ dederit ſine tutoris auctoritate, obligari fideiuſ-
ſorẽ nec ei ſubueniendum eſſe, quoniam mandati actio-
nem contra pupillum habiturus non ſit arg. à contra-
rio ſenſu, *d. l. cum lex. 46. D. eod. tit.* quæ tamen cùm ait
eo magis quod per fideiuſſoris obligationem ad reum
peruenitur, oſtendit ſatis aliam quoque rationem face-
re vt in illa ſpecie fideiuſſori ſubueniatur, eámq; magis
germanã & propriã, nẽpe quòd cum lex venditioni im-
probetur: conſequens enim eſt vt fideiuſſor venditionis
nomine datus liberetur, quia ius ipſum venditionis to-
taq; eius obligatio improbatur, *argu. d. l. ſi mulier. 56. §.*
vlt. D. ad Velleian. † Sic ex contrario cũ pupillus fideiuſ- 11
ſorẽ dedit ſine tutoris autoritate ratio propter quã fide-
iuſſori nõ ſubuenitur illa quidẽ eſt quã Marcellus tradit,
quoniã ei mandati actio non competit, ſed alia etiã eſt ma-
gis propria & germana ei prorſus cõtraria quã vſurpa-
uimus in ſpecie *d. l. cum lex.* nimirum quòd non totũ ius
obligationis, & ipſam fideiuſſionẽ lex improbet, ſed ſolã
obligationem perſonæ pupilli ex cauſa mandati ſine
tutoris auctoritate dati. Itaque vellem potius Marcellũ
ſic ſcripſiſſe quomodo Iauol. in *dict. leg. cum lex, eo ma-*
gis quod his mandati actio non competit, vt appareret ra-
tionẽ hanc ex abũdanti potius adiectã eſſe quàm quod
ſit propria & germana. Idémque dicendum eſt, ſi quis
pro furioſo aut prodigo fideiuſſerit, niſi quòd hic non
diſtinguimus, an furioſus vel prodigus fideiuberi man-
dauerint ſine curatoris autoritate, an verò curatore au-
tore, ſed tantùm an illi ipſi mandauerint, an verò cura-
tores eorum nomine, vt hoc poſteriore duntaxat caſu
mandati actionem fideiuſſor habeat. An igitur ceſſante
ea ratione qua Marcellus mouetur, hoc eſt illis caſibus
quibus mãdati actione fideiuſſor habere debeat ſubue-
niendũ erit fideiuſſori? Minimè, imò tãtò minus, hoc caſu
quòd indemnitati eius ſatis ſuperq; conſultum ſit: nec
verò vlla dobitandi ratio ſupereſt ex perſona pupilli cũ
fideiuſſor ab eo tutore auctore datus eſt. Sed eo caſu quo
pupillus, aut furioſus aut prodigus mandati actione te-
neri nõ poſſint, videbatur ſubueniendũ fideiuſſori, ne in
dãno remaneret contra bonã fidẽ quæ in cauſa mandati
præcipue ſpectanda eſt, *l. ſi fideiuſſor. 29. §. quadã D. mand.*
Cùm tamen hæc ipſa etiã ratio faciat ne ei ſubuenien-
dum ſit, quòd mandati actionẽ non habeat, quã ſi habe-
re hoc caſu poſſet ſubueniri ipſi oporteret: ne alioqui
eueniret vt propter fideiuſſoris obligationẽ tenerentur
hæ perſonæ, quæ tamen ex proprio mandato obligari
non poſſunt. † Verũ hîc illa dubitatio incurrit, cur non 12
mandati actione teneantur fideiuſſori pupillus, furioſus
& prodigus, qui creditori ciuiliter tenebantur, cũ nihil
eorũ interſit an creditori ſoluant an fideiuſſori qui pro
iis creditori ſoluerit. Sed ratio eſt, quia mãdati actio ex
perſona non ex re naſcitur, huiuſmodi autem perſonæ
obligari non poſſunt ex facto ſuo: facit, *l. ſi quis eum. 29.*
D. com. diuid. † An ergo fideiuſſori tenebuntur actione 13
negotiorũ geſtorum, quæ dari ſolet fideiuſſori qui pro
abſẽte & ignorãte fideiuſſit & ſoluit: *l. ex mandato 20. §.*
1. D. man. l. 3. §. vlt. cũ ll. ſeq. de neg. geſt. Minimè: negotiorũ

enim geſtorũ actio ex re ipſa naſcitur non ex perſona, ob idque & pupillum & furioſum & prodigum, & alios quoſlibet quorum negotia vtiliter geſta ſint, etiam ignorantes tenet, *d.l.3.§.pupillus,* aut vt Cuiacius mauult, legere, *§.pupilli, & §. & ſi furioſi eod.* Sed tamen non puto in propoſita ſpecie perſonas iſtas negotiorum geſtorum teneri. Illa enim Marcelli ratio, *quoniam his mandati actio non competit*, haud dubiè ſic accipi debet, vt neque negotiorum geſtorum competat. Quid enim effectu ipſo referret an hæ perſonæ mandati, aut negotiorum geſtorum actione teneretentur? An non vtriuſque actionis eadem vis eſt & poteſtas? Atqui negari non poteſt, quin vtiliter negotium geſſerit fideiuſſor qui ſoluit. Ita ſanè eſt, ſed negotiorum geſtorum actionem illud impedit, quod mandatum interceſſit. Qui enim mandatum ſuſcepit, & fidei liberandæ gratia impleuit, quamuis vtiliter negotia mandantis geſſerit, tamen negotiorum geſtorum agere non poteſt, quia non eo animo geſſit, vt alium obligaret, ſed vt ſe ipſum potius liberaret, *d.l.mandato. §.1.d.l.2.3. & 5.§.1.manda.l.mandaſti. 46. & paſſ. de neg. geſt. dict.l.heredes.25.§. non tantùm fam.erciſ.l.in hoc iudicium.14.§.1.d.l.ſi quis cum.29. D.commun. diuid.* Proinde deterior eſt hoc caſu conditio fideiuſſoris, qui ex pupilli, aut furioſi aut prodigi mandato ſoluit, quam geſtoris, qui ſine mandato. Nec ad rem pertinet, quod mandati actio locum hic non habeat, ac ſi mandatum nullum interueniſſet, ſufficit enim interueniſſe, ad hoc, vt impediatur negotiorum geſtorum actio licet non ſit obligatorium. Vt quod ait *l.5.de neg.geſt.* naſci negotiorum ge-
14 ſtorum actionem, ceſſante mandati actione ſic accipi debeat, *ceſſante mandato.* † Solum igitur ſupereſt remedium illud fideiuſſori qui pro pupillo, furioſo & prodigo ciuiliter obligatis interceſſit, vt actiones ſibi à creditore præſtari poſtulet. Exemplo confideiuſſoris aduerſus confideiuſſorem agere volentis, *l.vt fideiuſſor.39. D.de fideiuſſ.* Tantò magis enim tenetur creditor ad preſtandas actiones fideiuſſori, quòd nullam fideiuſſor actionem alioqui habere poſſit, *arg.l. Papinianus. 28.D. mandat.* Quòd ſi pupillus ſine tutoris authoritate obligatus fuit & naturaliter duntaxat, eo demum caſu verum eſt nullum fideiuſſori remedium ſupereſſe, cum nec actionem præſtare creditor poſſit, quam non habeat. Itaque ſibi imputare debet, non quòd pro pupillo fideiuſſerit & ſoluerit, (haberet enim, vt diximus negotiorũ geſtorum actionem ſi aliud nihil obſtaret,) ſed quòd pupilli mandatum ſine tutoris auctoritate ſecutus fuerit. Et hæc ſunt quæ ad Marcellum adnotanda putauimus.

Capvt VII.

Indicatur, & reprehenditur Triboniani additio in l.3. §.vlt. D.de cond. cauſ.dat.

SVMMARIA.

1 *An ſtatuliber, qui heredi vel alij centum dare iuſſus eſt, peculiares nummos dare poſſit?*

2 *Verba illa, ſed is quem teſtator, &c. a Triboniano addita fuiſſe.*

3 *An Vlpiani conſilium in d.§. vlt. vtile eſſe poſſit, cùm heredi naturaliter pecuniam debuit is cui dare ſeruus iuſſus fuit?*

4 *Alius caſus quæritur quo Vlpiani conſilium vtile eſſe poſſit.*

5 *Qua ratione in d.§.vlt. actio in factum dari poſſit vt teſtatoris voluntati pareatur?*

6 *Quid Tribonianum impulerit, vt in ſpecie d.§. vltim. actionem in factum dandam eſſe exiſtimarit?*

7 *Longè aliam eſſe in ſpecie d.§. vltim. rationem heredis cui dare ſtatuliber debuit, aliam verò extranei.*

Receptum † eſt, vt ſtatuliber ſiue heredi ſiue alij centum dare iuſſus ſit peculiares nummos dare poſſit. 1
atque ita ad libertatem peruenire, *l.3.§.1.D.de ſtatulib. l.ſi filia 20.alias.l.ſi vni.§.vlt. D.famil.erciſc.* ne alioqui difficultas implendæ conditionis libertatem impediat aut remoretur. Nam cùm ſeruus proprium nihil habere poſſit, extra peculium quod patrimonium eius eſt, *l. peculium, & ex eo.39.l.quoties.47.§.vlt.D.de pecul.* difficillimum eſt vt aliunde quàm de peculio ſoluere poſſit. Ita verò fit vt ſi alteri quam heredi ſeruus dederit, duplici damno heres adficiatur. Ammittit enim ſeruum qui libertatem conſequitur, & præterea nummos qui extraneo ſoluuntur. Ideò remedij loco inductum eſt, vt prohibeat heres ſtatulibero ne de peculio ſoluat. Quamuis enim ea prohibitio nec moram, nec præiudicium libertati adferat, cùm prohibendi ius heres non habeat, efficit tamen vt ſalui ſint heredi nummi quaſi in eius odium impleta per ſtatuliberum conditione, cùm per heredem ipſum ſtet quominus impleatur. Idque eſt quod apertiſſimè Vlpian. tractat in *l.3.§.vlt.de condic. cauſ.dat.* † vbi 2
tamen ſequitur, *ſed is quem teſtator accipere voluit, aduerſus heredem in factum actione agere poteſt vt teſtatori pareatur.* Hunc verò verſiculum dico eſſe Triboniani, & non minus ab Vlpiani ſententia quàm iuris ratione alienum. Nam vt & Accurſius ipſe obſeruauit, quid obſecro Vlpiani conſilium prodeſſe heredi poteſt ad hoc vt nummos ſaluos faciat, ſi vltrò in eum competere poteſt actio illi cuius perſona impleri conditio debuit? Aut cur patiamur heredem prohibere ſeruo ne ſoluat, ſi poteſt heres ipſe cogi vt ſoluat? † Nam quod nonnulli 3
comminiſcuntur, poſſe conſilium hoc eſſe vtile, ſi fortè heredi naturaliter pecuniam debuit is cui dare ſeruus fuit, ridiculum eſt, cùm ſi receptam lectionem ſequamur eum caſum Vlpianus tractet, quo poſſit heres in factum actione conueniri. Quod non contingit, cùm heredi naturaliter debita pecunia eſt. Naturalis enim obligatio parit ius retentionis, atque ita prodeſt ad elidendam exceptione actionẽ, *l.frater à fratre.38.§.quæſitum D.de cond.indeb.l.ſed ſi damnum.9.§.peculium & paſſ.D.de pecul.* Vt taceam hoc etiam caſu non eſſe omnino vtile & efficax Vlpiani conſilium, cùm retenta aut deducta per heredem pecunia naturalis obligatio ipſi pereat, ex qua fortaſſe aliam pecuniam potuiſſet ille deducere aut retinere. Ideò enim tollitur naturalis obligatio, cùm naturalis creditor retentione aut deductione vſus eſt, quòd ea res ſolutionis loco habeatur, *l. etiã quod natura.6. D. de compenſ.l.Stichum 95.§. adeo de ſolut.* Atqui ſolutio ita demum liberat ſoluentem ſi de ſoluentis, non ſi de ipſius creditoris pecunia facta ſit, *l.ſi mandauero.22.§.ſi mandauerim.D manda.l.qui ſic.55. l.in perpetuum. 61. & paſſ.eod.tit.* † Alius ergo caſus quærendus eſt, qui tamen 4
reperiri nunquam poterit, quo conſilium Vlpiani vtile eſſe poſſit, vel inuito eo in cuius perſona impleri conditio debuit. Iam verò, an non à iuris ratione prorſus alienum eſt, vt ei in cuius perſona impleri duntaxat conditio debuit, hoc eſt cui ſeruus pecuniam dare iuſſus fuit, actio vltrò concedatur? Illa autem ratio, *vt teſtatoris voluntati pareatur*, quam inepta Siquidem qood conditionis implendæ cauſa accipitur, non tam ex iudicio & voluntate teſtatoris quàm mortis cauſa capitur, *l.mortis cauſa. 31.§.ſine donatione. D.de mort.cauſ.donat.* ob idque nec teſtamenti iure capi dicitur, *l. Mæuius. 55. de condit. & demonſtr.* nec in quartam legatorum imputatur, *l.in ratione.30.§ tametſi.l.id autem.76.l.in quartam.91.§.vlt.D. ad leg. Falcid.* vt ſcripſi pluribus *lib.6.c.4. & 5.* nec rurſus pertinet ad edictum Prætoris ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato poſſideat, *l.ſi quis ſub conditione.8.D ill.titul ſi quis omiſſ.cauſ.teſt.* quamuis eo edicto vnum id agat Prætor, vt teſtatoris voluntatem tueatur. *l. 1.eod.* † Qua igitur ratione dari poterit 5
actio in factum, vt teſtatoris voluntati pareatur, ſi qui voluntatem teſtatoris non habeat? Nam ſi haberet, vti-

que ex teſtamento potius agere debeeret. Et verò in fa-
ctum actio quam ei dat Tribonianus, ſubſidiaria quidē
eſſe ſolet ciuili actioni, quoties negotium aliquod tale
geſtum eſt ex quo naſci actionem neceſſe ſit, quæ tamē
certum nomen nō habeat, *leg. 1. & tot.tit. de præſcr. verb.*
Sed vt ſit ſubſidiaria actioni ex teſtamento, fieri, ſanè,
meo iudicio, non poteſt, quia inter teſtatorem & eum
qui ex teſtamento aliquid accipit, nullum negotium ge-
ritur, nec proinde fit *συνάλλαγμα*, ex quo naſci hæc in
6 factum actio ſolet, *l. iuris gentium. 7. §. 1. D. de pac.* † Quid
igitur eſſe poteſt, quod Tribonianum fefellerit, vt actio-
nem in factum in propoſito dandam eſſe exiſtimaret?
Neq; enim ignorauit, quod omnes ſciunt, id quod mor-
tis cauſa capitur non capi ex teſtamento. Alioqui non
in factum, ſed ex teſtamento actionem competere ſcri-
pſiſſet. Fefellit eum, vt puto, alius Vlpiani locus. Is eſt
in *dict. l. 3. §. ſed & ſi iuſſum. D. de ſtatulib.* vt ſcribit Vl-
pianus, ſi iuſſum coheredi dare, non patiatur vnus ex
heredibus dare, æquè liberum quidem fore. Sed eum cui
iuſſus erat dare & liber eſſe, familiæ erciſcundæ iudicio
ab eo qui impediit cōſecuturum, quod ſua intereat pro-
hibitum ſtatuliberum non eſſe. Eadem enim ratione &
æquitate credidit Tribonianus ceſſante familiæ erciſ-
cundæ iudicio inter eos, qui non ſunt coheredes, con-
cedendam eſſe in factum actionem aduerſus eum, qui
7 prohibuit ne ſtatuliber de peculio ſolueret. † Sed ob-
ſeruare vir bonus debebat longè aliam eſſe hac parte
rationem heredis cui dare ſtatuliber debuit, aliam ex-
tranei. Nam quod heredi ſtatuliber ſoluit de peculio,
non tam mortis cauſa quam iure hereditario per here-
dem capi intelligitur, *dict. leg. id autem. §. 1. D. ad legem
Falcid. leg. quod conditionis. 36. verſicul. certè D. de mort.
cauſ. donat* Nempe quia id ipſum haberet heres tāquam
hereditarium, etiamſi ſtatuliber non ſoluiſſet. Cùm au-
tem extraneo ſoluitur, non poteſt ille videri habere iu-
re hereditario, imò nec legati aut vllo alio titulo, quia
nec heres eſt, nec legatarius, *dict. leg. ſi quis ſub conditio-
ne. 8. in fin D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Conſequēs igitur eſt,
vt mortis tantùm cauſa capere videatur, *dict. leg mortis
cauſa. 31. in princip. de mort. cauſ. donat.* Hinc verò fit, vt
quamuis extraneo cui dari pecunia debuit, nulla com-
petere poſsit actio aduerſus heredem qui dare prohi-
buit, vtile tamen ſit coheredi contra coheredem iudi-
cium familiæ erciſcundæ, pro ea nimirum parte, quam
de coheredis prohibentis portione hereditaria ſoluere
ſtatuliber debuiſſet; quoniā perinde ſit, ac ſi quid aliud
hereditarium coheres qui prohibuit retineret, quod ad
alium coheredem pertinere teſtatori voluiſſet, cúmque
per coheredem prohibentem fiat, vt minus ex heredi-
tate conſequatur coheres qui ſoluere ſtatuliber iuſſus
fuit, æquiſsimum eſt, vt familiæ erciſcundæ iudicio eo
nomine teneatur. Ideò autem minus conſequitur, quia ſi
quid de peculio ſtatuliber ei ſoluiſſet, id illi coheredi
communicare non cogeretur, *dict. leg. ſi filia. 20. alias
leg. ſi vnus infr. vltim cum leg. ſequent. D. famil. erciſcund.*
Illa etiam ratio in coherede afferri poſſet, quòd prohi-
bere vnus ex heredibus nequeat, quin de peculio ſtatu-
liber ſoluat, ſaltem pro parte hereditaria eius cui dare
iuſſus eſt, cùm pro ea parte iure hereditario, vt diximus
capere coheres videatur, *dict. leg. id autem §. 1.* Atqui non
prodeſſet ſtatulibero partem ſoluere ad conſequendam
libertatem, cum conditio ſit prorſus indiuidua, ideòque
in totum implenda, *leg. cui fundus. 56. de conditio. & de-
monſtrat.* Ne igitur partis ſolutio fruſtra fiat, fortaſſe
quis dixerit receptum eſſe, vt nec pro ſua parte coheres
prohibendi ius habeat. Sed non ita eſt, nam ſi alij quàm
vni ex heredibus dare ſtatuliber iuſſus eſſet, non idcir-
cò quòd coheres pro parte ſua conſentiret, impedire-
tur alius coheres ne prohibere poſſet, locúmque hic
haberet iuris regula quæ conſtituit, vt in pari cauſa me-
lior ſit conditio prohibētis, *leg. Sabinus. 28. D. commun.
diuid.* Vera igitur ratio in propoſita ea eſt, quam attuli-
mus, quòd æquum ſit familiæ erciſcundæ iudicio tene-
ri coheredem per quem factum ſit, vt tantò minus ex
hereditate coheres conſequatur. Et ideò cùm inter eos
qui non ſunt coheredes ratio hæc non ſimiliter locum
habeat, fatendum eſt nullam extraneo aduerſus here-
dem actionem ſupereſſe. Nec rurſus coheredi reme-
dium vllum competere, vt ſaluos pro ſua parte faciat
nummos qui ſeruus hereditarius coheredi dare iuſſus
eſt. Neque enim ad hunc caſum pertinet conſilium Vl-
piani in *dict. l. 3. §. vltim. de cond. cauſ. data.* Sed ad eum
quo ſtatuliber extraneo non vni ex heredibus ſoluere
debuerit.

Caput VIII.

Alia Triboniani additio in l. dominus teſtamento. 53. D. de cond. indeb.

SVMMARIA.

1 *An repetitioni locus ſit, ſi ſeruus ex datione teſtamen-
to iniuncta libertatem conſequi non poſſit?*
2 *Cuinam eo caſu condictio competat, & an condici, an
potius vindicari nummi debeant?*
3 *An ei qui pro ſeruo nummos dedit, condictio competat?*
4 *Diſtinctio in hac quæſtione à nonnullis adhibita reii-
citur.*
5 *An in* d. l. dominus, *poſtquam dominus condixerit à
Titio, liceat ei qui rogatu ſerui ſoluit, interimà do-
mino condicere?*
6 *Verba illa* ſed tam benignus, *&c. in* d. l. *à Triboniano
addita fuiſſe.*

DOminus † teſtamento libertatem ſeruo ſuo ad- 1
ſcripſit, ſi decem Titio daret. Dedit ſeruus Titio,
cùm putaret valère teſtamentum, quod poſtea nullum
pronunciatum eſt. Nemo ambigit quin locus ſit repe-
titioni, quia ſi ex ea datione conſequi libertatem ſeruus
non poteſt, fatendum eſt nihil eum dare debuiſſe. Et
generale eſt, vt ex iis omnibus cauſis, quæ vel iure non
valuerunt, vel non habuerunt effectum, ſecuta per er-
rorem ſolutione repetitioni locus ſit, *l. ex his omnibus.
54. de cond. indeb.* † Sed dubitari de illo poteſt, cui con- 2
dictio competat, & an condici, an potius vindicari nū-
mi debeant. Diſtinguit autem Proculus in *l. dominus.
53. eod. tit.* An ſeruus peculiares nummos ſoluerit, cùm
id ei à domino, id eſt à teſtatoris herede permiſſum nō
eſſet, an verò alius rogatu ſerui nummos ſuos dederit.
Priore caſu manent nummi domini, quia quòd ſupe-
riore capite diximus receptum eſſe vt ſtatuliber de pe-
culio ſoluere poſſit conditionis implendæ cauſa, tum
demum verum eſt, cùm ea ſolutio proficere ad liberta-
tem poteſt, quod non contingit ſi teſtamentum nullū
ſit, aut iniuſtum, vel irritum. Ipſi igitur domino compe-
tet actio, eáque vindicatio, cùm dominus nummorum
manſerit, non autem condictio, quæ ſcilicet nec domi-
no vnquam competit, nec cum vindicatione concurrit
niſi aduerſus furem, *l. ſeruus inſcio. 19. D. de fideiuſſ. leg. 1.
D. de condict. fur. l. vlt. D. de vſufr. quemadm. caueat.* Sed
hoc ita, ſi nummi extent, nam ſi conſumpti ſunt, vindi-
cari non poſſunt, & ideò condictioni locum fieri ne-
ceſſe eſt, *l. ſi à furioſo. 12. cum ſeq. l. ſi ego. 18. in princ. & §.
1. & paſſ. D. de reb. credit.* præterquam in caſu, *l. filiuſ-
fam. 14. eodem tit.* Idémque erit ſi permittente herede
ſeruus peculiares nummos ſoluerit, ea námque heredis
voluntas & permiſſio facit vt dominium transferatur
in accipientem, & conſequenter vt ceſſante vindicatio-
ne condictioni locum eſſe oporteat. † Poſteriore verò 3
caſu, hoc eſt ſi alius rogatu ſerui nummos dederit, Pro-
culo placet fieri accipientis, ſed poſſe dominum ſerui
cuius nomine dati ſunt eos petere per condictionem.
Quod ego ſic intelligo, vt ei qui pro ſeruo nummos

dedit condictio non competat. Vtrique enim competere ſanè non poteſt, ſed alterutri duntaxat, id eſt vel ſerui domino, vel ei qui ſoluit. Vt verò huic non competat illud facit quod alieno nomine ſoluerit non vt ſibi ipſi aut obligationem, aut liberationem acquireret. Nam & ſi donaturus mulieris iuſſu eius ſponſo numeraui, nec nuptiæ ſecutæ ſunt, mulier ipſa condicet, non ego, *l. ſi donaturus.9, in princ. D. de cond. cauſ. dat.* Et, ſi quis cùm ſciret nihil ſe mulieri debere iuſſu eius dotis nomine ſponſo promiſerit, nec nuptiæ ſecutæ ſint, non ille condicet, ſed mulier, quoniam pecunia ad eam pertinet *l. qui ſe debere.7*, eodem nimirum ex cauſa donationis, *l. cuius per errorem.53. de reb. iuris.* Eadem igitur ratione, nec is condicere poterit, qui rogatu ſerui nummos Titio dedit, quia ſeruo non tantùm conſulere voluit, ſed etiam donare, cùm ſciuerit nullo caſu fieri poſſe, vt ſeruus obligetur aut condictione teneatur: quod in libera perſona ſecus eſt, in qua idcirco diſtinguimus vtrum ei donare voluerit, qui pro eo ſoluit, necne, vt priore caſu condictio illi competat pro quo ſolutum eſt *d. l. ſi donaturus, & d. l. qui ſe debere*, poſteriore verò ei qui ſoluit, *l. ſi ego.9. in prin. de iu. dot.* Proinde cũ quis rogatu ſerui nũmos Titio dedit, nec liber fieri ſeruus potuit quòd nullum eſſet teſtamentum, condictionem ipſi domino competere neceſſe eſt, vtpote ei quæſitam per ſeruum, cùm ſi ſeruus acquirendæ actionis capax eſſet illi conditio quæreretur.
4 † Illa tamen diſtinctio etiam neceſſaria videri poſſit quam Vlp. ponit in *dict. l. ſi ego*, an is qui rogatu & nomine ſerui pecuniam dedit Titio, ea lege dederit vt ita demum eius fieret ſi ſeruus liber eſſe poſſet, an ita vt ſtatim fieret accipientis. Vt priore caſu non ſint facti nummi accipientis, ideóque vindicari poſſint per eum qui ſoluit: poſteriore verò facti ſint accipientis, ob idque condicendi, ſed nón ita eſt, Vlpianus namque in *dict. l. ſi ego*, tractat de pecunia in id data vt in dotem conuerteretur, nimirum ſecutis nuptiis neque enim dos ante nuptias eſſe poteſt: at quod implendæ conditionis cauſa datur, de quo Proculus tractat in *l. dominus*, non poteſt ea lege dari vt non prius fiat accipientis quàm libertatem ſeruus conſecutus fuerit, nec ita rurſus vt non aliter fiat accipientis quàm ſi libertas ſeruo poſſit competere, cùm impleri conditionem omnimodo neceſſe ſit & conſequenter pecuniæ dominiũ in accipientem transferri (alioqui non tranſlato nummorum dominio nec impleta conditio videretur) priuſquam quæratur an ſeruo libertas poſſit obtingere. Itaque quoties is qui pecuniam conditionis implendæ cauſa dedit, alienare eam potuit, conditioni ſemper locus eſt, vindicationi nunquam.
5 † An verò poſtquam dominus condixerit à Titio permittemus ei qui rogatu ſerui ſoluit, vt interim condicat à domino? minimè: nam ſi conditio non poteſt competere ſoluenti aduerſus eum ipſum cui ſoluerit, multò minus competet aduerſus dominum ſerui cui nihil ſolutum eſt, licèt ei ſolutio proficiat: iuris enim regula eſt his ſolis pecuniam condici quibus quoquomodo ſoluta eſt, non quibus ſolutio proficit, *l. his ſolis.49. de cond. indeb.* ſiquidem qui indebiti condictione detur, re obligatus dicitur, *§. is qui quoque Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig.* & quaſi mutuum accepeрit, *l. 3. §. is quoque, D. de obligationib. & actionibus*, alius igitur condictione teneri non poteſt quàm ille ipſe cui
6 res ipſa tradita & ſoluta eſt. † quod cùm ita ſit, non video qua ratione defendi poſſit quod apud Proculum ſequitur, *ſed tam benignius quã vtilius eſt, recta via ipſum qui nummos dedit ſuum recipere*: nam qui ita loquitur, nõ dubitat quin duplex condictio hic competat, vna domino aduerſus Titium, altera cui ſoluit aduerſus dominũ, & quidem ipſo iure, ſed ita tamen vt ex æquitate & circuitus vitandi gratia altera petimatur, & illi qui ſoluit recta via detur conditio contra Titium. Vnde fit vt paſſim noſtri loco iſto abutantur ad probandum vitandos eſſe circuitus. Quod verum quidem eſt, quoniam & aliis pleriſque caſibus euenit vt celeritate coniungendarum inter ſe actionum, altera occultetur, vt Vlpianus loquitur in *l. 3. §. vlt. D. de donat. inter virum & vxorem, l. ſingularia.15. D. de rebus credit.* ſed tamen non probatur ea *d. l. Dominus*, ſi iuris rationi plus tribuas quàm Triboniano qui procul dubio totum illum verſiculum nimia iuris imperitia de ſuo adiecit. Siue enim ſerui nomine ſimpliciter data ſit pecunia Titio, ſiue ea lege ne ad dominum ſerui vllo caſu perueniret, neceſſe eſt fateri vtroque caſu denegandam alterutri condictionem, hoc eſt vel domino, vel ei qui ſoluit. Nec ſe hinc extricare Accurſius aut Bartolus poſſunt, quamuis nullum non moueant lapidem.

CAPVT IX.

Eiuſdem Triboniani alia & apertior nota in l. ſi ego.9. §.1. D. de iur. dot.

SVMMARIA.

1 *Aures alicui tradita vt nuptiis ſecutis dotis efficiatur, donatore ante nuptias mortuo; nuptiis aliunde ſecutis dotis fieri incipiat.*
2 *Indicantur verba à Triboniano addita, eiúſque ſententia Vlpiano contraria refutatur.*
3 *An in ſpecie* d. §. 1. l. ſi ego, *ad transferendum ab herede dominium ſufficiat ipſum facto defuncti conſentire, an verò noua dotis conſtitutione opus ſit?*
4 *Iniquius eſſe vt extraneus inuitus dotem conſtituat quàm vt mulier indotata maneat.*
5 *An in* d. §. 1. *nolente aut abſente herede dominium rerum quas defunctus ſub conditione dederat ipſo iure transferri in maritum poſſit?*

EAndem † Triboniani manum iuriſque imperitiam agnoſcere facilius eſt in *d. l. ſi ergo.9. §. 1. de iur. dot.* vbi Vlpian. in ſpeciem proponit. Si res alicui tradidero vt nuptiis ſecutis dotis efficiantur, & ante nuptias deceſſero, deinde ſecutæ ſint nuptiæ. Quærit autem an res iſtæ dotis fieri incipiant: *Et vereor*, inquit *ne non poſſint in dominio eius effici cui data ſunt, quia poſt mortem incipiat dominium diſcedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, & tunc ſequitur conditio nuptiarum iam heredis dominium eſt à quo diſcedere rerum non poſſe dominium inuito eo fatendum eſt.* Quæ ratio tam aperta eſt & vera vt conuelli nullo modo poſſit: nemo enim dubitat quin moriendo quiſque rerum ſuarum dominium amittat: quam ob cauſam neceſſe fuit permitti & induci lege teſtandi facultatem, vt alio loco monuimus, cum is qui teſtatur licèt eo tempore dominus ſit, in id tamen tempus conferat effectum ſuæ voluntatis, in quo ipſe amplius dominus non erit, *l. 1. D. qui teſtam. fac. poſſ. l. Stichus ſeruus.39. De manum. teſtam. l. Titio cùm morietur, 51. de vſufr.* Porrò dominium quod fuerat penes defunctum continuatur in heredem ſtatim à die mortis adita quandocunque hereditate, *l. heres quandocunque. 54. de acquiren. hered. l. omnia.193. de regu. iur.* conſequens igitur eſt non poſſe inſcio aut inuito herede res illas acquiri alteri. Succedit enim receptiſſima & perpetua iuris regula, quæ negat id quod noſtrum eſt ſine facto noſtro ad aliũ transferri poſſe. † Et tamen non potuit ſibi temperare 2
Tribonianus, quin Vlpiani ſententiam prorſus euerteret ſub ſpecie æquitatis & benignitatis, addito integro illo verſiculo qui ſequitur, *ſed benignius eſt fauore dotium neceſſitatem imponi heredi conſentire ei quod defunctus fecit, aut ſi diſtulerit vel abſit, etiam nolente vel abſente eo dominium ad maritum ipſo iure transferri, ne mulier maneat indotata.* Taceo quod Triboniani ſtylus parum elegans ſeipſum prodit ſatis. Sed vt ad fauorem dotium, eámque benignitatis rationem qua Tribonianus mouetur reſpondeam, quis obſecro dotis fauor eſſe debeat in præiudicium heredis qui dotem non conſtituit? Dotis, inquam,

Inquam, quæ nulla vnquam fuit, boc eſt nec viuo teſtatore, vtpote nonniſi poſt eius mottem ſecutis nuptiis, nec eo mottuo, quia neque tunc de alienis bonis neque à mortuo conſtitui potuit. Quòd ſi dicas potuiſſe defunctum res beredis perinde ac ſuas eſſe crediderit, *leg. vnum ex familia.67.§.ſi rem tuam de legat.2.* teſpondebo pertinere id ad eum caſum quo res fuerit heredis non defuncti tempore diſpoſitionis, Nam qui de re ſua tanquam ſua contrahit, non intelligitur obligate velle heredem in eum caſum quo amittat ille dominium eius rei priuſquam cõtractus effectum habeat, quamuis eo tempore quo contractus alioqui effectum habiturus eſſet in dominio heredis res inueniatur. Eſt enim caſus hic nouus & imptouiſus de quo actum & cogitatum videri
3 non poteſt.† Neque verò ad transferendum ab herede dominium ſufficeret imponi ei neceſſitatem conſentire facto defuncti, vt Tribonianus Græcorum more loquitur, ſed noua doris conſtitutione opus eſſet, vt in ſpecie, *l.ſtipulatio.63.de iur.dot.* quoniam ſolus domini conſenſus poſt alienationem à non domino factam ſuperueniens non tranſfert dominium, ſed prodeſt tantùm vt ſi quod ius in illa re, aut ad rem habuit, remiſiſſe videatur: quemadmodum dicimus in pignore, *l.ſi debitor.4.§.ſi in venditione.leg.ſi conſenſu.7.quib mod.pign.vel hypot.ſoluit.* Et ſicut aliud eſt vendere, aliud vendenti conſentire, *l. aliud eſt.160.de regul.iur.* ita longè aliud eſt dotem conſtituere, aliud dotis conſtitutioni quam defunctus fecerit conſentire præſertim verò cùm, vt dixi, voluntas defuncti non fuerit vt vel heredis rem vllo modo alienaret, vel ſuam niſi in eum caſum & illo demum tempore quo nuptiæ ſequerentur. Debuerat igitur Tribonianus, ſi heredem ex æquitate contra Iuris rationem obligare volebat, neceſſitatem ipſi imponere vt dotem conſtitueret, non vt conſtitutioni per defunctum factæ conſen-
4 tiret. † Atque apertè iniquum eſt cogi quem vt dotem inuitus conſtituat, & multò iniquius quàm vt mulier maneat indotata. Quod enim dicimus non debere mulierem manere indotatam, tunc verum eſt cùm antea dotem habuit, ne alioqui nõ tantùm mulier decipiatur, ſed etiam maritus qui indotatam ducere noluiſſet, *d. l. ſi donaturus.9. §.1.de cond.c. cauſ.dat.l.vlt. §.1.in fin.D. quæ in fraud.credit.l.purè.5.§.pen.D.de dol. except.* At in propoſito non poteſt videri mulier fieri indotata, quæ nec ante nuptias deficiente conſtituentis voluntate, nec nuptiarum tempore deficiente iure dotem habere potuit. Imputaríque marito poteſt ſi in iure errauit, cur non conſuluerit peritiores: Si autem in facto, forte quòd eum qui in tempus nuptiarum dotem dederat, deceſſiſſe ante nuptias ignorabat, cur non fuerit diligentior in rei veritate inquirenda, quippe qui ſcire debuerit, non aliter poſſe res ſibi datas ex cauſa dotis ſuas fieri, quam ſi
5 nuptiarum tempore viueret is qui dotẽ dederat. † Illud verò an non abſurdius eſt, quod Tribonianus ſubiicit ſi heres diſtulerit vel abſit nolente aut abſente eo dominium ad maritũ ipſo iure transferri? Qua enim ratione fieri poteſt, vt quod ex ſola æquitate & benignitate contra iuris rationem inducitur ipſo iure fieri dicatur? Potuit ſanè Iuſtinianus facere vt æquitatis quam ille ſibi pro arbitrio comminiſcebatur potior cauſa eſſet quàm iuris ſtricti, *leg.placuit.8.C.de iud.* aut inter ius & æquitatem poſitam interpretationem inſpicere vt ait, *l.1.C.de legibus.* Sed conſtituere vt ipſo iure fiat quod contra ius fit, proculdubio non potuit. Poſtremò ſi verum eſt etiam nolente aut abſente herede dominium rerum quas defunctus ſub conditione dederat ipſo iure transferri in maritum, rogo cur heredi neceſſitas imponatur vt defuncti facto conſentiat? An non id ſuperfluum fuerit adeóque iniquum? Siquidem conſenſus ab inuito extorqueri non poteſt ſine vi & impreſſione quã ſemper exoſam habuit legiſlator. Vnde illud etiam fit vt nec emere, nec vendere, nec aliter contrahere, nec accuſare quiſquam cogatur, *l.nec emere.17. C.de iur. deliber.l.vnic.C.vt nemo inuit.ager. vel accuſ.cogat.* Et regula iuris eſt, quod inuito te fieri poteſt, poſſe etiam fieri te ignorante licet ſis in prouincia, *leg.qui poteſt. 26. de regul.iur.* Nec ad rem pertinebit ſi quis dicat mera iuris ſubtilitate niti ratione illam qua Vlpianus monetur. Mera enim illa ſubtilitas vera iuris ratio eſt, & quæ caſus neceſſitatem ſic coniunctam habet, vt æquitatis prætextu ab ea recedi nullomodo poſſit, vt in alia ſpecie Marcellus tractat in *l. ſi mulier. 59 §. ex aſſe de iur. dot.* quem locum nos explicauimus *lib.5.cap.7.* Quamquam nec æquitatis vlla eſt in propoſito quæ iuris rationi refragetur, ſi propiùs inſpicias ea quæ hoc capite adnotauimus.

Capvt X.

Emendatio l.vlt.D.eod.tit.de iur.dot.

SVMMARIA.

1 *An fundo dotali conſenſu mariti ad dimittendos creditores vendito, eius fundi pretium mulieri conſtante matrimonio ſoluatur?*
2 *Quæſtione in* d.l. vlt. *propoſitæ vtilitas.*
3 *Cuius ſit in* dict.l.vlt.*periculum, mariti, an verò emptoris?*
4 *Caſus quo dos ſine cauſa mulieri conſtante matrimonio reſtituta ipſi quæritur.*
5 *Superfluum eſſe in* dict. l. vlt. *quærere an creditoribus potius quam marito vel vxori ſolui debuerit?*
6 *An in ſpecie* d. l. vlt. *emptor qui fundi pretium mulieri ſoluit, licet conſtante matrimonio rectè ſoluiſſe videatur, & liberatus intelligatur?*
7 *Repurgatur à duplici mendo* d.l.vlt.
8 *Scæuolam ad propoſitas in ſpecie quæſtiones ex generali aliqua iuris regula reſpondere ſolitum fuiſſe.*
9 *Cur in* d. l. vltim. *pro* venditori *irrepſerit dictio* creditori?
10 *Triplici ratione prius mendum in* d.l. vlt. *arguitur.*
11 *Quænam ſit* d.l.vlt.*emendata eius contextu ſententia?*

FVndum † filiæ nomine pater in dotem dederat, & 1
poſtea decedens eandem filiam ex aſſe heredem reliquerat. Vrgentibus patris creditoribus viſum eſt filiæ vtilius fundum hunc qui dotalis erat diſtrahere, quàm alium vllum ex hereditariis, quod minus fructuoſus eſſet, alij verò hereditarij, reditus vberioris Sed cùm venditio fieri non poſſet abſque conſenſu mariti cui in dotem datus fuerat, conſenſus eius neceſſariò exquirendus fuit. Conſenſit ille ſi nulla in ea re captio eſſet futura, hoc eſt, ſi modò iacturam aut diminutationem dotis ex ea cauſa non pateretur, (captionem enim pro damno noſtri accipiunt, vt in *l.quoties 59. de V. O.*) Atque ita ſecuta eſt venditio. Quæſtionis eſt, An precium dotis quæ in hoc fundo fuit mulier rectè ſoluatur conſtante matrimonio. Nam cùm maritus cui fundus traditus fuerat, ita conſenſerit diſtractioni, vt tamen nulla eius captio ſit, non malè videatur dici poſſe, precium ipſi marito ſolui debere, vt pro fundo precium habeat, nec prius id creditori ſoluere cogatur quam ſibi dotis nomine cautum ſit, ne alioqui indotatam vxorem habeat, quod ſanè fuerit contra ipſius voluntatem. Exemplo quod Modeſtinus reſpondit, *l.Titia.62.eod tit.* Si mulier quæ à fratribus fundum acceperat in vicem portionis hereditariæ, eúmque in dotem dederit, poſtea impetret reſtitutionem ex cauſa minoris ætatis, & vt partem hereditariam reciperet fundum reſtituere, ſed non ideò contentum eſſe debere cæteris reb. quas etiam in dotem mulier dederat, neque ei dotem auferendam eſſe pro parte, non magis quam in totum: At in meram æſtimationem prædij mulierem vel eius heredes condemnari debere in id tempus referendam quo in dotem datum fuerat.† Eſt autem quæſtionis huius vtilitas in eo, quòd 2

ſi

ſi mulieri precium in propoſita ſpecie rectè ſoluitur ab
emptore, non erit poſtea audiendus maritus ſi cunctan-
te vxore eius fundi æſtimationem in dotem dare eundē
emptorem aut ipſius fundi aut precij nomine inquieta-
re velit. Eo prætextu quòd fundus ab initio in dotem
datus fuerit, nec eius venditioni ſimpliciter ille con-
ſenſerit, ſed ſub ea conditione, ſi non ex ea vendi-
tione in dotis quantitate læderetur. Cum ſi mulie-
ri non rectè ſolueretur conſtante matrimonio, fieret
vt ſecurus eſſe non poſſet emptor qui alij quam mari-
to ſoluiſſet, putà mulieri aut etiam eius creditorib. Ne-
que enim de illo quærimus, an fundi dotalis alienatio
valeat hoc caſu, cum Pandectarum iure potuerit fundus
dotalis alienari conſentiente muliere etiam ſine cauſa,
l. vnic. §. & cùm lex Iulia. C. de rei vx. act. ac multò magis
ſi alienatio eſſet neceſſaria, *l. 1. D. de fund. dot.* qualis illa
eſt, quæ fit æris alieni eo ſoluendi gratia, *l. magis pute. 5.
§. non paſſim. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Nec de illo rurſus,
An dos adeò rectè ſoluatur mulieri conſtante matrimo-
nio, vt eo quandocunque ſoluto non poſſit huius fundi
nomine maritus iudicio de dote conueniri quomodo
conuenitur quoties dotem ſemel conſtitutam maritus
ipſe mulieri ſoluit aut ab alio ſolui patitur manēte ma-
trimonio extra eas cauſas in quibus receptum eſt, vt eo
etiam tempore dotem recipere mulier poſſit, *l. mutus 73.
§. 1. D. de iur. dot. l. quamuis. 20. D. ſol. matr.* Cùm enim eum
caſum tractemus, quo maritus qui fundum diſtrahi paſ-
ſus eſt, dotem tamen dominui noluerit, non poteſt vide-
deri dos mulieri ſoluta aut reddita, ſicut nec in ſpecie
3 *d. l. Titia.* † Itaque periculum mariti nullum eſſe poteſt,
an malè dotem reſtituerit, necne, ſed tantùm emptoris,
an precium mulieri rectè ſoluerit, an potius ipſi marito
ſoluere debuerit. Cæterum ſi ponas vtiliter & rectè
marito aut mulieri ſolui precium venditionis, nihil
planè emptoris intererit, an precij pecunia ad credito-
res mulieris peruenerit, an non. Nam poſteaquam ſemel
ſecuta liberatio eſt per ſolutionem ei factam cui fieri
debuit, qua ratione obſecro extincta obligatio, ob mu-
lieris damnum reuiuiſcet? Aut cur impediatur liberatio,
ſi emptor qui licitè nec contrà leges emit ſoluat pre-
cium illi ipſi cui nec ex neceſſitate ſoluere debuit & vt
ſolueret cogi potuit? *l. quod autem. 6. §. apud Labeonem
quæ in fraud. credit.* Rectè autem facta ſolutione & bona
fide, quid eius intereſt an malè conſumpta ſit pecunia,
an creditori ſoluta? arg. *leg. Bona fide. 27. D. ad S.C. Vel-
leian.* Siquidem non debet eſſe curioſus, quid inter ma-
ritum & mulierem agatur, aut in quos vſus deſtinata ſit
pecunia quæ ex venditione redigitur, *l. doli exceptio 19.
in fin. D. de nouat.* Nam etſi huiuſmodi venditio fieret
ſola mulieris voluntate, & conſentiente marito, licèt
nullis creditorib. vrgentibus, proculdubio valeret, vt
diximus, in præiudicium tam mulieris quam mariti, fa-
ctáque precij ſolutio alterutri eorum conſentiente alte-
ro pareret liberationem. Cur ergo ſi creditores vrgeant
requiremus perueniſſe ad eos pecuniam, vt emptor libe-
rationem conſequatur? Poſſet ſanè id dici ſi de dote mu-
lieri conſtante matrimonio reſtituenda tractaretur, *d. l.
4 mutus. §. 1. & dict. l. quamuis. 20.* † Neque enim liberatur
maritus qui ſine cauſa vel neceſſaria vel probabili &
honeſta dotem reſtituit priuſquam matrimonium ſolu-
tum ſit, quia neq; ex tali reſtitutione dos mulieri quæ-
ritur, *l. vnic. C. ſi conſt. matr. dos ſolu. fuer.* Præterquam in
caſu *d. §. vxor viro. l. cum in fundo. 78. de iur. dot.* id eſt ſi
maritus, qui ſolum fundi vſumfructū in dotem accepe-
rat eum fundum ab vxore totum emerit, quanti venire
debuit nō detracto vſufructu. Propterea quòd hoc caſu
vſusfructus, qui penes maritum fuerat tanquam forma-
lis, incipiat ad mulierem pertinere tanquam cauſalis, id
eſt tanquam pars fundi & eius dominij quod penes eam
ſemper mānſerat. Sed cùm tractemus de marito qui fun-
di dotalis alienationi conſenſit, non tam vt dotem re-
ſtitueret ſibive vllum in dote præiudiciū faceret, quàm
vt ſine ſuo damno mulieris vtilitati conſuleret, quæſtio
duntaxat relinquitur de emptore cuinam ſoluere de-
beat, id eſt an mulieri, an marito. † De creditorib. enim 5
ſuperflua & ridicula fuerit quæſtio, an iis potius ſolui
debuerit, cum neque illi vendiderint, neque quod ad va-
liditatem venditionis attinet quicquam interſit, an iis
vrgentibus facta ſit an ſine cauſa, poſtquam vtriuſque
coniugis voluntas & conſenſus interceſſit. Sicut & vt
permutari dos poſſit ex re in pecuniā ſufficit vtilius eſſe
mulieri fundum illum dotalem diſtrahere, quam alios
hereditarios, *l. ita conſtante. 26. & ſeq. l. ſi ne. 61. eod. tit.* Nec
quicquā præterea requiritur, id eſt non nocet quòd caſu
aliquo & ipſo euentu nummi perierint qui ad credito-
rem peruenire debuerant. Sufficit enim negotium ab
initio vtiliter geſtum fuiſſe, *l. verum 11. §. item non reſti-
tuetur. D. de minor.* quia etſi alium fundum fructuoſiorem
vendidiſſet æquè nummi periiſſent, tantóque maius
damnum ſenſiſſet mulier quantò fructuoſior fundus
fuiſſet, cū aut hūc aut illū vendi neceſſe fuerit, *l. in pupil.
47. §. planè de ſolut.* Præſertim cum difficilis ſuccurratur
mulieri quā minori, *l. vlt. in princ. D. ad S.C. Velleiā.* † igi- 6
tur, vt ad propoſitā quæſtionē reſpondeamus, dicendū
eſt emptorem qui mulieri ſoluit, licèt conſtante matri-
monio, rectè ſoluiſſe videri & conſequēter liberatū in-
telligi. Fieri enim non poteſt, vt preciū quod venditori
ſolutū eſt, rectè ſolutū non ſit, cùm alij nulli quā ven-
ditori precium deberi poſſit, *l. ex empto. 11. & paſſ. de act.
empt.* nec alia ſolutio liberationē parere quā quæ fit illi
ipſi cui debetur, *l. inuitò. 12. C. de ſolu.* † Atq; ita Scæuolā 7
reſpondiſſe arbitror in *l. vlt. C. de iur. dot.* & receptæ le-
ctioni duplex mendū ineſſe. Vnum in illis verbis, *an ea
pars dotis*, Legendum enim eſt, *an pretium dotis.* Nam vt
ſequentia demonſtrant, quæſtio non eſt apud Scæuolam
de ſoluenda conſtante matrimonio dote aut parte dotis
quā ſcilicet integram retinere maritus voluit, ſed de ſo-
luendo pretio fundi venditi: ſoluendo, inquam, nō cre-
ditori, cū quo emptor nullū negotiū geſſit, ſed vel mu-
lieri, vel marito. Dubitandi enim cauſa illa erat, quòd cū
maritus conſenſiſſet vēditioni ſub ea cōditione, ſi nulla
in ea re ſibi fraus fieret, nō aliter videatur emptor tutò
poſſe ſoluere, quā ſi marito ſolueret. Sed decidendi ratio
illa eſt, quod non maritus, ſed mulier ipſa vendiderat, &
quidē marito conſentiente. Mulieri ergo rectè ſoluitur.
Ex quo apparet aliud mendū eſſe in illis verbis. *ſi pretiū
creditori ſoluatur*, & pro *creditori* legendū *vēditori.* Neq;
enim dubitabatur apud Scæuolam, an creditori ſoluen-
dū eſſet ſed an mulieri conſtante matrimonio ſolui poſ-
ſet. Vt igitur dubitationi congruat deciſio, credendum
eſt reſpondiſſe Scæuolam ſi pretiū venditori ſoluatur,
rectè ſolutū. † Quod faciliùs admittet quiſquis obſer- 8
uauerit fuiſſe hunc morem Scæuolæ familiarem, vt ad
propoſitam in ſpecie quæſtionem plerumq; ex generali
aliqua iuris regula reſpondeat, vt in *l. à teſtatore. 109. de
cōd. & demōſtr.* vbi quod reſpōdit, *heredē cōditioni parere
non poſſe*, ad iuris regulā pertinet, non ad propoſitā facti
ſpeciē, in qua nimirū dubitari non poterat, an conditio
adſcripta eſſet, vt ex Claudij nota intelligitur ſic in *l. lex
vectigali. 31. D. de pign.* cū quæreretur, an fūdus vectigalis
rectè pignori datus eſſet nec dubitandi cauſā aliquam
Scæuola videret, reſpondit, *ſi pecunia interceſſit, pignus
eſſe*, quāuis nec dubitaretur, quin pecunia interceſſiſſet,
id eſt, debitū aliquod præcedens cui accedere pignoris
obligatio potuerat. Præſupponendi enim erāt, vt noſtri
aiunt, termini habiles. Sic & in *leg. qui Romæ. 122. §. Age-
rius de verborum obligationibus*, idem Scæuola reſpondit,
ſi conditio non extitiſſet ſtipulationē non commiſſam. Ita ſi-
gnificans in illa ſpecie conditionem nō extitiſſe, obid-
que ex iuris regula nec cōmiſſam eſſe ſtipulationē. Eo-
dē planè modo in *d. l. vlt. de iur. dot.* cū vellet dicere ſo-
luendū eſſe mulieri, & rationē illam reddere quod ipſa
non maritus vendiderat, ſcripſit breuius, *ſi pretium ven-
ditori ſoluatur, rectè ſolutum*: quæ ſanè indubitata & per-

petua

petua eſt iuris regula, cuius nimirum concipiendæ gratia neceſſe ei fuit ſcribere *venditori*, cùm alioqui tractans de muliere, quæ vendiderat debuiſſet ſcribere *venditrici*. †Facilè autem pro *venditori* irrepſit dictio *creditori* ſiue culpa librarij quẽ vtriuſque dictionis adfinitas deceperit, ſiue imperitia interpretis exiſtimãtis tractare Scæuolã de dote cõſtante matrimonio ſoluẽda vel reſtituẽda: & moti ex eo quod non aliter cõſtante matrimonio dos mulieri ſoluitur, quàm ſi æs alienũ vrgeat aut alia iuſta cauſa interueniat. Itẽ quòd putaret dictionẽ *venditori* ſalua recti ſermonis ratione ad mulierem referri non poſſe. Sanè mendi coniecturam illud præbet, quòd cùm vulgata editio habeat *creditoribus*, Florentina tamen legit *creditori*, nec ſatis accommodatè, ſi ea Scæuolæ mẽs fuit, vt de ſolutione creditorib. facienda ſenſerit. In precedentibus enim de pluribus creditoribus tractat, quorum omnium dimittendorum gratia, fundi dotalis venditio non quidẽ neceſſaria ſed vtilis fuerit. †Prius verò mendum præterea quæ diximus ex illo etiã arguitur, quod in Pandect. Florent. dictio *ea* notatur aſteriſco vt notari ſolent cæteræ dictiones ſuſpectæ & irreptitiæ. Item ex eo, quod ſolus fundus in dotem datus proponebatur, non vt in *a l.Cuin.62.eodem*. cum aliis rebus, quicquid cauſetur Accurſius. Proinde nõ pars dotis, ſed tota dos in fundo erat. Tertio, quia nihil intereſt, an dicas partẽ fundi dotalis, an partem dotis, quæ in fundo eſt. Atqui nõ poteſt Scæuolæ quæſtio intelligi de parte fundi dotalis ſoluẽda mulieri durante matrimonio. Totus enim fundus venditus proponebatur nec niſi de fundi pretio dubitari poterat. non igitur Scæuola ſcripſit *an pars dotis*. ſed quomodo legendum dicimus *an pretiũ dotis qua in fundo eſt*. Lubricus autem error fuit. cùm veteres librarij dictionẽ illam *pretiũ* ſolerent ſcribere contractis literis in modũ *prix*, quas facilè fuit ſic accipere, ac ſi ſcriptũ eſſet *pars*, præſertim ſi ponas vltimam literã minus rectè expreſſã. Proximè namque accedit ad literam S, Quæ res fecit vt & in poſtremis verbis *d.l.Titia* ſcriptum ſit *datus* pro *datum*.† Ita verò emendato contextu tam elegãs quàm aperta hæc erit legis ſententia. Non eò minùs ſoluendum eſſe mulieri pretium fundi dotalis ab ea venditi quòd matrimonium adhuc duret, aut quòd maritus fundi venditioni conſenſerit ſub ea conditione, ſi ex ea venditione non læderetur. Hoc ipſo enim quod maritus conſenſit vxori vt venderet, cõſenſiſſe etiam videtur, vt ſolutionem illa acciperet. An igitur marito nil proderit, quòd ſuo conſenſui eam conditionem adiecerit, ſi nulla in ea re captio futura eſſet? vtique proderit ideò quòd vxorem obligatam habebit eiuſve heredem, vt meram veràmque eius fundi æſtimationem præſtet dotis nomine in id tempus referendam quo in dotem datus fuerit, *d.l.Titia*. Sic namque intelligi proculdubio Scæuola & suppleri debet. Nec ſimilis ſpecies eſt, quæ proponitur in *l.vlt.D de pact.dot*. de cuius quoque ſententia & emẽdatione ſcripſimus *cap.vlt.lib.3*.

Capvt XI.

Ad l.aſſiduis.12.Cod.qui potior. in pign.habeant.& ad Nouell.97.de æqual. dot.§.his conſequens, noua pleraque.

SVMMARIA.

1 *Duplex Interpretum error in dictarum constitutionum explicatione.*

2 *An ex Iuſtiniani conſtitutione mulier omnibus mariti creditoribus anterioribus, ſiue expreſſam ſiue tacitam hypothecam habentibus præferatur?*

3 *Reſpondetur ad* l.2.C.de priuileg.fiſc.*&* l.2.Cod.in quib.cauſ.pign.

4 *Legem* vbi adhuc 29.Cod.de iur.dot, *dicta legi* aſſiduis *poſteriorem eſſe*.

5 *Quid noui in fauorem mulierum*, d.l.aſſiduis, *introductum ſit?*

6 *An qui ad emendam domum vel agrum pecuniam credidit, ius tacitæ hypothecæ habeat?*

7 *Cur inter eos qui perſonalem tantum actionẽ habent plus priuilegij habent qui ad emendam domum, quã qui ad comparandam domum vel agrum pecuniam credidit?*

8. *Cur fauorabilior ſit qui ad reficiendam, quam qui ad emendam domum, pecuniam credidit?*

9 *Refutatur eorum ſententia qui hoc tantum per* d.l.aſſiduis, *introductum volunt, vt aduerſus poſteriores ſolum creditores mulier ius prælationis habeat.*

DVplex † noſtrorum error eſt in huius Conſtitutionis interpretatione. Vnus ille, quòd putent priuilegium à Iuſtiniano conceſſum mulieri dotem repetenti, vt omnib. mariti creditorib. preferatur licet anterioribus, nec tãtũ chirographariis, vt antea, ſed etiã pignoratitiis & hypothecariis, aduerſus eos duntaxat exerceri poſſe qui tacitam hypothecam habeant, non contra eos qui expreſſam: alter de quo infrà tractabimus *c.13*. quòd priuilegiũ hoc in mulieris liberos eoſdémque heredes tranſire exiſtimant, in eóque meliorem eſſe conditionẽ liberorum quam extraneorũ heredũ, in quos certũ eſt non tranſire, *l.vnic.Cod.de priuil.dot* † Priorem errorem conuincunt apertiſſima legis verba Generaliter enim Iuſtinianus conſtituit, vt priora iura mulier habeat contra omnes mariti creditores licet anterioris temporis priuilegio ſint vallati: cui etiam conuenit quod idem Iuſtinianus tribuit, *Nouel. 109. de priuileg. dot heret. mulier. non præſt.c.1*. in illis verbis: *quia enim dedimus priuilegium mulieribus dotium vt etiam priorib. creditoribus præponantur*, nulla diſtinctione adhibita, expreſſámne an tacitam duntaxat hypothecam creditores anteriores habeant. Et verò ratio qua Iuſtinianus mouetur in *d.l.ſi aſſiduis, verſic.cùm enim*, quod in perſonalib. actionibus cauſa dotis præferatur creditorib. omnib. anterioribus, oſtendit manifeſtè nullam ab eo conſtitutam differentiam inter creditores hypothecarios, quoniam inter chirographarios diſtinctio & differentia nulla eſt: id.n. ille ſibi vult. quẽadmod m lier priuſquam haberet ex Iuſtiniani lege priuilegiũ tacitæ hypothecæ, habebat priuilegium prælationis aduerſus chirographarios quoſcunque: ita poſteaquam adiectum illi eſt priuilegium tacitæ hypothecæ, præferri eam debere hypothecariis quibuſcunque creditorib. etiam anteriorib. ſiue expreſſam ſiue tacitam hypothecã habentibus. Nec ſanè minus offenditur iuris ratio & æquitas cum mulier præfertur iis, qui tacitam duntaxat hypothecam habuerũt, quàm ſi expreſſam quoque habentib. præferatur: ſiquidem in tacita hypotheca perinde ac in expreſſa locũ habet iuris regula, Qui prior eſt tempore potior eſt iure, etiam in præiudiciũ creditorũ poſteriorũ expreſſam habentiũ: eſt.n. hac parte eadẽ vis taciti quæ expreſſi prætérquã fauore fiſci, *l.ſi is qui mihi. 28. D. de iur.fiſc*. de cuius ſententia ſcripſimus *li.2*. † Neque ad rẽ facit, quod dici ſolet, in cauſa pignoris fiſcum & mulierẽ pari iuſſu ambulare ex *l.2.C.de priuil.fiſc*. fiſco autem cõceſſũ eſſe priuilegiũ nõ ſolũ tacitæ hypothecæ, *l.2.C. in quib.cau.pig*. verũ etiã, vt anteriorib. creditoribus, ſcilicet tacitã dũtaxat hypothecã habentib. præferatur, *arg.l.1.§.ex illo de falſ*. Pau. *lib 5 ſen.tit. 12.§.10*. nõ itẽ habẽtib. expreſſã, *l ſi pign.8.D.qui potior.in pign.hab. l.4.C.eod*. vt quod ſcriptũ eſt in *d.l.2. C.de priuil. fiſ*. ceſſare priuilegiũ fiſci in bonis eius qui rationibus fiſci cœpit eſſe obligatus poſteaquã ipſius bona iã alteri obligata fuerant, non pertineat ad eam bonorũ obligationẽ, quæ fit per tacitam pignoris conuentionẽ, ſed ad illã quæ per expreſſã. Neque enim quo tẽpore lata eſt, *d.l.2*. poterant obligata eſſe bona mariti pro dote, niſi expreſſè Nã reſpõdeo non inde fieri, vt mulier hodie nõ ſit fauorabilior, fiſci cùm in eã rem habeat priuilegiũ, ex Iuſtiniani cõſtitutione in

d.l.

d.l.aſſiduis, quod fiſco nulla vnquam lege datum eſt. Antonini enim temporibus nullum priuilegium habeat mulier, ne quidem tacitæ hypothecæ, tantùm aberat, vt vel fiſco præferri deberet, vel cum fiſci priuilegio concurrere. At Iuſtinianus vtrumque priuilegium dedit, duplici conſtitutione: nimirũ tacitæ hypothecæ, *l.vnic. §.1.C.de rei vxor.act.* & prælationis, *d.l.aſſiduis.* Non poteſt igitur ex Antonini lege ſumi argumentũ ad interpretandam conſtitutionem Iuſtiniani, qui haud dubiè magis fuere voluit mulieribus quam fiſco, cuius & olim deterior cauſa fuit in quibuſdam quàm cæterorum creditori expreſſam hypothecam habentium, vt in ſpecie *l.Moſchus.47.de iur.fiſc.iunc.l.diſtractis.14.l.perſecutione.24.C.de pign.* quamuis in perſonalib. actionibus aut ſi tacita duntaxat hypotheca præcederet, fiſcus omnibus præferretur, *l. quod quis nauis.34.de reb. auct.ind. poſſi.*
4 *alias l.19.de priuc.cred.*Paul.*lib.5.ſent.tit.12.§.10.* † Nec ſatis cautè faciunt, qui contrariam Iuſtiniani mentem coniiciunt ex *l.vbi adhuc.29. Cod.de iur.dot.* in illis verbis: *ita eam poſſe rea vindicare vel à poſterioribus creditoribus.* nam lex aſſiduis, de qua tractamus, poſterior eſt, vt ex eo apparet, quòd illius etiam meminit, eo loco, *quòd & alias Conſtitutiones fecimus pro dotibus* Intelligit. n. eas conſtitutiones, quæ extant in *d.l.vbi adhuc, & in d.l.vnic. C.de rei vxor.act.* vt rectè omnes explicant: quantò autẽ poſterior ex lex aſſiduis, tantò etiam fauorabilior eſt mulieribus, quibus nunquam ſatis conſultum eſſe poſſe
5 bonus Imper. credidit, plus æquo vxorius. † Fateor verò in eo elucet, vt non tantùm poſterioribus creditoribus mulier præferatur, ſicut anteà, ſed etiam prioribus, & quidem quibuſcunque, hoc eſt, ſiue tacitam ſiue expreſſam hypothecã habentibus, illo ſolo excepto, qui emẽdæ militiæ cauſa marito pecuniam mutuam dederit inſtrumento in eam rem conſcripto: hunc enim fauore militiæ & Reipublicæ & Iuſtinianus excepit *Nouel.97. de æqual. dot.cap.4 §. quia verò.* vt faciliùs inuitarentur homines ad credendum in eam cauſam, ex qua tamen Nouella fit apertius quo volumus, id egiſſe Iuſtinianum vt mulier anterioribus quibuſcunque præferatur: nam in cap. præcedenti *§.his conſequens,* iubet ille vt iis quoque præferatur, qui ad emendam aut reficiendã nauim vel domum crediderint: quorum tamen omnium conſtat priuilegium illud eſſe, vt licèt tempore poſteriores ſint, anterioribus nihilominùs præferantur, quòd eorum pecunia ſaluam fecerit, aut præbuerit turius pignoris cauſam *l.interdum.5.cum l.ſeq. Dig.qui potior in pign.hab.* nec eſt quod quis dicat habere hos omnes priuilegium tacitæ hypothecæ ſicut & prælationis: ideoque debere Iuſtiniani legẽ ſic intelligi vt iis mulier præferatur illo demùm caſu quo tacitam duntaxat non etiam expreſ-
6 ſam hypothecam habeant. † Etſi enim qui credidit ad ad reſtitutionem & reædificationem inſulæ tacitam hypothecam habeat ex Senatuſconſulto cuius meminit Papin. in *l.1.Dig.in quib. cauſ.pign.tacit. contr.* & Vlp. in *l.ſi venteri.24.§.1.de reb.auct.iudic.poſſid.alias leg.9.de priuil.credit.* imò & dominium ſi poſt quatuor menſes pecunia cum vſuris medij temporis non reddatur *l. cùm duobus 12.aliàs l.ſi fratres.§.idem reſpondit ſocius.Dig pro ſocio.* non perinde tamen tacitæ hypothecæ priuilegiũ habet qui credidit ad emendam domũ aut ad emendum agrum, id enim ſpecialiter & ſingulari iure pupillis cõceſſum eſt *l.idemque eſt.7.in princ. Dig qui potior in pig. hab leg.3.in princip.de reb.cor. qui ſub tutel.leg penult.C. de ſeru pign.dat.manum.* Itaque conſulere ſibi debet expreſſa conuẽtione pignoris ſiue ſpecialis ſiue generalis *l.quamuis 17.C de pign.* Sed nec generalis hypotheca ſufficiet vt ei ex cuius pecunia res empta eſt competat in ea re priuilegium prælationis niſi eadem res ipſi ſpecialiter obligata ſit *leg.licet,7.Cod qui potior.in pign.hab.* Quoties igitur legimus, eum, qui ad emendam domum vel nauim credidit habere priuilegiũ prælationis inter hypothecarios creditores ponendum eſt præceſſiſſe conuentionem pignoris nec generalem tantùm, ſed etiã ſpecialem, quamuis qui credidit probet ſe in hoc ipſum crediſſe vt ex ea pecunia res compararetur, & ſubinde 7
fuiſſe comparatam † Dixi, *inter hypothecarios creditores,* quoniam ſi inter eos agatur qui perſonalẽ tantùm actionem habent, faciliùs inducitur priuilegium prælationis, non quidem in eo qui ad emendam domum credidit aut ad emendum agrum (hic enim priuilegium nullum habet, niſi cùm expreſsè conuenit de ſpeciali pignore) ſed in eo qui credidit ad emendam nauim: quem ſanò conſtat habere priuilegium poſt fiſcum, non ſecus ad eum qui ad armandam aut reficiendam nauim credidit *leg.qui in nauem 26.leg.quod quis nauis.34.de rebus auct. iudic poſſid.alias leg.11.& 19.de priuileg credit.* ideò fortaſſe quòd ex maritima negotiatione longè plus commodi accedat Reipublicæ quàm ex ædificij aut agri emptione: quid enim Reipublicæ intereſt cuius ſit agit ager vel domus? at maximè intereſt eius eſſe nauim, qui nauigationis & tranſmarinæ negotiationis artẽ calleat, aut per inſtitores eius rei peritos eam negotiationem exerceat: ob idq; nec dubitandũ puto quin is qui credidit ad reficiendã nauim priuilegium habere debeat hypothecæ tacitæ exẽplo eius qui credidit ad reficiendam domũ. Nam ſi fauorabilior eſt cauſa eius qui credidit ad emendam nauim, quam eius qui ad emendam domum, multò magis illud admittendum eſt, æquè fauorabilem eſſe debere eum qui credidit ad reficiendam nauim, ac eum qui ad reficiendã domum. † Cur autẽ fauorabilior 8
ſit is qui credidit ad reficiendam domum, quam qui ad emendã, ratio illa eſt quòd, vt dixi, Reipub. nil interſit, an domus Titij ſit an Mæuij. Intereſt verò diruta ædificia reſtitui, ne deformentur nimis ciuitates *l ad curatoris.46.de damn.infect.* † Hæc cùm ita ſint, fatendum eſt 9
Iuſtinianum qui mulieri dedit priuilegium prælationis aduerſus eum qui ad emendam domum vel nauim credidit, præferri eam voluiſſe non minùs iis qui expreſſam hypothecam habeant, quàm iis qui tacitã, cùm iſti nullam habeant niſi expreſſam. At fortaſſe dicat aliquis ea Iuſtiniani conſtitutione non iam datum mulieri aduerſus huiuſmodi perſonas priuilegium, quàm ademptum iis quod aduerſus mulierem, cæteróſque creditores anteriores ex prioribus legibus competebat. Nec aliud inductum niſi vt ſi ſint muliere poſteriores, non præferantur: ſed non inde fieri vt nec præferri debeant cùm ſint anteriores. Sic enim doctiſſimis pleriſque iuris placere video poſt Accurſium ex illis verbis *veniat autem & alter creditor poſterior.* Quaſi inter hos ſaltẽ creditores qui aliis omnibus præferentur, & mulierem locus relictus ſit priuilegio temporis, ſatiſque mulieri eſſe debeat quod cùm anterior illa eſt, nullo ipſi aduerſus eam priuilegio vtantur. Verùm aliud mihi iudicium eſt. Nam quod Iuſtinianus de poſteriore creditore tractat qui ad emendam domum vel nauim crediderit, non idcirco factum eſt, quia ius aliud conſtitutũ voluerit in anteriore, ſed quoniam id agit vt creditores iſtos qui aduerſus cæteras perſonas habent priuilegium prælationis, ab eo priuilegio (quod ad mulierem pertinet) excludat. Priuilegium porrò nullum eſt, niſi cùm ſunt poſteriores. Nam cùm ſunt anteriores vincunt iure cõmuni, quo qui prior eſt tempore potior eſt iure. Tolle igitur priuilegium, quod faciebat vt nihil referret an eſſent illi anteriores an poſteriores tẽpore, conſequens fiet, vt redigãtur ad inſtar cæterorum qui priuilegiũ non habent. Et proinde ſicut cæteris creditoribus etiam tẽpore anterioribus mulierẽ præferri Iuſtinianus voluit: ita his quoque præferetur. Idque apparet euidentius ex eo quod Iuſtin. ſubiicit de lucris nuptialibus vt in iis nullum prælationis priuilegium habeat mulier aduerſus creditores iſtos ſi ſint illi anteriores. Id enim ſignificant verba illa, *ſufficit enim quod à lucris cadant ſi priora,* ſcilicet priuilegia, *ante nuptiali donatione inueniantur.* Quæ vulgata verſio eſt, & longè rectior quã Haloandrina ſic

habens,

habens, *etſi tempore prior inuenietur donatio ante nuptias.* Nam Græca lectio ait εἰ χειρογραφάριοις τῆς πρὸ γάμου δωρεᾶς δεδωκὼς. Quod & iã conſtitutũ fuerat in *d.l. aſſiduis. §.vlt.* Vt ergo melior ſit cauſa dotis quàm ante nuptias donationis, fatendum eſt, mulierẽ pro dote præferri priuilegiatis iſtis creditoribus licèt anterioribus, poſtponi autẽ in donatione propter nuptias. Cùm tamẽ ſi de creditorib. tempore poſteriorib. ageremus præferẽda eſſet illa non minus pro donatione propter nuptias quã pro dote, ſeruato ſcil. temporis ordine *d.§.vlt.* Nã nec magis aduerſus lucra nuptialia quã aduerſus dotẽ ipſam priuilegium vllum relictum eſt iis qui ad emendam aut reficiendam domum vel nauim crediderunt præter priuilegium temporis. Siquidem priuilegium cauſæ vtroque caſu ſublatum eſt. Alioqui conſtituere Iuſtinianus debuerat vt à lucris caderent mulieres, etiam ſi talia priuilegia tempore poſteriora inuenirẽtur, nõ vt ille ſcribit, ſi priora inueniantur. Neque ſanè aliter poſito iure ſatis prouiſum eſſet mulieri ratione dotis, quam nullo modo & nulla arte minui poſſe Iuſtinianus voluit. Quid enim facilius quàm virum ante nuptias aut ante dotis cõſtitutionem pecuniam mutuam accipere in refectionem domus aut nauis, inſcia etiam muliere, vt ſecutis poſteà nuptiis, acceptáq; dote, & ſoluto quandocunq; matrimonio dotis iacturam mulier ſentiat?

Capvt XII.

Ad §.quia verò. Nouel. 97. de æqual. dot.

SVMMARIA.

1 *Eum qui marito iuxta ſtatutam lege formam ad emendam militiam credidit mulieri quæ tempore poſterior, anteponendum.*

2 *An is qui rem ſuã vendidit ſub eo pacto vt pro pretio ſibi obligata maneret, & in eo pignore potior eſſet, mulieri & aliis anterioribus creditoribus præferatur.*

3 *An qui ad militiam emendam ſubiecto pacto pignoris & prioritatis credidit, mulieri licèt anteriori præferatur?*

4 *Fauorabilius eſſe debitum ex cauſa primipili, quàm mutuum ad emendam militiam acceptum.*

5 *An ſi quis primipili vſus hodie ſupereſſet, mulier ex Iuſtiniani conſtitutionibus fiſco præferenda eſſet.*

6 *Reſpondetur ad* Nouel. 53. de exhib. reis, *vbi de priuilegio mulieris agitur.*

7 *Meritò ſic interpretatione temperatum mulierum priuilegium, vt iis duntaxat anterioribus creditoribus præferantur, qui nonniſi tacitam hypothecam prætendunt.*

8 *Inter chirographarios creditores, & eos qui perſonalem tantùm actionem habent. priuilegia non ex tempore, ſed ex cauſa æſtimari.*

9 *Caſus quo creditor etiam tempore poſterior iure potior eſt.*

1 EX † ſuperioribus moueor vt putem quod ſequitur in §.quia verò, poſtponendam mulierem illi ſoli qui credidit ad emendam militiam ſi omnia cõcurrant quæ Iuſtinianus eo loco requirit, ſic accipi debere, ſi mulier ſit tempore poſterior non etiam ſi prior. Eſt enim ea exceptio ad id quod proximè conſtitutum fuerat, vt mulier cæteris creditoribus priuilegiatis tempore anterioribus poſtponeretur quidem in donatione ante nuptias, præferretur autẽ in dote, ne qua circumueniendæ mulieri ratio ſupereſſet prætextu alicuius priuilegij, ſiue cauſæ priuilegium illud eſſet, ſiue temporis. Vult autem Iuſtinianus excipiendum eum, qui ad emendam militiam crediderit, id eſt cæteris præferendum non quidem in aliis bonis debitoris, ſed in ipſa militia, quippe quæ & pignori obligari poteſt *l.vlt. C.de pignor.* ſed hoc ita, ſi ea omnia obſeruauerit in contrahendo debito, quæ textu congerit, ne fraudandæ dotis animum habuiſſe videatur, hoc eſt ſi in eam cauſam ſpecialiter crediderit ſi vis anterioris hypothecæ ſibi ſpecialiter quoque & expreſſim ſtipulatus ſit, ſi reuera in eam rem pecunia impenſa ſit, ſi negotium ex ſcripto geſtum fuerit, ſi denique inſtrumentum habeat teſtium ſubſcriptiones: quibus omnibus concurrentibus putat Iuſtinianus non poſſe ſuſpicionem fraudis ſubeſſe, quæ tamen facilè ſubeſſe poſſet, ſi ita ius eſſet vt talis creditor licèt poſterior mulieri anteriori præferretur, argumento eorum quæ idem Iuſtinian. ſcribit in eadem *Nouell. §.aliud quoque ad fin.* Quid enim ſi maritus improbus in eam rem, dotali pecunia abutatur quam nouo huic creditori clam numerauerit, tum palam ab eo mutuam acceperit, nec tamen fraus probari poſſit? † Neque verò ſimilis eſt qui rem ſuam vendidit ſub eo pacto vt ſibi obligata maneret pro pretio, in eoque pignore potior eſſet. Nullam enim ille facere poteſt iniuriam aut mulieri aut aliis creditoribus anterioribus, vtpote qui nullum in ea re pignus haberent ſi non fuiſſet vendita, quam porrò venditor non alienaſſet ſciens emptorem pluribus creditoribus obnoxium, non ſi per huiuſmodi conuentionem ſibi conſulere potuiſſet, ſicuti eleganter Paulus diſputat in *l.2. de reb. eor. qui ſub tutel.* aduerſus Vlpianum qui contra ſcripſerat in *§. vlt. l.1. eodem titul.* vt dubitari non oporteat, quin Triboniani ſit prorſuſque inepta additio illa ad Paulum, *ſi igitur talis ſpecies in priuato venditore inciderit imperiali beneficio opus eſt vt ex reſcripto pignus confirmetur.* Nullo enim reſcripto Principis opus eſt ad confirmandum pignus quod in ipſa venditione exceptum eſt, quamuis alioqui pignoris conuentio non valeret argum. *l.ei fundo 19. iunct. l.quoties. 15. D.de ſeruit. l. venditor. 13. D. commun. præd.* Ideóque nec dubito quin huiuſmodi venditor in pignore ipſius rei venditæ mulieri quoque perinde ac cæteris creditoribus anterioribus ſemper præferatur. † At cùm ei cuius bona iam ab aliis creditoribus anterioribus tenebantur, pecunia creditur in cauſam emendæ militiæ addita conuentione pignoris, & vt in ea re potior ſit qui poſterior credidit, licèt nulla fiat iniuria prioribus creditoribus, ſi bona fide res geratur, quia nec hypothecam haberent in ea re ſi debitori quæſita non fuiſſet, poteſt tamen, vt dixi, fraus fieri, debitore & nouo creditore colludentibus in necem anteriorum. Quæ res ſufficit ad inducendum mulieris priuilegium, aut, vt loquar meliùs, ad impediendum ne priuilegium vllum nouus hic creditor exercere poſſit aduerſus mulierem quod contra cæteros exercere poſſet. Cæteris enim fraudem allegantibus incumbit onus probandæ fraudis. Mulieri verò ſatis eſt probare fraudem committi potuiſſe quamuis commiſſa eſſe non conſtet. Vel ob hoc ipſum quod fraudis probatio plerunque difficillima eſt: In eoque nimirum verſatur priuilegium mulieris. Sicut & ex contrario cùm ſuſpicio eſt fraudis per mulierem commiſſæ, putà ſi mulier habens bona immobilia, conſtituat dotis augmentum in bonis mobilibus cùm maritus ære alieno laboraret, noluit Iuſtinianus habere eum priuilegium licèt fraus ipſa non probetur per anteriores creditores: quia ſufficit fraudari eos potuiſſe talis augmenti prætextu. Ita demum igitur habebit mulier ius tacitæ hypothecæ & prælationis pro augmento dotis, ſi aut vtrinque aut ſaltem ex parte mulieris augmentum fiat in bonis immobilibus, aut in bonis mobilibus quidem, ſed eo tempore quo nullos creditores maritus habeat, quòd his caſibus nulla fraudis ſuſpicio ſubeſſe poſſit, vt ait Iuſtinian. in *d.§.aliud quoque d. Nouell. 97.* Nec tamen eò minùs verum eſt hunc qui ad militiam emendam credidit ſubiecto pacto pignoris & prioritatis, fauorabiliorem eſſe cæteris creditoribus non in eo ſolùm quòd illis præfertur, licèt anterioribus, ſed etiam ratione mulieris. Cùm aduerſus illum ſaluum

ei ſit priuilegium temporis, hoc eſt vt ſi ſit prior tem-
pore præferatur mulieri: cæteri enim non magis tem-
poris quam cauſæ priuilegium habent, ſed mulieri
etiam poſteriori poſtponuntur. Minus mouet, quod
nonnulli obiiciunt ex *l.3.C.de primipil. lib. 12. tit pen.* in
debito ob cauſam primipili contracto fiſcum potiorem
eſſe muliere, propterea quod vtilitas publica præferen-
da ſit priuatorum contractibus. Primum enim non
de fiſco Iuſtin. tractat in *d.§. quia verò*, ſed de priuato
4 qui ad emendam militiam credidit. † Deinde longè
aliud eſt deberi quid in cauſa mutui ad emendam mi-
litiam accepti, longè aliud deberi ex cauſa primipili.
Eſt enim debitum huiuſmodi fauorabiliſſimum, vt ex
eo conſtat, quod ex ſola primipili cauſa liberos etiamſi
patribus heredes non exiſtant iuris rationem teneri
placuit *l.vlt.C.eo.* Sed & dici poteſt legem illam 3. eſſe
Impp. Diocletiani & Maximiani, quorum temporibus
nullum priuilegium aut tacitæ hypothecæ aut prælatio-
tionis habebat mulier neque contra fiſcum neque con-
tra cæteros creditores. Iuſtinianum verò vtrumque illi
priuilegium dediſſe, nec minùs contra fiſcum quam cō-
tra cæteros, cum ad fauorem procreationis liberorum
reſpicere ſe teſtetur in *d.l.aſſiduis*, quæ ſanè cauſa publi-
5 cam vtilitatem continet *l.1.D.ſol.mat.* † Hodie igitur ſi
quis primipili vſus ſupereſſet dicerem præferendam
fiſco mulierem ex Iuſtiniani legibus, vel eo magis quòd
excipiendo eum ſolum creditorem qui ad emendam
militiam mutuos nummos dederit ſi ſit anterior & ex-
preſſo pacto ius anterioritatis ſibi reſeruauerit, cæteros
omnino omnes quanquam anteriores procul dubio ex-
cluſit, & mulieri poſtpoſuit. Additis etiam iis verbis
in *d.§. quia verò, hoc ſolo caſu cedere mulierem*, & paulò
pòſt, *aliis omnibus præualere mulierem ſecundum quod iam
à nobis ei datum eſt priuilegium.* Quibus verbis ſignifi-
cat ſanè conſtitutionem illam quæ extat in *dict. l. aſſi-
duis*, cuius etiam meminit in *d.§ aliud quoque.* Hos enim
& liberis & vxori præferri vult, nimirum & ſi genera-
lem hypothecam habeant, & vxor non de dote repe-
tenda certet, ſed de munificentia Principis conſequen-
da: & qua primum induxit vt mulier præferatur cre-
ditoribus omnibus non poſterioribus in quo priuile-
gium nullum eſſet, ſed anterioribus vt proinde ex eo-
rum comparatione appareat, eius qui ad emendam mi-
litiam credidit diuerſam à cæteris rationem in eo con-
ſtitui, non quòd præferri debeat mulieri anteriori, ſed
quòd ſi ſit ipſe anterior tempore non præferatur ei mu-
6 lier quæ poſterior eſt. † Neque ad hanc quæſtionem
pertinet Iuſtin. Nou. 53. *de exhib. reis. §. optimum quoque.
ver. propterea igitur*, vbi præfert vxori eum qui ad emē-
dam militiam credidit. Non enim tractat eo loco de
dote aut de vxore creditrice, vt malè noſtri ſentire vi-
dentur ad Auth. quòd obtinet *C. de pign.* ſed dat priuile-
gium mulieri etiam dotem non habenti vt poſt defun-
cti liberos præferatur creditoribus omnibus in com-
modis militiæ defuncti licèt ſint illi hypothecarij, dum-
modo non crediderint ad emendam militiam. Denique
creditoris huius priuilegium hoc vnum eſt quod nullo
aduerſus eum priuilegio gaudet mulier, non quòd ad-
uerſus mulierem aliquod priuilegium ipſe habeat ex-
tra communes iuris regulas. Cùm verò ita demùm præ-
feratur mulieri, ſi & eam præcedat tempore, & expreſ-
ſam hypothecam habeat, adeoque ſpecialiter expreſ-
ſum ius anterioritatis, vt cum noſtris loquar, prorſus
conſequens eſt id egiſſe Iuſtinianum vt cæteris credi-
toribus qui minùs fauorabiles ſunt mulier præferatur,
etiam anterioribus, & expreſſam hypothecam, adeo-
que quod magis eſt, exceptum & reſeruatum ius ante-
rioritatis habentibus. Alioqui dici non poterit in quo
cæteris fauorabilior ſit, & melioris conditionis is qui
7 ad emendam militiam credidit. † Atquin apertè ini-
quum eſt, inquies, mulierem quæ ſit tempore poſterior
præferri illis qui expreſſa pignoris conuentione ſibi
proſpexerint. Fateor duram legem eſſe & iniquiſſi-
mam. Sed ita ſcripta eſt, vt Vlpian. loquitur in *l proſper
xit 9. D. qui & à quib. manum.* Nec tamen inficior pru-
denter feciſſe veteres interpretes, licèt nimis audacter,
qui cum Iuſtiniani legem abrogare non poſſent æquiſ-
ſima interpretatione ſic eam temperarunt: vt prælatio-
tionis priuilegium mulier habeat contra eos duntaxat
creditores anteriores qui non niſi tacitam hypothe-
cam prætendunt. Quòd cum generalis locorum om-
nium conſuetudo & iudiciorum omnium auctoritas
admiſerit, audacior ſane & temerarius fuerit qui con-
trà ſentire, & iudicare velit. Apertiſſimè enim iniquum
eſt priuilegium temporis quod expreſſa pignoris con-
uentione quæſierim, mihi adimi per ſubſequens debi-
toris mei matrimonium. Quid enim mea intereſt an
vxorem ille ducat, dotémque ab ea accipiat, & malè
conſumat néc ne? Et ridiculus eſt Iuſtinianus qui ean-
dem iuris aut æquitatis rationem ſubeſſe putat conce-
dendi priuilegij aduerſus pignoratitios & chirogra-
pharios creditores. † Nam inter chirographarios & 8
qui perſonalem tantum actionem habent priuilegia
non ex tempore æſtimantur ſed ex cauſa, & ideò ſi eiuſ-
dem tituli fuerint concurrunt, licèt alij aliis ſint tem-
pore priores *l. priuilegia 32. de bon. auct. Iudic. poſſid. alias
l. 17. de priuileg. credit.* Nimirum quia prioribus nulla
in eo fit iniuria, cum imputare ſibi debeant cur non de
pignore conuenerint *arg. Nouel. 136. de argentar. c. 5. §.
inſuper in fin.* At inter hypothecarios ordo temporis re-
gulariter attenditur *l. ſi fundum. 4. l. ſcripturas. 11. & paſſ.
C. qui potior. in pig habeant.* quoniam ſine priorum frau-
de & iniuria conſtitui aliter non poſſet, aduerſus quam
tamen nullum vel diligentiſſimo cuique creditori re-
medium ſupereſſet. Semperque potior eſt cauſa hypo-
thecariorum creditorum quam chirographariorum,
niſi in caſu *l. vlt. in fi. C. qui bo. ced. poſſ.* † Nec ſimile eſt 9
quòd interdum etiam qui poſterior eſt tempore, po-
tior eſt iure *d. l interdum 5. D. de qui potior. in pign hab.*
Id enim non aliis caſibus accidit quàm cum poſterior
pignoris cauſam anterioribus præbuit aut ſaluam fe-
cit: quòd cùm euenit, æqui bonique conſulere anterio-
res debent quòd poſterior crediderit, qui alioquin pi-
gnus, aut non haberent aut amiſiſſent re ipſa extincta.
Mulier autem quæ poſt contractum pignus nubit &
dotem dat, nec ſaluam facit pignoris cauſam credito-
ribus anterioribus, ob idque nec iis præferri debet, niſi
in ipſis rebus in dotem datis, ſi fortè adhuc extent,
quarum ratione æquiſſima ſanè eſt Iuſtiniani conſtitu-
tio *in l. in reb. 30. C. de iur. dot,* ſi aliam coniungas quæ
mulieri tacitam hypothecam pro dote dedit *d. l. vnic.
C. de rei vxo. act.* Alioqui non poſſet in hypothecaria
ius vllum prælationis habere mulier quæ hypothecam
nullam haberet, eſſétque illi neceſſaria vindicatio quam
& eadem conſtitutione Iuſtinianus ei dedit, & quæ nul-
lo temporis priuilegio indiget, vt idem Iuſtin. ait *No-
uell. 91. vt exact. inſtant. dot. §. his igitur.* Cum olim pro
dote non niſi perſonalis actio competeret. *l. dotis actio-
ne. 9. C. ſolut. matr.* Vindicatio autem nullo modo, vt pote
tranſlato in maritum dotis dominio, *l. doce ancillam. 6.
C. de rei vindicat. §. 1. Inſtit. quib. alien. lic. vel non.*

Capvt XIII.

Mulieris priuilegium, vt creditoribus etiam anterioribus præferatur, non tranſire in liberos.

Svmmaria.

1 *Priuilegia quæ cauſa dotis conceſſa ſunt ad mulieris heredes tranſire, non item ea quæ perſonæ mulieris, licet pro dote, tributa ſunt.*

2 *Perſona*

2 *Perſona mulieris, non dotis priuilegium eſſe, vt creditoribus anterioribus etiam hypothecariis mulier præferatur.*

3 *Priuilegium prælationis ita demum actioni ex ſtipulatu ſiue rei vxoria tributum fuiſſe, ſi ab ipſa muliere, non ſi ab eius heredibus actio inſtitueretur.*

4 *An ex* dicta lege aſſiduis *probari poſſit, mulieris liberos etiam anterioribus creditoribus præferendos eſſe?*

5 *Priuilegiatam mulierem non debere contra æquè priuilegiatam, aut eius heredes filios priuilegio vti.*

6 *An ſi extraneos heredes prior vxor reliquerit, illi heredes ius tacitæ hypothecæ in præiudicium poſterioris vxoris habeant, vt illi præferantur?*

7 *Vera horum*, verborum ſimilem prærogatiuam *in* d. l. aſſiduis. *ſententia.*

8 *Iuſtinianum in* d. l. aſſiduis. *mulieribus potius quam dotibus fauere voluiſſe.*

9 *Cur priuilegium marito datum, vt dotis nomine in quantum duntaxat facere poteſt condemnetur, licèt perſonale ſit, ad liberos tamen, qui patri heredes extiterunt, transeat?*

10 *Cur priuilegium prælationis mulieribus à Iuſtiniano conceſſum ad earum heredes, ſiue liberos ſiue extraneos non tranſmittatur?*

11 *Notantur quædam de poſterioris mulieris contra præmortuæ liberos priuilegio.*

1 ALius † noſtrorum error eſt longè grauior & reprehenſibilior, quòd exiſtimant priuilegium illud mulieris de quo ſuperiori capite diximus, vt anterioribus creditoribus præferatur cùm dotem repetit, tranſire in liberos ſi iidem ſint heredes matris, licèt fateantur non tranſire in extraneos. In quo apertè vim faciunt iuris rationi, quæ ſicuti tranſmittit in heredes quoſcunque priuilegia omnia quæ non tam perſonæ mulieris, quàm cauſæ dotis conceſſa ſunt, cuiuſmodi illud eſt vt ſit inalienabilis *l. dotale.* 13. §. *heredi. D. de fund. dot.* vt tacitam hypothecam habeat, vt iudicium de dote ſit bonæ fidei, vt nullas admittat retentiones, & alia de quibus agitur in *leg. vnica. Cod. de rei vxor. act.* Ita quæ ipſi perſonæ mulieris licèt pro dote tributa ſunt in ipſius heredes tranſire non patitur *l. vnic. Cod. de priuil. dot.* vbi quod lex ait *ad heredem* & generale eſt de quocunque herede intelligi debet, non ad extraneum coangustari, præſertim cùm nec ſuos heredes mulier habeat *l. illud.* 4. §. *ad teſtamenta de bonor. poſſeſſ. contra tabul.* & proinde ſint ei liberi quoque extranei, niſi extraneos impropriè accipias, quod noſtri faciunt,
2 non ad differentiam ſuorum, ſed liberorum. † In eorum autem numero quæ ipſi perſonæ mulieris potiùs quàm doti conceduntur vel hoc maximè vnum eſt vt creditoribus anterioribus præferatur, non ſolùm chirographariis quibus & iam olim præferabatur cùm nondum tacitam hypothecam haberet vt Iuſtin. refert in *leg. aſſiduis.* 12. *Cod. qui prior. in pignor. habeant.* (de quo priuilegio accipi debet quod ſcriptum eſt in *dict. l. vnic.*) ſed etiam hypothecariis ex noua Iuſtiniani conſtitutione, in qua hoc ipſum apertiſſimè expreſſum eſt iis verbis, *nec ad fragilitatem muliebrem reſpicientes nec quòd & corpore & ſubſtantia & omni vita ſua maritus fungitur, cum penè mulieribus tota ſubſtantia in dote conſtituta eſt.* Et paulò poſt, *non de dote mulieris quam ad ſuos victus ſuáſque alimonias mulier poſſidet.* Item in ſequentibus, *quis enim earum non miſereatur propter obſequia quæ maritis præſtant, propter partus periculum, & ipſam liberorum procreationem?* Et apertiùs eo loco, *& ſiue liberos habeat mulier, ſiue ab initio non habuit, ſiue progenitos amiſit, hoc ei priuilegium indulgemus.* Quæ rationes non tam doti quàm mulieri dotem repetenti fauendum eſſe probant. † Nec eſt contrarium quod eiuſdem conſtitutionis verba ſic habent, *ſancimus ex ſtipulatu actionem quam mulieribus tam pro dote reſtituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus ineſſe hypothecam potiora iura contra omnes habere mariti creditores.* Nam quamuis res vxoria in actionem ex ſtipulatu transformata ſit, ex ſtipulatu autem actio tranſmittat ius repetendæ dotis in quoſcunque heredes *dict. leg. vnic. §. maneat. Cod. de rei vxor. act.* & conſequenter priuilegium tacitæ hypothecæ, quod actioni ex ſtipulatu inſeparabiliter datum eſt: poſſunt tamen & debent ſupradicta verba ſic accipi vt priuilegium prælationis ita demum actioni ex ſtipulatu Iuſtinianus dederit ſi ab ipſa muliere non etiam ſi ab eius heredibus talis actio inſtitueretur. Idque euidenter apparet ex eo quod ille ſubiicit tale priuilegium hac parte dare mulieri aduerſus hypothecarios creditores, quale habebat olim rei vxoriæ actio contrà chirographarios. Atqui quod habebat olim aduerſus chirographarios non tranſmittebatur in heredes *d. l. vnic. C. de priuil. dot.* Ergo neque nouum hoc & Iuſtinianeum priuilegium heredibus mulieris conceditur: quod non obſcurè idem Iuſtinianus ſignificat his verbis, *quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam indulgemus beneficium?* Alioqui ſi eadem ratio conſtitueretur vtriuſque priuilegij tacitæ hypothecæ & prælationis, fatendum eſſet non minùs ad extraneos heredes quàm ad liberos tranſmitti priuilegium prælationis, quoniam & priuilegium tacitæ hypothecæ in eos haud dubiè tranſmittitur *dict. §. maneat.* Et tamen non eſt ex interpretibus qui non excludat extraneos à beneficio prælationis. Sic enim omnes poſt Bart. *ad d. l. aſſiduis. & ad l. 1. D. ſolut. matrim.* Cur ergo in liberis aliud conſti-
tuendum crediderunt? † Nimirum fefellit eos, quod 4
Iuſtin. *in dict. l. aſſiduis*, ita ſcribit, *ſimilem eis prærogatiuam ſeruamus*, & paulò poſt, *quaſi adhuc viuente etiam matre eorum.* Quibus tamen verbis apertiſſimum eſt, non illud Iuſtinianum ſignificare, præferendos eſſe liberos creditoribus anterioribus (cùm ſecunda vxor cui eos præferri vult, non ſit ex anterioribus, ſed ex poſterioribus) At illud potiùs, Mulierem quæ in dotis repetitione præferatur cæteris omnibus, licèt anterioribus, non eſſe tamen præferendam liberis prioris matrimonij maternam dotem repetentibus, Ratione illa quæ ſequitur, *duabus enim dotibus ab eadem ſubſtantia*
debitis, ex tempore prærogatiuam manere voluimus. † Sen- 5
ſus eſt non debere priuilegiatam mulierem vti priuilegio contrà priorem mulierem æquè priuilegiatam, aut eius heredes filios. Etſi enim priuilegium quod prior vxor habuit, nimirum tacitæ hypothecæ, non ſolùm contra maritum, ſed etiam contrà mariti creditores, tale eſt quod tranſit in heredes quoſcunque etiam extraneos, nedum in liberos: quippe quod, vt diximus, non tam mulieri quàm ipſi actioni de dote conceſſum ſit *d. l. vnic. §. 1. & §. maneat. C. de rei vxor. act.* Vult ergo Iuſtinianus idem ius, & priuilegium, tacitæ nimirum hypothecæ non prælationis ſeruari liberis ex priore matrimonio ſuſceptis contrà ſecundam mulierem, vt quemadmodum illa poſterior eſt tempore, ſit etiam poſterior iure. Ne alioqui videatur priori vxori denegatum quod poſteriori conce-
ditur. † An igitur ſi extraneos heredes prior vxor 6
reliquerit habebunt illi idem priuilegium, non quidem prælationis (certum enim eſt non habituros aduerſus anteriores) ſed tacitæ ſaltem hypothecæ in præiudicium poſterioris vxoris vt ei præferantur? Minimè. Ius enim illud licet ex Iuſtiniani conſtitutione datum ſit mulieri, eiúſque heredibus quibuſcunque: Attamen non niſi contra maritum, eiúſque creditores datum eſt. At contra aliam vxorem quæ eò fauorabilior eſſe debet quòd viuit adhuc, poteſtque iterum nubere & Reipublicæ vtilis eſſe ad replendam liberis hominibus ciuitatem,

nec datum eſt priuilegium *in dict. l. vnic.* nec ſeruarum per *dictam l. aſſiduis* aliis heredibus quàm liberis in quorum perſona mater ipſa viuere creditur. Id enim eſt quod ait Iuſtinianus *quaſi viuente eorum matre*. Denique non facit ſecundæ vxoris fauor, vt pro dote anterioris hypothecam tacitam extranei heredes non habeant, ſed vt ex ea hypotheca nullum priuilegium temporis ſibi adrogare poſſint, perindéque poſteriori vxori poſtponatur, atque cæteri creditores antiquiores hypothecarij, quorum non maiorem rationem hac parte haberi Iuſtinianus voluit, quàm ſi chirographarij tantùm
7 eſſent. † Et hæc mihi videtur veriſſima licèt noua & inaudita ſatis obſcuri loci ſententia: vt quod lex ait, *ſimilem prærogatiua*, non ſimiles poſteriori vxori faciat liberos prioris contra creditores tempore anteriores licet tacitam duntaxat hypothecam habentes, ſed ſimiles faciát liberos matri in iure tacitæ hypothecæ, ad ſeruandum iis ordinem temporis, vt eo fulti priuilegio poſteriori vxori præferantur ex communis iuris regula propter temporis priuilegium, ex tacitæ hypothecæ priuilegio inductum. Quod non fuiſſet obſcurum, ſi poſt illa verba, *ſimilem eis prærogatiuam ſeruamus*, adieciſſet Tribonianus interpretationis loco, *id eſt ius idem tacitæ hypothecæ etiam contrà poſteriorem vxorem*, quod anteà non niſi contrà maritum eiúſque creditores alios ab vxore competebat. Neque enim quæ prior nubit mulier, cogitat de priuilegio aliquo, ſibi aduerſus eam quæ poſterior vxor futura eſt acquirendo, niſi ominoſa interpretatione velis cogitare eam de ſecundis mariti nuptiis quæ primas contrahit, præſertim hodierno tempore quo fieri nequit vt viua priore vxore po-
8 ſteriori locus eſſe poſſit. † Itaque concludere licet Iuſtinianum in *dict. l. aſſiduis*, fauere mulieribus potiùs quàm dotibus voluiſſe, alioqui, vt diximus, heredibus quibuſcunque de dote repetenda certantibus concedendum erat priuilegium vt anterioribus quoque creditoribus tacitam duntaxat hypothecam habentibus præferrentur: quod tamen ſoli mulieri, non etiam eius heredibus, ne liberis quidem conceſſum eſt. Item vt vi tacitæ hypothecæ præferrentur heredes quilibet prioris vxoris etiam extranei, poſteriori vxori, quod tamen ſolis liberis datum Iuſtinianus voluit. Nec eſt quòd pro ſententiæ noſtræ confirmatione apertius teſtimonium quæramus quàm quod Iuſtinianus ipſe præbet in *§. fuerat. Iuſtitut. de actionib. Præferri autem aliis creditoribus,* inquit, *tunc cenſuimus cùm ipſa mulier de dote ſua experiatur, cuius ſolius prouidentia hoc induximus*: vt mirum ſit in re tam aperta errare noſtros potuiſſe, accedente præſertim iuris regula quæ habet in omnibus cauſis id obſeruari, vt vbi perſonæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente perſona beneficium quoque deficiat, vbi verò genus actionis id deſiderat, ibi ad quemuis perſecutio eius deuenerit, non deficiat ratio auxilij *leg. in omnibus. 68. de regul. iur. leg. priuilegia. 196. eod. leg. cùm*
9 *patronus. 28. legat. 2. leg. 1. §. 1. Digeſt. de iur. immunit.* † Neque ſimile eſt quod priuilegium marito datum vt dotis nomine in quantum duntaxat facere poteſt condemnetur, licèt perſonale ſit, ideóque nec in heredem tranſeat *leg. maritum. 12. cum leg. ſeq. Digeſt. ſolut. matrimon.* tranſit tamen in liberos qui patri heredes extiterunt, *leg. etiam 18. eodem titul.* nam præter id quod non ad quoſcunque patris liberos tranſit, ſed ad communes tãtùm, hoc eſt, qui ipſius quoque mulieris liberi ſint vt lex ait. Illud etiam obſeruandum eſt longè fauorabilius eſſe priuilegium quod marito datur, cum de dote conuenitur, quia & reus eſt, & talis perſona cui etiam poſt ſolutum diuortio matrimonium reuerentia debeatur in honorem tranſacti matrimonij, *leg. 1. 2. & 3. §. ſed & cum vxore. Dige. rer. amot.* Nam & cum de dote promiſſa maritus agit aduerſus ſocerum idem priuilegium ſocero tribuitur vt non niſi in quantum facere poteſt condemnetur, nec ſolum ſi conſtante matrimonio & manente adfinitate conueniatur, ſed etiam ſi ſoluto matrimonio, dummodo nihil dolo fecerit, nempe veneratione præteritæ adfinitatis *leg. penult. D. de iur. dot. l. ſicut autem. 21. cum ſeq. Digeſt. de re iudicat.* quoniam parentis locum obtinet *leg. rei iudicatæ. 15. §. vlt. cum l. ſeq. Digeſ. ſolut. matrim.* Proinde nec mirum videri debet idem priuilegium communibus liberis competere non quaſi ad eos tranſmiſſum à patre, neque enim id lex ait, ſed quaſi proprium & ipſis liberorum perſonis debitum, in quibus nimirum eadem fauoris & æquitatis ratio locum habeat, imò ſi dicere liceat, ferè maior ob honorem ſanguinis & naturæ. Nam quæ obſecro matri iniuria fit, ita conſtituto iure vt proprios liberos non niſi deducto ne egeant vrgere poſſit? cùm ſi egerent alere eos de ſuo ipſa cogeretur, *l. ſi quis à liberis. 5. in princip. & §. 1. & 2. verſic. ego & matrem Dige. de agnoſc. & alend. liber.* Sic & patroni liberos à liberto alendos eſſe dicimus, non quaſi tranſmiſſo in eos per hereditariam ſucceſſionem patroni iure, ſed quia liberti obſequium præſtare non tantùm patronis, ſed etiam liberis eorum debeant. Ideoque nec tam facilè alendos liberos quàm patronos decernere Prætor debet, ſed ex cauſa: neque eò minùs alendi ſunt liberi patroni quòd patri heredes non extiterint, *dict. l. ſi quis à liberis §. vtrum autem tantùm patroni, iunct. l. ſi operarum. 29. Digeſt. de oper. liber.* Idcirco autem in ſpecie *d. l. etiam. 18. Dige. ſolut. matrim.* requirit Pomponius patri heredes extitiſſe libetos ad hoc vt priuilegium habeant, ne ſuprà quam facere poſſint conueniantur, non quòd iure hereditario priuilegium illud nanciſcatur, ſed quia nec aliter de dote per patrem debita conueniri poſſint, quàm ſi patris ſint
heredes. † At priuilegium de quo diſputamus, quod 10
mulieri conceſſum Iuſtinianus voluit vt creditoribus omnibus, quamuis anterioribus præferatur, minùs fauorabile eſt, cùm non exceptionem inducat, ſed actionem, & iniuriam manifeſtè inferat anterioribus creditoribus quibus nihil imputari poteſt, cùm expreſſa conuentione pignoris ſibi proſpexerunt *arg. l. 3. de ſolut.* & quorum nihil planè intereſt, vtrum dotata ſit mulier, nécne. Sed & eas concedendi priuilegij rationes Iuſtinianus adfert, quæ ad ipſam mulieris perſonam ſic pertinent vt liberis conuenire nullomodo poſſint, non magis quàm extraneis quibuſcunque heredibus. Nulla igitur ratio eſt vt idem priuilegium liberis ſiue proprio ſiue hereditario iure concedatur. Proinde ſuperuacua & inanis eſt illa quæſtio. An communibus duntaxat liberis, an iis etiam quos ex alio matrimonio prior mulier ſuſceperit priuilegium hoc concedi debeat vt creditoribus anterioribus pro dote materna proferantur, cùm neque his, neque illis tale vllum competat, vt di-
ximus. † Sanè priuilegium illud de quo diximus, hoc 11
eſt vt poſterior vxor priuilegium prælationis ſibi datum aduerſus cæteros non magis exercere poſſit contrà liberos prioris defunctæ, quam aduerſus eam ipſam ſi viueret, non ad quoſcunque liberos præmortuæ pertinet, ſed ad communes duntaxat, hoc eſt qui ex eodem marito ſuſcepti ſint. Nam quod ſcriptum eſt in *Authen. ſi quid eodem titu. C. qui potior in pignor. hab. ſeu qualibet eius ſoboles*, hunc ſenſum habet vt priuilegium illud non ad ſolos primi gradus liberos coarctetur, ſed ad nepotes quoque & pronepotes extendatur alioſque deinceps ſucceſſores, id eſt deſcendentes in infinitum cuiuſcunque naturæ ſint ſiue maſculi ſiue fœminæ. Cæterum ex priore eiuſdem viri matrimonio ſuſceptos eos eſſe neceſſe eſt, vt apertiùs conſtat ex verbis *Nouel. 91. & exact. inſtant. dot. in prin. & §. 1.* In eoque cum Bartolo & communi noſtrorum ſchola ſentio.

CAPVT

CAPVT XIV.

Emendatio §. 1. l. hinc quæritur. 19. D. de pecul.

SVMMARIA.

1 *Nonnullos Pandectarum locos à Triboniano ſic immutatos & deprauatos & priſtinam Iuriſconſulti ſententiam aſſequi non liceat.*

2 *Duplicis iuris peculium apud eundem eſſe poſſe.*

3 *An maritus qui ſerui dotalis peculium ex duplici cauſa habet, ex eo demum contractu poſſit de peculio conueniri, qui ad ſe pertinet, an verò ex omni?*

4 *Eandem quæſtionem in fructuario, & duobus bona fidei auctoribus dilucidiùs agitatam & deciſam.*

5 *Cur licet quæſtio aliter in marito, aliter in fructuario & duobus bona fidei emptoribus ſit deciſa?*

6 *Differentia inter peculium ſerui dotalis quod ad mulierem reſpicit, & illud quod ad maritum pertinet.*

7 *Seruum dotalem etiam ſoluto matrimonio, priuſquam iudicio de dote redditus ſit, marito acquirere.*

8 *In quo, alia ſit ratio mariti, alia verò fructuarij aut vnius ex bona fidei emptoribus ſpecie* d. §. 1. l. hinc quæritur?

9 *Vera quæſtio Vlpiani in* d. §. 1.

10 *Verba illa in* d. § 1. ſed in marito melius eſt dicere &c. *Triboniani non Vlpiani eſſe.*

11 *Indicatur Triboniani manus in eod.* §. 1. *in verbis* ſin autem &c. *& in aliis Pandectarum locis.*

12 *Quomodo ratione peculij conueniendus ſit maritus, ſeruo dotali ex ea cauſa obligato qua ad mulierem ſolam, aut ad maritum ſolum reſpiciat?*

13 *Quomodo in* d. §. 1. *creditori ſuccurrendum ſit, quum ex alterutro ſerui dotalis peculio integrum debitum ſeruari non poteſt.*

14 *An mariti conditio ideò deterior ſit quam fructuarij aut b. f. emptoris, quòd ratione peculij ſolus conueniendus eſt ex contractu ad ſolam mulierem pertineret?*

15 *Maritum qui debitum ex contractu ad ipſum pertinente procedens, ex peculio dotali ſoluit de hoc peculio mulieri reddendo teneri.*

16 *Quid Tribonianum impulerit vt dictum* §. 1. *interpellaret?*

1 QVam † impensè & plus æquo mulieribus fauere
Iuſtinianus voluerit non ſolùm ex iis conſtitutio-
nibus apparet quæ extant in Codice & in Nouellis, ac
de quibus proxime diximus, ſed etiam ex pleriſque
Pandectarum locis quos ob eam cauſam Tribonianus
pro arbitrio ſic immutauit & deprauauit, quamuis ma-
num eius agnoſcere non ſit difficile, priſtinam tamen
Iuriſconſulti ſententiam aſſequi, quæ ex recta iuris
ratione ſemper æſtimanda eſt non ita facilè & obuiam
cuilibet videri poſſit. Proferam ego huius rei exem-
plum nec inelegans, nec obſcurum, ſed tamen à nemine
hactenus, vt puto, obſeruatum, ex Vlpiano in *l. hinc quæ-*
2 *ritur.* 19. §. 1. *de pecu.* † *Poteſt*, inquit Vlpia. *eſſe apud me,*
duplicis iuris peculium. Vt puta ſeruus eſt dotalis, Po-
teſt habere peculium, quod ad me reſpiciat: Poteſt &
quod ad mulierem. Nam quod ex re mariti quæſiit vel
ex operis ſuis, ad maritum pertinet: imò & quod magis
eſt ſi reſpectu mariti ſit heres inſtitutus, aut legatum
ei datum, conſtat id eum non debere reſtituere. Finge
igitur agi mecum ex eo contractu qui ad me reſpicit,
Vtrum omne deducam quodquod debetur mihi, ſiue
ex mea cauſa ſiue ex ea, quæ ad vxorem reſpicit: An
verò ſeparamus cauſas, quaſi in duobus peculiis vt &
3 cauſa debiti ſpectetur? † Quæſtio in eo eſt. Vtrum ſi de
eo peculio agatur quod ad mulierem ſpectat, id dedu-
cam quod ex eo debeatur, ſi autem ex eo contractu qui
ad me reſpicit, meum deducam? Priùs autem quàm ad
propoſitam quæſtionem Vlpianus reſpondeat, ſubiun-
git idem quoque dilucidiùs tractatum eſſe in fructua-
rio, Vtrum ex eo demùm contractu poſſit de peculio
conueniri qui ad ſe pertinet (*qui* enim pro *quod* legen-
dum eſt,) an ex omni. † Et ad hanc poſteriorem quæ- 4
ſtionem reſpondens ex Marcello, ait fructuarium tene-
ri ex omni contractu. Ratione illa, quòd is qui cum ſer-
uo contrahit totum ipſius peculium qualecunque &
vndecunque illud ſit intuitus videatur. Illud tamen om-
nimodo admittendum, vt priore conuento eo ad quem
res reſpicit, in ſuperfluum, is cui quæſitum non eſt con-
ueniatur. Eamque ſententiam & probabiliorem eſſe, &
Papiniano quoque probari. Vtpote quæ ſine vllo credi-
toris incommodo faueat ei ad quem non reſpicit con-
tractus ex cuius cauſa de peculio agatur. Subiicit verò
Vlpianus idem etiam in duobus bonæ fidei empto-
ribus dicendum eſſe, vt ſi de peculio agere creditor ve-
lit ex contractu ſerui qui ad alterutrius duntaxat em-
ptorum peculium reſpiciat, habeat quidem alterius
quoque emptoris peculium eo nomine obligatum,
ſed tamen non priùs contra alterum illum agere poſſit,
quàm hunc conuenerit ad cuius peculium reſpicit
contractus cuius ratione de peculio agitur. Cur non
ergo & in marito idem obtineat? Eadem enim quæ-
ſtio nec diuerſus tractatus eſt vt Vlp. docet iis verbis,
quæ quæſtio dilucidius eſt in fructuario tractata. † Ideò 5
autem dilucidiùs tractetur hæc quæſtio in fructuario
& in bonæ fidei emptoribus, quòd cùm ſeparatæ ſint
perſonæ proprietarij, & fructuarij, itémque duorum
bonæ fidei emptorum, facilior quoque & expeditior
peculiorum ſeparatio eſt. Nam quod ex peculio & re
proprietarij ſeruus acquirit non acquirit fructuario,
nec contra. Et ſimiliter quod ex re & peculio vnius ex
bonæ fidei emptoribus, non acquirit alteri, ſed ei ſoli
ex cuius re & peculio quæſierit *l. ſi ſerui vſuſfructus.* 21.
cum ſequentibus. D. de vſufruct. l. acquiruntur. 10. §. *de hic
autem. & §. ſeq. l. qui bona.* 23. *de acquir. rer. domin.* At
cùm de marito agitur vna eadémque perſona eſt quæ
duplicis peculij dominium habeat, ſi fortè ſeruus do-
talis peculium acceperit & à marito & à muliere.
† Perinde enim peculium quod ad mulierem reſpicit 6
mariti eſt ex cauſa dotis atque ſeruus ipſe qui pecu-
lium habet *leg. vlt. D. de ſolut. mat.* Hoc ſolum inter
vtrumque peculium intereſt, quòd peculium dotale
ſoluto matrimonio mulieri dotis iudicio reſtituendum
eſt *d. l. vlt.* ſicut & cætera omnia quæ ſeruus dotalis
marito conſtante matrimonio acquiſiuerit (præter-
quam ſi ex re mariti & ex peculio quod à marito ha-
beat puta) ſi heres inſtitutus ſit aut legatum ei relictum
l. ſeruus dotalis. 58. *eod.* dummodo non mariti contem-
platione *d. l. hinc quæritur.* §. 1. *de pecul* quo pertinet *l. ſi
legato.* 65. *de iur. dot.* vbi quod ait Pomponius *noluit* ac-
cipiendum eſt pro *non voluit.* Etſi enim aliud eſt non
velle, aliud nolle, ſufficit tamen teſtatorem non voluiſ-
ſe marito acquiri per ſeruum dotalem licet nec dixerit
ſe nolle. Videtur autem voluiſſe acquiri marito quiſ-
quis mariti intuitu aliquid ſeruo dotali reliquit. Et
porrò ſemper ſeruus acquirit eius gratia hereditatem
vel legatum aut quid aliud meruit *d. l. ſi ſerui vſuſfru-
ctus cum ſeq. D. vſufr. l. facta.* 63. §. *ſi heres ad Trebel.* Alio-
quin acquirit proprietario, & conſequenter ſeruus
dotalis acquiret mulieri, quoniam aditio hereditatis
aut agnitio legati non eſt in opera ſeruili *l. aditio* 45.
D. de acquir. hered. l. ſi ſeruo. 47. *D. de iur. dot.* † Acqui- 7
rit quidem marito, eo iure quo dos ipſi quoque ac-
quiritur, non ſolùm conſtante matrimonio, ſed etiam
quod magis mirum eſt, ſi poſt diuortium ei heredita[s]
aut legatum obuenerit priuſquàm ſeruus ipſe dotalis
iudicio de dote redditus ſit *l. ſi marito.* 31. §. *vlt. D. ſo-
lut. matrim.* Nempe quia quamdiu redditus non eſt

dotalis manet,& in dominio mariti, ob idque nec ſi
ſolutum ſit matrimonium capere eum aut vendicare
propria autoritate mulier poteſt,ſed debet de dote age-
re *l.dotis actione.9.Cod.eod.* nec quia dos ſine matrimo-
nio conſtitui non poſſit, ideò fit vt ſoluto matrimonio
dos ipſo iure eſſe deſinat. Sed quod per huiuſmodi ſer-
uum marito quæſitum erit, iudicio de dote reſtituetur
tanquam dotale. Non item quod hic ſeruus aut ex operis
ſuis quæſierit, aut ex eo peculio quoad maritum ipſum
pertineat, aut ex aliena liberalitate in eum collata in-
8 tuitu & contemplatione mariti. † Cæterùm non ex eo
quod conſtante matrimonio maritus vtriuſque peculij
dominus eſt, inferri poteſt in propoſita quæſtione quã
Vlp. tractat in *d.§.1.l. hinc quæritur*, aliam mariti ratio-
nem eſſe, quàm ſit fructuarij aut vnius ex bonæ fidei
emptoribus. Niſi in eo quòd ſiue confundas ſiue ſepa-
res pecolia & debiti peculiarij cauſas, alius conueniri
nequeat quàm maritus, licèt ex eo contractu agatur qui
ad mulieris peculium ſpectet: nempe quia conſtante
matrimonio vtriuſque peculij licèt aliter atque aliter
dominus & poſſeſſor eſt: nec proinde inter illum &
mulierem cadere poteſt ea ordinis ratio, & vllo caſu
prior mulier conueniatur, in ſuperfluum verò maritus:
quomodo contingit cùm inter fructuarium & proprie-
tarium agitur, aut inter plures bonæ fidei emptores, in-
ter quos diuerſitas perſonarum nõ tantum diuiſionem
& ſeparationem peculiorum admittit, ſed etiam conue-
niendi ordinem. Sed qui ordo conueniendi in vna ea-
démque mariti perſona conſiderari non poteſt, in ipſis
tamen peculiis, quæ reuera diſtincta & ſeparata ſunt
9 facilè admittetur.† Non enim de illo Vlp. quærit an ſi
contractum ſit cum ſeruo ex ea cauſa quę ad mulierem
reſpiciat mulier prior de peculio conueniri poſſit du-
rante matrimonio, deinde maritus in ſuperfluum, (nam
quis neſcit mulierem quæ nec ſeruum dotalem nec eius
peculium penes ſe habeat conſtante matrimonio de pe-
culio conueniri non poſſe?) Sed de illo primùm an con-
fundi an potiùs ſeparari peculia & debitorum cauſas
oporteat. Deinde conſtituto eo vt ſeparari non debeãt
in præiudicium creditoris qui cum ſeruo contrahens
vtrumque peculium tanquam vnum idémque patrimo-
nium intuitus eſt, An hactenus ſaltem ſeparari debeant
fauore mariti ad quem negotium non reſpicit, vt prius
de peculio mulieri ſatisfieri oporteat, ſi id non ſufficiat,
de peculio quidem ipſius mariti, ſed ita tamen vt quod
ob eam cauſam de ſuo præſtiterit, aduerſus mulierem
quandocunque dotis nomine agentem deducere poſſit.
In quam ſententiam Vlpianus poſt Marcellum procli-
uior eſt. Sic enim ſcribit, *Et ait ſi id quod creditori præ-
ſtitum eſt ad vtriuſque generis peculium pertinebit, pro ra-
ta vtrique peculio decedere debere: Ex quo intelligi poteſt
ſi ad alterum peculium contractus pertinebit modò ſoli vxor
detrahi, modò non detrahi ſi ad id peculium pertinuit con-*
10 *tractus, quod apud maritum reſedit.* † Quòd cùm ita ſit,
non poſſum intelligere quid ſibi velint illa præceden-
tia, *ſed in marito meliùs eſt dicere ſimpliciter eum de pecu-
lio teneri*. Nec dubitandum puto quin ſint Triboniani
id perpetuò agentis vt mulieri faueat, nec animaduer-
tentis per inſcitiam iuris, repugnare ſequentia quæ ille
tamen parùm cautus incorrecta reliquit. Nam cùm Vl-
pianus, quantum coniectura aſſequi poſſum, ita ſcripſiſ-
ſet, *Quod & in duobus bonæ fidei emptoribus erit dicen-
dum. Sed ſi maritus aliquid præſtiterit, &c.* quaſi pro dicto
& aperto habens idem quoque in marito dicendum eſ-
ſe, atque ita propoſitæ quęſtioni ſatisfactum, Tribonia-
nus vt deteriorem faceret conditionem mariti quàm
fructuarij, aut bonæ fidei emptoris adiecit de ſuo in-
11 termedium illum verſiculum quem nos reiiciemus, † &
vt priora Vlpiani verba cum ſequentibus connecteret,
addere eum neceſſe fuit illa etiam quæ proximè ſequũ-
tur: *ſin autem maritus huiuſmodi ſerui nomine aliquid præ-
ſtiterit.* Eſt enim Triboniano perfamiliare tam in Iu-
ſtiniani conſtitutionibus, quàm in iis Digeſtorum lo-
cis quos ille pro arbitrio corrumpere voluit, vt diſtin-
ctiones ſuas his verbis concipiat *ſin autem*: quæ quo-
ties in Pandectis lego, toties videor mihi Triboniani
manum agnoſcere & palpare. Vt in *l.ſi cum dotem.22.§.
ſi maritus. D.ſol.mat.l.cùm de indebito. 25.de probat. l. ſin
autem.29.de leg.1.l.domum.57.D.de contr. empt.* aliiſque 12
innumeris.† Inſcitiam vero Triboniani illud manifeſtè
detegit, quod, vt dixi, & præcedentia & ſequentia oſtẽ-
dunt nihil referre an in fructuario & proprietario, an
in duobus bonæ fidei emptoribus tractatur hæc quæ-
ſtio, an in marito ſi dotalis ſeruus duplicis generis pe-
culium habeat. Seruo enim dotali obligato ex ea cauſa,
quæ aut ad mulierem ſolam aut ad maritum ſolum re-
ſpiciat, alium quidem conueniri non poſſe quàm mari-
tum, ſed priùs tamen conueniri eum debere ratione pe-
culij ad cuius cauſam contractus pertinuit, in ſuper-
fluum verò ratione alterius quoque. Et verò an non
iniquum fuerit creditorem cui nihil imputari poſſit
damnum ſentire ob fauorem mulieris, qui totum ſerui
dotalis peculium quaſi vnum patrimonij corpus intui-
tus fuerat? Quòd ſi dicas non creditoris damno id ceſ-
ſurum, ſed mariti quem Tribonianus vult ſimpliciter
de peculio teneri, facias ſanè iniuriam marito. Nam
cùm ſeruus obligatus eſt ex ea cauſa, quæ ad mulierem
non ad maritum pertinet, cur oporteat maritum non
tantùm priùs, ſed etiam ſolum de ſuo peculio ſoluere?
Deinde cum nec in ſolidum teneri poſſit ex contractu
ſerui, ſed peculio duntaxat niſi in dolo ſit *l.in bona fidei.
46.eo.tit.* (quod Tribonianus fatetur ſatis cùm non ſim-
pliciter teneri maritum ait, ſed ſimpliciter de peculio)
quæro quomodo † ſuccurri poſſit creditori, ſi minus ſit 13
in peculio mariti, quàm in debito quod totius peculij
intuitu contractum fuit? Hic enim nimirum caſus eſt
quem Vlpia. tractat cùm ex alterutro peculio totum
ſeruari non poteſt. Quòd ſi manco & non ſufficiente
peculio mariti damus actionem creditori non quidem
aduerſus mulierem, ſed aduerſus peculium quod à mu-
liere ſeruus habuit, in quo obſecro melior erit condi-
tio mulieris aduerſus maritum quàm proprietarij ad-
uerſus fructuarium, aut vnius bonæ fidei emptoris con-
tra alium bonæ fidei emptorem? niſi quòd cùm illi de
peculio conueniri poſſint, mulier tamen non ipſa con-
uenietur, ſed peculium quod ab ea ſeruus dotalis ha-
beat. Atqui iam ſuprà diximus hoc ad rem non pertine-
re: quia non de perſona quæ conueniri poſſit diſputa-
mus, ſed de peculio, & an ex hoc vel ex illo potiùs, an
ex vtroque ſolui creditori debeat. Ergo fatendum eſt,
neque ad propoſitæ quæſtionis deciſionem pertinere,
quod Tribonianus ait melius eſſe dicere maritum ſim-
pliciter de peculio teneri, neque referre quicquam v-
trum de ſeruo dotali an fructuario aut à bonæ fidei em-
ptoribus poſſeſſo diſputetur. Semper enim verum eſt
priùs ſoluendum eſſe creditori ex eo peculio ad cuius
cauſam pertineat negotium de quo contractum eſt, de-
inde ſi id non ſufficiat, ex alio: ſalua tamen ei cuius nil
interfuit actione, aut repetitione, aut deductione aduer-
ſus alium ad quem debiti cauſa ſpectabat. † Nec quod 14
maritus ſolus conueniendus eſt etiam ratione peculij
dotalis, facit vt deterior eius conditio ſit quàm cætera-
rum perſonarum, cùm & ex dotali primum peculio
permittatur ei ſoluere, & quòd dotali non ſufficiente,
de ſuo ſoluere coactus fuerit, aduerſus mulierem quan-
docunque de dote agentem deducere. Finge itaque tan-
tundem eſſe in peculio dotali, quantum ſit in debito
contracto ex cauſa ad ſolam mulierem ſpectante. De
dotali tantùm peculio maritus ſoluet, nihil autem de
ſuo. Ideoque nec aduerſus mulierem de dote agentem
quicquam deducet, quomodo deduceret ſi præter do-
tale peculium aliquid de ſuo ſoluiſſet. Id enim vtrum-
que eſt quod Vlpian. ex Marcello ſubiicit, ſi ad dotale
duntaxat peculium contractus reſpiciat ſoli vxori de-
trahendum

trahendum eſſe, quod ſerui nomine præſtitum eſt. Non igitur verum eſt maritum teneri de peculio ſimpliciter, hoc eſt indiſtinctè, ſed ita demùm ſi ad eius peculium obligationis cauſa pertineat. Cur enim facilius detur marito deductio aduerſus vxorem de dote agentem, quàm creditori actio in peculium mulieris ex contractu inito cum ſeruo dotali? aut potiùs, quo iure detur marito deductio contra vxorem dotem repetentem, niſi quia priùs ſit vt peculium dotale creditori ſit obſtrictum, eóque nomine quaſi ex perſona vxoris maritus teneatur? Obligata ſcilicet muliere de peculio non ad finem duntaxat eius peculij quod ab ipſa ſeruus habuit, ſed quatenus etiam à marito.
15 † Eadem igitur ratione ſi debitum ex cauſa ad ſolum maritum ſpectante proceſſerit, iſque de peculio à creditore conuentus, non tantùm quicquid à ſe ſeruus dotalis in peculium habebat, ſed etiam de dotali peculio ſoluerit, cogetur iudicio de dote tantundem mulieri aut eius heredib. reddere. Eadem ſiquidem ratio facit hoc caſu pro muliere contra maritum, quæ ſuperiore pro marito contra mulierem, quanquam hic caſus ab Vlp. & Marcello prætermiſſus eſt, quaſi qui ex aliis expreſſis induci, & intelligi facilè poſſet. Denique generale & perpetuum eſt, vt neque ne in damno creditorem morari oporteat qui totum peculium velut ſerui patrimonium intuitus eſt, quatenus tamen ex peculio vndecunque illud ſit indẽnis ſeruari poteſt. Neque ex facto ſerui alieni aut alienam rem tractantis alteri no[illegible] debeat, *l. & ancillarum. 27. §. vlt. eod. tit. de pecul. l. etſi* [illegible] *omnes. 8. §. vlt. D. commu. diuid.*
16 † Triboniano autem iam plus æquo fauere mulieribus geſtientis erroris & audaciæ anſam præbere illud potuit, quòd exiſtimauit fortaſſe propoſitam de ſeruo dotali quæſtionem indeciſam ab Vlp. relictam eſſe, quaſi in eo aliud iuris conſtituendum putauerit: Cùm tamen nihil ſit apertius, quàm ex præcedentibus & ſequentibus intelligere eandem ſerui dotalis quam ſerui fructuarij & à bonæ fidei emptoribus poſſeſſi rationem conſtituendam eſſe, idque & Marcello & Vlp. placuiſſe. Nec ſanè explicari poteſt in quo eluceat diuerſitas illa quam in marito Tribonianus inducere voluit, quicquid cauſetur Caſtrenſis qui loci huius perobſcuri ſenſum quaſi facilem aſſecutus eſſe ſibi viſus eſt, vt taceam Iuriſconſulti elegantia parum dignam eſſe locutionem illam, *ſed in marito melius eſt dicere*, & Triboniano magis quam Vlp. aut Marcello familiarem. Illud verò nullius ſenſus quod ſequitur, *ſimpliciter de peculio teneri*, ſimilẽ Triboniani audaciam & loquendi formulam obſeruaui in *l. quamuis. 6. D. de pignor. act.* in illis verbis, *melius eſt autem dici*, à quibus vſque ad *§. ſi creditor* nihil eſt quod non prodat Triboniani ſtylum, Pomponij ſententiam, & iuris rationem ad animi ſui ſenſum accommodantis, vt conſtat ex *l. à Diuo Pio. 15. §. quod ſi res in fi. D. de re iudicat.* & ex iis quæ ad eum locum dicemus infrà cap. 8.

Caput XV.

Cur non ſicut venditio ita pignus nominis debitoris ipſo iure valeat.

SVMMARIA.

1 *Examinantur rationes ab Interpretibus redditæ, cur ſummo iure debitoris nomen pignori obligari non poſſit?*
2 *Cur pignus pignori ſummo iure dari non poſſit?*
3 *Quanam æquitatis ratio pignoris oppignerationem admitti ſuaſerit?*
4 *Vera ratio cur nominis pignus ſummo iure non valeat.*
5 *Reſpondetur obiectioni contra hanc rationem allatæ.*
6 *Debitorem cuius nomen pignori datum eſt, creditoris ſui creditori ſoluentem liberationem non acquirere, & ideò ſolutum repetere poſſe.*
7 *Reſpondetur obiectioni.*
8 *Dubitandi ratio in* l. lex vectigali. ff. de pignor.

QVod † ſcriptum eſt in *l. nomen. 4. C. quæ res pign. obligat. poſſ.* iampridem placuiſſe vt debitoris nomen & generaliter & ſpecialiter obligari poſſit, oſtendit ſatis ſummo quidem iure huiuſmodi pignus nõ valere, ſed æquitatis & vtilitatis intuitu cò decurſum eſſe vt pro valido habeatur *l. poſtquàm cò decurſum eſt. 7. C. de her. vel action. vend.* Neq; id ex ſola prudentium ad ius ciuile interpretatione, vt plerunque fit, ſed tuitione Prætoria, quòd conuentio hæc pignoris talis ſit quam Prætor pro ſua iuriſdictione tueri debere videatur *l. ſi conuenerit. D. de pign. act.* Cur autem ipſo iure non valeat in obſcuro eſt. An quòd difficilius ſit vt iura pignoris vinculo teneantur quam res corporales? Atqui perinde obligari poſſunt, cùm æquè ſint in noſtro dominio Tit. de reb. corp. & incorp. apud Iuſtin. Ideoque & vendi poſſunt, vt puta hereditas *l. 1. 2. & tot. tit. de her. vend. D. & C. & vſusfructus. l. ſi vſusfructus. 66. de iure dot.* Ergo & pignorari ex generali regula quæ habet, Quicquid emptionem venditionémque recipit eam pignorationem recipere poſſe, *d. l. ſi conuenerit in fin. l. ſed & quod. 9. §. 1. D. de pign. l. 1. §. vlt. D. quæ res pign. oblig. poſſunt.* Et verò conſtat etiam iura poſſe capi pignori in executione iudicati *l. à Diuo Pio. 15. §. in venditione. D. de re iudic.* An potiùs, vt quidam putant, quòd rei alienæ pignus non valeat? *l. 1. & 2. & tot. tit. C. ſi alien. res pign. dat. ſit. l. 1. 2. & 3. l. & quæ nondum. 15. §. quod dicitur. D. de pign.* At ſi ita eſſet, valeret ſaltem nominis pignoratio conſentiente debitore. Nam & aliena res pignori dari voluntate domini poteſt *l. aliena res. 20. de pign. act.* Atqui non ideò magis valet pignus nominis ſi ſummum ius inſpicias quod debitor ipſe conſentiat, vt paulò poſt videbimus. Deinde nec illud verum eſt nomen quod datur pignori alienam rem eſſe. Eſt enim in dominio creditoris. Fateor id quod ex nomine redigitur non eſſe creditoris ſed debitoris, quoniam alioqui nec ſolutum pareret liberationem *l. nam etſi. 10. l. non omnes. 19. de rebus cred. l. ſi procuratorem. 8. §. ſi liber homo. l. ſi mandauero. 22. §. ſi mandauerim. D. mandat. l. ſi quis pro eo. 56. §. ſi nummos de fideiuſſ. l. ſi is cui nummos. 94. in prin. & §. ſed & ſi fideiuſſor. de ſolut.* Sed aliud eſt nomen debitoris, & ius ipſum obligationis, aliud res illa quæ debetur, ſicut & aliud eſt ius vſusfructus, aliud perceptio fructuum *d. l. ſi vſusfructus. 66. in fin. l. cùm in fundo. 78. de iur. dot.* † Sanè ſi quæratur cur pignus pignori dari non poſſit ſummo iure (nam vt dari poſſit etiam benignè receptum eſt & ex æquitate contrà meram iuris rationem *l. 1. Cod. ſi pignus pignor. dat. ſit. l. grege. 13. §. cũ pignori. D. de pignor.*) illa quidem ratio afferri poterit quoniam prius eſt vt nomen ipſum debitoris pignori dari poſſit quàm vt pignus quod pro eo nomine obligatum eſt. Sed & illud rectiſſimè dicetur quoniam aliena res eſt, nemo enim accipiendo pignus, acquirit ſibi dominium, nec verò pignus conſtitui poteſt in re ad creditorem pertinente *l. neque pignus 45. de reg. iur.* nec quod primus creditor pignus à domino conſtitutum habeat, facit vt domini voluntas in ſecundo pignore interuenire videatur: cum neque ob eam cauſam neque ea ſpe dederit ille vt creditori quoque ſui creditoris in nouum & aliud pignus cederet. † Illa tamen æquitas pignoris oppignorationem admitti ſuaſit, quod eius dominium licèt alienum, ſic effectum & obligatum ſit priori creditori, vt non magis inuiti ipſius manus effugere poſſit, quam ſi is rei dominus eſſet. Adeò vt ex eius perſona ſecundus creditor, hoc eſt qui ipſius quoque creditoris creditor eſt, retentionis ius habeat quoadusque pecunia aut ſibi ſoluatur, aut debitori, qui primus accepit pignus. Vtrique enim ſolui poſſe conſtat liberandi pignoris gratia. Quanquam in eo fortius eſt ius ſecundi creditoris, quod

quod denunciare domino poteſt ne priori ſoluat. *d.l.no-*
men.4.C.od qua res pign. non etiam prior ne ſoluatur ſe-
cundo, vtpote in quem ius ſui pignoris ipſe transtule-
rit, ſed in nominis pignore omnia ſunt diſſimilia. Nam
neque alia res eſt, neque tam grauis iniuria fieri videtur
debitori cuius nomen ei pignori datur, quàm ſi id ipſum
nomen venderetur. Atqui venditio valeret neque indi-
geret Prætoris auxilio *l.nominis.3.l.ex nominis. C. de he-*
red.vel act.vend. Cur non igitur & oppignoratio vale-
bit? Ex ea præſertim regula quam diximus, quòd pigno-
4 rari poſſint omnia quæcunque vendi poſſunt *d.l.ſed &*
quod.9.§.1.de pignor. † Puto iuris rationem quæ pignus
hoc impediat, eam eſſe, quod in poteſtate eſſet debitoris
qui nomē pignori dediſſet, facere vt pignoris vinculum
pro arbitrio diſſolueretur etiam citra debiti ſolutionē,
aliámve ſatisfactionem, quod planè repugnat naturæ
& qualitati pignoris, cuius ſemel conſtituti nomine
tandiu hypothecariam competere & durare certum eſt
quandiu verum eſt pecuniam ſolutam non eſſe, *d.l.gre-*
ge.13.§ etiam eod. tit. quamuis non ſolùm principalis
obligatio & naturalis & ciuilis perempta ſit *l. debitor.*
59.ad Treb. (de cuius ſententia & emendatione ſcripſi-
mus libro ſuperiore) ſed etiam ius ipſum pignoris vt in
ſpecie *l.pen.§.1.D.de except.rei iudicat.* Quod autem in
poteſtate debitoris futurum ſit nominis pignus pro ar-
bitrio diſſoluere & hypothecariam quoque perimere,
ex eo apparet quod huiuſmodi oppignoratio facere ne-
queat quominùs perinde debitor aduerſus debitorem
ſuum agat & ab eo exigat ac ſi nomen pignori datum
non eſſet, perindéque liberationem conſequatur debi-
tor cuius nomen obligatum ſit ſi creditori ſuo ſoluat.
Quo facto & extincto nomine quænam obſecro hypo-
thecaria actio, aut in quam rem ſupereſſe poteſt? Nam
cum & ſolutione creditori facta eius quod debetur, cō-
tingat debitori liberatio, & reſoluto iure datoris reſol-
ui neceſſe ſit ius acceptoris *l.lex vectigali.31.D. de pign.*
Prorſus conſequens eſt, vt quo inſtanti obligatio peri-
mitur, vinculum quoque pignoris diſſoluatur quo ea
obligatio tenebatur. Atqui nulla & inanis eſt obligatio
ſiue perſonam ſiue rem afficiat quæ ex mero debitoris
arbitrio pendet, *l. hæc venditio.7.D.de contr.empt l.ſub hac*
conditione.8.de oblig.& act.l.ſtipulatio.17.l.à Titio.108.in
5 *fin.de verb.oblig.* † Dices fortaſſe, Debitorem qui debito-
ris ſui nomen pignori dederat, ſi ipſe exegerit, inſcio
aut inuito ſuo creditore, obſtrictum eo nomine fore, &
creditori ſuo condemnari debere, propterea quòd con-
tra bonam fidem propriámque conuentionem fecerit.
Fateor. Sed ea actio ſiue de dolo, ſiue alia quælibet fu-
tura eſt, non niſi in perſonam eſſe poteſt, ideoque ſem-
per verum eſt, inutilem manere pignoris cōuentionem,
cùm eius vtilitas tota in eo conſiſtat quòd pariat actio-
nem in rem & plus cautionis ſit in rem, quam in per-
6 ſonam *l.plus cautionis.55.de reg.iur.* † Sed etſi rem ex
nomine debitam nunquam exigere vellet is qui pi-
gnori, bonámque fidem præſtare mallet, æquè tamen
inanis maneret eius creditori nominis obligatio, quia
nec ipſe exigere quicquam poſſet cum ſola pignoris
conuentio non faciat eum creditorem. Imò & quod
plus eſt, ſi ſolueret ei debitor cuius nomen obligatum
fuerat repetere poſſet, quaſi indebitum: quoniam ſolu-
tio illa non acquireret ei liberationem aduerſus pro-
prium creditorem, cui quandocunque agere volenti pri-
ſtina actio ſupereſſet. Neque enim liberatur qui ſoluit
quod debet ſi alij ſoluat quàm cui debet ignorante aut
inuito vero creditore *l.inuito.12.C.de ſolut.* Succedit au-
tem iuris regula, ſolutionem quæ non proficiat ad libe-
rationem proficere debere ad condictionem *leg. cùm*
quis 38 §.qui hominem.l.pupilli.96.§.vlt.de ſolu. Excepto
caſu *l. Neratius.63.de cond.indeb.* Cùm itaque nec ſolu-
tionem accipere poſſit creditor hic pigneratitius inui-
to ſuo debitore nec acceptam retinere inuito eo cuius
nomen pignori datum ſit, quænam pignoris vtilitas
eſſe poteſt? Nam ſi inutile pignus dicimus, quod vendi
non poteſt *l.ſi conuenit.4.& ſeq.de pig.act. Paul.li.2.ſent.*
tit.5.§.1.& tit.13.§.15. quanto magis inutile erit, quod
nec retineri. † Nec ad rem pertinebit ſi quis obijciat 7
contingere liberationem etiamſi alij ſoluatur, quàm rei
debetur, cùm creditoris voluntas & conſenſus interue-
nit *d.l.inuito l.vero procuratore.12.l. qui hominem. 29. D.*
eod.l.etiamſi.19.l.ſi mulier.59.in pr.de iur.dot. l.ſi cùm do-
tem.22.§.transgrediamur. D. ſoluto matr. ſiquidem eius
qui nomen ſui debitoris pignori dat non illa voluntas
eſt vt creditori ſuo ſoluat debitor ad conſequendam li-
berationem, ſed tantum vt per eam rem quæ debetur
cautum ſit creditori. Ea verò res quæ ex nomine redacta
erit, maneat in dominio pignorātis, ac ſi illam ipſam rē
pignori dediſſet. Alioqui non in pignus ſed in ſolutum
dediſſe nomen, aut vendidiſſe diceretur. Argumentó rei
eſt, quod ſi nomen ſit corporis alicuius, & a creditore
per vtilē hypothecam exactum, nō ideò corporis illius
dominiū creditori qui exegit acquiritur, ſed incipit illud
eſſe pignoris loco. Quòd ſi exacta ſit pecunia perinde
eius debitor eſſe intelligitur qui exegit ac ſi nomen in
pignus nō habuiſſet, nec ipſius retinēdæ ius habet quaſi
ſuæ, ſed æquitate tantùm cuiuſdam compenſationis ad
concurrentem vſq; debiti quantitatem, quòd quantùm
eo nomine debet ſuo debitori, tantundem ei viciſſim à
debitore debeatur, vt eleganter & apertè ſcriptum eſt
in *d.l.ſi conuenerit.18.de pign.act.& in d.l.grege.13.§.cùm*
pradium.in fine de pign. [illegible]n igitur poteſt videri credi-
tor qui nomen in pignus accepit mandatum habere de
exigendo debito quaſi procurator & nomine ſui debi-
toris, ſed tantùm quaſi creditor vt exactam rem pigno-
ris iure teneat, & conſequenter non poteſt ſolutionem
accipiendo præſtare liberationem debitori: nec proinde
facere quominus ipſe condictione teneatur. Ita fit vt
creditori creditoris inutile pignus ſit cùm ex alteru-
trius debitorum pendeat arbitrio. † Quæ videtur etiam 8
dubitandi ratio fuiſſe apud Scæuolam in *d.l.lex vectiga-*
li fundo.31.eo.tit.de pignor. Lege enim vectigali fundo
ſic dicta, vt ſi poſt certum tempus vectigal ſolutum non
eſſet is ad dominum rediret. Videbatur in poteſtate de-
bitoris facere vt pignus extingueretur hoc ipſo quòd
nihil faceret, hoc eſt quòd in vectigalis ſolutione ceſ-
ſaret. Sed Scæuolam illud mouit, quòd imò verò po-
tuerit creditor etiam inuito debitore vectigal ſoluere,
atque ita impedire ne venditionis lex committeretur,
vt probant verba illa: *cùm in exſolutione vectigalis tam*
debitor quàm creditor ceſſaſſent. Quòd ſi ea lex vectigali
fundo dicta non fuiſſet, potuiſſet quidem dominus fun-
dum auferre poſſeſſori itémque ei qui à poſſeſſore ius
habuiſſet. (Tamdiu enim duntaxat retinere fundum
vectigalem poſſeſſor poteſt quandiu vectigal ſoluit *l.2.*
D.ſi ager vectig.vel emphyt.eſſe dicatur §.adeo. Inſt. de lo-
cat.& conduct.) Sed purgari mora quandocunque poſ-
ſet, nec ipſo iure ad dominum res rediret, nec proinde
pignoris vinculum ipſo iure diſſolueretur, quomodo
contingit cùm ex ipſa venditionis lege venditio reſol-
uitur. *l.voluntate.10.§.vltim.quib.mod.pign.vel hypoth.ſol-*
uit. ob idque minor dubitatio eſt quin vectigalis vel
emphyteuticarius fundus ſimpliciter traditus pignori
dari poſſit *l.tutor.16.§.etiam vectigale de pign.act.l.grege.*
13.§.& in ſuperficiarius.de pigner.

Capvt XVI.

Cur conuentio de pignore nominis per Prætorem defendatur.

SVMMARIA.

1 *Naturali æquitati conſentaneum, & publicè vtile eſſe, vt liceat debitori ſui nomen pignori dare.*

2 *Quanam*

2 *Quænam exceptio creditoris creditori competat, ſi creditor qui debitoris nomen pignori dedit, contra conuentionem velit ipſe nomen exigere?*

3 *Quæ ſit dicti pignoris vtilitas?*

4 *Quo ſenſu dicatur, periculum pignorum nominis venditi ad emptorem ſpectare?*

5 *An & quando debitor, cuius nomen pignori datum eſt, liberetur, ſi creditori ſuo ſoluat, antequam à ſuperiore creditore certior factus ſit de pignore nominis?*

6 *Cur nominis venditio ipſo iure & ſine auxilio Prætoris valeat?*

7 *Differentia inter venditionem nominis, & delegationem.*

HÆc cùm ita ſint ſupereſt vt videamus, quænam illa æquitatis ratio fuerit, quæ induait vt contra iuris rigorem pignorari poſſit nomen debitoris. Alia verò quærenda non eſt, quàm quæ traditur in *d. l. ſi conueneris*, quòd conuentionem hanc Prætor hactenus tueatur, vt & creditoris creditorem in exigenda pecunia præferat verò creditori, & debitorem poſtea quàm creditoris creditori ſoluerit, non patiatur à creditore ſuo conueniri.†
1 Sed quoniam hoc ipſum obſcurum eſt, cur ita Prætor faciat ſi quis pergat quærere, dicam ad officium & iuriſdictionem Prætoris pertinuiſſe vt nimiam iuris ciuilis aſperitatem temperaret quoties id exigeret æquitas quæ ſemper ex contrahentium & publica vtilitate æſtimanda eſt. At nemo negauerit quin publicè vtile ſit, & naturali rationi conſentaneum vt quemadmodum licet euique de rebus ſuis pro arbitrio diſponere *l. qua ratione. 10. §. hæ quoque res. D. de acquir rer. domin. l. 2. D. ſi à parent. quis manum.* ita & liceat debitoris ſui nomen pignori dare. Quid enim ſi quis pecuniam mutuam ſine pignoribus inuenire non poſſit, nec aliud quicquam præter nomina debitorum in bonis habeat? Ad non iniquum ſit & inhumanum laborare eum egeſtate ſi fortè aut exigendi debiti dies nondum venerit, aut non ita commode pecuniam explicare debitores poſſint? Ideoque nimirum dici ſolet fructum rei eſſe vel pignori dare licere *l. vlt. D. de vſur.* Cur igitur hoc rei ſuæ fructu & commodo priuetur dominus? Tuetur autem Prætor pignorati nominis conuentionem vt Paulus ait in *d. l. ſi conuenerit.* Data ſcilicet exceptione doli ob conuentionem pignoris vt voluntas ipſa contrahentium iuris rigori præferatur. Quomodo etiam cõtingit ſi qua ſeruitus ex tempore ad tempus conſtituta ſit, *l. 4. de ſeruit. l. 1. §. vlt. de ſuperfic.* aut ſi quis ad tempus debitorem ſe conſtituerit *l. obligationum ferè. 44. §. placet. de oblig. & action. l. eum qui. 56. §. quis ita ſtipulatur de verb. oblig.* & generaliter quoties quis abuti vult occaſione iuris ciuilis contra naturalem æquitatem *l. 1. Cod. de dol. except.* Naturalis autem æquitas facit vt pacta omnia ſeruari debeant, quæ nec contrà leges ſint, nec contrà bonos mores, licèt legum & iuris ciuilis auxilio ſint deſtituta *l. 1. l. iuris gentium. 7. §. ait Prætor de pact.* Ius verò ciuile non prohibet pignus nominis, ſed tantùm non permittit nec admittit. Itaque Prætor ſe in eo poteſt interponere, cui ſcilicet ſufficit legem non prohibere licèt nec permittat *l. nec non. 28. § quo ad eius. D. ex quib. cauſ. maior.*
2 † Propter quam cauſam & pacti exceptione aut replicatione tutus eſſe poteſt creditor creditoris aduerſus creditorem ipſum qui debitoris nomen dedit pignori, ſi contrà conuentionem velit ipſe nomen exigere. Pactum ſiquidem inter eos initum eſt. Sed in perſona debitoris ſi à ſuo creditore qui pignus dedit conueniatur poſtquam aut creditori creditoris ſoluerit aut ab eo certior factus ſit de nominis obligatione, prorſus neceſſaria eſt exceptio doli quam dicimus ſubſidiariam exceptionis pacti, & quæ competit quoties pactum initum quod inter alios eſt aliis per quandam conſequentiam prodeſſe debet *l. reſcriptum. 10. §. vlt. cùm ſequentib. Dig. de pact.* Illud ergo facit vtilem pignoris nominis conuentionem, quòd doli exceptione ſummoueri poſſit creditor ſi aduerſus debitorem ſuum poſt ſolutionem creditori pignoratitio factam aut poſt pignoris denunciationem experiatur: Sic & in *l. ſi pecunia. 77. de legat. 1.* Vlpianus ſcribit ſi quis fideicommiſſum à debitore ſuo reliquerit, id vtile fieri ex reſcripto Diui Pij, ratione illa, quòd ſi poſteà conueniatur debitor ab herede creditoris doli exceptione vti poſſit. † In eo autem pignoris 3
huius vtilitas verſabitur quod habiturus ſit creditor creditoris vtilem actionem perſonalem contra debitoris debitorem, itemque vtilem hypothecariam in eas res quas pro pignorato nomine obligatas eſſe apparebit *d. l. ſi conuenerit. l. nomen. 4. Cod. quæ res pignor. obligat. poſſ.* Sed & nomen ipſum pignori datum vendi poterit per pignoratitium creditorem (alioqui eſſet inutile pignus quod vendi non poſſet, vt proximo capite diximus.) Secuta autem venditione vtiles illæ actiones tam perſonalis quàm hypothecaria non tantùm creditori competent, ſed etiã emptori *d. l. poſtquam. 7. C. de hered. vel act. vendit.* † Et ad 4
hunc quoque caſum pertinet *lex periculum. 30. D. de pignor.* quæ ait periculum pignorum nominis venditi ad emptorem ſpectare, ſi tamen probetur eas res obligatas fuiſſe. Eſt enim id generale, ſiue pignoratum ſiue liberum fuerit nomen quod venditum eſt. Pignora námque nominis ſemper ſequuntur nomen ipſum ſi non aliud in vendendo actum ſit: ideóque & periculum eorum ad emptorem pertinere æquum eſt, Periculum, inquam non caſus fortuiti (pertinet enim hoc ad dominum *l. quæ fortuitis. 6. C. de pignor act.* emptor autem nominis non ideo fit dominus pignorum pro nomine obligatorum) ſed euictionis, ſi fortè aliena res pignori data probetur. Sufficit enim ad exonerandum creditorem qui nomen vendidit, vt res obligatas fuiſſe probet, licèt ab eo ſint obligatæ qui pignorandi ius non habuerit, nec hac parte quicquam refert an debitoris nomen quis vendiderit an delegauerit *l. cùm ea conditione. 68. §. 1. D. de euict.* † Planè 5
debitor cuius nomen pignori datum fuit ſoluat creditori ſuo antequam à ſuperiore creditore certior factus ſit de pignore nominis, liberabitur, nec vlla exceptione indigebit aduerſus creditorem hunc pignoratitium, ſi quandocunque poſtrà vtilibus actionibus experiri velit aduerſus eum, qui & ipſo iure liberatus ſit, & ita liberatus vt illi imputari nihil poſſit. Quòd ſi ei imputari aliquid poſſet, putat ſi ſoluiſſet iam certior factus ab ipſo creditore creditoris de pignore nominis, perinde quidem ſtricto iure liberaretur, ſed ſi quandocunque agenti creditori pignoratitio obiiceret liberationem, repelli poſſet replicatione doli, quippe qui liberationem ſciens captaſſet cum alterius iniuria, quandoquidem nihil eius intererat ſuone & proprio creditori ſolueret, an creditoris ſui creditori, ex cuius perſona indemnitatem ſibi acquirere potuiſſet beneficio exceptionis doli. Id enim eſt, meo iudicio, quod ſignificant verba illa *nondum certior à te factus d. l. nomen. 4. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* † Nominis vendi- 6
ti alia ratio eſt. Valet enim venditio ipſo iure nec requirit auxilium Prætoris *l. nominis venditio. 3. l. ex nominis. 8. C. de hered. vel act. vend. l. ſi nomen. 4. cum duab. ſeqq. D. eod. l. ſi plus vel minus. 74. §. vlt. de euict.* quia licet directæ actiones remaneant penes vendentem vel inuitum, ideoque nec aliter emptori competant quàm ſi mandatæ ſint *l. 1. C. de obliga. & act. l. vlt. C. quand. fiſc. vel priuat. debitorem ſui debit. conuent. poſſ. l. quis ergo. 16. de pecul. l. 3. D. pro ſocio l. 1. & 3. C. de nouat.* Vtiles tamen transferuntur in emptorem eique proprio iure competunt, quoniam id agitur vt omne actionis commodum in illum tranſeat, etiam ignorante & inuito debitore. † In quo differt ven- 7
ditio nominis à delegatione *d. l. 1. C. de nouat.* Adeò vt quicquid nominis venditor vel compenſatione vel exactione vel qua alia ratione fuerit conſecutus, totum id & integrum emptori reſtituere compellatur *l. venditor. 23. §. 1. C. de hered. vel act. vend.* Quòd ſi debitor huius nominis emptori ſoluere maluerit liberatur ipſo iure quia ei ſoluit qui vtiles à creditore habebat actiones ad

exigendum

exigendum proprio iure, quicque venditi nominis dominus factus fuerat ex cauſa emptionis. Sed & in poteſtate eſt eius qui nomen emit facere ne quid venditor vi directatum actionum exigere poſſit à debitore. Nempe ſi quid faciat eorum quæ traduntur in *d. l. 3. C. de nouat.* de qua ſcribemus alio loco. Quæ omnia in nominis pignore, vt diximus, diſſimilia ſunt, vt proinde mirum non ſit ceſſare hoc caſu ſupradictam iuris regulam, quæ habet oppignorari poſſe omnia quæcunque vendi poſſunt.

CAPVT XVII.

Quæ ſint differentiæ inter pignus nominis conuentionale & iudiciale.

SVMMARIA.

1 *Debitoris nomen pro iudicati executione aliis demum bonis deficientibus non pignori ſed pignoris loco capi, vbi de prima differentia.*
2 *Debitorem cuius nomē pignoris iudicialis loco captum eſt non facta excuſſionis exceptionem habere, non item eum, cuius nomen expreſſa creditoris conuentione pignori datum eſt, vbi de ſecunda differentia.*
3 *Debitorem cuius nomen tacita duntaxat conuentione, & ex ſola legis poteſtate pignori obligatum eſt, exceptione facta excuſſionis iuuandum eſſe.*
4 *Nomen debitoris ex conuentione vtiliter pignoratum intelligi, tametſi debitor neget ſe debere, in iudicati verò executione non aliter pignoris loco capi quam ſi debitor debitum non inficietur, vbi de tertia differentia.*
5 *Reſpondetur ad* §. ſi rerum, l. à Diuo Pio. ff. de re iudic.
6 *An ſi debiti controuerſia fiat, alia nomina non controuerſa pignoris iudicialis loco capi poſſint?*
7 *Quonam remedio victori ſuccurrendum ſit, ſi condemnatus vnicum nomen habeat, & quidem controuerſum?*
8 *Caſus quo quis inuitus agere compellitur.*
9 *Coniectura ad illa verba* d. §. ſi rerum. *ſed illud debet dici.*

DIfferentiæ complures ſunt inter pignus nominis conuentionale, & iudiciale, hoc eſt quod in iudicati excutione capitur, & quod iudicis exequentis auctoritate conſtituitur. Prima illa eſt, quòd debitoris nomen conuentione pignorari poteſt, etiamſi alia bona habeat is qui de pignore conuenit. Ideoque & in generali cæterorum bonorum obligatione venit *l. nomen. 4. C. quæ*
1 *res pig. oblig. poſſ.* † At in cauſam iudicati non aliter capi poteſt, quam ſi alia bona nulla ſint, quæ ſine controuerſia capi & poſſideri queant *l. 2. quand. fiſc. vel priuat. debitoris ſui debit. conuen. poſſ.* Nempe quia cùm pignus nominis ipſo iure nullum ſit, nec niſi tuitione Prætoria ſubſiſtat, vt docuimus in ſuperioribus, fruſtrà Prætor aut iudex ab eo datus in executione iudicati ſe interponat ad conſtituendum pignus in debitoris nomine, quandiu alia bona ſunt quorum natura & conditio patiatur vt pignori capi poſſint. Nam & cum neceſſitate cogit vt nomen debitoris capiatur, aliis ſcil. bonis nullis exiſtentibus attamen non tam pignoris iure capi dicitur quàm pignoris loco, vt ait *d. l. 2.* hoc eſt in ſubſidium nullo pignore ſe offerente. Sanè quæ vtilitatis, & æquitatis ratio induxit vt pignorari ex conuentione nomen poſſit, ne alioqui eo rei ſuæ fructu careat qui nihil niſi nomina in bonis habeat, aut qui aliud nihil æquè commodè oppignorare poſſit, ita induci neceſſe fuit vt in iudicati quoque cauſam capi nomen poſſit non tam pignori quàm pignoris loco, ſi nullæ res ſint in quibus poſſit iudicati
2 executor pignus conſtituere. † Secunda differentia quæ hinc naſcitur illa eſt, quòd cùm, vt diximus, debitor cuius nomen pignoris loco capitur in executione iudicati habeat exceptionem ordinis, & non factæ excuſſionis, quandiu alia condemnati bona ſunt quæ ſine controuerſia capi, & diſtrahi valeant: is tamen cuius nomen expreſſa creditoris conuentione pignori datum eſt ſi hypothecaria conueniatur, huiuſmodi exceptione iuuandus non eſt, vt rectiſſimè Bartolus concludit ad *d. l. nomen*, Neque enim eadem illius quæ tertij poſſeſſoris ratio eſt, cum neque poſſeſſor ſit, neque eius interſit an creditori ſuo ſoluat an creditoris creditori. Vtroque ſiquidem caſu perinde conſequitur liberationem, niſi quòd ſoluens creditori ſuo liberatur ipſo iure, ſoluens autem creditori creditoris liberatur beneficio exceptionis doli. Vt verendum non ſit ne fiant de lite lites ſi primo loco conueniantur: quæ tamen ſola ratio induxit exceptionem non factæ excuſſionis, quòd alioqui poſſeſſorem conuentum hypothecaria & condemnatum neceſſe eſſet ad conſequendam indemnitatem agere rurſus contra debitorem, ab eoque repetere litis æſtimationem, quam ipſius creditori ſoluiſſet. Intereſt enim non ſolùm poſſeſſoris ne ſoluat potiùs quàm vt ſolutum repetat *l. 3. D. de compenſat. l. ſi ſtipulatus. 15. D. de fideiuſſ.* ſed etiam reipubl. ne lites multiplicentur *l. quidem. 21. D. de reb. cred. l. ſingulis. 6. D. de exec. rei iud.* Vnde fit vt neque nudo detentori tametſi naturaliter poſſideat hæc exceptio danda ſit, cum ſi res illi euincatur, nullum tamē eo nomine regreſſum aduerſus dominum ſperare poſſit. In quo hallucinatus videtur Bald. ad *d. l. 2. in fi. C. quand. fiſc. vel priuat.* † Obſeruandum autem eſt quod diximus 3
eum cuius nomen pignori obligatum eſt non habere exceptionem ordinis ita verum eſſe ſi expreſſa conuentione obligatum ſit. Nam ſi tacitè duntaxat, & ex ſola legis poteſtate pignus conſtitutum proponatur, perinde iuuandus eſt debitor exceptione non factæ excuſſionis ſi alia ſint bona, atque ſi magiſtratus authoritate in executione iudicati nomen pignoris loco captum eſſet, *l. non priùs 4. C. eo. ti. quand. fiſc. vel priuat.* Siue quod iam olim id obtinuerit quotieſcunque ex tacita hypotheca agerentur *l. Moſchis. 47. de iur. fiſc.* Siue potiùs quòd minùs plena ſit hac parte, vt aliàs ſæpe, prouiſio legis quàm hominis, quia cùm neceſſe ſit conſtitui à lege ius pignoris, ſicut nec à Magiſtratu in ea re quæ ſui natura vinculum obligationis ſuſcipere non poſſit, quandiu in aliis rebus commodiùs, & vt ita dicam, naturaliùs conſtitui poteſt. † Tertia differentia eſt quòd nomen debitoris ſi 4
pignori datum ſit ex conuentione, vtiliter obligatum intelligitur tametſi debitor neget ſe debere, ſi modò creditor cui obligatum eſt probet deberi. Habet námque vtilem act. perſonalem contra debitorem debitoris, cuius actionis poteſtate fit vt diſputare poſſit an debeatur. Verum enim quid debeatur necne non niſi per actionem perſonalem diſceptari poteſt. At in iudicati executione non aliter nomen debitoris capi pignoris loco permittitur quàm ſi non inficietur debitum is qui condemnati debitor eſſe dicitur. Alioqui non victoris eſt ſed condemnati cum debitore contendere an quod petitur debeatur *l. à Diuo Pio. 15. §. ſed vtrum. D. de re iudic.* Nam cùm executioni mandari non poſſit ſententia præterquàm in bonis condemnati, priùs eſt vt conſtare debeat eſſe quid in ipſius bonis quam vt pignoris loco capiatur *d. l. à Pio. §. ſi rerum.* Idémque iuris eſt ſi ex tacita hipotheca agatur in nomen debitoris. *l. ſi debitum. 3. Cod. quand. fiſc. vel priuat.* Credo quod legis hypothecam conſtituentis mens illa ſit, vt debitoris debitorem non aliter obliget creditoris creditori, quàm ſi verum debitorem eſſe appareat ne ſi ſecus faceret litis materiam potiùs quàm ius pignoris creditori acquirere videretur. † 5
Atqui, inquies, Vlpianus in *d. §. ſi rerum*, apertè ſcribit iudices qui ſententiam exequuntur, cognoſcere debere de proprietate rei cuius mouetur cōtrouerſia inter victorem & poſſeſſorem, vt ſi cognoſcant eius fuiſſe qui condemnatus eſt, rem iudicatam exequantur, dummodò

meminerint

meminerint ſummatim eſſe cognoſcendum, nec ipſi cōdemnato aut aliis, ſed tantùm capioni pignoris aut nocituram, aut profuturā ſententiam. Cur non ergo ſi controuerſia ſit de debito cognoſci æquè poterit inter victorem & debitorem, & quidem ſummariè, an quod petitur debeatur? Reſpondeo diuerſam eſſe hac parte nominum & cæterarum rerum ſiue corporalium ſiue incorporalium rationem *d. §. ſed verum.* Quoniam, vt dixi, de debito diſputari non poteſt an ſit, niſi per eum cui deberi dicitur, cùm eo nomine perſonalem actionē exerceri neceſſe ſit: quæ porrò alij non poteſt competere, vt vel ipſa perſonalis actionis definitio demonſtrat, quàm ipſi creditori aut ei qui vtiles ab eo actiones habeat qualis eſt is cui creditor ipſe nomē vendiderit aut obligauerit, non etiam is cum quo nulla de nomine debitoris conuentio inita ſit. Factum enim aliquod creditoris interuenire neceſſe eſt vt ex eius perſona aduerſus debitorem agere, aut etiam proprio iure creditoris creditor poſſit. At de dominio cæterarum rerum ſiue corporalium ſiue incorporalium diſceptari etiam inter alios poteſt domino ipſo ignorāte, cùm & alienæ res plerumque à non dominus poſſideantur, & de facto, vt aiunt, vindicentur *leg. vltim. C. de rei vendication leg. vltim. D. de*
6 *acquirend. poſſeſſion.* † An igitur ſi debiti controuerſia fiat, obſeruandum illud erit, quod ſequitur apud Vlpianum in *d. §. ſi rerum? Sed illud debet dici, vbi controuerſia eſt de pignore id dimitti debere, & capi aliud ſi quod eſt ſine controuerſia.* Minimè verò. Nam cum in nomine ſpeciale ſit, quemadmodum diximus, vt ita demum capi poſſit pignori ſi nihil aliud ſit quod capi poſſit, vt idem Vlpianus ſcribit in eadem lege, §. *ſic quoque iudices* (quomodo & illud accipi debet quod ſcriptum eſt in *l. etiam nomen. 3. C. de execut. rei iudic.*) conſequens eſt in nomine pignori capto diſtinctioni huic locum eſſe non poſſe. Niſi proponas diuerſa fortaſſe eiuſdem debitoris aut plurium nomina, & ex his alia controuerſa eſſe, alia non eſ-
7 ſe. † Quid ergo ſi vnicum debitum ſit & id quidem controuerſum, quonam remedio victori ſuccurretur? Illo nimirum, rectè ſentio, vt in executione iudicati condemnatus iubeatur debitum perſequi & probare, vt ita probationis & condemnationis quæ ſequetur emolumentū primo victori proficiat, hoc eſt creditoria creditori, accepturo pecuniā quaſi in ſolutum & iure cuiuſdam compenſationis ſi pecunia debebatur, aut corpus debitum velut pignoris loco ſi corporis non pecuniæ nomen fuit, *l. ſi conuenerit. 18 D. de pigner. act. l. grege. 13. §*
8 *cùm prædium. D. de pign.* † Eſtque notandus hic caſus inter eos quibus agere qui inuitus compellitur vt alteri præbeat actionem, contrà receptam iuris regulam, *Vt nemo inuit. ager. vel accuſ. cogat. tit. C.* Quomodo & illud quoque admittimus, quod magis mirum eſt, cogendum interdum tutorem vt adminiſtret tutelam, & gerat ob hoc ſolum vt aduerſos eum, eiúſque fideiuſſores agi poſſit ex ſtipulatione. Rem pupilli ſaluam fore, quoniam alioqui nec tutor qui non geſſit nec ipſius fideiuſſor conueniri ex ea poſſet *l. 4 § ſed enim. D. rem pupil. ſalu. fore. Iunct. l. 1. C. de magiſtr. conuen.* Eóque pertinet lex 1. *C. de condic. ex leg.* In cuius ſpecie fauor & priuilegiū fiſci ob debitum ex cauſa primipili contractum non in eo eluceat quòd debitor fiſci contra debitorem ſuum agere cogitur, ſed quòd etiam ante diem agere poteſt. Sic & quāuis regulare ſit vt non cogatur creditor pignus diſtrahere nec pati vt ab alio diſtrahatur: attamē ſi res pignorata in executione iudicati capiatur aliud eſt, § *quòd ſi res. d. l. à Diuo Pio.* Quod ſi confeſſum nomen pignoris loco captum ſit, in arbitrio eſt eius, qui iudicatum exequitur, vt vel exigat quod debetur, & in cauſam iudicati conuertat, eo quē diximus modo, vel vendat nomen vt pignora corporalia ſolent, prout faciliùs illi videbitur
9 ad rē exequendā, § *item qui dicemus ead. leg.* † Tametſi, vt dicam quod ſentio, totus ille verſiculus quem retuli, *ſed illud debet dici, &c.* mihi valde ſuſpectus ſit. Et, niſi me fallo, Triboniani additio eſt temperantis aut potius corrigentis quod Vlpianus dixerat, mota de proprietate rei controuerſia ſummatim de eo cognoſcere iudicem debere atque exequi iudicatum. Neque enim potuit Vlp. corrigere aut immutare quod ille ipſe non à ſe commētum & excogitatum, ſed ab Imperatore ſuo conſtitutum eſſe fateatur. Niſi fortè Imperatoris reſcriptum coarctare velis ad eum caſum quo aliud nihil ſit quod pignori capi poſſit præter eam rem, de cuius proprietate quæſtio fiat. Sed non fuerit id probabile. Nam in *d. §. ſed verum,* idem Vlpianus generaliter repetit. In corporum pignoribus iudices cognoſcere de proprietate, ſed contrà in nominum pignore reſcriptum eſſe. Diſcedi enim debere à nomine quod negatur, Itaque ſi quis hanc Triboniani notam iis coniunxerit quas retulimus ſuprà ad finem *c. 13.* is meo iudicio non multum aberrauerit. Et hæc quidem ad eas differentias pertinent quæ ſunt inter pignus nominis conuentionale & iudiciale, itémque inter pignus nominis & ceterarum rerum.

Capvt XVIII.

Triboniani nota ad Pomponium in l. quamuis, 6. de pignor. act.

SVMMARIA.

1 *Notatur alia differentia inter pignus iudiciale & conuentionale.*
2 *Verba à Triboniano in* d. l. quamuis, *addita iuris rationi contraria eſſe.*

SEd † & illud obſeruatione dignum eſt quod attigimus ſuprà ad finem capitis 14. fuiſſe olim hanc etiā differentiam inter pignus conuentionale & iudiciale, quòd pignoris conuentionalis diſtractionem non facere nec pati creditor cogebatur: tametſi conueniſſet liceret ei pignus diſtrahere, quia eius intuitu & fauore potius id cautum videretur. Præterquā ex cauſa, vt puta, ſi multò minus eſſet quod deberetur & poſſet hodie pluris venire pignus quam poſtea vt ex Atilicini ſententia Pōponius ſcribit in *l. quamuis. 6. D. de pign. act.* Neque ei poſteriori creditori ius vllū competebat aduerſus priorē, niſi vt ei debitū offerret ſi vtrique debito ex ſoluēdo pignoris æſtimationē ſufficere arbitraretur, *l. 1. l. prior. 1. & paſſ. C. qui potior. in pigno. hab.* At in iudicati executione cōtra ſeruabatur, vt cogeretur creditor anterior non quidem vendere ſed pati venditionem ſui pignoris ſi emptorē capta res inueniret qui dimiſſo priore creditore ſuperfluū ſoluere vellet, at ita vt nō fieret deterior cōditio prioris creditoris ſuum ſcilicet cōſecuturi, nec prius ius pignori dimiſſuri, quā ipſi fuiſſet ſatiſdatū. Sic enim Vlpian. in *d. l. à Diuo Pio. § quod ſi res,* vbi apertiſſimis & elegantiſſimis verbis differentiā hanc exprimit, cuius ratio non obſcura pēdet fortaſſe ex rerū iudicatarū autoritate, quas executioni mādari & effectū habere publicè intereſt, etiam tū cùm per errorē aut ambitiosè vel per ſordes quid decretū eſt, *l. ſeruo inuito. 65. §. cùm Prætor. D. ad SC. Treb.* † Tribonianus verò, ne hic quidē ſibi tēperans quin Iuriſconſulto violentas manus inferat idem in conuentionali quoque pignore inducendum exiſtimauit, & quaſi abſurdum eſſet, aut, vt ille abſurdè loquitur, inhumanum cogi creditorem pignus vendere eo etiam caſu quem Atilicinus expreſſerat, conſtituit quod longè abſurdius eſt vt omni caſu liceat ipſi debitori, qui pignus dedit illud vendere & accepta pecunia id ſoluere quod debetur. ' *Ita tamen,* inquit, *vt creditor neceſſitatem habeat oſtendere rem pignoratam ſi mobilis ſit, prius idonea cautela à debitore pro indemnitate præſtanda.* Hæc enim Triboniani verba ſunt ſub Pomponij nomine in d. l. quamuis ab illis *melius autem eſt dici* vſque ad *§. ſi creditor.* Quæ ſi quis conferre velit

cum

cum Vlpiani ſententia in *d. §. quòd ſi res*, ad cuius ſimilitudinem & exemplum expreſſa ſunt, facilè intelliget Triboniano potiùs quàm Pomponio adſcribenda eſſe. Adeò ſunt inſulſa, & inconcinna, ne addam, ſupradictæ iuris rationi euidétiſſimé contraria Facilius enim admitti illud poterat vt iudex ad exequendam ſententiam à Prætore datus pignus alteri creditori obligatum diſtraheret, quã vt debitor ipſe propria autoritate, & inuito creditore id faceret. Et multò inhumanius eſt cogi creditorem pati vt debitor pignus diſtrahat quàm ſi ipſe vendere cogeretur, quod tamen Atilicinus vno tantum illo caſu admiſerat quũ & conueniſſet vt liceret creditori pignus diſtrahere. Et longè minus eſſet quod deberetur, poſsétq; pignus hodie pluris venire quàm poſteà: cùm Tribonianus ex contrario id ſenſiſſe videatur vt omni caſu liceat debitori pignus vendere. Reſpiciens fortaſſis ad Iuſtiniani Nouell. 112. *de litigioſ. c. 1. § ad hoc*, vbi conſtituit ille, vt ſiue res mobiles ſiue immobiles aut ſe mouentes hypothecæ datæ ſint ſpecialiter, poſſit quidem debitor eas vendere, ſed ita, vt ex earum precio creditori ſatiſfaciat, alioqui earum vindicatio creditori detur. Quæ tamen conſtitutio quam ſententiam habeat, aut rationem, & an ius nouum hac parte faciat, quoniam alius tractatus eſt, alio loco diſſerendum relinquemus.

Capvt XIX.

Emendatio l. Filiusfamilias 16. D. qui teſtam. facer. poſſ.

Svmmaria.

1 *Rei legatæ dominium ab adita hereditate in legatarium tranſire, rerum autem hereditariarum in heredem à die mortis teſtatoris.*

2 *Hereditatem nec inuito nec ignoranti, legatum etiam ignoranti acquiri.*

3 *Differentia inter legati acquiſitionem quæ fit per agnitionem, & eam quæ fit ſola legis poteſtate.*

4 *Cur ignoranti legatario dominium legati acquiratur, & quæ inde ſequantur?*

5 *Reiicitur Cuiacij ſententia exiſtimantis neque furioſo neque aliis legatariis ignorantibus rei legatæ dominium acquiri.*

6 *Explicatur* §. ſurdo l. cum pater. 77. de leg. 2. *& probatur furioſo vel ſurdo legatariis non legati actionem ſed emolumentum ignorantibus quæri.*

7 *Quid Cuiacium in dictam opinionem impulerit?*

8 *Non ſemper compotibus mentis perſonales actiones ignorantibus acquiri.*

9 *Emendatur* d. l. filiusfam. *& pro* perſonales *legitur* perſonis tales.

10 *Cur in* d. l. filiusfam. *Marcellus de actionibus perſonalibus potius quam de dominio rei legatæ loquatur?*

11 *Defenditur vulgata dictæ regis lectio.*

12 *Non eaſdẽ actiones pro legato & fideicommiſſo cõpetere.*

1 IAm † ſuperiore libro ſcripſimus c. 2. & 4. rei legatæ dominium tranſire recta via à teſtatore in legatarium *l. à Titio 64. de furt.* dummodo ſit adita hereditas *l. ſi tibi homo 89. §. cum ſeruus de leg. 1.* quoniam legatum ita dominium rei legatæ facit legatarij vt hereditas heredis res ſingulas *l. legatum 80. de leg. 2.* conſtat autem heredi acquiri dominium rerum hereditariarum non ex quo adita eſt hereditas, ſed ab ipſo die mortis teſtatoris, quoniam heres quandocunque adeat iam inde à die mortis adiiſſe retrofingitur propter neceſſariam dominij continuationem, quod medio tempore pro derelicto haberi nec poteſt, nec debet. *leg. heres quandocunque 54. de acq. hered. l. omnia. 32. de reg. iur.* Hoc plus eſt in legato quòd
2 cùm hereditas nec ignoranti nec inuito heredi acquiratur, ne ignorans aut inuitus hereditariis oneribus implicetur *l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. quia poterat 4. D. ad SC. Treb.* propterea quòd qui ſemel heres factus eſt, quamuis ignorans & inuitus quod contingit in ſuis duntaxat, aut neceſſariis heredibus, nunquam ex poſt facto, deſinere poteſt eſſe heres *l. ait Prætor. 7. §. ſed quod Papinianus de minor. l. cum quaſi 30. §. ſed etſi ſuus de fideic. libert.* Legatum tamen etiam ignoranti acquiritur, quia non obligat legatarium, nec damno eum adficere poteſt *l. ſi hereditatem 32. D. mandat.* licèt non inuito, quoniam liberalitas in inuitum non confertur, ex vulgata iuris regula. Acquiritur, inquam, ignoranti, non ſolùm quòd ad perſonalem actionem pertinet, quæ pro legato aduerſus heredem competit, ſed etiam quòd ad ipſum dominium, & emolumentum, vt apertè ſcriptum eſt in *l. ſi partem 19. § 1. quemadmodum ſeruit. amit. l. cum pater 77. §. ſurdo de leg. 2.* aliiſque innumeris iuris locis. † Nam quod contra 3
ſcriptum videtur in *l. ei qui ita 13. de cond. inſtit.* ad eam legati acquiſitionem ſpectat quæ eſt irreuocabilis, id eſt quæ fit per agnitionem. Prior enim illa quæ fit ſola legis poteſtate non facit quominùs liceat legatario, ſi volet, legatum repudiare, ne alioqui id agere lex videatur vt inuito beneficium detur. Vnde illud etiam fit, vt qui legatum repudiat non tam alienare intelligatur quàm lucri occaſionem amittere *l. ſi ſponſus 5. §. penult. de donat. inter vir. & vxor. l. quod autem 6. in princip. & §. 1. D. quæ in fraud. credit.* neque tamen poſſit pupillus ſine tutoria auctoritate legatum repudiare, quaſi ea repudiatio ſit rei iam quæſitæ alienatio, vt Vlpianus loquitur in *l. magis puto 5. §. fundum autem de reb. cor. qui ſub tutel.* Nimirum, quia non eſt agnitio legati neceſſaria ad acquirendum legatario dominium, neceſſaria autem eſt repudiatio vt dominium re vera ignoranti quæſitum ab eo abſcedat, &
ad heredem recurrat. † Et ſanè abſurdum aut mirum vi- 4
deri non poteſt, quòd per legis poteſtatem dominium ignoranti acquiratur, cùm inter eos modos quibus acquiri dominium iure Quiritium poteſt, vnus ille ſit, ac ferè præcipuus, qui fit per legem vt ex Vlpiani Titulis probauimus, dict. cap. 4. lib. ſuper. Nemo autem neſcit lege duodecim tabularum non ſolum inducta & confirmata legata, ſed etiam ſub legati nomine permiſſam generaliter teſtandi facultatem *l. verbis legis 120. de verb. ſignific.* Ex eo verò quòd legata etiã ignorantibus acquiruntur, euenit vt non ſolum filiofamilias, aut muto, aut ſurdo qui teſtamentum facere non poſſunt acquirantur, ſed etiam infanti & furioſo, vt ex Pomponio & Marcello proditũ eſt in *l. filiusfamilias 16. D. qui teſtament. facere poſſ.* Generaliter enim verum eſt, ex quibus cauſis ignoranti quæritur, etiam furioſo & infanti acquiri *l. ſi à furioſo 12. de reb. credit. l. ſi à furioſo 24. de obligat. & actio. l. 1. §. item acquirimus de acquir. poſſeſſ. l. cum furioſus 39. de iudic.* † 5
Quod cùm ita ſit non poſſum non mirari quod vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius ad *dict. l. filiusfamilias*, ſcripſit neque furioſo, neque aliis legatariis acquiri dominium rei legatæ ignorantibus, ſed tantùm actionem perſonalẽ ad legatum conſequendum, quaſi non aliam ob cauſam tot locis contrà ſcriptum ſit acquiri legatum ignoranti, quàm quòd rem ipſam habere videatur qui vtilem actionem habet ad rem perſequendam. Nam imò verò de re ipſa legata, non de actione ad legatum iuris autores paſſim intelligunt, cùm ſcribunt acquiri legatum ignoranti, vt in *dict. l. ſi patrem. § 1. quemadm. ſeru. amit.* vbi ait Pomponius, viam quæ legata erat non vtendo amitti, ſi per conſtitutum tempus non ſit ea vſus legatarius cùm ignoraret ſibi legatam: *quia ſcilicet*, inquit ille, *legatarij via eſſe cœperat.* Adeò vt ſi medio tempore ac priuſquam reſciret legatarius ſibi legatam ſeruitutem, fundum vendiderit cui ea ſeruitus debeatur, tranſeat via in emptorem ſi reliquo tempore ea vſus fuerit, & quod magis eſt ac propemodum ſingulare, ita vt nec iam legatum repudiare legatario liceat, poſtquàm fundus ad eum pertinere deſiit, quorum omnium nihil verè diceretur ſi actio tantùm ad ſeruitutem conſtituendam, non etiam ipſa viæ ſerui- 6
tus ignoranti legatario acquiſita intelligeretur. † Sic & in

in *d. §. ſurdo*, non legati actionem ignoranti quæri vult Papinianus, ſed emolumentum quod ipſum, vt quiuis facilè videt, non in agendi facultate conſiſtit, ſed in ea ipſa re quæ legata eſt. Neque verò ſic intelligi Papinianus poteſt vt in fideicommiſſo quod à ſurdo legatario relictum eſt ſola perſequendi legati actio cótineatur. cùm id ipſum legatarius reſtituere iuſſus proponeretur quod accepiſſet, rem verò quæ legata erat accepiſſet non tantùm actionem. Atqui apertè Papinianus ſcribit, id ipſum fideicómiſſo contineri, quod ignoranti ſurdo vel muto quæſitum fuerat. Sentit igitur rem ipſam quæ legata eſt ignoranti legatario quæſitam intelligi. Denique id apertiùs ab Vlpiano expreſſum eſt in *d l. magis puto 5. §. fundum autem*, illis verbis, *cùm res ſit pupilli*: neque enim Seueri oratio, De non alienãdis rebus minorũ ad iura & actiones pertinet, ſed tan-
7 tùm ad res immobiles, prædiaque, ſiue ſuburbana, ſiue ruſtica *l 1. eod. tit.* Quid ergo eſt quod in tam aperto iure virum doctiſſimũ fallere potuit? † Nimirũ id vnũ quod in *d. l. filiusfamilias* ita ſcriptum eſt, *nam etiam compotibus mentis perſonales actiones etiam ignorantibus acquirũtur.* Etenim, vt ille non improbabiliter argumentari videtur, cur de perſonalibus actionibus loquatur Marcellus, ſi de rebus ipſis legatis idem exiſtimauit, vt etiã ignorantibus
8 legatariis acquirantur? Scio placere Accurſio idem quoque admittendum eſſe in realibus. neque dubito ita eſſe quod pertinet ad legata. † Sed hoc ipsũ eſt quod malè habet, cur ergo de perſonalibus Marcellus tractet, præſertim cum præcedentia illa, *quia poteſt ſibi adquirere legatum*, rem ipſam legatam demonſtrent potiùs quàm actionem perſonalem legati nomine competentẽ. Deinde verò falſa eſt generalis illa propoſitio ſi iam indiſtinctè
9 accipiatur, *compotibus mentis perſonales actiones etiam ignorantibus acquiri*. Nam imò verò non niſi certis caſibus, iiſque perpaucis fieri poteſt vt ignoranti perſonalis actio acquiratur. † Itaque puto ſubeſſe mendum, & pro *perſonales* legendum *perſonis tales*, nato fortaſſis errore ex eo quod prior dictio breuiter ſic ſcripta eſſet, *perſon.* quod non animaduerſum ab imperito librario ex duabus illis dictionibus vnam conflante, *perſonatles*, quæ nullius ſenſus eſt, fecit poſtea vt ſublata litera (t) ſuperfuerit dictio *perſonales*, Admiſſã verò hac emendatione ſententia eſt elegans & aperta furioſè acquisi legatum vel fideicommiſſum propterea quòd etiam compotibus mentis perſonis tales actiones, id eſt quæ legatorum vel fideicommiſſorum nomine competunt etiam ignorantibus adquiruntur. Porrò actionum generali appellatione, eas intelligimus tam quæ in rem ſunt quàm quæ in perſonam. Omnes enim acquiruntur legatario etiam
10 ignoranti. Nam cui dominium rei legatæ etiam ignoranti quæritur, multò faciliùs perſonalem actionem ad conſequendum legatum acquiri fatendum eſt. † Illa tamen adhuc dubitatio ſupereſt, cur de actionibus loquatur Marcellus potius quàm de dominio rei legatæ. Sed dicẽdum eſt ita Macellum loqui debuiſſe, quoniam in præcedentibus non tantùm de legato egerat, ſed etiam de fide commiſſo iis verbis, *quia poteſt ſibi acquirere legatum vel fideicommiſſum* Fideicommiſſi autem hac parte alia ratio eſt, quàm ſit legati. Siquidem eius rei quæ per fideicommiſſum relicta eſt dominium non acquiritur fideicómiſſario ignoranti, adeòque nec ſecuta traditione, vt pluribus explicauimus, *d. cap. 4.* ſed tantùm
11 actio perſonalis ad perſequendum fideicommiſſum, quæ ignoranti ita acquiritur, vt etiam ab ignorante in heredem tranſmittatur, *l. vlt. C. quand. dies legat. ced.* † Qua etiam ratione poſſit quis fortaſſe, nec malè, vulgatam lectioné defendere: Quaſi neceſſe fuerit Marcellũ de perſonalibus actionibus loqui, propterea quòd non niſi ratione perſonalium actionum potuerit adferre rationẽ, quæ fideicómiſſis perinde ac legatis conueniret cùm de fideicommiſſis quoque loqueretur. Verùm quanquã id non improbabiliter dici poteſt, probabilius tamẽ eaiſ-

Anton. Fabri, de Coniect.

timo vt textus eo quo diximus modo emẽdetur. Ita enim fiet vt ratio ſit generalior, nec tantũ perſonales actiones comprehendat in quibus legata & fideicommiſſa conueniunt, ſed etiam actiones in rem quæ ſpeciali iure legatario tanquam domino accómodantur, ſiue per vindicationem legatum ſit, ſiue per præceptionem. Omnes enim huiuſmodi actiones ſignificantur, iis verbis, *tales actiones*, id eſt, *pro tali re*, ſeu pro legato vel fideicómiſſo competentes. † Neque tamẽ ex eo inferri poteſt eaſdem actiones pro legato & fideicommiſſo competere. Nam pro legato, vt dixi, cópetunt in rem & in perſonam, pro fideicommiſſo autẽ in perſonam duntaxat. Cæterùm illud vtriſque cõmune eſt quòd ſiue in rem ſint legatorũ tãtùm nomine, ſiue in perſonã ex cauſa legati vel fideicommiſſi & acquiruntur ignorãtibus & ab ignorantib. in heredes tranſmittuntur. In quo diſſimulare non poſſum errorem Accurſij qui cùm ait idem in actionibus realibus admittendum eſſe quod lex ait de perſonalibus, non ſatis videtur obſeruare differentiam illam quæ Põponij & Marcelli ætate vigebat inter legata & fideicommiſſa, quòd ad rei dominium & actiones in rem quæ pro dominio dantur, pertinet Sanè poſt Iuſtiniani conſtitutiones in *l 1 & 2. C. commun, de legat.* quibus mouetur Accurſus, fateor exæquata legis fideicommiſſa ſingularia vt in cæteris omnibus ita in huc etiam quòd fideicommiſſorum perinde ac legatorum nomine non tantùm hypothecaria competit, ſed etiam vindicatio, quod non aliter induci potuit, quàm admiſſo & inducto eo in neceſſarium antecedens, vt fideicommiſſi dominium fideicommiſſario acquireretur ipſo iure, & citra traditionem. Sed non conuenit Pomponio aut Marcello ea interpretatio tanquam aliena à ratione iuris veteris quod eorum temporibus obtineat.

CAPVT XX.

Recta emendatio l. ſi primo. 8. De liber. & poſthum.

SVMMARIA.

1 *Fauorabilius eſſe teſtamentum in quo poſthumus præteritus poſtea natus eſt, quam illud in quo filius ſuus præteritus iam teſtamenti tempore natus erat.*
2 *Potentius aliquando eſſe ius poſthumi præteriti, quàm filij iam nati.*
3 *Explicatur* d. l. ſi primo *per* l. poſthumus, eod tit
4 *Quod tempus inſpici oporteat quum de teſtamentorum iure & validitate agitur?*
5 *Quænam fuerit dubitandi ratio in* d. l. ſi primo.
6 *An in* d. l. ſi primo, *poſthumus poſt teſtamentum natus, viuo an mortuo iam patre deceſſerit?*
7 *Reijcitur Cuiacij ad* d. l. *emendatio.*
8 *An in* d. l. *ex Roberti ſententia interſit viuéne patre an mortuo natus ſit poſthumus?*
9 *Verba illa in* d. l. ſi primo. vt natus viuo patre à quo exheredatus ſit moriatur, *Interpretis, non Pomponij eſſe.*
10 *Huius aduenientis occaſio.*

PRæterito † filio qui iam teſtamenti tempore natus erat, & in poteſtate, cóſtat iniuſtum & ab initio inutile eſſe teſtamentum, *l. inter cætera. 30. de lib. & poſthum. l. 1. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſta.* Præterito autem 1
poſthumo, qui poſtea natus ſit ſiue viuo ſiue mortuo patre non inutile eſſe, ſed rumpi agnatione ſui heredis, *d. l. 1. & 3. in princ. l. ſi quis filio. 8. leg. verũ eſt. 8. l. poſthumus. 12. & paſſ. eodem titul.* Loquimur enim de poſthumo ſuo, hoc eſt qui tẽpore naſcitur primum in familia & cauſa ſucceſſionis gradum obtineat, quem ſuorũ heredũ numero contineri Vlpianus in fragmentis ſcribit *tit. 2 2. qui hered. inſtit. poſſ. § poſthumus quoque liberi. 15.* Fortius ergo ius eſt filij iã nati, quàm poſthumi, quia quãdiu poſthumus natus non incertum eſt an futurũ ſit vt naſcatur, ideoque interea valere teſtamentũ non ſolùm æquũ eſt, ſed etiã neceſſe. Vnde illud quodque fit, vt minus fauorabile

V

bile ſit teſtamentum in quo filius iam natus præteritus
eſt, vtpote quòd ab initio non valuerit, nec vnquã con-
ſtiterit, adeò vt etiamſi viuo patre decedat filius præte-
ritus, nihilo magis teſtamentum conualeſcat, *l. ſi filius. 7.*
de liber. & poſth. quod ita accipiendum eſt, vt neq; bono-
rum poſſeſſio ſecundùm tabulas cõ re ex eo peti poſſit:
Cùm tamẽ præterito poſthumo qui poſtea viuo teſtato-
re natus ſit, & deceſſerit, licet iuris ſcrupuloſitate teſta-
mentũ perinde ruptũ ſit, nihilominꝰ bonorũ poſſeſſio-
nẽ ſecundùm tabulas cũ re obtinere ſcriptos heres poſ-
ſit, ex Hadriani cõſtitutione *dict. l. poſthumus. 12. de iniuſt.*
2 *rupt.* de cuius ſentẽtia & ratione dicemus, *infrà c. 15. lib.*
prox. † Interdum autẽ ex contrario euenit vt potentius
ſit ius poſthumi præteriti quàm filij iã nati. Nam poſt-
humus in primo gradu præteritus licet in ſequentib. ſit
inſtitutus vel exheredatus, totum tamen teſtamentum
rũpit ſibiq; locum facit. Filius verò iã natus & in primo
gradu præteritus in ſecundo exheredatus primum dũ-
taxat gradum iniuſtum facit, nec ſibi locum aperit, ſed
ſecundo gradui & ſubſtituto à quo eſt exheredatus, vt
Vlpianus tractat in *l. nam et ſi. 5. verſic. rumpẽdo de iniuſt.*
rupt. An quòd poſthumus ſit fauorabilior? Minimè: ſed
quia cùm primus gradus rũpitur à poſthumo intercedit
factum rumpentis hoc ipſo quòd naſcitur, & naſcendo
rumpit. Idq; & verbum ipſum *rumpendi* demõſtrat. Ab-
ſurdum autem ſit dicere poſthumum rũpere vt alij lo-
cum faciat ac non potius ſibi ipſi. Dum verò primum
gradum ob præteritionem filij iam nati nullum & in-
iuſtũ eſſe dicimus, non tam filij ipſius factum ſignifica-
mus quàm legis vim & poteſtatem, quæ gradum illum
valere non patitur odio præteritionis. Eatenus igitur
dũtaxat teſtamẽtum infirmat quatenus filius præteritus
eſt, ac proinde nõ prohibet quominus ſequẽtes gradus
valeant in quibus idem filius vel inſtitutus ſit vel ex-
heredatus. In cæteris ſolet eadem eſſe poſthumi & filij
ſuperſtitis cauſa vt in ſpecie, *leg. ſi primo herede 8. de liber.*
& poſthum in cuius fine ratio illa redditur, *quoniam cùm*
3 *eſt natus filius, loco eius eſt qui ſuperſtes eſt.* Species autem
eius legis quæ in filio ſuperſtite prior proponitur, nec
elegãs eſt nec obſcura. Ait Põponius, *Si primo herede in-*
ſtituto filiũ exheredauero, à ſecundo autẽ ſubſtituto non ex-
heredauero, & dũ pendet an prior aditurus ſit filius deceſſe-
rit, ſecundum ſententiam qua vtimur non erit ſecundus heres
quaſi ab initio inutiliter inſtitutus, cum ab eo filius exhere-
datus non ſit. Quod autem ſubiicit, Si in poſthumo filio
idẽ acciderit: eadem de ſubſtituto dicẽda eſſe licèt obſcù-
riùs videatur, cõmodam tamen interpretationẽ recipit
ex Africano in *leg. poſthumus. 14. eod. tit.* Nempe quoties
poſthumus à primo gradu exheredatus, à ſecundo præ-
teritus eſt, quãuis eo tempore naſcatur quo ad heredes
primo gradu ſcriptos pertineat hereditas, hoc eſt quo
iis delata ſit, ſecundũ tamẽ gradũ vitiari placet, & per-
inde rũpi agnatione poſthumi atq; ſi eo tempore quo
poſthumus naſcitur iã prioris gradꝰ heredes excluſi eſ-
ſent. Nec ad hoc ſolũ vt inſtitutis prætermittentib. ipſe
poſthumus heres exiſtat, ſed etiã vt etſi defuncto eo he-
redes inſtituti omiſerint hereditatẽ non poſſint ſubſti-
tuti adire quẽadmodũ plurib. tractat Africanus in *dict.*
4 *l. ſi poſthumus.* † Perpetuũ enim eſt in teſtamẽtis, cùm de
teſtamenti iure & validitate quæritur vt non illud dũ-
taxat tẽpus inſpici debeat, quo hereditas ſcripto heredi
deſertur, ſiue ſuo ſiue extraneo, ſed illud præcipuè quo
teſtamentũ factũ eſt, cùm eo potiſſimũ tempore valere
debeat inſtitutio *l. ſi alienũ. 49. §. 1. De hered. inſt. l. pen. de*
reg. iur. Nec quicquã hac parte inter ſuos & extraneos
heredes intereſt, niſi quod in extraneis nõ tãtùm teſta-
menti & mortis tẽpora ſpectantur, ſed etiam aditionis,
leg. ſi alienum. 49. §. in extraneis de hered. inſt. In ſuis verò
priora duo ſolũ, quia cum ipſo iure & citra aditionem
heredes exiſtant, nulla in iis aditio aut neceſſaria aut
poſſibilis eſt. *l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit.* nec diſtincta
ſunt in illis tẽpora delatæ, & acquiſitæ hereditatis. Itaq;
rectè Põponius ſentẽtiæ ſuæ rationem illã reddit, *quaſi*
ab initio inutiliter inſtitutus. Vt teſtamenti quoque, non 5
ſolius delationis tẽpus inſpiciẽdum eſſe ſignificet. † Illa
enim dubitandi ratio erat, quòd pendente eo an prior
heres aditurus eſſet, filius deceſſiſſet, quã apertius expri-
mit Africanus in *d. l. ſi poſthumus*, cùm ait, *quãuis eo tem-*
pore naſcatur quoad heredes primo gradu ſcriptos pertineat
hereditas. Nam ſi poſt excluſum morte aut repudiatione
primum heredem, & iam ſecundo gradui hereditate de-
ferenda poſthumus à ſecundo gradu præteritus natus
fuiſſet, dubitandi cauſa nulla eſſet quin ſecũdus gradus
agnatione rũperetur, proindeq; ſubſtitutos excluderet-
tur, tametſi poſtea poſthumus quoq; deceſſiſſet. Atq; ita
ſit vt eadem hac parte condicio ſit poſthumi quæ filij
iam teſtamenti tempore ſuperſtitis. Nã & huius præte-
ritione inutile eſt teſtamentum quod ad ſecundum gra-
dum attinet à quo præteritus eſt, quamuis pẽdente pri-
mi heredis aditione deceſſerit. Eadẽ prorſus iuris ratio-
ne vtroq; caſu idem ius inducente. Quid ergo eſt quod
Pomponij ſententiam adeò obſcuram facit, vt de rece-
pta lectione vel tuenda vel emendanda tantis conten-
tionib. viri quidam doctiſſimi hac noſtra ætate in Gal-
lia ad conuicia vſq; decertauerint? † Illud nimirũ quod 6
de poſthumo tractans Pomponius ponit eum natũ viuo
patre è quo fuerat exheredatus, deinde mortuũ, nec ape-
rit viuóne an mortuo iam patre deceſſerit. Dubitationẽ
fecit Cuiacio, quòd ſi ponas defunctum poſthumũ viuo
patre, non poſſit verum eſſe quod lex ait ſubſtitutum
non admitti. Obſtat enim, inquit, conſtitutio Hadriani
in *dict. leg. Poſthumus.* Rurſus ſi ponas natũ quidem pa-
tre viuo, ſed mortuum poſt patrem, quæ Accurſij inter-
pretatio eſt, ineptus ſis, cùm nihil hoc caſu interſit an
viuo, an mortuo patre poſthumus natus ſit. † Quare nec 7
dubitat quin vbi legitur *viuo patre*, legendũ ſit, *viuo pri-*
mo, vt intelligatur Pomponius de poſthumo poſt patris
mortẽ nato, & eo tempore quo heredi inſtituto iã de-
lata erat hereditas, quiq; deliberante primo herede de-
ceſſerit, vt poſterior hæc legis ſpecies priori omnimodo
cõueniat, & iis quæ Africanus ſcripſit in *d. l. ſi poſthumus*
iunct. l. 3. §. vlt. & l. 4 de iniuſt. rupt. Ego verò equidẽ non
dubito quin de eo poſthumo Põponius ſenſerit qui poſt
patrẽ defunctus ſit, non ea ratione quòd alioqui obſta-
tura ſit Hadriani conſtitutio quæ ſanè nihil commune
habet cũ iuris ratione de qua Pomponius tractat, vt di-
cemus ad dictã *leg. poſthumus*, ſed quia non aliter fieri
poſſit vt poſterior ſpecies priori ſimilis videatur. Prior
enim ſpecies eſt de filio, tẽpore quidẽ teſtamenti ſuper-
ſtite, ſed qui mortuo iã patre deceſſerit & primo here-
de deliberante, iis verbis, *& dum pendet an prior aditurus*
ſit, filius deceſſerit. Neq; tamen viri doctiſſimi emenda-
tionem probo, † An quia cum Roberto putem intereſſe, 8
quod ad propoſitã quæſtionem attinet, viuóne patre an
mortuo natus ſit poſthumus? Minimè, ſi ad ea tantùm
reſpicias quæ Robertũ mouerunt. Non enim eò minus
verum eſt quod lex ait poſthumum cùm natus eſt loco
eius eſſe qui ſuperſtes eſt ſiue viuo ſiue mortuo patre
natũ ponas, neq; nato eo poſt mortem patris ideò magis
admittendus eſt ſubſtitutus, quòd teſtamentum ruptum
mutare pater nequiuerit, cùm perinde rumpatur gradus
ille à quo poſthumus præteritus eſt, agnatione poſt pa-
tris obitum ſuperueniente atq; ſi viuo patre ſuperue-
niſſet, *d. l. ſi poſthumus*, aliiſq; innumeris. Me igitur illud
mouet quòd ſi nihil intereſt an viuo an mortuo patre
natus ſit poſthumus qui poſt patrem deceſſit, illud
etiam conſequens eſt nihil intereſſe, an legas *viuo pa-*
tre, vt habet recepta lectio, an quomodo Cuiacius re-
ponit, *viuo primo*, Sanè quod idem Cuiacius putat in hac
lege, *Primum*, nomen eſſe inſtituti, *Secundum*, ſubſtituti,
non ſolùm otioſum eſt, ſed etiam improbabile. *Pri-*
mum enim Pomponius dixit, eum ipſum quem poſtea
priorem vocat, cum ait, *an prior aditurus ſit*, primúmq; he-
redem intelligit, qui primo loco inſtitutus eſt, ſicut &
ſecundum

ſecundum qui ſecundo loco, quem & ſubſtitutum vocat, vt gradus deſignet potiùs quàm perſonas, quomodo
9 & Africanus fecit in *leg. ſi poſthumus.* † Sed quamquam hæc ita ſunt, alia tamen ratione moueor, vt receptam lectionem probare non poſſim, eámque à Cuiacio prætermiſſam fuiſſe miror. Ea eſt, quòd ante legem Velleiam cuius tota hac lege mentio nulla ſit, non valebat inſtitutio aut exheredatio poſthumi qui viuo teſtatore poſt teſtamentum naſceretur. Hoc enim lege Velleia primùm inductum eſt, vt poſſet hic poſthumus inſtitui aut exheredari, l. ſiue filius eſſet, ſiue nepos aut pronepos, *leg. Gallus. 29. §. nunc de lege, & §. illa caſus hoc titul. lege. 3. §. 1. de iniuſt. rupt.* Atqui Pomponius de eo poſthumo tractat qui & vtiliter inſtitui aut exheredari potuerit, & à primo gradu ritè exheredatus ſit. Ergo non de illo, qui viuo patre natus ſit, ſicut nec Africanus in *dict. leg. ſi poſthumus*, nec alius quiſquam Iuriſconſultus vllo iuris loco, niſi cùm de ea lege Velleia tractatur. Itaque cogor fateri totam illam additionem *vt natus vno patre à quo exheredatus ſit moriatur*, inepti eſſe interpretis, & parum acuti, interpretari volentis quod Pomponius in præcedentibus dixerat, *quod ſi in poſthumo filio idem acciderit.* Quæ tamen interpretatio, & inepta eſt, & manca. Inepta, in eo quod ponit viuo patre natum poſthumum, cùm non ſolùm nihil referat viuóne an mortuo patre natus ſit qui poſt patrem moritur (quæ Cuiacij ratio eſt non mala, licèt leuior quam vt ſi aliud nihil moueret recepta lectio emendari debeat) ſed etiam fieri nequeat vt vtiliter exheredatus videatur poſthumus qui viuo patre natus ſit. Manca autem in eo quod vt omnia ſimilia ſint in poſthumo, quæ prior legis ſpecies tractauerat in filio, ponendum eſt, vt iam monuimus, poſthumum non tantùm mortuum eſſe, ſed etiam mortuum deliberante primo herede, vt & in *dict. l. ſi poſthumus. & dict. l. 5. de iniuſt. rupt.* Non quod & aliud eſſet ſi poſt repudiatam à primo hereditatem poſthumus mortuus proponeretur, ſed vt ſit elegantior legis ſententia, & de caſu magis dubitabili. Nemo enim dubitare poſſet quin rumpi deberet ſecundus gradus ſi eo tempore poſthumus naſceretur aut viueret quo ſecundis heredibus hereditas defertur. † Fefellit verò interpretem ſicut & Robertum 10
quod in fine legis ſcriptum eſt, *quoniam cùm eſt natus filius, loco eius qui ſuperſtes eſt*, quaſi non poſſit eſſe loco filij iam nati tempore teſtamenti, niſi is demum qui viuo teſtatore naſcitur: quod ſanè ridiculum eſt. Nam quandocunque naſcatur poſthumus incipit eſſe loco ſuperſtitis, niſi quòd ſuperſtes facit vt teſtamentum ab initio inutile ſit & iniuſtum. Natus poſtea rumpit duntaxat, ſiue viuo ſiue mortuo patre naſcatur. Sicut & nil intereſt an poſthumus naſcatur viuo primo herede poſt mortem patris an viuo patre niſi quòd qui viuo patre naſcitur, alia ratione rumpit teſtamentum iure ciuili quia nec inſtitui potuit nec exheredari ante legem Velleiam, vt diximus.

ANTONII FABRI SEBVSIANI SABAVDI
Senatoris Coniecturarum iuris Ciuilis Liber Nouus.

CAPVT PRIMVM.

De poſthumi heredis inſtitutione ad formulam Galli Aquilij, & primum caput legis Velleæ.

SVMMARIA.

1 *Poſthumorum in ſuos & alienos diuiſio, & eorum definitio.*
2 *In poſthumis poſt teſtamentum conceptis conceptionis tempus inſpici, quum de teſtati ſucceſſione agitur.*
3 *Quodnam tempus in poſthumis inſpiciatur quum de inteſtati cauſa quæritur?*
4 *Quinam poſthumi ſui heredes dicantur?*
5 *Suum heredem etiam viuo patre aut auo dici.*
6 *An poſthumus nepos Aquilianus ſuus ſit, an alienus.*
7 *Quo ſenſu accipiendum ſit quod dicitur, prudentes ius facere poſſe.*
8 *Poſthumum Aquilianum ita inſtitui poſſe, vt ipſo etiam inſtitutionis tempore inſpecto re vera ſit ſuus.*
9 *Eum qui teſtamento inſtitutus non eſt eo modo & tempore quo debuit, non ideò minus videri præteritum, quòd poſtea reperiatur eſſe inſtitutus.*
10 *Ad hoc vt poſthumus Aquilianus teſtamentum non rumpat, requiri vt à quo tempore poſthumus ſuus fuit, nullo inſtãti videri poſſit teſtamentũ præteritus.*
11 *Cur formulam ſic non conceperit Gallus,* ſi filius meus viuo me morietur, *non autem*, ſi mortuus fuerit?
12 *An ſi Aquiliani nepotis ſiue poſthumi inſtitutio in ipſum inſtans mortis filij, concepta ſit, poſthumus alienus cenſeatur?*
13 *Vis & neceſſitas & articuli* tunc *in formula Galli Aquilij.*
14 *Etiam in conditionali poſthumi Aquiliani inſtitutione teſtamenti tempus inſpiciendum eſſe, vt ſciatur an valeat.*
15 *Explicatur* l. ei qui ſoluendo. 88. de hered. inſtit. *& declaratur quid poſſit particula* tunc *poſt conditionem appoſita.*
16 *Quo ſenſu dicatur, heredem, nec ex tempore, nec ad tempus, nec ſub conditione inſtitui poſſe?*
17 *Diſtinctio inter inſtitutionem quæ fit ſub conditione & eam quæ fit ex conditione.*
18 *Ideò receptam eſſe Aquilij formulam, quod per eam non alienus, ſed ſuus poſthumus inſtituatur.*
19 *Examinatur* l. in tempus 62. de hered. inſtit. *& eius ratio redditur.*
20 *An ſalua iuris ratione poſthumus alienus vllo caſu inſtitui poſſit?*

POſthumorum † ſumma & perfecta diuiſio illa eſt, vt quidam ſint ſui, quidam alieni. Sui ſunt, qui ſi eo tempore naſcerentur quo teſtamentum fit, dummodo iam tum concepti ſint, inter ſuos heredes teſtatori futuri eſſent: alieni contrà qui teſtamenti tempore iam concepti ſi tum naſcerentur, inter ſuos heredes teſtatori futuri non eſſent, § *poſthumo quoque alieno, Inſtit. de leg.* Nam qui teſtamenti tempore nondum concepti ſunt in iis teſtamenti tempus ſpectari non poteſt, cum eo tempore neque in hominum, neque in rerum natura ſint, nec ſui dici poſſunt, nec alieni, quia nec liberi ſunt, nec animantes. † Iis autem poſtea conceptis ſolius conceptionis tempus inſpicimus, quaſi & eo ipſo die quod ad illos pertinet facto teſtamento, nimirum cùm de teſtati ſucceſſione agitur. Exemplum Iuſtinianus profert in *d. l. poſthumo*, de nepote concepto ex filio emancipato, quem auo eſſe

poſthumũ extraneũ alt,quamuis nihil veter recipere filiũ
in patris poteſtatẽ priuſquã nepos naſcatur. Eodẽ per
tinet quod Vlpianus ſcribit in Fragment.*titu* 22.*qui her.
inſtit.poſſ* §.*poſthumus quoque liberi*,id eſt qui in vtero sũt
& apertiùs idem Vlp.in *l.*1.§.*ſi pater in poteſtate verſic.
ſed etſi poſthumus natus ſit ex emãcipato ante emacipatio-
nem conceptus,idem erit dicendũ*, *D.de coniung.cum eman-
cip.liber.* Neque obſtat quod in Velleiano poſthumo
nihil aliud requirimus niſi vt ſuus naſcatur *l.Gallus*.29.
§.*nunc de lege de lib.& poſth.* Non enim fecit Velleus vt
ſuus poſthumus dici debeat qui ſuus naſcitur, ſed vt
quamuis ſit alienus,poſſit tamẽ inſtitui ſi ſuus naſcatur.†
3 Cùm autẽ de inteſtati cauſa quæritur, ſicuti teſtamẽti
tempus inſpici non poteſt,ita neque cõceptionis,ſed id
ſolùm quo inteſtati ſucceſſio locum habere incipit hoc
eſt,quo teſtator moritur,ſi teſtamentum nullum factum
ſit,aut ſi factum quidem ſit,ſed poſtea deſtitutum,quo
deſtitutum & deſertum ſit,id eſt quo hereditas ex eo
adiri poſſe deſierit.Id enim faciunt verba legis 12.tabul.
ſi inteſtato moritur.l.ſi quis poſthumos 9.§.*ſi filium in fin.de
liber.& poſthum.l.*1.§.*ſciendum de ſuis & legit.l.ſcripto*.7.
vnd.liber.† Quoniã verò poſthumos ſuos cum dicimus
ſuos heredes intelligimus & qui nati inter ſuos here-
des futuri ſint,illud quoque ſciendum eſt ſuos heredes
non eos eſſe qui & in poteſtate duntaxat teſtatoris fu-
turi ſint ſi tum naſcantur, ſed qui & in poteſtate futuri
ſint, & primum in familia gradum,quòd ad cauſam
ſucceſſionis pertinet, occupaturi. Fieri ſiquidem poteſt
non in perſona filij, ſed in perſona nepotis aut prone-
potis, vt in aui vel proaui poteſtate ſit, nec tamẽ inter
ſuos heredes numeretur, quòd eum pater in cauſa ſuc-
ceſſionis præcedat. At contrà, vt primum in familia &
cauſa ſucceſſionis locum quis obtineat,nec tamen ſuus
ſit,fieri nullo caſu poteſt,*l.ſi quis filio*.9.*in princ.de iniuſt.
rupt.l.ſi filius familias*.33.§.1.*de teſtam.milit. d.l.ſcripto*.7.
4 *D.vend.liber.*†Etſi autem viuo teſtatore heres dici non
ſolet,quia nec viuentis vlla eſt hereditas,*l.*1.*D.de hered.
vel act.vendit l. qui ſuperſtitis*.94.*de adquir.hered.leg.*1.*D.
pro hered.*†Suũ tamen heredẽ etiam viuo patre aut auo
5 dicimus,quòd hæc appellatio iis cõueniat qui etiã viuis
parẽtib quodãmodo domini videãtur,*l.in ſuis*.11.*de lib.&
poſthum.*& conſequenter heredes:cùm qui heredẽ dicit,
dicat dominum,§.*vlt.Inſtit.de hered qualit & differ.leg.
de hereditate*.19.§.*pater,verſ.non tamen.D.de Caſtrenſ pe-
cul.l.*3.§ *penult.D. de minor* Propter quã cauſam & legis
Velleæ verba poſteriore capite ſic concepta ſunt:*ſi quis
ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit*, ſcilicet *viuo teſta-
tore.* Pertinent enim non tantùm ad caſum illum Aqui-
liana formula cõprahenſum, ſed ad omnes quoque cæ-
teros, quos in Galli Aquilij formula ſupplendos eſſe
placuit,hoc eſt,ſiue moriatur,ſiue deportetur, ſiue ab
hoſtib,capiatur filius viuo teſtatore, *dict.l.Gallus.*§.*ſe-
quenti parte.* Quomodo autem ſuus eſſe deſineret viuo
teſtatore,qui ſuus nunquam fuiſſet ? Inde verò fit,vt in
ſuo quoque poſthumo dignoſcẽdo non id tempus ſpec-
temus quo teſtator moritur,cùm teſtamentum factũ eſt,
ſed quo poſthumus, vt iam dixi,conceptus ſit,& vel in-
6 ſtitutus,vel exheredatus,vel præteritus.†Ex quo appa-
ret ſi de poſthumo nepote Aquiliano quæratur,an ſuus
ſit,an alienus,ſimpliciter reſpõderi non poſſe.Nõ quòd
vt quidam putant,tertiam ſpeciem conſtituat poſthumi
vel extranei, vel non ſui(qui enim heres eſt, eum aut
ſuum aut extraneum,& quod idem eſt alienum eſſe ne-
ceſſe eſt,*d.l.ſcripto* 7.*vnd.liber.*)ſed quia duplici ratione
conſiderari poteſt,& tanquam poſthumus,& tanquam
Aquilianus,hoc eſt qualis in Galli Aquilij formula in-
ſtituitur.Si tanquam poſthumus, proculdubio alienus
eſt,quia ſi teſtamenti tempore naſceretur,non eſſet ſuus
heres auo teſtatori. Et ideò ante Gallum Aquilium
nulla eius inſtituendi ratio eſſe videbatur quaſi alieni,
tametſi ſuus naſci poteſt,præmortuo interea patrè vi-
uo auo. Vnde euenire neceſſe erat vt eius agnatione teſ-
tamentum rumperetur,Is enim agnaſcendo rumdit quẽ
nemo præcedit non teſtamenti, ſed mortis tempore,*d.
l. ſcripto,& d.l.ſi quis filio*.6.*de iniuſt.rupt.l.ſi quis filiũ*.34
*C.de inoff.teſtam.*Si tanquã Aquilianus & eo modo quo
eum inſtitui Gallus voluit,haud dubiè ſuus nõ alienus
dicẽdus eſt.Neque enim potuiſſet Gallus inducere poſt-
humi alieni inſtitutionem quam ius ciuile non agnoſ-
cebat, cũ nec ius facere poſſet aduerſus ea quæ iã cæte-
rorum prudentum omnium conſenſu & auctoritate re-
cepta erant,& conſtituta.† Quanquã enim non ignoro 7
prudentes ius facere potuiſſe, & prudentum reſponſa
iuris ciuilis partem conſtituere, §.*reſponſa.Inſtit.de iur.
natur.gen.& ciuili.laus autem*,7.*de iuſt.& iur.*non tamen
id ita accipi poteſt vt vnicuique licuerit de iure pro ar-
bitrio reſpondere in ea re quæ iam communi aliorum
placito decreta eſſet ſed in iis duntaxat quæ nullo adhuc
certo iure ſtabilita,aut interpretatione,aut noua cautio-
ne egere viderentur. Alioqui pro tot opinionum varie-
tatibus contraria plerunque iura conſtituerentur,quod
eſſet abſurdiſſimũ,&ab ipſa conditione iuris,quod cer-
tum eſſe debet prorſus alienum. Cùm igitur non illud
Gallus induxerit, vt poſthumus hic nepos inſtitui poſ-
ſet,ſed tantũ qua ratione & arte poſſet,præſcripta in eã
rem formula,quod proprium Iuriſconſulti munus eſt,
fateri oportet poſthumum Aquilianũ quatenus Aqui-
lianus eſt,non eſſe alienum,ſed ſuum .† Subtiliter enim 8
Gallus animaduertit quod ante eum nemo obſerua-
uerat, poſthumum hunc quamuis teſtamenti tempore
ſit alienus, & tum quoque cùm concipitur, ſiue ante
ſiue poſt teſtamentum conceptus ſit,poſſe tamen ita in-
ſtitui, vt ipſo etiam inſtitutionis tempore inſpecto re-
uera ſit ſuus:collata nimirum non tantùm inſtitutionis
conditione, ſed ipſa etiam inſtitutione in id tẽpus quo
ſuus erit,quod fit commodiſſimè ſi teſtator ita ſcribat,
filius meus heres eſto,(filij namque inſtitutionem neceſſe
eſt vt teſtamentum valeat,vt dicemus ad §.*in omnibus l.
Gallus*)*ſi filius meus viuo me moritur,tunc ſi quis mihi ex eo
nepos ſiue qua neptis poſt mortem meã in decem menſibus
proximus,qui. filius meus moreretur, natus nataue erit,he-
redes ſunto.*His enim verbis inſtituitur nepos non in eo
tempore quo teſtamentũ fit,ſed eo demum inſtanti quo
filius moritur propter articulum illum,*tunc*,qui tẽporis
extremitatem denotat,*l.ſi his legatũ*.4.§.*vltim.de condict.
& demonſt.*id eſt inſtans illud quo incipit poſthumi ne-
potis inſtitutio, ad excludendum non ſolùm tẽpus an-
terius quo inſtitui nepos hic non potuiſſet,tanquã alie-
nus poſthumus,ſed etiam quod pauci obſeruarunt tẽ-
pus poſterius in quo non niſi ſerò & fruſtra inſtituere-
tur poſthumus qui iam antè inſtitutionem factus eſſet
ſuus,quique præteritum ſe reperiret:†nã qui teſtamen- 9
to inſtitutus non eſt, eo modo & tempore quo inſtitui
debuit,non eò minùs videri debet præteritus,quòd poſ-
tea cœperit eſſe inſtitutus. Alioqui ſuum heredem vel
in remotiſſimo gradu inſtitutum aut exheredatum eſſe
ſufficeret,vt priores gradus quibus præteritus eſſet cõ-
firmarentur, quod non ita eſt. Atqui ſi poſt mortem
filij nepos hic poſthumus heres inſtitueretur,dari poſſet
inſtans quo & ſuus heres fuiſſet,& præteritus. Nempe
inſtans illud quod proximè & immediatè ſecutum eſſet
filij mortem,Cùm enim aliud ſit vt quis inſtitui,aliud
eſſe Inſtitutum, & prius ſit vt quis inſtituatur quàm vt
inſtitutum ſe reperiat, fieri ſanè nequeat vt nepos qui
primo illo & proximo inſtanti poſt patris ſui mortem
incipit eſſe ſuus poſthumus auo, quique tunc demùm
& eo primùm inſtanti inſtituitur, videri poſſit iam in-
ſtitutus.Eſt ergo præteritus. Nam qui nec inſtitutum
ſe reperit nec exheredatum, is neceſſe reperiat ſe præ-
teritum.Nec mouet,quòd eo ſaltem tẽpore quo naſce-
tur inſtitutum ſe reperiet.† Nam vti ne rumpat teſta- 10
mentum non ſufficit inſtitutum eum reperiri cùm naſ-
citur,ſed illud quod,prætereà requiritur vt à quo tem-
pore poſthumus ſuus fuit nullo inſtanti videri poſſit

teſtamento

teſtamento præteritus: adeò vt etiamſi nondum conce-
ptus ſit teſtamẽti tempore, inſtitui nihilominus debeat,
aut exheredari, vt ab initio teſtamentum ita valeat ne
rumpi vnquam poſſit, *l.placet.4.l.inter cætera. 30. de lib.*
11 *& poſt.* † Itaq; ſic formulã Gallus concepit, *ſi filius meus*
viuo me mortuus erit, quia verbo illo *morietur* inſtãs ipsũ
mortis demõſtratur, quod vitæ adſcribitur: cùm moria-
tur is demùm qui adhuc viuit, nũ qui iam mortuus eſt,
l.qui duos.18.§.1.de manum.teſtam. Cùm verò nõ eo ipſo
inſtanti quo filius moritur, nepos in ipſius locum ſuc-
cedat, ſed eo ſolùm quod proximè ſequitur mortem,
quia non ſuccedit viuo ſed mortuo *d.l. Gallus §.ſequen-*
ti parte, euenit neceſſariò, vt qui ita inſtitutus eſt ſicuti
Gallo Aquilio placuit, reperiat ſe inſtitutum eo inſtan-
12 ti quo ſuccedit. † Verum hîc illa ruſſus incurrit hæſita-
tio, quòd ſi nepotis huius Aquiliani inſtitutionem in id
tempus aut potiùs in id inſtans conferri neceſſe eſt quo
filius moriatur, & inſtans illud vitæ filij computatur, vt
diximus, illud quoque incommodi accidit vt alienus
poſthumus inſtitutus videatur, vtpote qui viuo filio
nec emancipato, nec deportato nec ab hoſtibus capto
nõ poſſit eſſe ſuus. Et hoc ſanè præcipuè eſt quod per-
difficilem faciebat nepotis huius inſtitutionem. Sed ab-
ſurdum Gallo viſum eſt huiuſmodi inſtitutioni obſta-
re inſtans illud vitæ filij quo moritur, & quo iamiam
certum eſſe incipiat per rerum naturam, nepotem pro-
ximo inſtanti in ſui heredis locum ſucceſſurum, *arg.l.*
Iulianus.20.de iur.dot.l.libertas.17.in princip. dict. l. qui
duos.18.§.1.de manum.teſtam.l.vlt.de fideicomm.liber. Ne
alioqui nulla ſuperſit ratio inſtituendi opportunè poſt-
humi huius, quem vtiq; neceſſe eſt inſtitui priuſquam
13 fiat ſuus. † Vnde intelligere licet quàm ſit neceſſarius
in Galli Aquilij formula articulus ille *tunc*, qui ſi ſolus
abeſſet, nullomodo, vtputo inſtitutio valeret, quaſi fa-
cta de alieno poſthumo, & collata non ipſa inſtitutio-
ne, ſed inſtitutionis tantùm conditione in id tẽpus quo
ſuus factus eſſet, quod ad inſtitutionis validitatem non
magis ſufficeret quam ſi nepos hic ita inſtitutus eſſet, *ſi*
nauis ex Aſia venerit, qui ex filio meo poſt mortem meam
naſcetur nepos heres eſto. Quo tamen caſu nemo diceret
nepotem hunc qui teſtamenti tempore alienus fuiſſet
vtiliter inſtitutum intelligi, quamuis moriẽte teſtatore
ſuus reperiretur, quia ſemper verum eſſet inſtitutum
fuiſſe eum eum quo teſtamenti tempore teſtamenti fa-
14 ctio non fuit. † Neq; enim minus in conditionali, quàm
in pura inſtitutione teſtamenti tempus inſpiciendum
eſt vt ſciatur an valeat, cùm exiſtens quandocunq; con-
ditio retrotrahatur ad tempus teſtamenti, indéq; fiat vt
inſtitutio quæ primum condicionalis fuit pro pura ha-
beatur. Nec inſtitutioni inſerta conditio poteſt facere
vt inſtitutionis validitas in euentum vſque conditionis
ſuſpendi debeat, ſed tantùm ſuſpendit effectum, vt quã-
tumuis valeat non prius tamen acquiri ex ea poſſit he-
reditas quàm conditio impleta ſit: cùm alioqui à die
mortis teſtatoris acquiri potuiſſet. Denique conditio
facit duntaxat vt non mortis, ſed conditionis euenien-
tis tempus ſpectari oporteat, ſed non eò minus ſpectã-
dum eſt tempus teſtamenti, quia & eo quoq; caſu ſpe-
ctandum eſſet quo mortis tempus inſpici oporteret, *l.ſi*
alienum.49.§.in extraneis.leg.liber.homo.59. §.ſi heres. D.
de hered.inſtit. Itaque vt inſtitutio valeat poſthumi ne-
potis Aquiliani, non illud ſufficere poteſt, quod ſub
conditione fiat, cuius euenientis tempore poſthumus
ſuus reperiatur (qui teſtamenti tempore fuit alienus:
Nec ſi ea conditio adiecta ſit, *ſi ſuus heres erit*: ſed ita in-
ſtitutionem concipi oportet vt eueniens quandocunq;
conditio retrotrahi nequeat, & defendi poſſe poſthu-
mum ſuum inſtitutum ipſo quoque factæ inſtitutionis
tempore inſpecto. Id verò ita fiet, ſi inſtitutionem præ-
cedat particula *tunc*, quæ impediat ante mortem filij
15 nepos inſtitutus videatur: † Exemplo non ineleganti
eius quod ſcriptum eſt in *l. ei qui ſoluendo. 88. de hered.*
inſtit. Ei qui ſoluendo non eſt ita demum poſſe ſeruum
cum libertate heredem exiſtere, & alium præterea he-
redem adijci, ſi teſtator ita ſcripſerit *Stichus ſeruus meus*
liber & heres eſto: ſi mihi Stichus heres erit tunc Titius
quoque heres eſto. Nam ſi ſimpliciter ſcriptum eſſet poſt
Stichi inſtitutionem, *Si mihi Stichus heres erit, Titius*
quoque heres eſto, non adiecta particula *tunc*, non magis
poſſet Stichus liber & heres eſſe quàm ſi ita ſcriptum
eſſet, *Stichus heres eſto*: cùm ea conditio *ſi heres erit* in
neceſſario herede qui non poteſt heres non eſſe pro
conditione non ſit, nec impediat quominus Titius pu-
rè coheres datus videatur, argum. *l.quod ſi ea, 18. D. de*
condict.indeb.l.ſi pupillus.9.§.1.de nouat. Nam & ſi Sti-
cho ſub ea condicione *ſi heres non eſſet*, Titius ſubſtitu-
tus fuiſſet teſtamentum à ſubſtituto incipiendum eſ-
ſet, *l.ſi is qui ſoluendo.57.de hered.inſtit.* Quamuis in cæ-
teris heredibus non neceſſariis, Si Mæuius heres in-
ſtitutus ſit deinde Titius ſub ea condicione, *ſi Mæuius*
heres erit, expectanda ſit Mæuij aditio tanquam alia
quælibet condicio, nec priùs heres eſſe Titius poſſit,
quàm Mæuius adierit, *leg.3.§.ſi quis ita eod. titul.* nem-
pe quia poteſt conditio non exiſtere Mæuio repudian-
te. At cùm in Titij inſtitutione adiecta eſt particula
tunc poſt ſerui neceſſarij inſtitutionem, fit neceſſariò
quod Caius ſcribit in *d. l. ei qui*, vt non poſſit Titius
heres eſſe antequam Stichus ex teſtamento heres exti-
terit, quia nec ante id tempus inſtitutus intelligitur,
qui alioqui purè inſtitutus videretur. Poſtea verò quàm
ſemel heres extitit ſeruus, non poteſt adiectus efficere
vt qui ſemel heres extitit deſinat heres eſſe. Itaque
intelligimus particulam *tunc* ſi poſt condicionem ap-
poſita ſit, facere vt conditioni inſit tempus, hoc eſt,
vt ex tempore duntaxat impletæ conditionis inſtitutio
facta videatur. † Nec eſt contrarium quod dici ſolet, 16
heredem non poſſe ex tempore inſtitui, ſicut nec ad
tempus, neque ex condicione, neque ad condicionem
præterquam à milite, *l.hereditas.34.de hered. inſtit. l. in*
fraudem.15.§.miles.l.quærebatur.19.in fin. l. miles ita. 41.
in princip.de teſtam.milit. Id enim eo demum caſu ve-
rum eſt quo poſt mortem teſtatoris dies aut condicio
euenire poteſt, ne alioqui fiat vt pro parte temporis
teſtatus pro alia parte inteſtatus deceſſiſſe quis videa-
tur, quod in paganis receptum non eſt ſiue ratione bo-
norum eam ſucceſſionis diuiſionem inducere velis,
ſiue ratione temporis vulg. *l. ius noſtrum. 7. de regul.*
iur. iunct. d.l miles ita. At nos cum de formula Aquilia-
na tractamus de ea die & condicione loquimur quam
viuo teſtatore euenire neceſſe ſit: ſic enim habet for-
mula, *ſi filius meus me viuo moritur tunc*, &c. vt pro-
inde nihil incommodi poſſit conſequi tametſi hæc in-
ſtitutio tanquam ex die & ex conditione facta non re-
trotrahatur ad diem conditi teſtamenti, cùm viuo te-
ſtatore de teſtati aut inteſtati ſucceſſione quæri non
oporteat, *arg.l.poteſt quis.56.D de hered. inſtit.* Quod ſi
particula *tunc* abeſſet, haud dubiè retrotraheretur in-
ſtitutio tanquam non ex condicione, ſed ſub conditio-
ne facta, & quidem ad tempus facti teſtamenti, & con-
ſequenter ad id tempus quo poſthumus nepos alienus
fuiſſet, atque ita perinde corrueret, aut vt veriùs di-
cam, ab initio inutilis eſſet, ac ſi ea condicio adſcripta
eſſet, *ſi nauis ex Aſia veniſſet.* In ſpecie autem *d. l. ei qui*
ſoluendo, etſi proponitur Titius inſtitutus ex ea condi-
cione quæ non niſi mortuo teſtatore potuerit contin-
gere, quia viuentis hominis ſuus quidem heres eſſe po-
teſt, ſed neceſſarius heres exiſtere nemo poteſt, non
ideò tamen fit vt vllo inſtanti videatur teſtator fuiſſe
inteſtatus, quippe qui neceſſarium habuerit heredem,
in cuius perſona totius aſſis hereditarij acquiſitio con-
ſtitit, quaſi inſtituto Titio non in eodem aſſe aut eiuſ-
dem aſſis aliqua parte, ſed in dupondio, licèt illo poſt-
ea adeunte aſſes ſinguli ad ſemiſſes reducantur, *l. item*
quod Sabinus. 17. §. ſed ſi aſſe expleto eod tit. de hered. inſt.

† Denique ſeparanda eſt inſtitutio quæ fit ſub conditione, ab ea quæ fit ex conditione. Illa tetrotrahitur exiſtẽte quandocunque conditione, ſiue conditio talis ſit quæ viuo teſtatore poſſit contingere, ſiue talis quæ non niſi eo mortuo; ſed cum hac tamen conditione, vt quæ cõditio viuo teſtatore impleatur, retrotrahatur ad tempus teſtamenti ac ſi purè inſtitutio fuiſſet. Quæ antem poſt obitum teſtatoris ea primam tetrotrahatur ad tempus mortis, ac ſi purè & ſtatim poſt mortẽ teſtatoris delata hereditas fuiſſet, & rurſum à tempore mortis ad tempus teſtamenti. Illa verò inſtitutio quæ fit ex conditione nunquã tetrotrahitur, ob idque nec permiſſa eſt in pagano niſi cum talis conditio eſt, vt diximus, quam viuo
18 teſtatore impleri neceſſe ſit. † Parum igitur cautè Bartolus Aquilianam formulam ideò receptam eſſet, ait quòd quanquam alienus poſthumus per eam inſtituatur, ipſius tamen inſtitutio confertur in id tempus & in eum caſum quo ſuus erit. Debuit enim potius dicere idcirco receptam eſſe formulam, quòd per eam nõ alienus, ſed ſuus poſthumus inſtituatur, vtpote facta inſtitutione ex ea die & conditione qua exiſtente non poſſit hic poſthumus nepos ſuus non eſſe, vt verum ſit non ſolum nullo tempore inſtitutum fuiſſe poſthumum alienum. Etſi namque dici ſolet parum referre quo tẽpore quid fiat, ſed id præcipuè tempus inſpiciendum eſt in quod diſpoſitio conferatur. *l. quod ſponſa. 4. C. de don. ant. nupt. l. ſi ergo. 9. §. ſi lienis de iur. dot. l. Stichus. 39. de manum. teſt.* non tamen habet id locum in inſtitutionibus, in quibus conſtat præcisè ſpectandũ tẽpus teſtamenti, vt ſciatur an ab initio cõſtiterit, nec ſufficere vt mortis aut aditæ hereditatis tẽpore valere potuerint, *l. pen. de regulis iuris. l. Si alienum. 49. §. in extraneis. dict. l. liber. homo. 59. §. ſi heres de hered. inſtit. l. eius qui apud hoſtes. 8. D. qui*
19 *teſtã facer. poſ. l. 1. in princ. de leg. 3.* † Vnde illud fit quod ſcriptũ eſt in *l. tẽpus 62. eodem titul.* vt in tempus capiẽdæ hereditatis inſtitui heredem poſſe beuolentiæ ſit, nẽpe quia iuris ratio repugnabat. Beneuolè tamen receptum eſt non tam fauore teſtamentorũ quã odio legum quibus prohibentur ex teſtamento capere qui alioquin capere poſſent, quoniam pœnales ſunt, *l. ſi is qui heres. 31. de vulg. & pupill. ſubſt.* Eſt enim humanum vt qui teſtamenti aut mortis tempore capere non potuit eo ſaltem tempore capiat quo capere poteſt, ſi modò in id tempus collata ſit inſtitutio. Quod autem ſequitur, *idem & in legato*, non hunc ſenſum habet vt eadem prorſus ſit hac parte legati & inſtitutionis ratio (neque enim in legatis inſpicimus tempus teſtamenti ſi modò teſtamẽtũ valeat, ſed id duntaxat quod deberi incipiant.) At, vt quãuis in cæteris legatis cùm quæritur an debeantur ſpectari oporteat tẽpus quo dies eorũ ceſſerit, vt valeãt tamen quæ incapaci relicta ſunt, tametſi eo quoq; tẽpore ſit incapax, dum tamen in id tempus legatũ collatum ſit quo capere poterit, nec ideò quicquã in fraudem legis factum videatur. Quæ etiã fortaſſis ratio eſt, *l. ſi ſeruus eius. 82. de acquirend. hered.* à Cuiacio malè ex-
20 plicata ad *l. ſi alienũ. 49. in fin. de heredis inſtit.* † Itaq; fatendũ eſt, nõ potuiſſe Gallum Aquiliũ facere ſalua iuris ratione vt alienus poſthumus inſtitui vllo caſu poſſet, ne quidẽ collata in id tẽpus inſtitutione quo eſſet ſuus. Fuiſſéq; in eam rẽ neceſſarium legis nouæ auxiliũ apparet manifeſtè ex lege Vellea, cuius primo capite nihil aliud cõſtitutũ eſt, quã vt liceat eũ poſthumũ inſtituere aut exheredare qui teſtamenti tempore ſit alienus dũmodo naſcatur ſuus. Quanquã cum iam per Aquilianã formulam repetta eſſet ratio inſtituendi nepotis nati poſt mortẽ aui, non fuit neceſſaria lex Vellea niſi eo demum caſu quo nepos hic viuo auo naſceretur, aut filius viuo patre (ſpectat enim primum caput legis Velleæ ad omnium graduum poſthumos ſiue patri ſiue auo ſui naſcantur, *dict. leg. Gallus. §. nunc de lege & §. ille caſus leg. 3. §. 1. de iniuſt. rupt.*) Neque ad alium ſanè caſum lex Vellea pertinet, ſi verba inſpicias. Sic enim habẽt, *vt ſi parente viuo naſcantur, d. §. nunc de lege in fin.* quo etiam referendũ eſt, quod in eadem, *leg. Gallus. §. & quid ſi tantùm,* ſcriptũ eſt caſus illos quibus ſuus heres poſt mortem aui naſcatur ad legem Velleam non pertinere. Sed ſi legis mentem & ſententiam inſpicias dubitandũ non eſt, cùm voluerit valere poſthumi alieni inſtitutionem ſi modò ſuus naſceretur eo caſu quo difficilius erat admitti vt inſtitui poſſet, hoc eſt in quo vita aui naſceretur, multò magis voluiſſe eam vt valeret inſtitutio alieni poſthumi qui ſuus naſceretur etiamſi mortuo teſtatore. Cur autem difficilior fuerit inſtitutio poſthumi viuo teſtatore nati quam eius qui mortuo dicemus poſtea. Idque eſt, meo iudicio, quod Scæuola ſenſit in *dict. §. & quid ſit tantùm,* cùm ait, *Sed ex ſententia legis Vellea hac omnia admittenda ſunt.* De quo tamen fuſius tractandum nobis eſt ad eum locum.

CAPVT II.

Ex quo iure deſcendat poſthumorum ſuorum & alienorum inſtitutio, & ad §. vltim. l. Titius a 5. de liber. & poſthum.

SVMMARIA.

1 *Cur incerta perſonæ nec inſtitutionis nec vllo alio titulo relinqui quicquam poſſet?*
2 *Cur poſthumi, licèt eorum perſona incerta ſit, inſtitui vel exheredari debeant?*
3 *Aquiliana formula introducenda occaſio.*
4 *Cur in illa formula de auo tantum & nepote poſthumo Aquilius loquatur?*
5 *Cur item de illo nepote duntaxat qui poſt aui mortem naſcitur?*
6 *Legis vellea ferenda occaſio.*
7 *Poſthumi alieni inſtitutionem iure ciuili improbatam a Pratore receptam fuiſſe.*
8 *Explicatur* §. vlt. l. Titius de liber. & poſthum. *& Cuiacij ad eum interpretatio reijcitur?*
9 *Cur in* d. §. vlt. *pro non nato habeatur, qui eadem ipſa die & paulo ante teſtamentum inſcio teſtatore natus eſt?*
10 *Vera quaſtio* d. §. vlt.

RESTAT vt moneamus poſthumorum ſuorum inſtitutionem non ex lege duodecim tabularum deſcẽdere, vt malè quidam putant, ſed ex prudentum ad eam legem interpretatione, † ex qua & illud iam inductũ erat vt incertæ perſonæ nec inſtitutionis nec alio vllo titulo relinqui quicquam poſſet, vt Vlpianus in fragmentis ſcribit, *tit. 22. qui hered. inſtit. poſſ. § incerta perſona.* vbi rationem illam reddit quod certum eſſe debeat conſilium teſtantis. Nam cùm lex duodecim tabularum cauiſſet vt quemadmodum paterfamilias ſuper ſua re pecuniàve legaſſet ita ius eſſet. *l. verbis legis. 120. de verb. ſignific.* abſurdum iuriſconſultis viſum eſt eam teſtatoris voluntatem ius facere quæ nec conſilio nec iudicio certo regeretur, iudicium verò aut conſilium certum eſſe non poteſt, quoties incertæ perſonæ quid relinquitur, *§ incertis, & §. ſed nec huiuſmodi verſicul. tutor, Inſt. de leg.* † poſthu- 2
1 mi porrò perſona eſt incerta, aut ſi malis loqui cũ Teophilo, ſimilis incertæ perſonæ, cum nec per ipsã rerum naturam certum ſit an quandoque ſit naſciturus necne, & an maſculus an fœmina an vnus pluresve, imò nec animal eſſe videtur, ſed ſpes tantum quædam animantis, *l. 1. de ventr. in poſſ. mitt.* & portio viſcerũ matris, *l. 1. §. de ventr. inſpic.* Quia tamen præteriti rumpebant parentum teſtamenta ſi ſui naſcerẽtur, quaſi pro natis haberi debuiſſent qui moriẽte patre legitimè cõcepti fuiſſent, vt Caius *lib. 1. Inſtit. ſcribit tit. de nat. §. vlt. & lib. 2. titul. 3. de exhered. liber. §. poſthumorum. l. qui in vtero. 55. de ſtat. hom.* (quo tamẽ loco obiter de legitimis hereditatibus

nominatim

nominatim agi, quia quod ad teſtamentarias attinebat, poſthumus iure ciuili non habebatur pro nato) induci tandem neceſſe fuit vt inſtitui vel exheredari poſſent, quod ſignificat non obſcurè dictio illa placet in *l. 4. de liber. & poſth.* fauore ſcilicet teſtamentorum ſui heredis agnatione rumperentur, *l. inter cætera. 30. eodem*, cuius prior pars ad poſthumos liberos, poſterior ad iam natos pertinet. Poſthumi namque rumpunt quod ab initio validum fuit, iam nati cùm præteriti ſunt, faciunt vt ab initio teſtamentum inutile ſit, *l. 1. de iniuſt. rupt.* Quemadmodum autem ſola neceſſitatis vis hoc extorſit vt inſtitui poſſint poſthumi ne rumpant: ita de iis ſolis poſthumis inſtituendis aut exheredandis egerunt Iureconſulti qui poſſunt rumpere, hoc eſt qui ſui ſunt non etiam de alienis. Alieni enim rumpere non
3 poſſunt, *§. eſt autem alienus. Inſt. de leg.* † At quoniam & qui alieni ſunt tempore teſtamenti poſſunt eſſe ſui cùm naſcuntur, atque ita rumpere (quia cùm quæritur an teſtamentum agnatione rumpatur natiuitatis, non conceptionis tempus inſpicimus) inueſtigāda neceſſariò fuit formula per quam poſſet vtiliter inſtitui poſthumus, hic qui teſtamenti quidem tempore alienus eſſet, poſtea verò ſuus naſceretur. Quam ſubtiliter Gallus adinuenit, docens faciēdam inſtitutionem ex eo tempore quo
4 ſuus erit, & ita demum ſi poſt aui mortem naſcatur. † De auo tantum locutus eſt Gallus & de nepote, quia fieri nequeat vt poſthum⁹ primi gradus ſit alienus quo tempore pater moritur, deinde naſcatur ſuus. Cùm, vt ſuperiore capite monuimus, alienus aut ſuus poſthum⁹ ex inſtanti cōceptionis dignuſcatur, nulla autem ſtatus mutatio poſſit accidere in illo qui nondum in hominū natura eſt. In nepote ſecus eſt, propter ſtatus mutationem quæ in perſona patris medio tempore poteſt con-
5 tingere. † De illo autem nepote duntaxat qui poſt aui mortem naſcitur. Gallus idcircò præſcripſit formulam, quia poſthumi quandocunque poſt teſtamentum viuo teſtatore nati inſtitutio permiſſa non erat, nec ſi ſuus eſſet, quia nec erat neceſſarium vt permitteretur, valente ſcil. teſtatore teſtamentum quod ſe viuo per agnationem ruptum eſſet pro arbitrio mutare ſibiq; proſpicere. Cum tamen poſſet etiam aliquando contingere, & verò contingeret ſæpiſſimè vt mutare teſtamentum paterfamilias nō poſſet aut quod peregrè ageret, ac in loco vbi ciuium Romanorum copia non eſſet, aut morbo fortaſſis oppreſſus repentino: Tandem animaduerſum eſt neceſſarium quoq; eſſe, vt huic periculo prouidere-
6 tur. † Eāmque in rem lata eſt, vt diximus, lex Vellea, quæ licèt ad poſthumos poſt teſtatoris mortem natos non pertineat, ſufficiente nimirum, quod ad poſthumos filios iure ciuili antiquo, quòd ad nepotes verò, formula Galli Aquilij (ſupplenda tamen hactenus vt non nepotis tantum mentio fiat, ſed etiam pronepotis, nec mortis tantum caſus exprimatur, ſed etiam cæteri ſimiles per quos euenire poſſit vt nepos aut pronepos viuo auo fiat ſuus) multò magis tamen ex ſententia Velleij ad illos quoq; pertinebit qui poſt mortem aui naſcuntur, quippe quorum inſtitutio fuerit facilior, eóque fauorabilior, quòd eorum præteritio periculoſior erat. Pertinebit autem ita vt poſthumus nepos inſtitutus, ſicuti Gallo Aquilio placuit, & caſu tantum mortis expreſſo perinde vtiliter inſtitutus videatur, licèt alia ratione quàm morte patris ſuus heres auo factus ſit: cùm alioqui ſi lex Velleia nō eſſet inſtitutio corrueret, quaſi non inſtituto poſthumo nepote in eum caſum qui euenit, & in quem nominatim inſtitui potuerat ex interpretatione ſuppletiua ad Aquilij formulam appoſita, vt ſequenti capite docebimus. An autem poſthumus nepos inſtitutus per Aquilianam formulam, & viuo auo ſuus natus pro vtiliter inſtituto habendus ſit, ſiue ex formula Galli, ſiue ex verbis aut ſententia legis Velleæ alia
7 quæſtio eſt de qua dicemus ad *§. quid ſi infra.* † Illud ſanè annotandum eſt, Poſthumi alieni inſtitutionem iure ciuili improbatam à Prætore tamen receptam fuiſſe vt Iuſtin. refert in *Inſt. tit. de bon. poſſ. in princ.* Quo ſenſu dubiè accipiendū eſt quod idem Iuſt. ſcribit in *§. poſthumus autem. Inſt. de leg.* poſthumū heredem inſtitui, & nūc poſſe, & antè potuiſſe, ſcil. iure Prætorio. Ita enim loqui eum neceſſe fuit vt oſtenderet differentiam inſtitutionis & legatorum de quib. paulò antè dixerat. Legata ſiquidem alieno poſthumo relicta vſq; adeò inualida erant, vt nec iure Prætorio ſuſtinerētur. Inſtitutiones ſuſtinebantur tanquā fauorabiliores, *l. poſthumus 6. D. de inoff. teſta. l. 1. §. ſi filius in adoptione. l. extraneo. 6. de ventr. in poſſeſſ. mitt. l. 3. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* † Quę 8
etiam Pauli ſententia eſt in *§. vlt. l. Titius. 25. de liber. & poſthum.* vbi tractās de inſtitutione alieni poſthumi qui nullo caſu ſuus naſci poterat, reſpōdet iure factam eam videri. Nam & iure facta dici poteſt inſtitutio quæ iure Prætorio ſuſtinetur, cùm parum referat, quòd ad tabularum effectum attinet, an ex iis adita hereditas, an bonorum poſſeſſio peti poſſit. *l. nō putauit. 8. §. à primo gradu. l. quod vulgo 19. de contr. tabul.* Malè autem Cuiacius locum illum Pauli explicat, defendens in ea ſpecie valere poſthumi alieni inſtitutionē, quòd is iam reuera natus eſſet facti teſtamenti tēpore, quaſi plus valere debeat quod in re eſt quam quod in opinione teſtatoris, qui nondum natum arbitrabatur. Nam imò verò dubitandi ratio apud Paulum illa erat, quòd natus iam fuiſſet teſtamēti tempore quem teſtator adhuc in vtero eſſe putabat vt apertè ſonant verba illa, *verba quidem teſtamenti ad eum pronepotem directa videri, qui poſt teſtamentum factum naſceretur.* Decidendi verò illa eſt, quā Accurſius & Bartolus non ignorarunt, † quod inſpecta voluntate teſtatoris & ex probabili eius errore pro non nato ha- 9
beri debeat qui eadem ipſa die & paulò ante inſcio teſtatore natus eſt. An quia, vt illi generaliter tradunt, prouiſio à teſtatore facta in vnum caſum porrigi debeat ad alium in quo veriſimiliter teſtator prouidiſſet, ſi de eo cogitaſſet? Minimè. Obſtat enim, *l. commodiſſimè. 10. l. ſi ita ſcriptū. 13. eod. tit.* aliæque ſimiles innumeræ. Sed quia probabilis erat & omnino excuſandus error teſtatoris, quòd & eadem die qua teſtamentum factum erat, neptis enixa fuiſſet, & teſtamentum in ciuitate ſcriptū eſſet, neptis autem ruri agens extra ciuitatem peperiſſet. Eſt igitur caſus hic valde ſingularis propter cōcurrentes circunſtantias loci & temporis: quæ ſi abeſſent, vix eſt vt ob ſolam teſtatoris ignorantiam idē reſponſurus Paulus fuerit, quod & ſatis apertè ſignificat ille cùm ita ſcribit, *ſed ſi vt proponitur eadem die qua teſtamētum factum eſt neptis teſtatoris antequam teſtamētum ſcriberetur, enixa eſſet*, ne quia fortè reſponſum illud traheret ad conſequentias. † Cæterum non de illo tractat. An poſthumus hic iure inſtitui potuerit (certum enim erat 10
iure ciuili non potuiſſe, Prætorio potuiſſe) ſe de hoc duntaxat, An inſtitutus eo iure & modo quo inſtitui potuit ob id minùs ritè videri debeat inſtitutus, quòd iam natus eſſet teſtamenti tempore quem teſtator adhuc in vtero eſſe exiſtimabat. Planè conſtat hodie ex Iuſtiniani conſtitutione, quæ tamen in Codice non extat, inſtitui poſſe alienum poſthumum perinde ac ſuum nulla adhibita diſtinctione, poſſeque ei & legari & fideicommitti ſi eidem Iuſtiniano credimus in *d. §. poſthumo quoque alieno. Inſtit. de leg.* Et conſequenter cùm iure ciuili valeat talis inſtitutio ſuperuacuus eſt tractatus de formula Aquil. & lege Vellea, præterquam hoc vno intuitu quòd turpe ſit non tantum viro Patricio, ſed etiam omnibus qui ſe Iureconſultos audiant dicere, iuris in quo verſantur rationem ignorare, & in veterum prudentum reſponſis interpretandis cæcutire.

Capvt III.

Ad §. & quid ſi tantùm. l. Gallus de liber. & poſthum.

SVMMARIA.

1 *Reiicitur Goueani & aliorum interpretatio ad hac verba* ſed ex ſententia legis Velleæ, *&c.*

2 *Illa verba ſecundi, non primi capitis eſſe.*

3 *Cuiacij ad eadem verba interpretatio.*

4 *An caſus mortis, ſi ſolus in Aquiliani nepotis inſtitutione comprehenſus ſit, ad emancipationis, deportationis aut captiuitatis caſum trahi poſſit?*

5 *Conditionem inſtitutioni adiectam in forma ſpecifica impleri oportere.*

6 *An caſus mortis in poſthumi nepotis inſtitutione expreſſus ad alios caſus ex verbis legis Velleæ extendi poſſit?*

7 *Cur in Galli Aquilij formula neceſſaria fuerit conditionis adiectio, in caſu legis Velleæ non item?*

8 *Quidnam ſit illud, quòd ex ſententia legis Velleæ admittendum eſſe Scæuola ſcribit in* d. §. & quid ſi tantùm.

9 *Galli Aquilij formulam ſuppleri potuiſſe, formulam verò inſtitutionis à teſtatore facta ad alios caſus non expreſſis extendi non potuiſſe.*

10 *Delentur è* d.§. & quid ſi tantùm, *verba illa*, vt ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus admittendi ſint.

11 *Cur Scæuola in* d. §. *deportationem ab emancipatione ſeparet, & de filio deportato non autem de nepote emancipato tractet.*

1 IN † hoc §. illud imprimis obſcurum eſt quod ſcribit Scæuola, *ſed ex ſententia legis Velleæ & hac omnia admittenda ſunt.* Antonius Goueanus Iureconſ. acutiſſimus, & perſpicaciſſimus cuius extant perelegantes duplicéſque in totam legem hanc commentarij, verba illa *legis Velleæ*, piſpungenda eſſe cenſet vt quæ ſint inepti interpretis, & quaſi de Galli Aquilij non de legis Velleæ ſententia Scæuola ſenſerit. Alij ſic interpretantur poſt Accurſium & Bartolum, vt Galli Aquilij formula ſuppleatur per legem Velleam quæ omnes rumpendi caſus complexa eſt verbis illis generalibus, *ſi ſuus*
2 *heres eſſe deſierit.* Omnino malè. † Sunt enim ea verba ſecundi capitis non primi, *d. §. ſequenti parte.* Secundum autem caput legis Velleæ non ad poſthumos pertinet, ſed ad eos tantùm nepotes qui teſtamenti tempore iam nati eſſent viuo adhuc parente ſuo herede, poſteáque in ſui heredis locum viuo auo ſucceſſiſſent. Atqui Gallus non niſi de poſthumi nepotis inſtitutione egit. Cùm igitur nihil commune habeat formula Galli Aquilij cum ſecundo capite legis Velleæ, fieri nullomodo poteſt vt ex eius ſententia interpretationem recipiat, ſed tantùm ex ſententia primi capitis, quo vt diximus, etiã alieni poſthumi inſtitutio permittitur, adeóque quod magis eſt viuo teſtatore nati. Vtrumque contra veteris iuris rationem, illud duntaxat requiritur vt qui inſtitutus eſt ſuus naſcatur. Cur non igitur multò magis admittamus, poſthumum nepotem ex eo tempore inſtitutum quo ſuus futurus eſſet auo mortuo ex præſcripto Galli Aquilij, vtiliter inſtitutum intelligi quamuis non per filij mortem poſitam in conditione inſtitutionis, ſed alia qualibet ratione ſuitatis iura nactus ſit, &
3 poſt aui obitum natus? † Nec felicior Cuiacius, qui horum verborum, *ex ſententia legis Velleæ*, hunc ſenſum eſſe arbitrabatur, vt quemadmodum lex Vellea viuo teſtatore agnaſcentib. poſthumis caſus omnes rumpendi complexa eſt, ita putauerit ſatis, iure antiquo poſt mortem agnaſcentibus poſthumis comprehendi omnes caſus, hoc eſt, vt idem ille interpretatur, potuiſſe ante legem Velleam inſtitui nepotem qui poſt mortem aui naſceretur, in omnem caſum quo ſuus naſceretur, ſiue nominatim caſus ſinguli, puta deportationis, emancipationis, & captiuitatis, nominatim inſerti eſſent inſtitutioni, ſiue ſimpliciter, aut generalibus verbis inſtitutio facta fuiſſet. † Sic enim putat vir doctiſſimus, caſum mor- 4
tis, ſi ſolus in Aquiliani nepotis inſtitutione comprehenſus ſit, non poſſe trahi ad caſum deportationis aut emancipationis, aut captiuitatis, ſed eam Scæuolæ mentem eſſe vt poſſit nepos inſtitui non ſub ea tantum conditione, quam Gallus expreſſit, *ſi filius meus me viuo morietur*, ſed ſub hac quoque *ſi filius meus me viuo deportabitur, aut ab hoſtib. capietur, aut emancipabitur.* Cuius opinionis auctorem laudat vnum Æmilium Perrotum, veterum illorum interpretum errorem ſecutum, quem à communi Doctorum ſchola iam olim exploſum fuiſſe Caſtrenſis teſtatur. Et optima quidem ratione exploſus is fuit. Quis enim tam ineptus ſit vt dubitare queat, an poſt dictatam Aquilianam formulam liceat teſtatori, ſicut mortem filij, ita deportationem, captiuitatem, & emancipationem in conditione ponere? Aut cur in eam rem neceſſarium dicamus auxilium legis Velleæ, quæ nec mortis, nec deportationis, nec alium vllum caſum ſpecialiter expreſſit, ſed generaliter illum duntaxat quo poſthumus qui teſtamenti tempore alienus fuiſſet ſuus naſceretur etiamſi viuo auo? De illo itaque Scæuolam dubitare fatendum eſt, an poſthumus ita inſtitutus ſicuti Gallo placuit, hoc eſt ex ea conditione, *ſi filius meus viuo me morietur*, vtiliter inſtitutus videatur eodem filio non mortuo, ſed vel deportato, vel ab hoſtib. capto Magis autem probat vt vtiliter inſtitutus nepos videatur: An quod ex verbis formulæ Aquilianæ, aut ex ſententia Galli mortis caſum expreſſiſſe ſufficiat vt ad ſimiles omnes trahi poſſit? quemadmodum vulgo creditur. Minimè. † Conditionem enim quamli- 5
bet, præſertim quæ inſtitutioni adiecta ſit in ſpecie, & vt noſtri loquuntur in forma ſpecifica, impleri oportet, *l. qui heredi 44. l. Mauius 55. de condic. & demonſtr.* & planè commentitia eſt illa Bartoli diſtinctio, an conditio voluntaria ſit, an neceſſaria ſiue ad actum ſiue ad effectum actus. Cùm ea conditio quæ in formula Aquiliana exprimitur ſit neceſſaria ad actum & validitatem inſtitutionis poſthumi nepotis, nec tamen poſſit adimpleri per æquipollens etiam fatente Scæuola ſi ſubtrahas interpretationem quam ille ex ſententia legis Velleæ mutuatur. Idque & Bartolus ipſe bene vidit, ſed hanc obiectionem ita diluit, vt dicat non poſſe conditionem hanc adiectam inſtitutioni nepotis Aquiliani, *ſi filius viuo auo morietur*, impletam videri ſi filius deportatus ſit aut emancipatus, quòd ea interpretatio eſſet contra legem quæ alieni poſthumi inſtitutionem prohibet. Quaſi verò eo caſu quo mors filij expreſſa eſt permiſerit Gallus aut permittere potuerit poſthumi alieni inſtitutionem, aut quaſi conditione ſic concepta, *ſi filius meus me viuo morietur*, videri debeat poſthumus inſtitutus in eum caſum quo ſuus erit, potius quàm ſi conditio illa adſcripta eſſet, *ſi filius meus viuo me deportabitur aut ab hoſtibus capietur*, quorum tamen omnium nihil certè dici poteſt. Ergo caſus mortis expreſſus in inſtitutione poſthumi nepotis, non trahetur ad ſimiles, ſiue verba formulæ, ſiue mentem Aquilij, ſiue denique ſententiam teſtatoris reſpicias quæ ex verbis concipi poſſit. Alia enim tenera conditio mortis, alia emancipationis, alia deportationis, alia captiuitatis, caſúſque planè diuerſi ſunt. Proinde non licet Iuriſconſulto caſum vnum ad alium porrigere: quia id demum ſupplere eſſet non interpretari, *l. commodiſſimè. 9. de liber. & & poſthum.* Eſſétque in eam rem neceſſarium reſcriptum Imperatoris manca prudentum poteſtate, vt in *l. vlt. C. de poſt. hered. inſtit. l. 3. C. de inſtit. & ſubſtit. l. iam hoc iure. 4. de vulgar. ſubſt.* † An igitur fiet ea extenſio ex verbis 6
legis

legis Velleæ? Multò minus, ſiue prius ſiue poſterius le-
gis caput adferas. Vtrunq; enim loquitur de liberis na-
tis viuo teſtatore. Nos cum Aquilio de poſthumo nato
poſt mortem aui. An denique ex ſententia legis Velleæ
inducemus, vt ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus ad-
mittendi ſint? Ita Scæuolæ verba præ ſe ferunt. At neq;
hoc dici poteſt. Nec enim vllo capite legis Velleæ aut
mortis aut alius quiſquam caſus expreſſus eſt, aut etiã
per interpretationem ſupplẽdus. Nam ſicuti nullam in-
ſtituendi poſthumi formulam Velleus præſcripſit: vt-
pote cui legem roganti facilius fuerit nouum ius face-
re, quam formulam nouã cõſcribere: ita neq; conditio-
nem vllam inſtitutioni poſthumi aut nepotis iam nati
adſcribi iuſſit, ſed generaliter conſtituit priore quidem
capite, vt quibuſcunq; verbis facta poſthumi, ſiue filij,
ſiue nepotis, inſtitutio valeret ſi modò poſthumus ſuus
naſceretur etiamſi viuo auo. Poſteriore verò, vt qui in
locum ſui heredis ſuccederet quacunq; tandem ratione
prior ſuus heres eſſe deſiiſſet, ſi modò vtiliter inſtitu-
7 tus eſſet, aut exheredatus, teſtamentum non rumperet.
† Et verò in formula Galli Aquilij ideò neceſſaria fuit
conditionis adiectio quòd ſimpliciter inſtitui non poſ-
ſet poſthumus qui teſtamenti tempore alienus erat, eſ-
ſetq; neceſſe inſtitui illum ex eo demum tempore quo
ſuus eſſet: quæ etiam dubitãdi ratio eſſe videtur ad *l. 2.*
in prin. de iur. codic. vbi agitur de legato relicto poſthu-
mo in codicillis teſtamento cõfirmatis, quorum ſingu-
lare ius eſt vt quæcunq; in iis ſcribuntur perinde ha-
beantur ac ſi in teſtamento relicta eſſent, *§. codicillorum*
eadem l. In caſu legis Velleæ non eſt neceſſaria, quia
permittit puram alieni poſthumi inſtitutionem dum-
modo naſcatur ſuus. Quòd ſi contendas, vel hoc ipſo
poſſe ex ſententia legis Velleæ ſumi interpretationem
vt caſus mortis trahatur ad ſimiles, quòd lex Vellea non
diſtinxerit qua ratione fiat vt poſthumus nepos naſca-
tur ſuus: Dicã, Imò verò fieri non poſſe vt ad hãc inter-
pretationẽ & extenſionẽ aptetur ſentẽtia legis, quę nec
8 conditionem inſtitutionis, nec caſum vllũ requirat, nec
aliud quicquã præter ſuitatẽ natiuitatis tẽpore. † Quid
ergo eſt quod ex ſententia legis Velleæ admittendũ eſſe
Scæuola ſcribit? Illud nimirum, vt nepos inſtitutus ex
præſcripto formulæ Aquilianæ ſolo caſu mortis ex-
preſſo vtiliter inſtitutus videatur, nec rũpat teſtamentũ
quandocunque poſt aui mortem natus ſuus, licèt filius
qui teſtamenti tẽpore ſuus erat non mortuus fuerit viuo
auo, ſed vel deportatus, vel ab hoſtib. captus. Idque non
propter vim formulæ Aquilianæ, quæ ſanè manca eſt
cùm ſolũ mortis caſũ exprimit, ſed poteſtate legis Vel-
leæ, quæ admittit inſtitutionem poſthumi etiam alieni,
etiã nati viuo auo aut patre. Eſt enim legi conueniens
ea interpretatio, vt eadẽ lex multò magis defendere vo-
luerit vtilẽ ab initio poſthumi inſtitutionẽ ex eo demũ
tempore factã quo ſuus eſſet. Sufficit námq; ad defen-
dendã inſtitutionem vt caſum aliquem vtilem habuerit
argu. *l. Stichus. 39. de manum. teſtam. l. pater filio. 54. de he-*
red. inſtit. quomodo hic caſum illum vtilẽ habuit: Si fi-
lius viuo auo mortuus fuiſſet. Ex quo intelligimus ſi lex
Vellea ſecuta non eſſet aliud reſpõſuros fuiſſe Iurecõ-
9 ſultos. † Quamquam enim ſupplere potuerunt Galli
formulam hactenus vt quod de mortis caſu exprimẽdo
prodiderat idem de cæteris caſib. morti ſimilibus expri-
mendis ſenſiſſe videretur, hoc eſt vt quemadmodũ po-
teſt auus ex ea conditione inſtituere nepotẽ, *ſi filius viuo*
ſe morietur, ita & poſſit ex illa, *ſi filius viuo ſe deportabi-*
tur, aut ab hoſtib. capietur, attamen formulã inſtitutionis
à teſtatore factæ in caſum duntaxat mortis filij de qua
tractatur in hoc §. ſupplere non potuerunt, & ad alios
caſus non expreſſos extendere. Siquidem longè facilius
eſt ſupplere formulam Galli Aquilij vt permittamus
auo inſtitutionem aliis verbis concipere, dummodo ex
verbis apparere poſſit inſtitutum nepotẽ ex eo tẽpore
quo ſuus poſthumus eſſe incipiat, quã ſupplere formu-
lã inſtitutionis, quod fieri certè nequeat quin voluntas
teſtatoris ſuppleatur. Itaq; Scæuola in §. *ſequenti parte*,
non ſic loquitur vt dicat in poſthumi nepotis inſtitu-
tione vno tantùm caſu expreſſo ſupplẽdos eſſe cæteros,
ſed *ſupplẽdos eſſe in Galli Aquilij ſentẽtia*, quaſi de omnib.
caſib. morti ſimilibus idem Aquilij iudicium fuerit vt
exprimi ſimiliter poſſint. Porrò Aquilij ſententiam ſup-
pleri nil neceſſe eſſet ſi vno tantum caſu à teſtatore ex-
preſſo cæteri ſuppleri poſſent per interpretationem. Sic
& §. *idẽ credendũ*, ſupplet Scæuola formulam Aquilij vt
licet de nepote tantùm Gallus locutus ſit, in pronepote
tamẽ idem exiſtimauerit. An vt ſi auus nepotẽ inſtituerit
cẽſeatur etiam inſtituiſſe pronepotem? Minimè. Debuit
enim pronepos ipſe inſtitui, ad hoc ne ſuccedẽdo rum-
peret. Sed vt ita ſcribere proauus poſſit, *ſi me viuo nepos* 10
decedat tunc qui ex eo pronepos mihi naſcetur, &c. † Qui-
bus conſequens eſt, planéque neceſſariò fatendum non
Scæuolæ, ſed interpretis eſſe verba illa poſtrema huius
§. *vt ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus admittendi ſint*,
quæ ſola interpretibus omnib. impoſuerũt vt loci ele-
gantiam percipere non potuerint, vtque tot commen-
tarios de caſus vnius ad alium extenſione prorſus ex-
tra rem effuderint. Putauit autem, quiſquis ille fuit ma-
lus interpres, ita intelligendum quod Scæuola ſcripſe-
rat, *ſed ex ſententia legis Velleæ & hæc omnia admittenda*
ſunt. Et verò ſi Accurſij gloſſam legas videtur ille ea
verba quæ tollimus ad ſequentis §. principium retu-
liſſe, cui tamen longe minùs conueniunt vt facilè per- 11
ſpicere quiuis poteſt. † Illud quoq; in hoc §. obſcurum
eſt, nec à quoquam hactenus benè explicatum, cur Scæ-
uola emancipationẽ ſeparet à deportatione, & cur tra-
ctet de filio deportato, non autẽ de nepote emancipato.
Et puto rationem eſſe quia filius etiam inſtitutus rum-
pit teſtamentum cùm emancipatur, non etiam nepos:
quòd quoniam obſcurius eſt & iam longiores fuimus,
explicandum relinquemus *infr. cap. 15. lib. 10.*

Capvt IV.

Quàm corruptus ſit contextus eiuſdem legis in § quid ſi filium, & quàm malè à nonnullis emendatus, ac quomodo emendari debeat.

SVMMARIA.

1 *Verba hæc* d. §. quid ſi adhuc illis viuis poſt mortem ſcilicet aui, *explicari nullo modo poſſe.*
2 *Delenda eſſe verba illa*, poſt mortem ſcilicet aui.
3 *Nepotem conceptum ex eo qui iam teſtamenti tempore apud hoſtes erat, nec vnquam reuerſus fuit, ſuum heredem auo iam à tempore teſtamenti eſſe.*
4 *Retinetur Florentina lectio in verbis* quare non induxere, *& eorum ſenſus proponitur.*
5 *Cur Iuriſconſulti non induxerint vt ex filio captiuo nepos ſecundùm Galli formulam inſtitutus vtiliter non videatur, ſiue patre & auo viuis, ſiue vtriſque mortuis ſiue alterutro tantùm viuo deceſſerit?*
6 *Cur caſus ille ad legem Velleam nullo modo pertineat?*
7 *An in* d. §. quid ſi, *ſola fictio ſufficiat, vt poſthumus medio tempore natus vtiliter inſtitutus videatur?*
8 *Verba illa* d. §. melius ergo eſt, *vſque ad finem, Triboniani non Scæuolæ eſſe.*
9 *Aliud eſſe verba teſtatoris interpretari, aliud ſupplere.*
10 *Poſthumum ita inſtitutum, ſi poſt mortem teſtatoris naſcatur, ex Iuſtiniani conſtitutione vtiliter inſtitutum videri, licèt viuo teſtatore naſcatur.*
11 *An illa Iuſtiniani conſtitutio quæ eſt* l. vlt. C. de poſthum. hered. inſtit. *ad poſthumum nepotem quoque pertineat?*
12 *Quid Tribonianum impulerit vt totum illum verborum contextum* melius ergo eſt, &c. *in* d. §. *addiderit.*

13 *Cur Scæuola in* d.§.quid ſi *de ea inſtitutionis formula loquatur, in qua mortis caſus ſpecialiter expreſſus eſt?*

CОrruptum eſſe pleriſque locis huius legis contextum, tùm ex ſectionum varietate, tum ex recentiorum commentariis apparet, quibus videas alios aliter nunc hunc, nunc illum §, *emendare*, ſicut & alij aliter interpretantur. Mihi præcipui momenti videtur eſſe emendatio illa quam nos ſuperiore capite de noſtro attulimus a § *& quid ſi tantùm*. Sed quæ à nobis nunc proponenda eſt, interpretatutis quod ſequitur in §. *quid ſi quis filium*, tantò difficilius admittenda videbitur, quantò audacior eſt, & ob id periculoſior, ac locus ipſe longè obſcurior. Ideóque apertiſſimis rationibus agendum nobis erit vt eos ſaltem ſententiæ noſtræ aſſertores habeamus, qui noſtro exemplo non iuris rationem ex recepta lectione aut Doctorum interpretatione, ſed veram lectionem legúmque interpretationem ex iuris ratione metientur. Sic ait Scæuola, *Quid ſi, qui filium apud hoſtes habeat teſtaretur? Quare non induxere vt ſi antea quam filius ab hoſtibus rediret, quamuis poſt mortem patris decederet: tunc deinde nepos vel etiam adhuc illis viuis poſt mortem ſcilicet aui naſceretur, non rumperet? Nam*
1 *hic caſus ad legem Velleam nõ pertinet.* † Hic illa primum explicari nullo modo poſſunt, *adhuc illis viuis poſt mortem ſcilicet aui*. Prorſus enim repugnat vt nepos natus ſit *viuis illis*, id eſt, *patre & auo*, de quibus ſunt præcedentia, & vt natus ſit poſt mortem aui. Nec video qua ratione Accurſij & Bartoli interpretatio probari poſſit, licèt eam Cuiacius probet vt Scæuola parùm ad id animaduertens à ſingulari numero tranſeat ad pluralem, & *viuis illis* dixerit pro *viuo illo*, id eſt, *patre*. Neque enim potuit Scæuola ſine flagitio in hoc peccare tractans ſcilicet quæſtionem illam cuius deciſio ex eo potiſſimùm pendeat an viuo auo aut patre aut vtroque aut neutro poſthumus nepos natus ſit: quod & demonſtrant ſatis ſequentia illa *poſt mortem videlicet aui*, quæ ſi Scæuola non prætermiſit, vt noſtri volunt, ne dubitatio vlla ſupereſſet quis credat imprudenti ei excidiſſe vt in eadem parte clauſulæ pluralem numerum pro ſingulari vſurpauerit? Dicerem potius ſi aliud nihil moueret quod Goueanus in prioribus Commentariis ſcripſit parum acuti interpretis eſſe verba illa *vel etiam adhuc illis viuis*, aut ita ſaltem reſtituenda vt legamus *illo viuo* quod in poſterioribus idem ille magis probauit. Quod vero nonnulli his verbis moti ſomniant tractare Scæuolam de pronepote, magis ridiculum eſt, cùm & præcedentia & ſequentia oſtendant toto hoc §. *non niſi de nepote agi*. Sed magis ridiculus Alciatus, qui locũ hunc ſic emendat vt legat, *poſt mortem ſcilicet qui naſceretur*, quæ nec vllius ſenſus lectio eſt, nec præcedentibus vl-
2 lomodo conuenit *illis viuis*. † Itaque, vt hinc noſtra coniectura incipiat, dico delenda prorſus verba iſta *poſt mortem ſcilicet aui*, & ita legendum *tunc deinde nepos vel etiam adhuc illis viuis naſceretur*, vt ſenſus ſit, quòd ad propoſitam dubitationem attinet, nihil referre an nepos ex filio ab hoſtibus capto natus ſit patre & auo mortuis an vtriuſque viuis. Neuter enim caſus aut ad Aquilij formulam aut ad legem Velleam pertinet. Non equidem ad Aquilij formulam, his verbis conceptam, *ſi filius meus me viuo morietur*, non tantùm quòd longè alius & diſſimilis caſus ſit captiuitatis à caſu mortis, ſed etiam quia filius qui teſtamenti tempore apud hoſtes fuit quandocunque in eodem ſtatu deceſſerit iam tum mortuus fuiſſe intelligitur non ex fictione legis Corneliæ vt vulgo noſtri omnes imperitiſſimè exiſtimant (neque enim fictio legis Corneliæ locum habere poteſt in perſona filijfamilias vt docebimus *lib.7. c.8.*) ſed quoniam citra fictionem ab ipſo inſtanti captiuitatis factus reuera ſeruus pro nullo & mortuo haberi de-
3 buerit *l. quod attinet. 32. de reg. iur.* † Vt proinde non ferè minus ſtultè faciat auus qui filium habens apud hoſtes vnde nunquam reuerſus ſit, nepotem ex ea conditione heredem inſtituit, *ſi filius me viuo apud hoſtes deceſſerit*, aut etiam prætermiſſis iis verbis, *me viuo*, acſi ſic ſcriberet filio iam teſtamenti tempore mortuo, *ſi filius meus morietur*. Denique Galli Aquilij formula pertinet ad inſtitutionem nepotis poſthumi qui teſtamenti tempore ſit alienus. Hic autem natus poſt teſtamentum ſiue viuis patre & auo ſiue vtriſque mortuis, ſiue alterutro tantum, ſi modò conceptus ſit ex eo qui iam teſtamenti tempore apud hoſtes erat, nec vnquam reuerſus fuit, ſuus heres auo iam inde ab eo tempore quo teſtamentum præceſſit, fuiſſe credendus eſt. Ergo non ſolum minùs ſufficiens eſt huius nepotis inſtitutio in caſu mortis filij concepta, quæ vt ſuperiore capite diximus, nec ad deportationis aut emancipationis caſum trahi poſſet, ſed & ipſa Aquiliana formula in hanc rem prorſus inepta eſt, adeò vt nec ſuppleri in ea poſſit caſus hic præſentis captiuitatis: tametſi & captiuitatis futuræ perinde ac deportationis aut emancipationis conditionem admittat. † Quapropter non male Florentina 4
lectio ſic habet, *quare non induxere*, non quomodo vulgata quam tamen Goueanus probat, *quare non induxit*. Neque enim miratur aut quærit Scæuola cur Aquilius non induxerit vt huius nepotis inſtitutio valeret (cum etiam vetere iure & ante Gallum potuerit haud dubiè poſthumus hic nepos vtiliter inſtitui defuncto quandocunque poſteà patre apud hoſtes, quaſi iam ſuus, vt dixi, quia & impunè pater eius præteriri poterat hac eadem *l. §. in omnibus & l. pen. infra eod.* † Reuerſo autem 5
patre nullomodo potuerit inſtitui quòd eſſet alienus) ſed quærit cur ij qui Aquilianam formulam ſic interpretati ſunt vt quamuis teſtator de morte filij nil expreſſerit, at ſimpliciter poſthumum nepotem inſtituerit, valeat inſtitutio in eum caſum qui ex verbis concipi poſſit (de quibus in §. *quidam rectè*) iidem non induxerint vt ex filio captiuo nepos inſtitutus ſicuti Gallo placuit vtiliter inſtitutus videatur ſiue patre & auo viuis, ſiue vtriſque mortuis, ſiue alterutro tantùm viuo deceſſerit Cauſa autem propter quam id inducere debuerint, illa fuit, quòd hic nepos præteritus perinde rumpat teſtamentum ac ſi filius poſt teſtamentum captus ab hoſtibus fuiſſet. Non enim, vt mox Scæuola ſubiicit, caſus hic ad legem Velleam pertinet, quod ita accipi omnino debet vt nec ad verba nec ad ſententiam legis pertineat, ſiue viuis, ſiue mortuis vtriſque parentibus naſcatur, cùm vtrumque caſum tractet Scæuola. An quia lex Vellea eorum tantum poſthumorum inſtitutionem ad probet qui viuo teſtatore naſcuntur? At ratio hæc probaret potiùs Pertinere igitur hunc caſum ad legem Velleam nato nepote viuis parentibus, quod tamen Scæuola negat. Deinde iam oſtendimus ſuperiore capite legis quidem Velleæ verba iis tantùm poſthumis conuenire qui in vita naſcuntur, ſed ſententiam tamen ad eos quoque extendi qui naſcuntur poſt mortem ſi modò naſcantur ſui, & caſum aliquem vtilem habuerit inſtitutio: quam diximus eſſe ſententiam §. *& quid ſi tantum*: An quia lex Vellea de iis tantùm & locuta fuiſſe & ſenſiſſe videatur qui teſtamenti tempore fuiſſent alieni cùm introduxerit vt poſſent inſtitui §. *ille caſus infrà hac lege*. Verum & illum quoque caſum Velleius primo capite complexus eſt ſi nepos eo tẽpore inſtituatur quo filius non ſit, & conſequenter quo nepos iam ſit ſuus, vt apertè Scæuola ſcribit in §. *nunc de lege*. Nec fuit hoc caſu ſupernacua legis prouiſio, cum iure antiquo nec talis poſthumus ſuus poſſet inſtitui, ſi poſteà viuo teſtatore naſceretur, perindéque rumperet acſi non eſſet inſtitutus, *lege tertia §. primo de iniuſt. rup. Vlpianus. titulo vigeſimoſecundo. qui hered. inſtit. poſſeſſ. §. eos qui in vtero ſunt, infragment.* † Ratio igitur propter 6
quam caſus hic de quo tractamus ad legem Velleam nullomodo pertinet, illa ſola eſt, quòd nepos ex eo natus

natus qui apud hoſtes eſt natiuitatis tempore, non om-
nimodo naſcitur ſuus, ſed ita demum ſi poſteà pater
decedat apud hoſtes. Quid enim ſi ab hoſtibus reuerta-
tur? Fictione poſtliminij nunquam captiuus fuiſſe vi-
debatur, ſed in ciuitate & patris poteſtate perpetuò
manſiſſe, atque ita nepoti obſtitiſſe quominus ſuus vl-
lo tempore fuiſſe videri poſſit. Atqui lex Vellea primo
capite eius demùm poſthumi inſtitutionem & permit-
tit, & admittit, qui omnimodo ſuus heres naſcatur. De-
ſignat enim præciſè tempus natiuitatis poſthumi *d. §.
nunc de lege.* Ideoque nec poteſt eius poteſtas in ſuſ-
penſo manere vſque in id tempus quo certum eſſe in-
cipiat an fictio poſtliminij locum habitura ſit vt poſt-
humus natiuitatis tempore ſuus fuiſſe videatur. Nec
ad rem pertinet quòd ob eandem fictionem ipſius quo-
que teſtamenti vis in ſuſpenſo manet. Id enim ideircò
fit quod filio redeunte ab hoſtibus nulla captiuitatis
ratio haberetur, nec nepos ſuus vnquam fuerit: filio
autem apud hoſtes mortuo verum ſit iam tum cùm te-
ſtamentum fiebat fuiſſe illum extrà patris poteſtatem,
atque ita nepotem poſt captiuitatem natum ſuum he-
redem fuiſſe eo inſtanti quo natus eſt. Denique fictio
poſtliminij facit quidẽ vt inteſtati ſucceſſio filio quan-
docunque reuerſo delata intelligatur *l. pen. de ſuis & le-
git.* At captiuo apud hoſtes defuncto nepotem qui in
ciuitate manſit, & reuera ſuus fuit heredem ab inteſta-
to non facit, quoniam nulla in eam rem fictionis pote-
ſtas eſt, quam ſcilicet ſufficit ceſſare vt nepos iure com-
7 muni admittatur.† Ergo quòd ad cauſam teſtati perti-
net multò minus fictio ſola ſufficiet, vt poſthumus me-
dio tempore natus vtiliter inſtitutus cenſeatur, quia
prius eſt vt inſtitui potuerit, quam vt vtiliter inſtitutus
fuerit. Inſtitui porrò non potuit ſiue ius ciuile, ſiue le-
gem Velleam inſpicias, niſi is demùm poſthumus qui
ſuus omnimodo naſcitur, quod huic ſanè non euenit.
Nam admittimus quidem ſuum natum fuiſſe hunc ipſo
quod eius pater iam tum captiuus, nec poſteà reuerſus
abinde mortuus habebatur, ſed non ita ſuum natum
fuiſſe vt non ſuus naſci non potuerit, Itaque idem hic,
licèt alia ratione, euenit quod in ſpecie *l. ſi quis filio. 6.
de iniuſt. rupt. l. ſcripto. 7. D. vnd. liber.* vt filius qui nepoti
non obſtaret in ſucceſſione inteſtati eidem obſtet in
cauſa teſtati, non vt impediat ne præteritus nepos rum-
pat teſtamentum, ſi filius ipſe apud hoſtes moriatur,
ſed vt faciat ne potuerit nepos ex lege Vellea aut ex
iure ciuili inſtitui, propterea quòd pendente eo an fi-
lius quandiu apud hoſtes eſt pro viuo aut mortuo ha-
beri debeat propter poſtliminij fictionem, ipſius quo-
que nepotis ius pendere neceſſe ſit. Nulla ſiquidem re-
troſictione fieri poteſt vt nepos auo moriente ſuus illi
heres omnimodo naſciturus fuiſſe videatur, cum reuer-
ſo quandocunque patre ab hoſtibus futurum ſit vt ap-
pareat natiuitatis tempore fuiſſe eum non ſuum. Quæ
etiam differentiæ ratio eſt inter nepotem ex filio exhe-
redato, in ea ſpecie quam Paulus ex Pomponio & Mar-
cello tractat in *l. ſi quis poſthumos. 9. §. filium de liber. &
poſth.* de huius ſententia & emendatione diximus lib.
8 ſeq. c. 12.† His conſequens videtur, vt quod apud Scæ-
uolam ſequitur *melius ergo eſt vt in eiuſmodi vtilitate,
præſertim poſt legem Velleam quæ & multos caſus rumpen-
di abſtulit interpretatio admittatur*, & cætera omnia ad
finem vſque §. Triboniano potiùs quàm Scæuolæ ad-
ſcribamus. Nemo enim vnquam ex Iuriſprudentibus
quorum ſcripta habemus reſpondit, aut reſpondere po-
tuit eum qui inſtitutus eſſet ſub ea conditione, ſi poſt
teſtatoris mortem naſceretur, vtiliter inſtitutum videri
eo caſu quo natus eſſet viuo teſtatore. Quin extat in
contrarium apertiſſima Pomponij ſententia in *l. com-
modiſſimè. 10 hoc tit. l. ſi ita ſcriptum. 47. §. 1. de hered. inſt.*
Itémque Pauli *lib. 3. ſen. tit. 4. de teſta. §. antep.* Imò &
eiuſdem Scæuolæ quem tractamus in hac ipſa lege §.
forſitan, vbi negat ille rectè inſtitutum videri eum qui
viuo teſtatore natus eſt, ſi in caſum iuris antiqui inſti-
tutus erat, hoc eſt ſub ea conditione, Si poſt teſtatoris
mortem naſceretur.† Et ſanè longè aliud eſt interpre- 9
tari verba teſtatoris, aliud ſupplere. Interpretari Iuriſ-
conſultus & poteſt & debet quantùm voluntatis con-
iectura patitur, ſupplere verò nec poteſt nec debet, ta-
metſi maxima æquitatis ratio vrgere videatur, in eam-
que rem prorſus neceſſarium eſt aut legis alicuius aut
reſcripti principalis auxilium vt iam ſuprà diximus cap.
proximo. † Primus itaque Iuſtinianus fuit qui ſumma 10
æquitate motus conſtituit in *l. vlt. C. de poſth. her. inſtit.
quæ ex vna. 50. Deciſ.* vt poſthumus in caſum iuris anti-
qui inſtitutus, hoc eſt, ſi poſt mortem teſtatoris naſce-
retur vtiliter inſtitutus videatur etiam in caſum legis
Velleæ, hic etiam tametſi viuo teſtatore naſcatur: Ne,
inquit præteritionis pœnam patiatur pater qui liberos
non præterit. Quæ conſtitutio cùm apertè nouum ius
faciat, fruſtrà labores cum noſtris interpretibus, ſi eam
cum Pandectarum legibus conciliare velis. In eóque
iam recentiores omnes conſentiunt, reiectis diſtinctio-
nibus illis quas vulgares interpretes comminiſcuntur,
an decem menſium tempus in conditione naſcituri poſt-
humi expreſſum ſit nécne, aut an demonſtratum fuerit
corpus quod in vtero eſſet, an generaliter & indefinitè
inſtitutus poſthumus. Nam ea proculdubio Iuſtiniani
mens eſt vt qui in caſum mortis inſtitutus eſt videatur
rectè inſtitutus omni caſu ſiue viuo ſiue mortuo teſta-
tore natus ſit, vt teſtatoris voluntas adiuuetur. † Quan- 11
quam autem ea conſtitutio, ſi verba inſpicias, non niſi
de filio loquitur, idem tamen teſtamentorum fauor, ea-
démque voluntatis coniectura & æquitatis ratio euincit
vel inuito Bartolo, vt in poſthumo nepote ſub eadem
formula inſtituto idem admittamus. Nec enim recta eſt
ratio illa diuerſitatis, quòd filius poſthumus iure anti-
quo perinde in vtrumque caſum potuerit inſtitui, poſt-
humus nepos non item: Cum per legem Velleam non
minùs in filio quàm in nepote poſthumis inductum ſit,
vt poſſint inſtitui, ſi viuo parente naſcantur, vt rectè
Cuiacius docuit ex *l. 3. §. 1. de iniuſt. rup.* Et longè rectiùs
quàm Goueanus qui in poſterioribus quoque com-
mentariis ſcripſit, ad nepotum duntaxat, non etiam fi-
liorum inſtitutionem pertinuiſſe legem Velleam, de-
ceptus eo quod ſcriptum eſt in *d. l. ſed etſi conditione. 6. §.
1. de hered. inſt.* nec animaduertens tractare Vlp. eo loco
non de primo cap. *leg. Velleæ*, quod ſanè generale fuit,
ſed de ſecundo, quod cùm ad eos tantùm pertineat qui
ſuccedendo teſtamentum rumpere poſſunt, in nepoti-
bus tantùm habere locum poteſt, non in filiis, quia quo-
niam in primo gradu conſtituti ſunt non habent cui
poſſint ſuccedere:† Ad hanc igitur Iuſtiniani conſtitu- 12
tionem quæ de filiis poſthumis lata eſt reſpiciens Tri-
bonianus, & vt hanc ipſam dubitationem dirimeret quam
noſtri quaſi indeciſam agitant, vtrum in poſthumis ne-
potibus idem admittendum eſſet addidit ad Scæuolam
totum illum cõtextum verborum, *melius ergo eſt*, inquit,
vt in eiuſmodi vtilitate. hoc eſt propter vtilitatem pu-
blicam ad quam fauor teſtamentorum pertinet, *præſer-
tim poſt legem Velleam quæ & multos caſus rumpendi ab-
ſtulit*, neque enim omnes abſtulit, ſaltem ne hunc qui-
dem quem Scæuola proponit De nepote ex filio cap-
tiuo, qui natus ſit viuis patre & auo *interpretatio ad-
mittatur*, ſuppletionem dicere debuerat potiùs quàm
interpretationem, *vt inſtituens nepotem*, malè ab his ver-
bis veteres interpretes nouum §. inchoabant, *qui ſibi
poſt mortem ſuus naſceretur*: Ergo formulam veterem in-
ſtitutionis poſthumi ab Aquilio quoque obſeruatam in
poſthumo nepote inſtituendo, *rectè inſtituiſſe videatur
quibuſcunque caſibus nepos natus ſuus eſſet rumpereque
præteritus.* Sic enim lego ſublatis illis verbis *poſt mortem*,
vtpote additis ab eo ipſo credibile eſt interprete qui
in prioribus illa etiam addiderat, quæ nos iam ſuſtuli-
mus, *poſt mortem ſcilicet aui.* Alioqui non erit deciſio

congrua

congrua & accommodata ad propoſitũ caſum De nepote qui adhuc viuis patre & auo natus ſit: fatendúmq. erit caſum illum manere indeciſum, cum tamen non potuerit deciſio concipi verbis generalioribus. quàm illa ſunt *quibuſcunque caſibus*. Illud. n. duntaxat intuendum vult Tribonianus: An poſthumus nepos in vnum caſum inſtitutus talis ſit qui in alium rumpere teſtamentum poſſit tanquam præteritus, vt in eum ipſum caſum in quẽ rũperet, vtiliter inſtitutus videatur. Ratione illa generali, vt arbitror, quæ poſita eſt in *d. l. vlt. C. de poſthum. hered. inſti.* ne præteritionis pœnam patiatur qui nepotẽ non præterijt. Cui conuenit quod ſtatim ſequitur. *Atque etiam ſi generaliter quidquid ſibi liberorum natum erit poſt mortem, vt* (nam ſic & lego, non *aut*,) *quicunque natus fuerit ſit inſtitutus ſi ſuus naſceretur* Ecce hic repetita non eſſe verba illa, *poſt mortem*, vt intelligamus etiamſi teſtator inſtitutionem ſic conceperit, *quidquid mihi liberorum natum erit poſt mortem*, inſtitutum tamen videri quicunque ſuus natus fuerit, *quicunque*, inquam. id eſt tam qui viuo quam qui mortuo teſtatore natus ſit, dummodò ſuus, hoc eſt talis cuius præteritione alioqui teſtamentum rumperetur. Qualis eſt etiã is qui auo in ciuitate natus eſt ex patre capto ab hoſtibus. Quanquam enim non omnimodo ſuus naſcitur propter ſpem poſtliminij, ob idque nec ex lege Vellea inſtitui nullo modo poterat patre tamen poſteà apud hoſtes mortuo, apparet natum fuiſſe ſuum, ideóque teſtamentum rumperet ſi pro præterito haberetur. Melius ergo eſt, inquit Tribon. vt in tanta vtilitate quanta eſt ſuſtinendi teſtamenti vtiliter inſtitutus videatur licet in alium caſum natus ſit, quàm in quem fuerat inſtitutus. Errant autem manifeſtiſſimè qui huius loci ſententiam illam eſſe putant, vt cautionis loco ne tam facilè teſtamenta rumpantur conſilium dare Scæuola velit, concipiendæ inſtitutionis verbis generalib. cuiuſmodi illa ſunt. *Qui mihi poſt mortem ſuus naſcetur*, aut *quicquid mihi liberorum natum erit poſt mortẽ.* Nullo expreſſo caſu aut mortis aut deportationis aut captiuitatis filij ex quo conceptus ſit nepos qui inſtituitur. Nam ſi conſilium dandum erat commodius aliud excogitari non poterat quàm quod à Pomponio traditur in *d. l. commodiſſimè*, vt qui nondum natus eſt, vel in vtrumque caſum expreſſum vitæ & mortis inſtituatur, vel etiam purè neutrius tem-
13 poris habita mentione. † Atqui Scæuola de ea inſtitutionis formula loquitur in qua additus & expreſſus ſit caſus ille ſpecialis, *poſt mortẽ meã*. Et verò cùm Aquilij formulam interpretatur, non potuit ea verba prætermittere, quia nec Gallus poterat cùm poſthumi ſui inſtitutio iure antiquo non niſi in hũc caſũ permiſſa eſſet vt ſupradicto Sententiarum loco Paulus refert: nec niſi poſt legem Velleam valere cœpit inſtitutio poſthumi taliſquàlis à Pomponio præſcribitur in *d. l. cõmodiſſ. mè*, hoc eſt aut in vtrumque caſum aut purè facta. Quæ omnia ſi vera ſunt vel hic maximè locus probabit caſũ mortis trahi hodie ad caſum vitæ, etiamſi neque certũ tempus, neque certum poſthumi corpus in inſtitutione demonſtratum ſit contrà eorum errorem qui putãt his caſibus non eſſe locum deciſioni *in d. l. vlt. C. de poſthum. hered. inſtit.* Vnus tantum in Pandectis textus eſt, ex quo tentari poſſit etiam ante Iuſtinianum caſum mortis ad vitæ trahi potuiſſe: de quo ſequenti capite dicendum nobis eſt, quod & ſuperioribus aduerſarij, & non minùs emendatione aliqua quàm noua interpretatione egere videatur.

CAPVT V.

Emendatio & interpretatio l. ſi pater filium. 22. de vulg. & pupill ſubſt & l poſthuma. 24. de liber. & poſthum.

SVMMARIA.

1 *An dicta l. ex ſi pater filium ab. de vulgari tantùm, an verò de pupillari ſubſtitutione accipienda ſit?*
2 *Verba hæc* poſt mortem *in* d. l. *ad mortem teſtatoris non filij inſtituti pertinere.*
3 *Sub qua conditione poſthumus inſtitui ſoleat?*
4 *Iacobi Rauennæ ad dictam legem interpretatio.*
5 *An tacita vulgaris ſubſtitutio in pupillari expreſſa, ideò expiret, quod impubes cui ſubſtitutus datus fuerat, viuo teſtatore deceſſerit?*
6 *Goueani ad hanc legem explicatio.*
7 *Cur in ſpecie dictæ legis rupto primo gradu, teſtamentum non incipiat à ſecundo, in quo poſthumus inſtitutus reperitur?*
8 *Quibus caſibus poſthumus partem duntaxat teſtamenti rumpat?*
9 *An in* d. l. *poſthumus ſi fratre iam mortuo naſcatur teſtamentum indiſtinctè rumpat?*
10 *An in dicta legis ſpecie teſtamentum rumpatur à poſthumo poſt fratris mortem nato, ſi poſt patrem frater deceſſerit?*
11 *Reſpondetur ad duas obiectiones.*
12 *Caſus quo non obſtante poſthumi præteritione teſtamentum valet.*
13 *Quid in* d. l. *ſignificent ea verba* viuo patre, *& quo Goueanus ea referat?*
14 *Verba illa è* d. l. *delenda eſſe.*
15 *An ſi teſtator filio puberi inſtituto poſthumum vulgariter ſubſtituerit, teſtamentum rumpatur, ſiue viuo fratre, ſiue poſt mortem fratris poſthumus natus ſit?*
16 *Hereditatem non deferri ex teſtamento, quod in eo ſit vt rumpi poſſit, & quid inde ſequatur?*
17 *Filium in dicta quæſtione heredem neceſſarium ex teſtamento fuiſſe.*
18 *An ſi dictus filius inſtitutus emancipatus fuerit, poſthumus frater ei in caſum vulgarem vtiliter ſubſtitui poſſit?*
19 *Emendatur* §. forſitan l. Gallus, & l. poſthuma. 24 de liber. & poſthum.
20 *De vetere differentia inter poſthumum & poſthumam quoad inſtitutionem vel exheredationem.*

AIt lex, *Si pater filium impuberem heredem ſcripſit, & ei ſubſtituerit ſi quis ſibi poſt mortẽ natus erit, deinde viuo fratre poſthumus natus fuerit, teſtamentum rumpetur, Poſt mortem autem fratris viuo patre natus, ſolus heres patri ſuo exiſtet.* Locus ſanè perobſcurus eſt, quia conciſus, variaſque admittens, ſi noſtris credimus, interpretationes. † Accurſio, Bartolo, & veteribus omnibus præter 1
vnum Iacobum de Rauenna, placuit non de pupillari ſubſtitutione intelligi legem debere, ſed de vulgari tantùm, ideoque nihil referre an impubes an pubes filius ſcriptus proponatur. Subſtitutum autem eſſe hoc caſu poſthumum qui teſtatori non mortuo, ſed viuo naſceretur, poſt mortẽ tamẽ filij inſtituti. Ideoque ſi viuo fratre naſcatur, teſtamentum rumpere, quia non fuerit in hunc caſum inſtitutus, ſi poſt mortem fratris & patre viuo non rumpere, quaſi purè inſtitutum, purificata ſcilicet, vt loquuntur, duplici illa inſtitutionis conditione, qui tamen rumperet ſi poſt patris quoque mortem naſceretur. Vtpote in contrarium caſum inſtitutus, ſi viuo patre natus eſſet, ſed propiùs intuenti mihi non poteſt interpretatio hæc ratione vlla videri probabilis. Quid enim apertiùs, quàm tractare Iulianum de pupillari ſubſtitutione, & ob id nimirum de ſcripto herede impubere loqui, non etiam de pubere? Etſi enim impuberi quoque vulgariter ſubſtitui poteſt perinde ac puberi, ea tamen ſubſtitutio ex Diuorum fratrum conſtitutione pupillarem etiam caſum continet *l. iam hoc iure. 5. D. hoc tit.* euaditque in pupillarem quoties pupillus patri heres extitit, ac poſteà impubes deceſſit. *Inſt. de pup. ſubſtit. in prin.* Deinde quod lex ait, *ſi quis ſibi natus erit*, ſic intelligere vt ſuppleas [illegible], pror-
ſus

ſus commentitium eſt , nec ſolùm commentitium ſed
etiam improbabile cùm ſtatim ſequatur , *poſt mortem.* †
Illud verò iterum abſurdius, verba hæc , *poſt mortem*, re-
ferre ad mortem filij inſtituti, ac non potiùs ad mortem
teſtatoris, ad quem proximam illam & præcedentē dic-
tionem, *ſibi*, referendam eſſe omnes fatentur & apertiſſi-
mū eſt. Vt tacitā vulgarem & ea veterē iure receptā fui-
ſſe illam poſthumi inſtitutionem, Si poſt teſtatoris mor-
tē naſceretur, vt ſuperiore capite diximus ex Paulo *libro
tertio ſentent. tit. 4. §. antepenultim.* Nam etſi non igno-
ro Iuliani temporibus , & poſt legem Velleam potuiſſe
inſtitui poſthumum ſub ea quoque Condicione , Si
viuo patre natus eſſet, cum tamē magis propriè poſthu-
mus is dicatur, qui poſt patris mortem naſcitur *l. tertia
in princ. de iniuſt. rupt.* vix eſt vt quis ſub ea tantùm con-
dicione poſthumū ſuum inſtituat, ſed vel ſub illa potius
quæ vulgaris erat, Si poſt mortē naſceretur, vel ſub vtra-
que ex Pomponij conſilio in *l. commodiſſimè de liberis &
poſthumis.* ne tam facile teſtamentum rumperetur. † Nec
5 ſanè memini legere me vllo iuris loco , poſthumum
ſub ea ſolùm condicione inſtitutum proponi , Si viuo
teſtatore natus eſſet, ſed vel ſimpliciter, vel ſub illa , Si
mortuo teſtatore , vel ſub vtraque ſimul. Sicut nec
vſquam reperias inſtitui poſthumum qui poſt mortem
fratris ſui inſtituti naſceretur. Imò & tale teſtamentum
ab initio nullum eſt & iniuſtum , vtpote in quo præte-
ritus ſit ille ipſe filius iam natus qui inſtitutus proponi-
tur. Nam cùm ex teſtamento nō poſſit deferri hereditas
ne quidem ſuo heredi ſcripto, quandiu rumpi teſtamen-
tū poteſt *leg ventre 84. de acquirend. heredit.* & in propo-
ſita ſpecie teſtamentum in eo ſit vt per agnationem
poſthumi rumpi poſſit niſi vno illo caſu quo poſt fra-
tris inſtituti mortem naſcatur poſthumus : Conſequens
eſt vt filius inſtitutus non niſi poſt mortem ſuam ſcrip-
tus videatur , ac proinde vt ſit præteritus , qui ſcilicet
quamdiu vixit nec inſtitutus fuerit , nec exheredatus
l ſi ita ſcriptum. 13. § vltim. l. filius, 28. de liber. & poſthu.
Atqui manifeſtum eſt , Iulianum eam ſpeciem tractare
in qua teſtamentum valeat quo ad vſque per agnationē
poſthumi ruptum ſit, & quòd ſaltem eo caſu valere poſ-
ſit quo poſt mortem fratris viuo patre natus ſit poſthu-
mus, vt in fine legis ſcriptum eſt Deinde quid ineptius
quàm legis ſententiam illā putare vt poſthumus ſub du-
plici cōditione inſtitutus, Si & viuo patre, & poſt fratris
mortem naſceretur , heres eſſe poſſit vtraque impleta
condicione , ſi aliud nihil impediat? Itaque miror Iaco-
bum Cuiacium in Commentariis ad *dict. leg. commodiſſi-
mè* , Accurſij ad hunc locum interpretationem tam im-
probabilem adprobaſſe , † Iacobus autem de Ra-
4 uenna quem Bartolus refert , licèt de pupillari ſub-
ſtitutione legem interpretetur , Iuliani tamen ſenten-
tiam aſſecutus non eſt, qui eam eſſe putat, vt tacita vul-
garis quæ in pupillari expreſſa continetur non expiret
defuncto pupillo viuo teſtatore quando impuberis fra-
ter eſt ſubſtitutus. Neque enim aut de tacita vulgari, aut
de vi ſubſtitutionis Iulianus tractat ſed de viribus teſta-
mēti, an & quoniā demùm caſu agnatione poſthumi rū-
pi poſſit: Videbatur nāque poſthumus omni caſu præ-
teritus quippe qui non inſtitutus aut exheredatus ſed
tantùm ſubſtitutus eſſet ſiue vulgariter ſiue pupillariter
ſubſtitutum malis dicere. † Illam verò tacitam vulga-
5 rem quæ in pupillari expreſſa ex Diui Marci reſcripto
continetur, certum eſt non ideò expirare quòd viuo te-
ſtatore impubes cui ſubſtitutus datus fuerat, deceſſerit,
ſiue impuberis frater, ſiue extraneus ſubſtitutus ſit. Nam
quod dici ſolet non aliter adiri hereditatem pupilli ex
pupillari ſubſtitutione , quàm ſi paterna quoque ex pa-
terno teſtamento adita ſit, tū demùm verè dicitur cū pu-
pillus exheredatus proponitur non cùm inſtitutus fuit *l.
2. §. adeò l. ſed ſi plures. 10. §. ſi ex aſſe. D. hoc tit. l. ita tamen.
37. qui ſuſpectam. D. ad SC. Trebell.* Si quidē inſtituto im-
puberi datus ſubſtitutus, impubere aut ante patrem mor-
tuū aut ſe abſtinente poteſt ipſe ex vulgari tacita patri
ſuccedere, atque ita vel pupillares quoque tabulas con-
firmare vt alio loco ſcripſimus , licet Goueanus paſſim
diſſentiat, vel ſi de pupillaribus tabulis tractari nihil po-
ſſit, filiofamilias prædefūcto, paternam ſaltem heredita-
tem vindicare. Non enim ſolo pupillorum fauore ſed
etiam teſtamentorum nititur illa Diui Marci conſtitu-
tio. Filio exheredato vulgaris tacita aut, ſi melius loqui
velis, à lege ſub intellecta, nulla eſt, cum non niſi ineptè
poſſit ſub ea condicione *ſi heres non erit* ſubſtituere illi
qui exheredatus eſt, nec heres eſſe poteſt. † Rectiùs igi- 6
tur Goueanus ad hanc legem , licèt non omnino rectè,
Iulianum ſic explicat, vt in propoſita ſpecie teſtamentū
rumpatur agnatione poſthumi fratri impuberi ſubſtitu-
ti , quia in primo gradu præteritus reperitur : in quo
omnes conueniunt, ſi viuo fratre poſthumus natus fue-
rit. Quandiu enim frater viuit qui primo loco & ſolus
inſtitutus eſt non poteſt ea ſubſtitutione deferri here-
ditas *l. quamdiu inſtitutus. 69. D. de acq. hered.* Et cūſequē-
ter non poteſt ea ſubſtitutio facere quin poſthumus in
primo gradu præteritus reperiatur , ſiue viuo ſiue mor-
tuo patre naſcatur, quia quādocūque natus, loco eius eſt
qui teſtamenti tempore ſuperſtes fuit *l. ſi primo. & in fi. de
liber. & poſt. hu.* † Sed quæri adhuc poteſt. Cur nū admit- 7
tat Iulianus, vt rupto primo gradu teſtamētū incipiat à
ſecūdo in quo poſthumus inſtitutus reperitur. Et reſpō-
det Goueanus non poſſe teſtamentum in ſecundo gradu
conſiſtere quòd in eo filius ſuperſtes præteritus ſit.
Non malè, ſed minus ſufficienter niſi hanc rationem ex
alia ſupleas & adiuues. Poſſet enim adhuc obiici , quod
veriſſimum eſt, ſufficere ad validitatem totius teſtamen-
ti vt filius in primo gradu ſit inſtitutus, nec eſſe neceſſe
vt in ſequentibus inſtituatur vel exhere[illegible]tur , *d. l. ſi
poſthumus. § quod vulgo. l. 4. §. vlt. de hered. inſtit.* Itaque
addendum eſt , toties ſufficere filium in primo gradu
inſtitutum fuiſſe quoties ea ea inſtitutione cum ſe-
cundi gradus heredibus heres eſſe poteſt , quod non
aliter contingit quàm ſi habuerit coheredem cui
ſubſtitutus datus eſt , primúsque ille gradus valeat.
Alioqui abſurdum ſit inſtitutionem in primo gradu
factam quæ vnà cum gradu rupta ſit, ipſi filio nocere vt
hereditatis paternæ commodo priuetur *ſicut* in ſimili
de exheredatione quoque ſcriptum eſt in *l. filium 20.
verſic. Iulianus de bonor. poſſ. contr. tabul.* Hic autem fieri
nequeat , vt ſimul cum poſthumo ſubſtituto admit-
tatur filius inſtitutus , cùm duo gradus ſint ſucceſſionis
ordinem neceſſariò inducentes, *arg. l. cùm in teſtamēto, 37.
de hered. inſtit. & l. prox. ſup. hoc. tit.* ne fiat contra volun-
tatem ſi adiectū coheredem demus ſubſtituto cui totum
teſtator dederit *argumen l. verbis ciuilibus 7 hoc tit.* ſed &
reſpondere Goueanus potuit , & meliùs , non poſſe
in propoſita ſpecie teſtamentum conſiſtere in ſecundo
gradu in quo poſthumus eſt inſtitutus , nec ſi frater
in eodem inſtitutus eſſet aut exheredatus, quia poſt-
humus in primo gradu præteritus ſi naſcatur viuo
inſtituto rumpit totum teſtamentum, nec ſequentē gra-
dum valere patitur. In quo ſanè plus iuris habet quàm
filius iam teſtamenti tempore natus , & in primo gradu
præteritus, in ſecundo vel inſtitutus, vel exheredatus *l.
nam etſi. 5. verſ. rumpendo de in iuſt. rupt.* † Et quod dicitur 8
poſſe fieri vt poſthumus partem duntaxat teſtamenti
rumpat , tunc euenit cùm in primo gradu eſt exhere-
datus, in ſecundo præteritus *l, 3 § vltim. & l. ſequent l ſi
ego. 19. & l ſi poſthumus. 14. de liberis & poſthum.* Poſthu-
humo autē inſtituto in primo gradu licet præteritus ſit
in ſequentibus , totum teſtamentum valet ſi modò ni-
hil ſit quod impediat ne primus valere poſſit , quia ni-
hil imputari poteſt patri qui poſthumum In primo
gradu heredem inſtituerit. Nec minùs in poſthumo
quàm in filio iam nato locum habet quod ſcriptum eſt
in *d. §. quod vulgo l. poſthumus. 14. de liber. & poſth* † Si au-
tē fratre iā mortuo poſthumus naſcatur, quę ſecūda legis

pars eſt,longè difficilius videtur, An teſtamentum om-
nimodo & indiſtinctè rumpat. Nam quod Iulianus ita
ſcribit, *Poſt mortem autem fratris viuo patre natus ſolus
heres patri ſuo exiſtet*, diſtunctionis materiam Goueano
præbuit,Poſt patremne,an verò ante patrem filius pri-
mo gradu inſtitutus deceſſerit.Vt ſi ante patrem eo de-
mùm caſu poſthumus non rumpat teſtamentum, pro-
pterea quòd inſtitutione fratris facta quaſi caduca ſub-
ſtitutio poſthumi ad intellectum inſtitutionis reuoce-
tur *l.cùm ex filio.39.§.quidam hoc tit.* Si verò poſt patrem
adhuc rumpat,quia in primo gradu præteritus reperia-
tur.Et ſanè vix eſt vt alium ſenſum admittāt verba il-
la *viuo patre* quæ haud dubiè eſſent ſuperflua ſi nihil
referret viuone an mortuo patre frater poſthumi de-
10 ceſſiſſet.† Videamus tamen ne falſum ſit quod ille putat
rumpi teſtamentum à poſthumo poſt fratris mortē na-
ſo,ſi poſt patrem frater deceſſerit. Nam certi iuris eſt
non aliter rumpi teſtamentum agnatione poſthumi,quā
ſi eo tempore præteritum ſe inueniat quo naſcitur *l.3.
§.ex his apparet de iniuſt.rupt.l.2.C.de bon. poſſ. contr.tab.*
Hic autē de quo agimus licet in primo gradu præteritus
fuerit,reperit tamen ſe inſtitutū cū naſcitur quippe qui
poſt fratris mortē natus & eo tempore quo de primo
gradu amplius quærendū nihil eſt hereditatem patris
poſſit ſibi ex ſubſtitutione acquirere. Neq.n.frater iam
mortuus obſtare poteſt quominus poſthumus ſubſti-
tutus heres exiſtat ex ſubſtitutione pupillari ſi modò in
pupillari ætate deceſſerit. Nā ſi iā puberes factus diē
ſuū obiiſſet,cùm pupillaris ſubſtitutio extincta & finita
eſſet, poſthumus qui ſubſtitus tantū fuerat, præteritus
reperiretur, & ita teſtamentum agnatione rumperet.†
11 Nec ad rem pertinebit ſi quis obiiciat ſubſtitutionem
pupillarem teſtamentum eſſe filij, nec proinde valere
poſſe in vllū caſum ſiue vulgarē ſiue pupillarē,ſi pater-
nū ipſum teſtamentū non valeat *l.ex pupillari 44.hoc tit.*
Nam reſpondeo, Eum quoque qui impuberi ſubſtitutus
ſit,non minùs patri quam ipſi impuberi heredem eſſe
*l.1.§.1.ſup.l.prox.infr.eod.l. ſi ita ſcriptum 8.§. qui filio de
bonor.poſſ.ſe.und.tab.*& ideo non minùs videri eū teſta-
mento patris inſtitutum ſecundo gradu,quàm ſi alij cui-
libet inſtituto vulgariter ſubſtitutus,fuiſſet:cùm patris
& filij teſtamentum vnum ſit,*l.paterfam.28.de reb.autor.
iudic.poſſid.* aut ſaltem pro vno habeatur tam ciuili iure
quàm Prætorio *l.patris.20.hoc tit.* Vnde illud quoque fit
vt poſthumus qui pupillo alienus ſit,heres ei dari poſſit
dūmodò ſit,ſuus teſtatori *l.2.§.prius.2.hoc.tit.* quod fal-
ſum eſſet,niſi ea ratione fieret, quòd quiſquis pupillo
ſubſtitutus ab ipſo patre inſtitutus videatur. Alioqui
enim obſtaret iuris ciuilis regula, quæ alieni poſthumi
inſtitutionem non admittit.Sed & ex eodem fonte ma-
nat quòd qui patri neceſſarius eſt, idem pupillo quoq;
eſt *d.§.prius autem.l ſed ſi plures* 10.§.*quos poſſum eod.* Va-
lebit igitur teſtamentum patris filio inſtituto etiā poſt
patrem mortuo, poſthumoque qui in ſecundo gradu
pupillariter ſubſtitutus,in primo præteritus fuerat,de-
inde nato, quia quo tempore natus eſt nihil ei obſtat,
quo minùs poſſit ex teſtamento heres eſſe, & quidem
ſolus,ſublato iam fratre de medio:Vt proinde abſurdum
ſit dici eum præteritum qui ſolus ſit heres: Atqui in-
quies vel ob id ſaltem teſtamentum erit nullum quod,
vt ſupra diximus,filius inſtitutus quandiu vixit non po-
tuerit heres eſſe, cū toto illo tempore teſtamenti vires
in pendenti fuerint,incerto eo an poſthumus viuo patre
naſciturus eſſet necne *d l.ſi ita ſcriptum* 13.§.*vlt.d. l.fi-
lius.28.de liber.& poſthum.* Sed reſpondeo filium quidē
priuſquam moreretur non potuiſſe heredem exiſtere
propter metum & periculum rumpendi teſtamenti,*d.l.
12 ventre.84.de acq.hered.*† At quo inſtanti mori cœpit,he-
redem extitiſſe, quoniam eo demùm inſtanti certum
quoque eſſe cœperit non naſciturum eo viuo poſthumū
& conſequenter teſtamentum amplius rumpi non
poſſe ab illo, qui ſe inſtitutum poſteà reperturus ſit
arg.l.vlt.de condict.inſtit.l.ſi filius. 16. de lib. & poſthum.
Eſtque hic caſus valde ſingularis in quo teſtamentum
valet adeò vt ex eo heres filius extiterit, nihil obſtante
præteritione poſthumi deinde nati: Nēpe cùm poſthu-
humus ſubſtitutus eſt,& poſt fratrem inſtitutum natus.
† Quid ergo ſibi vult Iulianus iis verbis,*viuo patre?* An 13
vt teſtamētū nō aliter valeat quàm ſi poſthumus & poſt
mortē fratris,& viuo patre natus ſit? Minimè. Quinimò
poſthumus ita inſtitutus aut ſubſtitutus. Si poſt mortē
teſtatoris naſcetur,rumpit teſtamentum ſi naſcatur viuo
teſtatore, vt ſuperiore capite ex Pandectarum iure diſ-
putauimus. Deditque ea res cauſam interpretationi Ac-
curſij,vt ad dictionem illam *ſibi*,adiecerit, *viuenti*, & ea
verba,*poſt mortem*,ad fratris non ad patris mortem retu-
lerit, quod nos iam refutauimus. Goueanus verò diffi-
cultatem hanc ſic eludit vt dicat, verba illa,*viuo patre*,
non ad ſequentem dictionem,*natus*, referenda eſſe, ſed
ad præcedentia *poſt mortem fratris*,ponendámque in tex-
tu virgulam poſt *patre*,non poſt *natus* (ſic enim in eius
commentariis legendum eſt,) vt ſenſus ſit mortuū qui-
dem fratrem viuo patre, ſed natū poſthumū poſt mor-
tem patris,quod certè durius eſt quàm vt admitti poſſit.
Adde quod & nos iā probauimus nihil referre an filius
inſtitutus idémque poſthumi frater deceſſerit viuo pa-
tre,an mortuo, ſed tantùm an viuo fratre natus ſit, an
poſt eius mortem,vt ſi viuo fratre, rumpat omnimodo
teſtamentum etiam prædefuncto patre,multò magis eo
adhuc ſuperſtite: Si poſt fratris mortem, non rumpat,
dummodo non viuo patre naſcatur. † Itaque cùm hæc 14
veriſſima ſit nec obſcura legis ſententia, quid ſupereſt
niſi vt ea verba,*viuo patre*, quæ ſola tot inexplicabiles
perplexitates induxerunt deleamus,& in gloſſam inepti
cuiuſdam interpretis vnde irrepſerunt relegemus? Fefel-
lit interpretem quod lex ait poſthumum poſt mortem
fratris natū ſolum heredē patri ſuo exiſtere:quaſi id fieri
non poſſit niſi ponas natum eum viuo patre,cùm ſi pa-
tri filius ſuperfuiſſet ipſe primus heres patri extitiſſet,
non igitur poſthumus ſolus. Sed animaduertere debuit
imò verò poſſe fieri vt filius patri ſuperſtes ei heres ex-
titerit,nempe ſi viuo illo non ſit natus poſthumus, nec
eò minùs tamen poſt eius mortem poſthumus quoque
heres exiſtat,& quidem patri licet etiam fratri ſimul ex
pupillari ſubſtitutione, adeoque ſolus poſteàquam ne-
mo ampliùs eſt qui poſſit aut impedire aut concurrere.
† Ex quo apparet non idem dici poſſe ſi teſtator filium 15
puberem inſtituerit, eique poſthumum vulgariter
ſubſtituerit. Omnimodo enim teſtamentum rumpetur
non ſolùm ſi viuo fratre poſthumus natus ſit,ſed etiam
ſi poſt mortem fratris, vtpote defecta conditione
vulgaris ſubſtitutionis, quæ ſcilicet nunquam eue-
nire poſſit, atque ita præterito poſthumo non minùs
in ſecundo quam in primo gradu. Nam ſi obiicias fieri
poſſe vt frater qui patri ſuperſtes fuit ſiue pubes ſiue
impubes paterna hereditate ſe abſtinuerit, & hoc ſal-
tem caſu perinde conditionem vulgaris ſubſtitutio-
nis euenire atque ſi viuo patre frater deceſſiſſet, ſaltem
ſi non deliberante ſed etiam abſtento fratre poſthu-
mus natus ſit: dicam errare te ſi exiſtimas poſſe fratrem
abſtinere paterna hereditate quandiu rumpi teſtamen-
tum poteſt agnatione poſthumi. † Etenim ſi verum 16
eſt quod ſuprà monuimus non deferri hereditatem ex
teſtamento quòd in eo ſit vt rumpi poſſit *dict.leg. ven-
tre.84. de acquir. hered.* conſequens eſt vt ſicuti filius ab
teſtamento ſcriptus immiſcere ſe non poteſt, ita nec
abſtinere queat, quoniam priuſquam delata ſit here-
ditas, nec immixtionis nec abſtentionis ius illi compe-
tit. Ergo nec illud fieri poteſt vt poſthumus cum naſ-
citur, viuo fratre, reperiat fratrem excluſum ſéque in-
ſtitutum,hoc eſt vt fratre viuo exiſtat vnquam conditio
illa vulgaris ſubſtitutionis. *ſi heres nō erit.* Imò,quod ma-
gis mirum eſt, nec fratre mortuo,quia,vt diximus,ipſo
inſtanti mortis heres fuiſſe intelligitur, (ex quo certum
eſſe

eſſe cœperit teſtamentum ampliùs rumpi per poſthu-
17 mum non poſſe.† Et quidem neceſſarius, quia neque ſe
abſtinere eo inſtanti potuerit, cùm non ſicut hereditas
ſuo heredi acquiri in inſtanti poteſt, ita & in inſtanti ab
eo omitti poſſit. Acquiſitio ſiquidem fit ſola iuris po-
teſtate & in hoc ipſo quòd hereditas ſuo heredi defer-
tur, omiſſio autem non niſi per abſtentionem, abſtentio
verò non in inſtanti ſed in tempore, quia factum homi-
nis requirit, nec per alium quàm per ipſum filium fieri
hoc caſu poteſt *arg. dict. leg. vlt. de cond. inſtit.* Etſi nam-
que non ignoro poſſe pupillum abſtinere per tutorem
l. pen. de autor. tutor. l. ex contractu. 44. de re iudic. id tamen
non aliter procedit quàm ſi tutori conſtet delatã pupil-
lo hereditatẽ, quod hîc nõ euenit: quia nec defertur niſi
eo ipſo inſtanti quo pupillus moritur: poſt pupilli verò
mortem ſera & ridicula tutoris abſtentio fuerit. Cùm
igitur abſtẽtio hæc neq; per ipsũ pupillũ neq; per eius
tutorẽ fieri poſſit eo præciſè inſtanti quo pupillus mo-
ritur, reſtat vt pupillũ qui nunquã ſe abſtinuerit, patri
ſuum & neceſſariũ heredẽ extitiſſe concludamus, idque
ex teſtamento *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ.
cauſ. teſtam.* ſicut & ab inteſtato heres eſſet ſi eo mortis
inſtanti certum eſſe inciperet neminem ex eo teſtamẽ-
to heredem futurum *d. l. ſi filius. 16. de lib. & poſthũ* Hinc
verò & illud quoque neceſſario ſequitur, conditionem
vulgaris ſubſtitutionis, quæ illa eſt, *ſi heres non erit*, exi-
ſtere nũquã poſſe in propoſita ſpecie, hoc eſt in perſona
filij qui moriens ita fuit heres ex teſtamento neceſſa-
rius, vt quandiu vixit abſtinere ſe nunquam potuerit.
Ac proinde cùm omni caſu reperiatur poſthumus præ-
teritus, qui fuit tantum vulgariter ſubſtitutus, niſi eum
vulgaris ſubſtitutio impuberi facta trahitur ad pupil-
larem ex Marci conſtitutione, illud quoque euenire ne-
ceſſe eſt vt omni caſu rumpat teſtamentum: etiamſi poſt
mortẽ fratris naſcatur, licèt mortuo iam patre, ac mul-
tò magis ſi viuo adhuc patre, cùm eo caſu rumperet, ta-
metſi primo gradu fuiſſet inſtitutus ita nominatim cõ-
cepta conditione inſtitutionis, Si poſt mortem naſce-
18 retur *d. l. commodiſſimè.*† Eadẽ porrò aut potiùs contra-
ria ratione fit, vt ſi proponas inſtitutũ filiũ ſiue puberẽ
ſiue impuberẽ emancipatũ fuiſſe, qui moriens ipſo iure
heres eſſe non potuerit, aliud prorſus dicendum ſit, hoc
eſt ei inſtituto vtiliter poſſit ſubſtitui poſthumus frater
in caſum vulgarẽ, quia caſus ille poſſit contingere mor-
tuo quandocunque emancipato ante natum poſthumũ,
cùm emancipatus nec citra aditionem heres eſſe poſſit,
nec adire priuſquàm hereditas deferatur, nec hereditas
deferri ex teſtamento quandiu rumpi teſtamentum po-
teſt, nec rurſus ab inteſtato quandiu ſperatur poſthumus
ex teſtamento heres futurus. Tantò magis quod nec
emancipati filij præteritione teſtamentum iniuſtum di-
ci poſſit: ſed tamen quoniam ſiue ex teſtamento, ſiue ab
inteſtato rem ille omnimodo habiturus fuit aut ciuili
iure, ſi poſthumus non natus fuiſſet, aut iure ſaltem
Prætoris, ſi teſtamentum viuo eo per agnationem poſt-
humi ruptum eſſet, æquiſſimum erit hoc etiam caſu ac-
commodari ei decretum illud cuius mentio fit in *d. l.
ventre*, & in *l. 4. vltim. iunct. l. 5. de bon. poſſ. contr. tab.* & de
quo latè ſcripſimus *lib. 1. cap. 10.* Notandúſque eſt pere-
legans hic caſus quo decretum illud neceſſarium ſit, à
nemine adhuc ex interpretibus noſtris animaduerſus.
Cùm autem Iulianus non de emancipato filio loqua-
tur, ſed de ſuo herede, vt probant illa verba, *ſolus heres
patri ſuo exiſtet* (exiſtere enim proprium verbũ eſt ſuo-
rum heredum non emancipatorum *l. in ſuis. 14. de ſuis.
& legit.*) fatendum eſt non poſſe legem hanc de vulgari
ſubſtitutione intelligi, ſed tantùm de pupillari, quæ nec
puberi fit nec emancipato: quæ res magis me confir-
mat vt ea verba *viuo patre* delenda eſſe exiſtimem. Con-
iecturam iuuat quòd in præcedentibus idem ferè error
Florentinam quoque lectionẽ inuaſerat, quæ ſic habet
teſtamentum viuo rumpetur. vbi nemo non videt & alij
Codices probant dictionem *viuo* eſſe irreptitiam. † Idẽ 19
error, imò longè fœdior irrepſit in *l. Gallus. 29. forſitan
de liber. & poſth.* in illis verbis, *iſque viuo patre*, vbi pro
viuo alij Codices habent *mortuo*, & rectiùs, vt facilè ap-
pareat vetuſtiores interpretes dum hos locos tractarẽt
in quibus præcipuè inſpiciendum eſt viuóne an mortuo
teſtatore natus ſit poſthumus, non ſibi temperaſſe quin
ſuas adhiberent interpretationes & contextui infererẽt.
Ita forte exiſtimantes vt apertior & facilior fieret le-
gum ſententia quam ex contrario dum incauti decipi-
untur miris perplexitatibus innodarunt. Sic & in *l. poſt-
huma. 24. de liber. & poſth.* vt hoc quoque ſubijciam, puto
abundare eadem ipſa verba *viuo patre.* Nam cùm poſt-
huma ſub conditione heres inſtituta eſt ſi pendente cõ-
ditione naſcatur etiam mortuo patre perinde rumpit
teſtamentum atque ſi viuo patre nata eſſet, *arg. l. cum
poſthumus. 22. eod.* vbi ſcriptum eſt cum poſthumus ſub
conditione inſtituitur, caſuali ſcilicet vel mixta, nõ etiã
poteſtatiua vt rectè Accurſ. interpretatur (ſiquidem po-
teſtatiua, nec viciat inſtitutionẽ, nec ante poſthumi na-
tiuitatẽ impleri poteſt) ita demum non rumpi teſtamen-
tũ agnatione poſthumi, ſi priuſquam naſcatur conditio
exiterit.† Neque enim hac parte differẽtia vlla eſt aut 20
olim poſthumũ & poſthumã, quamuis inter filios iam
teſtamenti tẽpore ſuperſtites differentia eſſet vt Caius
& Iuſtin. in Inſti. ſcribunt, adeoque inter poſthumum &
poſthumã, quòd ad exheredationem nominatim facien-
dam attinebat, aut etiam inſtitutionem. Poterat enim
poſthuma non item poſthumus inter cæteros inſtitui
vel exheredari, dummodò exheredatæ aliquid legare-
tur, vt refert Vlp. *tit. 2. qui her. inſt. poſſ. §. poſthumus filius.
21. in fragment.* Quæ omnia Iuſtin. ſuſtulit in *l. maximum
vitium. 4. C. de lib. præt.* Ideoque de poſthuma Paulus lo-
quitur in *d. l. poſthuma*, non quaſi aliud ſit in poſthumo,
ſed vt intelligamus, quamuis dubitandi ratio maior ſit
in poſthuma, vt non tam facilè atque poſthumus teſta-
mentum rumpere videatur, propter ſexum cui alioquin
minùs faueri ſolet, idem tamen ius hic admitti debere.
Sanè poſthumam certum eſt rumpere teſtamentum non
ſolum ſi ſub conditione inſtituta ſit, & cõditione pen-
dente naſcatur, ſed etiam ſi purè ſcripta fuerit, quoties
viuo teſtatore naſcitur, ſi ius antiquum inſpicias, ſi verò
legem Velleam, quoties ſub ea demonſtratione ſcripta
eſt *quæ poſt mortem meam naſcetur*, quoniam apud Iure-
conſultos, & ante Iuſtin. in *d. l. vlt. C. de poſthum. hered. in-
ſtit.* inſtitutio facta in vnum caſum, ad alium omiſſum
trahi nunquam potuit. Proinde rumpit quaſi præterita.
Abeant itaque qui contrariam ſententiam ex hoc Iu-
liani loco probare velint, aut aliam Iuliani ſententiam
quærere.

CAPVT VI.

Ad §. ſi eius l. Gallus.

SVMMARIA.

1 *An caſus* d. §. ſi eius *ad legem Velleam, an verò ad ius antiquum aptandus ſit?*

2 *An poſthumi inſtitutio in* d. §. *propoſita ex Galli Aquilij formula, an verò ex lege Vellea defendi poſſit.*

3 *Referuntur huius quæſtionis à Scæuola propoſitæ nec deciſæ, recentiorum Interpretum deciſiones.*

4 *Inſtitutionem dicti poſthumi, qui apud hoſtes editus poſtliminio poſt aui mortem reuerſus eſt, ex iure antiquo defendi non poſſe.*

5 *Quid Galli Aquilij formulæ cum lege Vellea commune fuerit.*

6 *Dictum poſthumum non ſuum natum eſſe.*

7 *Cur idem poſthumus aui teſtamentum non rumpat?*

8 *An, ſi præteritus eſſet, rumperet agnaſcendo, an ſuccedendo?*

9 *Qnis ſit ſonſus horum verborum in* d. §. ſi eius. ſed cùm raſtamentum ab eo non tumpatur,&c.

10 *Cur dictus poſthumus reuerſus ab hoſtibus teſtamentum ſuccedendo non rumpat? vbi ratio à Bartolo examinatur.*

11 *Dictum poſthumum poſtliminio reuerſum in aui poteſtate ſemper fuiſſe intelligi .*

12 *Filium, qui apud hoſtes eſt, prateritum, & mortuo patre reuerſum. iniuſtum teſtamentum facere.*

13 *Emendatur* l.captum. 9, C. de captiu. & poſtlim. reuerſ.

14 *Poſthumum nepotem in* d. §. ſi eius. *etiam ſi inſtitutus ſit, ſuccedendo tamen rumpere teſtamentum aui inſpecta iuris veteris ratione.*

15 *An legis Vellea poteſtate fiat, vt dictus nepos teſtamentum aui ſuccedendo non rumpat?*

16 *Vera ratio redditur, cur dictus poſthumus ſuccedendo teſtamentum non rumpat?*

17 *Caſum huius §. cum caſu Iuliani conuenire.*

18 *De quo nepote Scauola in h. §, tractet?*

19 *Scauolam in* d. § ſi eius. *ad ius Iuliani autoritate inductum reſpicere potuiſſe.*

20 *Repetitur quaſtio initio propoſita, an poſthumus nepos in* d. §. ſi eius. *ex iure antiquo, an ex lege Vellea inſtitutus videatur?*

21 *An verbis,* quod quærendum eſt, &c. *in* d. §. ſi eius *ſpecies mutetur?*

QVi † filium habebat, & nurum prægnantem, poſthumum nepotem inſtituerat. Nurus ab hoſtibus
capta apud eos pepererat, ſuperſtitibus adhuc in ciuitate auo & patre, Tum pater ante auum deceſſerat: Auo
ſubinde mortuo nepos ab hoſtibus redierat. Quæri
Scæuola, vtrum caſus hic ad legem Velleam reſpiciat,
an ad ius antiquum aptandus ſit, hoc eſt, an poſthumus
1 hîc nepos teſtamẽtum non rũpat tanquã inſtitutus ex
præſcripto Aquilianæ formulæ, an potiùs tanquã inſtitutus in eũ casũ qui lege Vellea comprehenſus eſt. Ponimus enim nepotem hunc inſtitutum non ſub ea nominatim cõditione quæ Galli Aquilij formula continetur. *ſi poſt aui mortem naſceretur* (alioqui fruſtrà de lege Vellea dubitaretur, ad contrarium caſum pertinente ſi viuo teſtatore ſuus naſcatur, qui caſus in caſu mortis comprehendi nullo modo poteſt *l. cõmodiſſimè*. 10. *de lib. & poſthu.*) ſed ſimpliciter & nullo caſu expreſſo. Ex conſilio Pomponij in *d. l. cõmodiſſimè*, & aliorum de quibus Scæuola in hac *l. Gallus. §. quidam rectè.* † Non quærit
2 Scæuola, an poſthumus hic nepos, ſimpliciter vt dictũ
eſt inſtitutus teſtamentum rumpat. Ponit enim pro certo non rumpere vt probant ſequentia illa *Sed cum teſtamentum ab eo non rumpatur*. (hoc verò cur ita, dicemus poſteà) At de illo duntaxat dubitat, An ideò non rũpat quòd vtiliter inſtitutus videatur ex iure ãtiquo, an quod ex iure nouo, hoc eſt ex lege Vellea. Ius enim antiquum intelligit non legem duodecim tabularũ, ſed ius ciuile quod Aquilij temporibus & ante legem Velleam, quæ nouũ ius fecit, obtinebat. Quærit igitur, an vtiliter hic nepos inſtitui potuerit iure ciuili vetere, an verò lege
Vellea. † Nec tamen decidit quidnam probabilius dici
3 poſſit. Noſtri verò quod ille pretermiſit ſic ſupplẽt vt
longè diuerſa ſentiant. Sunt nãque qui putẽt poſthumi huius inſtitutionem defendi poſſe ex iure antiquo, propterea quòd cum ab hoſtibus poſt patris & aui mortem redit poſthumus, eo demum inſtanti naſci videatur, vtpote qui in illũ vſque diẽ nec ciuis Romanorũ fuerit, ſed ſeruos hoſtium, nec proinde iuri ciuili cognitus, quod neque Romanorũ ſeruos agnoſcit *l. quod attinet*. 32. *de reg. iur.* Caſus autem in quo ius ciuile vetus permittebat poſthumi ſui inſtitutionẽ, ille erat, ſi poſt teſtatoris mortẽ naſceretur, vt pluribus diſputauimus cap. 1. ſup. Aliis placet defendi hanc inſtitutionem ex lege Vellea duntaxat propter fictionẽ poſtliminij quæ omnia retrò agens, fecit vt viuo adhuc auo nepos hic natus videatur, quo ſcilicet captus ſit ab hoſtib. Quã ſententiã vir doctiſſimus Iac. Cuiacius probabiliorem arbitratur. Alij, vt ſubtiliores videantur, magis probãt vt vtroque iure inſtitutio hæc defendatur. Vetere quidem ſi actionem inſpicias, quaſi ficta natiuitas illa ſit cum captiuus redit ab hoſtib. Nouo autem ſi veritatẽ attendas, quòd reuera natus ſit viuo auo qui apud hoſtes ante mortem aui natus eſt: vt de illo tantum dubitet Scæuola an veritatẽ an fictionẽ ſpectari oporteat, id eſt, an qui natus eſt apud hoſtes, videatur natus in ciuitate: qui natus eſt non ſuus, videatur natus ſuus: quæ videtur fuiſſe veterum omnium opinio, à Cuiacio quoque parum ſibi hic conſtante
probata. † Mihi verò pace tantorum virorum dixerim, 4
prorſus deſipere hi omnes videntur. Nam ſi verum eſt, quod ſanè negari non poſſit, partum in ciuitate conceptum & apud hoſtes editum ſi poſteà quandocunque in ciuitatẽ redeat habere ius poſtliminij vt & locus hic probat, & *l. ab hoſtibus*. 15. §. 1. *Ex quib. cau. maior.* illud prorſus conſequens eſt, poſthumũ hunc nepotẽ quãdocunque reuerſum etiam poſt mortem aui, ſemper tamen & in ciuitate, & in poteſtate fuiſſe retrofingi *l. non vt à patre* 8. *l. retor.* 16. *& poſſ. de captiu. & poſtlim*, Quod ſi ita eſt non minus ex fictione quàm ex veritate dici poteſt natum fuiſſe cum viuis patre & auo, ac proinde nullomodo poſſe inſtitutionem eius defendi ex iure antiquo, quod ne ſui quidem poſthumi inſtitutionẽ aliter permittebat, quàm ſi is & ſuus & poſt teſtatoris mortem naſceretur. Itaque hoc caſu fictio poſtliminij cũ veritate congruit. Prorſúſque noua & inaudita eſt fictio illa quam iſti comminiſcuntur vt qui ab hoſtibus redit tũ demùm agnaſci videatur. Cùm non ſolùm rei veritas repugnet, ſed etiam poſtliminij fictio quæ contraria iſta fictione deleretur. Illud ſanè plus eſt in poſtliminij fictione quàm in veritate, quòd qui reuera apud hoſtes & natus & educatus eſt, in ciuitate natus fuiſſe ac perpetuò vixiſſe creditur, vnde illud quoque fit vt qui reuera natus eſt ſeruus hoſtium, & alioqui pro nullo cõputandus iure ciuili, videatur tamen natus viuo patre qui tũ cùm hic apud hoſtes natus eſt viuebat in ciuitate & ſub patris ſui eiuſdémque teſtatoris & aui poteſtate. Sic euenit vt concurrente quod ad hoc etiam pertinet poſtliminij fictione cũ rei veritate, non minùs verè quàm fictè dici poſſit nepotem hunc natum fuiſſe non ſuũm, & conſequẽter talem qui nullo iure inſtitui potuerit, nec vetere
nec nouo iure. † Id enim iuri veteri cum nouo, hoc 5
eſt cum lege Vellea commune fuit, quod neutrum patiebatur inſtitui poſthumũ niſi qui ſuus eſſet. Et quidem ab eo tempore quo inſtitueretur, ac ita demum ſi poſt teſtatoris mortem naſceretur (quæ fuit iuris antiqui conſtitutio) aut eo ſaltem tempore quo naſceretur tametſi viuo teſtatore, quod Vellea lex introduxit. Fruſtrà igitur labores in quærendo & inueſtigãdo, an ex antiquo iure an potiùs ex lege Vellea vtiliter inſtitutus videatur is quẽ conſtat nullo iure inſtitui potuiſſe. Idque & Scæuola ipſe fatetur in § *ille caſus infr. hac leg.* in
illis verbis. *Porro pracedere debet vt vtiliter ſit inſtitutus,*
quod nullo iure potuit is qui nondum natus erat. † Nã in illo 6
§, eandẽ prorſus quã in iſto ſpeciẽ tractat de auo qui filium habens, nepotem nondũ natum inſtituerat, poſteà viuis patre & auo natum, deinde poſt obitum patris viuo adhuc auo mortuum: hac ſola differentia, quòd hîc tractat de nepote nato apud hoſtes mox poſt patris & aui mortẽ reuerſo, illic verò de nepote qui nunquã apud hoſtes fuerit. Atqui nemo dixerit, nepotem apud hoſtes editũ melioris condicionis eſſe debere hactenus vt vel ſuus natus fuiſſe vel faciliùs inſtitui potuiſſe videatur quàm ſi ab hoſtibus nunquã captus fuiſſet. Poſtliminiũ enim eandẽ quidẽ cõdicionem facit reuerſi ab hoſtibus quæ ſi eſſet in ciuitate ſemper manſiſſet, ſed meliorem facere non poteſt. Cùm igitur inſtitui non potuerit hic poſthumus nepos ſiue ex veritate, ſiue ex fictione

natum eum dicas, vel viuo, vel mortuo teſtatore, quia
tam veritate, quàm poſtlimioij fictione inſpecta natus
7 non eſt ſuus. † Parum certè ſubtiliter faciunt, qui ratio-
nem reddentes cur teſtamentum non rũpat, banc adfe-
runt quod commodiſſimè ſit inſtitutus. Quaſi vt com-
modiſſimè inſtitutus quis videatur ſufficiat ita eſſe inſti-
tutũ vt cómodiùs inſtitui non potuerit, ac non priùs de
illo quærendũ ſit an aliquo modo aut aliquo iure inſti-
tui potuerit, nam qui nullo iure inſtitui poteſt multò
minùs poſſit cómodiſſimè inſtitui. Et tamen teſtamen-
tũ oon rumpit, vt ait Scæuola, An quòd, vt fert ſecunda
Accurſij interpretatio, nec præteritus rumperet? Nam
ſi ita eſt, fruſtrà ſanè quæramus, ao iure aliquo vtiliter
ioſtitutus ſit, qui vtiliter potuit præteriri. Conſtátque
tã antiquo iure ciuili quàm lege Vellea oб alios prohi-
beri rũpere, cùm inſtituti ſunt vel exheredati, quàm qui
rumperent ſi eſſent præteriti. Atque ita Goueanus quo-
que ſentit in poſterioribus ſuis ad hunc locum Com-
mentariis. Sed ego non probo. Eſſet enim ridicula quæ-
ſtio. An nepos hic, ita vti dictum eſt inſtitutus, teſtamẽ-
tum rumpat ſi nec præteritus rumperet. Et *in dict.* §. ille
caſus in quo eadem, vt dixi, ſpecies proponitur de inſti-
tuto nepote, qui & natus ſit non ſuus, & poſt mortẽ pa-
tris viuo auo deceſſerit, apertè Scæuola ſcribit. Iuliani
ſententiã neceſſariò admittendã fuiſſe vt nepos hic in-
ſtitutus teſtamentum non rumperet commiatis ſcilicet
duobus capitibus legis Velleæ: Quod vtique ſuperua-
8 cuũ fuiſſet ſi etiam præteritus noo rũperet. † An igitur
ſi præteritus eſſet rumperet agnaſcendo ao ſuccedẽdo?
Alterutro ſiquidẽ ex his modis rumpat neceſſe eſt. At-
qui agnaſcendo non poteſt rũpere qui nó naſcitur ſuus.
Hic autẽ cùm & reuera & ex fictione poſtliminij naſ-
catur viuo patre ſuo herede, ſuus heres auo naſci non
poteſt, nec ſi ſemper in ciuitate fuiſſet, quia pater eum
præcederet. In eoque omnes conſentiunt, quia nec du-
bitãdi ratio vlla eſt. Et hac de cauſa fortaſſis poſſit quis
dicere Scæuolam negare hunc nepotem rumpere, quo-
niam tota hac lege vſque ad §. *ſequenti parte*, non niſi de
iis poſthumis tractat qui ſi præteriti ſint, agnaſcendo,
rũpunt, quoniam & de iis ſolis inſtituendis Gallus, &
Velleus tractarunt. Cùm quod ad eos attinet, qui ſucce-
dendo rumpunt ſecunda pars legis Velleæ ſic prouide-
rit vt non tã inſtitui eos permiſerit, quàm vetuerit rũ-
pere, ſi modò inſtituti eſſent vel exheredati *d. §. ille caſu*.
9 † Vt proinde quod in fine huius §. Scæuola ſcribit: *ſed
cùm teſtamentum ab eo non rumpatur, nihil refert vtrum ex
iure antiquo an ex lege Vellea excludatur*, perinde ſit ac
ſi diceret fruſtrà quæri an nepos hic vtiliter inſtitutus
ſit ex iure antiquo an ex lege Vellea, vt excludatur à
poteſtate rumpendi teſtamenti, cum non rumpat agnaſ-
cedo, de iis autem ſolis inſtituendis Gallus & Velleus
egerint qui teſtamentũ rũpere agnaſcendo poſſunt quo-
ties ſunt præteriti. Verùm quoniã an verba illa, *cùm te-
ſtamentum ab eo non rumpatur*, tam generalia ſunt vt om-
nem rũpendi modum excludere Scæuola videatur, hoc
eſt, ſiue agnaſcendo, ſiue ſuccedendo, inueſtigãdum no-
bis eſt, an nepos hic præteritus, quem diximus non rũ-
pere agnaſcendo, rumpat ſuccedendo. Nã vt rũpat illud
omnino facit, quod cũ fictione poſtliminij videatur ſẽ-
per fuiſſe in ciuitate, eadem ipſius conditio eſſe debeat
in omnibus nec melior aot deterior quàm ſi nunquam
apud hoſtes fuiſſet. At ſi in ciuitate manſiſſet, eiúſq; pa-
ter ante annũ deceſſiſſet, proculdubio ſucceſſiſſet ille in
locum ſui patris, atque ita ſuccedendo aui teſtamentum
10 rupiſſet *l. poſthumorum. 13. infr. tit. prox.* † Cur non ergo
rumpet, quandocunque reuerſus ab hoſtibus? An quia
extremũ fictionis ad quod non ſit habile, vt Bartolus,
Caſtrenſis & Veteres omnes exiſtimant? Sic enim ſen-
tiunt, poſthumum hunc quid apud hoſtes natus ſit non
poſſe videri aut retroſiogi manſiſſe in ciuitate in qua
nunquã anteà fuerit. In quo labuntur apertiſſimè. Nam
vt maximè verum ſit requiri neceſſario ad inducendam
poſtliminij fictionem quòd in ciuitate aliquando fuerit
is qui in perpetuò manſiſſe videri velit, Conſtat eum
qui in ciuitate conceptus eſt, licèt apud hoſtes natus ſit,
ſtatim atque in vtero fuit, pro iam nato habitum fuiſſe,
præſertim quod ad poſtliminij fictionem attinet, *l. pen.
D. de ſtat. hom.* iodéque fieri quod pleriſque iuris locis
ſcriptum eſt vt patri quoque poſtliminium detur, *d. l. ab
hoſtibus. 13. §. 1. ex quib. cauſ. maior. l. ſi quis filio. 6. §. ſiue
autẽ infr. tit. prox.* nimirum ſi apud hoſtes natus tantùm
non etiam conceptus fuerit, vt ſequenti capite diſſere-
mus. † An ergo verius eſt quod Goueano placuit nepo- 11
tem hunc de quo tractamus ideò non rumpere aui teſta-
mentum ſuccedendo, quòd in aui poteſtatem nunquam
reuerſus ſit quo ſcilicet iam mortuo ab hoſtibus repe-
dauerit? Verum & huic ſententiæ ipſa iuris ratio refra-
gatur, quæ propter fictionem poſtliminij facit vt nepos
hic ſicut in ciuitate ita in aui poteſtate ſemper fuiſſe in-
telligatur, adeò vt nec tractari poſſit an in poteſtatem
reuerſus ſit de qua nunquam exierit. Niſi velis defende-
re ob eam cauſam ceſſare hic poſtliminij fictionẽ quòd
extremum à quo non ſit habile iam defuncto auo quo
tẽpore nepos ab hoſtibus reuertitur. Sed hoc multò mi-
nùs dici poteſt. Non enim ex aui, ſed ex ipſius nepotis
perſona inſpiciendum eſt ao extrema ſint habilia: ſuffi-
citque nihil prohibere quominus nepos apud hoſtes
natus io ciuitate ſemper manſiſſe fingatur, vt cætera
omnia conſequantur, quæ pro factis haberentur, ſi nun-
quã hoſtium potitus fuiſſet, alioqui non eſſet plenũ &
integrũ ius poſtliminij, ſed diminutum & dimidiatum,
quale eſſe non magis poteſt quàm illud fieri vt eodem
tẽpore vnus idémque homo & liber ſit & ſeruus, & in
ciuitate & apud hoſtes. Atqui ſi nepos hic ſemper in ci-
uitate mãſiſſet, haud dubie prædefuncto patre viuo auo
in patris locum ſucceſſiſſet, ac ſuccedendo aui teſtamẽ-
tum rupiſſet. Idem ergo admittendum quoque eſt cùm
in ciuitate & conceptus, apud hoſtes natus in ciuitatem
reddiit, mortuo etiam patre. † Cætero quin eadem iuris 12
ratio fieret, vt iam natus filius ab hoſtibus captus, & pa-
tre mortuo reuerſus, patri ſuus heres exiſtere nó poſſet,
cum ſuus heres ille ſit qui mortis tempore & in pote-
ſtate eſt & primum gradũ occupat in cauſa ſuccedendi,
*d. l. ſi quis filio. 6. in prin. inf. tit. prox. l. ſi filiusfamilias. 33.
§. 1. de teſtamen. milit. l. ſcripto. 7. D. vnd. liber.* At conſtat
filium qui apud hoſtes ſit teſtamenti tempore licèt im-
punè præteriti poſſit ſi in eadem cauſa decedat, ſi tamẽ
ab hoſtibus redeat etiam poſt mortẽ patris perinde in-
iuſtum facere teſtamentũ iure ſui heredis præteriti, acſi
cùm teſtamentum condebatur in ciuitate fuiſſet §. *in om-
nibus inf. hac leg. l. pen. hoc tit. d. l. ſi quis filio. 6. §. ſed ſi pater
inf. tit. prox.* Adeò vt quandiu pẽdet an filius ab hoſtibus
reditutus ſit, hoc eſt quandiu viuit, neq; ex teſtamento
neque ab inteſtato deferatur hereditas *l. nec nes. 4. C. de
poſtlim. reuerſ.* ne nepoti quidẽ cuius intereà ius pendet,
ac in ſuſpenſo manet *l. ſi quis poſthumos. 9. §. ſi filium. hoc
tit.* Nã & ſi pater ab hoſtibus captus eſſet filio in ciui-
tate relicto, tũ filio iã mortuo pater rediiſſet, eadẽ poſt-
liminij fictione omnia quæ medio tẽpore filius quæſiiſ-
ſet, patri acquiſita cenſerentur, quaſi nũquã egreſſo filio
poteſtatẽ patris: nec patri poſſet obiici extremũ à quo
non eſſe habile vt filius iam tum mortuus in poteſtatem
redire nequeat, vtpote quantumquam fuerit in plenum
liberatus propter ſuſpenſi iuris conſtitutionem *l. propo-
nebatur. 9. de caſtr. pecul. l. pen. D. de ſuis & legi. l. bon. 22.
§. 1. de captiu. & poſtlim.* Denique captum ab hoſtibus fi-
lium patre mortuo medio tẽpore lex poſteà reuerſum
ſi in poteſtate patris tempore quo capiebatur fuit, ſuum
facit heredem, ſiue teſtatus ſiue inteſtatus pater deceſſe-
rit, *l. captum. 9. C. eod.* († vbi tamen obſerua dictionem 13
illam *Cornelia* abundare & vel ab imperito interprete
additam vel exſcriptoris inſcitia ea dictione *poſtea* quæ
ibidem optimè quadrat conſtatam: cùm apertiſſimum
ſit non ex lege Cornelia id fieri ſed ex poſtliminij

fictione, quæ multum diſtat à lege Cornelia, & moribus
ac naturali æquitate priùs quàm lege vlla videtur in-
troducta *l. poſtliminium. 29. eod.*) Quod itaque in filio ab
hoſtibus reuerſo poſtliminium facit etiam mortuo pa-
tre, idem in perſona nepotis faciet poſt aui mortem ab
hoſtibus redeuntis ſi modò ante auum pater deceſſerit:
ac proinde ſuccedendo, teſtamentum aui rupiſſe intelli-
getur non minùs quàm ſi ſemper in ciuitate manſiſſet,
quaſi viuo auo in locum patris ſucceſſerit. Non enim
poſtliminij fictio facit, vt rediiſſe in ciuitatem nepos
videatur viuo auo, ſed vt nunquam abfuiſſe intelliga-
14 tur.† Cùm igitur neceſſariò fatendũ ſit nepotem hunc
aui teſtamentum rumpere ſuccedendo, conſequens eſt
vt rumpat non ſolum ſi ſit præteritus, ſed etiamſi inſti-
tutus inſpecta iuris veteris ratione. Nam ante legem
Velleam nepotes omnes qui in ſuorum locum ſucce-
dendo ſui heredes fiebant ſuccedendo rumpebant, quã-
uis inſtituti eſſent, & inſtitui potuiſſent, ob idque ne-
ceſſaria fuit lex Vellea cuius ſecundo capite prohibiti
ſint rumpere *d. §. ille caſus infr.* Ergo quod ait Scæuola
teſtamentum ab eo non rumpi rationem illam habere
non poteſt quòd ſit inſtitutus: cùm in iis qui ſucceden-
do rumpebant ante legem Velleam nihil planè refer-
ret an inſtituti eſſent, an præteriti, nec tamen aliter in-
ſtitui poterant, quàm ſi iam nati eſſent. Planè poſt le-
gem Velleam intereſt, quoniam eos ſolos ſuccedendo
rumpere lex prohibuit qui vtiliter inſtituti eſſent vel
15 exheredati *dict. § ille caſus.*† An autem ex eo inferemus
legis Velleæ poteſtate fieri vt nepos hic teſtamentum
non rumpat ſuccedendo? Minimè. Nam ſicut legis hu-
ius primo capite eorum tantùm poſthumorum inſtitu-
tio permiſſa eſt qui & ſui heredes, & viuo teſtatore na-
ſcerentur, in quorum numero non eſt hic de quo agi-
mus, quia non ſuus & viuo patre natus eſt: ita ſecundo
capite non de permittenda nepotum inſtitutione locu-
ta lex eſt, ſed de iis duntaxat agens qui omni iure inſti-
tui poterant ſaltem tanquam extranei, hoc eſt de nepo-
tibus iam natis, id ſolùm conſtituit quod legis autori-
tate conſtitui neceſſe erat, vt ſi vtiliter inſtituti eſſent
vel exheredati teſtamentum rumpere prohiberentur.
At nos de eo nepote agimus qui teſtamenti tempore
necdum natus erat, nec in eo vt ſi tum natus fuiſſet
ſuus heres auo exiſtere potuiſſet, quippe quem pater
præcedebat: quique ob eam cauſam nullo iure inſtitui
poterat. Non magis igitur ad ſecundum quam ad pri-
16 mum caput legis Velleæ caſus hic pertinet.† Quod cum
ita ſit, illa ſemper dubitatio manet quid illud ſit quod
Scæuola negat teſtamentum ab eo rumpi. non puto
aliud reſponderi poſſe quàm quod res eſt, Scæuolam
reſpexiſſe ad ius illud quod iam tum Iuliani autoritate
receptum erat, & exploratum, quo defenditur inſtitutio
nepotis huius, qui & viuo patre natus ſit, & in præde-
functi patris locum viuo auo ſucceſſerit, vt nec præte-
riri eum neceſſe ſit, nec eo inſtituto vereri oporteat ne
ſuccedendo teſtamentum rumpat, quaſi commixtis le-
gis Velleæ capitibus. Priore quidem ad permittendam
inſtitutionem eius qui alioqui præteritus ſuccedendo
rumperet. Poſteriore verò ad prohibendum ne ſucce-
17 dendo rũpat is qui vtiliter fuerit inſtitutus. † Hic enim
Iuliani caſus eſt, de quo idem Scæuola tractat in §. *ille
caſus inf.* huic noſtro prorſus ſimilis, imò idem penitus,
niſi quod in hoc §. ponit nepotem apud hoſtes natum
& poſt mortem patris atque aui reuerſum. Quæ tamen
circumſtantiæ nullã iuris diuerſitatem includant, nem-
pe propter fictionem poſtliminij quæ non ſolum capti-
uitatis, ſed etiam liberationis & reditus memoriam ſic
obliterat, vt nec vnquam captus fuiſſe, nec à ciuitate
abfuiſſe, nec proinde in ciuitatem rediiſſe nepos videa-
tur. Cur ergo, inquies, caſum hunc Scæuola ſeparat à
caſu Iuliani, de quo necdum quicquam dixerat, dicturus
duntaxat in *d. §. ille caſus*, Nimirum quia nihil commu-
ne habet caſus Iuliani, ſi captiuitatis & poſtliminij cir-
cunſtantias tollas, cum formula Galli Aquilij de qua
hic tractat Scæuola & tota hac lege vſque ad §. *nunc de
lege*, vbi de lege Vellea tractare incipit. Iulianus enim
de eo nepote tractat qui viuo auo naſcitur non ſuus.
Gallus verò de illo qui & poſt aui mortem & ſuus he-
res auo naſcitur.† In hoc autem §. de eo agit Scæuola, 18
qui apud hoſtes viuo auo natus, & ab iiſdem auo iam
mortuo reuerſus eſt, qui quoniam nõ niſi poſt aui mor-
tem caput in ciuitate habere incipit, eo demùm inſtan-
ti natus videri poſſet, ideoque & ad formulam Aquilij
pertineret, niſi poſtliminij fictio obſtaret, quæ tamen
non obſtaret ſi mortuo in ciuitate auo nepos apud ho-
ſtes natus proponeretur. Neque enim fictio retrofingit
poſthumum priùs natum quam natus ſit, vt viuo auo
natus videatur qui reuera eo iam mortuo natus eſt. (Re-
pugnat ſiquidem naturæ ordo qui non magis fictione
iſta poſtliminij quàm alia vlla ciuili lege & conſtitu-
tione immutari poteſt,) ſed fingit duntaxat natum in
ciuitate qui apud hoſtes natus eſt, quia non ſicut tem-
pus ita locum certum naſcendi vllum natura præſcri-
pſit. Vt verò ſemper in ciuitate fuiſſe videatur qui nun-
quam fuit, non ſola poſtliminij fictio facit, ſed illa po-
tiſſimùm iuris regula quæ partum in vtero exiſtentem
pro iam nato habet vt Iulianus ſcribit in *dict. l. penult. de
ſtat. homin.* & Caius in inſtit. *tit. 4. §. vlt. lib.* 1.† Cæterùm 19
quemadmodum & in hoc §. & in præcedentibus, ad
propoſitas quæſtiones diſſoluendas Scæuola legis Vel-
leæ ſæpiùs meminit priuſquàm ad eius interpretatio-
nem accedat, tametſi de formula tantùm Aquiliana diſ-
ſerat, ita & ad ius illud quod Iuliani autoritate inductũ
erat & ſine controuerſia receptum, reſpicere potuit, cũ
ſcripſit à nepote iſto de quo tractat, aut teſtamentum
non rumpi, nulla tamen Iuliani mentio facta ſed iuris
antiqui duntaxat & legis Velleæ, quia nec ius nouum
Iulianus fecit vt nec facere potuit, ſed tantùm induxit
vt legis Velleæ duo capita miſcerentur ad comprehen-
dendum caſum hunc nouum & improuiſum, qui neu-
tro capite ſeparatim continebatur, quoniam de illo Vel-
leus non cogitauerat. Nec idcirco ſuperfluus eſt tracta-
tus qui ſequitur in *d. §. ille caſus*, quia ibi Scæuola diſ-
putat qua ratione inductum ſit vt talis nepos inſtitui
poſſit ne ſuccedendo rumpat. Hic verò nihil aliud Scæ-
uola notat quod ad Iuliani ſententiam pertineat, niſi
teſtamentum non rumpi tacito eo cur non rumpat: † 20
Quæſtionem verò duntaxat illam mouet, An ex iure
antiquo & formula Galli Aquilij, an ex lege Vellea in-
ſtitutus videatur. Nam ſi ad ius antiquũ caſua hic aptari
poſſet propter circunſtantias nati poſthumi in captiui-
tate, & poſt aui mortem ab hoſtibus reuerſi, nec ad le-
gem Velleam, nec proinde ad Iuliani ſententiam perti-
neret. Subinde tamen quaſi meliùs re conſiderata, mo-
net Scæuola ſuperuacuam eſſe quæſtionem, quia ſiue
ad ius antiquum, ſiue ad legis Velleæ capita aut ſepara-
ta aut commixta caſum aptare velis, certum eſt nepotem
hunc tanquam ritè inſtitutum aui teſtamentum rum-
pere non poſſe. Reuera tamen ad legem Velleam perti-
net ſi cum Iuliano coniunges capita, quæ alioquin ſe-
parata nil prodeſſent, ſed ſi præteritus eſſet hic nepos,
haud dubiè rumperet non agnaſcendo, ſed ſuccedendo.
Quanquam putabam aliquando fieri non poſſe vt qui
poſthumus, ſiue poſt teſtatoris mortem, ſiue poſt teſta-
mentum natus, non rupit agnaſcendo cùm eſſet præte-
ritus, idem vnquam rumpat ſuccedendo: quaſi totã vim
poſthumi in rumpendo teſtamento, tum exeri neceſſe
ſit cùm naſcitur. Sed me nunc in contrarium illud vo-
cat quod de recepta Iuliani ſententia ſcriptum video
in *d. § ille caſus, Ne* inquit lex *rumpantur teſtamenta*, Et
ſanè cum non eadem ſit ratio rumpendi teſtamenti
agnaſcendo & ſuccedendo, propterea quòd agnaſcen-
do rumpit qui ſuus naſcitur, ſuccedendo verò qui cum
natus eſſet non ſuus, fit ſuus ſubintrando in locum pa-
tris præmortui viuo auo, nihil vetat eum qui agnaſcen-
do

do non rupcrit licèt præteritus, rumpere tamen ſucce-
11 dendo.† Sequitur apud Scæuolam, *Quod quærendum eſt ſi iam mortuo filio pronepotem inſtituat redeatque mortuo.* Quibus verbis non mutari ſpeciem defendit Cuiacius idemque non, *pronepotem*, legendum eſſe, ſed *nepotem*, quod iam olim Iohannes & Pileus ſenſerunt. Et quia repugnant præcedentia ne dici poſſit nepotem hunc iam mortuo filio inſtitutum ab auo quem Scæuola initio dixerat habuiſſe teſtamenti tempore filium apud hoſtes, addit de ſuo pro *inſtituat*, legere debere, *pariat*. Quæ tamen correctio quàm ſit improbabilis nemo nõ videt: eò autem improbabilior eſt quò minùs neceſſaria. Nam cùm de pronepote tractare Scæuola incipiat, qui priùs in nepote inſtituto quæſtionem conceperat, nihil apertiùs eſt quàm quod Accurſius & veteres omnes tradiderunt mutari ſpeciem, eadem tamen quæſtione retenta, nempe an vtiliter proauus teſtatus videatur ſiue ex iure antiquo ſiue ex lege Vellea, ſi iam mortuo filio pronepotem ex nepote inſtituat & pronepos cõceptus in ciuitate apud hoſtes natus, mortuo patre, deinde proauo ab hoſtibus reuertatur. Itaque rectè veteres libri, *Quod & quærendum eſt*, & paulò poſt *mortuo eo*, id eſt teſtatore. Ideò autem tractans de pronepote Scæuola ponit filium iam mortuum, vt ſpecies hæc magis conueniat ſuperiori, nepote in locum filij ingreſſo, & pronepote in locum nepotis. Quamquã nec aliud probari oporteret ſi filius quoque teſtamenti tempore viueret, dummodo ex aliqua parte inſtitutus eſſet iuxta
12 eiuſdem Scæuolæ præceptum in §. *in omnibus infrà.* † Cæterùm ſi cum Cuiacio poneres tractare Scæuolam de nepote ex filio iam teſtamenti tempore mortuo, ridiculum faceres Scæuolam qui dubitaret an nepos hic vtiliter eſſet inſtitutus ſiue ex antiquo iure ſiue ex lege Vellea. Apertiſſimum enim eſſet potuiſſe eum ab initio inſtitui omni iure tanquam poſthumum ſuum quem pater non præcedebat, eo tamen nato viuo teſtatore inſtitutionem euaneſcere, ſi ius antiquum inſpicias, ſubſiſtere verò, ſi legis Velleæ primum caput conſideres. Nec ſanè dubitandi cauſa vlla eſſet an ad formulã Galli Aquilij aptari caſus hic poſſet, non ſolùm quòd ea formula ad illos duntaxat nepotes pertineat qui propriè ſunt poſthumi, hoc eſt poſt aui obitum nati, ſed etiam quòd in his omnibus ſpeciebus quas Scæuola tractat in Aquilianæ formulæ interpretatione ponendum neceſſario ſit ſuperſtitem fuiſſe teſtamenti tempore filium, adeóque ex aliqua parte inſtitutum *d. §. in omnibus*. Id enim vnum erat quo nepotis poſthumi inſtitutio prohiberi videbatur quòd teſtamenti tempore pater eum præcederet. Et verò cùm Scæuola ponit nepotem hunc poſt patris & aui mortem rediſſe, iis verbis, *mox ille poſt mortem patris atque aui redeat*, non obſcurè ſignificat natum eum fuiſſe viuo vtroque. Eo autem nato, ac priuſquam ab hoſtibus rediret, defunctum in ciuitate patrem primo loco, ſubinde auum. Quod fit vt in illis verbis, *ibique viuo pariat*, putem abundare dictionem, *viuo*, quæ & ſola per ſe nullius ſenſus eſt, manſitque in textu ex gloſſa interpretis qui non tantùm dictionem illam addiderat, ſed & alias plures quæ extant adhuc in veteribus libris, in quibus ſic legitur, *viuo auo & eius filio*. Eadem dictio *viuo* irrepſit etiam in textum *l. ſi pater filium. 26. de vulg. & pup ſubſt.* de qua ſuperiore capite diximus. Hæc verò ad loci huius obſcuriſſimi, nec dum à quoquam bene explicati, interpretationem ſufficiant.

CAPVT VII.

De ſententia l. ſi quis filio. 6. §. ſed ſi pater. D. de iniuſt. rupt.

SVMMARIA.

1 *Quando fieri poßit vt in* d. §. ſed ſi pater, *poſthumus ſuccedendo poſt mortem aui teſtamentum rumpat, cùm Velleana ſucceßio nonniſi viuo teſtatore fiat.*
2 *Qua ratione Cuiacius hanc difficultatem eludat?*
3 *Succeßionem quaſi agnationem, at non agnationem ſucceßionem ex contrario appellari poſſe.*
4 *Goueani ad eandem difficultatem tollendam commentum reiicitur.*
5 *Filium in ſpecie* d. § ſi pater. *viuo patre ſuum heredem eſſe deſiiſſe.*
6 *In quo differat ſpecies* d. §. ſi pater. *à priore dicta legis ſpecie.*
7 *Quis ſit in* d. §. *ſenſus horum verborum*, poſt mortem aui ſuccedendo teſtamentum rumpet?
8 *In quo melior ſit poſthumi quàm filij iam nati præteriti conditio?*
9 *Supra ſcripta differentia ratio.*
10 *Quò reſpiciat Vlpianus, cum in* d. §. *ait nepotem poſt mortem aui ſuccedendo rumpere teſtamentum.*
11 *An præteritione filij iam nati ruptũ dici poßit teſtamẽtũ.*

TOrſit † me diu multúmq; hic locus, in eo primùm 1
quod Vlp. ait, ſi pater eius qui mortis aui tempore in vtero fuit apud hoſtes erat, nepotem iſtum, patre in eadem cauſa decedente poſt mortem aui ſuccedendo teſtamentum rumpere. Nam ſi verum eſt, quod pro ratione ſequitur, *quia ſupra ſcripta perſona ei non obſtat, nec enim creditur in rebus humanis fuiſſe cùm in eadem cauſa decedat*, conſequens videtur, vt nepos hic in teſtamẽto aui præteritus illud rumpat, non vt Vlpianus ait, ſuccedendo, ſed agnaſcendo. Nam agnaſcendo rũpit quiſquis naſcitur, ſi prǽteritum ſe reperiat, ſiue viuo ſiue mortuo teſtatore naſcatur: ſuccedendo verò ille demùm qui nõ ex ſuo fit ſuus ſubintrando in locum ſui heredis viuo duntaxat non etiam mortuo teſtatore, *l. poſthumorum. 13. infr. hoc tit. l. Gallus. 29. ſeq. part. ſup. tit. 1.* Ex quo apparet fieri non poſſe, vt idem nepos rumpat & agnaſcendo & ſuccedendo, ſiue quòd teſtamentum iam ſemel agnatione ruptum, iterum quaſi agnatione rumpi nõ poſſit, ſiue quod nec fieri queat, vt vnus idemque poſthumus naſcatur ſuus & non ſuus. Multò minùs autem admittendum eſſe, quod Vlpianus ait poſthumum hunc rumpere ſuccedendo poſt mortem aui, cùm Velleana ſucceſſio, vt dixi, non niſi viuo teſtatore fiat. Accurſius nodum hunc quaſi nec viderit nõ diſſoluit, nec alius quiſquam ex veteribus interpretibus.† Cuiacius verò ſic eludit, vt 2
dicat Vlpianum ſcripſiſſe *ſuccedendo*, eo ſenſu, vt idem prorſus ſignificet, quod *agnaſcendo*. Ratione illa quòd quemadmodum ſucceſſio quaſi agnatio quædam eſt *dict. l. poſthumorum in fin.* ita non malè ex contrario dici poſſit agnationem quaſi veluti ſucceſſionem eſſe, cùm poſt mortem teſtatoris ex filio iam defuncto nepos agnaſcitur. Sed hæc longè ſunt diſſimilia. † Succeſſio- 3
nem enim quaſi agnationem appellamus, quoniam qui ſuccedit in locum ſui heredis ex non ſuo fit ſuus, ac proinde quòd qualitatem ſui heredis attinet, quæ ſola facit, vt teſtamentum rumpatur, eo demùm inſtanti naſci quodammodo videtur. At agnationem ex contrario ſucceſſionem appellare non poſſumus, nec quaſi ſucceſſionẽ, quia qui ſuus naſcitur cùm à nemine anteuertatur (alioqui non ſuus naſceretur) non habet in cuius locum poſſit ſuccedere, ſiue de filio agamus, ſiue de nepote. Quanquam verum eſt ſicut nepos non ſuccedit in locum filij ſucceſſione Velleana niſi filius viuo teſtatore ſuus eſſe deſierit, ita nec aliter agnaſci ſuum heredem auo poſſe, id eſt, proximum ei naſci poſt eius mortem, quàm ſi filius qui eum præcedebat viuo auo ſuus heres eſſe deſierit, ac proinde quàm ſi nepos qui quaſi nepos ſecundum gradum tenet, in filij locum ſucceſſerit, & primum gradum tenere ac filij loco eſſe cœperit, quo ſenſu dici ſanè poteſt ſuccedendo rumpere eum qui rũpit agnaſcendo: non quia idem ſit ſuccedere & agnaſci, ſed quòd auo agnaſcatur is demùm nepos qui in parentis locum naſcendo ſuccedat *l. 1. §. ſi filius & ſeq. de*

X 4 *ſuis*

4 *ſuis & legit.*† Anton. Goueanus neſcio quid prima facie ſubtilius, propè autem intuéri multo probabilius commentus eſt. Putat namq; nepotem hunc cuius pater teſtamenti tempore apud hoſtes fuerit ſi mortuo auo & exiſtente adhuc patre apud hoſtes natus ſit, aui teſtamentum rumpere non agnaſcendo, ſed ſuccedēdo: quoniam, inquit, & in aui morientis poteſtate fuiſſe creditur, qui eo viuo conceptus ſit & eo viuo natus in poteſtate futurus eſſet, & in locum quem pater propter ius ſuſpenſum poſtliminij obtinere videbatur, ſubintrauit mortuo poſteà apud hoſtes patre. Vnde infert ille non naſcentem hunc, ſed iam natum rumpere: eum verò qui natus rumpat, neceſſe eſt rumpere ſuccedendo. Sed in eo vir doctiſſimus labitur, quòd nō animaduertit, imò verò nepotem hunc non iam natum, ſed naſcentem, & naſcendo rumpere, quia quo tempore naſcitur licèt patrē habeat viuum apud hoſtes non magis tamen ei obſtat perſona patris quandocunq; poſtea apud hoſtes defuncti, quam ſi iam tum defunctus eſſet, vt apertiſſimè Vl-
5 pianus ſcribit.† Nam tametſi lex Cornelia, quæ tam de hereditatibus teſtamentariis quàm legitimis eorum qui in hoſtium poteſtate deceſſiſſent lata eſt, ad filiosfamilias non pertineat, qui ſicut bona in ciuitate nulla relinquere potuerunt, ita nec he[redem] babere poſſunt *l. qui vxorem. 15. hoc tit. iunct. l. lex [C]ornelia. 28. de vulg. & pupil. ſubſt.* vt proinde fingi non poſſit ex ea lege filiusfamilias deceſſiſſe in ciuitate antè primam horam captiuitatis. Verùm tamen eſt deſiiſſe eum viuo patre ſuū heredem eſſe cùm ab hoſtibus eo viuo non redierit, & quo inſtanti pater eius moriebatur certum eſſe cœperit non poſſe ampliùs viuo eo filium redire *l. Gallus. §. videndum ſup. tit. 1.* quod nos pluribus explicabimus lib. prox c. 3. Conſequenter fatendum eſt nihil obſtare nepoti huic poſt aui mortem naſcenti, quominus auo ſuus heres naſcatur, quamuis ſi viuo auo naſceretur, ſui heredis ius naſcendo non haberet nec ſi pater apud hoſtes
6 poſteà deceſſiſſet. † In quo differt hic nepos ab eo de quo in priore legis ſpecie dictum fuerat, hoc eſt qui conceptus ſit ex filio exheredato, & patri ſuperſtite. Ille enim vno tantùm caſu ſuus heres naſcitur, ſi exheredatus filius deceſſerit herede ſcripto deliberante, qui poſteà hereditatem omiſerit, & tamen ne illo quidem caſu rumpit teſtamentum, quia potuit præteriri cùm mortis tempore pater eum præcederet *l. ſcripto. 7. vnd. liber.* quam ob cauſam magis probo, vt in huius §. principio legamus, *ſed ſi pater*, quàm, *ſed etſi*, differentiæ indicandæ gratia. Quòd ſi admittas naſci hunc nepotem ſuum heredem, quia nemo eum præceſſit mortis tempore, negare non poſſis quin agnaſcendo rumpat. Non igitur ſuccedendo, cùm vel fatente Goueano ſuccedendo rumpat is duntaxat qui natus, non qui naſcens rum-
7 pit. † Quid ergo eſt quod Vlpianus de nepote iſto ſic ſcribit, *poſt mortem aui ſuccedendo teſtamentum rumpet?* Tentemus an dici poſſit Vlpianum his verbis nec de Velleana ſucceſſione agere, quæ fit ſubintrante ſuo herede in locum ſui heredis, nec de ea ſola, quæ fit in gradibus potiùs, quàm in perſonis, hoc eſt ſubintrante ſecundo gradu in locum primi deficientis etiam priùs quàm perſona naſcatur, quæ gradum illum occupare poſsit, *l. 1. de ſuis & legit.* (quanquam ſi de hac maximè velis intelligere, non valdè repugnabo, vt ſup. dixi.) Sed de ſucceſſione in hereditate de qua & in præcedentib. illis locutus fuerat, *ab inteſtato verò is ſuccedit.* Vt ſenſus ſit longè elegantior, nepotem hunc poſt mortem aui ſuccedendo in ipſius hereditate cum auo ſuus heres agnaſcatur teſtamentum eius rumpere. Hoc autem ideò (ne quis fortè putet abſurdè aut otioſè hoc verbum additum) quia poſthumus, ſiue filius, ſiue nepos nunquā rumpit niſi ſuccedendo, hoc eſt quin ſtatim & in ipſo inſtanti rumpendi ſuccedat ei cuius teſtamentum rum-
8 pit. †Et in hoc melior conditio eſt poſthumi quàm filij iam nati. Hic enim ſi in primo gradu teſtamenti præteritus ſit, in ſecundo verò vel inſtitutus vel exheredatus facit quidem primum gradum iniuſtum, ſed ſequentem valere patitur. Poſthumus verò rumpendo ſibi locum facit, atq; ita non tantùm primum gradum à quo præteritus fuit, ſed & omnes ſequentes totúmque teſtamentum rumpit, vt eleganter idem Vlpianus ſcribit in *l. prox præced. verſic. rumpendo.* Vixque niſi vno caſu euenire poteſt, vt partem duntaxat teſtamenti poſthumus rumpat: nimirum cùm à primo gradu exheredatus eſt, à ſecundo præteritus, *l. 3. §. vlt. ſup. eod.* ſcilicet, quia quandiu primus gradus ſubſiſtit de ſecundo nihil quærendum eſt, nec proinde ob ſecundi gradus inualiditatem primus rumpi poteſt. Ergo nec totum teſtamentum, ſed pars tantùm, ſi fortè vno ex primis heredibus adeunte alius qui ſubſtitutum vulgarem acceperat præterito in ſubſtitutione poſthumo hereditatem omiſerit, *l. 4. eod.*† Supraſcriptæ autem differentiæ inter poſt- 9
humum & filium iam natum elegans ratio illa eſt, quam iam ſuperiore libro attigimus *cap. vlt.* quod cùm filij præteritione teſtamentum iniuſtum & nullum eſt, nullum filij factum intercedit, ſed ſola iuris poteſtas quæ odio præteritionis etiam ignorante filio teſtamētum inutile reddit. Ergo eatenus duntaxat quatenus filius præteritus eſt, atque ita ratione primi gradus tantùm, non etiam ſequentium, ſi in ſolo primo gradu filius præteritus ſit, in ſequentibus verò vel inſtitutus vel exheredatus. Quomodo igitur poſsit filius iam natus ſibi locum facere qui nihil facit? Prius ſiquidem eſt, vt faciat, quàm vt ſibi locum faciat. Nec pugnat quod quibuſdam locis ſcriptum legimus filium præteritum facere iniuſtum teſtamentum vt in hoc ipſo §. *& in d. l. 3. §. ex his ſup. hoc tit.* Id enim ſic accipi omnino debet, vt filius præteritus nō patiatur teſtamentū valere quomodo Vlpianus loquitur in *§. ex ſuis heredibus. tit. 2. a. qui hered. inſt. poſſ.* non vt in eā rem filij factū vllum intercedat aut intercedere ſit neceſſe, cùm, vt dixi, & ignorante & inuito filio ſola iuris poteſtas iniuſtū faciat gradū in quo filius præteritus eſt. At cùm poſthumus ſuus heres rūpit hoc ipſo quod rūpit facit aliquid & vel ipſum rūpendi verbū poſthumi factū demonſtrat ſe exerentis & in lucē prodeuntis. Stultius verò ſit ſi ideò rūpat, vt alij locū faciat, ac non potius ſibi ipſi. Quanquam enim nec voluntatem nec iudicium habet, qui nunc primùm naſcitur, vt quid faciat poſſit intelligere, lex tamen vtrūq; ſupplet, hoc vno contenta quod factum nepotis in naſcendo interueniat quippe quæ certa ſit ætatē ſolam, & iudiciū illi, & voluntatē eſſe allaturam. Itaq; non ea ratione potētius eſt ius poſthumi quàm filij iā nati, quòd ille ſit fauorabilior, ſed quia plus eſt & ad euertēda teſtantia iudicia validius, rūpi teſtamentum quàm nullum eſſe & iniuſtum. Vt autē poſthumus rumpat non duntaxat iniuſtum faciat, ratio illa eſt, quia quandiu in dubio euētu poſitum eſt an poſthumus naſciturus ſit teſtamētum valet. Proinde vel ſemper validū id manere neceſſe eſt, vel quoniā id citra poſthumi iniuriā fieri nō poſſet, rumpi penitus & euerti naſcente poſthumo præterito.
† Ad id ergo nimirum reſpiciens Vlpianus ait [ne]potē 10
hunc poſt mortem aui ſuccedendo rumpere teſtamentum, quod perinde eſt ac ſi tranſp[o]ſitis verbis diceret rūpendo ſuccedere, vt in *d. l. prox. præced. verſ. rumpendo.* Cæterū & rūpit & ſuccedit agnaſcendo, & agnaſcitur, qui, cùm in patēris quaſi præmortui locum ſucceſſerit, proximū ipſi locū cùm naſcitur obtinet. Iam natus, quia ab initio iniuſtū facit, & nullum nūquam rumpit. Nam quod nullū eſt rumpi non poteſt, *l. prox. ſupr.* idque eſt quod Vlpian. noſter innuit in *§. ſeq.* his verbis, *ſi gradus illo valeat.* †Et errant qui putant præteritione filij iā na- 11
ti ruptum dici teſtamentum in *l. inter cætera. 30. ſup. tit. 1.* Habet enim lex illa duas partes, quarū prior de poſthumis neceſſariò intelligēda eſt de quib. fortaſſe eo loco Caius tractabat, qui ſic loquitur, *ne præteritis iſtis rumpatur teſtamentum.* Poſterior verò de filiis iam natis, & teſtamenti

teſtamenti tempore in teſtatoris poteſtate conſtitutis, *d. l. 3. §. ex his hoc titu.* Alia quæ ad huius legis principium pertinent, quia magis elegantia ſunt quàm obſcura, nec malè in antiquioribus & recentiorib. explicata prætermittimus. Pertinent ad nepotē ex filio exheredato cuius aliam eſſe rationem quam nepotis ex filio captiuo Vlpianus hîc docere voluit, vt & in *l. ſi quis. 5. §. 1. ſupr. tit. prox.* Sed quæ ſequuntur vſque ad. *§. irritum*, quoniam luce maxima & noua indigent, ſequenti capite exponamus.

CAPVT VIII.

Emendatio §. ſiue autem eiuſdem legis, & interpretatio l. ſi ſtatulibera. 6. in princip. & §. 1. de
8 ſtatuliber.

SVMMARIA.

1 *An in* d. §. ſiue autem, *Vlpianus de Velleana ſucceſſione tractare iencipiat.*

2 *Reijcitur Cuiacij ſuper hac quæſtione ſententia, eiuſque argumenta ſoluuntur.*

3 *An in ſpecie* d. §. ſiue autem, *nepos in captiuitate patris conceptus poſtliminij ius habeat ſi cum patre reuertatur?*

4 *Cur is qui apud hoſtes conceptus eſt, ſi in ciuitatem cum patre reuertatur, ciuis Romanus efficiatur?*

5 *Senſus* l. apud hoſtes. 9. de capt. & poſtlim. reu.

6 *Filium qui apud hoſtes conceptus cum matre ſola in ciuitatem redit patre apud hoſtes defuncto ſpuriũ, dici.*

7 *an idem poſt Iuſtiniani conſtitutionem dici poſſit?*

8 *An in ſpecie* §. 1 l ſtatulibera *natus apud hoſtes ex ſtatulibera, & cum ea ab hoſtib. reuerſus, an, inquam, ex matris, an verò ex propria perſona liber fiat?*

9 *An in dicta ſpecie poſtliminium filio competat, quem ſtatulibera apud hoſtes concepit, & poſt exiſtentem libertatis conditionem edidit?*

10 *Cur matri quæ captiuitatis tempore ſtatulibera fuit, poſtliminium accommodetur?*

11 *Statuliberam matrem quod ſerua pœna effecta ſit, exiſtente ſtatuta libertatis conditione liberam non fieri.*

7 12 *An eius partui ante damnationem concepto proficiat exiſtens poſt damnationem libertatis conditio?*

13 *Differentia inter filium & nepotem apud hoſtes conceptum, quoad poſtliminij dationem.*

14 *An ex Vlpiani ſententia in* d. §. ſiue autem, *nepos qui mortis aui tempore in vtero fuit patre iam ab hoſtibus capto, & ibi mortuo, teſtamentum aui ſuccedendo rumpat, ſiue in ciuitate ſiue apud hoſtes conceptus fuerit?*

15 *Tollitur è* d. §. *vox* conceptus, *& emendati ſenſus proponitur.*

16 *Quinam in ſucceſſione Velleana teſtamentum rumpant?*

17 *Per ſuccedentes in* §. quocunque autem, *ſequentes intelligi oppoſitos præcedentibus.*

18 *Confirmatur interpretatio* d. §. quocunque autem.

19 *Liberorum nomine in* d. §. *ſolos poſthumos intelligi qui poſt mortem parentis naſcuntur.*

20 *Retinetur vox* duntaxat, *in* l. 3. §. 1. ff. de iniuſt. rupt. teſt. *à nonnullis ſublata.*

1 LOngè † obſcurus eſt quod apud Vlpianum ſequitur in § *ſiue autem hac eadem lege, ſiue autem*, inquit, *in ciuitate nepos fuit conceptus ſiue apud hoſtes, quoniam datur & partui poſtliminium, ſuccedendo teſtamentum rumpit*: Hic Vlpianum incipere de Velleana ſucceſſione tractare exiſtimat Cuiacius, quòd nepoti cōcepto apud hoſtes poſtliminium non aliter detur quàm ſi cum filio reuertatur, *leg. 1. Cod. de poſtlim.* Vtroque autem reuerſo ita demùm nepos ſuccedat in locum filij, & ſuccedendo rumpat, ſi filius viuo teſtatore ſuus heres eſſe deſierit, *l. poſthumorum. 13. infr. hoc titul. leg. Gallus. 29. §. ſequenti parte ſupr. tit. 1.* Nihi verò probabile hoc fieri non poteſt, qui video iis verbis, *ſiue autem*, coniungi hunc §. cum præcedentibus ita vt eadem ſpecies tractetur, ſcilicet de nepote ex filio teſtamenti tempore capto ab hoſtibus & in eadem cauſa, hoc eſt in captiuitate defuncto. De nepote, inquam, qui poſt aui mortem natus ſit, ac proinde in cuius perſona Velleanæ ſucceſſionis ordo locum habere non potuerit, ſi verum eſt quod in ſuperioribus ſæpiùs diximus, & vir doctiſſimus non negat Valleanam ſucceſſionem non niſi viuo teſtatore cōtingere. Quomodo enim viuo teſtatore ſuccedat in locum filij nepos, qui poſt teſtatoris mortem naſcitur, ſed & cùm in præcedente §. eadem illa verba extent quæ in iſto *ſuccedendo teſtamentum rumpet*, cur aliter atque aliter ea interpretari liceat, quaſi vno loco de Velleana ſucceſſione Vlpianus egerit, alio verò de ſui heredis agnatione, quæ per ſubrogationem ſequentis gradus in locum præcedentis mortuo teſtatore contigerit? Eadem ſanè verba eodem contextu ſcripta, & ad eandem ſpeciem accommodata, vnam eandémque interpretationem recipiant neceſſe eſt. † Nec 2
me mouet quòd Cuiacius obiicit nepotem hunc apud hoſtes conceptum de quo Vlpianus tractat non aliter poſtliminium habere poſſe, quàm ſi cum patre ab hoſtibus reuertatur. Nam vt maximè id verum eſſe concedā, quod mox negabo, nepotem ab hoſtibus cum patre reuerſum poſtliminij ius habere, planè ridiculum facias Vlpianum, ſi eum ſic intelligas, vt vtroque ab hoſtibus reuerſo viuo adhuc teſtatore contingat filium præmori nepos in ipſius locum ſuccedat, & ſuccedendo viuo auo rumpat. Quid enim neceſſe erat captiuitatis mentionem facere, cuius memoriam & incommoda vtroque poſtea reuerſo poſtliminij fictio deleuiſſet? Aut quis dubitare poterat, eo caſu quo vterque propter ius poſtliminij ſéper in ciuitate manſiſſe credebatur, nepotem in prædefuncti parentis locum viuo auo ſuccedentem ipſius teſtamentum rumpere? Vtique pertineret ea res ad tractatum De poſtliminio potius quàm ad titulum ſub quo locus hic ſitus eſt. De iniuſto rupto, & irrito facto teſtamento. † At neque verum eſt, quod Cuiacius pro certo 3
ponit, nepotem in captiuitate patris conceptum poſtliminij ius habere, etiamſi cũ patre reuertatur. Qui enim in ciuitate nunquam fuit aut natus, aut pro nato habitus, quomodo retrofingi poſſit perpetuò in ciuitate manſiſſe? An non hîc optimè illud quadrat, quod noſtri iactare ſolent poſt Bartolum ad *l. ſi is qui pro emptore. D. de vſucap.* neque poſtliminij, neque aliam vllam fictionem tunc locum habere cùm extrema non ſunt habilia? Porrò extremum ad quod hic nullum eſt, ad quod ſcilicet poſtliminij fictionem referre poſſis, cùm nepos apud hoſtes conceptus nec ab hoſtibus captus, nec in ciuitate nunquàm fuerit. Nam & quod receptum eſt, vt qui in ciuitate conceptus & apud hoſtes natus eſt poſtliminium habeat, *leg. ab hoſtibus. 15. §. 1. ex quibus cauſ. maior. dict. leg. Gallus. §. ſi eius ſupr. titul. 1.* aliam rationem non habet, quàm quòd ex iuris regula fauorabiliter introducta, qui in vtero ſunt pro iam natis habeãtur quoties de illorum commodo agitur, *l. penultim. D. de ſtatut. homin*, At vt pro nato habeatur, qui nondum conceptus eſt nec iuris regula, nec fictione vlla conſtitui poteſt. † Planè etiam qui apud hoſtes conceptus eſt ſi in ciuitatem cum patre reuertatur ciuis Romanus efficitur, & patriæ poteſtati ſubditus non minus quam ſi in ciuitate & conceptus & editus fuiſſet. An quia poſtliminij ius habeat? Id enim eſt quod & virum doctiſſimum & interterpretes omnes fefellit. Minimè. Sed quia cùm eius patri poſtliminium detur, & poſtliminij ea vis ſit vt patri reddat omnia, ac proinde liberos, in conſequentiam fieri neceſſe ſit, vt reddendo patri liberos in ſeruitute conceptos ac ſi in ciuitate concepti fuiſſent, liberis quoque

des

det patrem, ſiquidem ſunt iſta correlatiua quorum vno
poſito alterum quoque poni neceſſe eſt. In eámque rem
textus eſt perelegans & apertus in *dict. leg. 1. Cod. de poſt-
lim. reuerſ.* in illis verbis, *quanquam enim iure proprio poſt-
liminium habere non poſſit quæ capta non eſt, tamen paren-
tum reſtitutio reddet patri filiam.* Nec eſt contrariũ quod
in eiuſdem legis principio ſcriptum eſt, filiam apud ho-
ſtes conceptam ita demum parentis originem ſecutam
videri ſi ambo in ciuitatem reuerſi ſint. Sunt enim hæc
longè differentia, filiam apud hoſtes conceptam & cum
patre vel matre reuerſam ſequi patris aut matris origi-
nem. Et, Habere eam Ius poſtliminij. Prius verum ex ne-
ceſſitate paterni aut materni poſtliminij: Poſterius fal-
ſum, quamuis eò tandem decurſum ſit, vt dici cœperit
ex patris perſona dandum huic filiæ poſtliminium, li-
cèt perſona ipſa filiæ quæ nec ab hoſtibus capta nec in
ciuitate vnquam fuit fictionis huius incapax prorſus
5 videatur. † Sic enim omnino accipiendum eſt, quod ait
lex, *apud hoſtes. 9. D. eod.* filium apud hoſtes ſuſceptum, id
eſt & conceptum & editum filij iura habere ſi poſtli-
minio redierit, ſcilicet cum patre vel matre. Habere
enim poſtliminium nempe ex perſona parentis cum
quo redierit ſiue pater, ſiue mater ſit. Idque ex reſcripto
Seueri & Antonini, cuius & idem Vlpianus meminit
in *l. 1. §. interdum. verſicul. ſed etſi apud hoſtes. D. ad S.C.
Tertyl.* Quod reſcriptum illud ipſum eſt, cuius verba
extant in *dict. leg. 1. Cod. de poſtlim.* vt ex inſcriptione
apparet. Adde quod & in *leg. Diui. 25. D. de capt. & poſt-
limin.* Marcianus ita ſcribens, *& filiam in poteſtate patris
quemadmodum ſi iure poſtliminij reuerſus ſit*, ſatis ſignifi-
cat non propriè & verè, ſed impropriè & abuſiuè nos
loqui, cùm dicimus filio qui apud hoſtes conceptus ſit
poſtliminium competere, tametſi cum patre reuertatur.
6 † Vnde illud etiam fit, quod monſtri inſtar videri poſſit,
vt filius conceptus in ſeruitute ſi ſolus aut cum matre
ſola in ciuitatem redeat patre apud hoſtes defuncto, nec
patrem habere intelligatur, nec proinde matrem ſi cum
patre ſolo redeat, defuncta apud hoſtes matre: cum iam
inde ab eo tempore quo captus eſt parens quiſquis ille
ſit diem ſuum obiiſſe exiſtimetur, vt ait *dict. l. 1. in fine.*
Itaque ſpurius dicitur priore caſu & vulgo quæſitus, *d.
l. Diui 25. D. eod. dict. l. 1. §. ſed etſi apud hoſtes. D. ad S.C.
Tertyll.* quod & de libertinis Vlpianus ſcribit in frag-
mentis, *titul. 12. de curator. §. à Prætore.* Poſteriore autem
ſine matre eſſe exemplo adrogati qui patrem habet nõ
7 matrem. † Id verò magis nouum & mirum hodie vide-
ri debeat, natum ex legitimo matrimonio filium pro
ſpurio vulgo quæſito haberi, poſtquam iure nouo & ex
Iuſtiniani *Nouell. 22. de nupt. cap. 7. §. ſed etiam captiui-
tatis*, inductum eſt, vt per captiuitatem matrimonium
non diſſoluatur, quod olim diſſoluebatur, *leg. in bello.
12. §. medio tempore in fin. D. de capt. & poſtlim.* quod &
Accurſius ad *dict. l. Diui.* obſeruauit. Nemo enim dixerit
illa Iuſtiniani conſtitutione ſublatam fictionem legis
Corneliæ quæ facit, vt proximo ante captiuitatem mo-
mento captiuus deceſſiſſe retrofingatur. Vereor tamen
ne malè Accurſius & poſt eum cæteri legem Iuſtiniani
accipiant, quæ ſanè illo demum caſu matrimonium ma-
nere patitur, quo alterutra coniugum perſona ſuperſit
in Republica non etiam ſi ambo coniuges in hoſtium
poteſtatem peruenerint. Ideoque nec dici poteſt ſpu-
rium hoc caſu naſci ex legitimo matrimonio, niſi po-
nas vxorem non captiuam, ad virum captiuum com-
meatu ab hoſtibus, vt plerunque fit, accepto ad eum
acceſſiſſe, ibique ex eo concepiſſe. Vtut ſit, conſtat filiũ
apud hoſtes conceptum ſi ſolus redeat nullum poſtli-
minij ius habere, neque ex perſona propria, cùm, vt di-
xi, nec ab hoſtibus captus nec in ciuitate vnquam fue-
rit, neque ex perſona parentum, qui non redierint. Si
verò cum parentibus redeat competere ei ius poſtlimi-
nij, ex perſona quidem patris ſi vel vterque parens vel
ſolus pater redierit, ex perſona autem matris ſi ſola
mater reuerſa ſit. † Quò pertinet quod idem noſter Vl- 8
pianus tractat in *l. ſi ſtatulibera. 6. §. 1. D. de ſtatulib.* de
ſtatulibera, quæ in ciuitate & ante exiſtentem ſtatutæ
libertatis conditionem ac proinde in ſeruitute conce-
perit, deinde ab hoſtibus capta ibi poſt exiſtentem con-
dicionem pepererit. An liberum pariat. Et ait interim
quidem, id eſt quandiu apud hoſtes eſt filius dubium
non eſſe quin ſeruus hoſtium ſit, ſed verius eſſe poſtli-
minio eum liberum fieri. An verò ex matris perſona,
an ex propria? Ponimus enim & matrem & filium ab
hoſtibus rediiſſe. Et puto ex perſona matris non ex
propria tametſi conceptus fuerit in ciuitate, quia eo
tempore conceptus eſt quo mater nondum erat libe-
ra, ac proinde in ſeruitute, ſcilicet nondum impleta ſta-
tulibertatis conditione: quæ res facit, vt quandiu in vte-
ro fuit & in ciuitate nõ potuerit haberi pro nato, cùm
ea ſit iuris ciuilis regula, quæ ſicut ad ſeruos non per-
tinet, vtpote iuri ciuili incognitos: ita nec ad filios ſta-
tuliberorum, niſi ab eo tempore quo exiſtit conditio
& libertatem mater conſecuta eſt. Idque eleganter Vl-
pianus docet, illam ſuæ ſententiæ rationem ſubiiciens,
quia ſi mater in ciuitate eſſet, intellige, tunc cum ſtatutæ
libertatis conditio euenit, *liber naſceretur.* Sufficit enim
partui liberam matrem vel cùm natus eſt vel quo alio
tempore habuiſſe, vt & liber, & ingenuus natus videa-
tur, *l. & ſeruorum. 5. §. ingenui & §. vlt. de ſtat. homin.*
Quòd ſi poneres cõceptum in ciuitate ex ingenua ma-
tre filium, deinde natum apud hoſtes ex captiua, poſtea
ſine matre reuerſum, dicerem poſtliminium ei compe-
tere, proprio iure ac ſi iam natus vnà cum matre captus
fuiſſet, *l. vlt. C. ex quib. cauſ. maior.* tametſi non poſſit re-
trofingi natus in ciuitate ſine matre: quia nec retrofin-
gi neceſſe eſt, quandoquidem iam pro nato habebatur
priuſquam mater ab hoſtibus caperetur, & ſecuta cala-
mitas matris quæ poſt conceptionem ab hoſtibus ca-
pta apud eos & peperit, & deceſſerit non magis filio
nocere debet, quòd ad ius poſtliminij attinet, quam in
eo vt & liber & ingenuus naſcatur ſi vel minimò me-
dij temporis momento liberam matrem habuerit, quã-
uis & conceptionis & partus tempore ancilla fuerit, *d.
l. 5. §. pen. & vlt. de ſtat. homin.* † Quid autem ſi in ſupra- 9
ſcripta ſpecie ſtatulibera & apud hoſtes concepiſſet, &
poſt exiſtentem condicionem edidiſſet? Difficilius eſt
vt poſtliminium filio competat, quippe qui non ſolùm
in ciuitate numquam fuerit, ſed etiam in duplici ſerui-
tute conceptus ſit. Sed tamen quia poſt exiſtentẽ condi-
cionem natus eſt, & eo tẽpore quo ſi mater eſſet in ciui-
tate hic liber naſceretur, adhuc benignius dicetur com-
petere ei poſtliminium, & liberũ eum eſſe, nimirum in-
ducta ex perſona matris poſtliminij fictione, & ita demũ
ſi ſimul cũ matre redierit: alioqui melior condicio eſſet
filij apud hoſtes concepti ex ſtatulibera quàm eius qui
conceptus eſſet ex muliere ante captiuitatem libera,
quod tamen dici non poteſt. † Matri autem quæ capti- 10
uitatis tempore ſtatulibera fuit licèt numquam caput
in ciuitate habuerit, ideò fictionem poſtliminij accom-
modamus quòd quamuis toto præcedenti tempore
ſerua fuerit, adeò vt ſi tum peperiſſet etiam partus he-
redis fuiſſet, *l. ſi ſtatulibera 16. de ſtatulib.* nihilominus ſi
ſemper in ciuitate manſiſſet, exiſtente quandocumque
condicione perinde libera fuiſſet ac ſi libertatẽ ab ini-
tio purè non in tempus aut condicionem accepiſſet, *l. 2.
eod. tit. de ſtatulib.* non tamen ablatis heredi medij tem-
poris commodis. Itaque eadem ratio quæ libertati iam
competenti poſtliminium daret etiam cõpetituræ fauo-
re debet, & ſuccurrere, nec ciuilis legiſlator pati debet
vt ex hoſtium iniuria deterior eius condicio fiat. † Di- 11
co, *ex hoſtium iniuria*, quoniam ſi mater ſerua pœnæ fa-
cta ſit ex condemnatione nihil ei prodeſſe debet quòd
poſtea libertatis conditio euenerit, cùm & ſi condem-
nationis tempore libera fuiſſet, & ex libera pœnæ ſerua
effecta, ei ſubueniri non oporteret, tanquam indignæ

propter

propter pœnam ex proprij delicti cauſa irrogatam, *l.*
12 *Papinianus.20.de minor.* † Partui tameu ante damnstio-
nem concepto proficier exiſtens poſt damnationem li-
bertatis conditio, vt perinde liber naſcatur atque ſi ma-
ter damnata non eſſet, ne obſit ei caſus matris in liber-
tate qui nec in dignitate obeſſe poſſet, *argum.l.filiam.9.*
D.de Senator. Atqui, inquies, obſtat ei caſus matris cum
mater ab hoſtibus capta nec reuerſa eſt. Imò, inquam,
non obſtat, ſed potiùs ipſius filij qui & ipſe in ſeruitu-
te conceptus eſt ideóque alieno auxilio indiget vt poſt-
liminij fictione adiouetor, quàm es propria perſona in-
ducere noo poteſt. Et hæc mihi videtur Vlpian. ſen-
tentia quanquam ſubobſcura in *d.l. ſi ſtatulibera.6. in*
princ. & §.1.de ſtatulib. Verum vt ad tem noſtram te-
deamus, etſi nullo caſu fieri poteſt vt ei qui apud ho-
ſtes conceptus eſt ſi ſolus redeat poſtliminium detur.
13 † Obſeruandũ tamen eſt nonnullã hac parte differen-
tiã eſſe inter filium & nepotem ex filiofamilias. Nam ſi
ex patrefamilias ab hoſtibus capto conceptus ſit in ca-
ptiuitate filius, & patre poſtea in eodem ſtatu decedẽte
filius ſolus in ciuitatẽ redierit, ea ratio facit ne poſtlimi-
niũ habere filius poſſit ex perſona patris, quòd nec patrẽ
habere intelligatur, quippe qoi fictione legis Corneliæ
ante primã horã captiuitatis defunctus exiſtimetur, *d.*
l.1.C.de poſtlim. In nepote verò concepto apud hoſtes ex
filiofamilias non eadem ratio locũ habere videtur, quia
nec fictio legis Corneliæ ad filiosfamilias pertinet præ-
terquam ſi ſint milites, & ratione duntaxat honorũ ca-
ſtrenſium, *l.filiusfam.14.de re milit l lex Cornelia 28.de*
vulg.ſubſtit. quamuis pater idémque filiusfamilias apud
hoſtes poſtea mortuus, videatur iam inde viuo auo ſui
heredis ius amiſiſſe, *d.l. Gallus. §.videndum. ſupr.tit.1.* &
hac ipſa lege, *§.prob. præc.* Proinde negari vix poteſt,
quin nepos hic patrẽ habeat, niſi dicas quod & verius &
ſubtilius dici poſſe arbitror, patrẽ hunc licèt non retro-
fingatur es lege Cornelia ciuis Romanus deceſſiſſe, quia
filiusfamilias fuit, cœpiſſe tamen pro nullo & mortoo
haberi ex quo ab hoſtibus captus eſt, ſeruus hoſtiũ re-
uera factus cũ, quòd ad ius ciuile attinet, ſerui pro nul-
lis & mortuis habeaotur, *l.quod attinet.32.l. ſeruitutem.*
209.de reg.iur. Indéq; fieri vt tanquã ex nullo aut mor-
tuo conceptus nec patrem habere intelligatur, nec pro-
inde auũ, quia coniungi auo niſi per mediã patris perſo-
nã nepos non poteſt: adeò vt nec quaſi ſuus, nec quaſi
nepos, neq; quaſi cognatus ad aui hereditatẽ aut bono-
rũ poſſeſſionẽ admittendus ſit, licèt eo iã reuerſo & ad-
huc ſuperſtite auus moriatur, perinde ac ſi ex contrario
poſt aui mortem conceptus eſſet, hac ipſa lege in princ.
verſ.ſed hac ita, & lege.1 §. ſi quis proximior. D.vnd.cogn.
Quid enim hic intereſt an poſt aui obitũ reuera conce-
ptus ſit, an poſt patris mortẽ & ex nollo conceptus exi-
ſtimetur? His verò conſequens eſt vt quamuis in ciuita-
tem reuerſus liber fiat, poſtliminium tamen nõ habeat:
nec illa ſolum ratione quòd in ciuitate nunquam fuerit,
ſed etiã, quòd non habeat, qui eũ vel ciuitati reddat vel
in ciuitate recipiat, quæ duæ ſpecies ſunt poſtliminij,
l.cùm duæ.14.de capti.& poſtlim. quarum poſterior ne ſer-
uis quidem denegatur dominos in ciuitate reperienti-
bus, *l.ficut.30.l.ab hoſtibus.12.C.eod.* † Quæ cum ita ſint,
14 non video qua arte defendi poſſit quod Vlp. ſcribit in
hoc §. quem interpretamur, nepotẽ iſtũ de quo in præ-
cedẽtibus dixerat, hoc eſt qui mortis aui tẽpore in vtero
fuit, patre iã ab hoſtibus teſtamenti tẽpore capto ibíq;
poſtea mortuo rumpere teſtamentum aui ſuccedendó,
ſiue in ciuitate, ſiue apud hoſtes conceptus fuerit. Nam
qui apud hoſtes conceptus eſt etiã viuo auo ex filio ca-
ptiuo & in ciuitate defuncto, is neque auo ſuccedere,
neq; teſtamentum eius aut agnaſcendo, aut ſuccedendo
rumpere poteſt. Nec aliud erit tametſi cũ Ant. Goueano
dicas, quantumuis improbabiliter, mutari hîc ſpeciem,
& incipere Vlp. loqui de nepote qui apud hoſtes con-
ceptus mortuo patre poſtliminiò reuerſus fuerit viuo
adhuc auo. Etenim ſioe viuum auum dicas, ſiue mortuũ
nullo eum ſanguinis aut iuris vinculo poteſt continge-
re qui ex filio captiuo & ſeruo facto natus eſt, vt diximus
Nempe quod ad cauſam ſucceſſionis attinet, quæ tota
iuris ciuilis eſt ſiue teſtamentaria ſiue legitima, *l.verbis*
legis.120.l.lege obuenire.130.de V.S. Deinde ratio illa, quę
apud Vlpianum ſequitur, *quoniam datur & partui poſtli-*
miniũ, prorſus falſa eſt in partu apud hoſtes cõcepto, &
ab hoſtibus ſine patre aut matre reuerſo, vt apertiſſimè
probauimus, locúmq; tantum ſibi vindicat in partu qui
in ciuitate conceptus, & apud hoſtes natus ſit. Sed etſi
poneres nepotẽ hunc non ſolũ, ſed cum matre ab hoſti-
bus rediiſſe, atq; ita poſtliminiũ aut potius poſtliminij
cõmodum ei dares ex perſona matris, attamen non ideò
faceres, vt aui teſtamentũ vel agnaſcendo vel ſuccceden-
do poſſet rũpere, quia ſicut ea poſtliminij fictio ex per-
ſona matris non reddit ei patrem qui in captiuitate de-
ceſſit, ita nec reddere illi poteſt auũ paternum, qui niſi
per patrẽ nullus eſt. Quòd ſi cũ Iac. Cuiacio diuines re-
duiſſe nepotẽ cũ patre viuo auo, inepta erit & ſuperua-
cua ratio illa, quod etiã partui poſtliminium detur. Nã
etſi non daretur, patri tamen, de quo nemo dubitat dari
ſufficeret ad hoc vt nepos quoq; in ciuitate & conce-
ptus & natus & perpetuò educatus crederetur, ſicut &
ſeruos ab hoſtibus redeuntes dominis ſuis reſtitui dixi-
mus ex *d.l. ſicut.10.Cod.de poſtlim.iunct.d l.1.eod.* † Ergo
concludendum neceſſariò eſt corruptum eſſe locum & 15
abundare dictionẽ *conceptus*, quæ ſola eum Iureconſulti
ſententiam apertáque iuris rationem deſtruat ex gloſſa
imperiti alicuius interpretis, vt credibile eſt, in textum
irrepſit. Ea porrò ſublata ſenſus & elegans & clarus ille
erit, nepotem hunc quem diximus ſuſceptum ex filio iã
teſtamenti auiti tempore captiuo, & deinde apud hoſtes
mortuo rumpere aut teſtamentũ ſuccedendo ſiue in eo
præteritus fuerit, ſiue in ciuitate fuit, ſiue apud hoſtes
mortis aui tẽpore, aut eum auus ſuprema ordinaret, dũ-
modo in ciuitate antea cõceptus eſſet, vt talis ſit, cui ra-
tio illa congruere poſſit, *quoniam datur & partui poſtlim.*
quæ alioqui & falſa futura ſit & ſuperuacua. Rumpet
autem ſuccedendo, id eſt, vt ſuperiori capite eadem præ-
cedentis §. verba interpretati ſumus, non per Velleianã
ſucceſſionem, ſed cùm ab hoſtibus reuerſus aut in ciui-
tate manens patre iam defuncto apud hoſtes in eius lo-
cum ſucceſſerit poſt aui mortem, & ſucceſſionem here-
ditariæ capax factus fuerit. Quo tamẽ caſu aut iure poſt-
liminij, ſi ab hoſtibus redierit aut iure commum ſi in
ciuitate ſemper manſerit, rupiſſe videbitur agnaſcendo,
vtpote cùm nulla perſona ei obſtiterit quominus ſuus
natus videri poſſit, patre quandocunque apud hoſtes
mortuo, quamuis eo viuo nec ſuccedere potuerit ipſius
locũ, nec conſequenter in aui hereditate propter ſpem
poſtliminij, *dict.l.1 §. ſi filius ſuus heres. D.de ſuis & legit.*
† Sequitur apud Vlpianum, *ſuccedendo itaque ſui non*
rumpunt ſi vel fuerint inſtituti vel exheredati ab eo gradu 16
ad quem hereditas defertur, ſcilicet ſi gradus ille valeat.
Ex quibus verbis apparet euidentiùs, non loqui Vlpia-
num dẽ ſucceſſione Velleana. Nam in ſucceſſione Vel-
leana non is rumpit qui iam ſuus eſt, ſed ex contrario
ille qui nõ eſt, & qui ſit ſuus hoc ipſo inſtanti quo ſuc-
cedit in locũ ſui heredis. Non enim qui iam eſt ſed qui
nondum eſt ſuus, fieri ſuus poteſt. At Vlpianus tractat
hîc de iis qui iam ſui ſunt, & negat eos rumpere ſucce-
dendo cuiuſcunq; tandem gradus ſint, ſi vel fuerint in-
ſtituti vel exheredati ab eo gradu ad quem hereditas
defertur, ſi modò gradus ille valeat. Deinde qui ſucce-
dunt Velleanæ ſucceſſione etiam ſi ſint inſtituti, vel ex-
heredati, rumpunt tamen, inſpecta iuris ciuilis ratione
niſi confugias ad auxiliũ legis Velleæ, quæ ſecundo ca-
pite prouidit & prohibuit ne rumpant, *dict.l.Gallus.§.ſe-*
quenti parte, de quo dicemus *c.2.lib.prox.* Vlpian. verò de
iis loquitur, qui iure ciuili nun rumpunt, cùm inſtituti
ſunt vel exhæredati, neque enim legis Velleæ vllomodo
meminit.

meminit,quomodo meminit in *l.3.§.1.ſua hoc tit.* tractãs de filio qui poſt teſtamentum viuo teſtatore natos ſit, itemqoe Caius tractans de Velleana ſucceſſione in *l poſthumorum.13.in fin.infr hoc titul.* Denique cùm hic verſiculus vnico contextu ſubiiciatur præcedentibus in quibus nihil de Velleiana ſucceſſione proponi diximus, non video qua ratione diuerſam interpretationem poſſit admittere.†Nec pugnat quod ſequitur, *quocunque*
17 *autem modo parentes præcedentes in poteſtate eſſe deſierunt ſuccedentes liberi ſi fuerint inſtituti vel exheredati non rumpunt teſtamentum.* Succedentes enim liberos commodè intelligere poſſumus, *ſequentes* oppoſitos nimirum *præcedentibus*. Sequentes inquam in gradu quidẽ & qui in priorum locum ſucceſſerint, ſed qui tamen iam teſtamenti tempore primum locum tenuerint parentibus iam tum aut captis, vt in exemplo propoſito, aut mortuis aut damnatis. Id enim agit Vlpian. hoc verſiculo vt doceat nihil referre, an cum auus teſtabatur pater captus eſſet ab hoſtibus apud qoos poſtea deceſſerit, an mortuus,an condemnatus. Quemadmodum & illud addere potuit, nihil intereſſe an pater ſuus hæres eſſe deſiiſſet, an ſuus eſſe nunquam cœpiſſet,vt in ſingulari illo caſu quem idem Vlp. ponit in *d. l. 1. §. ſed ſi quis non deſiit de ſuis & legit.* His enim omnibus caſibus ſucceſſionem nepotum in parentum locum admittimus, ſed ita tamen vt ſuccedentes aui teſtamentum rumpant agnaſcendo,non ſuccedendo ſi de Velleana ſucceſſione intelligas,,ſiquidem hæc non niſi poſt teſtamentum contingit,& in perſona ſuccedentis in locum eius qui ſuus hæres eſſe deſierit, *d.l.Gallus.§.ſequenti parte,& d.l.poſthumorum.* †Háncque interpretationem illud omnino
18 euincit quod in præcedentib. palam eſt tractare Vlpianum de poſthumo nepote ex filio, qui iam teſtamenti tempore apud hoſtes erat ob idque impunè præteritus fuerat,vt verba illa probant, *in eo præteritus*, cùm ſi apud hoſtes tunc non fuiſſet, nominatim inſtitui vel exheredari debuiſſet, *d.l.Gallus,§.in omnib.* tametſi ab hoſtibus poſtea captus fuiſſet,viuo adhuc auo:nam nec teſtamentum conualeſceret ſi filius in eo præteritus,poſtea viuo teſtatore decederet, *l.ſi filius.7.ſup. tit. 1.* Tractat igitur de poſthumo nepote qui ſi teſtamenti tempore natus fuiſſet ſuus heres auo extitiſſet, patre nunquam ab hoſtibus reuerſo. Vt ergo ſequentia congruant intelligi debent de nepote ſuſcepto ex filio,qui iam teſtamenti tẽpore aut mortuus eſſet aut condemnatus,ita vt vel ſuus heres eſſe deſiiſſet,vel nũquam eſſe cœpiſſet. Huiuſmodi verò ſuos hæredes cùm præteriti ſunt lex ait rumpere ſuccedendo, quoniam eodem inſtanti & ſuccedunt & agnaſcuntur. Neque enim prius ſuccedunt aut in hæreditate aut in locum parentis excluſi, quàm naſcantur. Ideò autem agnaſcuntur,quia iuxta teſtatorem & proximi naſcuntur priorem gradum vacuum reperientes, eũque occupantes.Non rumpere verò ſi ſint inſtituti vel exhæredati, quia inſtituti ſuccedunt ex teſtamento. Exheredati nullomodo ſuccedunt, ob idque nec ſuccedendo rumpunt,quamuis non eò minus ſuccedant in locum & gradum præcedentium parentum,ideoque & inſtitui vel exhæredari debent. Quanquam nec inficior in Velleana ſucceſſione idem obtinere poſt legem Velleam vt qui in ſuorum locum ſuccedendo fiunt non rumpant, ſi ſcripti ſint vel exhæredati.† Etſi autem libero-
19 rum dictione, quæ generalis eſt, & ad eos quoq; qui iam nati ſunt pertinens, Vlpianus vtitur, ſubiectum tamen rumpendi verbum oſtendit non de iis liberis tractare illum,qui ſi præteriti ſint iniuſtum faciunt teſtamentum, ſed de iis tantum qui rumpunt, id eſt de poſthumis, de quibus ſolis actum eſt tota lege ad hunc vſque locum, quin & in præcedentibus omnibus ab ipſo principio legis tertiæ,ſicut & in omnibus legibus quæ toto hoc titulo ſequuntur,excepta *l.filio.17.* quæ eſt de liberis iam natis, & *dict.l.poſthumorum.13.* quæ ſola eſt de Velleanis nepotibus quaſi de iſtis iam ſatis ſuperque tractatum eſſet titulo antecedenti. Sed & cùm de ſolis poſthumis hũc locum intelligi volo,poſthumos eos ſolus intelligo qui poſt mortem parentis naſcuntur,quos duntaxat dicendos eſſe poſthumos idem Vlpia. ſcribit in *d. l. 3.§.ſuprà hoc tit.* Nam qui poſt teſtamentum viuo teſtatore naſcuntur ij propriè non ſunt poſthumi,ſed per interpretationem,ideoque nec inſtitui olim poterant ante legẽ Velleam.† Et in eo errant,qui dictionem illam, *duntaxat*, poſitam in *d §.1.* irreptitiam eſſe arbitrantur. Nec 20
mouere illos debuit quòd poſthumis exheredatis hi quoque exhæredati intelligantur, *d l.3. §. nominatim in fin.* cùm tamen exhæredatio quæ odioſa eſt adiuuanda non ſit interpretatione, *l.cùm quidã.19.ſup.tit.1.* Id enim fit legis Velleæ poteſtate & authoritate,quæ ſicut inſtitui eos ita & exheredari permiſit ne rumperentur teſtamenta quorum fauor plerunque non minor eſt quàm liberorum, *leg. ſi pars.10.D.de inoff. teſtam.* Eadem ergo ratione ſi præcedentes in poteſtate eſſe deſierint poſt teſtamentum ſuccedentes poſthumi inſtituti vel exhæredari ſi viuo teſtatore & ſui nati ſint non rumpunt propter legem Velleam: ſed quia rupturi eſſent ſi lex Vellea ipſorum inſtitutionem aut exhæredationem non confirmaret,nullaque hîc legis illius mentio fit, eos quoque non minùs quam qui iam teſtamenti tempore nati in ſuorum heredum gradum viuo teſtatore ſucceſſerunt,ab huius loci interpretatione arcemus. Eos etiam multò magis qui teſtamenti tempore nondum nati, poſtea viuo patre & non ſui editi, ſubinde mortuo patre ſuo herede in eius locum ſucceſſerunt. Hic enim licèt inſtituti ſint aut exheredari rumpunt & iure ciuili & poſt legem Velleam,niſi ambo eius capita coniungas ex Iuliani ſententia de qua in *dict l.Gallus.§.ille caſus.* Ex quo apparet magis non poſſe poſtremum hunc verſiculum tam generaliter accipi, vt Velleanam quoque ſucceſſionem comprehendat.

CAPVT IX.

Vera lectio & interpretatio § forſitan leg. Gallus. 29. de liber. & poſthum.

SVMMARIA.

1 *Quid explicationem* d. §. *obſcuram fecerit.*
2 *Ponitur ſpecies* d. §. ſi forſitan.
3 *An in ſpecie* d. §. *pronepos cuius mentio fit, inſtitui potuerit?*
4 *Cur in eadem ſpecie nepos dicti pronepotis pater non rectè inſtitutus eſſe dicatur?*
5 *Vera eius rei ratio.*
6 *Cur in* d. §. *Scæuola dicat expauescendum non eſſe, ne dictus pronepos rumpat, quaſi perperam inſtitutus?*
7 *Cur & ſuum, & poſt mortem probaui teſtatoris natum pronepotem dicat Scæuola.*
8 *An dictus pronepos ex iure antiquo, an verò ex lege Vellea admittatur?*
9 *An ideo pronepos non rectè inſtitutus dicendus ſit, quod nepos pater eius non rectè ſit inſtitutus.*
10 *Natum ex alieno poſthumo alienum quoque eſſe, niſi ex ſuo potius quam ex alieno poſthumo ſuſceptus videri poſſit.*
11 *Qua ratione in* d. §. forſitan. *defendatur pronepotis inſtitutio.*
12 *Reiicitur Accurſij & aliorum ad* d. §. *interpretatio.*
13 *Scæuolam in* d. § *nihil de pronepote apud hoſtes nato, vel ab hoſtibus reuerſo dixiſſe.*
14 *Fictitium eſſe quod Interpretes ponunt in* d. §. *eum qui apud hoſtes erat, pronepotis loco adoptatum fuiſſe.*
15 *Abſentem ſi modo conſentiat, emancipari, non item adoptari poſſe.*
16 *An id quod apud hoſtes eſt legari, & poſtliminij iure conſiſtere poſſit?*

17 Cur

17 *Cur non valeat adoptio eius qui quum adoptatur apud hoſtes eſt.*
18 *Commentitiam quoque eſſe quod dicit Accurſius, adoptatum à teſtatore in locum pronepotis in* dict.§ *non extraneum eſſe,ſed naturalem pronepotem.*
19 *Verba illa* an iſtis caſibus, *quomodo ab Accurſio & aliis accepta ſint?*
20 *Cuiacij ad ea verba interpretatio retinetur?*
21 *Poſthumum nepotem in* d.§.*alienum natum fuiſſe.*
22 *Emendatur in* d.§.*verba illa*, iſque viuo patre deinde auo naſcatur *& pro viuo legitur* mortuo.
23 *Nepotem in* d.§.*non fuiſſe præteritum.*
24 *Quomodo ex poſthumo alieno ſuus poſthumus naſcatur?*
25 *Senſus & vera lectio* §.ergo & ſic d.l.Gallus.
26 *Cuiacij ad eundem* §.*emendatio & interpretatio.*
27 *Quis ſit in* d.§. *ſenſus horum verborum*, poſtea viuo filio.
28 *Tollendam eſſe è* d.§.*vocem adoptatur?*

1 OBſcurā† & difficilem huius loci explicationē fecit
interpretib. non ipſa ſolùm quæſtio per Scæuolā
tractata per ſe alioquin ſatis intricata, ſed verborū etiā
contextus non vno loco mendoſus. Quē etſi corruptum
eſſe veteres quoq; obſeruarunt & recētiores multò audentiores
& perſpicaciores non negant, quomodo tamē
ſuæ integritati reſtituendus ſit non conueniunt, dum
ſuam quiſq; coniecturam proponit, alij aliter emendāt.
Nemo tamen adhuc dixit, vt arbitror, quod oportuit,
quò magis laborādū nobis erit vt noua & vera ſint quæ
2 nos de noſtro proferemus. †Facti ſpeciem ſic conſtituo.
Qui habet filium & ex filio nurum prægnantem, filium
heredē ſcripſit, & ex præſcripto Galli Aquilij nepotē &
pronepotem vt ſecurius teſtaretur his verbis inſtituit, *ſi
filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi ex eo nepos aut
ex nepote pronepos naſcetur poſt mortē meam, heres eſto.* Natus
eſt ex filio inſtituto nepos nō ſolùm viuo patre, ſed
etiam viuo auo teſtatore. Ex eodem nepote cōceptus eſt
pronepos, natus deinde mortuo primùm patre, eodémque
teſtatoris nepote, mortuo ſubinde auo qui & filius
erat teſtatoris, ipſo etiā teſtatore proauo poſt nepotem
3 & filium iam defuncto. †Quærit Scæuola, An pronepos
hic ritè ſit inſtitutus. Quæſtio in eo eſt an inſtitui potuerit.
Nā ſi potuit vtiq, fatendum eſt vtiliter eſſe eum
inſtitutum. Dubitandi autem cauſa illa quam Scæuola
exprimit: *quia pater ipſius*, idémq; nepos teſtatoris, *non
4 rectè inſtitutus eſſet.* †At hoc ipſum cur ita? An quia inſtitutus
in eū caſum quo poſt teſtatoris mortē naſceretur,
viuo eo natus fuerat? Ita Goucanus, Cuiacius, cæteriq;
recentiores ex *l.commodiſſimè.* 10.*hoc tit.* Non malè,
ſed nec tam benè quin meliùs aliquid dici poſſit. Quid
enim ſi aut purè, aut in vtrumq; caſum inſtitutus fuiſſet
ex conſilio Pōponij in *d.l.commodiſſimè, vt & l.ſi ita ſcriptum.*
47.§.1.*de hered.inſt.* An in propoſita ſpecie rectè
inſtitutū diceremus? Nam & Scæuolæ verba interpretationē
hanc admittunt cùm non exprimat quibus verbis
concepta eſſet inſtitutio, nec dubitandum ſit quin poſt
legem Velleam poſſit nepos hic naſciturus aut purè aut
in vtrumq; caſum inſtitui, quamuis Galli temporibus
5 ſolus mortis caſus exprimi & poſſet & deberet. † Illa
igitur ratio generalior & accommodatior eſt propter
quā non fuerit nepos rectè inſtitutus, quia nō teſtamēti
tēpore dntaxat, ſed etiā cùm natus eſt, alienus poſthumus
fui nō ſuus, quippe quē pater in teſtatoris poteſtate
cōſtitutus præcederet. Alieni porrò poſthumi inſtitutio
iure ciuili prohibita eſt, lege autē Vellea non aliter
permiſſa quàm ſi naſcatur ſuus. Inde verò fieri videbatur
vt nec valeret inſtitutio pronepotis, vtpote qui teſtatori
cōiunctus eſſet per mediā nepotis perſonam quæ nec
rectè inſtituta fuiſſet, nec vtiliter inſtitui potuiſſet. Nā
quemadmodum non aliter valet Aquiliani nepotis inſtitutio
quàm ſi filius primi gradus heres inſtituatur, adeò
vt nec exheredatū eum eſſe ſufficiat, § *in omnib. prox.*
ſeq. ita & videri poterat neceſſariā eſſe nepotis inſtitutionē,
eámq; vtilem, vt pronepos rectè & vtiliter inſtitutus
crederetur. Abſurdum ſiquidem videtur plus iuris
habere eū qui remotiore gradu ſit quam qui proximiore.
Et ſicuti alia cauſa non eſt propter quā neceſſe fuerit
induci nepotis Aquiliani inſtitutionem niſi quòd verēdum
erat ne filio præmortuo nepos in eius locū ſuccedendo
ſuus agnaſceretur, atq; ita teſtamentum rūperet
quaſi ſubrogatus in patrem locúmq; eius quem inſtitui
erat neceſſe. Eadem prorſus ratione videbatur neceſſitas
inſtituendi pronepotis ex eo deſcendere quòd præmoriēte
nepote in eius locum ſucceſſurus eſſet pronepos.
Et conſequenter quo caſu eueniret nepotē inſtitui non
poſſe, adeóq; præteritum nō rumpere, fruſtrà de pronepotis
inſtitutione diſputari, qui nec quicquam iuris habere
poſſit niſi in nepotis locum ſuccedat, nec rurſus
plus iuris conſequi ex eo quòd ſuccedat in locum illius
qui ipſe præteriri impune potuerit. †Aliud tamen Scæ- 6
uolæ iudiciū eſt. Nō eſſe, inquit, expaueſcendum ne hic
pronepos rumpat quaſi perperam inſtitutus cùm & ſuus
heres & poſt mortē teſtatoris naſcatur. Suus enim naſcitur,
quia ponimus naſci eum mortuis iā patre & auo
à quibus tantùm poterat in cauſa ſucceſſionis anteuerti.
Naſcitur etiam poſt mortem proaui teſtatoris, atque
ita nihil impedit quo minus vtiliter inſtitutus habeatur,
ſitque melioris conditionis quam nepos qui nec ſuus
natus ſit, nec in ſui heredis locum vnquam ſucceſſerit,
mortuus ſcil.ante patrē, eūdémq; teſtatoris filium, qui
& in familia, & in cauſa ſuccedendi primū gradū obtinebat.
Iungit autē Scæuola rationes duas vt probet nō
eſſe expaueſcendū ne hic pronepos rūpat. † Nēpe quia 7
& ſuus natus eſt, & poſt mortem teſtatoris. Non ſufficeret
natum eſſe ſuum niſi & poſt proaui mortem natus
eſſet ſi ponas eum inſtitutum ex præſcripto Aquilianæ
formulæ, hoc eſt in illū caſum quo poſt teſtatoris obitum
naſceretur, quanquam ſi aut purè inſtitutus fuiſſet
neutro caſu expreſſo aut in vtrumque caſum, non eò
magis rumperet quod viuo proauo natus eſſet. Rurſus
non ſufficeret natum eſſe poſt mortem proaui teſtatoris
niſi ſuus natus eſſet. Quid enim ſi viuo adhuc
auo naſceretur? Vtique alienus eſſet poſthumus, ac
proinde talis qui nullo iure inſtitui potuiſſet, ſi Prætorium
tollas & Iuſtinianeum de quibus non loquimur.
† Porrò ſi quæramus an hic pronepos ex iure antiquo 8
admittatur, an ex lege Vellea, diſtinguendum erit quibus
verbis concepta inſtitutio proponatur. Nam ſi eo
modo concepta ſit qui Galli formula continetur, nihil
prohibet quo minus ex iure antiquo ſuccedat, ſi
poſt mortem proaui & ſuus naſcatur, ſin viuo proauo
licèt ſuus, omnimodo excluderetur. Et hunc caſum à
Scæuola tractari veriſimilius eſt, nō ſolùm quòd Aquilianam
formulā interpretetur vſque ad §. nunc de lege,
ſed etiam quòd ea potiſſimum ratione moueatur vt defendat
pronepotē hunc ritè inſtitutū, quia poſt teſtatoris
mortē natus ſis. Sed ſi poneres purè factam inſtitutionem
neutrius temporis habita mentione, aut vtroq;
caſu expreſſo, legis Velleæ auxilium neceſſarium eſſet
vt viuo teſtatore natus licèt ſuus, ex teſtamento admitteretur:
Perinde tamen ex iure antiquo ſuccederet ſi
poſt mortem teſtatoris natus eſſet. † Quæ quamquam 9
ita ſunt, illa tamen dubitatio ſupereſt quam ex ipſo
Scæuola propoſuimus, quòd pronepotis huius pater nō
rectè inſtitutus ſit, nec inſtitui potuerit tanquam poſthumus
alienus. Et ob id nimirū neceſſe fuit Scæuolam
dubitationis huius tollendæ gratia ſubiicere quod in
textu ſequitur. Ergo & ſic admitti pronepotē hunc qui
ex nepote natus ſit viuo poſtea filio ac ſi ex ipſo filio
natus eſſet. Vt quāuis nepos ſuus eſſe nunquā cœperit,
ſuccedat tamen pronepos in eius locum non vt tantūdem
iuri habeat, quantum nepos habuit dum vixit (ſic
enim fieret vt nullum haberet) ſed vt id ipſum ius habeat
quod haberet hodie nepos ſi viueret. Haberet

autem hactenus vt mortuo poſtea filio viuo teſtatore
in eius locum ſuccederet,ac ita ſuus naſceretur,& con-
ſequenter iure inſtitui poſſet,quia & ſi præteritus eſſet,
teſtamentũ rũperet.Ita fit vt dici non poſſit pronepotis
huius patrẽ rectè inſtitutum non fuiſſe,cùm patrem ha-
bere intelligatur quod ad proaui ſucceſſionẽ attinet,nõ
nepotẽ ex quo reuera fuit conceptus(cuius nulla ratio
habetur,quoniam ante patrẽ ſuum mortuus eſt, niſi ha-
ctenus vt pronepoti det locum in quem poſſit ſuccedere
ad hoc vt ſubintret poſtea in gradũ ſui heredis,ſed eum
ipſum quem habuit nepos in cuius locum ſucceſſit , id
eſt auum eúmque teſtatoris filium qui inſtitui non ſo-
lùm potuit,ſed etiã omnimodo debuit, vtpote qui iam
teſtamenti tempore & natus & ſuus heres eſſet,ac cuius
10 præteritione inutile futurum erat teſtamentum.† Pro-
inde nec illud dici quod Caſtrenſis pro notabili tradit,
pronepotẽ hũc nõ eò minùs rectè inſtitui potuiſſe quòd
natus eſſet ex alieno poſthumo, quaſi prohibitio inſti-
tuendi alieni poſthumi ad eum qui ex tali poſthumo na-
tus ſit extendi non debeat.Nã imò verò ſi haberetur pro
nato ex alieno poſthumo non poſſet inſtitui , quia nec
pater eius poſſet,cum vt ſuprà dixi neceſſitas inſtituẽdi
pronepotis non niſi ex neceſſitate ipſius nepotis inſti-
tuendi pendeat,ordine ipſo naturæ id exigente.Nec verò
quiſquã iudicio meo dixerit,auum qui ex filio emanci-
pato alienũ poſthumũ nepotẽ ſperet quẽ iure ciuili in-
ſtituere nequeat,pronepotẽ ex eo poſthumo alieno ne-
pote vtiliter inſtitutum fuiſſe. Nempe quia fieri nõ po-
teſt vt qui ex alieno poſthumo naſcitur non ſit itidem
poſthumus alienus, niſi quoties talis caſus contingit in
quo videri poſſit non tam ex alieno poſthumo quàm ex
11 ſuo herede ſuſceptus vt in ſpecie huius §. † Quo demũ
caſu pronepotis inſtitutio defenditur hac ſola ratione
quod præmortuo nepote qui ita erat alienus vt tamen
ſuus naſci potuiſſet,(nimirũ ſi poſt patris ſui mortẽ edi-
tus fuiſſet)non tanquã nepotis,ſed tanquam filij primi
gradus filius haberi debeat, qui ſcilicet in nepotis præ-
mortui locũ ſucceſſit,& proximus teſtatori poſt ſui he-
redis mortẽ natus eſt,in ipſius quoq; teſtatoris poteſta-
12 te futurus,ſi teſtator ſuo heredi ſuperuixiſſet.† Cũ verò
hac ſententia,vniuerſa §.quæſtio & quæſtionis deciſio
cõcludatur,ridiculi ſanè ſunt noſtri interpretes qui Ac-
curſij ſomnia ſecuti mordicus defendunt duas alias hoc
loco proponi quæſtiones.Vnã de pronepote,ſic quidẽ,
vt diximus inſtituto , ſed nato apud hoſtes viuis omni-
bus,reuerſo autem in ciuitatem poſt mortem omniũ vt
hic tractatus accõmodari poſſit ad formulam Aquilij.
Alteram de eo qui cùm eſſet prorſus extraneus & apud
hoſtes,adoptatus ſit in locũ pronepotis ab eo qui erat
in ciuitatem mortuis iam patre,auo & proauo quos illi
adoptio dederat.Quæ interpretatio cùm ſit prorſus cõ-
mentitia ſeipſam refellit ſatis vel auctorũ ſuorum teſti-
monio quos fateri veritas cogit nõ defendi eam verbis
Scæuolæ,ſed hac tamen diuinatione adiuuandũ neceſ-
ſariò Scæuolã vt ipſius verbis cõſtare ſenſus aliquis poſ-
13 ſit. † Et ſanè nihil Scæuola de pronepote apud hoſtes
nato aut ab hoſtibus reuerſo,nec de nepote ab hoſtibus
capto,de quo ſi intellexiſſet multa alia ſupplẽda eſſent,
& diſtinguẽda,de quibus diximus in ſuperioribus,cũ de
poſtliminij fictione diſſeruimus.Vt taceã non pertinere
ad formulam Galli Aquilij caſum illũ quo pronepos in
ciuitate cõceptus & apud hoſtes natus ſit,licèt poſt te-
ſtatoris mortẽ redierit,quoniam in ciuitate ſemper mã-
14 ſiſſe retrofingitur.† Iã verò quã abſurdũ illud eſt,quòd
illi ponũt adoptatũ pronepotis loco eũ qui tũ erat apud
hoſtes!Quaſi verò adoptari poſſit non ſolùm qui abſens
eſt,quod iuris ratio nõ patitur,*l.neq; abſens.24.cũ l.ſeq.*
*§.vltim.D.de adopt.*ſed & qui in hoſtium eſt poteſtate.Is
enim cũ interim reuera ſit ſeruus hoſtiũ quo modo po-
teſt eo inſtãti particeps eſſe illorũ quæ iuris ciuilis ſũt?
in quorũ numero vtiq; adoptio cõputatur. † Nec ob-
15 ſtat quod Bartolus,& poſt eum cæteri reſpõdent poſſe
abſentẽ quoq; & adoptari ſi id Princeps permittat *ex l.*
*iubemus.5.C.de emancip.lib.*Nãm præter id quod lex illa
continet ius nouum ab Anaſtaſio primùm introductum
& à iuris veteris ratione alienum vt apparet ex *l. liber.*
*18.C.de collat.l.ſi ab eo.11.C.de legit.hered.*illud etiã con-
ſtat loqui eam de emancipatione duntaxat quæ fauora-
bilior eſſe ſolet,nõ itẽ de adoptione quã minùs fauora-
bilẽ,illud facit quod æquũ non ſit ignorantẽ quẽ redigi
in patriã poteſtatẽ.Etſi autẽ noſtri more ſuo audentio-
res trahunt ad legitimationem,quod in emancipatione
conſtitutũ eſt,non eadẽ tamen ratio eſt trahendi ad ado-
ptionẽ , quoniã legitimatio fit in fauorẽ eius ſolius qui
legitimatur,vt proinde conſenſũ aut præſentiã eius re-
quiri minimè neceſſe ſit.Quamquã nec ignorantẽ emã-
cipari Anaſtaſius patitur,ſed abſentẽ duntaxat & ita de-
mum ſi emancipationi ipſe quoque conſentiat , vt ait
conſtitutio.Adoptio fit in fauorem vtriuſque nec minùs
commodo adoptantis vt ſuum heredem habeat , quàm
adoptati cui & bonorum ſuorum adminiſtratio , & te-
ſtandi facultas, & ipſa denique quodammodo libertas
eripitur. Denique nihil Anaſtaſius conſtituit in perſo-
na filij qui apud hoſtes eſt vt emancipari poſſit. Et ve-
rò abſurdum ſit emãcipari quem à patre eo tẽpore quo
non in patris,ſed in hoſtiũ poteſtate ſit,ſeruus eorũ fa-
ctus.Multò igitur minùs qui apud hoſtes eſt adoptari
poterit.† Nec ſimile eſt quod Bartolus obiicit id quod 16
apud hoſtes eſt legari poſſe, & poſtliminij iure conſi-
ſtere,*l.id quod.9.de leg.1.*Id enim ad eas res pertinet quæ
teſtatoris fuerunt priuſquam legarentur vt vel ipſa poſt-
liminij dictio demonſtrat.Nã quod apud hoſtes eſt,ſi no-
ſtrum nunquam fuit non magis legare aut vendere poſ-
ſumus quã cæteras res quas in cõmercio non habemus,
l.ſeruus 98.eod.l.liber homo.103.de verb.oblig. quomodo
accipi debet quod ſcriptũ eſt in *l.vlt.D. de act.empt.* At
in adoptione nõ de re aliqua agitur , ſed de perſona in
quã nihil prorſus iuris antea habuerit adoptator.Deinde
alienã quoq; rẽ & legare & emere poſſumus aut vende-
re ſi modò aliquo caſu emi poſſit,vt de re hoſtiũ nomi-
natim Iulianus ſcribit in *l. ab omnib.104.§. etiã rẽ hoſtiũ*
de leg.1. † Adoptare verò non poſſumus niſi eum qui eo 17
ipſo inſtanti quo adoptatur ſub poteſtate noſtra fieri
poſſit , quia cùm adoptio ſit actus legitimus nec diem
recipit nec conditionem,*leg actus legitimi.77.de reg.iur.*
iunct.l.quæſitum.34.l.ſi paterfam.13.§.vlt.cũ ſeqq.de adopt.
ſub noſtra autem poteſtate fieri qui reuera ſuus ho-
ſtium ſit non poteſt. Non igitur valet adoptio eius qui
cùm adoptaretur apud hoſtes erat , nec ſi poſtliminio
redierit,adoptio conualeſceret,quia nec ab initio valuit,
nec tempus à quo inciperet vnquam habuit. † Quod 18
ſi dicas adoptatum à teſtatore in locum pronepotis non
extraneum,ſed eum quẽ natura pronepotẽ fecerat,quæ
Accurſij altera interpretatio eſt , magis ridiculus fueris,
cùm fruſtrà adoptetur in pronepotẽ is qui iã & prone-
pos, & in proaui poteſtate eſt, niſi cũ Accurſio diuines
nepotẽ quo tẽpore ex eo conceptus fuit pronepos fuiſſe
ab auo emãcipatũ,vt nec in proaui poteſtate naſci pro-
nepos potuerit.Sed id adeò commentitium eſt & à Scæ-
uolæ verbis alienum , vt operæprecium non ſit ratione
potiùs quàm ſilentio refellere.Reſtat vt ipſa contextus
verba quæ aut corrupta aut obſcuriora & perperã intel-
lecta ſunt,breuiter explicemus.† Ait lex, *an iſtis caſibus.* 19
Accurſius intelligit de ſequentibus.Malè : nã & in toto
hoc §.*& in omnibus*,quæ ſequuntur vſque ad tractatum
de lege Vellea nullus alius caſus proponitur quàm qui
à nobis hoc capite expoſitus eſt. Alij putant reſpicere
Scæuolã ad id quod monuerat in §.quid ſi is qui filium
nõ tantùm ex Galli formula inſtitui poſſe nepotẽ poſt-
humũ,ſed etiã verbis generalibus,ita,*Qui mihi poſt mor-*
tẽ meam ſuus naſcetur heres eſto,vel ita,*Quicquid liberorũ*
Dubitare autem,Num iſtis caſibus, hoc eſt inſtitutione
naſcituri heredis ſic facta valeat inſtitutio pronepotis
qui aliquando naſcetur ex nepote , nato nepote poſt
teſtamentum

teſtamentum viuo patre ſuo. Sed nos ſuprà monuimus
locum illum Triboniani eſſe potius quàm Scæuolæ, &
iam ante docuerat Scæuola in §. idem credendum &
ſeqq. vſque ad §. *& quid ſi tantùm*, quibus verbis com-
modè inſtitui poſſet pronepos, ſiue iam mortuo nepote
viuo filio, (*nepote* enim, non *pronepote*, legendum eſſe in
§. ſed et ſi viuo filio, ferè inter omnes conuenit & cer-
tiſſimum eſt,) ſiue vtriuſque viuis. Deinde quod ad hu-
ius §. quæſtionem attinet parum refert quibus verbis
inſtitutus ſit pronepos, dummodo filius quoque pri-
20 mum gradũ tenens inſtitutus ſit.† Itaque magis probo
interpretationem Cuiacij, vt his verbis nihil aliud
Scæuola ſignificet quem caſus iuris antiqui quibus ne-
potes aut pronepotes poſthumi inſtituuntur. Nam ad
hunc vſque locum eos tantum caſus propoſuit qui ad
Aquilianam formulam pertinere videbatur, tametſi in
decidendis quæſtionibus legis quoque Velleæ ſententiã
interdum ad confirmãdas inſtitutiones neceſſariam, &
21 quaſi in auxilium euocandam eſſe doxerit.† Sequitur, *ſi
nepos poſt teſtamentum naſcatur viuo patre ſuo, deinde ex
eo concipiatur*, vt appareat tractari hic de nepote qui na-
tus ſit poſthumus alienus, quem ſcilicèt cùm & conce-
ptus & natus eſt, pater adhuc viuus & in grado & in
cauſa ſuccedendi præceſſerit. Inde enim fit vt filio ſuo
herede qui primũ gradũ tenebat rectè inſtituto nepos
hic præteriri potuerit, nec proinde curandũ ſit quod ad
validitatẽ teſtamẽti pertinet, an rectè ſit inſtitutus nec-
ne. Quãuis hoc ipſum neceſſariò quærendũ videatur vt
ſciamus an pronepos ex eo nepote cõceptus rectè inſti-
tutus ſit aut inſtitui potuerit. Sequitur, *iſque viuo patre*
22 *deinde auo naſcatur.*† Eũ intellige pronepotẽ ex nepote
conceptũ. In ſequentibus autem non *viuo*, vt Florentinæ
ſcriptũ eſt, legẽdũ, ſed *mortuo*, quæ lectio eſt ab interpre-
tibus omnibus & antiquioribus, & recẽtioribus magis
probata. Alioqui pronepotis huius tanquã alieni poſt-
humi inſtitutio non valeret, nec ſi confugeres ad nugas
Accurſij, qui vt eam quoq; lectionẽ tueatur, vult prone-
potẽ hunc viuis patre, auo & proauo natũ apud hoſtes,
tum omnibus in ciuitate mortuis reuerſum. Sed & di-
ctio illa, *deinde*, quæ ordinis nota eſt id ipſum probat
apertiſſimè. Nõ enim pater prior viuit, deinde auus, ſed
auos prior, deinde filius. Ex contrario pater prior mori
poteſt, deinde auus, quomodo & in §. præcedenti idem
Scæuola dixerat, *mox ille poſt mortẽ patris atq; aui redeat.*
Subiicit Scæuola, *an non potuerit heres inſtitui*, ſcilicet
pronepos. Ponit ergo inſtitutũ, nec curat, an verbis ge-
neralibus an ſpecialibus, ſed de illo tantum dubitat vtrũ
23 inſtitui potuerit.† Dubitãdi rationẽ ſubnectit, *quia pater
ipſius non rectè eſſet inſtitutus.* Quibus verbis refellitur
veterũ interpretatio exiſtimantium in propoſita ſpecie
nepotẽ hunc fuiſſe præteritum, quem contrà Scæuola
ponit inſtitutũ, ſed non rectè. Quamquam non nego po-
tuiſſe nepotẽ iſtũ præteriri vt dicemus in ſeq. nec malè
præteritũ dici poſſe eum qui non rectè ſit inſtitutus, *d.
l. commodiſſimè.* 10. *ſup. hoc tit.* Cur autem minus rectè in-
ſtitutus ſit non ea ſolùm ratio eſt quam recentiores ad-
ferunt quòd viuo teſtatore natus fuerit qui inſtitutus
erat in eum casũ, quo poſt mortẽ naſceretur, ſed illa etiã
quam ſuprà attulimus, quòd viuo patre poſt teſtamen-
tum natus alienus poſthumus eſſet non ſuus. Nec video
cur Salomonius locum hunc corruptum eſſe ſuſpicetur.
Sequitur, *quod nõ eſt expaueſcendũ*, id eſt ne malè inſtitu-
tus pronepos videatur, *hic enim*, inquit, *& ſuus heres naſ-
citur & poſt mortem naſcitur.* Quo demum caſu valet in-
ſtitutio poſthumi nepotis & pronepotis ex iure antiquo
Bene eſt, ſed nondum ſublatã video dubitandi rationẽ.
Fateor potuiſſe iã olim inſtitui eũ qui ſuus heres & poſt
teſtatoris mortem naſceretur ſi aliud nihil impediret.
24 † Sed in propoſito illud impedire videbatur, quòd pro-
nepotis huius pater non rectè inſtitutus fuerat, vt dixi-
mus, quoniã alienus erat poſthumus. Quomodo enim
fieri poſſit vt qui nepotẽ inſtituere nec potuit nec de-

buit idem pronepotẽ ex eo nepote conceptũ inſtituere
aut potuerit, aut debuerit? Aut ſi mauis, (eodẽ enim vtra-
que dubitatio recidit) quomodo fieri poteſt vt poſthu-
mo alieno naſcatur poſthumus ſuus? Itaq; dubitationis
tollẽdæ gratia neceſſe fuit ſubiici quod in textu ſequi-
tur, † *Ergo & ſic pronepos admittetur, qui natus erit ex* 25
nepote poſtea viuo filio, atq; ſi ex eo natus eſſet. Sic enim le-
gendũ eſſe non dubito. Vt ſenſus ſit, et quod proximè
dictũ eſt, pronepotẽ hunc ſuum naſci & vtiliter inſtitu-
tũ intelligi, conſequens eſſe vt admittatur perinde atq;
ſi ex ipſo filio nõ ex nepote natus eſſet: alioqui nõ ſuus,
ſed alienus poſthumus naſceretur. Malè in Pandect. Flo-
rẽt. legitur, *ſi pronepos admittetur*, cum ex aliis codicibus
legendũ ſit, *ſic pronepos admittetur*, id eſt perinde vt mõ-
ſtrant ſequẽtia illa, *atque ſi*, primũmq; hoc mẽdũ inter-
uertendæ lectionis & ſententiæ causã præbuit non tan-
tum Accurſio cæteriſque veteribus qui mutati hîc ca-
ſum exiſtimarunt, † ſed etiã Cuiacio qui locũ corruptũ 26
exiſtimans ſic legendũ ait, *Ergo & ſi nepos omittetur*, ad-
dito hic ſicilico, *qui natus erit ex nepote poſtea viuo filio at-
que ſi ex eo natus eſſet, adoptatur.* Hoc ſenſu, vt in ſpecie
propoſita quamuis nepos omiſſus & præteritus ſit, poſt
mortẽ nepotis viuo filio, id eſt filio nepoti ſuperſtite
pronepos poſt omnium mortem ex nepote natus, quaſi
nepos aſſumatur locùmque nepotis obtinet. Quaſi verò
monere neceſſe fuerit, eandẽ rationem eſſe nepotis præ-
teriti & rectè inſtituti. De quo quis vel tacẽte Scæuola
dubitare potuiſſet? Deinde quorſum hic de adoptione;
Aut quis vnquã *adoptari* dixit, pro *aſſumi citra adoptionẽ*?
Eandẽ igitur ſpeciẽ Scæuola proſequitur de eodẽ pro-
nepote quẽ inſtitutum dixerat ex nepote nõ quidẽ præ-
terito (quanquã ſi præteritus omnino fuiſſet idẽ vtique
Scæuola reſpondiſſet) ſed quod effectu idẽ eſt minus re-
ctè inſtituto, huncque pronepotẽ admitti ait non ſecus
ac ſi media nepotis perſona nõ interueniẽte natus fuiſ-
ſet ex filio ſuo herede, vt nepotis perſona quæ pronepo-
tis inſtitutioni obſtare videri poterat, nullomodo con-
ſideretur, propterea quòd nepos hic ante patrem ſuum,
eundẽmq; teſtatoris filiũ deceſſerat.† Id enim eſt quod 27
ait Scæuola, *poſtea viuo filio*, id eſt filio teſtatoris ſuper-
uiuente nepoti, quia ſi præmoreretur filius nepos quem
non rectè inſtitutũ diximus ſuccedendo rũperet teſta-
mentũ §. *idẽ credendũ, verſic. nũ ſi & filius ſupr. Poſtea*, ita-
que intellige non vt Goueanus (qui nec feliciùs quàm
cæteri locum hunc emendauit) *poſt teſtamentũ*, ſed omni-
no *poſt mortem nepotis.* Quod autem ſequitur *ex eo* refer
ad proximum, id eſt ad filium ac ſi ſcriptum eſſet aper-
tiùs, *atque ſi ex ipſo filio natus eſſet.*† His verò verbis cùm 28
tota §. ſententia eleganter abſoluatur & concludatur,
quid reliquum eſt, niſi vt vocẽ illã ſequentẽ *adoptatur*,
quæ ſola tot offudit tenebras & nouæ ſpeciei ac quæ-
ſtionis cõminiſcendæ materiã præbuit, deleamus? Nam
& aſteriſco notata eſt tanquam ſuſpecta & irreptitia &
proculdubio non tantùm ſuperuacuam eſſe apparet, ſed
etiam ineptè additam ab ineptiore interprete qui cùm
in præcedentibus legeret *ergo etſi pronepos*, & verbum
aliquod ad abſoluendam Scæuolæ ſententiam deeſſe vi-
deret, hoc ſubiecit, quo ineptius nullum aliud ſubii-
cere potuiſſet. Quid enim commune habet adoptionis
commentum cum propoſita facti ſpecie in qua agitur
de pronepote in proaui familia & poteſtate concepto
ac poſt mortem ipſius edito? Hinc verò etiam intelligi
poteſt quàm parum ad Scæuolæ diſputationem faciunt
quæ hîc Bartolus & poſt eum cæteri de legitimatione
tractant & congerunt.

CAPVT X.

Ad §. in omnibus. l. Gallus.

SVMMARIA.

1 *In omnibus ſpeciebus vſque ad hunc §. tractatis, requiri*

vt filius qui eſt in poteſtate ex aliqua parte heres ſit inſtitutus, vt poſthumi nepotis inſtitutio valeat.
2 *Dictum filium qui in conditione duntaxat inſtitutionis nepotis poſitus eſt, præteritum dici.*
3 *Contraria Bartoli ſententia reijcitur.*
4 *Duæ pro eius ſententia allatæ rationes refutantur.*
5 *Sequentem nepotis inſtitutionem aliquando facere, vt filij melior conditio ſit quàm ſi nepos nullus eſſet.*
6 *Filium fruſtra poſt captiuitatem, deportationem, & emancipationem ſicut & poſt mortem exheredari quum poſthumus nepos in aliquem eiuſmodi filij caſum inſtituitur.*
7 *Dictum filium non magis præteriri quam exheredari poſſe.*
8 *Coheredē in ſpecie dict. §. filio primi gradus datum eſſe.*
9 *Coheredes eos dici, quibus eodem gradu defertur hereditas.*
10 *Coheredem nepoti datum in ſpecie d. §. facere non poſſe, vt exheredatio filij ante eius mortem valeat.*
11 *Coheredem nepoti datum eam filij exheredati mortem expectare debere quæ à nepote expectanda eſt, quæ ſcilicet viuo teſtatore contingat.*
12 *Quibus caſibus valeat inſtitutio extranei qui coheres nepotis datus eſt, & filij exheredatio?*
13 *Quo ſenſu dicatur, filio & nepote poſthumo inſtitutis duos eſſe gradus heredum?*
14 *Extraneum filio coheredem datum nepoti quoque eo caſu datum intelligi quo nepos ſuccedere poſſit, & quid inde ſequatur?*
15 *Filio ex aſſe inſtituto nepotem ex parte inſtitui, in reliquo verò coheredem dari poſſe.*
16 *An in toto tractatu de Aquiliana formula ponendum ſit coheredem filio datum ſi?*
17 *Filium non rectè exheredari, ſi nepos ſimpliciter, & non expreſſo caſu mortis filij ſit inſtitutus.*
18 *Aliam eſſe rationem nepotis ſuperſtitis, aliam poſthumi quoad inſtitutionem.*
19 *An & quando filius exheredatus nepoti non obſtet, quominus nepos ſimpliciter inſtitui poſſit?*
20 *An ſicut nepote inſtituto filium ex aliqua parte inſtitui neceſſe eſt, ita neceſſaria ſit nepotis inſtitutio filio inſtituto.*
21 *In quo differat filij & nepotis exheredati conditio.*
22 *An ſi nepoti inſtituto ſubſtitutus datus ſit, ideò filij exheredatio validior fiat?*
23 *Verba illa*, vt filius duntaxat qui eſt in poteſtate *in* d. §. in omnibus, *non ad excluſionem emancipati, ſed filij ab hoſtibus capti addita eſſe.*
24 *Item ad differentiam nepotis & aliorum deinceps deſcendentium.*
25 *Quis ſit in d. §. ſenſus horum verborum*, quotum ſi liberi heredes inſtituantur, inſtitutionem nunquam exigemus.

1 HIc † mouet Scæuola, in omnibus ſpeciebus tota
hac lege ad hunc vſque locū propoſitis in quibus
actum eſt de poſthumi nepotis inſtitutione ex iure
antiquo, & formula Galli Aquilij, obſeruandum eſſe vt
filius qui eſt in poteſtate ex aliqua parte ſit heres inſtitu-
tus. Nā ex iis ſolis verbis quæ Gallus in cōcipienda for-
mula vſurpauit, *ſi filius meus viuo me morietur*, licet filij
mētionē faciāt adeò vt nec patiātur nepotē ex inſtitutio-
ne admitti niſi poſt mortē filij, filius tamen non poteſt
videri inſtitutus, quoniā inſtitutio nō verbis cōditionali-
bus, ſed diſpoſitiuis & ad exemplū legis quæ teſtandi fa-
cultatem dedit imperatiuis perficitur, *l. 1. §. vltim. de he-
red. inſtit. l. 3. de liber. & poſthum.* Cùm & in cæteris quo-
que omnibus dici ſoleat, conditionem nō diſponere, *l. ſi
quis ſub conditione. 8. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. 1. § item
ſi ita. l. in ratione. 30. § tametſi. D. ad leg. falcid. l. cùm fine.*
2 *19. D. quand. dies legat. ced.* † Ideoque præteritus dicitur
hic filius qui in cōditione dūtaxat inſtitutionis nepotis
poſitus eſt, *l. ſi quis eū. 16. in fin. Infr. de vulg. & pupill. ſub-
ſtitut.* & hac ipſa lege, *§. idē credēdū, verſic. num. & ſi filius,*
vbi ſcriptum eſt, ſi auus filiū & nepotē habens ſuperſti-
tes pronepotis inſtitutionē ita conceperit, *ſi vterque viuo
me morietur, tūc qui mihi pronepos naſcetur heres eſto* ita de-
mū valere inſtitutionē pronepotis ſi nepos primùm de-
inde filius deceſſerit: alioqui prædefuncto filio rumpi
teſtamentum ſucceſſione nepotis, nimirum quaſi præte-
riti. Nec enim inſtitutus rumperet poſt legem Velleam
quæ inſtitutum rumpere prohibuit. *§. ſequēti, §. ille caſus
inf.* † Et in hoc perpetuus eſt error Bartoli paſſim ſcribē- 3
tis eū qui poſitus ſit in cōditione inſtitutionis, ſiue filius
ſit inſtituto nepote ſiue nepos inſtituto pronepote, taci-
tè inſtitutū intelligi ex coniectura voluntatis, hancque
tacitam inſtitutionē ſufficere vt teſtamentū ſuſtineatur;
propterea quòd nec abſoluta, nec iniurioſa videri poſſit
præteritio filij facta in eo teſtamento ex quo is qui inſti-
tutus eſt non aliter heres eſſe poſſit quàm ſi filius viuo
teſtatore deceſſerit: quamuis Accurſius ad huius legis
principium contrà ſenſerit. Cuius ſententiam cum ex
hoc §. aliiſque ſupradictis locis manifeſtiſſimè probe-
tur, miror ego à veteribus ferè omnibus fuiſſe improba-
tam. † Quod enim Bartolus obiicit ex *l. ſi quis ita. 82. de* 4
hered. inſtitut. ſi quis ita heres inſtituatur, *ſi legitimus he-
res vindicare nolit hereditatem*, deficere condicionem illo
vindicante, longè diſſimile eſt, nec ad rē vllomodo per-
tinet. Nā ſi legitimus heres in ea ſpecie vindicare here-
ditatem vellet, poſſet quidem ex voluntate teſtatoris qui
ſcriptū heredē ei poſtpoſuit, ſed nō ideò fieret vt ex te-
ſtamento poſſet ſuccedere quaſi ipſa cōditionis formula
inſtitutus: imò tanquā legitimus & ab inteſtato heredi-
tatem vindicaret. Eadem ergo ratione nec pro inſtituto
haberi debet filius qui tantùm in conditione poſitus eſt,
quamuis non niſi eo mortuo inſtitutum nepotē admitti
auus voluerit. Probabilius fortaſſe moueri potuit Barto-
lus ex eo quod Iulianus ſcribit in *l. cùm in teſtamento. 37.
eodem tit. de hered. inſtitu.* nepotis inſtitutione ſic cōcepta
vti Gallo Aquilio placuit, duos eſſe gradus heredū. Quo-
modo enim duo gradus eſſe poſſint quin vterque ad he-
reditatē vocatus ſit? Sed ſupplendus eſt omnimodo locus
ille ex hoc §. & ita intelligendus vt filij primi gradus
inſtitutio nepotis inſtitutionem præceſſerit: quod vti-
que Iulianus expreſſiſſet niſi de eo ius certum & explo-
ratum fuiſſet, nec prudentum duntaxat auctoritate, ſed
etiam teſtatorum conſuetudine inueteratum, *leg. ſi ita
ſcriptum: 47. § 1, eodem.* Expreſſam igitur filij inſtitutionē
præcedere neceſſe eſt vt nepotis inſtitutio valeat, quia
licèt nepos in eum caſū inſtituatur quo filius heres eſſe
nec vnquam poſſit, nec vnquam potuerit, id eſt quo mo-
riatur viuo teſtatore, attamen teſtamētū tale eſſe neceſſe
eſt ex quo poſſit filius heres eſſe ſi eū patri cōtingat eſſe
ſuperſtitē. Cū alioqui teſtamentū quod ab initio nullū
& iniuſtum fuit propter ſui heredis præteritionem
nō idcirco cōualeſcat quod filius præteritus viuo teſta-
tore deceſſerit, *d. §. idem credendum & ſi filius. 7. ſupr. hoc
tit*, Caius *inſtit. § 2. in fin. de exhered. liber.* † Sed & obſer- 5
uatione dignum illud eſt quod frequēs nepotis inſtitu-
tio facit vt filij melior conditio ſit quàm ſi nepos nul-
lus eſſet. Facit enim omnimodo ex parte aliqua heredi-
tatis inſtitui debeat, quem alioquin exheredari ſufficе-
ret, *l. prox. infr. hoc tit.* Nam cùm filius qui in poteſtate eſt
neceſſariò inſtituendus ſit vel exheredādus, cōſequēs eſt
eū qui exheredari nequeat omnimodo inſtitui debere.
Hic autem ideò exheredari non poteſt, quia vt hic Scæ-
uola ſcribit poſt mortem ſuā exheredatus videretur cō-
tra iuris regulam de qua in *l. ſi ita ſcriptum. 13. §. vltim.
ſupr. hoc titul.* Nempe cùm exheredatio non aliter valeat
quàm ſi teſtamentum aditione aut alia hereditatis ac-
quiſitione confirmatum ſit, *l. filium. 20. verſ. ſed cùm ex-
heredatio. D, de contr. tabul.* nepos autem heres inſtitutus
ſub ea nominatim conditione: *ſi filius viuo teſtatore
morietur*, non prius heres eſſe poſſit quàm filius de-
ceſſerit

ceſſerit apparet ſi nepos hic primo gradu inſtituatur, &
filios exheredetur, filiũ non niſi poſt mortẽ ſuã exhere-
7 datũ intelligi.† Idẽ verò intellige, ſi nepos nõ in caſum
mortis filij inſtitutus, ſed in caſũ deportationis aut cap-
tiuitatis. Fruſtra enim poſt deportationẽ aut captiuitatẽ
ſicut & poſt mortẽ ſuam filius exheredabitur. An & poſt
emancipationem ſuam? Dubitatio maior eſt ex eo quòd
non ſit inutilis exheredatio poſt emancipationem cùm
excludat filium à bonorum poſſeſſione contra tabu-
las, *l. non putauit. 8. de contr. tabul.* Sed non facit ea res
quominus inutilis ſit iure ciuili quo conſtat exheredan-
dum non eſſe filium qui ſit emancipatus. Et conſequen-
ter verum eſt hunc filium iure ciuili pro præterito ha-
bendum, atque ideò nullum & iniuſtum facere teſta-
mentum. Quo poſito ſuccedit iuris Prætorij regula quæ
nullomodo patitur valere tabulas quibus præteritus ſit
ſuus heres, ſi ex iis bonorum poſſeſſio peti nunquã po-
terit, *l. ſi filius. 12. §. 1. quod vulgo. 19. eodem tit.* de quarũ
ſententia diximus *libr. 1. cap.* 19. Atqui teſtamentum in
quo præteritus eſt filius qui viuo patre deceſſerit, tale eſt
vt nunquã cõfirmari poſſit filij approbatione aut con-
naleſcere, *d. l. 7. ſup. hoc ti.* quomodo confirmari poſſet ſi-
lentio aut expreſſa volũtate filij ſuperſtitis, *l. ſi filio. 17. de
iniuſt. rupt.* Igitur nec iure Prætorio valebit teſtamẽtum
hoc in quo filios poſt emancipationẽ ſuam exheredatus
fuerit. Quãquã & illud verũ eſt, quod tota hac lege Scę-
uola diſputat de teſtamẽti validitate ad ius ciuile nõ ad
prætoriũ referendũ eſſe.† Ridiculus verò hîc eſt Barto-
lus, & poſt Bartolũ Caſtrenſis, qui filiũ hunc primi gra-
dus, quẽ exheredari nõ poſſe vult Scæuola, præteriri ta-
men poſſe defendit, eo prætextu quòd huiuſmodi præ-
teritio tacitæ inſtitutionis vim habere queat non item
exheredatio. Nã quis vnquam ea iuris prudentibus dixit
præteritionẽ etiam cùm permiſſa eſt haberi pro tacita
inſtitutione? An non potius habenda eſt pro exhereda-
tione? vt de materna præteritione proditum legimus,
§. vlt. Inſtit. de exhered. liber. l. filiam. 15. C. de inoff. teſtam.
Deinde an non Scæuola ſatis apertè requirit expreſſã
inſtitutionem hoc ipſo quod non ſolùm negat exhere-
dari poſſe filium, ſed etiam iubet vt ex certa parte inſti-
tuatur? Nã ſi ex aliqua hereditatis parte extraneus ſcri-
ptus ſit qui ſi coheredem non habeat ex toto aſſe ſcri-
ptus intelligitur, quomodo filiũ coheredẽ habere vide-
bitur, ſi filius nõ fuit expreſsè & nominatim inſtitutus?
8 †Quòd ſi cũ eodẽ Caſtrenſi dicas locũ hunc ita intelligi
debere vt filio coheres nullus datus ſit, adhuc magis ri-
diculus fueris: cũ Scæuola ſcribat debere filiũ ex aliqua
parte heredẽ inſtitui. Neq; enim fieri poteſt vt ex parte
tantũ ac non ex toto aſſe heres ſit filius ex parte aliqua
inſtitutus ſi coheredẽ non habeat. Siquidẽ vel ex fũdo
inſtitutus nullo accepto coherede, perinde heres eſt ex
aſſe, ac ſi fundi mẽtio detracta eſſet, *l. 1. § ſi ex fũdo. l. quo-
ties, 9. §. ſi duo cũ l. ſeq. l. interdũ. 13. §. deniq; de hered. inſtit.
l. ſi ita ſcriptũ. 8. D. ſecund. tabul.* Itaq; debuiſſet Scæuola
ſcribere in his omnibus ſpeciebus ſeruandũ eſſe vt fi-
lius primi gradus ex aſſe heres inſtituatur, nõ vt ait tex-
tus *ex parte aliqua* Fefellit Caſtrenſem quòd cùm cohe-
res nepoti datus, filius autem exheredatus eſt, poſſit filij
exheredatio confirmari adeũte coherede ideóq; nec vi-
deatur filius hoc caſu poſt mortẽ ſuã exheredatus quãdo
non cogatur coheres filij mortẽ expectare quod & Go-
ueanus in poſterioribus ad hanc legem commentariis
9 ſcripſit.† Vterq; malè. Nã coheres nepoti datus nõ alio
grado ſcriptus videri debet quã quo nepos ipſe cui co-
heres adſcriptus eſt. Sicut & ſi nepoti ſubſtitutus eſſet
non in primum gradũ, ſed in ſecundũ ſubſtitutus dice-
retur, ob idque filio primi gradus herede exiſtente nũ-
quã poſſet cũ eo talis ſubſtitutus concurrere, quamuis
verũ eſſet nepotẽ heredẽ non eſſe, ideóque ſubſtitutio-
nis conditio exiſtere videretur, *d. l. cũ in teſtamento. 37. de
her. inſtit.* qui locus etſi de ſubſtituto loquitur nõ de co-
herede, eadẽ tamen hac parte coheredis quæ ſubſtitutio
ratio non ſolum quod cohere in coheredis portione, ſi
deficiat pro ſubſtituto accipiatur, *l. ſi Titio & Manio. 61.
§. Iulianus de leg. 2.* ſed etiã quòd fieri nequeat, vt cohe-
redes ſint quibus non eodẽ gradu deferatur hereditas:
† ac proinde quemadmodũ nepos inſtitutus filio exhe- 10
redato non poteſt heres eſſe niſi poſt mortem filij, nec
conſequenter facere quo minus filius poſt mortem ſuã
exheredatus videatur, qui nec; prius valere poteſt ex-
heredatio quàm nepos heres ſit, ita nec coheres nepoti
datos facere poterit vt exheredatio ante filij mortẽ va-
leat: quoniã nec adire poteſt antequã teſtator mortuus
ſit, quem porrò filio ſuperuixiſſe ponimus, *leg. qui ſuper-
ſtitis. 94. de acquirend. heredit. l. 1. de hered. vel action. vend.*
Neque igitur fieri illud poteſt quod Caſtrenſis, Gouea-
nus & cæteri volũt, vt nõ cogatur nepotis coheres mor-
tẽ filij expectare. Niſi fortè quis dicat, poſſe in eo diuer-
ſam conſtitui rationẽ nepotis & coheredis quòd filio
ſuperuiuẽte teſtatori, inutilis fiat inſtitutio nepotis tan-
quam poſthumi alieni, non itẽ coheredis extranei, quo
demũ adeunte confirmari poſſit exheredatio filij nõ ex-
pectata eius morte.† Sed hoc multò minus dici poteſt, 11
quia cũ quærimus an coheres nepoti datus cogatur ex-
pectare mortẽ filij, de ea morte loquimur, quam certum
ſit à nepote expectandam eſſe. Nepos autem eam demũ
filij mortẽ expectare cogitur quæ viuo teſtatore cõtin-
gat, cùm nihil ei prodeſſe poſſit quòd poſt mortẽ teſta-
toris filius etiam exheredatus deceſſerit. Quandoquidem
non eò minus filij perſona ipſi obſtaret vt quaſi alienus
poſthumus inſtitui non potuiſſet, *leg. ſi quis filio. 6. infra
titul. 1.* Deinde quãuis filij ſuperuiuentia inutilem red-
dat poſthumi nepotis inſtitutionem nõ etiam extranei,
prius tamen eſt vt ab initio valeat teſtamentum quam
vt coheres ſiue filio ſiue nepoti datus heres ex eo
quandoque eſſe poſſit. Vt verò valeat neceſſe eſt filium
primi gradus vtiliter inſtitutum eſſe vel exhereda-
tum. Porrò vtiliter exheredari non poteſt quotieſcun-
que inſtituitur poſt eius mortem nepos, quia vt dixi-
mus poſt mortem ſuam exheredatus tunc videtur. Nec
tantùm ratione ipſius nepotis, ſed etiam in neceſſa-
riam conſequentiam propter perſonam nepotis ratio-
ne coheredis extranei, quoniam cùm in eodem gradu
ſcripti ſint non magis fieri poteſt vt filius vtiliter ex-
heredatus intelligatur reſpectu extranei, & inutiliter
reſpectu nepotis, quam vt idem gradus pro parte va-
leat & pro parte non valeat, quod nuſquam receptum
eſt. Debet enim exheredatio fieri à toto gradu non à
perſona, *leg. 3. §. filius hoc titul. leg. non putauit. 8. §. ſi ab
vno de bonorum poſſeſſion. contr. tabul.* † Valebit igitur ex- 12
tranei inſtitutio & filij exheredatio eo demum caſu quo
nepos præteritus ſit ac ſubinde viuo patre ſuo eodem-
que teſtatoris filio natus. Non item ſi coheres datus ſit
nepoti inſtituto licèt nepotis inſtitutio propter filij ſu-
peruiuentiam irrita facta ſit. Atqui, inquies, verum eſt
nepoti datum coheredem hunc primo gradu ſcriptum
eſſe ante quem ſcilicet nemo ſit inſtitutus. Cur non
igitur ex eius ſaltem perſona confirmabitur exhereda-
tio filij ac ſi ſolos ex aſſe ſcriptos eſſet præterito nepo-
te. Quid enim refert an per filij ſuperuiuentiam nepos
excluſus ſit an præteritus? Aut an extraneus ſolus &
in toto aſſe ſcriptus ſit an nepoti coheres datus defi-
cientem eius portionem accreſcendi iure conſequatur?
Verùm reſpondeo lõgè inter ſe caſus iſtos differre. Nam
cùm extraneus ſolus inſtitutus eſt filio exheredato, &
nepote præterito, ſtatim & ab initio valet exheredatio,
quidem à toto gradu quippe qui in vnius heredis per-
ſona conſiſtat qui adire quandocunque poſt teſtatoris
mortem poterit non expectata filij morte. Nec quicquã
eſt quod eã aditionẽ impedire poſſit præterquã ſi rum-
patur teſtamentũ agnatione ſui heredis poſthumi præ-
mortuo filio viuo teſtatore: quæ res tamẽ non facit vt
teſtamenti vires ſint in pendenti. Interim nãque valet
quamuis in eo ſit vt ex euentu rumpi poſſit. Cùm verò

nepos ex parte aliqua inſtitutus eſt ſub ea neceſſariò condicione. Si filius viuo teſtatore moriatur, exheredatio ſtatim non valet, nec quandiu filius viuit conualeſcit, quia nec inſtitutio vlla nepotis intelligitur ante filij mortem. Exheredatio autem non prius valere poteſt quàm inſtitutio, adeò vt dubitatum olim fuerit an fieri poſſet ante inſtitutionem, licèt tādem magis probatum ſit, non tam ſcripturæ quàm iuris ordinem ſpectandum eſſe ex Traiani primùm, deinde Marci reſcripto, *leg. 1. de heredit. inſtit. leg. 3. §. vnde etiam de iniuſt. rupt.* Porrò poſt mortem filij ſera eſt exheredatio etiam quod ad coheredem pertinet qui filij mortem expectare non cogebatur, quoniam nec ab eius perſona exheredari potuit filius qui à toto gradu non eſt ritè exheredatus, *dict. §. filius, & d. §. ſi ab vno.* Nec eſt contrarium quod ſuprà diximus nepotem in ſecundo gradu inſtitutum videri, *d. l. cùm in teſtamento.* Ex quo inferre quis fortaſſe velit nepotis inſtitutionem nihil commune habere cum inſtitutione extranei primo gradu ſcripti, nec impedire poſſe quo minus ex perſona ipſius exheredatio filij ſal-
13 tem quod ad primum gradum confirmetur. † Etenim cùm dicimus filio & nepote poſthumo inſtitutis duos eſſe gradus heredum, non ſic intelligimus quaſi primo loco deferatur hereditas filio, deinde nepoti, ſed id ſignificamus quod Iulianus ipſe explicat, nullo caſu fieri poſſe vt filio & nepoti ſimul aut etiam ſucceſſiuè & ex ordine hereditas deferatur. Nam vel ſoli filio defertur ſi patri ſuperſit nepotémque alienum auo efficiat, vel ſoli nepoti ſi filius præmoriatur, quoniam quandiu filius viuit ſuperſtite adhuc teſtatore nec filio nec nepoti hereditas viuentis deferri poteſt. Rurſus cùm nepos admittitur filio præmortuo, in primo gradu ſcriptus intelligitur non in ſecundo, quia nulli alij ante eum deferri potuit ſucceſsio ſiquidem graduum diſtinctionem æſtimamus ex hereditatis delatione vt primus gradus ille ſit cui primo loco defertur hereditas, ſecundus cui ſecundo loco: hereditas verò non priùs deferri poteſt quàm ſit hereditas, hoc eſt quàm teſtator defunctus ſit, *dict. lege 1. de heredit. vendit.* Quod ab interpretibus noſtris non obſeruatum fecit vt nepotem Aquilianum paſsim vocent ſubſtitutum quaſi ſecundo gradu inſtitutum, quem tamen neque hîc Scæuola, neq; alibi quiſquam ex Iuriſconſultis ſubſtitutum vnquam dixit, ſed ſemper inſtitutum. Verùm de hoc latiùs *infrà capit.*
14 *proxim.* † Hinc autem fit vt ſi filio coheres datus ſit extraneus, nepoti quoque eo caſu quo nepos ſuccedere poſsit, datus intelligatur, propterea quòd coheres primo gradu ſcriptus ſit, nec quicquam eius referat vtrum filius an nepos in eodem gradu concurrat. Ex quo illud etiam infero, filium à poſthumi nepotis perſona malè, id eſt poſt mortem ſuam exheredatum, non poſſe dici à toto primo gradu exheredatum. Ergo nec ab extraneo, qui in eodem gradu eſt. Sic euenit, vt & aui teſtamentum non aliter valere poſsit quàm ſi filius ex parte aliqua inſtitutus ſit & filio inſtituto non ex alia parte inſtitui queat nepos, quàm ex qua filius inſtitutus
15 fuit. † Filio tamen ex aſſe inſtituto nihil vetat nepotem ex parte inſtitui, in reliquo autem dari coheredem, quamuis ex contrario non poſsit plus ad nepotē quàm ad filium ex inſtitutione peruenire. Obſtante nimirum perſona coheredis qui non ſicut nepoti datus intelligitur cùm filio datus eſt, vt diximus, ita ex contrario nepoti datus, ſic habendus eſt ac ſi filio datus eſſet, quia nec ſicut nepos ſubintrat in locum filij præmortui vtpote poſt eum inſtitutus, ita viciſsim filius ſuccedens patri ſubintrare videri poteſt in locum nepotis qui non niſi poſt eum & à natura, & ex teſtamento, & à lege
16 vocatur. † Dixi *filio ex aſſe inſtituto*, vt alium & ſuperiori contrarium Baldi errorem refellam exiſtimantis in toto iſto tractatu De Aquiliana formula ponendum eſſe datum filio coheredem. Cùm, inquit, ſolo filio & ex aſſe inſtituto fruſtrà prouideas ne poſthumi nepotis agnatione teſtamentum rumpatur quando & nullo nato poſthumo perinde futurum ſit, vt inteſtati exitum faciat teſtator præmortuo filio, & facta inſtitutione quaſi caduca. Nam vt rectè iam olim Caſtrenſ. diſputauit, non id tantum egit Gallus Aquilius, vt prouideret aduerſus periculum, quod imminebat ne filio præmortuo rumperetur ſola poſthumi agnatione teſtamentum in quo præter filium nemo inſtitutus eſſet, ſed illud potiſſimum, qua ratione poſthumus nepos inſtitui poſſet, vt eo quoque inſtituto teſtamentum non rumperetur, & vt ſucceſſionis teſtamentariæ capax fieret ſi auus mallet habere eum heredem teſtamētarium, quàm legitimum. Perinde autem poteſt nepos hic ex teſtamento ſuccedere, ſiue filius ex toto aſſe ſiue ex parte fuerit inſtitutus, dummodo ante patrem deceſſerit. † Sed & alius 17
Goueani error nobis refutandus eſt, qui ad hunc locum ſcribit ſi nepotem ſimpliciter heredem teſtator ſcribat non ex formula Galli, ſed hoc modo, *nepos qui poſt mortem meam naſcetur heres eſto,* rectè filiū exheredari poſſe. Omnino malè. Quamuis enim ſimpliciter nepos inſtitutus ſit non expreſſo caſu mortis filij, non valet tamen inſtitutio poſthumi nepotis niſi in eum ipſum caſum, quem ideò neceſſe eſt poſſe ex verbis concipi, vt ſcriptum eſt in *§. quidam rectè hac lege ſup.* Nam cùm poſthumus Aquilianus teſtamēti tempore inſpecto ſit alienus, & ob id induci neceſſe fuerit, vt ex eo demum tempore inſtitui poſſet quo fieret ſuus viuo teſtatore, nec rurſum poſſit fieri ſuus niſi mortuo patre, conſequens eſt, vt nullo caſu valeat nepotis huius inſtitutio niſi poſt mortem demum filij primum gradum tenentis & poſthumi nepotis ſuitatem impedientis & conſequenter, vt filius à nepote exheredatus nō niſi poſt mortem ſuam exheredatus videatur, rametſi præterea coheres nepoti purè datus ſit, vt ſuprà probauimus. Nec ſimile eſt quod Goueanus obiicit poſſe etiam nepotem ſuperſtitem exheredato filio inſtitui, *l. qui in aliena. 6. §. interdum de acquirend. heredit.* † Alia enim ratio eſt ſuperſti- 18
tis, alia poſthumi nepotis. Superſtes nepos omni iure inſtitui poteſt, ſaltem tanquam extraneus cùm non ſuus eſt patre in gradu præcedente. Poſthumus verò nullo modo inſtitui poteſt, niſi & inſtitutionis & mortis teſtatoris tempore ſit ſuus, qualis tamen nepos eſſe non poteſt viuo filio ſuo herede. Itaque ſuperſtite nepote inſtituto filij exheredatio ſtatim tenet, nec poſt mortē ſuam videtur exheredatus quomodo contingit inſtituto poſthumo. † Quod verò idem Goueanus ſubiicit fi- 19
lium exheredatum non obſtare nepoti quominus nepos ſimpliciter inſtitui poſſit, verum quidem eſt, ſeu ita demum ſi exheredatio teneat: alioqui nec exheredatus videtur, qui non ritè exheredatus eſt. Atquin exheredatio non tenet inſtituto nepotē poſthumo, vt diximus. Quod ſi nepos iam teſtamenti tempore ſuperſtes fuit non quidem obſtat filius exheredatus inſtitutioni nepotis, ſed non quia ſit exheredatus, at quia nec ſi eſſet inſtitutus obſtaret, cùm ſuperſtes nepos eo caſu quo ſuus non eſt extranei iure cenſeatur & perinde ac extraneus quilibet non ſolum inſtitui poſſit, ſed etiam patri ſuo eidémque teſtatoris filio ex parte inſtituto coheres dari, nōn ſecus ac ſi ab extraneo factum eſſet teſtamentum, *leg. ſi ego. 26. leg. ſi ex ſua. 36. de acquirend. hereditat.* quod & Cuiacius rectè defendit aduerſus Accurſium in *dict. §. quidam rectè.* Sed quod addit Goueanus rationis loco, *cum exheredatione ſuus eſſe deſinat,* prorſus falſum eſt, vt iam in ſuperioribus ſæpiùs monuimus, & dicemus latiùs *infr. capit. vltim.* † Eorum quo- 20
que opinionem refellere operæ pretium eſt, qui vſque adeò patrem filij & nepotis rationem conſtituunt, vt quemadmodum nepote inſtituto filium quoque ex aliqua parte inſtitui neceſſe eſt, ita neceſſariam putent nepotis inſtitutionem filio inſtituto. Quidni enim nepotem etiam poſthumum exheredare liceat? vetere ſaltem iure inſpecto, *leg. 3. de iniuſt. rupt. leg. ſi poſthumus hoc titul.*

titul. Nempe ſi filio coheres datus ſit, qui teſtamentum ſuſtineat, vt aditione hereditatis confirmetur exheredatio. Alioqui fateor filio præmortuo, & nullo coherede dato exheredationem nepotis valere non poſſe, nemi-
21 ne ex teſtamento adeunte. † In eo itaque diſpar filij & nepotis conditio eſt, quod filij exheredatio nec eò magis valet, quòd nepoti inſtituto coheres datus ſit, vt iam probauimus. An autem filio inſtituto & nepote exheredato ſufficiet datum fuiſſe filio ſubſtitutum? Ita plerique exiſtimant, quod non minus à ſubſtituto quàm à coherede teſtamentum ſuſtineatur, ſed in propoſito nõ ita eſt, quia cùm exheredationem poſthumi nepotis in eum ipſum caſum fieri neceſſe ſit in quem fieri poſſet inſtitutio, hoc eſt ſub ea demum conditione, Si filius viuo auo morietur, & ſubſtitutus ille ſit cui ſecũdo loco deferatur hereditas apparet filium hunc cui ante teſtatorem morienti nec delata ſit nec deferri vnquam potuerit in eum caſum patris ſucceſſio, ſubſtitutum verè ac propriè habere non poſſe, ſed eum qui poſt ipſius mortem ſcriptus ſit nepote exheredato perinde inſtitutum dicendum eſſe atque inſtitutus diceretur nepos ipſe ſi non eſſet exheredatus. Adeò, vt ſi ſub nomine ſubſtituti ſcriptus ſit non magis poſſit in inſtitutum euadere filio antè teſtatorem mortuo, quam euaderet nepos ipſe ſi eſſet inſtitutus. De quo ſequenti capite differemus. Planè non nego poſſe teſtatorem ita ſcribere, *filius meus heres eſto, ſi filius meus me viuo morietur, tũc qui mihi poſt mortem meam naſcetur nepos exheres eſto, Titius heres eſto.* Sed eo caſu Titius inſtitutus dicendus erit, non ſubſtitutus. Nec ſanè perpetuò verum eſt, ſuſtineri teſtamentum à ſubſtituto vt in eleganti illa & perdifficili ſpecie *l. prox. in princip. ſuprà hoc titul.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus libro 3. capit.
22 15. † Planè ſi nepoti datus ſubſtitutus proponatur, nemo dixerit [illegible]ò validiorem fore filij exheredationem, quia cùm non niſi nepote repudiante aut mortuo adire poſſit, is qui nepoti ſubſtitutus fuit, ſemper verum eſt filij viuentis exheredationem non tenere, eúmque quandiu vixit, nec inſtitutum fuiſſe nec exheredatum, ergo præteritum *dict. l. filius proxim. præcedent. hoc titulo.*
23 † Cæterum illud quoque obſeruandum eſt, quod Scæuola ſic ſcribit, *vt filius dumtaxat qui eſt in poteſtate.* An ad excluſionem emancipati, vt quidam putant? Minimè, neque enim de emancipato hic tractari aut dubitari poterat, non ſolùm quod certum eſſet emancipatorum inſtitutionem non eſſe iure ciuili neceſſariam, cùm eo iure ſint prorſus incogniti & pro extraneis habeantur, ſed etiam quia poſthumus nepos ex filio emãcipato alienus poſthumus eſt, non ſuus §. *poſthumo quoque, Inſtitut. de legat.* ac proinde talis qui Galli temporibus & antiquo iure ciuili inſtitui non potuit. Verius igitur eſt quod alij volunt dictionem hanc, *duntaxat*, additam ad excluſionem filij ab hoſtibus capti qui licèt filius ſit non eſt tamen in patris poteſtate quãdiu apud hoſtes & eorum ſeruus eſt, ob idque & impunè præteriri poteſt *l. pen. infr. hoc tit.* quaſi pro iam mortuo habendus *leg. quod attinet. 32. de reg. iur.* quamuis ſi ab hoſtibus redeat, detur ei poſtliminium, & conſequenter iniuſtum faciat teſtamentum ac ſi ſemper in ciuitate manſiſſet *l. ſi quis filio. 6. §. ſed ſi pater. de iniuſt. rupto.*

24 † Item ad differentiam nepotis & aliorum deinceps deſcendentium, quos conſtat nec inſtitui nec exheredari debere, ſed præteriri poſſe quandiu parens eos præcedit ſiue pater ille ſit ſiue auus, & ſufficere vt eorum parentes qui primum gradum tenent in familia inſtituantur, itémque liberi eorum, id eſt pronepos ex præterito nepote, aut abnepos ex præterito pronepote ad hoc ne teſtamentum vel præteritione ſui heredis ſtatim iniuſtum fit vel agnatione poſthumi heredis rumpatur. Sed hoc ita demùm ſi præteritus nepos ante filium moriatur, aut præteritus pronepos ante nepotem: alioqui præteritus nepos aut pronepos rumpet ſuccedendo, nec prohibebitur per legem Velleam rumpere, qui nec fuit inſtitutus nec exheredatus §. *idem credendũ in fin ſup. hac leg.* Nam quod Vlpian. in fragm. *tit. 22. qui hered. inſt. poſſ.* & Iuſtinianus tam in *Inſtit. tit. de exhered. lib.* §. 2. quam in *l. maximum vitium, 4. Cod. de lib. præter.* ſcribunt potuiſſe olim nepotes & cæteros deinceps per virilem ſexum deſcendentes præter filium primi gradus impunè præteriri exemplo filiarũ, ſed ita tamen vt ſcriptis heredib. accreſcerent, ſuis quidem in virilem, extraneis verò in dimidiam, ad eos tantùm nepotes pertinet qui iam teſtamenti tempore præmortuo filio primum locum tenebant in cauſa ſuccedendi, vt diximus ſup. *l. ſi qua pœna. 7. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Imò dici poteſt plus iuris habere nepotem qui poſt teſtamentum ſuccedit in locũ filij, aut inſtituti aut exheredati quàm eum qui ante teſtamentum ſucceſſit in locum filij inſtituendi aut exheredandi. Ille enim cum iam tũ haberet iura ſui heredis, non alia ratione præteritus videri potuit quam quia teſtator noluit. Hic verò ideo potius quod ei patris perſona ſiue inſtituti ſiue exheredati noceret. Facit *l. 1. §. ſi pater in poteſtate cum ſeqq. D. de coniung. cum emancip. liber. eius l. illud. 4. §. ſi quis filium l. 6. de contr. tab.* § (Caue. nam Iuſt. in *l. ſi quis filium. 34. Cod. de inoff. teſtam.* ſcribit *nepoti ex filio exheredato*, nullam olim viam ad ſucceſſionem aui eſſe potuiſſe. Itaque cogita an dici poſſit ius hoc accreſcendi competiiſſe nepotibus ex filio præmortuo tantùm *dict. l. 1. §. ſi pater in poteſtate de coniug. cum emancip. lib. eius.* Ideoque inſtituendos fuiſſe huiuſmodi nepotes vel exheredandos ne teſtamentum euerterent *l. 4. Cod. de libe. præt.* Facit quòd nullo iuris loco ſcriptum memini præterito nepote ex filio præmortuo teſtamentum eſſe inutile, ſed rumpi duntaxat, vt & in *l. 9. §. 2. verſ. diuerſum. hoc tit.* Caius tamen in §. *poſthumorum de exhib. liber.* negat filiam natam & præteritam rumpere teſtamentum licet habeat ius accreſcendi, vt ſicuti liberorum ita & ſuorum heredum plures ſint gradus: ij tamen magis propriè ſui dicantur, qui primum ſuitatis gradum tenent. Quod ſignificare videtur Iuſt. in §. *cæteri, Inſt. de her. qual. & diff.* vbi ait extraneos heredes dici eos demùm qui non ſunt in teſtatoris poteſtate, cùm tamen quiſquis non eſt extraneus eſt neceſſe ſit aut ſuũ eſſe & neceſſariũ, aut neceſ-
ſarium duntaxat. † Quod verò Scæuola ſcribit, *quorum ſi* 25
liberi heredes inſtituantur inſtitutionem nunquam exigemus, peſſimè ſic vulgò accipiũt, in inſtituto filio aut nepote qui præcedit, non ſit neceſſe inſtitui nepotem aut pronepotem. Nam etſi non eſt neceſſe ad hoc vt teſtamentum valeat, eſt tamen neceſſe ad hoc ne poſthumi nepotis agnatione rumpatur. Rectior igitur eſt ſecunda Accurſij interpretatio, vt de liberis nepotis aut pronepotis præteriti Scæuola ſenſerit, eiúſque ſententia ſit, Inſtituto filio primi gradus & pronepote poſthumo poſſe præteriri nepotem qui viuo filio deceſſerit, nec verendum eſſe, vt eius præteritione aut iniuſtum aut ruptum fiat teſtamentum. Idemq; dicendũ ſi inſtituto filio & abnepote poſthumo præteriti ſint nepos & pronepos iidémq; viuo teſtatoris filio mortui. In quo ſanè deterior cõditio eſt nepotis quàm filij. Neq; enim ſufficit filij liberos, id eſt nepotes eſſe inſtitutos vt filius ipſe præteriri poſſit, nempe quia primũ gradum tenet in familia, non etiam nepos quem teſtamenti tempore pater præcedit. Atqui ſi filius præmoreretur nepotes in eius locum ſuccedentes ſi præteriti eſſent rumperent ſuccedendo. Fateor, & ideò nimirum, vt in omnem caſum securè teſtetur auus non minùs nepotem iam natum quàm filium & pronepotem poſthumum inſtituere debet vel exheredare. Sed eum caſum hic tractat Scæuola quo nepos, ante filium aut pronepos ante nepotem deceſſerit, ac proinde quo neuter ſuccedendo rumpere potuerit. Vt appareat in eo differre nepotem aut pronepotem à filio, quòd filius præteritus ſemper facit iniuſtum teſtamentum quamuis viuo

teſtatore deceſſerit, *d.l.ſi filius.7.ſupr.hoc tit.* Et verò modus ille rumpendi per ſucceſſionem pertinet ad tractatum legia Velleæ, non Aquilianæ formulæ de qua ſola in hoc §. agit Scæuola, mox de lege Vellea dicturus. An verò hac parte alia erit ratio poſthumorum nepotum aiia ſuperſtitum? Ita Goueanus exiſtimat quòd poſthumorum prætetitio teſtameotum vitiet quaſi obliuione prætermiſſi videantur. Sed non ita eſt. Nam in eo caſu quem tractamus, hoc eſt filio patri ſnperſtite inſtituto non minùs impunè præteriri poteſt nepos poſthumus atque is qui iam teſtamenti tempore ſupetſtes fuit. Imò nec ſi auus vellet inſtituere illum poſſet aut exhæredare, quia alienns eſt poſthumus. Sanè filio exhæredato fuit olim melior cauſa nepotum poſthumorum quam ſuperſtitum. Hi enim, vt diximus, præteriri poruerunt ſaluo iure accreſcendi ſcriptis heredibus. (*Caue propter l.34.C. de inoff. teſt. de qua ſcripſi marg. pag. prac.*) Illi verò vel exhæredaudi nominatim fuerunt, vel ſi inter cæteros exhæredebantur legati iis neceſſe erat ne obliuione præteriri viderentur, teſte Vlp. in *d.tit.22.§. nepotes & pronepotes.* Idque nimitum eſt quod fefellit Goueanum, qui & in eu errat quod ſeribit, ſi pronepori datus eſſet cohæres, certam portionem nepoti præterito olim accreuiſſe. Nepoti enim ante filium defuncto de quo agimus nulla portio potuit accreſcere, ac multò minùs ſi ante teſtatorem deceſſiſſet. Nepoti autem ſuperſtiti ex filio præmortuo ſi præteritus eſſet non accreſcendi ius dabatur ſiue ſnus hæres alius, ſiue extraneus in totum aut ex parte ſcriptus eſſet, ſed ius dicendi nullum teſtamentum, vtpote cùm primum in familia gradum tenere, & filij loco eſſe cœpiſſet, quemadmodum ſupra docuimus. Nam etſi poſthumus napos eſſet naſcendo rumperet *l.ſi quis poſthumos.9.§.ſi filium.hoc ti.*

Caput XI.

Cur ad inſtitutionem Aquiliani nepotis non fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis.

SVMMARIA.

1 *Vulgarem ſubſtitutionem à lege duodecim Tabularum originem trahere.*
2 *Ratio dubitandi in propoſita quæſtione.*
3 *Cur non pro vtiliter inſtituto haberi potuerit poſthumus nepos, qui vulgariter ſubſtitutus fuiſſet? vbi tres à Goueano allatæ rationes examinantur.*
4 *Rationem à Cuiacio redditam propoſitæ dubitationi non ſatisfacere.*
5 *An ex aliorum ſententia vulgaris ſubſtitutio in perſona poſthumi nepotis ob regulam Catonianam inſufficiens fuerit?*
6 *Cur neceſſe fuerit Aquilianam formulam introducere, per quam ex die & conditione nepos poſthumus inſtitueretur?*
7 *Refellitur alia ratio à nonnullis allata.*
8 *Vera ratio redditur, cur omiſſa vulgari ſubſtitutione nouam formulam Aquilius inducere voluerit.*
9 *Reſpondetur obiectioni contra hanc rationem allatæ.*
10 *Quid per Aquilianam formulam cautum fuerit, quod vulgari ſubſtitutione caueri non potuit?*
11 *Bartoli error exiſtimantis nepotem Aquilianum vulgariter ſubſtitutum eſſe: eiuſque erroris cauſa.*
12 *Poſthumi nepotis inſtitutionem, licèt ſecunda ſit, non ideò ſubſtitutionem dici poſſe.*
13 *Non ideò nepotem in* l.cùm in teſtamento de hære. inſt. *ſubſtitutum dici, quod duo hæredum gradus eſſe dicantur.*
14 *Caſus quo nepos & pronepos Aquilianus ſimul admittuntur.*

APparet ex ſupetiuribus non fuiſſe ſufficientem formulam vulgaris ſubſtitutionis ad poſthumi nepotis inſtitutionem. Nam ſi ſufficiens fuiſſet, quid erat neceſſe Gallum Aquilium tantopere laborare in excogitanda & concipienda formula per quam nepos ille inſtitui poſſet? † Siquidem conſtat vulgarem ſubſtitutionem 1
iam inde à primis poſt legem duodecim tabularum temporibus & longè ante Gallum Aquilium in vſu fuiſſe, & in omnium ferè teſtamentis frequentiſſimè ſolitam vſurpari, ob idque vulgarem dictam quod & omnibus & ab omnibus fieri & poſſet & ſoleret. Cúmque nihil interſit inter vulgarem ſubſtitutum & ſecundum heredem, dubitandum non eſt quin lex duodecim tabularum quæ heredis inſtituendi poteſtatem dedit patrifamilias, de ſecundis hæredibus æquè ac de primis ſenſerit, indeque vulgaris ſubſtitutionis introductio emanauerit *l. Cicero.39.D.de pæn.l.verbis legis.120.de ver.ſig.* † Dubi- 2
tandi autem cauſa ex eo naſcitur quod caſus ille qui Galli Aquilij formula expreſſus eſt, *ſi filius meus me viuo morietur.* tacitè inſit conditioni vulgaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres non erit*, cum patris heres eſſe nequeat filius qui viuo patre moritur. Quid igitur refert vtro modo inſtitutus ſit an ſubſtitutus? Præſertim cùm nec fieri poſſit vt nepos auo heres exiſtat niſi decedente filio viuo auo, vel quod hac parte idem eſt deportato filio aut emancipatu aut ab hoſtibus capto nec reuerſo. Proinde quòd ad poſthumi nepotis perſonam attinet, non ſolùm caſus Aquilianæ formulæ in vulgari ſubſtitutione comprehenditur, ſed & eadem prorſus vis & poteſtas eſſe videtur Aquilianæ inſtitutionis & vulgaris ſubſtitutionis. Quam ob cauſam non ſolùm veteres ferè omnes interpretes poſt Accurſ. & Bart. ad *l. Gallus. §. quidam rectè*, in ea fuerunt ſententia vt dicerent potuiſſe ante Aquilium vulgarem ſubſtitutionem ſufficere, ſed etiam quod magis mirandum ſit, nonnulli ex recentioribus inter quos Ant. Goueanus in prioribus ſuis ad hanc legem Commentariis, cùm rationem nondum comperiſſet, quam poſteà ſibi viſus eſt comperiſſe, cur non poſſet ſufficere. Auget dubitationem quod ſi quis dicat Aquilium de inſtituendo tantùm, non etiam de ſubſtituendo nepote tractaſſe, proptereà quod verendum non erat ne rumperetur teſtamentum aui poſthumo nepote non ſubſtituto, ſed ne rumperetur eo non inſtituto ſi ſuum naſci contingeret, in promptu contradictio eſt ſubſtitutum vulgarem euadere in inſtitutum & ſubſtitutionem vulgarem reuocari ad intellectum inſtitutionis quoties prior inſtitutus cui ſubſtitutus datus eſt, viuo teſtatore moritur *l.cùm ex filio.39.§.vlt.de vulgar.& pupil.ſubſtit.* aut alia ratione impeditur ne ex teſtamento heres eſſe
poſſit, vt in ſpecie *l.ſi is qui.57.de hered.inſtit.* † Cur non 3
ergo pro vtiliter inſtituto haberi potuit poſthumus nepos qui vulgariter ſubſtitutus fuiſſet? Rationem ex veteribus nemo quæſiit. Ex recentioribus, perpauci, nemo tamen inuenit. Idem Goueanus in poſteriore commentario triplicem adfert, ſed ita vt ineptam potiùs quam minùs ſufficientem fuiſſe probet vulgarem ſubſtitutionem. Prima illa eſt, *quòd ipſa perſonarum qualitas ſubſtitutionis conditionem contineret*, quæ planè nil ad rem pertinet. Nam & perinde dici poteſt eandem perſonarum qualitatem continere conditionem Aquilianæ formulæ, cùm, vt diximus, non poſſit nepos poſthumus heres eſſe auo, niſi mortuo patre, aut emancipato, aut deportato, aut denique capto ab hoſtibus. Secunda ratio eſt, *quia filio abſtinente nihilo magis admittetur ſubſtitutus, qui tamen caſus facit locum extraneo ſubſtituto.* Æquè vana & extra rem. Nam nec Galli formula induxit vt iſto caſu nepos admittatur. Quærimus autem, Cur in eum ſaltem caſum quo ex Galli formula nepos admittitur, & qui vi ipſa comprehenditur in vulgari ſubſtitutione, fuerit vulgaris ſubſtitutio non ſolùm inepta, ſed etiam inſufficiens, ita vt ad nepotis inſtitutionem excogitari oportuerit nouam & peculiarem formulam.

Addit, quæ tertia ratio eſt, *quia emancipato poſt teſta-*
mentum filio nepos quaſi preteritus, agnaſcendo rumpe-
ret qui aliter admitti non poſſet quam ſi filius heres non eſ-
ſet, cùm mutatione perſonæ non vitietur inſtitutio. *§. vlt. dict.*
leg. Gallus l. filio 23. §. vlt. eod. l. ſi quis heres. 18. de iniuſt.
rupt. Paulò, vt videtur, ſubtiliùs, ſed non omninò ac-
commodatè. Nam ſi ratio hæc genuina eſſet ac vera,
debuerat Gallus in ſua formula caſum emancipationis
aut ſolum aut ſaltem primo loco & principaliter expri-
mere, non caſum mortis, cuius tamen ſolius meminit, vt
ex eo appareat nec cogitaſſe quidem de caſu emancipa-
tionis. Quamuis per prudentum interpretationem & ex
eiuſdem Galli veriſimili ſententia inductum ſit vt quê-
admodum inſtitui poteſt nepos ſub ea condicione, *ſi*
filius meus viuo me morietur, ita & poſſit ſub illa, *ſi filius*
viuo me emancipabitur. Vt pluribus explicauimus ad §.
& quid ſi tantùm, iunctis iis quæ dicemus ad §. *vltim. d. l.*
Gallus. infr. Cæterum ſi auus in poſthumi nepotis inſti-
tutione caſum ſolum mortis filij expreſſerit ſecutus
verba Aquilianæ formulæ non magis faciet Aquiliana
formula vtilem inſtitutionem nepotis, quàm ſi is filio
eſſet ſubſtitutus ſub ea côdicione, *ſi filius heres non eſſet*,
quia ſicuti emancipatio filij non facit quominùs heres
ille ſit, ita nec facere poteſt vt vocetur ex teſtamento
nepos qui fuerat inſtitutus in eum duntaxat caſum quo
filius meus moreretur. Alia igitur ratio quærenda eſt,
cur minùs apta & ſufficiens viſa ſit vulgaris ſubſtitu-
tio ad poſthumi nepotis inſtitutionem, quàm Aquilij
4 formula in ſolum caſum mortis filij concepta. † Iaco-
bus Cuiacius tract. 2. ad African. in explicatione *leg. ſi*
mater. 33. §. 1. de vulg. & pupill. ſubſt. eandem proponens
quæſtionem, cur ſatis non habuerit Gallus nepotem
poſthumum filio vulgariter ſubſtituere: rationem illam
reddit quòd in caſum vulgaris ſubſtitutionis quo ſcil.
priori filio deferretur hæreditas nullus ſubſit rumpen-
di teſtamenti metus, (quia per delationem filio factam
perinde confirmatur teſtamentum atque in extraneis
confirmatur per aditionem) in eum verò caſum quo
metus ſubeſt caueri non poſſit niſi inſtitutione nepo-
tis. Verùm quamuis ita eſſe fatear, nondum tamen pro-
poſitæ dubitationi ſatisfactum eſt. Id enim duntaxat
ratio hæc concludit, Nepotem poſthumum vulgariter
ſubſtitui neceſſe non fuiſſe cùm in caſum delatæ filio
hereditatis, qui vulgaris ſubſtitutionis caſus eſt non
poſſit rumpere. Inſtitui autem neceſſariò debuiſſe ne
rumperet eo caſu quo ipſi primùm & antè omnes de-
ferretur hereditas. Denique non poſſe admitti tanquam
ſubſtitutum. Nos autem de illo quærimus. Cur cùm
vulgariter ſubſtitutus eſt non admittatur tanquam in
ſtitutus præmortuo filio, quandoquidem facta inſtitu-
tione in cauſa caduci regulare eſt vt euadat ſubſtitutus
in inſtitutum *dict. leg. cùm ex filio. §. vltim. de vulg. ſubſtit.*
Quomodo enim rumperet quaſi preteritus qui morien-
te auo poſt filium reperiret ſe in primo gradu ſubſti-
5 tutum. † Sunt qui putent non potuiſſe valere ſubſtitu-
tioné vulgarem in perſona poſthumi nepotis propter
regulam Catonianam, quia ſi teſtamenti tempore auus
decederet, ea nepotis ſubſtitutio viuo filio facta nó va-
leret. *leg. 1. de regul. Caton.* Quæ ratio ab aliis ideò repre-
henditur, quòd regula Catoniana ad côditionales inſti-
tutiones nó pertineat *leg. penult. eod.* ſubſtitutio autem
quælibet, conditionalis ſit inſtitutio. Mihi verò nec ra-
tio placet nec reprehenſio. Non reprehenſio, quia quod
ad regulam Catonianam ſpectat, nihil differt pura in-
ſtitutio à conditionali, vt docebimus infr. Nó ratio ipſa
quia verum eſt, quod generaliter Papin. ſcribit in l. 3.
ill. tit. Catonianam regulam non pertinere ad heredita-
tes. Illud ſanè verum eſt ex antiquitatis regula inſtitu-
tionem ſiue puram, ſiue conditionalem quæ ab initio
non valuit ex poſt facto non côualeſcere *l. pen. de regul.*
iur. antiq. Sed ea regula non magis impedit, ne poſthu-
mus nepos vulgariter ſubſtitui poſſit, quàm ne poſſit
inſtitui. Cum nec valeret ipſius inſtitutio, ſi auus eo
tempore quo filium inſtituit moreretur. Alienus enim
poſthumus contra iuris ciuilis regulas videretur inſti-
tutus. † Et ob id nimirum neceſſe fuit excogitare for- 6
mulam per quam ex die & conditione inſtitueretur,
vt cùm non priùs Inſtitutus dici poſſet quàm dies &
conditio eueniſſet (vtraque in id tempus collata quo
ſuus naſceretur) nihil prohiberet quominus ab initio
inſtitutio tanquam ſui poſthumi conſiſteret. Id ve-
rò Gallus aſſecutus eſt inſerta formulæ particula *tunc*,
quæ inſtitutioni nepotis principium daret, & condi-
tionem quandocunque euenientem poſthumo naſ-
cente ſuo, impediret retrotrahi ad tempus teſtamen-
ti quo alienus fuiſſet, quemadmodum latiùs à nobis
ſuprà tractatum eſt. Atqui poterat eadem particula
tunc, inſeri quoque vulgari ſubſtitutioni, erátque lon-
gè faciliùs inducere, vt vulgaris ſubſtitutio ſic conci-
peretur, *ſi filius meus heres non erit tunc qui mihi naſ-*
cetur ex eo nepos heres eſto, quam formulam integram
procedere, quæ minùs generalis eſſet, ac in caſum vnum
mortis filij concepta. Illa igitur ſemper manet dubita-
tio, cur noua formula potiùs quàm vulgari ſubſtitutio-
ne in eam rem vti Aquilius voluerit. † Scio alios etiam 7.
eſſe qui putent idcirco neceſſariam fuiſſe Galli formu-
lam, quòd cum aliter nepos inſtitui non poſſet quàm in
caſum mortis filij, hic tamen caſus in vulgari ſubſtitu-
tione non exprimatur. Sed ratio hæc non tantùm alie-
na, verùm etiam falſa eſt, caſus enim mortis filij adeo-
que viuo etiam teſtatore licèt in vulgari ſubſtitutione
ſpecialiter non exprimatur, perinde tamen atque ſi ex-
preſſurus eſſet vi ipſa comprehenditur ſub verbis illis
generalibus, *ſi heres non erit*, nec tantùm caſus mortis
ſed & deportationis, emâcipationis, captiuitatis, & ge-
neraliter cæteri omnes quibus contingat filium heredê
non eſſe ſiue quia noluerit, ſiue quia non potuerit: & ſi-
ue viuo ſiue mortuo teſtatore poſſe deficit. Qua ratio-
ne ſi aliud nihil obſtaret, defendi poſſet longè aptiorê
fuiſſe formulam vulgaris ſubſtitutionis ad omnes ca-
ſus comprehendendos, quàm Aquilianâ, quæ ſi à teſta-
tore vſurpetur ſolo mortis caſu expreſſo manca eſt, niſi
ex legis Velleæ ſententia ſuppleatur *d. §. & quid ſi tan-*
tùm. Deinde falſum eſt poſthumũ nepotem non niſi in
caſum mortis filij inſtitui poſſe. Poteſt enim, vt dixi, in-
ſtitui in caſum etiam deportationis & captiuitatis, ad-
eóque emancipationis filij, quæ cùm inſtitutionem filij
non faciat irritam morti ſimilis hac parte videri non
poteſt. Etſi verò mortis duntaxat caſum Gallus expreſ-
ſit æquè tamen ad eius formulam cæteri etiá caſus per-
tinent non vt vllo modo pro expreſſis habeantur ſolo
mortis caſu expreſſo, ſed vt perinde ac caſus ipſe mor-
tis exprimi poſſint. † Vera itaq; & vnica tam obſcuri iu- 8
ris ratio hæc eſt, quod cùm poſthumus hic nepos te-
ſtamenti tempore inſpecto verè ſit alienus, ac proinde
talis qui tunc nec inſtitui potuerit, nec conſequenter
ſubſtitui (omnis namque ſubſtitutio ſecunda inſtitutio
eſt, vt Caius diffinit in Inſtit.) neceſſe fuerit ipſius inſti-
tutionem ex die & ex conditione concipi, vt ex eo tã-
tum tempore ſuus poſthumus eſſe inciperet, quo ſcri-
ptus intelligitur. Adiecta nimirũ particula *tunc* vt ſuprà
dixi. Ac ſi vulgaris ſubſtitutionis formulá ſic concipe-
res, *Si filius meus heres non erit, tunc, qui mihi ex eo poſt*
mortẽ meã naſcetur nepos heres eſto, tantũ abeſſet vt poſt-
humus hic alienus ex eo demũ tépore videretur inſti-
tutus quo poſthumus ſuus eſſe inciperet. Vt ex contra-
rio dici potius poſſet collatum inſtitutionis initium in
id tempus quo adhuc alienus eſſet. Illa enim verba, *ſi*
filius meus heres non erit, ex ſui natura caſum delatę filio
hereditatis demonſtrant, qui propriè vulgaris ſubſti-
tutionis caſus eſt, (cum ante delatam hereditatem ne-
mo heres eſſe poſſit, priuatio autem vt vulgò dici ſo-
let præſupponat habitum) & conditionem exprimunt
quæ defuncto tantum teſtatore poteſt exiſtere ac

proinde

proinde ex cuius euentu non poſſit inſtitutio initium capere, ſi quidem iam mortuus hæredem inſtuere tùc poteſt. Niſi dicas retrotrahi ad tempus teſtamenti ſublato vitio temporis, quo caſu æquè eueniet vt alienus poſthumus ſubſtitutus videatur, cùm teſtamenti tempore ſuus eſſe non poſſit quem tunc pater præcedit. At poſthumus alienus ſicut inſtitui iure antiquo non potuit ita neque ſubſtitui, quia ſubſtitutio quælibet inſtitutio eſt, ſecunda quidem, ſed tamen vera inſtitutio. †
9 Nec obſtat quòd inſtituto ante teſtatorem mortuo, cui proinde nunquam delata ſit hereditas, vulgaris tamen ſubſtitutus ex ſubſtitutione admittitur. Nam imò vero tanquam inſtitutus admittitur non tanquam ſubſtitutus, euaditque in inſtitutum, quia ei primo non ſecundo loco defertur hæreditas, & ob id cum cæteris inſtitutis in deficiente coheredis portione concurrit ac ſi eſſet inſtitutus *d.§.vlt.l.cum ex filio.39.de vulg.* Atqui ſi nepos ex eo tempore inſtituatur, quo iam delata ſit hæreditas filio, non ſolum inſtituitur in eum caſum quo periculum amplius nullum ſit ne teſtamentum rumpatur, vt ait Cuiacius, ſed in illum etiam quo alienus erit poſthumus; fieri enim non poteſt, vt non ſit alienus qui à patre anteuertitur in cauſa ſucceſſionis. Cui conſequens eſt, vt non poſſit valere ſubſtitutio ex eo tempore facta, quia nec inſtitutio valeret, iámque ab initio perinde nulla eſſet & inutilis, atque ex contrario validam & vtilem eſſe dicimus eam quam Gallus induxit fieri ex eo tempore quo poſthumus fit ſuus: atque ita ſuccederet ſupradicta iuris antiqui regula, quæ inſtitutionem ab initio inualidam poſteà conualeſcere non patitur. Ne quidem in eũ caſum quo poſthumus hic ſuus reperiatur præmortuo filio, quia in alium nominatim caſum ſubſtitutus fuit quo ſubſtitui non potuit, id eſt quo eſſet alienus cùm ex diuerſo ne purè quidem inſtitui potuiſſet, at in eum nominatim caſum inſtitui debuiſſet quo ex alieno ſuus fieret. Et verò abſurdiſſimum ſit ſubſtitutionem vulgarem, quæ in ſuo caſu, id eſt, tanquam ſubſtitutio valere nunquam potuerit, euadere in inſtitutionem. Prius namque eſt, vt ſubſtitutio aliqua ſit & ſubſiſtat, quàm vt euadat in inſtitutionem. Alioqui ſicut ex nihilo nihil fit, ita ex nulla ſubſtitutione (nulla autem eſt, quæ ſubſtitutionis iurè valere nunquam poteſt) nemo dixerit confici poſſe vtilem inſtitutionem *arg.l.Stichus.39.D.de manum.teſtam.* in poſtremis illis verbis, *quia nullum caſum*
10 *vtilem habet.l.pater filio.54.D.de here.inſt.* † Denique, vt valeret poſthumi nepotis inſtitutio non ſolum cauendum fuit, nè in eum nominatim caſum conferretur quo alienus poſthumus maneret, ſed etiam prouidendum vt iis verbis conciperetur, quæ omnem omnino delatæ filio hæreditatis caſum, poſthûmique alieni perſonam omnimodo excluderet, vt nullo prorſus caſu nulloque tẽpore alienus poſthumus inſtitutus videri poſſet. Quod ipſum non per vulgarem ſubſtitutionem fieri potuit (quæ licèt contingente caſu non delatæ hæreditatis inſtituto præmorienti reuocetur ad intellectum inſtitutionis, iure tamen ſubſtitutionis non niſi caſum delatæ hæreditatis complectitur) ſed ita demum ſi & in eum nominatim caſum & ex eo nominatim tempore nepos inſtitueretur, quo poſthumus ſuus eſſe inciperet, hoc eſt, non ſub ea tantùm conditione, ſed ex ea conditione, *ſi filius viuo auo moreretur.* aut deportaretur, aut emanciparetur, aut ab hoſtibus caperetur. Quid autem interſit an ſub conditione, an ex conditione inſtitutio fiat, & cur his locum non habeat, quod dici ſolet inſtitutionem à pagano ex conditione non magis quàm ex die fieri poſſe tam latè explicauimus ſuprà vt repetere nil ſit neceſſe.
11 † Ex his verò intelligimus, quã grauiter erret Bartolus exiſtimans nepotem hunc Aquilianum vulgariter ſubſtitutum eſſe, & ipſius inſtitutionem ex Galli formula nihil aliud eſſe quàm vulgarem ſubſtitutionem. Fefellit Bartolum & eius ſequaces quod nepotis inſtitutio ſemper ſecunda ſit, cùm neceſſe ſit præcedere inſtitutionem filij primi gradus *d.l.Gallus.§.in omnibus*, ſecunda autem inſtitutio ſubſtitutio ſit. Item quod ſcriptum eſt in *l. cùm in teſtamento.37. de her. inſt.* filio inſtituto itémque nepote ex conſilio Galli duos eſſe heredum gradus, quaſi fieri nequeat vt ſint gradus quin is qui in ſecundo gradu eſt ſubſtitutus dici debeat. † Sed iam proximo capite ſuperiore monuimus, inſtituendum quidem filium primi gradus, deinde nepotem, at nepotis inſtitutionem licèt ſecunda ſit non ideò ſubſtitutionem dici poſſe, ne quidem ſi verba ſola inſtitutionis conſideres (in quo lapſus eſt Cuiacius ad principium *l. Gallus*) proptereà quod fiat in eum nominatim caſum quo nepoti deferatur primo loco hæreditas, ipſo ſcil. filio præmortuo, aut aliter ſuitatis iure excluſo. Subſtitutio autem, è contrario in eum caſum fieri debeat, quo non niſi ſecundo loco deferatur hæreditas ſubſtituto. † Nec quòd duo hæ- 12
redum gradus eſſe dicantur in *d.l.cùm in teſtamento*, idcircò nepotem ſubſtitutum eſſe dicendum eſt. Duos ſiquidem gradus eſſe Iulianus ſcripſit non alia ratione quàm quia ſimul admitti non poſſint ad aui hæreditatẽ, licèt ambo ſint primo gradu inſtituti ſi gradus metiaris ex ſola hæreditatis delatione. Tantum enim abeſt, vt vtrique ſimul hæreditas teſtatoris deferri poſſit, vt nec alteri poſt alterum deferatur. Nam ſi filius patri ſuperſtes ſit ei ſoli defertur, non item nepoti qui eo caſu alienus poſthumus reperitur. Quòd ſi filius præmortuus eſt nepoti ſoli defertur, quia nec filio deferri vnquam potuit. In quo obſeruari poteſt, tantò minùs nepotem hunc ſubſtitutum dici poſſe, cùm in vulgari ſubſtitutione regulare ſit vt vtrique tam inſtituto quàm ſubſtituto ſucceſſiuè tamen hæreditas deferatur. Eaque potiſſimùm dubitandi ratio erat apud Iulianum in *dict. l. cùm in teſtamento*, nam ſubſtitutus nepoti eo mortuo poſtulabat admitti ſimul cum patre. Quaſi nepos vnà cum patre inſtitutus eſſet, quo nullo colore petere potuiſſet, nepote non inſtituto, ſed ſubſtituto. Idem apud Africanum tractari poteſt in *l.ſi mater.33.§.1.de vulg. & pupil.*
ſubſt. † Sed & ex contrario euenit eo caſu vt nepos & 13
pronepos Aquilianus ſimul admittantur, puta ſi nepos emancipatus ſit, & teſtator ſuperuixerit. Cùm enim non fiat irrita inſtitutio per emancipationem, & tamen pronepos qui poſt emancipationem naſcitur ſuus hæres ſit auo, fatendum eſt vtrumque hoc caſu in aui hæreditate concurrere, quod non ſimiliter euenire poſſet ſi pronepos ſubſtitutus eſſet. Nunquam enim ſubſtitutus cum inſtituto concurrit. De quo dicemus fuſiùs *infr. ad §.vlt. d.l.Gallus.* Nec eſt quod quis pro Bartoli ſententia proferat, quod Scæuola ſcribit in *§.quidam rectè.d.l.Gallus*, etiamſi teſtator nihil exprimat de morte filij, ſed nepotem ſimpliciter inſtituat nihilominùs valere nepotis inſtitutionem eo caſu qui ex verbis concipi poſſit. Alia enim longèque diuerſa illius loci ſententia eſt, de qua breuiter proximo capite diſſeremus.

CAPVT XII.

Ad §. quidam rectè. l. Gallus.

SVMMARIA.

1 *Poſthumum nepotem Aquilianum iure antiquo inſtitui potuiſſe, inſtitutionis autem formam ante Aquilium ignoratam fuiſſe.*
2 *Poſthumi Aquiliani inſtitutionem etiam ſimpliciter & caſu mortis filij non expreſſo factam, poſt introductam Galli Aquilij formulam valere.*
3 *Non qualibet verba inſtituendo poſthumo nepoti idonea eſſe, ſed ea tantùm quibus concipi poſſit caſus Aquiliana formula expreſſus.*
4 *Quibus circunſtantiis ille caſus contineatur?*
5 *Eum demum nepotem poſthumum inſtituendum qui poſt mortem aui teſtatoris ſuus natus erit.*
6 *Neceſſe non eſſe in Aquiliani nepotis inſtitutione filij mortem*

mortem exprimi.

7 *Exemplum inſtitutionis nepotis ſimpliciter concepta, ab Accurſio allatum improbatur.*

8 *Quid in formula Aquiliana operentur verba illa,* poſt mortem meam.

9 *Alterum exemplum ab Accurſio allatum à Scæuola ſententia alienum eſſe.*

10 *Eatenus admitti à Scæuola poſthumi nepotis inſtitutionem, quatenus ex verbis, poſthumum ſuum, non alienum, inſtitutum fuiſſe, concipi poſſit.*

11 *Cur non minùs poſt quàm ante repertam Aquilianam formulam inutilis ſit in poſthumo nepote vulgaris ſubſtitutio.*

12 *Bartoli & aliorum diſtinctio inter ſubſtitutionem quæ fit in hæreditate, & eam quæ fit in ſtatute.*

13 *Non amplius neceſſariam eſſe Aquilij formulam, poſtquam ex Iuſtiniani conſtitutione poſthumus alienus perinde ac ſuus inſtitui poteſt.*

14 *Nepotem naſciturum etiam non expreſſo caſu mortis filij, cum filio poſſe inſtitui, & vtrunque ſimul vocatum intelligi.*

15 *Aliquando tamen nepotis partem patri acquiri, aliquando verò ipſi nepoti.*

16 *Teſtatore præcipiente fundum in familia relinqui, non omnes qui ſunt in familia diuerſorum graduum, ſimul, ſed ſucceſſiuè ad eum fundum vocatos videri.*

17 *Inſtitutum heredem non ab alio quàm à ſeipſo hereditatem capere.*

18 *Caſus quo inſtitutus dicitur qui non niſi poſt alium admittitur.*

1 DOcuimus † in ſuperioribus poſthumum nepotem
Aquilianum quoniam verè ſuus eſt non alienus
iure ciuili & ante Gallum Aquilium inſtitui potuiſſe,
ideoque in §. *ſi eius hac leg.* ſic loqui Scæuolam, vt dicat
ex iure antiquo ſuccedere nepotem qui ex inſtitutione
concepta per Aquilianam formulam ſuccedit. Et ad ius
antiquum aptandos eſſe caſus illos, qui ad Galli formulam
pertinent. Neque enim ius nouum fecit Aquilius,
quia nec facere potuit. Sed tamen quia prorſus ignorabatur
qua ratione poſſet hic nepos inſtitui cùm teſtamenti
tempore eſſet alienus & inſtitutionem ſic concipi
oporteret, vt ab initio conſiſteret, perinde fuit neceſſaria
Galli formula atque ſi nepos inſtitui anteà non potuiſſet.
Quid enim intererat vtrum inſtitui nullo modo
poſſet, an poſſet quidem, ſed tamen quomodo neſciretur?
Eoque pertinet quod huius legis initio Scæuola
præfatur Gallum induxiſſe non vt nepos inſtitui poſſet,
ſed vt ſic inſtitui poſſet, *ſi filius meus me viuo morietur,*
tunc qui mihi poſt mortem meam ex eo in decem menſib. pro-
2 *ximis quibus filius meus morietur natus erit, hæres eſt.* † Poſteà
verò quàm ſubtilitate potiùs quàm auctoritate, quæ
tamen maxima & præcipua fuit, inuenta ratio eſt inſtituendi
nepotis, cœperunt Iureconſulti ſequentes inducere
vti valeret inſtitutio quæ ſimpliciter facta eſſet
etiam caſu mortis filij non expreſſo, dummodò caſus vtilis
ex verbis concipi poſſet, nec teſtator adeò Galli formulæ
obſtrictus videretur, vt eius verba præcisè ſequi
neceſſe haberet. Nam cùm iam ſciatur non ſolùm inſtitui
poſſe nepotem hunc poſthumum, ſed etiam qua ratione
& quibus verbis & in quem caſum poſſit inſtitui
credendus eſt teſtator qui ſimpliciter inſtituit, in eum
caſum inſtituiſſe quo potuit, non in eum quo non potuit.
Quod non ſimiliter dici poterat cum ignorabatur
quænam in eam rem formula ſufficiens & idonea videri
poſſet. Ita fit vt quæ olim & ante Gallum inepta fuiſſet,
eadem prorſus nullo addito vel detracto, aptiſſima
1 iudicetur, idque eſt quod Scæuola hoc loco monet, non
ita reprehendens Aquilium de ſuperfluitate, vt vulgo
aiunt (neque enim potuit Aquilius vel aliis pauciotibus
verbis formulam concipere) ſed potiùs Aquilij
factum laudans cuius ſubtilitate factum ſit tam certum
& exploratum inſtitui poſſe nepotem poſthumum,
vt vel ſimplex inſtitutio ſufficere hodie poſſit, cùm olim
nulla ſatis exacta & idonea ad hoc formula ſufficere crederetur
† In quo tamen cauendum eſt ne cum Accurſio, 3
Bartolo, & cæteris antiquioribus interpretibus decepti
exiſtimemus tam generaliter & indiſtinctè loqui Scæuolam,
vt quamlibet nepotis inſtitutionem ſufficere putauerit:
nam quod ille ſubiicit, *vt in eum caſum valeat qui*
ex verbis concipi poſſit, oſtendit ſatis non quælibet verba
inſtituendo poſthumo nepoti eſſe idonea, ſed ea demum
ex quibus commodè poſſit concipi caſus ille qui
Aquiliana formula pluribus & diſertis verbis expreſſus
eſt. † Ille autem caſus duobus potiſſimùm circunſtantiis 4
continetur, quarum prima & potiſſima illa eſt, vti ne
alienus poſthumus inſtitutus videatur. Altera ne is quoque
qui viuo teſtatore naſcetur. Conſtat enim Galli
temporibus & ante leg. Velleam. nullo iure inſtitui potuiſſe
poſthumum, qui viuo teſtatore naſceretur, §. *Ille caſus*
infr. hac leg. Sicut ne eum qui alienus poſthumus eſſet,
quamuis poſteà ad beneficium bonorum poſſeſſionis
ſecundùm tabulas admiſſus ſit à prætoribus iuris aſperitatem
temperantibus. † Itaque inſtitutionem ſic incipi
neceſſariò oportet, vt caſus mortis teſtatoris exprimatur 5
& is demùm nepos inſtituatur, qui poſt aui mortē
natus erit, & qui non patri ſuo, ſed auo natus erit, vt ſuus
duntaxat non etiam alienus poſthumus natus intelligatur.
Ob idque Scæuola ita ſcribens, *etiamſi non exprimat*
de morte filij, non addit, quod interpretes de ſuo ſupplent,
nec de morte aui, vt doceat illa tantum verba, *ſi*
filius meus me viuo morietur, non etiam quæ ſequuntur
in formula poſſe de nepotis inſtitutione detrahi. Et in
§. *quid ſi qui filium, verſ. melius ergo eſt infr. hac leg.* vbi docetur
quibus verbis, quàm breuiſſimè & generaliter inſtitui
nepos poſſit (ſiue eum verſiculum Scæuolæ eum
interpretibus, ſiue Triboniano mecum adſcribere velis)
illud tamen omnino requiritur, vt auus inſtituat nepotem
qui ſibi poſt mortem ſuus naſcetur, aut etiam generaliter,
quicquid ſibi liberorum natũ erit poſt mortem. † De- 6
nique verba illa, *poſt mortem*, quæ ipſius aui teſtatoris
non filij mortem demonſtrant ſemper adiici neceſſe eſt,
quamuis de filij morte exprimi nil neceſſe ſit, proptereà
quod caſus ille, *ſi filius meus me viuo morietur*, ſatis
concipi poſſit ex illis ſequentibus, *qui mihi poſt mortem*
naſcetur. Neque enim poteſt mihi ſuus naſci nepos, niſi
qui mortuo iam filio meo naſcetur: mortuo inquam, ante
me, alioqui patri ſuo nō mihi ſuus naſceretur. † Proin- 7
de non eſt accommodatum exemplum illud quod Accurſius
profert inſtitutionis ſic conceptæ *inſtituo filium*
& nepotem ex eo, vel ſic, *filium inſtituo & nepotem ſubſtituo,*
quandoquidem in his verbis nihil eſt ex quo poſſit concipi
eum demùm poſthumum inſtitutum, qui & poſt
aui mortem & ſuus hæres auo naſceretur. Perinde enim
deſignant perſonam nepotis, qui & viuo auo & viuo patre
naſcatur, & conſequenter qui nullo iure inſtitui potuit.
Nec facit pro Accurſio quod Scæuola ſimplicem
nepotis inſtitutionem valere dicat. Simplicem enim
eam intelligit, quæ non ſit generalis & indiſtincta ad
quemcunque poſthumum pertinens ſiue ſuum, ſiue alienum,
ſiue viuo, ſiue mortuo auo naſciturum, ſed quæ nec
ex tempore fiat, nec ex conditione ad differentiam illius
quæ fit per Aquilianam formulam adiectis iis verbis, *ſi*
filius meus me viuo morietur, tunc. Cæterum fieri non poteſt,
vt poſthumus vllus inſtituatur, quin conditio aliqua
tacita inſit, vel illa ſaltem, *ſi naſcetur. l. 1. §. vlt. de*
cond. & demonſtrat. † Ea autem verba, quæ adiicienda 8
dicimus, *poſt mortem meam*, non tam nouam conditionem
faciunt, quàm eius poſthumi qui inſtituitur, perſonam
& qualitatem demonſtrant, vt appareat non fuiſſe
cogitatum de inſtituendo eo, qui viuo teſtatore naſcatur.
† Aliud verò exemplum, quod affert idem Accurſ. 9
de nepote vulgariter ſubſtituto his verbis *ſi filius meus*
hæres

heres non erit nepos heres eſto, longè magis à Scæuolæ ſententia alienum eſt. Nam præter id, quod non poteſt videri ſimplex inſtitutio, quæ expreſſam illam conditionem habet, *ſi filius heres non erit*, illud etiam cõſtat, quod ſuperiore capite monuimus, vulgarē ſubſtitutionem fieri in caſum delatæ alteri hereditatis, ita, vt præmortuo inſtituto priuſquam deferri potuerit hereditas, hoc eſt viuo teſtatore, non ſuccedat ſubſtitutus iure ſubſtituti, ſed quaſi inſtitutus reuocata ſcilicet ſubſtitutione, ad intellectum inſtitutionis *l. cum ex filio. 39. §. vlt. de vulg. & pupill. ſubſtit.* vnde fit, vt nepos vulgariter ſubſtitutus in eum caſum ſubſtitutus intelligatur, quo erit alienus,
10 ac proinde inutiliter. † Eatenus námque admittit Scæuola nepotis inſtitutionem valere quatenus poſſit ex verbis concipi poſthumum ſuum Inſtitutum fuiſſe. Non igitur ex contrario quatenus ex verbis appareat, non ſolùm alienum poſthumum inſtitutum, ſed etiam in eum nominatim caſum quo alienus maneret. Non moueor contra Accurſium ratione illa quam plerique adferunt, quòd ſi poſthumus nepos inſtitui poſſet per ſubſtitutionem vulgarem fruſtrà Gallus formulã conſcripſiſſet. Iam enim fruſtrà dixi poſſe hodie pleraſque inſtituendi nepotis formulas admitti quæ ante Gallum
11 non poterant: † ſed illud contendo. Etiam poſt repertam à Gallo viam qua poſthumus hic nepos rectè inſtitueretur fuiſſe tamen æquè ineptam ac anteà vulgarē ſubſtitutionem, propterea quòd fiat nominatim, ſiue verba, ſiue naturam ſubſtitutionis conſideres, in caſum delatæ filio hereditatis, & conſequenter in eum caſum quo
12 nepos eſſet, & maneret alienus. † Et ſomnium eſt Bartoli, Caſtr. & aliorum quòd aiunt, duplicem eſſe vulgarem ſubſtitutionem. Vnam quæ fiat in ſuitate, aliam quæ in hereditate. Nam quæ fit in ſuitate ea non à teſtatore fit, ſed à lege quæ vult vt prædefuncto filio qui ſuus heres patri erat ſuccedens nepos in eius locũ fiat ſuus, & quidem etiam inuito auo, adeóque viuente, quo tempore teſtamentum ipſius vires nullas habet. Sed neque video qua ratione verba illa, *ſi filius heres non erit*, eam interpretationem recipere poſſint, *ſi filius ſuus heres eſſe deſierit*, non ſolùm quòd non alius poſſit qui ſuus heres eſſe definere quàm ſi priùs talis fuerit (vt proinde tam ridiculum faciat teſtatorem hæc interpretatio quàm ſi ſcripſiſſet, *ſi filius heres erit & non erit*,) ſed etiam quia ſi ponas filium emancipatum fuiſſe poſt teſtamentum, atque ita deſiiſſe ſuum eſſe heredem: non eò magis tamen videbitur extitiſſe conditio illius ſubſtitutionis, *ſi filius heres non erit*, ſi nihilominus filius heres erit, tametſi ſuus eſſe deſierit, *§. vltim. infr. hac leg.* Si ſe quare noſtrorum ſententiam vulgò exiſtimatium filij inſtituti emancipatione non rumpi teſtamentum, quam tamen
13 nos infrà refellemus. † Sane non inficior hodie nullum ampliùs his ſubtilitatibus locum eſſe poſtquàm iure ciuili, hoc eſt ex Iuſtiniani Conſtitutione inductum eſt, vt alienus quoque poſthumus perinde ac ſuus poſſit inſtitui. Itaque non tantùm vulgaris ſubſtitutionis formula, ſed & alia quælibet ſufficere poterit ad vtilem nepotis inſtitutionem. Nec tamen quæuis ſufficiet, vt nepos ſucceſſiuè & ex ordine poſt patrem inſtitutus vi-
14 deatur. † Nam quemadmodum ſi filium & nepotem ex eo iam natum auus heredes inſtituiſſet temporibus Aquilij & Scæuolæ ambo ſimul ad hereditatem admiſſi fuiſſent vt rectè Curtius hic contra Accurſium diſputauit, quia nepotis ſuperſtitis inſtitutio omnimodo valebat. Sicut &, ſi filius cum nepote inſtitutus fuiſſet, quod nec Bartolus ipſe quantumuis Accurſius negat, ita & eo poſito, poſſe hodie nepotem naſciturum æquè ac iam natũ heredem inſtitui: dico vtroque Inſtituto his verbis, *filium & ex eo nepotem inſtituo*, ſiue addas cætera quæ ſequuntur in formula Galli: *qui poſt mortem meam naſcetur*, ſiue prætermittas, vtrumque ſimul vocatum [int]elligi, neque aut charitatis ordinem aut neceſſitatis [ratio]nem facere quominus cum filio concurrat nepos,

a / ins. / ratio.

quandoquidē extraneus quoque coheres datus concurreret. † Planè ſi auo moriente nepos recidat in poteſta- 15
tem patris, fateor futurũ vt tota hereditas aui acquiratur patri, pars quidam vna ex propria eius perſona, pars alia ex perſona filij, ſicut & ſi iam natus ſimul cum patre inſtitutus eſſet ſiue ab auo, ſiue ab extraneo, vt generaliter ſcriptum eſt in *l. ſi ego. 26. & l. ſi ex ſua. 36. de acquir. hered.* Sed poteſt inſtitutio nepotis habere vtilitatem ſi fortè poſt teſtamentum emancipetur, eum nepotis emancipatio non faciat irritam inſtitutionem, *d. §. vlt. 1. hac leg.* aut ſi iam teſtamenti tempore nepos ex filio inſtituto, idémque inſtitutus erat emancipatus vt in *l. Lucius. 88. alias l. codicillis §. inſtituto de legat. 2.* †
Neque ſimile eſt quod in contrariũ Accurſius obiicit, 16
Si teſtator fundũ in familia relinqui præceperit omnes quidē vocatos videri qui ſunt in familia, ſed ita tamen vt ſi non ſint eiuſdem gradus proximus quiſque primo loco inuitatus cenſeatur, & poſt eum cæteri *l. omnia. 32. alias l. cum ita §. in fideicommiſſo l peto. 69. §. fratre l. cum pater 77. § pen. de legat 2. l. vlt. C. de verb. ſign.* Alia enim fideicommiſſi ratio eſt, alia inſtitutionis. Voluntas enim teſtatoris fundum in familia per fideicõmiſſum relinqui præcipientis non aliter ſeruari poteſt quàm ſi fundus in familia maneat, quãdiu vel vnus de famil[ia] ſupererit, ideoque & qui nondum nati ſunt, ſi poſtea in familia naſcantur ad fideicommiſſum veniunt, & conſequenter ſucceſſiuè, quia nec ſimul venire poſſunt & cum natis concurrere qui nondum ſunt in rerum natura, neque animo comprehendi poteſt vt fideicommiſſum aliquod ſit perpetuum quin ſit graduale, & temporis ſimul ac perſonarum ſucceſſione perpetuandum, quod & ipſa fideicommiſſi natura facilè admittit, quia per plurium perſonas ambulare poteſt cùm per heredis & alterius cuiuſcunque poſſeſſoris, ad quem bona ex teſtamento aut ab inteſtato peruenerint, manus præſtandum ſit. † At inſtitutio ſcriptum heredem immediatè 17
coniungit teſtatori, nec patitur vt ab alio quam à ſeipſo hereditatem inſtitutus capiat, alioqui non inſtitutus ſed ſubſtitutus dicendus eſſet qui poſt alium ad hereditatem vocaretur, nec ſubſtitutus ſed fideicommiſſarius, ſi per manus heredis aut quod idem eſt poſt acquiſitam & aditam ab herede hereditatem aditus illi eſſet ad ſucceſſionem *l. tutores. 39 § heres. D. de admin. tut.* Poſt aditam enim hereditatem vulgares ſubſtitutiones expirant *vulg. l. poſt aditam, C. de impub. & aliis ſubſti* † Vnúſ- 18
que tantùm caſus eſt quo inſtitutus dicitur qui nõ niſi poſt alium admittitur: nempe cùm ex præſcripto Aquilianæ formulæ auus filium & nepotem inſtituit. Sed hoc ideò vt ſuperiore capite diximus, quia ſic vocatur nepos poſt filium vt tamen ei primo loco non etiam poſt filium hereditas deferatur. Inſtituto ſcilicet in eum caſum quo filio nunquam poſſit deferri hereditas, hoc eſt quo filius viuo auo moriatur. Tantúmque abeſt vt ea ratione nepos cũ filio non concurrat quòd ex neceſſitate, vt Bartolus loquitur, inſtitutus ſit, vt ex contrario ea ſola ratio concurſum impediat, quòd nec cum filio nec viuo eo inſtitui potuerit, vtpote quem filius præcedens alienum poſthumum efficiat, ac proinde tale qui inſtitui nequeat. Quod ſi teſtator ita ſcripſerit *Filiũ inſtituo, Nepotem ſubſtituo*, nepos quidem poſt filium admittetur, ſed tanquam ſubſtitutus ſi filius ſuperuixerit, aut tanquam inſtitutus ſi filius prædeceſſerit, quia verbum ipſum *ſubſtituo*, deſignat ſecundam inſtitutionē, cùm ſubſtitutio quælibet ſit ſecunda inſtitutio, ideoque licèt poſſit euadere in primam, nunquam tamen cum prima cuius reſpectu ſecunda dicitur, poteſt concurrere, id eſt ſubſtitutus cum inſtituto cui ſubſtitutus eſt, licèt poſſit cùm inſtituti coheredibus *d. l. cum ex filio. §. vlt. de vulg. & pup.* Sunt qui pro tuenda Accurſij & Bartoli ſententia quam refutauimus, obiiciunt nepotis iam nati inſtitutionem eſſe ex lege Vellea quæ tamen non aliter inſtitui nepotem voluerit quàm

ſi

ſi is in locum ſui ſuccederet §.*nunc de lege infr.* Sed hoc quoque nos in eius loci interpretatione refellemus.

Capvt XIII.

Ad §. idem credendum eiuſd. leg.

SVMMARIA.

1 *Aquilianam formula ad pronepotis inſtitutionem primo gradu vacuo vſurpari poſſe & debere.*
2 *In poſthumo pronepote ex Aquilij formula inſtituendo, opus non eſſe vt nepotis inſtitutio præcedat.*
3 *Differentia inter filium & nepotem ac filiam quoad inſtitutionis neceſſitatem.*
4 *Ius accreſcendi, quod nepotibus & filiabus præteritis olim competebat, minus propriè teſtamenti euerſionem dici.*
5 *Quibus rationibus motus autor aliquando exiſtimauerit, poſthumum nepotem ex filio ſuperſtite, aut inſtitui aut exheredari debere?*
6 *Emendatur*, §.ſi quis filio. l. 3. ff. de bonor. poſſeſſ. contr.tab.
7 *Rationes afferuntur, cur nepos ex filio ſuperſtite ad aui bona nec vocetur, nec vocandus ſit.*
8 *Ius adcreſcendi quod nepotibus præteritis olim competebat, iis tantum nepotibus competiiſſe, qui iam teſtamenti tempore in locum parentum ſucceſſiſſent.*
9 *Non ideo iniuſtum fieri teſtamentum, quod nepos præteritus in filij præmortui locum ſuccedat.*
10 *Interpolatum eſſe à Triboniano principium* l. 3. ff. de iniuſt.rupt.teſt.
11 *Differentia inter nepotem qui iam teſtamenti conditi tempore, & eum qui poſt teſtamentum in filij locum ſucceſſit.*
12 *Nepotem etiam ab auo inſtitutum ante lege Velleam ſuccedendo rupiſſe teſtamentum, quaſi præteritus fuiſſet.*
13 *Secundus caſus, quo pronepos ex Galli Aquilij formula inſtitui poteſt.*
14 *An tertio caſu, quo teſtator ex filio viuo nepotem ſuperſtitem habens, ex pronuru grauida pronepotem ſperat, nepos inſtitui vel ſaltem in conditione poni debeat.*
15 *An valeat pronepotis inſtitutio ſi nulla mortis nepotis mentio facta ſit?*
16 *An, ſi filio inſtituto & nepote præterito pronepos inſtitutus ſit, nepotem præmori neceſſe ſit vt inſtitutio valeat?*
17 *Quo referenda ſit Scæuolæ ratio his verbis concepta, ne* ſucceſſione teſtamentum rumpatur?

1 QVæ † à Gallo excogitata eſt formula vt nepos ex filio tempore teſtamenti ſuperſtite vtiliter inſtitueretur, eadem ſicuti neceſſaria eſt ad pronepotis inſtitutionem, ſi filium & nepotem viuo teſtatore mori contingat, ne alioqui pronepos cùm naſcetur ſuus heres primo gradu vacuo rumpat teſtamentum: ita & commodè vſurpari poteſt, & quidem tribus caſibus. Primus eſt ſi teſtator ex nepote ſuperſtite pronepotem ſperet filio iam mortuo, ſic enim concipere inſtitutionem poterit, *Si nepos me viuo morietur tunc qui mihi ex eo pronepos poſt mortem meam in decem menſibus proximis quibus nepos moreretur natus erit, heres eſto.*
2 Non pono præcedere nepotis inſtitutionem, quia non ſicuti cùm ex filio nepos inſtituitur filium ipſum inſtitui neceſſe eſt §. *in omnibus inf. hac l.* Ita cùm iam præmortuo filio nepos primum locum tenere cœpit requiritur ad confirmandam pronepotis inſtitutionem vt ipſe quoque nepos inſtituatur.
3 † Hæc ſiquidem differentia olim fuit inter filium & nepotem, quòd filiusfamilias omnimodo inſtituendus erat aut nominatim exheredandus, alioqui iniuſtum & nullius momenti erat teſtamentum: nepos verò ſicut & filia impunè præteriri poterat, niſi quod præteriti habebant ius adcreſcendi, hoc eſt accreſcebant ſcriptis heredibus, ſuis quidem in partem virilem, extraneis verò in dimidiam vt Vlpia. ſcribit in fragmentis *tit. 22. qui hered. inſti poſſ.* & Iuſtinianus tam in Inſtit. *tit. de exhered. liber.* §. 2. *quam in l. maximum vitium. 4. C. de liber. præter.* † Vbi quod ait ius hoc accreſcendi euerſionem 4
quandam fuiſſe teſtamenti, minùs propriè dictum accipi debet. Cùm Caius in Inſtit. *tit. de exhered. liber.* §. 1. disertè ſcribat filiam præteritam non rumpere teſtamentum, ſed inter fratres ſuos legitimo ſtante teſtamento, ſuam ſicut alios fratres conſequi portionem. Si verò extranei heredes ſcripti ſint filiam ſtante etiam teſtamento hereditatis medietatem acquirere. Ideoque & legatis pro parte ſua onerabatur, vt Iuſtinianus refert in *d. l. maximum*, quia teſtamentum non rumpebat. Idémque ius erat nepotis quod filiæ, tametſi præmortuo filio verum eſſet nepotem non ſolum ius ſui heredis habere, ſed etiã in filij locum ſucceſſiſſe, nec tantum præmortuo filio, ſed etiam capite minuto *l. ſi qua pœna. 7. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* † Quam ob cauſam putabam aliquando 5
cum Accurſio ad *d. l. ſi qua pœna*, nepotem hunc qui in filij locum ſucceſſerit perinde ac filium inſtitui debere aut exheredari, ne alioqui videatur dici non poſſe in locum filij ſucceſſiſſe, ſi non eodem prorſus quo filius iure cenſeatur. Mouebat me, illud quoque quod videbam Prætorem his nepotibus dare bonorum poſſeſſionem contra tabulas & quidem pro ea parte quam ab inteſtato habituri fuiſſent ex capite. Vnde liberi, nec ſolum iis qui in aui poteſtate manſiſſent, ſed & emancipatis aut ex emancipato ſuſceptis, qui ſi emancipatio nulla interueniſſet ſui heredes futuri erant non alia ratione quàm quòd in ſuorum locum ſucceſſiſſent *l. 1. §. filium. l. 3. §. ſi quis filio. D. de contr. tabul. l. 1. §. ſi pater in poteſtate. 6. cum* 6
§. ſeq. in fin. de coniung. cum emancip. liber. eius † (ex quo *§. ſi pater.* obſerua in *d. § ſi quis filio*, legendum eſſe: *quia in eius eſt familia, qui & ipſe*, & non vt vulgò legitur, *quia & ipſe*) Denique non poteram intelligere, quo iure nepotes iſti ſuccedendo poſt teſtamentum in locum ſuorum heredum viuo teſtatore teſtamentum rumperent, vt hic ſcriptum eſt, & apertiùs in §. *ſequenti parte infr. hac leg. & in l. poſthumorum. 13. infr. tit. prox.* ita ius erat vt qui iam ante teſtamentum in locum ſuorum heredum ſucceſſerant, præteriri impune poſſent. Cur enim permittatur iis rũpere niſi quia præteriti ſint cùm inſtitui deberent vel exheredari? Aut cur potentius eſſe dicamus ius nepotis qui poſt teſtamentum viuo auo in locũ ſui heredis ſuccedit, quàm illius qui iam antea teſtamentũ in patris ſui locum ſucceſſerat? An non magis imputari poteſt auo cur non inſtituerit aut exheredauerit nepotem ex præmortuo filio iam tum ſui heredis iura habentem, quam cur præterierit eum, cuius nulla tum ratio habenda erat, vtpote qui licet in poteſtate eſſet ideoque ſui heredis nomen haberet, iura tamen ſui heredis habere non poterat quæ in ſolius filij perſona conſiſtebant vt Caius tractat in *d. l. poſthumorum?* Quis porrò dixerit facilius euertendum teſtamentum aui cui minus quam cui magis imputari poſſit? Atque ita, vt dixi, aliquando ratiocinabar. † Sed me nunc in contrariam ſententiam illud vocat, quòd video paſſim ſcriptum nepotem ex filio ſuperſtite, ſiue inſtituto, ſiue exheredato, ſiue in poteſtate manentem, ſiue emancipatum, ad aui bona nullo iure vocari nec vocandum eſſe *l. illud notandum. 4 §. 1. D de bonor poſſ. contr. tabul. d. l. 1. § ſi pater in poteſtate, de coniung. cum emancip. liber. eius.* Et verò inſtituto filio in poteſtate, quomodo potuiſſet nepos patri ſuo accreſcere, cui omnia ipſum acquirere oportebat? *l. placet. 79. de acquir. hered. l. 1. in princip. D. ſi à parent. quis manum.* Exheredato autem filio quid commodi nepos habere poterat ex iure illo accreſcendi, cùm exheredatio facere non potuiſſet quominus aui hereditas filio exheredato per nepotem acquireretur, adeò vt nepos ab auo in- 7

ſtitutus patrem exheredatum ſtructurus eſſet etiam adi-
tione heredem neceſſarium, *l. qui aliena. 6. § interdum. D.*
8 *de acquir. hered.* † Illud igitur vnum ſupereſt, vt ius illud
accreſcendi, de quo Vlp. Caius & Iuſtin. tractant iis tan-
tum nepotibus competierit qui iam teſtamenti tempore
in parentum locum ſucceſſiſſent, ſiue parentes eſſent
præmortui, ſiue præmortuorum loco habendi fortè de-
portati aut ab hoſtibus capti. Qua in ſententia illud
quoque me confirmat quod nullo iuris loco legere me-
mini præteritione nepotis iniuſtum & nullius momen-
ti eſſe teſtamentum, ſed præteritione duntaxat filij in
poteſtate conſtituti vt in *l. ſi filius. 7. l. inter cætera. 30. &*
paſſ. hoc tit. Primuſque Iuſtinianus fuit qui in *d. l.* maxi-
mum vitium induxit vt ad exemplum filij tam filia quàm
nepos inſtitui debeat aut nominatim exheredari, adeò
vt neque iure Prætorio haberent bonorum poſſeſſio-
nem contra tabulas niſi in quantum ius accreſcendi iis
competebat, præſertim poſt Antonini conſtitutionem
9 quam ibidem Iuſtinianus refert. † Nec quod præmortuo
filio nepos in ipſius locum ſuccedat facere poteſt, vt pe-
rinde teſtamentum iniuſtum faciat ſi prætereatur. Nam
& in eo diuerſa eſt huius nepotis & filij ratio, quòd
cùm filius non niſi ſub conditione poteſtatiua inſtitui
poſſit, nepos tamen ſub omni conditione inſtitui poſſit,
nepos tamen ſub omni conditione inſtitui poteſt, etiam-
ſi redigatur ad filij conditionem *l. ſuus quoque. 4. l. ſed ſi*
condition. 6. § nepotes. D. de hered. inſtit. vbi nominatim
tractat Vlpian. de nepotibus, & deinceps cæteris qui ex
lege Vellea inſtituti non rumpunt teſtamentum: vt ap-
pareat nepoti qui in locum filij præmortui ſuccedit ha-
ctenus tantùm faueri vt ſi poſt teſtamentum ſuccedat &
præteritum ſe reperiat, rumpat, non etiam vt in cæteris
filij loco haberi debeat quod ad ſolemnitatem inſtitu-
10 tionis aut exheredationis † (vnde & viro doctiſſimo Ia-
cobo Cuiacio libentiſſimè aſſentior, exiſtimanti quod
in *l. 3. de iniuſt. rupt.* ſcriptum eſt *poſthumos per virilem*
ſexum deſcendentes ad ſimilitudinem filiorum nominatim
exheredandos eſſe, à Triboniano ſic immutatum fuiſſe
cùm Vlpianus ſcripſiſſet *poſthumi virilis ſexus*, ad exclu-
ſionem filiarum & nepotum ex filiis, quos conſtat Vl-
piani temporibus potuiſſe inter cæteros quoque exhe-
redari, dummodò cùm adiectione legati vt idem Vlp.
teſtis eſt in fragm. *tit. 22. § 12. & 22.* Et ſanè tota illa lex
de filio poſthumo eſt non de nepote.) † Cuius diuerſita-
11 tis ratio, vt ſuperioribus obiectionibus ſatisfaciamus,
quamquam ſanè perobſcura, illa tamen, iudicio meo,
non inelegans afferri poteſt, quòd nepos qui iam teſta-
menti tempore in locum filij ſucceſſit, cùm præteritus
fuit ab auo, non alia ratione præteritus videri poteſt,
quàm quia ſic auus voluit, iure ſuo vſus, quippe qui ne-
potem inſtituere aut exheredare non cogebatur. Cùm
verò poſt teſtamentum ſuccedit nepos in locum filij non
ſolùm inſtituendi vel exheredandi, ſed etiam inſtituti
vel exheredati, alia coniectura voluntatis aui capi poteſt
adeoque capienda eſt, vt præteritus videatur ab auo ne-
pos per obliuionem exemplo poſthumi, nam & loco
poſthumi eſſe dicitur *l. poſthumorum. 13. de iniuſt. rupt.*
Aut quòd ei ſi patris ſiue inſtituti ſiue exheredati perſo-
na obſtaret, cui perinde acquiſiturus erat nepos iure
poteſtatis potiùs quam quod præteritum illum & à ſua
hereditate excluſum auus voluerit. Sic enim de paren-
tum erga liberos voluntate benignè ſemper quantum
fieri poteſt ſuſpicandum eſt. Et ideò ſicut in filij locum
ſucceſſit, ita filij iure cenſeri illum æquum eſt, cùm aui
12 voluntas non refragatur. † Atqui, inquies, Etiam cùm
inſtitutus erat ab auo, nihilominùs ante legem Velleã
rumpebat ſuccedendo, & quidem tanquam præteritus:
& tamen præteritus per obliuionem, aut propter ob-
ſtantem patris perſonam videri non poterat qui ipſe erat
inſtitutus. Cedo, ſed hoc ipſo magis rumpebat, quòd
pro præterito haberetur quem auus non præteritum
ſed inſtitutum voluerat, quod cuiuſmodi & quam ſen-
tentiam aut rationem habeat quoniã obſcuriſſimum eſt
explicabimus ad *§. ſequenti parte infra.* † Secundus caſus 13
quo de pronepotis inſtitutione tractari poteſt, ille eſt, ſi
iam teſtamenti tempore defunctus fuerit nepos, ſuperſit
autem filius pro nuru grauida. Hoc verò caſu præcedere
filij inſtitutionem neceſſe eſt, vt deinde pronepos vtili-
ter his verbis inſtituatur, *ſi filius meus me viuo morietur,*
tunc qui mihi pronepos naſcetur, &c. heres eſto. Neque vllã
hic caſus recepit dubitationem. † Tertius eſt ſi habens 14
ex viuo filio nepotem ſuperſtitem ex pronuru grauida
pronepotem ſperet, atque ita ſcribit, *Si vterque viuo me*
moriatur tunc qui mihi poſt mortem meam naſcetur pro-
nepos, heres eſto. In qua ſpecie ſicut & in ſuperiore filij
quidem inſtitutionem præcedere oportet. Sed de nepo-
te dubitatio eſt non ſolùm an inſtitui debeat, ſed etiam
vtrum in conditione ſaltem ponendus ſit: quibuſdam id
negantibus propterea quod cùm pronepotis inſtitutio
non aliter teneat quàm ſi nepos hic præmoriatur, nec
inſtitui nepotem neceſſe ſit quandiu in filij locum & pri-
mum gradum non ſucceſſit, fruſtrà eius mentio fieri vi-
deatur. Ego verò & ſi fateor inſtitutionem nepotis non
eſſe neceſſariam & ad validitatem teſtamenti, præmor-
tuo poſteà nepote, ſufficere vt filius inſtituatur ac poſt
eum qui ex nepote pronepos ſuus heres auo defuncto
natus erit *§. in omnibus infr. hac leg.* nepotis tamen faciē-
dam mētionem exiſtimo hactenus vt in conditione po-
natur, idque neceſſarium eſſe ſiue inſtitutus ſit, ſiue præ-
teritus. Nam & Scæuola hoc ipſum ſatis exprimit cùm
ait ſic conditionem concipi debere, *vtriſque mortuis viuo*
ſe, & ratio quam nemo tradit, illa eſt, quia ſi mors nepo-
tis in conditione non ponatur & qui ex eo naſcetur pro-
nepos inſtituatur, in eum ſanè caſum quo alienus poſt-
humus erit inſtitutus videbitur qui ex contrario inſtitui
debuit in eum caſum & ex eo tempore quo eſſet ſuus.
Neque enim fieri poteſt vt præmortuo etiam filio pro-
nepos ſuus heres auo naſcatur, quin nepos quoque præ-
defunctus ſit. † Planè quemadmodum in §. præcedenti 15
Scæuola ſcripſit non malè à quibuſdam admiſſum eſſe,
vt etiamſi nihil expreſſum ſit de morte filij valeat tamē
inſtitutio nepotis ſimpliciter concepta. Ita & recipien-
dum eſt valere poſſe inſtitutionem pronepotis licèt nul-
la de morte filij & nepotis mentio facta ſit, ſed cum illa
tamen adiectione quæ ponitur in dict. *§. quidam rectè*, &
quam nos ſuprà explicauimus, *vt in eum caſum valeat*
qui ex verbis concipi poſſit. Neceſſe enim eſt ſic concipi
inſtitutionem ſiue nepotis ſiue pronepotis, vt ex
verbis conſtare poſſit in eum demùm caſum factam
inſtitutionem quo nepos aut pronepos ſuus heres
ſit cùm naſcetur, ne vllo caſu alienus poſthumus
contra iuris regulam inſtitutus videatur, ſed ea in-
terpretatio ab huius §. ſententia aliena eſt, quia non ve
in *d. § quidam*, rectè tractat hic Scæuola quibus verbis 3
poſſit hodie concipi inſtitutio pronepotis, ſed quibus
concipi eam poſſe Gallus exiſtimauerit quem vtique
credendum eſt idem de pronepote quod de nepote
ſenſiſſe. Atqui nepotis inſtitutionem ſic concipien-
dam credidit, vt mors filij in conditione poneretur,
his verbis, *ſi filius meus me viuo morietur.* Idem ergo
& de pronepotis inſtitutione exiſtimaſſe eum creden-
dum eſt vt inſtituatur ex hac conditione, *ſi nepos meus*
me viuo morietur, niſi iam teſtamenti tempore mor-
tuus nepos proponatur. † At illud adhuc difficilius 16
eſt quod idem Scæuola ſubiungit, Inſtituto filio &
præterito nepote tum inſtituto quoque pronepote
ex præſcripto Aquilianæ formulæ eo quem diximus
modo, ita demum vtilem fore pronepotis inſti-
tutionem ſi prius nepos deinde filius decedat,
no, inquit, *ſucceſſione teſtamentum rumpatur.* Sunt
enim qui putent ideò neceſſe omnino eſſe præmori
nepotem quod Galli temporibus nullomodo inſtitui
poſſet, ne quidem in eum caſum quo mortuo filio in eius
locum ſuccederet, nondum ſcilicet lata lege Vellea ex
qua

qua nepotis huius inſtitutionem deſcēdere arbitrantur, in quo tamen errant euidentiſſimè. Non enim ſic Scæuola ſcribit vt dicat omnino & omni caſu neceſſe eſſe vt nepos premoriatur, ſed in illo tantùm caſu quem tractat, hoc eſt cùm nepos præteritus eſt quem conſtat impunè præteriri poſſe ſiue viuo, ſiue iam mortuo patre tempore teſtamenti dummodò non in filij locum poſteà ſuccedat, vt iam docuimus. Cæterùm ſi nepotem inſtituere auus velit nihil prohibet, eo etiam iure inſpecto quod Galli temporibus obtinebat. Nam hactenus duntaxat diuerſa fuit hac parte filij & nepotis ratio quòd filij inſtitutionem ſemper exigemus vt valeat pronepotis inſtitutio: nepotis verò non item, quia poteſt præteriri vt idem Scæuola tradit in dict. §. *in omnibus*, vbi quod ait, *quorum ſi liberi heredes inſtituantur inſtitutionem nunquam exigemus quia poſſunt præteriri*, eſſet ridiculum, ſi nec à volente teſtatore inſtitui poſſent. Nec verò dubitandū eſt etiam ante legem Velleam & omni iure inſtitui potuiſſe nepotem iſtum iam teſtamenti tempore natum, vt dicemus ad. §. *nunc de lege infr.* Illud ſanè nō inficior ante legem Velleam ita ius fuiſſe vt nepos quantumuis poſt filium inſtitutus in filij locum poſteà ſuccedendo teſtamentum rumperet, in eamque rem neceſſarium fuiſſe ſecundum caput legis Velleæ ſed id ad rem non pertinet
71 † cum quod ait Scæuola, *ne ſucceſſione teſtamentum rumpatur*, non ad ius antiquum quod Galli temporibus obtinebat referendum ſit, ſed ad id quod Scæuola viuente & ſcribente iam inductum erat, ac proinde iam lata lege Vellea cuius in ſequentibus ferè omnibus quæſtionibus meminit, vt doceat non quid antiqui iuris ratio poſtularet, ſed quonam hodie iure vtamur. Verùm hic alia rurſum incurrit hæſitatio. Nam & eo caſu quo nepos præteritus ſit patríque ſuo eidémque filio teſtatoris ſuperuixerit videtur à prætore conſeruari teſtamentum, quod per nepotis in locum filij ſucceſſionem iure ciuili ruptum fuerat, nempe fauore inſtituti pronepotis qui vtique rem habiturus eſſet ab inteſtato ex *l. poſthumus. 12. inf. tit. prox.* iis verbis, *Idem & circa iniuſtum & irritum teſtamentum erit dicendum ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei qui rem ab inteſtato auferre poſſit*. Atque ita plerique ſentiunt, quorum ſententia nobis refellenda eſt: ſed priuſquàm eo deueniamus dicendum eſt breuiter de ſententia *l. filio præterito. 17. de iniuſt. rupt* ſine qua tractatus hic benè intelligi non poteſt.

Capvt XIIII.

Noua interpretatio l. filio præterito. 17. C. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.

SVMMARIA.

1 *Receptiſſima Interpretum in huius legis interpretatione ſententia.*
2 *Teſtamentum ab initio iniuſtum ob filij iam nati præteritionem ex æquitate ciuili non conualeſcere quamuis filius præteritus iudicia patris adprobet.*
3 *Iuris rigorem hac parte cum æquitate non pugnare.*
4 *An ideò magis ex æquitate conualeſcere debeat teſtamentum, quòd filius præteritus viuo adhuc patre deceſſerit?*
5 *An & præterito poſthumo, eodemque ante patrem vitâ functo teſtamentum poſthumi agnatione ruptum, conualeſcat?*
6 *Fauorabilius eſſe teſtamentum quod viuo adhuc teſtatore impugnari poſſe deſiuit, quam quod moriente eo tale eſt vt à filio impugnari aut adprobari poſſit.*
7 *An in dicta legis ſpecie teſtamentum filij præteritione iniuſtum eo etiam caſu conualeſcat, quo filius præteritus iudicia patris tacitè adprobauit?*
8 *Filium præteritum non poſſe eo caſu fauori ſuo renunciare, & ſua adprobatione patris teſtamentum confirmare.*
9 *Solemnitatibus iuris filium renuntiare non poſſe.*
10 *An ſupradictum teſtamentum iure Prætorio conualeſcat filio præterito patris iudicia adprobante.*
11 *Aequitatem Prætoriam, à iure Prætorio non differre.*
12 *Differentia inter æquitatem Prætoriam & ciuilem.*
13 *An teſtamentum ob filij præteritionem iniuſtum, iure Prætorio ideò conualeſcat, quod Prætor & ſecundùm, & contra eas tabulas ſeptem teſtium ſignis ſignatas bonorum poſſeſſionem det?*
14 *Bonorum poſſeſſio ſine re quomodo definienda?*
15 *Bonorum poſſeſſionem contra tabulas à Prætore interdum ideò dari, vt appareat eas pro bonis à Prætore non haberi.*
16 *An ideò quod filio præterito contra tabulas bonorum poſſeſſio detur, tabulas præcedere & ſubſiſtere neceſſe ſit?*
17 *Bonorum poſſeſſionem quam Prætor dat heredi ſcripto ſecundum tabulas in quibus filius præteritus eſt, ſine re & inutilem eſſe.*
18 *Cur filio emancipato præterito teſtamentum & Ciuilè & Prætorio iure valeat, nec tamen heres ſcriptus bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re accipere poſſit?*
19 *An filius emancipatus præteritus, à beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas excluſus, admittatur ab inteſtato vnde liberi.*
20 *Alijs rationibus probatur teſtamentum filij præteritione nullum per abſtentionem filij nec Ciuili nec Prætorio iure conualeſcere.*
21 *An in dicta legis ſpecie tacita abſtentio filij ſufficiat?*
22 *A qua ſucceſſione filiusfam. in* d. l. *abſtinere poſſit?*
23 *Quid in* d. l. filio *ſignificent verba illa*, attamen voluntas teſtatoris ex bono & æquo tuebitur.
24 *Authenticam* ex cauſa. C. de lib. præter. *de materna, non de paterna præteritione accipiendam eſſe.*
25 *Abſurdum non eſſe ab inteſtato conſeruari legata & cætera quæ teſtamento ob filij præteritionem iniuſto relicta ſunt.*
26 *Quænam æquitatis ratio ſuccedat in* d. l. *vt ex teſtamento quod filius præteritus adprobauit, legata & libertates præſtentur?*
27 *Bonorum poſſeſſionem contra tabulas ad teſtati cauſam pertinere, & bonorum poſſeſſioni ſecundùm tabulas contrariam eſſe.*
28 *Differentia inter ſuum heredem & emancipatum præteritos, quod ad legatorum præſtationem.*
29 *Differentia inter ſuum heredem inſtitutum, cuius frater emancipatus præteritus, & eum cuius frater præteritus in poteſtate fuit.*
30 *Quibus caſibus in* d. l. filio. *legata à fratribus inſtitutis præſtanda ſint.*
31 *An quod de fratribus inſtitutis Papinianus in* d. l. filio. *loquitur ad extraneos quoque heredes pertineat?*
32 *An Papiniani ſententia in* d. l. *pertineat ad agnatos proximos, qui excluſo filio hereditatem ab inteſtato obtinere poſſint?*

VEreor † ne ante hunc diem minùs rectè perceperim Papiniani ſententiā in eleganti celebrique illo reſponſo quod erat in *l. filio præterito. 17. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* Secutus inueteratum & receptiſſimum errorem noſtrorum exiſtimantium, filio præterito qui erat in patris poteſtate, ſi poſtea is abſtinuerit & tacita aut expreſſa voluntate patris iudicia approbauerit, licèt ſubtilitas iuris refragari videatur, ex æquitate tamē Prætoria ſuſtineri teſtamentum vt ex eo detur bonorū poſſeſſio ſecundū tabulas & quidem cum re & effectu ſiue fratres aut alij ab inteſtato venientes, ſiue extranei 2

heredes eo teſtamento inſtituti proponantur, perindé-
que legata & libertates præſtentur ex teſtamento ac-
ſi teſtamentum iure ciuili ſubſiſteret. Sic. n. ſcripſimus
lib.1.Coniect.ca.19.Cùm tamen Papinianus neque Præ-
toriæ æquitatis aut iuriſdictionis, neque bonorum po-
ſſeſſionis ſecundùm tabulas eo loco meminerit. Eius
nàmque verba hæc ſunt, *Filio præterito qui fuit in poteſta-*
te patris, neque libertates competunt, neque legata præſtan-
tur, ſi præteritis fratribus partem hereditatis auocauit.
Quòd ſi bonis ſe patris abſtinuit, licèt ſubtilitas iuris refra-
gari videatur, attamen voluntas teſtatoris ex bono & æquo
tuebitur. Sed neque iuris ciuilis aut Prætoris ratio vllo-
modo patitur vt teſtamentum huiuſmodi ab initio in-
iuſtum & nullius momenti ob filij iam nati præteritio-
nem, ex æquitate ſiue ciuili ſiue prætoria conualeſcat
2 quātumuis filius præteritus iudicia patria adprobet. † Et
quidem quod ad iuris ciuilis æquitatem attinet, omnes
conſentiunt. Iuris enim antiqui regula eſt inſtitutionem
quæ ab initio fuit inutilis ex poſt facto conualeſcere
nunquam poſſe *l.penult.de reg.iuris.* & teſtamenti validi-
tas quæ ex eo potiſſimùm tempore æſtimanda eſt, quo
teſtamentum fit, & quo teſtator moritur, in eum vſque
diem quo filius præteritus poſt mortem patri ſe abſti-
nuerit ſuſpenſa manere non poteſt, ſicut neque ex filij
præteriti arbitrio pendère *l.illa inſtitutio. 32. de hered.*
inſtit. vbi quod lex ait, *nam ſatis conſtanter veteres decre-*
uerunt teſtamentum iura ipſa per ſe firma eſſe oportere non
ex alieno arbitrio pendere, oſtendit ſatis vim teſtamenti
non magis à lege, quàm à teſtatore in alienum arbitrium
conferri poſſe, in eoque ridiculam eſſe Bartoli diſtin-
ctionem & ſubtilitatem cùm lex ipſa ſit quæ teſta-
3 mentorum iura ex alieno arbitrio pendère prohibet. †
Nec exiſtimandus eſt hac parte, vt aliàs ſæpè, iuris rigo-
rem cum æquitate pugnare, alioqui facilè ſubuertentur
iura omnia quæ de teſtamentis condendis prodita
ſunt, ſi id admittamus vt vnicuique liceat contrariæ
æquitatis commento legum poteſtatem eludere.
Quaſi verò cùm tot locis Iureconſulti ſcripſerunt te-
ſtamentum nullius momenti & iniuſtum eſſe in quo fi-
lius in poteſtate præteritus eſt, ad iuris ſubtilitatem
4 duntaxat, non etiam ad æquitatem, & rei effectum
reſpexerint. † Et verò ſi quo caſu dici poſſet hu-
iuſmodi teſtamentum ex æquitate conualeſcere de-
bere, eo ſanè caſo diceretur quo filius præteritus viuo
adhuc patre deceſſiſſet. Nam cùm morte demum teſta-
toris teſtamentum confirmetur, non paruus æquitatis
color ſubeſt ad teſtamentum defendendum cùm mortis
tempore, ſublata de medio eſt ea perſona quæ faciebat
vt iniuſtum eſſet, ac nullius momenti: præſertim ſi
alium Bartoli errorem ſequare exiſtimantis ſolo filij fa-
uore inductum fuiſſe vt eius præteritione teſtamentum
ſit nullum, ideoque nullum huic ſuo fauori pro
arbitrio renunciare poſſe. Et tamen conſtat non idcirco
magis teſtamentum iure ciuili conualeſcere, quòd fi-
lius præteritus viuo patre deceſſerit, vt Iuſtin. in Inſtit.
ſcribit. *tit. de exher. lib.* poſt Paulum in *l. filius. 6. de lib.*
& poſthum. & Caium lib. 2. Inſtit. *tit. de exhered. lib. §. 1.*
5 Nempe propter regulam dictæ *l. penultim. l. quod initio.*
29. de regulis iuris. † Sed & quod magis eſt præterito po-
ſthumo eodèmque ante patrem vita functo licèt teſta-
mentum quod agnatione poſthumi ruptum eſt ab ini-
tio valuerit, nec mortis patris tempore ſuperſit ea per-
ſona, quæ rumperet, nihilo magis tamen conualeſcit te-
ſtamentum. Adeò vt nec bonorum poſſeſſionem ſecun-
dùm tabulas cum re accipere ſcriptus heres poſſit ſiue
ciuilis, ſiue Prætorij iuris æquitatem inſpicias, fuerit-
que in hanc rem neceſſaria conſtitutio Hadriani, tamet-
ſi maxima & euidentiſſima æquitas ſubeſſet quæ teſta-
6 mentum defendi ſuaderet, vt apertè ſcriptum eſt in *leg.*
poſthumus. 12. Digeſt. hoc tit. †. Nec dici poteſt quod ali-
quando exiſtimabam, euidentiori æquitate niti teſta-
mentum quod poſt patris mortem à filio præterito ex-
preſſa voluntate approbatum eſt, & eo tempore quo
improbare potuit iuréque ſuo vti voluiſſet, quàm quod
nec approbatum eſt, nec improbatum filio præterito
ante patrem defuncto. Nam imò verò longè fauorabi-
lius videtur ad citiùs conualeſcendum, quod viuo
adhuc teſtatore impugnari poſſe deſinit, quàm quod
eo moriente tale eſt, vt pro filij præteriti voluntate aut 7
impugnari poſſit aut adprobari. † Deinde non illo ſo-
lùm caſu admittunt noſtri conualeſcere teſtamentum
quod filij præteritione iniuſtum & nullum fuerat, quo
filius præteritus patris iudicia expreſsè adprobauerit,
ſed illo etiam quo tacitè, hoc eſt quo tacuerit, nec aut
ab inteſtato hereditariam portionem vindicauerit, aut à
Prætore bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vel Vn-
de liberi (vtramque enim habere poteſt) acceperit,
Nemo autem dicere poſſit, ſolo filij ſilentio faciliùs
confirmari debere teſtamentum patris, quàm ſi ante pa-
trem deceſſerit, eique non annuum, ſed perpetuum ſilen-
tium mors ipſa induxerit. Maioris enim momenti &
poteſtatis ſilentium illud eſſe debet quod neceſſarium,
quàm quod voluntarium eſt, & quod perpetuum, quàm
quod annuum. Denique cùm tractemus de præteritione
filij præteriti qui iure ciuili non tantùm ſuus heres eſt,
ſed etiam neceſſarius, ita vt non ſit ſine herede qui
ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem *l. cùm*
quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus de fideicommiſſ. libert. quia benefi-
cium abſtentionis non ex iure ciuili eſt, ſed ex Præto-
rio *l. neceſſaria. 57. de acquiren. hered.* non video qua ra-
tione dici poſſit teſtamentum quod propter ſui here-
dis præteritionem iure ciuili nullum eſt, eiuſdem iuris
ciuilis æquitate conualeſcere ob filij abſtentionem 8
quam ius ciuile non agnoſcit. † Vnde & illud quoque
fieri neceſſe eſt, vt quamuis fauore ſui heredis legiſlator
ciuilis conſtituerit, nullum & iniuſtum eſſe teſtamen-
tum in quo ſuus heres præteritus ſit, non poſſit tamen
ſuus, quantumlibet fauori ſuo renunciare velit, efficere
vt teſtamentum ex rigore aut æquitate ciuili conualeſ-
cat, quia nec facere iure ciuili poteſt quin ſit heres ne-
ceſſarius. Itaque ad conualidandum huiuſmodi teſta-
mentum non magis proderit quòd ſuus heres præteri-
tus, cui iniuria facta eſt, vltro eam remittat, quàm ſi di-
ceret placere ſibi valere teſtamentum quod quinque
tantùm aut ſex teſtium ſubſcriptiones & ſigna haberet.
Perinde enim ad teſtamenti leges & ſolemnitates per-
tinet vt ſuus heres inſtituatur, vel exheredetur, atque vt 9
ſeptem teſtes in eo adhibeantur. † Quin & principale
hoc ius teſtamentorum De liberis inſtituendis vel exhe-
redandis vt ait lex *inter cætera. 30. de liber. & poſthum.* ob
idque filio præterito iniuſtum dicimus teſtamentum
leg. 3. §. 5. ex hic apparet hoc titulo, ſicut & cùm cætera iu-
ris ſolemnia defuerunt leg. prima eodem. Proin ſucce-
dit iuris iuris regula, quam & Bartolus ipſe admittit,
ſolemnitatibus iuris renunciare filium non poſſe, quia
non eius fauore, ſed bono publico introductæ ſint † Re-
ſtat igitur vt qui teſtamentum in quo ſuus heres præ-
teritus eſt, ex æquitate defendere volet, ad æquitatis
Prætoriæ auxilium confugiat, quod & Bartolus &
alij interpretes omnes fecerunt. At ne hoc quidem
fieri meo iudicio poteſt. Nam teſtamentum in quo
filiusfamilias præteritus eſt non ſolùm iure ciuili in-
iuſtum, inutile, nullius momenti eſt, ſed etiam iure
Prætorio, vt ex eo conſtat, quòd non tantùm ipſi filio
prætorio, ſed etiam fratri eius emancipato licèt inſti-
tuto perinde dat Prætor bonorum poſſeſſionem ab in-
teſtato ſi petat ex capite. Vnde liberi, atque ſi nullas
tabulas pater reliquiſſet *l. prima, §. vltimo. D. ſi tabul.*
teſtament. null. extab. vnd. liber. quod non faceret, ſi te-
ſtamentum iure ciuili aut Prætorio valeret, puta eman-
cipato præterito. Nam ſiue heres inſtitutus heredita-
tem adierit, ſiue repudiauerit, ſiue bonorum poſſeſ-
ſionem

ſionem ſecundùm tabulas petierit, ſiue omiſerit,
non tamen admittit emancipatum Prætor ex capite
Vnde liberi, ſolúmqoe ei relinquit beneficium bono-
rum poſſeſsinnis contra tabulas, quam ſi accipere
nolit, culpa rua paternam amittit heteditatem, inquit
elegantet Iuliauus in *l.ſecunda, eodem*. Contra tabulas
autẽ illi dat etiam ſi nullus heres ſit, quoniam ea poſ-
ſeſſio non cõtra heredem datur, ſed contra lignum ſi
modò aliquo caſu adiri potuerit hereditas, aut bonorũ
poſſeſſio peti ſecũdùm tabulas quamuis neutrũ poſt-
cà ſecutũ ſit vel ſequi potuerit *l.quod vulgo.19.de bo-
norum poſſeſſion.contra tabul.* Porrò quãdiu tabulæ ſub-
ſiſtunt non defertur ab inteſtato bonorum poſſeſſio.
Vnde liberi, vt titulus ipſe probat, *ſi tabul.teſtamẽt.nul.*
11 *ex tab.vnd.liber.*† Hoc autẽ ſi ita eſt, vt tabulæ in qui-
bus præteritùs eſt filius qui erat in patris poteſtate
iure Prætorio non magis valeant, quàm ciuili, conſe-
qoens eſt vt neque ex æquitate Prætoria defendan-
tur. Nihil enim differt æquitas Prætoria à iure Præ-
torio quod ipſum nihil aliud eſt quàm æquitas tem-
perans & corrigens aſperitatem iuris ciuilis, *l. ius
autem.7.§ primo de iuſtitia & iur.* præſertim in ea
parte Edicti, quæ eſt de bonorum poſſeſſionibus *ti-*
12 *tul. de bonor. poſſeſſion.* apud Iuſtinianum in Iuſtitut.†
In eoque nimirum perelegans differentia eſt inter
æquitatem Prætoriam & ciuilem: nam ciuilis æqui-
tas prorſus diſcrepat à iure ciuili, id eſt à iuris ciui-
lis ratione *l.ſecunda §.item Varus in fin. D. de aqua
aqua pluuia arcenda l.prima Cod. de legibus l. placuit,*
13 *Cod de iudiciis.*† Non ſum neſcios vulgò creditum
eſſe teſtamentum in qno ſuus qooque hæres præte-
ritus eſt iure Prætorio valere ſi modò ſeptem teſtium
ſignis tabulæ ſignatæ ſint, quòd & ſecundum &
contra eas tabulas bonorum poſſeſſionem det Præ-
tor qoi vtique neotram daret ſi tabulas pro nullis &
inualidis haberet. Sed ſicuti propoſitio illa, ita ra-
tio vtraque qua nititur falſa eſt. Nam quod contra
huiuſmodi tabulas poſſeſſionem dat Prætor non il-
lam rationem habet quia tabulas valere velit, ſed
quia quoties tabolæ proferantur ſeptem teſtium ſi-
gnis ſignatæ licèt alioqui nec iure ciuili valeant nec
Prætorio, ſolet tamen Prætor ſecundùm eas bono-
rum poſſeſſionem dare, dummodò & teſtamenti &
mortis tempore teſtamenti factionem teſtator ha-
buerit, nec aliud prætereà quicqoam exigit, cùm
nec requirat vt aperiantur *l.1.§.ſufficit & §. exigit. l.
cum tabula.7 & paſſ.D. de bonor. poſſeſſ.ſecund. tabul.*
Cæterum ea poſſeſsio ſine re eſt quoties adeſt perſona
quæ ab inteſtato hereditatem euincere poſsit, quem-
admodum Vlpianus in Titulis ſcribit *tit.23.quemadm.
teſtam rumpunt.§.ſi ſeptem,& titul.28.de poſſeſſ. dand.§.
vlt.* Neque enim fieri poteſt vt bonorum poſſeſsio ſe-
cundùm tabulas cum re detur eo caſu quo ab inte-
ſtato competere poteſt Vnde liberi, aut Vnde legi-
timi. Sicut nec iuris ciuilis ratio patitur vt qoæ here-
ditas iam ab inteſtato delata eſt, eadem ex teſta-
mento quoque deferatur, quia numquam poteſt ſuc-
ceſsio teſtati cum ſucceſsione inteſtati in eadem he-
reditate concurrere: ſubſequi verò cauſam inteſtari
multò minùs præterquam in ſingulari illa ſpecie *l.ſi*
14 *quis ita 82.D de hered.inſtit.*† Quam ob cauſam Vl-
pianus ſupradictis locis cùm diſtinguit bonorum
poſſeſsionem ſecundùm tabulas in eam quæ ſit ſine
re, & eam quæ cum re, explicans quænam illa ſit
quæ ſine re eſt, ſic loqoitur vt dicat, Sine re eſſe non
quoties ſuus aut legitimus heres ab inteſtato here-
ditatem euincit, ſed qooties euincere poteſt, id eſt
quoties nihil prohibet quominus iure ſuo vtatur ſi
velit, tametſi fortè poſteà nec vtatur nec vti velit.
Cùm enim non priùs vti poſsit iure ſuo & heredita-
tem ab inteſtato vindicare, quàm ab inteſtato delata
caſo hereditas *l.delata.151. de verb. ſignif.* hereditatis
autem delatio fiat ſola legis poteſtate non ſolo inſcio
ſed etiam inuito eo cui ſucceſſio defertur, quamuis ac-
quiſitio extra cauſam ſuorum & neceſſariorũ heredũ,
non niſi accedente heredis voluntate fiat, conſequens
eſt nil exquirendã eſſe ſui aut legitimi heredis volun-
tatem ad hoc vt ſciatur an bonorum poſſeſsio ſecun-
dum tabulas aut cum re, aut ſine re eſſe debeat, ſed vel
inuito eo qui ab inteſtato iure ciuili aut Prætorio
ſuccedere poteſt, quiſquis ille ſit ſiue ſuus, ſiue legiti-
mus hoc eſt quãuis iure ſuo vti nolit, ac teſtamentum
valere malit, bonorum poſſeſsionẽ ſecundùm tabulas
omnimodo fore ſine re, cum re autem eo ſolo caſu quo
nemo ſit qui rem ab inteſtato auferre poſsit, vt bono-
rum poſſeſsio ſecundùm tabulas quæ cum re eſt com-
paretur aditioni hereditatis ex teſtamento irreuoca-
biliter acquirendæ, cui certum eſt locum nullum eſſe
poſteaquam delata eſt ab inteſtato hereditas. Ea verò
quæ ſine re eſt nihil aliud ſit quam declaratio quædam
volontatis heredis, in adprehendenda poſſeſsione he-
reditatis, ad retinendam illam & acquirendam eo iure
quo acquiri & retineri poteſt, ita vt interdum quoq;
accidat habere rem ab inteſtato eum qui ſecundùm
tabulas poſſeſsionem acceperat, ſi fortè is ſit qui ab
inteſtato poſsit ſuccedere, nec habeat voluntatem te-
ſtatoris putà, quòd teſtatus inteſtatum velle ſe decede-
re dixerit *l.1.§.penult.Digeſt.ſi tabul.teſtam. null. extab.
vnd.liber.leg.vlt.Digeſt.de his qua in teſt am. delent.* In
ſumma, qui bonorum poſſeſsionem ſine re habet is
neque interdicto. Quorum bonorum aut alio vllo,
neque actione aliqua hereditaria experiri poteſt, ſed
is demùm qui poſſeſsionem cum re & effectu obti-
nuit *l.1.& 2.C.quor.bonor.*† Itaque vt ad propoſitum 15
redeamus non eſt recta conſecutio ſi quis dicat, Præ-
tor dat filiofamilias præterito bonorum poſſeſsionẽ
contra tabulas patris, ergo eas tabulas pro bonis &
validis habet. Nam licèt interdum ea bonorum
poſſeſsio ſit neceſſaria ad reſcindendas tabulas quæ
alioqui valerent, & ex quibus adiri hereditas iure ci-
uili poſſet, qnomodo contingit emancipato præteri-
to, *dict...2.vnd. liber.* interdum tamen ob hoc ipſum
datur vt appareat eas tabulas à Prætore pro bonis
non haberi, vt euenit cùm datur filio in poteſtate
præterito, quòd nihil intereſſe Prætor exiſtimet,
an ad bonorum paternorum poſſeſsionem filiusfa-
milias vocetur per contra tabulas, an Vnde liberi.
† Atqui, inquies, Tabulas aliqoas ſubſiſtere, & præ- 16
cedere neceiſe eſt vt contra tabulas detur: alioqui ſi
tabulæ tales ſint ex quibus nec adiri hereditas nec
poſſeſsio ſecundum tabulas peti vnquam potuerit
contra tabulas petere inane eſt quæ ſine effecto fu-
tura ſit *dict.leg quod vulgo.19.de bonorum poſſeſſ.contr.
tabul.* Et hoc nimirum eſt quod fefellit Bartolum
in commentariis ad hanc *leg.& ad leg.2.C.de bonorum
poſſ.contr.tabul.* exiſtimantem non alia de cauſa dari
contra tabulas filiofamilias præterito, quàm quia
hoc ipſo quod petit contra tabulas cũ iure ſuo ab in-
teſtato poſſet ſuccedere, teſtamentum adprobari vi-
deatur, vt proinde non ſit ille ad beneficium Præto-
ris admittendus ſi proteſtetur nolle ſe patris teſta-
mentum vllomodo valere. Quod prorſus ridiculum
eſt. Quid enim tam contrarium approbationi tabola-
rum, quàm contra tabulas petere? Reſpondendum
igitur eſt quod animaduertere Bartolus debuit, ad
dandam bonorum poſſeſsionem contra tabulas non
illud omnino requiri vt ſubſint tabulæ quæ ciuili aut
Prætorio iure valeãt, ſed ſufficere vt tales ſint ex qui-
bus dari poſsit bonorum poſſeſsio ſecundum tabulas,
ſiue cum re, ſiue ſine ea re futura ſit. Fruſtrà enim re-
quiras vt ſit cum re, dominiúmque rerum heredita-
riarum poſſeſſori tribuat, ſiquidem illa quæ contra

tabulas datur, non contra heredem ſed contra ligoum dari dicitur, nec eò minus competit quòd nec dum hereditas adita aut bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas petita ſit, tametſi nec poſteà hereditas adiri nec poſſeſſio peti queat, dummodò aliquo caſu ab initio
17 alterutrum fieri potuerit *d.l.quod vulgo.* † Minùs quoque recta erit conſecutio ſi ex eo quod Prætor dat heredi ſcripto bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas quibus filiusfamilias præteritus eſt, inferre velis, Valere igitur eas iure Prætorio. Illa enim poſſeſſio ſine re eſt & inutilis, adeò vt nec impediat quominùs poſſeſſioni ab inteſtato locus ſit, & in ipſam quoque inteſtati poſſeſſionem conuertatur ſi heres ſcriptus idem ab Inteſtato ſuccedere poſſit *d.l.1.§.penult. & vltim. ſi tabul.teſt.null.extab.vnd.liber.* At ſi teſtamentum iure Prætorio ſuſtineretur, vtique daret Prætor bonorum poſſeſſionem eum re ſecundùm eas tabulas, illo ſaltem ca-
18 ſu quo contra tabulas dari ampliùs non poſſet. † Hoc enim addendum eſt vt iis occurramus, qui fortaſſe obiecturi ſint, Prætorio emancipato teſtamentum non ſolùm iure ciuili valere, ſed etiam Prætorio vt ſupra probauimus, nec tamen heredem ſcriptum poſſe bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re accipere. Id enim fit quia quamdiu emancipato præterito ſaluum eſt ius petendæ poſſeſſionis contra tabulas per quam auferre heredi ſcripto poſſit commodum hereditatis, perinde impeditur datio bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas cum re, ac ſi iam alteri ab inteſtato delata eſſet hereditas aut poſſeſſio. Quæ res etiam facit vt beneficio fratris præteriti edictum committentis frater quoque inſtitutus poſſit contra tabulas petere, quia propter perſonam fratris præteriti impeditur ne ſecundùm tabulas cum re petere poſſit. Neutram verò petere eum poſſe iniquum eſſet. Sicut & vocari eum ad contra tabulas ſi ſecundum tabulas cum re petere poſſet *l.3.§ ſi quis ex liberis de bonor poſſ.contr. tab.* qui locus proculdubio de ea bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas quæ cum re ſit, accipi debet, ſicut & quod ſcriptum eſt in §. ſequentibus. Nam quid, obſecro, intereſt, vtrum heredi ſcripto euincere bona hereditaria quis poſſit, per contra tabulas, an ab inteſtato? Siquidem, vt præmonuimus, fieri nunquam poteſt vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re, concurrat eum bonorum poſſeſſione con-
19 tra tabulas aut ex cauſa inteſtati. † Sed finge emancipatum excluſum à beneficio poſſeſſionis contra tabulas, quod variis ex cauſis poteſt contingere, an admittetur ab inteſtato Vnde liberi? Minimè: quia ſubeſt teſtamentum idque validum quod impedit ſucceſſionem inteſtati *d. l. 5. vnd. liber.* Ergo bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re eo caſu heres habebit qui ſcriptus eſt. Ex eóque nimirum apparet teſtamentum iure Prætorio ſubſiſtere. Ex contrario igitur intelligere licet, teſtamentum in quo filiusfamilias præteritus eſt iure Prætorio non valere, tametſi ſecundùm eas tabulas ſi ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint poſſeſſionem det Prætor: quia ſi poneres repudiatum à filiofamilias beneficium poſſeſſionis contra tabulas, non eò magis daret heredi ſcripto bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re, ſubſiſtente ſemper illa ratione quòd filiofamilias præterito delata eſſet poſſeſſio Vnde liberi, quæ tamen deferri non poſſet quandiu teſtamentum valeret, ſed eo demum tempore quo deſertum deſtitutúmque eſ-
20 ſet. † His ita conſtitutis vt iam ad propoſitum redeamus, dico teſtamentum in quo filiusfamilias præteritus eſt cùm ab initio inutile ſit nullius momenti non minus Prætorio iure quàm ciuili non poſſe conualeſcere ex æquitate Prætoria, ob id ſolùm quod filius præteritus bonis patris ſe abſtinuerit. Etenim quamuis filium qui ſe abſtinuit Prætor non habeat heredis loco *d.l.neceſſariis 57. de acquir. hered.l. ſi filius 12. D.de interrog.act.* perinde tamen Prætor ac ciuilis legiſlator abſurdum putat vt ex filij præteriti arbitrio ius tabularum pendeat, nec minus requirit quàm ius ciuile vt vtroque tempore teſtamenti & mortis valeat tabulæ *d.l.1.§.exigit, de bon.poſſ. ſecund.tabul.* Nec ſanè video quomodo teſtamentum hoc inutile & nullius momenti dici poſſet ſi tale eſſet quod ex æquitate aliqua ſiue ciuili, ſiue prætoria vllo caſu ſuſtineri oporteret *d. leg.inter cætera 30.l.ſi ita ſcriptum 13.§. vlt. de liber.& poſthum.* Tum verò fatentur noſtri, & Papiniani verba cogunt fateri, ita demùm hoc teſtamentum conualeſcere ſi filius qui hereditariam portionem fratribus auocare potuit, bonis paternis ſe abſtinuerit. † 21
Quamquam in eo errant, meo iudicio, quòd abſtentionem tacitam ſufficere arbitrantur ſi fortè filius præteritus per annum tacuerit, cùm tamen expreſſa abſtentio neceſſaria ſit propter ius ſuitatis quæ facit vt filius quandiu non abſtinuit licèt nec ſe immiſcuerit, non ſolùm heres ſit, ſed etiam pro herede habendus *l.1.§.qui ſunt in poteſtate. D.ſi quis omiſſ.cauſ.teſta.leg.in ſuis 14. de ſuis 14. de ſuis & legit.* † Rogo autem, à qua 22
ſucceſſione abſtinere filiusfamilias præteritus poteſt? An à ſucceſſione teſtati? Minimè, cùm non fuerit inſtitutus, ſed præteritus. Ergo à ſucceſſione inteſtati. At non poteſt abſtinere quis à ſucceſſione inteſtati, niſi poſtquàm ea delata eſt. Abſtentio enim loco repudiationis eſt. Prius autem eſt vt hereditas deferatur quam vt per repudiationem aut abſtentionem omittatur. Igitur fatendum eſt eam Papiniani eſſe ſententiam vt in ſpecie illa quam tractat, filiofamilias præterito delata ſit ab inteſtato hereditas, quia & ab inteſtato duntaxat partem hereditatis fratribus auocare potuiſſet: Atqui delata ſemel ſucceſſione ab inteſtato nunquam fieri poteſt regreſſus ad cauſam teſtati. Abſurdum ergo eſt, implicatque contradictionem, vt ob hoc ſolum quod filiusfamilias præteritus ab inteſtati patris hereditate abſtinuit, teſtamentum conualeſcat: nec inſulſius quicquam aut improbabilius dici poſſe arbitror. † Quid igitur ſibi vult Papinianus noſter iis ver- 23
bis *attamen voluntas teſtatoris ex bono & æquo tuebitur.* (Cætera enim facilia ſunt & aperta.) Illud nimirum, meo iudicio, vt cùm bonis patris filius præteritus ſe abſtinuit, nec portionem fratribus ab inteſtato auocauit, libertates eo teſtamento datæ competant & legata præſtentur ex bono & æquo ac ſi teſtamentū valeret: idque tamen non ex teſtamento quod nullum eſt, ſed ab inteſtato. Primus enim Iuſtinianus fuit qui 24
contra manifeſtiſſimam iuris rationem induxit ex eo teſtamento quod per præteritionem vel exheredationē ruptum eſt, legata nihilominus & fideicommiſſa, cæteráque omnia præter conſtitutiones conſeruentur. Quanquam verius eſt eam conſtitutionem non de iniuſto teſtamento tractare, ſed de eo duntaxat quod ruptum vel irritum factum ſit, & conſequenter non de præteritione paterna ſed de materna quæ pro exheredatione eſt, vt alio loco ſcribemus contra Bartolum & alios Irnerij verbis deceptos in Auth. *ex cauſa C.de liber. præter.* † Ab inteſtato autem conſeruari legata 25
& cætera quæ teſtamento relicta fuerant nouum quidem, ſed non abſurdum eſt, non ſolum ſi ab inteſtati ſucceſſoribus ſint reperita, ſed & ſi repetita non ſunt: & quidem duplici iure, Prætorio, aut Ciuili. Prætorio, ſi omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideatur hereditas in fraudem legatorum & fideicommiſſorum *l.1. & tot tit. ſi quis omiſſ cauſa teſtam.* Ciuili quoties id æquitatis ciuilis ratio ſuadet, ſiue fauore legatarij aut eius rei quæ relicta eſt vt in ſpecie *l. inteſtam. 38. D. de fideicommiſſ. liber.* Siue quòd hæres à quo legata aut fideicommiſſa data ſunt tantumdem ab inteſtato conſequatur nil obſtante perſona fratris præteriti, quantum

tum ſi ſolus ex teſtamento heres eſſet, vt in hac lege in
qua apertiſſimum eſt ex eo ſolo moueri Papinianũ vt
libertates & legata ex æquitate tueatur quòd filius præ-
teritus qui iniuſtum faciebat teſtamentum bonis pa-
tris ſe abſtinuerat, ſicque tota hereditas penes inſtitu-
tos fratres manſerat non ſecus ac ſi teſtamentum va-
26 luiſſet. † Huius autem iuris non tam ratio ſtricta quàm
æquitas illa eſt, quòd abſurdum ſit occaſionem fratris
præteriti qui iure ſuo non vtatur lucro afficere inſti-
tutos, vt in ſpecie non prorſus diſſimili Vlpianus reſ-
pondit *in l. nonnunquam. 14. de lega. præſt.* videantúrque
inſtituti ex occaſione iuris ciuilis captare lucrum con-
tra naturalem æquitatem, quæ res exceptionem doli
mali inducere ſolet *l. 1. D. de dol. except.* Et quemadmo-
dum in ſpecie *d. l. nonnunquam*, hoc eſt cùm heres in-
ſtitutus fuit emancipatus filius alius emancipatus præ-
teritus, & præteritus accepit contra tabulas poſſeſſio-
nem, inſtitutus verò omiſit, euenit vt bonorum poſſe-
ſſionem contra tabulas præteritus habeat iure ſecun-
dùm tabulas bonorum poſſeſſionis vt Vlp. ait, ita ex
pluribus ſuis heredibus vno præterito, aliis inſtitutis ſi
præteritus abſtineat, ſimiliter dici poteſt inſtitutos ha-
bere ſucceſſionem inteſtati quodammodo iure ſucceſ-
ſionis teſtati, hactenus ſaltem vt perinde libertates, le-
27 gata, & fideicommiſſa omnia valeant. † Quamuis enim
bonorũ poſſeſſio contra tabulas ad teſtati non inteſtati
cauſam pertineat, non minus tamen diſtat à poſſeſſione
ſecundum tabulas cui ſcilicet ex diametro contraria
eſt, quàm ſucceſſio inteſtati à ſucceſſione teſtati, nec
minus mirum eſt cenſeri eam iure poſſeſſionis ſecun-
dum tabulas quàm ſucceſſionem ab inteſtato cenſeri
hoc caſu iure ſucceſſionis teſtamentariæ. Et verò cum
ſuis quoque præteritis adeóque inſtitutis ex perſona
præteriti det Prætor poſſeſſionem contra tabulas per-
inde ac emancipatis, quid hac parte intereſt vtrum
ſui, an emancipati liberi proponantur? aut, an petita
bonorum poſſeſſione contra tabulas, an ab inteſtato
ſuccedant inſtituti? *argum. l. is qui in poteſtate. 15. in prin-
cip. de legat. præſt.* An non etſi iuris ciuilis æquitas de-
ficeret, occurreret poteſtas edicti *ſi quis omiſſ. cauſ.
teſtam.*? Conſtat enim id etiam locum habere cùm
ab inteſtato hereditatem poſſidet is, qui contra tabu-
las petere potuit, quíque eam petendo legatorũ præ-
ſtationi obſtrictus fuiſſet, *l. quia antẽ. 6. § l. penultim. D.
ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* ac multò magis cùm ab in-
teſtato ſuccedit is qui non ſolum contrà tabulas pe-
tere poterat ex perſona fratris emancipati præteriti
contra tabulas petentis, ſed etiam ex teſtamento adi-
re, *dict. l. is qui poteſtate, verſ. vbi verò ſcriptus eſt, de leg.
præſt. l. ſi filius 23. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtamen. leg. 3. D. de
28 dot. collat.* † Fateor ſuum heredem in hoc differre ab
emancipato cum præteritus eſt quòd etiamſi petat
contra tabulas nulla legata debet, quia & non petita
ea, hereditatem inteſtati ſine onere legatorum obti-
neret, *dict. l. is qui in princ.* (emancipatus autem exce-
ptis perſonis debet, quia ab inteſtato & vnde liberi
ſuccedere non poteſt extantibus tabulis *d. l. 2. D. vnd.
29 liber.*) † Sed nego idem iuris eſſe in ſuo herede inſti-
tuto qui non niſi ex perſona fratris præteriti edictũ
committentis contra tabulas petere potuit. Hic enim
legata omnia debet etiamſi omiſerit bonorum poſſeſ-
ſionem ſi frater præteritus qui contra tabulas pete-
re potuit emancipatus fuit *dict. l. ſi filius*, idque ſiue
emancipatus contra tabulas petierit, ſiue non: quia
& petita per emancipatum contra tabulas poſſeſſio-
ne Prætor inſtitutum ſiue ſuum, ſiue emancipatum
tuetur ad eam vſque portionem quam per contra ta-
bulas petere potuiſſet, dummodò non ex minore par-
te ſit inſtitutus; *l. ſi duobus 14. de bon. poſſ. contr. tabul. l. fi-
lium. 5. §. ſed etſi portio l. nam ſecundum. 7. cum ſequent.
dict. l. is qui. 15. §. ita autem de leg. præſt.* Quòd ſi frater
præteritus in poteſtate etiam fuit, quoniam omni iu-
re teſtamentum inutile eſt, legata nullo iure deberi
poſſunt ſicut nec ex teſtamento hereditas poſſideri.
Itaque nihil hac parte intererit an fratres ambo pe-
tierint contra tabulas an ab inteſtato ſucceſſerint,
† Sed tamen intererit an frater præteritus iure ſuo 30
vti voluerit necne, hoc eſt an fratri inſtituto partem
hereditatis auocauerit per bonorum poſſeſſionẽ con-
tra tabulas aut ſucceſſionem inteſtati, an ab ea abſti-
nuerit. Priore caſu locum habet quod diximus nulla
legata deberi, ne pro ea quidem parte quæ penes in-
ſtitutum remanet. Poſteriore verò in eadem quidem
iuris ratio facit vt legatorum actio competere ne-
queat aduerſus eum qui mero iure inteſtati heres eſt.
l. filium 20. § penultim. de contr. tabul. Sed æquitas con-
trà ſuadet vt legata & fideicommiſſa defendantur, &
quidem omnia & in ſolidum *dict. l. filio præterito, de in-
iuſt. rupt.* ſicut & æquitate Prætoria defenderetur ſi
præterito fratre emancipato omittente contra tabu-
las alius emancipatus inſtitutus ſolus etiam contra
tabulas poſſeſſionem agnoſceret *dict. l. nonnunquam.*
Legata igitur & fideicommiſſa ab inteſtato petenda
erunt: & ſi heres excipiat non valere teſtamentum
replicabitur aduerſus eum de dolo malo, quòd nihil
ipſius interſit an teſtamentum valeat necne, cum to-
tius hereditatis lucrum & compendium æquè reti-
neat. Eſſe autem hoc caſu locum exceptioni doli mali
non obſcurè colligi poteſt ex eo quod Paulus ſcribit
in *dict. l. is qui*, exceptionem doli mali non nocere filio
in poteſtate præterito qui petita bonorum poſſeſſio-
ne contra tabulas legata ſoluere recuſet, vt appareat
interdum exceptionem locum habere poſſe quod vno
illo caſu contingit, ſi ſuus inſtitutus à quo legata re-
licta ſunt totam hereditatem ab inteſtato poſſideat.
Cui conuenit quod Iulianus ſcribit in *l. ſi pater 47. de
fideicomm. liber.* Si pater duos heredes inſtituerit &
agnatione poſthumi ruptum teſtamentum fuerit, nec
legata, nec fideicommiſſa deberi quamuis hereditas
pro duabus partibus ad eos pertineat. Nam quod ait,
pro duabus partibus, oſtendit poſthumum qui agnatio-
ne teſtamentum ruperat, partem hereditatis tertiam
à fratribus auocaſſe. Aliud ergo reſpondiſſet Iulianus
ſi abſtinente poſthumo tota hereditas ad inſtitutos
liberos perueniſſet. Alioqui quid attinebat verba illa
addere? *pro duabus partibus.* † Ex eo autem intelligi- 31
mus cur Papinianus de fratribus loquatur, & quam
ridicula ſit eorum dubitatio qui diſputant, an Papi-
niani ſententia generalis ſit, & ad extraneos quoque
inſtitutos protrahẽda. In quo & nos quoque cum cæ-
teris inepti fuimus *lib. 1. Coniect. c. 19.* Nam de fratri-
bus inſtitutis loqui Papinianũ neceſſe fuit, quoniã cũ
extraneus inſtitutus eſt in eo teſtamento in quo ſuus
præteritus fuit, fieri non poteſt vt heres ſit ab inteſta-
to, nec proinde quæſtioni locus ſupereſt, an ab inte-
ſtato legata ex æquitate debeat. † Probabilius igitur 32
fortaſſe quis putet de eo quæri poſſe, an ea Papinia-
ni ſententia non tantum in fratribus præteriti inſti-
tutis locum habeat, ſed etiam agnatis proximis qui
excluſo filio hereditatẽ ab inteſtato obtinere poſſint.
Sed neque hæc ad Papinianum accommodata quæſtio
eſt, nempe cuius temporibus nec in ſuis, nec in agna-
tis erat ſucceſſio. *l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. §. place-
bat. Inſt. de legat. agna ſucc.* itaque filio præterito abſti-
nente, inſtitui heredes quantũuis agnati proximi non
magis heredes ab inteſtato eſſe poterant quàm ſi fuiſ-
ſent prorſus extranei. Hodie autẽ poſtquã placuit Iu-
ſtiniano vt & in ſuis & in agnatis ſit ſucceſſio, & quæ-
ſtioni locus eſſe poterit & Papiniani ſententiæ ſi pro-
ponas inſtitutos agnaros proximiores, & abſtinentem
filium in poteſtate qui præteritus fuerat. Sed in extra-
neis heredibus ſcriptis nihil tale tractari poteſt.

Capvt XV.

Explicatio l. poſthumus 12. D de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. & ad l. 3. C. de inoff. teſtam.

SVMMARIA.

1 *Heredem ex teſtamento in quo præteritus eſt poſthumus qui ante patrem deceſſit, bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, ſi ſeptem teſtium ſignis ſignata ſint, petere poſſe.*

2 *An illa bonorum poſſeſſio ſine re ſit, an verò cum re?*

3 *Rationes afferũtur cur in* d. l. poſthumus *ſubueniatur heredi ſcripto in eo teſtamẽto quod poſthumi præteriti & ante patrem mortui agnatione ruptum ſit.*

4 *Conſtitutione Imperatoris in eam rem opus fuiſſe, &, quid ea conſtitutione inductum ſit?*

5 *An ex* d. l. poſthumus. *petendum ſit exemplum eius bonorum poſſeſſionis quam ex legibus, SC. aut conſtitutionibus dare Prætor iubetur?*

6 *Heredem ſcriptum, cui dicta conſtitutione ſubuentum eſt, omnia legata & fideicommiſſa præſtare debere.*

7 *Dictum heredem perinde bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum re habere, ac ſi teſtamentum iure Prætorio valeret, cùm tamen non valeat.*

8 *Cur in* l. 3. C. de inoff. teſt. *filius præteritus à matre in puerperio defuncta, ad virilem portionem admittatur, & an quaſi inſtitutus?*

9 *An odio querela inofficioſi, an verò fauore teſtamenti, an verò filij præteriti nitatur,* d. l. 3.

10 *An IC. cura Imperatorum conſtitutionem reſpondere potuiſſẽt vt in* d. l. 3. *ab Imperatoribus reſponſũ eſt.*

1 EX† iis quæ ſuperiore capite diximus, facillimè le-
gis huius ſententia intelligetur. Poſthumus præte-
ritus viuo patre natus ante patrem quoque deceſſerat.
Si iuris ſcrupuloſitatem & ſubtilitatem inſpicias, ru-
ptum eſt teſtamentum agnatione poſthumi, nec quòd
poſthumus viuo patre deceſſerit eo magis cõualeſcet,
quia ſicut quod ab initio nõ valuit, ita quod ſemel ru-
ptum eſt nũquam ex poſtfacto conualeſcit. Igitur he-
reditas legitimo iure ad inteſtati ſucceſſores pertine-
bat. Neq; tamẽ ideò prohibebitur heres ſcriptus pete-
re bonorũ poſſeſſionem ſecundùm tabulas ſi modò ſe-
ptem teſtium ſignis ſignatæ ſint & defũctus tam teſta-
mẽti quàm mortis tempore, teſtamẽti faciendi ius ha-
buerit: nihil enim aliud Prætor requirit ſiue iniuſtũ,
ſiue ruptum, aut irritum factum fuerit teſtamẽtum, vt
proximè docuimus ex Vlpiani Fragmẽtis, *tit. 23. quemadm. teſtam. rumpũt. § ſi ſeptẽ, & tit. 28. de poſſeſſion. dand. § vltim. iũcta leg. 2. § ſufficit & § exigit. D. de bonorũ poſ-*
2 *ſeſſ. ſecund. tabul.* † Sed illa bonorum poſſeſſio ſecũdùm
tabulas ex eo teſtamẽto petita quod ruptũ fuit, erit ſi-
ne re, nõ alio quã Prætoris auxilio defẽdatur, quia he-
reditatẽ ab inteſtato euincere ſuo iure legitimus heres
poteſt, quẽadmodũ Vlpiani ſupradictis locis ſcribit.
Fieri enim nequeat vt bonorũ poſſeſſionẽ cum re det
Prætor ſecũdũ tabulas quo legitimi heredis ius peri-
mat, quod nõ magis facere poteſt, quàm ius ipſum ci-
uile tollere ex quo legitimarũ hereditatũ iura proficiſ-
cũtur. Et tamen æquiſſimũ eſt mortuo ante patrẽ poſt-
humo ſuccurri ſcripto heredi & patris volũtatem de-
fẽdi, ſublata iam de medio perſona per quam & cuius
3 fauore teſtamẽtũ ruptum fuerat. † An quia per agna-
tionẽ poſthumi præteriti teſtamẽtum effectu ipſo non
rũpatur niſi patre mortuo? ita putat Cuiac. ad *l. ſi filius. 7 de lib. & poſthum. ex l. Gallus § ſequẽti eod. titul.* Sed nõ
ita eſt Conſtat enim agnatione ipſa poſthumi ſicut &
ſucceſſione nepotis in locum filij, teſtamentũ omnino
rumpi viuo etiã patre *l. ſi pater filiũ. 26. de vulg. & pup. ſubſtit.* Et quod in d. § ſequenti ſcriptũ eſt, *ne ſuccedens pronepos auo mortuo rumpat*, nõ de auo teſtatore intel-
ligẽdũ eſt, ſed de teſtatoris filio eodemque auo prone-
potis. Quod vir doctiſſimꝰ nõ ignoraſſet niſi ſibi per-
ſuauiſſet legendũ eo loco *nepos* nõ *pronepos*: cum tamẽ
vel hac vna ratione perſuaderi potꝰ debuiſſet nihil de
recepta lectione immutãdum. Illa igitur ratio eſt quæ
ſuadeat ſubueniendum heredi ſcripto in eo teſtamẽto
quod poſthumi præteriti ſubindeq; præmortuo agna-
tione ruptum ſit, non ſolùm quod ab initio valuerit
(nã ſi hoc ſufficeret, æquè ſubueniẽdũ eſſet heredi ſcri-
pto in eo teſtamento quod per ſucceſſionem nepotis
poſteà prædefuncti ruptum eſſet, quod tamen nuſquã
proditum eſt) ſed potiſſimũ, quia minùs odioſa eſt præ-
teritio poſthumi, quàm iam nati, quippe quæ per
obliuionem potiùs quàm mala mente facta videri de-
beat. Item quia minorem poſthumi rationem haberi
deceat quamdiu in hominum natura non eſt quam
eius qui iam & in hominum natura & in teſtatoris
familia ſit, licet primum gradum nondum teneat. † In 4
eam rem nimirum facta eſt conſtitutio Hadriani & ea
inductum ex ſumma æquitate, non vt teſtamentum
conualeſcat, ita vt ex eo iure ciuili adiri poſſit heredi-
tas (neque enim tam apertè Iuriſprudentiæ funda-
menta labefactare potuit aut debuit Princeps iuris re-
ligioſiſſimus) nec rurſum vt ex eo teſtamento peti
poſſit bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas (nam &
citra conſtitutionem dare eam Prætor poterat pro
ſua iuriſdictione, iamque dederat ipſis Edicti per-
petui verbis, non ſolum ſi antè, ſed etiam ſi poſt pa-
trem poſthumus deceſſiſſet.) Sed vt ea bonorum poſ-
ſeſſio à Prætore data, ſit cum re, quæ alioquin heredi
ſcripto inutilis & ſine re futura erat. Idque eſt quod
Vlpianus ait, *rémque obtinebit vt & Diuus Hadrianus, & imperator noſter reſcripſerant.* Et conſequenter ius
legitimi heredis, qui hereditatem ab inteſtato vindi-
care poterat, Hadrianus ſuſtulit, non ita vti ne ab in-
teſtato hereditas ei deferatur (nam ne hoc quidem ſa-
lua iuris religione facere potuit) ſed ita vt legitimus
heres ius ſuum contra ſcriptum heredem exequi pro-
hibeatur: potiorq; cauſa ſit ſcripti heredis ſiue extra-
neus ſit, ſiue remotior agnatus, quã legitimi licèt hic
sũma veráq; iuris ciuilis ratione nitatur, ille verò ſola
iuris Prætorij non tam ratione quã occaſione. † Hine 5
verò intelligimus quã grauiter errent ij qui exiſtimãt
petendũ ex hac lege exemplũ eius bonorum poſſeſſio-
nis quã ex legibus aut Senatuſconſultis aut Conſtitu-
tionibus dare Prætor iubetur de qua in *tit D. vt legib. Senatuſconſult. bon. poſſ. det.* Quaſi verò citra eam Ha-
driani conſtitutionem non potuerit dare Prætor bo-
norũ poſſeſſionẽ ſecundum tabulas, quàm vtique dare
poterat non ſolum rupto, ſed etiam iniuſto aut irrito
facto teſtamento, licèt omnibus iſtis caſibus futuram
ſine re vt diximus, aut quaſi ea bonorum poſſeſſio cũ
re quæ hodie cõpetit, ſpecie vel numer. differat ab illa
quæ iam olim ex eodem Prætoris edicto, ſed ſine re
futura competebat: quo ſanè ſtultius dici nihil poteſt.
Eadẽ enim & ſpecie & numero bonorũ poſſeſſio eſt,
quamuis alium atque alium effectum habeat. Hodie
ſiquidẽ cũ re eſt quæ olim ſine re erat. Illud ſanè verũ
eſt quod vulgò noſtri tradunt poſt Bart. etiam hodie
neceſſariam eſſe in hac ſpecie bonorum poſſeſſionem
ſecundùm tabulas, quia cùm teſtamentum non conua-
leſcat, adiri ex eo hereditatis iure ciuili nullomodo
poteſt. † Ex eo autem quod Hadrianus conſtituit vt 6
ſcriptus heres non ſolùm poſſeſſionem ſecundùm ta-
bulas inanem & vanam petere poſſit vt antea, ſed
etiam rem obtineat, hoc eſt vt ea poſſeſſio ſit omnimo-
do cum re & effectu, infert Vlpianus, *Idcircoque legatarij & fideicommiſſarij habebunt ea quæ ſibi relicta ſunt ſecuri.* Nam quemadmodum qui accipit poſſeſſionem
ſecundùm tabulas ſine re nulla legata debet, nec aliud
quicquam ex teſtamento, ne onus hereditatis ſen-
tiat

tiat qui commodum nō habet,ita ex contrario ſi ea poſ-
ſeſſio ſit cum re iuris ratio facit,vt legata & fideicōmiſ-
ſa omnia conſeruari debeant,nec tantùm tuitione Præ-
toria,ſed etiā iure ciuili,hoc eſt ea ipſa Imperatoris con-
ſtitutione qua legitimi heredes iure ſuo aduerſus heredē
ſcriptum vti prohibentur. Quid enim intereſt quod ad
rei effectū attinet an teſtamentū iure ciuili valeat,ex eo-
que adiri poſſit hereditas,an verò bonorū duntaxat poſ-
ſeſſio ſecūdùm tabulas cū re peti poſſit? Legata igitur &
fideicōmiſſa perinde vtroq; caſu ſalua eſſe cōuenit:cùm
& eo caſu conſeruentur quo hereditas iure Inteſtati poſ-
ſideatur à ſcriptis heredibus, filio qui præteritus fuerat
& teſtamentū iniuſtū fecerat abſtinēte *leg. filio præterito.*
7 17.*hoc tit.* quod tamē lōgè difficilius admitti potuit.† Etſi
enim eo quoq; caſu quē tractamus teſtamentū nec iure
ciuili valet nec Prætorio,attamen ex Hadriani reſcripto
fit vt perinde bonorū poſſeſſionē ſecundū tabulas cum
re reſcriptus heres habeat ac ſi teſtamentum iure Præto-
rio valeret,nec inteſtati ſucceſſio effectu locū ſibi vindi-
cet,quòd ſuffieit vt legata & fideicōmiſſa debeantur. Nā
& cùm bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas petita talis
eſt de qua dubitetur an cū re aut ſine re futura ſit,qualis
illa eſt quæ ſcripto heredi competit, filio emancipato
præterito deliberāte an contra tabulas petere debeat,
necne,quanquam interea legatorum petitio ſummoueri
poteſt exceptione illa,*ſi non in ea cauſa ſint tabulæ teſta-
menti vt contra eas bonorū poſſeſſio dari poſſit*, filio tamen
omittente poſſeſſionem contra tabulas conſtat legata
deberi quòd ab eo tempore certum ſit eam quæ ſecun-
dum tabulas agnita fuerat cū re futurā, *l.1. D. de except.
rei iudic. l. qui cū herede. 15. de oblig. & act.* Multò igitur
magis in propoſita ſpecie,hoc eſt petita ſecūdū tabulas
poſſeſſione quæ propter Hadriani conſtitutionem non-
niſi cum re eſſe poſſit,legatorum præſtationi iam inde
ab initio ſcriptus heres obligabitur. Neque ea res diffi-
8 cultatem habere videtur.† Non omnino ſimile eſt quod
ab Impp. non iure conſtitutum legimus in *l. 3. C. de inoff.
teſt. am.* filium præteritum à matre in puerperio defuncta
ad virilem portionem admittendum. Ea námque Impe-
ratorum ſententia eſt vt admittatur ex teſtamento quaſi
pro inſtituto haberi debeat, quem ex coniectura mater-
næ pietatis credibile eſt à matre inſtitutum iri ſi mutare
teſtamentum ei licuiſſet. Proinde dubitari minus poteſt
quin legata & fideicommiſſa omnia teſtamento relicta
9 pro ſua parte debeat qui ex teſtamento ſuccedit. † An
verò ſolo fauore teſtamenti,aut odio quærelæ inofficioſi
teſtamenti ea conſtitutio nititur? Minimè, vt ex eo ap-
paret quod lex ait,ſi eo teſtamento inſtituti ſint extranei
poſſe teſtamentum per inofficioſi querelam rumpi, an
fauore fratrum inſtitutorum?ne hoc quidē. Eorum enim
potius intereſſet rumpi teſtamentum cùm ab inteſtato
æquè virilem portionem habituri eſſent, ſine onere le-
gatorum. Ergo fauore ipſius filij præteriti cui commo-
dius eſt haberi pro inſtituto cùm tantundem ex teſta-
mento conſequi poteſt quantum ab inteſtato conſeque-
retur, haberi autem pro præterito & exheredato cùm
inſtitutus eſt extraneus à quo vniuerſam hereditatem
auferre poſſit, rupto per querelam teſtamento,quia nec
virilem eo caſu dare filio poſſes, niſi virilis appellatio-
ne,quod effectu idem eſſet, totam hereditatem intelli-
geres vt in *l. virilis. 145. de verbor. ſignific.* Nam & id cō-
iecturæ pietatis maternæ congruit vt nec extraneum fi-
lio præferre,nec meliorem ipſius quàm aliorum filiorū
conditionem aut deteriorem facere voluiſſe credatur. Ex
coniectura autem illa maternæ pietatis æquiſſimum ſa-
nè eſt eius filij præteriti ius æſtimari, cùm neque mala
mente,neque certo & deliberato matris iudicio,ſed tan-
tùm repentini caſus iniquitate,vt lex ait,præteritus ſit.
10 † Quamuis citra Imperatorum conſtitutionem non ita
reſpondere Iureconſulti potuiſſent,ſed omnimodo, hoc
eſt inſtitutiss quoque fratribus perinde ac extraneis
ſcriptis querelæ remedium filio præterito accommodaſ-
ſent. Nouum ea conſtitutione ius fieri oſtendunt verba
illa, *perinde virilem portionem tribuendam eſſe cenſemus,
ac ſi omnes filios heredes inſtituiſſet.* Ideò autem non ſuc-
ceditur in illa ſpecie ab inteſtato, quia filius à matre
præteritus cùm pro exheredato habeatur non poteſt in-
teſtatam facere matrem, niſi propoſita quærela quam
porrò hic proponi iniquum eſſet, cum nihil imputari
poſſit matri & aliter filio præterito ſubueniri queat in-
ſtitutis ſcilicet fratribus,non item inſtitutis extraneis.

Capvt XVI.

Ad verſic. *Idem & circa*, eiuſdem legis.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris Interpretum ad dictum verſiculum interpre-
tatio reiicitur.*
2 *Iniuſtum teſtamentum quodnam in* dict. verſ. *dicatur?*
3 *Quænam ſit Vlpiani in* dict. verſ. *ſententia? vbi Bar-
toli ad hunc locum diſtinctio examinatur.*
4 *Fauorem proximorum in teſtamento iniuſto & nullo in-
ſtitutorum, efficere non poſſe vt illud teſtamentum, ſi-
ue ciuili ſiue Prætorio iure conualeſcat.*
5 *Delata ſemel ab inteſtato hereditate bonorum poſſeſſio-
nem ſecundum tabulas cum re dari non poſſe.*
6 *Plus eſſe, bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cum
re accepiſſe, quam hereditatem ex teſtamento iure
ciuili adiiſſe.*
7 *Teſtamentum iniuſtum non ideò magis iure ciuili cōua-
leſcere, quod filius præteritus viuo patre deceſſerit, &
is inſtitutus ſit qui ab inteſtato ſolꝰ ſuccedere debeat.*
8 *Fauorabilius eſſe teſtamentum quod poſthumi agnatio-
ne ruptum eſt, quam quod ſucceſſione filij iam teſta-
menti tempore ſuperſtitis.*
9 *Reiicitur vulgata Doctorum interpretatio ad* §. idem
credendum. l. Gallus. de lib. & poſthum.
10 *Filiofam. ante patrem defuncto, ſcriptum heredem bo-
norum quidem poſſeſſionem ſecundùm tabulas, ſed ſi-
ne re accipere.*
11 *Accurſij ad* d. verſ. idem & circa *interpretatio refel-
litur.*
12 *Filiofam. præterito patri ſuperuiuente fieri non poſſe vt
ſcriptus heres ab inteſtato rem auferat.*
13 *Reſpondetur rationi pro Accurſij ſententia allata.*
14 *Refelluntur rationes pro Bartoli ſententia allata.*
15 *Qui iure portionem ex qua ſcriptus eſt retineat filius
ſuus vel emancipatus, qui inſtitutus eſt, alio emanci-
pato præterito & edictum committente?*
16 *Noua coniectura ad verſiculum* idem & circa.
17 *Cur in* dict. verſic. *adiecta ſint illa verba,* ſi bonorum
poſſeſſio data fuerit.
18 *Cur in* eod. verſic. *nulla agnita ſecundùm tabulas
bonorum poſſeſſionis ratio habeatur?*
19 *Cur in ſpecie* d. verſic. *non fuerit neceſſarium conſtitu-
tionis Hadriani auxilium in priore verò ſpecie il-
lud interuenire neceſſe fuerit?*

ILlud longè difficilius eſt quod apud Vlpianum ſe-
quitur, *Idem & circa iniuſtum & irritum teſtamentum
erit dicendum ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei qui rem ab
inteſtato auferre poſſit.* Hic enim verſiculus eſt, cuius ex-
plicandi gratia ſuperiora duo capita interſerere, & ab
inchoata legis, Gallus, interpretatione digredi nos ne-
ceſſe fuit. † Noſtri vulgò ſic intelligunt, vt teſtamen- 1
tum quod propter ſui heredis præteritionem iure ciuili
nullum eſt, conualeſcat iure Prætorio, poſſitq; ex eo peti
poſſeſſio ſecundùm tabulas, ſi modò is heres ſcriptus
ſit, qui ab inteſtato hereditatem obtinere poſſit. Quam
ſententiam & interpretationem non malè Aleiat. *lib.
3. paradox. cap. 8.* refellit ratione illa, quòd teſtamentum
huiuſmodi in quo filius in poteſtate præteritus eſt nul-

lum

lius omninu ſit momenti *l.1.hoc tit.l.ſi ita ſcriptum 13.§.*
vlt.ſup.tit.prox. id eſt, vt in ſuperioribus probauimus,
tam Prætorio iure quàm ciuili, & ſiue vtriuſque iuris
2 rigorem, ſiue æquitatem conſideres. † Sed ipſe errat
longè abſurdiùs in eo quod exiſtimat Vlpianum hîc de
eo teſtamento tractare non in quo filius ſit præteritus,
quod nullius momenti eſſe dicimus, ſed quod magis
propriè iniuſtum dici debeat, id eſt, inquit ille in quo
deſint iuris ſolemnitates. Quaſi verò non & propriè in-
iuſtum dicatur teſtamentum in quo ſuperſtes filius præ-
teritus eſt *leg 3.§ ex his apparet hoc tit.* quod & inutile
appellatur in *l.inter cætera 30.ſup.tit prox.* Aut quaſi va-
lere poſſit iure Prætorio, non magis quàm ciuili teſta-
mentum quod vel ſeptem teſtium ſigna, vel quã aliam
extrinſecam ſolemnitatem non habeat, *leg.1. de bonor.*
3 *poſſ.ſecund.tab.* † An igitur eam Vlpiani ſententiam eſſe
fatendum erit vt teſtamentum iniuſtũ in quo filiusfa-
milias præteritus fuit conualeſcat iure Prætorio, eo ſal-
tem caſu quo filius hic viuo patre deceſſerit? Ita putat
Bartolus improbans Accurſium qui ſcripſerit loqui Vl-
pianum de filio præterito patri ſuperſtite, & iniuſtum
teſtamentum per expreſſam abſtentionem adprobante.
De quo & Vlpianus tractat in *l.filio præterito 17. hoc titu.*
Mouetur autem Bartolus ex illis verbis, *Idem & circa*
iniuſtum. Nam in præcedentibus palam eſt agi de poſt-
humo præterito qui viuo teſtatore natus teſtamentum
ruperat, ac ſubinde eodem teſtatore viuo deceſſerat.
Diſtinguit verò, an in eo teſtamento in quo filius præ-
teritus eſt instituti ſint proximiores ab inteſtato ve-
nientes an extranei, vt inſtitutis proximioribus conua-
leſcat teſtamentum iure Prætorio arg.*l.hac conſultiſſima*
21.§.ſi quis autem Codic.de teſtam. Inſtitutis verò extra-
neis non conualeſcat, ſicque accipi debeat, quod ſcri-
ptum eſt in *l.ſi filius 7.ſupra titul.proxim.de liber & poſt-*
hum. Mihi neque Accurſius, neq; Bartolus Vlpiani ſen-
4 tentiã aſſecuti videntur, † Etenim, vt à Bartolo incipiam
fauor proximiorum in teſtamento iniuſto & nullo in-
ſtitutorum facere quidem poteſt vt prius teſtamentum
rumpatur *l 2.hoc titul.l.ſi duobus 12.§.1. de bonor. poſſ.*
cont tabul. & vt ſuſtineatur vltima defuncti volũtas iure
inteſtati vt Iuſtinian.conſtituit in *d §.ſi quis autem*: ſed
vt teſtamentum conualeſcat, ſiue ciuili ſiue Prætorio
iure, poſſitque ex eo vel adiri hereditas, vel peti bono-
rum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re & effectu face-
re nullomodo poteſt. Nam vt in ſuperioribus fusè diſ-
putauimus, cùm teſtamentum nullum & iniuſtum eſt,
neceſſariò euenit vt deficiente cauſa teſtati ſuccedat
poteſtas legis quæ ab inteſtato hereditatem proximiori
agnato defert nec ſolùm ignoranti, ſed etiam inuito
quamuis non ſit inuitus futurus heres ſi non ſit ſuus. †
5 Delata autem ſemel hereditate ab inteſtato, nec ad cau-
ſam teſtati regreſſus fieri poteſt, nec proinde bonorum
poſſeſſio ſecundum tabulas cum re dari, quoniam hæc
maxime ad cauſam teſtati pertinet, nec tantum ad cau-
ſam teſtati, ſed etiam, quod præcipuè obſeruandum eſt,
ad cauſam hereditatis ex teſtamento cum effectu acqui-
rendæ, & ita vt ne commodum eius heredi ſcripto eri-
pere quiſquam alius poſſit. Ideò enim fit vt in propo-
nendo iure de bonorum poſſeſſionibus ad teſtamenta
pertinentibus, Prætor prius de bonorum poſſeſſione
contra tabulas quàm ſecundùm tabulas edixerit. Item
vt beneficio fratris præteriti edictum committentis,
poſſit frater etiam inſtitutus petere cõtra tab. licèt præ-
teritus nondum petierit, *leg. ſi poſt mortem 10.§. vlt.de*
bon.poſſ.cont.tab (dummodò tamen præteritus nondum
ſit ab ea petenda excluſus, ſic enim is locus intelligi,
meo iudicio, debet) quia ſecundum tabulas cum re dari
non poteſt quandiu contra tabulas competit, *l.2.D.de*
except.rei iudic.l.2 C.de bon.poſſeſſ.cõtra tab. Adeò vt nec
bonorum poſſeſſor nec legatorum aut æris alieni debi-
tor eſſe videatur is qui ſecundùm tabulas poſſeſſionem
accepit, quandiu deliberante filio præterito aut edictũ
committente dubitatur an ea cum re futura ſit, an ſine
re vt eleganter Iulianus ſcribit in *l.qui cum herede.15.de*
obligat. & action. vbi quod magis eſt non de nudo poſ-
ſeſſore ſecundùm tabulas loquitur, quem nihil iuris in
hereditate habere mirum non eſt, ſed de herede, hoc eſt
qui iure ciuili hereditatem adierit. Huic enim æquè ac
nudo poſſeſſori commodum hereditatis aufert is qui
petit contra tabulas *l.filium 20.D.de bonorũ poſſeſſ.contr.*
tabul. ſemperque hæc poſſeſſio cõtra tabulas cum re eſt, 6
nunquam ſine re. † Vt proinde longè plus ſit poſſeſſio-
nem ſecundùm tabulas cum re accepiſſe, quàm heredi-
tatem iure ciuili adiiſſe ex teſtamento Siquidem nun-
quam poſſeſſionis commodum eripi Prætor patitur ei
cui ſemel ſecundùm tabulas cum re dedit, alioqui eadẽ
poſſeſſio, & cum re eſſet, & ſine re, quod quàm abſur-
dum ſit nemo non videt. Igitur ſi delatio ſola heredita-
tis ab inteſtato impedit ne quis ex teſtamento heres
eſſe poſſit, multò magis impediet ne bonorũ poſſeſſio-
nem ſecundùm tabulas cum re poſſit ex eo teſtamento
ſcriptus heres agnoſcere. Et conſequenter non ex eo
ſolo quod filiusfamilias præteritus, viuo patre deceſſe-
rit, poteſt iure Prætorio conualeſcere teſtamentum vt
bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re, heredi
ſcripto vllomodo competat. Cúmq; Prætoris non tanta
ſit poteſtas vt dilationem quæ fit proximo agnato per
legem duodecim tabularum prohibere poſſit, ineptè fa-
ciunt qui ſeparant hac parte ius Prætorium ſit benig-
nius: quod verum quidem eſt, ſed tamen ad id de quo 7
agimus nil prorſus attinens. † Porrò iure ciuili teſtamẽ-
tum quod aut iniuſtum fuit aut ruptum non idcirco
conualeſcere, quòd præteritus viuo teſtatore deceſſerit,
quamuis inſtitutus ſit is qui ab inteſtato ſolus ſuccedere
debeat, apertè Scæuola ſcribit in *leg. Gallus.§ idem cre-*
dendum in fin.ſupr.tit.prox. vbi ait inſtitutis filio & pro-
nepote, præterito autem nepote ita demum valere teſta-
mentum ſi prius nepos, deinde filius decedat, ne alioqui
filio præmortuo nepos ſuccedendo rupat atque ita im-
pediat ne ex inſtitutione Aquiliana pronepos heres eſſe
poſſit, qui tamen non niſi ſub ea conditione inſtitutus 8
erat ſi filius & nepos viuo teſtatore morerentur. † In
quo obſeruare licet vt hoc etiam obiter adnotemus,
fauorabilius eſſe teſtamentum quod poſthumi agna-
tione ruptum eſt, quàm quod ſucceſſione filij iam teſta-
menti tempore ſuperſtitis. Ille enim ſi viuo teſtatore
moriatur, non impedit quominus bonorum poſſeſſio
ſecundùm tabulas ſeptẽ teſtium ſignis ſignatas ex Præ-
toris edicto competens iure ordinario, ſit cum re & ef-
fectu propter Hadriani conſtitutionem, *d.l.poſthumus.*
Hic verò etſi non impedit quominus bonorum poſſeſ-
ſio ſecundùm tabulas detur, impedit tamen ne ea cum
re & effectu poſſit, quoniam Hadriani cõſtitutio caſum
hunc complexa non eſt, neque ex rationis ſimilitudine
complecti debuit. Quamquam enim vtrumque teſta-
mentum ab initio valet quandiu agnatione aut ſucceſ-
ſione ruptum non eſt, attamen, vt ſuperiore capite iam
attigimus, multò magis imputari poteſt ei qui iam na-
tum nepotem licèt nondum in primo gradu conſtitutũ
præteriit, quàm qui poſthumum quem fortaſſe nunquã
naſci continget, quique per obliuionem potius quàm
per impietatem à patre præteritus credendus ſit, vt de
parentum erga liberos voluntate piè ſemper & huma- 9
niter quantum fieri poteſt ſuſpicemur. † Itaque non
poſſum non mirari tot interpretum & antiquiorum &
recentiorum ingenia, ſcribentium Scæuolam in *dict.§.*
idem credendum, de iuris ciuilis ratione tantùm, non etiã
de vi & effectu teſtamenti diſputare, neque negare,
quin rupto per nepotis ſucceſſionem teſtamento, ipſó-
que nepote deinde præmortuo dari debeat bonorum
poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re pronepoti inſtituto.
Quaſi verò exiſtimandũ ſit Scæuolã ea omnia admiſiſſe
quæ

quæ diſertis verbis non negauerit. Quòd ſi Hadriani conſtitutio quę de teſtamento per agnationē poſthumi rupto locuta eſt, ad eum caſum extendi nequit quo per nepotis ſucceſſionem teſtamentum ruptum ſit, multò minus extendi poterit ad teſtamentū iniuſtū in quo filius iā natus iámq; primum ſuitatis, vt ita dicā gradum occupans præteritus fuerit, iametſi idē poſtea à viuo patre deceſſerit, ſiue inſtitutus ſit agnatus proximus, ſiue extraneus. Idq; ita eſſe vel ex eo maximè conſtat quod Hadriani cōſtitutio potiorē eā facit heredis ſcripti quātumlibet extranei, quā legitimi, quiſquis ille ſit, ſucceſſoris: Bartolus verò in eo caſu de quo diſputamus, hoc eſt filio iā nato præterito deinde ante patrem mortuo, non aliter ſcriptū heredem tuetur accōmodata illi bonorū poſſeſſione ſecundùm tabulas cum re, quàm ſi idē ille ſit ab inteſtato ſucceſſurus. Ita admittens quod & verū eſt longè minus fauorabile eſſe teſtamētum in quo filiusfamilias iā natus quàm in quo poſthumus præteritus eſt, nō illa ſolùm ratione quòd hoc ab initio valuerit, illud ab initio nullū fuerit, ſed etiā quia filius iā natus nō niſi per impietatē præteriri potuerit, poſthumus verò, vt dixi interdū quoq; per obliuionem.

10 †Fateor filiofamilias præterito ante patrē defuncto poſſe ſcriptū heredē petere bonorū poſſeſſionē ſecundùm tabulas ſi modo ſeptē teſtium ſignis ſignata ſint, quandoquidē & ſi patri filius ſuperuixiſſet idē admittendū eſſet, nec tātùm fauore legitimi heredis inſtituti: ſed etſi extraneus ſcriptus proponeretur, vt ſupra ex Vlpiano docuimus, *tit. 23. quemadm. teſtam. rump. §. ſi ſeptē.* Sed nego eam bonorū poſſeſſionē vllo caſu futurā cū re, imo erit ſine re, vt idē Vlpian. ſupradicto loco ſcribit, & *tit. 28. de poſſeſſ. dand. §. vlt.* Nos verò de ea poſſeſſione ſecundum tabulas quæ cum re & effectu ſit, diſputamus.

11 † Ex quo Accurſij quoq; ſententia, & interpretatio refellitur. Nam cùm filius præteritus patri ſuperuixit, quantumcunque poſtea abſtineat, facere tamen non poteſt quominus ipſo iure ſtatim ab inteſtato heres ſit: ſicuti ſi ſcriptus fuiſſet ſtatim heres eſſet ex teſtamento, quamuis perinde poſtea abſtinere, ſi vellet, poſſet, *leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. in ſuis. D. de ſuis & legit. l. cùm quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* Neque igitur fieri illud poteſt vt propter abſtentionem ab inteſtato factam teſtamentum conualeſcat, ſiue ciuili iure, ſiue prætorio. Multò minus autem vt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas cum re detur ei cui lex duodecim tabularum partem duntaxat hereditatis ab inteſtato iam detulerit, aliam partem mox iure accreſcendi delatura ſi alius frater præteritus abſtinuerit. Planéque alia Papiniani ſententia eſt in *l. filio præterito. 17. hoc tit.* qua bonus Accurſius in opinionis ſuæ confirmationem abutitur: cum nec de iure Prætorio, nec de bonorum poſſeſſione, ſecundum tabulas verbum vllum ſit apud Papinianum, qui proculdubio non de teſtamento iniuſto conualidando, ſed de tuendis tantum libertatibus & legatis intellexit, & quidem ab inteſtato per oppoſitam doli replicationem, vt pluribus docuimus ſuprà.

12 †Et verò cùm filius præteritus patri ſuperſtes fuit, fieri nequeat vt ſcriptus heres ab inteſtato rem auferre poſſit. Nam ab inteſtato primæ ſemper partes filij præteriti, vel in aſſem ſi fratres non habeat, vel in partem ſi alij fratres concurrant. Adeò vt eo quoque remoto ſi fratres nulli ſint, nihilomagis agnatus proximus admittatur iure vetere inſpecto, ſed fiant bona vacantia, quia nec in ſuis, nec in agnatis erat ſucc. *l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit. §. placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſion.* Fratribus autem exiſtentibus accreſcit quidem præteriti portio ſi abſtineat, ſed non niſi ab inteſtato, quoniam abſtinenti delata fuerat ab inteſtato, vt appareat ab inteſtato quoque proprias eos portiones habuiſſe, alioqui inter eos ex diuerſo iure ſuccedentes ius accreſcendi locum non haberet, *l. ſed cum patrono. 6. D. de bonor. poſſeſſ.* Ideoque nimirum Papinianus in *d. l. filio*, de fratribus inſtitutis loquitur, non de extraneis aliiſve proximioribus agnatis.

13 † Atqui, dicat aliquis, quantumuis filio præterito lex deferat hereditatem ab inteſtato, verumtamen eſt quod & nos confeſſi ſumus poſſe ſcriptū heredem petere poſſeſſionem ſecundum tabulas ſi ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint. Quid ergo eſt quod prohibeat quominus ea poſſeſſio quę ſine re futura erat ſi præteritus iure ſuo vti voluiſſet, euadat in bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas cum re, filio ipſo abſtinente & iudicia patris adprobante? Ego verò iam ſatisfeci cum dixi filij approbationem & voluntatem facere non poſſe quin ipſe ab inteſtato heres ſit ipſo iure proportione hereditaria, & conſequenter implicare contradictionem vt poſtea abſtinente eo ab inteſtato teſtamentum conualeſcat. Lex igitur ipſa eſt quæ ſcripto heredi & hereditatis & poſſeſsionis commodum aufert vt legitimo heredi idipſum deferat, atq; ita impedit omnino ne bonorum poſseſsio ſecundum tabulas petita cum re eſse poſsit. Et hoc quidem ad Accurſij ſententiam conuincendam ſatis eſt.

14 †Sed ſi pro Bartolo peruicacius pugnare velis, adhuc inſtare ex eo poſsis, quod cum filius præteritus viuo patre deceſsit, numquam ei ab inteſtato deferri potuerit patris hereditas, quæ ſcil. poſt mortem tantùm defertur, videatúrque hic caſus illi ſimillimus de quo Hadrianus reſcripſit. Verùm reſpondeo, paternam quidem hereditatem ab inteſtato deferri non poſse filio qui ante patrem mortuus ſit, ſed non eò minus ab inteſtato deferri aliis fratribus etiam inſtitutis, etiam inuitis, adeóque ſi fratres non ſint, proximioribus agnatis, ob idque acquirendæ aut retinendæ ex teſtamento ſiue hereditatis ſiue poſseſsionis rationem nullam ſupereſse. Dices idem quoque in Hadriani ſpecie tractari poſse, nec enim Hadrianum feciſse aut facere potuiſse quominus rupto per agnationem poſthumi teſtamento legitima hereditas agnato proximo deferatur, & tamen non obſtante eo conſtituiſse Hadrianum vt ſcriptus heres quilibet, etiam extraneus, petita ſecundum tabulas poſseſsione rem obtineret. Fateor: ſed ſi in eam rem neceſsariam fuiſse vides Hadriani conſtitutionem quæ de poſthumo tantùm locuta eſt, cur idem ſine vlla conſtitutione admittis filio iam nato præterito licèt prædefuncto? Præſertim cùm duplicem illam diuerſitatis cauſam animaduertas & quia filij iam nati præteritio ſit odioſior, & quia teſtamentum ipſum vel hoc ſolo minùs fauorabile quòd ab initio non valuerit. Aut ſi ad hunc quoque caſum Hadriani conſtitutionem protrahere audes, cur non illud etiam admittis, vt illa bonorum poſseſsio ſecundum tabulas, cum re detur quicunque ſcripto heredi licèt extraneo? Cur meliorem facis hac parte conditionem legitimi heredis quàm extranei contrà quàm Hadrianus fecerit? At iterum fortaſse obiicias (video enim te ſubtilem agere) in ſcripti heredis extranei perſona neceſsariam fuiſse conſtitutionem, vt legitimi heredis ius perimeretur qui alioquin hereditatem ſcripto heredi ab inteſtato ablaturus erat, & ita impediturus ne bonorum poſseſsio ſecundum tabulas ab eo agnita cum re & effectu eſse poſset. In perſona vero legitimi heredis eiuſdémque inſtituti qui ſecundùm tabulas petierit non fuiſſe neceſſarium conſtitutionis auxilium, quia ſibi ipſi hereditatem ille euincere nequeat. Imò, verò, inquam, ſibi ipſi euincit ille, etiam inuitus & ignorans, quia & inuito & ignoranti lex defert hereditatem ab inteſtato quo inſtanti paterfamilias moritur cuius teſtamentum aut iniuſtum, aut ruptum, aut irritum fuit. Igitur non minus hoc quàm illo caſu neceſſaria fuit conſtitutio ad inducendum vt legitimus heres iniuſto teſtamento ſcriptus petitam bonorum poſseſſionem ſecundùm tabulas cum re habere poſſit, quia prorſus iſta repugnant, vt iure bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas heres rem obtineat, & vt idem ille ab inteſtato heres ſit. Adhuc

vrgebis,

vrgebis, & obiicies negari non poſſe quin hereditate
quoq; ab inteſtato delata peti nihilominus poſſit bono-
rum poſſeſſio ſecundùm tabulas dũmodò ſeptem teſtiũ
ſignis ſignatæ ſint, idq; verũ eſt. Cur non ergo erit cum
re ſi nemo ſit qui rẽ ab inteſtato auferre poſſit? Reſpõ-
deo quod iã dixi quia ille ipſe ſibi euincit, rémq; aufert
ab inteſtato, &, vt te doceam apertiùs, poſſeſſio illa quæ
ſecundùm tabulas petita fuerat, tranſit in poſſeſſionem
inteſtati, non ſecus ac ſi hic bonorum poſſeſſor teſtato-
ris voluntatem non haberet, vel quia inciſæ eſſent ta-
bulæ vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione volunta-
tem teſtator mutaſſet, vt eleganter idem Vlpian. noſter
tractat in *l. 1. §. penult. D. ſi tabul. teſtam. null. extab.* Quo-
ties enim poſſeſſio ſecundùm tabulas cum re dari non
poteſt, nec tamen illi qui eam petiit res auferri poteſt,
amittit priſtinum nomen poſſeſſio, & quæ ſecundum
15 tabulas erat, alio iure & nomine cenſeri incipit. † Sic
dicimus, vno ex liberis ſiue ſuo, ſiue emancipato inſtitu-
to, alio verò emancipato præterito & edictum cõmit-
tente, ſi poſſeſſio ſecundùm tabulas petita ſit per inſti-
tutum, poſteà verò contrà tabulas per præteritum tuen-
dum à Prætore eum qui ſecundùm tabulas petierat, ad
eam vſq; partem ex qua fuit inſtitutus ſi tamen non eã
excedat quam per contra tabulas beneficio fratris præ-
teriti petere potuiſſet. An vt iure poſſeſſionis ſecundùm
tabulas eam portionem retineat? Minimè. Petita enim
cõtra tabulas poſſeſſione quæ tabulas reſcindit, & quã-
tùm Prætoris imperio fieri poteſt, irritas facit, fieri non
poteſt vt ſuperſit ius petendæ aut retinendæ ſecũdùm
tabulas poſſeſſionis. Sed quoniam reſciſis tabulis per
contra tabulas Prætor tuetur legata quæ liberis paren-
tibúſq; relicta fuerant ex edicto de legatis præſtandis,
eodem iure tuetur portiones hereditario titulo relictas,
id eſt exemplo legatorum à quibus nec alia in re diffe-
runt in propoſito, niſi quòd cùm æquè honeſto titulo
deferantur, pleniore tamen honore tribuuntur *l. filium.
5. §. ſed etſi portio de legat. præſtand. l. Saluius. 6. cum ſeqq. l.*
16 *is qui. 15. § ſed ſi vnus in fin. & §. ita ante eod. tit.* † Sic ita-
que refutatis Accurſij & Bartoli interpretationibus,
ſupereſt vt coniecturam noſtram breuiter aperiamur.
Arbitramur autem quod Vlpianus ſcribit, idem & circa
iniuſtum & irritum teſtamentum dicendum eſſe ſi bo-
norum poſſeſſio data ſit ei qui rem ab inteſtato auferre
poſsit, non ſic accipi debere quomodo plerique omnes
putant, vt his caſib. bonorũ poſſeſsio cum re detur ſcri-
pto heredi qui idem ſit legitimus, ſed ita vt perinde ac
ſi ex teſtamento ſuccederetur, legata & fideicommiſſa
omnia debeantur, de quibus proximo illo verſiculo di-
xerat, *Idcircoque legatarij & fideicommiſſarij habebunt ea
quæ ſibi relicta ſunt ſecuri.* Id enim conueniens eſt Papi-
niani ſententiæ in *d. l. filio præterito*, vbi eam ſpeciẽ tra-
ctans quæ difficilior videbatur de ſuo herede præterito
patri ſuperſtite & ab inteſtati ſucceſsione abſtinente,
nihilominus fratres ab inteſtato hereditatem totã poſ-
ſidentes legata ex æquitate debere ait. Multò igitur
magis deberi ea æquum eſt ſi filius præteritus viuo pa-
tre deceſſerit, totáq; hereditas ab initio & vnica dela-
tione aliis fratribus inſtitutis aut agnatis proximis de-
lata eſt. Nihil enim inter hos caſus intereſt niſi quod
filio patri ſuperuiuente nullus agnatis proximis locus
eſſe poteſt, etiam ſi filius præteritus abſtineat, fiúntque
bona vacantia, quia, vt ſæpius dictum eſt, in ſuis & ag-
natis non eſt ſucceſsio. Quam ob cauſam Papinianum
in *d. l. filio*, de fratribus tractare monuimus, nõ quòd ita
ſpecies ex facto incidiſſet, ſed quia in aliis quam fra-
trum perſonis quæſtioni locus eſſe non poterat: filio
autem prædefuncto nullis fratribus relictis, locus fit
agnatis ex ordine ſuccedendi ab inteſtato, *l. 1. 2. & paſſ.
de ſuis & legit.* Vlpian. verò noſter. hoc loco vt caſus
omnes comprehenderet, ſic generaliter locutus eſt, *ſi
bonorum poſſeſſio data fuerit ei qui rem ab inteſtato auferre
poſſit*, nulla liberorum aut agnatorum mentione facta,
ne alioqui ſi aut de liberis tantùm aut de agnatis quo-
que locutus fuiſſet eum ſolum caſum comprehendiſſe
videretur, quo filius præteritus aut ante aut poſt patrẽ
deceſsiſſet. Illud ergo duntaxat requirit ad obligãdum
ex æquitate legatis præſtandis heredem ſcriptum qui
ab inteſtato hereditatem poſsidet, vt rem ab inteſtato
habeat, id eſt totam hereditatem quam ex teſtamento
ſi valeret, erat habiturus. † Videtur quidem prioribus 17
illis verbis, *ſi bonorum poſſeſſio data fuerit*, illud etiã re-
quirere vt bonorum poſſeſsio petita ſit, & quidem ſe-
cundum tabulas (nam petita poſſeſsione contra tabulas
conſtat non niſi exceptis perſonis legata deberi tuitio-
ne Prætoria, petita verò vnde liberi nulla prorſus de-
beri) ſed credendũ eſt ea verba nõ tam ex neceſsitate &
pro conditione adiecta eſſe quàm per occaſionẽ vt ver-
ſiculus hic ſpeciei priore loco propoſitæ magis cõue-
niret in qua mentio facta erat bonorũ poſſeſsionis ſe-
cũdum tabulas petitæ. Cæterũ præter id quod Papinia-
nus in *d. l. filio*, hac vna ratione mouetur vt fratres ab
inteſtato ſuccedẽtes legatorũ præſtationi obliget, quòd
totã hereditatem poſsideant. † Illud etiam conſtat nullã 18
hic agnitæ ſecundum tabulas poſſeſsionis rationem ha-
beri poſſe, cum eã ſine re eſſe & in poſſeſsionẽ inteſtati
conuerti neceſſe ſit, *d. l. 1. §. pen. vnd. lib.* † Quę ratio etiam 19
facit vt non fuerit hoc caſu neceſſarium auxiliũ conſti-
tutionis Hadriani ad tuendum heredẽ ſcriptũ aduerſus
ſeipſum, cum idẽ ſit & ſcriptus, & legitimus heres. Nec
rurſus ad confirmandã poſſeſsionẽ ſecũdum tabulas vt
fieret cum re quæ ſine re erat, cum nihil interſit ſcripti
heredis, an ea ſit cum re, an ſine re, quando ab inteſtato
hereditatem totã retinet. In priore ſpecie, hoc eſt rupto
per agnationem poſthumi teſtamẽto in quo extraneus
ſcriptus fuerat, neceſſarium fuit auxilium cõſtitutionis
nõ vt daretur heredi ſcripto poſſeſsio ſecundũ tabulas,
ſed vt ea poſſeſsio eſſet cũ re, ne legitimus heres alio-
qui iure ſuo vſus hereditatem ſcripto heredi euinceret.
Itaq; valde nouus & ſingularis ille caſus eſt in quo bo-
norum poſſeſsio ſecundum tabulas cum re datur ex te-
ſtamento rupto in præiudicium legitimi heredis cui lex
ab inteſtato detulerit ſucceſsionẽ. Quòd ſi fingeres in
eadẽ ſpecie non extraneum, ſed legitimum heredẽ ſcri-
ptum fuiſſe, dicerẽ non fore locum conſtitutioni. Quid
enim neceſſe erat vt legitimus heres petita ſecundũ ta-
bulas ruptas poſſeſsione rẽ obtineret, quã vtiq; ſuo iu-
re ab inteſtato obtinere poſsit? Sanè quod ad legata &
fideicõmiſsa tuenda pertinet, clariſsimum eſt nihil Ha-
drianum conſtituiſse. Fateor citra eam conſtitutionem
futurum fuiſse vt extraneo ſcripto herede legata inter-
cidiſsent, quia neq; à ſcripto herede peti potuiſsent cu-
ius poſseſsio ſine re fuiſset, neq; à legitimo herede qui
iure ſuo & contra defuncti voluntatem hereditatem
obtinuiſset. Sed ita conſtituto iure vt bonorum poſ-
ſeſsio ſecundum tabulas ab extraneo inſtituto agnita
cum re eſset, illod etiam conſequens fuit vt idem ille
ad legatorum præſtationem obligaretur. Nam & idem
eſt, Perinde legata & fideicommiſsa debentur ſi bono-
rum poſſeſsio ſecundum tabulas petita ſit ſine re, dum-
modo ab eo petita qui hereditatem ab inteſtato habe-
re poſsit. Quidni verò? Cùm & ſi nulla prorſus poſſeſ-
ſio petita ſit, ſed merè ab inteſtato ſuccedatur, legata
nihilominus debeantur ab eo qui cùm in teſtamento,
non dicam rupto, ſed quod magis eſt iniuſto & inutili
ſcriptus eſset tantumdem ab inteſtato conſecutus eſt
quantum ſi teſtamentum valuiſset, *d. l. filio*, ſicut & cum
beneficio fratris præteriti inſtitutus, bonorum poſſeſ-
ſionem contra tabulas accepit quam præteritus ipſe
omiſit, *leg. nonnumquam. 14. de leg. præſt.* Sicque locum
hunc ſanè perobſcurum explicandum exiſtimamus.
Quem ita intellectum vt intelligi volumus apertiſsi-
mum eſt nil pugnare, imò prorſus conuenire cùm eo
quod ſcribit Scæuola in *§. idem credendum*, legis Gallus.
Ad cuius reliquam interpretationem redeamus.

CAPVT

CAPVT. XVII.

Ad §. nunc de lege l. Gallus.

SVMMARIVM

1 *Duo legis Vellea fuiſſe capita.*
2 *De primo legis Vellea capite.*
3 *Aquiliana formula introducenda occaſio.*
4 *Cui incommodo lex Vellea primo capite prouiderit?*
5 *An aliquam formulam Velleus praeſcripſerit inſtituendi poſthumi viuo teſtatore naſcituri.*
6 *Duplex ius nouum primo legis Vellea capite introductum eſſe.*
7 *Emendatur textus* d. §. nunc de lege.
8 *Lege Vellea ſufficere ſi poſthumus inſtitutus, licet teſtamenti tempore alienus, ſuus tamen naſcatur.*
9 *Tolluntur è primo capite legis Vellea verba illa,* etiamſi viuo parente naſcatur?
10 *Primum legis Vellea caput non tantùm ad nepotes, ſed etiam ad primi gradus poſthumos pertinere.*
11 *Non ſolùm filii aut nepotis, ſed etiam filij & nepotis inſtitutione dicta lege Vellea prouiſum eſſe.*
12 *Verba illa* virilis ſexus, *cur in primo legis Vellea capite adiecta ſint?*

1 EXpoſitis † iis omnibus quæ ad Aquilianam formu-
lam poſthumique nepotis ex iure antiquo inſtitu-
tionem pertinent, tranſit Scæuola ad tractatum legis
Velleæ, cuius duo fuerunt capita. Vnum quod permiſit
inſtitui nondum natos, id eſt poſthumos etiam alienos
dummodo ſui naſcerentur licet viuo teſtatore. Alterum,
quo prohibuit nepotes in ſui hæredis locum ſucceden-
tes teſtamentum rumpere in quo vel inſtituti eſſent, vel
exhæredati. De primo capite tractat Scæuola hoc §. *de*
2 *ſecundo mox inſequenti dicturus.* † Ac quoniam de primo
nos quoque iam ſatis multa diximus in ſuperioribus, eri-
mus hîc breuiores. Poſthumum tanquam incertam per-
ſonam aut, vt Theophilus loquitur, incertæ perſonæ ſi-
milem ex lege duodecim tabularum inſtitui non potuiſ-
ſe duodecimos, poſtea verò ex prudentum interpreta-
tione receptum eſſe fauore teſtamentorum, quæ ſui hæ-
redis præteriti agnatione rumpi neceſſe erat, vt inſtitui
is demum poſſet qui & ſuus, hoc eſt, ſi teſtamenti tem-
pore naſceretur, inter ſuos hæredes futurus, & teſtamē-
tum in quo præteritus fuiſſet omnimodo ruptus eſſet,
prohibita dūtaxat alieni poſthumi inſtitutione, itémque
poſthumi ſui quem viuo teſtatore naſci contingeret.
Neutrius enim inſtitutio neceſſaria videbatur ob idque
nec permittenda, vt à iuris veteris ratione quam mini-
mum fieri poſſet recederetur Siquidem alienus poſthu-
mus teſtamentum nunquam rumpit ſuus autem viuo te-
ſtatore natus, etſi nō eò minus rumpit quòd viuo teſta-
tore natus ſit rumpit tamen eo tempore quo neceſſitas
nulla eſt ſubueniendi teſtamento, viuo ſcilicet teſtatore
qui aliud teſtamentum facere poteſt, ſibíque & ſuis re-
bus ne inteſtatus decedat, proſpicere. † Hinc illa pri-
3 mū nata dubitatio, qua ratione inſtitui poſſet Aquilia-
nus poſthumus, vtpote qui teſtamēti & ipſius inſtitutio-
nis tēpore quod præcipuè inſpiciendum eſt, alienus vi-
debatur non ſuus. In eámque rem neceſſaria fuit ſubtilis
illa Galli formula quæ induxit vt tantum in id tempus
conferretur poſthumi illius nepotis inſtitutio, quo eſſet
ſuus, ſed vt ex eo quoque tēpore dūtaxat inſtitutus vi-
4 deretur. † Inde rurſus alia difficultas, qua ratione fieri
poſſet vt teſtamentorum ſecuritati prouideretur ne
rumpi poſſent agnatione poſthumi viuo teſtatore nati, ſi
forte contingeret, quod plerumque eueniebat, ne te-
ſtamentum mutari poſſit, teſtatore fortaſſis peregrè a-
gente & poſthumi natiuitatem ignorante, aut ciuium
Romanorum copia non habente vt ſolenni teſtium
numero quos & ciues Romanos & maſculos puberes
eſſe oportebat, teſtari poſſet. Huic verò incomōdo, cùm
ſine lege prouidere non poſſet, manca ſcilicet Iuriſpru-
dentum omnium ſubtilitate & auctoritate, neceſſarium
fuit ferri legem Velleam cuius primo capite conſtitu-
tum eſt, vt non eo minus inſtitutio poſthumi ſiue filij ſi-
ue nepotis valeat, quòd eum poſtea viuo adhuc teſtato-
re naſci contigerit. † Nulla tamen in eam rē præſcripta 5
formula, quoniā lex quæ nouum hoc ius inducebat, pe-
inde inducere poterat, imò verò longè facilius, vt eius
poſthumi qui teſtamenti tēpore alienus eſſet inſtitutio
valeret, præſertim cū ea adiectione, *ſi modo ſuus naſceretur.* In eóque multos errare video exiſtimantes, exemplo
Galli Aquilij Velleum quoque qui hanc legem rogauit
certam formulam præſcripſiſſe inſtituendi poſthumi
viuo teſtatore naſcituri. Tantum enim abeſt vt id fece-
rit, faceréve debuerit, vt potius Aquilianæ formulæ vsū
qui antea neceſſarius erat, ferè abrogauerit. Nam cùm
ante legē Velleam neceſſe eſſet quoties poſthumus in-
ſtituebatur mortis mentionem fieri, ne is quoque inſti-
tutus videretur, quem viuo teſtatore naſci contingeret,
mortis autem caſu expreſſo is omnino excluderetur quo
poſthumus viuo teſtatore natus eſſet, neceſſe fuit poſt
legem Velleam à formulæ Aquilianæ præſcripto hacte-
nus recedi, vt vel purè poſthumus inſtitueretur neutrius
caſus, vitæ vel mortis habita mētione, vel vterq; caſus
exprimeretur, ne alterutro tantùm expreſſo poſthumus
in contrariū caſum natus quaſi præteritus teſtamentum
rumperet, *l. commodiſſime. 9. ſup. hoc tit.* Aquilio neceſſa-
rium fuerat formulam conſcribere, quia non id egerat
vt ius nouum faceret, quod nec facere potuiſſet, ſed tā-
tùm vt doceret quomodo id quod erat in iure vetere
vſurpari & ad vſum accommodari poſſet, quod ante eū
ignorabatur. † Duplex igitur ius nouum fecit Velleus 6
primo legis capite. Vnum illud, vt inſtitui poſſit poſthu-
mus ſuus viuo teſtatore natus. Alterum, vt etiam purè
inſtitui poſſit is poſthumus qui teſtamenti tempore ſit
alienus dūmodo ſuus naſcatur. Idque eſt quod ait Scæ-
uola: *voluit viuis nobis natos ſimiliter non rumpere teſtamē-
tum.* Nēpe ſi vel in caſum vitæ inſtituti ſint, vel neutro
expreſſo, ne obſtet, *d. l. commodiſſime.* Subijcit autem, *&*
*videtur primo capite eos ſpectare, qui cùm naſcerētur ſui hæ-
redes futuri eſſent,* Id eſt, Vt viuo teſtatore natus poſthu-
mus vtiliter inſtitui poſſit nec rumpat teſtamentum, id
duntaxat requiri, vt ſuus naſcatur, non etiam vt ſuus ſit
eo tempore quo inſtituitur † Nam & verba legis id 7
ſonant, quæ vt eſt in fine §. *tabia fuerunt. Qui teſtamentū
faciet is omnis virilis ſexus qui ei ſuus hæres futurus erit,*
& c. etiamſi viuo parente naſcatur. Ex quo infert Scæuola,
Ergo. ita enim malo legere quàm vt vulgò, *& roga, ſi fi-
lium habeas & nepotem, nondum natum patrem ex eo hæredē
inſtituas filius decedat mox viuo te naſcatur, ex verbis dicē-
dum eſt, non rumpi teſtamentum: vt non ſolum illud primo
capite cauerit, ſi nepos eo tempore inſtituatur quo filius
non ſit, verùm & ſi viuo patre.* Sic námque legendum eſſe
iam inter doctos ferè omnes conuenit, ſublata dictione
illa quæ ſtatim ſequitur, *naſcatur*, qua retēta ſenſus eſſet,
valere ex lege Vellea poſthumi inſtitutionē qui nō tan-
tùm teſtamenti, ſed etiā natiuitatis tēpore alienus eſſet,
quod tamē & præcedētibus & ſequentibus repugnat. †
Nā quemadmodum teſtamenti tēpus inſpici lex Vellea
noluit, ita de eo poſthumo inſtituēdo nominatim locu-
ta eſt, qui ſuus naſceretur: Quod & apertius docet Scæ-
uola iis verbis ſequētibus: *quid enim neceſſe eſt tēpus teſta-
menti faciendi reſpicere cùm ſatis ſit obſeruare id por quo na-
ſcatur.* Quæ tamen verba malè quidam ſic intelligūt, vt
quoties de ſuo poſthumo quærimus non teſtamenti, ſed
natiuitatis tempus reſpicere debeamus. Quod ſi verè
diceretur, fruſtrà lex Vellea primo capite notaſſet ſo-
lius natiuitatis habendā rationem, Et verò conſtat ex iis
quæ diximus cùm de Aquiliano poſthumo tractaremus,

6 *An quæ Scæuola in* d.l.Gallus, *de teſtamento per poſthumi nepotis præteritionem rumpendo tractat, ad legem Velleam, an verò ad ius antiquum referenda ſint?*
7 *Poſthumi inſtitutionem eatenus tantùm prudentum interpretatione inductam, quatenus teſtamentorum fauor & neceſſitas poſtularet.*
8 *Poſthumum nepotem iam Galli Aquilij temporibus & ſuum & neceſſarium hæredem auo ab inteſtato futurum fuiſſe.*
9 *Quæ ſit huius ſuitatis effectus?*
10 *Confirmandorum teſtamentorum gratia latam eſſe legem Velleam, non vt ſucceſſione aut agnatione poſthumi nepotis rumpantur?*
11 *Explicantur verba illa*, l. ſi quis filium. 34. C. de inoff. teſt. ex lege Vellea.
12 *Quatenus videri poſſit ex ſecundo legis Velleæ capite rumpi teſtamentum, ſi poſthumus nepos ſit præteritus.*
13 *Tolluntur è* §. videndum d. l. Gallus, *verba illa legis Velleæ*, in locum ſuorum ſui hæredes ſuccedunt.
14 *Reijcitur aliorum ad hæc verba interpretatio.*
15 *Refellitur alius error Interpretum quorumdam in explicatione ſecundi capitis legis Velleæ.*
16 *Goueani opinio de diſpoſitione ſecundi capitis legis Velleæ.*

1 SEquitur alterum caput legis Velleæ longè pluribus & maioribus difficultatibus intricarum. Illud enim primùm obſcuriſſimum eſt, necdum ab vllo interprete, iudicio meo, intellectum Quidnam hoc capite lex Vellea induxerit, deinde cur eius prouiſio ad teſtamētorum validitatem neceſſaria fuerit. † Quanquā enim huius §. initio *Scæuola* apertè ſcribit, ſequenti parte legis Velleæ inductū eſſe vt ſuccedentes nepotes aut pronepotes in locū liberorum non rumpant teſtamentum, dubitatio tamen ex eo naſcitur, quod in §. *ille caſus hac ead. leg.* idē Scæuola monet, non aliter legi Velleæ hac parte locū eſſe quā ſi is qui in filij locum ſuccedit vtiliter ſit inſtitutus. Præcedere.n. debere vtilem inſtitutionē. Quę porrò præcedente qui neceſſe erat conſtitui aut prohiberi ne vtiliter inſtitutus nepos ſuccedendo in locū filij teſtamentum aui rumperet? An alij rumpere ſolent quā qui ſunt præteriti? Rurſus quis præteritū dicat eum, qui ſit inſtitutus & quidē vtiliter? hoc eſt eo modo quo fieri inſtitutionē ius præcipit, nominatim ſcilicet, ac prima
2 teſtamenti parte † Itaque non poſſis illud primū dicere quod nimis imperitè quidam putant, inductum eſſe per legem Velleam vt nepotes aut pronepotes iā nati teſtamenti tempore (de his ſiquidem ſolis non etiam de poſthumis aut de liberis primi gradus ſecundo capite agitur) inſtitui poſſent. Id enim iam olim licebat, & generale erat vt quiſquis iā natus eſſet inſtitui hæres poſſet, ſi modò cùm eo teſtamenti factio eſſet: cum nepotibus autem & pronepotibus auum teſtamenti factionem habuiſſe vel ex eo conſtat, quòd ſi præteriti eſſent rumpebant ſuccedēdo, ob idque prouidendū fuit ne rūperent. Idque diſertis verbis Scæuola noſter teſtatur in *d. §. ille caſus. Poſteriore* inquit, *capite non permittit inſtitui ſed vetat rumpi*, differentiam oſtendens inter duo illa legis Velleæ capita, quorum priore inductum fuiſſe apparet vt inſtitui poſſent poſthumi ſiue liberi ſiue nepotes qui viuo teſtatore naſcerentur, quos antea nullo iure inſtitui potuiſſe diximus in ſuperioribus, & Scæuola quoque notat in *dict. § ille caſu*, iis verbis, *quod nullo iure*
3 *potuit, qui nondum natus erat* † Sed neque illud dici poteſt poſteriore legis capite inductum eſſe vt nepotes iſti aut pronepotes inſtitui neceſſariò deberent. Etenim ſi ſint præteriti, non tamen faciunt iniuſtum teſtamentum, non ſolùm quòd non ſint ſui quamdiu à patre anteuertuntur, verùm etiam quia ſi iuris veteris rationem inſpicias, tametſi teſtamenti tempore primum gradum teneant in familia patre iam mortuo, nihilomagis inſtituendi ſunt aut exhæredandi ne vel iniuſtum faciant vel rumpant, ſed habent tantùm ius accreſcendi exemplo filiarum, quod nos pluribus comprobauimus & explicauimus ſuprà Quòd ſi cùm eos pater teſtamenti tēpore præcederet, poſtea viuo auo pater deceſſerit, atque ita in parentis eiuſdémque ſui hæredis locum ſucceſſerint, rumpunt quidem ſuccedendo etiam hodie ſi ſint præteriti. Verùm & iam olim ante legem Velleam rumpebant tametſi fuiſſent inſtituti, vt mox dicemus. Porrò quo iure rumpebant, niſi quia inſtitui eos neceſſariò vel exhæredari oportebat? Denique non iubet lex Vellea eos inſtitui ne rumpāt, ſed prohibet rumpere ſi ſint inſtituti, ſupponens quaſi in neceſſarium antecedens vtilem præcedere ipſorum inſtitutionem. † An igitur induxit vt nepotes præmortuis parentibus in eorum locū ſuccedant? Ita putat vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius, ſecutus errorem Alciati *lib. 3. paradox. cap.* 19. Vterque deceptus verbis legis quæ ſic expreſſa ſūt in *§. vid. ndū infr. ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus eſſe deſierit, liberi eius, &c. in locum ſuorum ſui hæredes ſuccedunto.* Plus putant eadem lege inductum eſſe vt nepotes iſti non tantùm in præmortuorum parentum locum ſuccederent, ſed etiā ſuccedendo rumperent ſi præteriti eſſent. Quam in ſententiam mouetur præcipuè Alciatus ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. ſi quis filium. 34 C. de inoffic. teſtam.* illis verbis, *vt neque ex lege Vellea poſſit in locum patris ſui ſuccedere, & reſcindere teſtamentum.* Ego verò nihil improbabilius dici poſſe exiſtimo Cōſtat enim iam ante legem Velleā ita ius fuiſſe vt præmortuis liberis primi gradus, nepotes in eorū locum ſuccederent, idq; non tam iuris quàm naturæ poteſtate, & naturali quodā ordine, qui nec legis auxilio indigebat vt induceretur, nec vllius legis auctoritate impediri poterat ne fieret. Quid enim tā naturale quàm præmortuo filio qui primum gradū tenebat ſuccedere nepotem in eius locum eundémque gradum occupare? *l. 1. §. ſi filius de ſuis & legit.* Et ob eam nimirum cauſam rumpebant nepotes iſti aui teſtamentum, adeò vt ne in poſterum rumperent, fuerit neceſſarium legis Velleæ auxilium, non ſufficiente prudentum autoritate ad iuris ciuilis aſperitatem quantacūque æquitate ſuadentem temperādam. Illud verò quàm abſurdum eſt dicere, inductum hac lege vt ſucceſſione nepotis in locū ſui hæredis rumpatur teſtamētum, † Præſertim verò, ſi, quod adhuc ineptius eſt, cum eodem Alciato putes ante legem Velleam & Galli Aquilij temporibus ita ius fuiſſe vt nullo caſu nepos aui teſtamentum rumperet, nec ſi viuo auo pater prædeceſſiſſet. Quaſi verò legis propoſitum fuerit, vulnus inferre, ac non potius id quod iuris veteris ratio & ſcrupuloſitas intulerat curare. Alioqui nōne conſultius fuiſſet & teſtamentis fauorabilius nullam ea de re legem ferri? Aut quid fauoris teſtamentorum inductum videri poteſt per legem Velleam hoc ſolo quòd prohibuit ne inſtituti nepotes ſuccedendo rumpant ſi eadem lex conſtituit vt ſuccedant & ſuccedendo rumpant præteriti, qui antea nec ſuccedebant, nec præteriti quoque ſuccedendo rumpebant? An non ſi ita eſſet, comparare oporteret legem hanc Peliadi haſtæ? de qua ſic Poëta quodam loco, 4 5

Vulnus Achillæo quod quondam fecerat hoſti
Vulneris auxilium Pelias haſta tulit.

Enimuerò ſi ante Velleum nepos in præmortui parētis locum non ſuccedebat, nec ſuccedendo rumpat, quid obſecro neceſſaria fuit ſubtilitas Galli Aquilij ad excogitandam dictandámque formulam per quam poſthumus nepos vtiliter inſtitueretur? Admitto equidem Gallum Aquilium tractaſſe de cōcipiendæ inſtitutione nepotis qui ſi præteritus eſſet agnaſcendo non poſſet ſuccedendo teſtamentum rupturus erat, quia cùm nō poſſet ſuccedere eo ipſo inſtanti quo pater decederet, vtpote qui nondum eo tempore natus eſſet, priuſque naſci eū quàm in parentis locū ſuccedere oporteret, agnationi ſui hæredis potius quàm ſucceſſioni imputādū erat quòd aui teſtamentū rumperet Cæterū nec illa ratione rumpebat

rempebat agnaſcendo quàm quia ſuus heres eſſet, neque
rurſus alio intuitu ſuus heres dici poterat quàm quod
in ſui hæredis præmortui locum ſucceſſiſſet, primum-
que in familia gradum natiuitatis ſuæ tempore vacuum
repetiſſet, ideóque & interdum ſuccedendo rumpere di-
citur, qui rumpit agnaſcendo, *leg. ſi quis filio. 6. § ſed ſi
pater. de iniuſt. rupt. d. l. leg. 1. §. ſi filius. D. de ſuis & legit.*
Iunct. §. *interdum eiuſdem leg. 1.* & ex contrario quoque
qui ſuccedit quaſi nunc primùm agnaſcatur poſthumi
6 loco eſſe dicitur in *l. poſthumorum. 14. de iniuſt. rupt.* † nec
admitti poteſt quod Alciatus ait, ea quæ circa Galli for-
mulam tractat Scæuola de teſtamento per nepotis po-
ſthumi præteritionem rumpendo non ad ius antiquum
quod Galli temporibus obtinebat, ſed ad legem Vel-
leam referri debere. Nam imò verò multos caſus tractat
Scæuola quos negat ad legem Velleam pertinere, & in
quibus tamen fatetur ruptum iri teſtamentum præteri-
tione nepotis poſthumi, niſi vel ex ſententia legis Vel-
leæ, vel qua alia ratione & interpretatione defenda-
tur, vt in §. *& quid ſi tantùm*, & §. *quid ſi qui filium.* Et
apertiùs in §. *ſi eius.* an nō quærit Scæuola, vtrum caſus
quem eo loco tractat ad legem Velleam reſpiciat, an ad
ius antiquum aptandus ſit, id eſt ad illud quod ante le-
gem Velleam obtinebat, & Galli temporibus: itemque
an poſſit vel ex iure antiquo vel ex lege Vellea inſtitu-
tus nepos non rumpere? Quorſum verò iuris antiqui
meminiſſe debuit, & ſubiicere nihil referre an ex iure
antiquo, an ex lege Vellea nepos excludatur, ſi ita ius
erat ante legem Velleam, vt teſtamentum rumpere etiā
præteritus nō poſſet? Aut quid attinebat diſputare an
inſpecto iure antiquo vtiliter inſtitutus eſſet nepos ſi
præteriri impunè poterat. Quod autem idē Alciatus ad-
dit, non alia de cauſa Gallū prodidiſſe formulam de in-
ſtituendo poſthumo nepote quàm quòd abſurdum &
iniquum putaret, excludi eum ab aui hereditate, nonne
pluſquam ridiculum eſt? Si quidem Galli formula non
minùs ad exhæredandum, quàm inſtituendum nepotē
poſthumum pertinet, cùm æquè poſthumus ac filius iā
natus exhæredari poſſit ſiue viuo ſiue mortuo teſtatore
naſcatur *l. 3. in princip. & §. ſed etſi ſit & §. nominatim. D.
de iniuſt. rup.* Quòd ſi poſthumus filius, cur non & po-
7 ſthumus nepos? † Deinde qui neſciat quod iam nos in
ſuperioribus tam ſæpe inculcauimus poſthumi inſtitu-
tionem iure vetere & duodecim tabularum permiſſam
non fuiſſe, poſteà verò ex prudentum interpretatione
eatenus duntaxat inductam, quatenus teſtamentorum
fauor & neceſſitas poſtularet, id eſt ratione poſthumi
ſui, cuius præteritione periculum erat ne ſi naſceretur
rumperet teſtamentum? Proinde ſi cum Alciato defen-
das poſthumum nepotem Galli temporibus, & antè le-
gem Velleam, nec in locum parentis ſui præmortui ſuc-
cedere, nec teſtamentum rumpere potuiſſe, illud quoq;
fateri te neceſſe erit, non potuiſſe Gallum inducere vt
poſthumus hic nepos inſtitui poſſet, non magis quàm
vt alieni poſthumi inſtitutio valeret, aut ſui qui viuo
teſtatore naſceretur: nec minùs illo caſu, quàm iſtis ne-
ceſſarium fuiſſet auxilium legis Velleæ aut alterius ad
conſtituendū vt cū poſthumo nepote teſtamenti factio
8 eſſe inciperet. † Poſtremò non poſſis negare, quin iam
ipſius Galli temporibus poſthumus hic nepos, quem
Aquilianum dicimus, & ſuus & neceſſarius hæres auo
ab inteſtato futurus eſſet: nam & alienos quoque po-
ſthumos legitimos hæredes fieri non poſſe ex eiuſdem
Galli ſententia obtinuerat, *l. penult. de legat. 1.* Debuit er-
go iam tum neceſſariò inſtitui vel exhæredari, ne teſta-
mentum rumperet. Fuit enim perpetua illa veteris iuris
regula, Suum hæredem aut inſtituendum eſſe aut exhæ-
redandum, alioqui teſtamentum vel ipſo iure nullum
eſſe ſi ſuus hæres iam natus ſit, vel rumpi agnatione ſi
poſteà naſcatur. † Eàmque regulam condicio ipſa ſuita-
9 tis, vt ita dicam, euincit: cùm quiſquis ſuus hæres eſt idē
viuo & defuncto patrefamilias ſit dominus tametſi non
ſit inſtitutus, niſi per exhæredationem id illi dominium
ablatum ſit *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum* Atqui fieri
non poteſt, vt eo domino, id eſt hærede exiſtente, alius
quoque qui teſtamento ſcriptus fuit, hæres ſit & domi-
nus: alioqui eodem tempore duo eiuſdem ſucceſſionis
hæredes & domini in ſolidum eſſent, quod iuris ratio
non patitur, *l. ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum. D. com-
mod. l. quod contra 141. §. vtm duo de reg. iur.* Alterutrum
igitur euenire neceſſe eſt, vt vel ius ſuitatis rumpat vim
teſtamenti, vel teſtamentum extinguat ius ſuitatis. Po-
ſterius dici non poteſt, quia ius ſuitatis vt antiquius, &
naturali quoque ratione ac æquitate ſubnixum, ita &
potentius eſt, adeò vt neque per exhæredationem pror-
ſus extinguatur quemadmodum infrà docebimus. Prius
ergo euenire, hoc eſt teſtamentum rumpi prorſus con-
ſequens eſt. † Ac ſanè tantum abeſt vt lex Vellea ſuc- 10
ceſſione aut agnatione poſthumi nepotis teſtamentum
rumpi induxerit, vt ex contrario non ad alium finem la-
ta ſit quàm confirmandorum teſtamentorum gratia, *l. ſi
ha. eius 10. §. qui filium. D. de teſta. tuto.* Confirmat enim
hoc ipſo quod vetat rumpi, vt Scæuola loquitur in hoc
§ & *d. §. ille caſus.* Exemplo, vt & Cuiacius fatetur, legis
Corneliæ, quæ non alio ſenſu teſtamenta eorum qui in
hoſtium poteſtate deceſſerunt confirmare dicitur, quàm
quia impedit ne fiant irrita per ſuperuenientem capti-
uitatem *l. lex Cornel. a 28. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. lege
Cornelia 12. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Quid autem tam con-
trarium confirmationi teſtamentorum, quàm ſi lege
Vellea inductum ſit vt ſucceſſione rumpantur, quæ an-
tea non rumpebantur? Eſtque in hanc rem textus non
minùs elegans quàm apertus in *l. 2. §. 1. d. vulg. & pup.
ſubſt.* in illis verbis: *ita enim poſt legem Velleam ſucceden-
do non rumpunt teſtamentum*, ſcilicet, vt præcedentia de-
monſtrant, ſi vel inſtituti ſint vel exhæredati. An non
enim probat is locus manifeſtiſſimè ante legē Velleam
ita ius fuiſſe vt nepotes iſti ſuccedendo rumperent,
quamuis vel inſtituti eſſent vel exhæredati? Planè, quia
non aliter teſtamenta rumpi lex Vellea prohibuit quàm
ſi nepotes inſtituti vel exhæredati proponerentur, non
malè, licèt minùs propriè poſſis dicere lege Vellea ſuc-
cedere, & ſuccedendo teſtamentū rumpere nepotē, qui
nec inſtitutus ſit nec exhæredatus. † Quomodo Iuſti- 11
nianus aut Tribonianus potiùs more ſuo parū attendēs
ad verborū proprietatem ſermoniſq; elegātiam locutus
eſt in *d. l. ſi quis filium 34. C. de inof. teſt.* vbi verba illa *ex
lege Vellea* quæ Alciatū fefellerunt ſic proculdubio ac-
cipienda eſſe conſtat ac ſi pluribus ſcriptū eſſet *permit-
tente lege Vellea*, aut ſi mauis apertiùs, *ſine impedimento
legis Velleæ*, vt in *l. 1. C. de liber. præter* quo loco mirum eſt
abuti etiam Alciatū vt errorem ſuum muniat, cùm vel
ex illo ſolo, ſi alius nullus eſſet, cōcludere potius debue-
rit lege Vellea allatum impedimentum ne teſtamenta
ſucceſſione rūperentur, non vt ille putat inductam rum-
pendi facilitatem facultatémque. Sic ex contrario ſi de
primo legis Velleæ capite agatur quo permiſſa eſt po-
ſthumi viuo teſtatore naſcituri inſtitutio, poſſit quis
non malè id ipſum vſurpare, quod de ſecundo capite
Scæuola ſcribit, prohibere legem ne teſtamentum rum-
patur. Neque enim facit lex vt ab initio valeat inſtitu-
tio poſthumi præſertim filij quē ſuum naſci prorſus ne-
ceſſe ſit, quíque fortaſſis poſt mortē patris ſit naſciturus.
Sed ſi viuo teſtatore eum contingat, ideóq; talem appa-
rere qui inſtitui non potuerit, facit lex vt inſtitutio quę
initio inſpecto in eo erat vt valere poſſet, nempe ſi
poſthumus ille mortuo patre natus fuiſſet, omnimodo
valeat neque ex euentu inutilis fiat, & vt ita dixerim,
rumpatur, ob id ſolum quod poſteà viuo teſtatore naſci
poſthumum contigerit. Sed hoc ipſum ideò quia per-
mittit eius quoque poſthumi inſtitutionem qui viuo te-
ſtatore naſcatur, cùm antea permiſſa non eſſet. † Ergo 12
& ſimiliter quāuis eadē lex ſecundo capite non permi-
ſerit aut iuſſerit inſtitui nepotē qui in parentis locum
ſuccedere

ſuccedere poſſit, ſed tantùm prohibuerit ne rumperet, ſi eſſet inſtitutus vel exheredatus, poſſit quis tamen non omninò ineptè, licèt minus propriè, cum Tribon dicere ex lege Vellea rumpi teſtamentum ſi nepos hic ſit præteritus. Quaſi hoc ipſo quod prohibuit eum rumpere ſi eſſet inſtitutus vel exheredatus a contrario ſenſu permiſerit rumpere ſecundum id ius quod iam antea obtinebat ſi eſſet præteritus. Iam ergo nihil eſt quod pro viris doctiſſimis afferri poſſit, præter verba illa legis
13 Velleæ quæ proponuntur in §. videndum, *in locũ ſuorum ſui heredes ſucceduntо.* † Sed reſponderi duobus modis poteſt. Primùm ita vt dicamus, quod ego veriſſimum arbitror, non eſſe verba hæc aut legis Velleæ aut Scæuolæ, ſed inepti interpretis de ſuo ſupplentis pro arbitrio quod Scæuola in referenda lege ex propoſito tacuerat, adiecta hac breuitatis nota &c. Mouet me quòd vix eſt, vt ea nota in mediam clauſulam conferatur, ſed in finem dumtaxat, cùm cætera quæ dici poſſent ad id de quo agitur nil pertinent. Scæuola verò in *d. §. videndum,* nõ de ſucceſſione aut ſucceſſionis in locum ſui hæredis iure diſputat, ſed tantùm de interpretatione priorum verborum legis. *ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus heres eſſe deſierit,* vt ad eum §. docebimus Nec poſſis obiicere, in § præcedente, notam illam, *&c.* in media quoque clauſula additam fuiſſe. Nam imò verò quæ ſequuntur, *etiamſi parente viuo naſcantur,* æquè puto eſſe inepti interpretis, cùm nec præcedentibus conueniant quæ in ſingulari numero ſcripta ſunt, nec ad propoſitam eo loco quæſtionem pertineant, quæ non de illo erat, an viuo parente naſci oporteret liberos vt primo legis capite comprehenderentur, ſed de illo dumtaxat, vtrum natiuitatis tantùm, an verò teſtamenti quoque tempus verbis legis demonſtratum eſſet in deſignanda ſui hæredis perſona. Quare necdum inter vulgares interpretes conuenit an adiectio illa huic an illi §. *adſcribenda ſit,* quia nullibi aut neceſſaria eſt aut commoda: ſi quidem Scæuolæ ſatis erat priora legis verba expreſſiſſe: *Qui teſtamentũ faciet is omnis virilis ſexus qui ei ſuus heres futurus erit,* &c. vt natiuitatis non teſtamenti tempus inſpiciendum eſſe oſtenderet. Mouet me ſecundò quòd hic quoque verſiculus de quo diſputauimus, *in locum ſuorum ſui hæredes ſuccedunto,* ſuperioribus verbis legis nil cõuenit. In quibus cùm ſcriptum ſit, *ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus heres eſſe deſierit, liberi eius,* &c. ſequi debebat, *in locum ipſius ſuccedunto.* Cætera enim non ſolùm ſunt ſuperflua, ſed etiam incõgrua vt nemo non videt. Tertiò moueor, quia defendi nullomodo poteſt ſucceſſionem nepotis in locum ſui hæredis, qui ſuus hæres eſſe deſierit, lege Vellea inductam eſſe, vt à nobis luce meridiana clarius probatũ eſt. Deniq; quod ex hoc. §. & §. *ille caſus infr.* aliiſq; locis ſuprà citatis apparet legis verba non affirmatiuè, ſed negatiuè & per prohibitionem concepta fuiſſe, cùm præcipuè id egerit hoc capite vt vetaret rumpi teſtamẽtum per ſui hæredis ſucceſſionem. Ergo vel quæ proponuntur *d. §. videndum* poſt notam illam, *&c.* ſunt irreptitia, quod apud me tam certum eſt quàm quod maxime, vel ſi vera eſſe voles, fatere ſaltem manca eſſe, & mutila niſi addas quod præcipuum eſt, *ſuccedentes rumpunto.* Hincque altera ad ſuperiorem obiectionem reſponſio ſumi poteſt. Nam, vt maximè legis fuiſſe concedam verba illa, non eo minus ſupplebo cætera quæ ex Scæuola aliiſque Iurecõſultis ſupplenda eſſe appareat. Quamquam interpretis eſſe non legis facilè admittet qui tam multa alia, tota præſertim hac lege ex interpretum gloſſis ineptè in textum tranſlata eſſe animaduertet †
14 Scio poſſe etiam dici, nec prorſus improbabiliter, eorum verborum, *in locum ſuorum hæredum ſui heredes ſuccedunto,* hanc eſſe ſententiam, vt lex iubeat nepotes ſubintrare in locum liberorum, non tam quaſi ſuos vt rumpant, quàm quaſi hæredes & quidem ſcriptos, id eſt teſtamentarios ne rumpant. Nam cùm lex Vellea prohibuerit ne ſuccedendo rumpant, illud quoque ab ea conſtitutum neceſſe eſt vt inſtituti ſuccedere poſſint ex teſtamento, qui ceſſante lege ex teſtamento non ſuccedebant. Sed emendatio noſtra probabilior eſt, vel eo maximè nomine, quod lex Vellea non tantum de inſtituto nepote locuta eſt, ſed etiam de exhæredato quem & prohibuit rumpere, *l. 1. §. 1. de vulg. & pupill. ſubſt.* nec tamen fecit aut facere potuit vt exhæredatus ex teſtamento hæres eſſet. quamuis non eò minus in patris præmortui locum ſuccedat nepos quòd ſit exhæredatus: propter quam cauſam & ante legem Velleam exhæredatus æquè ac inſtitutus rumpebat † Refellendi 15
quoque nobis ſunt ij qui ſcribunt Velleam legem hoc ſecundo capite nihil niſi conſilium dediſſe inſtituendorum aut exhæredandorum, nepotum ne in locum ſuorum hæredum ſuccedendo rumperent: quo nihil dici poteſt ineptius. Legis enim eſt præcipere, iubere & prohibere, non conſilium dare. Tum verò conſilium dare parum non fuiſſet, cùm nihil prodeſſet teſtatori nepotẽ inſtituiſſe vel exhæredaſſe quominus is ſuccedendo rũperet, vt probauimus. Prohibendus igitur fuit nepos inſtitutus aut exhæredatus, non ne ſuccederet, quo prohiberi non poterat, ſed ne ſuccedendo rumperet. † Non 16
valdè diſſimilis Goueani error eſt exiſtimantis nihil aliud hac legis parte caueri quàm quemadmodum nepotes iam nati quos patres præcedunt mortis tempore ab auis inſtitui poſſint, quòd iis prior gradus obſtare videretur Quaſi verò ad legis maieſtatem pertineat formulam & cautionem præſcribere ne id fiat quod ſi fieri lex nolit, prohibere rectè poſſit. An non enim erat Velleo legem roganti facilius prohibere ne inſtitutus aut exhæredatus nepos ſuccedendo rumperet, quàm præſcribere quomodo inſtitui poſſet? Deinde quid proderat præſcribere quomodo & quibus verbis ea inſtitutio conciperetur, ſi iuris ratio obſtabat quominus ob vtilem inſtitutionem ſuſtineri teſtamentum poſſet? Id enim ex iis quæ proximo capite dicemus veriſſimum eſſe apparebit Neque verò credendum eſt verba illa, *ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit,* eſſe verba formulæ à teſtatore vt ſecurè teſtetur vſurpanda, quod imperiti plerique autumant. Sunt enim verba legis prohibentis rumpi teſtamentum ab eo qui in ſui hæredis locum ſuccedat. Concludamus igitur legem hanc ſecundo capite hoc vnum induxiſſe quod prohibuit ne inſtitutus aut exhæredatus nepos ſuccedendo in ſui hæredis locum rumpat aut teſtamentum qui anteà rumpebat: eámque eſſe ſententiam, *l. poſthumorum. 13 de iniuſt. rup. & irrit. teſtam.* Quoniam autem hoc ipſum adhuc obſcurius eſt, qui fieri poſſet ante legem Velleam, vt nepos vtiliter inſtitutus aut exhæredatus ab auo, nihilominus teſtamentum, ipſius ſuccedendo rumperet, de eo ſeparatim & accuratè ſequenti capite nobis tractandum eſt.

CAPVT. XIX.

Cur fuerit neceſſarium ſecundum caput legis Velleæ

SVMMARIA.

1 *Vulgaris interpretum ratio reprobatur.*
2 *Eum qui tanquam extraneus vtiliter inſtitutus eſt, non ideò rumpere teſtamentum, quòd poſtea fiat ſuus.*
3 *Cur legis Vellea auxilio opus ſit ad tuendam eius nepotis inſtitutionem, qui cùm inſtitutionis tempore non ſuus eſſet, poſtea ſuus eſſe cœpit;*
4 *In lege Vellea poſthumum nepotem non coniunctim cum patre, ſed ſucceſſiuè fuiſſe inſtitutum.*
5 *Poſthumum nepotem ante legem Velleam inſtitutũ vel exhæredatum quam in præmortui parentis locum viuo auo ſuccedebat, non ideo minùs præteritũ dictũ fuiſſe.*
6 *Huic malo ſecundo legis Vellea capite prouiſum eſſe.*

7 *Cur is qui tanquam extraneus vtiliter inſtitutus eſt, non ideò rumpat teſtamentum quòd poſtea fiat ſuus, per adrogationem vel adoptionem in locum nepotis vel filij?*
8 *Extraneo exhæredato, eodemque poſtea in locum filij vel nepotis adrogato, vel adoptato, teſtamentum agnatione, vel ſucceſſione rumpi.*
9 *Filio exhæredato, nepote vero inſtituto, nepotem qui in locum filij viuo auo defuncti ſuccedit, non rumpere teſtamentum.*
10 *Nepotes inſtitutos vel exhæredatos ex ſecundo legis Velleæ capite ſuccedendo teſtamentum non rumpere eo caſu, quo inſtituti ſunt liberi primi gradus, non quo exhæredati.*
11 *Non eſſe neceſſarium legis Velleæ auxilium, ſi filio & poſthumo nepote exhæredatis, nepos in filij locum ſuccedat, & aliquis inſtitutus ſit quo adeunte vtraque exhæredatio vires accipiat.*
12 *An ſi filius exhæredatus ſit, inſtitutus autem, non nepos, ſed extraneus, filio ante auum mortuo, ſuperſtite extraneo inſtituto, nepos ſuccedendo rumpat?*
13 *An ſi nepos iſte exhæredatus ſit, poſt legẽ Velleam rũpat?*
14 *Reſpondetur ad §.* filiusfamilias l. filius à patre 28. ff h.t.
15 *Ratio ſecundi capitis legis Velleæ ab aliis reddita reijcitur?*
16 *Summarium ſecundi capitis legis Velleæ.*

1 RAtio † illa vulgo ab interpretibus noſtris reddita, quæ mihi quoque aliquando placebat, quòd nepos ab auo qui filium teſtamenti tempore ſuperſtitem habebat, nominatim inſtitutus vel exhæredatus, non poſſit videri inſtitutus aut exhæredatus tanquam ſuus, ſed potius tanquam extraneus. Suus enim hæres eſt non quiſquis in familia & poteſtate eſt, quanquam hoc quoque maximè & neceſſariò requiritur, ſed qui primũ in familia gradum locúmque obtinet quòd ad cauſam hæreditatis & ſucceſſionis, *l. ſi quis poſthumos. 9. §. 1. l. filius a patre 28. §. 1. h. t. de liber & poſthum. l ſi quis filio. 9. de iniuſt. rupt. l. ſi filiusfamilias. 33. §. ſed ſi filiusfamilias de teſtam. milit. l. ſcripto. 7. D. vnd. liber. l. 1. § ſi filius. § interdum & §. ſciendum. D. de ſuis & legitim.* Multum autem intereſt an quis inſtitutus ſit, vel exhæredatus tanquam extraneus, an tanquam ſuus, *l. ſi poſthumus. 14. §. vlt cum l. ſeq. hoc tit.* cùm longe diuerſo iure deferatur ſuis & extraneis hæreditas, planéque alia ſint extraneorum, alia ſuorũ hæredum iura. Proinde non videbatur ante legem Velleam ſatisfactum iuris neceſſitati quæ ſui hæredis inſtitutionẽ vel exhæredationem requirebat, ſi tanquam extraneus inſtitutus eſſet aut exhæredatus, qui ob hoc ipſum neceſſario inſtituendus erat, vel exhæredandus quod iam eſſet aut fieri poſſet ſuus. Specioſa ſane ratio, ſed quæ propius intuenti mihi ſatisfacere non poteſt. † Video enim eum qui tanquam extraneus vtiliter inſtitutus ſit
2 non ideo rumpere teſtamentum, quod poſteà fiat ſuus, ſiue à teſtatore adrogatus ſit vt filius. *l. ſi qui heres. 18. de iniuſt. rupt.* ſiue in locum nepotis adoptatus *l. filio. 23. §. ſi Titius de liber. & poſthum.* vbi diſertis verbis Pap. ſcribit extraneum hæredem inſtitutum ac deinde loco nepotis adoptatum defuncto poſtea filio qui pater videbatur, non rumpere ſucceſſione teſtamentum, cùm hæres inueniatur. Sed & cùm nepos nondum natus ab auo inſtitutus eſt tanquam in familia naſciturus, & qui ſuus hæres eſſe poſſit, ſi poſtea viuo patre natus deinde emancipatus ſit, placet non vitiari inſtitutionem licèt fiat omnino extraneus qui inſtitutionis tempore ſuus fore ſperabatur, hac noſtra lege §. *vlt.* neque in eam rem lege
3 Vellea aut alia vlla opus fuit. † Cur ergo diuerſum admittamus in ſecundo legis Velleæ capite hoc eſt, Cur legis auxilium requirimus ad tuendam inſtitutionem nepotis ob hoc ſolum, quod cum inſtitutionis tempore eſſet non ſuus poſteà ſuus eſſe cœperit? Alia igitur, & verior & ſubtilior ratio quærenda eſt, Illa nimirum, ſi quid mei iudicij eſt, quòd nepos quem teſtamenti tempore pater præcedit ſi poſtea in præmortui parentis locum ſuccedat viuo auo, quantumuis inſtitutus ſit aut exhæredatus inuenit tamen ſe præteritum eo inſtanti quo ſuccedit. Nempe quia quandiu pater vixit non poſſit videri aut inſtitutus fuiſſe aut exhæredatus † Ponimus 4
enim non coniunctim cum patre fuiſſe inſtitutũ (quanquam & hoc fieri poteſt cum nihil vetet patri filium cohæredem dari ſiue ab auo ſiue ab extraneo, *l. ſi ego. 26. l. ſi ex ſua 36. de acquir. hered.*) ſed ſucceſſiuè poſt patrem, & eo ordine vt duo inſtitutionis gradus facti ſint. Nã & verbis legis Velleæ hic vnus caſus expreſſus eſt, *ſi quis*, inquit, *ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit*, & hac parte nepos Velleanus ſimilis eſt Aquiliano quod cum patre nunquam poſſit concurrere, ſimúlque admitti ad hæreditatem, *l. cum in teſtamento. 37. D. de here. inſt. iunct. l. poſthumorum. 14 quæ ſic omnino intelligenda eſt de iniuſt. rupt.* Prius ergo eſt vt primus gradus vacet & perimatur ſubducta ſcilicet de medio perſona filij, quàm vt nepos inſtitutus videatur. † Atqui ſtatim 5
atq; filius mortuus eſt, qui primũ tenebat gradũ, ſubintrat in eius locum nepos, & quidẽ ita támque ſubitò, vt nullum inſtans medium ſit quo primus gradus vacet Fit enim ea ſucceſſio, vt ſuperiore capite dicebamus, ſola naturæ iuriſque poteſtate, & vt cum philoſophis loquar, per modum priuationis potiùs quàm poſitionis, nec vllum in eam rem homini factum intercedit. Itaque ſicut inſtans mortis filij vitæ eius computatur, *l. cum duos. 18 §. 1. l. vlt. de fideicom. libert.* ita proximo quod ſtatim & immediatè ſequitur, inſtanti ſucceſſionem fieri neceſſe eſt nepotis in locum demortui aut deportati parentis Porrò eo inſtanti non reperit ſe inſtitutum, quia prius eſt vt inſtituatur quàm vt inſtitutũ ſe pariat: cúmque ipſius inſtitutio hoc demum primo inſtãti incipiat, quo pater iam mortuus ſit, nec amplius obſtet, &, vt vtar verbis legis Velleæ, quo pater ſuus hæres eſſe deſierit, neque aut retrotrahi nepotis inſtitutio poſſit ad tempus teſtamenti (ne cum patre inſtitutus videatur qui nõ niſi poſt eum & ex ordine fuit inſtitutus) aut in momẽto facta intelligi, quoniã nihil prorſus inſtanti fit in quo vel naturæ vel hominis factum interuenire oporteat: omnino conſequens eſt vt nepos hic Velleanus non ſolum non reperiat ſe inſtitutum, ſed neque inſtitui ſe videat eo primo inſtanti quo ſuccedit Sera igitur inſtitutio eſt poſtea quàm ſucceſſit, nec eò minùs dicere poteſt ſe præteritum qui priùs factus eſt ſuus quàm inſtitutus. Idq; eſt, ni fallor, quod ait Scæuola in *d. §. ille caſus, Poſteriore capite non permittit inſtitui ſed vetat, né ne ob eam rem minùs ratum eſſet quòd ſuccedit. Porrò præcedere* (ſi enim lego non vt vulgo, *procedere*) *debet vt vtiliter ſit inſtitutus.* Nã ſi inſtitutio nepotis non impedit quominus in ſuccedendo rumpat, quemadmodum Scæuolæ verba præ ſe ferunt: ergo nec impedit quominùs præteritus dici debeat. Neque enim alij rumpunt quàm qui præteritos ſe inueniunt, cũ agnaſcuntur aut ſuccedũt. ſi tales ſint qui vel inſtitui vel exhæredari debuerint. † Ita fiebat ante 6
legẽ Velleam, vt præteritionis pœnam pateretur auus qui nepotem non prætererat, ſed quantùm in ſe fuiſſet inſtituerat: quod etſi iniquum Iuriſprudẽtibus omnibus videri debebat argumen. *l. vlt. in fin. C. de poſthum. hered. inſt.* nullo tamen niſi nouæ alicuius legis remedio corrigi poterat: lex autem eò minùs neceſſaria videbatur, quòd cum viuo teſtatore ea ſucceſſio, teſtamentíque ruptio contingeret, in ipſius teſtatoris poteſtate eſſet aliud teſtamentum facere, atque ita aduerſus iuris iniquitatem ſibi conſulere; ſicut & cum prius legis caput interpretaremur, diximus, permiſſam olim non fuiſſe inſtitutionem ſui poſthumi qui viuo teſtatore naſceretur, quod quamuis agnaſcendo rumperet, non tamẽ faceret patrem neceſſario inteſtatum, quippe cui liceret aliud poſteà teſtamentum facere & hunc ipſum qui prius ruperat vel inſtituere vel exhæredare. Sed quemadmodum

modum tandem apparuit neceſſarium fuiſſe auxilium legis vt talis quoque poſthumi ſiue ſui ſiue alieni inſtitutio permitteretur, propterea quod multa poſſent accidere quibus impediretur teſtator ne nouum teſtamentum faceret: in eamque rem primum legis Velleæ caput latum eſt: ita neceſſarium quoque viſum eſt poſteriore eiuſdem legis capite prouideri, ne ſucceſſione teſtamentum rumperetur, quod alioqui tam facilè refici non poſſet, præſertim cum in ſecundo teſtamento ſi refici poſſet ille ipſe inſtituendus eſſet aut exhæredandus, qui in
7 priore iam inſtitutus erat, aut exheredatus. † Nec ſimile eſt quod diximus ex *d. l. l. quis heres.* 18. *de iniuſt. rupt.* ſi is qui hæres inſtitutus eſt, à teſtatore adoptetur poſſe dici ſatis ei factum. Ratio enim illa ſtatim redditur, *quia & antequam adoptetur inſtitutio, vt in extraneo locum habebit.* Senſus eſt hunc fuiſſe inſtitutum inde ab initio, & priuſquàm adoptaretur: ideóque nec poſſe videri præteritum, quia nihil erat quod impediret n ante adrogationem inſtitutus videretur tanquam extraneus, cùm non ſolum primo gradu inſtitutus eſſet, quod ſufficere poterat, ſed etiam ſolus. Quò etiam pertinet elegans illa & conciſa Papiniani ſententia in §. *ſi Titius d. l. filio hoc tit. nepotis ſucceſſione non rumpitur teſtamentum ab eo qui heres inuenitur.* Tractat enim de eo qui priuſquàm loco nepotis adoptaretur inſtitutus fuerat, & cõſequenter filio qui primum gradum tenebat exhæredato, aut ſi etiam voles, nihil enim hic intereſt cohærede dato: vt proinde eius inſtitutioni obſtare non poſſet quòd filius primi gradu teſtamenti tempore in medio fuiſſet. Cæterùm illud apertè Papinianus ſignificat ſucceſſione rumpi teſtamentum quoties hæres non inuenitur nepos qui ſuccedit & quo inſtanti ſuccedit, quod ipſum contingit quoties non priùs hæres inſtitutus eſt quàm ſuccedat, cùm, vt diximus, fieri nequeat vt eodem inſtanti ſuccedat quis & inſtituatur aut inſtitutum ſe reperiat, ſed omnino neceſſe ſit, vt iam antè quam ſucce-
8 deret fuerit inſtitutus. † Vnde fit vt ſi ponas exhæredatum extraneum (non idem eſt ſi filium qui fuerat emancipatus *d. l. filio in princi.* aut qui nullo facto patris intercedente, ſed quodam tantum naturali ordine & fuerit extra poteſtatem & itidem reciderit in poteſtatem vt in ſpecie illa peregrini quam Triphoninus tractat in *l. proxim.* § 1. *ſum hoc tit.*) eundémque poſtea adoptatum vel adrogatum ſiue filij ſiue nepotis loco, teſtamentum omnimodo rumpatur. Priore caſu agnatione ſui hæredis, poſteriore verò, ſucceſſione in ſui heredis locum, quia exheredatio ab initio non valuit, & quo tempore fit ſuus nec vtiliter exheredatum ſe reperit nec inſtitutum, ſed præteritum qui tamen ſi fuiſſet inſtitutus non rumperet, quia inſtitutum ſe reperiret, nimirum quia non ſicut inſtitutio ita exheredatio extranei valet *l. non putauit,* 8. § *ſi quis emancipatum verſic. ſed extraneo. D. de bon. poſſ. cont. tabul. iunct. d. l. filio in princ.* ſi quidem abſurdum eſt exhæredari extraneum, cùm exhæredatio præſupponat habendæ hæreditatis ſpem ac quaſi præſentem acquiſitionem, quæ in extraneo præſertim non inſtituto nulla eſt, *l. quidam cum filium* 32. *de verbor. obligat.* ſed tantum in ſuo hærede, *l. in ſuis* 11. *hoc titul.* aut in emancipato qui licèt iure ciuili, neque ſuus ſit neque cognitus, à Prætore tamen inter ſuos hæredes connumeratur hactenus, vt petere poſſit bonorum poſſeſſionem contra tabulas niſi ſit exheredatus, quia & ab inteſtato petere poſſet. Vnde liberi, vt vel hoc ipſo vtilis ſit emancipati exheredatio, quod eum excludit à beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas, *dict. l. non putauit in princip. de contr. tab. l vltim. D. hoc titul. iunct.* §. *ſunt autem Inſtitut. de bonor. poſſeſſ.* Et quemadmodum ſuprà diximus fieri non poſſe, vt nepos ex ordine poſt patrem inſtitutus, eo inſtanti quo fit ſuus ſuccedendo in locum patris præmortui reperiat ſe inſtitutum ideóque fieri vt rumpat, ita nec fieri poteſt vt qui ab initio inutiliter exheredatus eſt reperiat ſe exheredatum cum ſuccedit, quandoquidem inutilis exheredatio pro non exheredatione eſt, *dict. l. non putauit.* § *non quæuis de contr. tabul.*
9 † Ex contrariò finge filium qui primum gradum tenebat exheredatum fuiſſe, nepotem verò inſtitutum neque enim ſicut Aquiliani ita & Velleiani nepotis inſtitutio requirit præcedentem filij inſtitutionem, cum verendum non ſit ne filius à Velleano nepote exheredatus poſt mortem ſuam exheredatus videatur) ſine dubio defuncto filio viuo auo nepos in locum præmortui parentis ſuccedens non rumpet teſtamentum, quia reperiet ſe inſtitutum, nec perinde inſtitutioni eius obſtiterit exheredatio patris atque inſtitutio obſtitiſſet: quãuis non magis exheredatio filij faciat nepotem ſuum heredem auo quandiu auus viuit quàm ſi idem filius inſtitutus eſſet. Semper enim patris etiam exheredati perſona nocet nepoti ne ſuus heres ſit auo, id eſt ne tanquam ſuum inſtitui eum neceſſariò vel exheredari oporteat, *dict. l. ſi quis filio* 6. *de iniuſt. rupt.* Id enim eſt quod dici ſolet exheredationem non tollere ius ſuitatis, de quo proximo capite dicemus. † Ergo quod lex Vellea ſe- 10
cundo iſto capite conſtituit, vt nepotes nati tempore teſtamenti ſi vel inſtituti, vel exheredati ſint non rumpant ſuccedendo ad eum caſum coarctandum eſt, quo liberi primi gradus inſtituti ſint, non quo exheredati. His namque exheredatis & nepotibus inſtitutis fieri non poteſt, vt nullo caſu nepotes rumpant licèt exheredatus pater viuo auo decedat, quia quo inſtanti ſuccedunt eo ipſo iam inſtitutos ſe reperiunt, nec patris exheredatio id impedit, quæ potius facit, vt tanto magis inſtitutio nepotum valere debeat arg. *d. l. ſi* 10. §. 1. *hoc tit. & d. l. ſi quis heres de iniuſt. rupt.* † Quod ſi vtrique ſint ex- 11
heredati, negari etiam non poteſt quin nepos ſuccedendo reperiat ſe exheredatum, ideóque nec poſſit rumpere. Ponimus enim alium inſtitutum quo adeunte vtraque exheredatio vires accipere poſſit. Proinde nec fuit hoc caſu neceſſarium legis auxilium vt prohiberetur teſtamentum rumpi, ſed eo demum quo filius ſit inſtitutus: inſtitutio enim filij, vt diximus, facit ne quandiu is viuit, nepos qui ex ordine, & ſucceſſiuè inſtitutus eſt, vllomodo inſtitutus videatur, atque ita vt proximo ſtatim inſtanti quo ſuccedit in locum parentis præmortui non reperiat ſe inſtitutum. Et diuerſitatis ratio eſt, quia inſtitutio ponit aliquid, & tribuit, exheredatio autem nihil, ſed tantum priuat & adimit. † Quid verò ſi fi- 12
lius ſit exheredatus, inſtitutus autem non nepos, ſed extraneus; Mortuo filio ante auum ſuperſtite extraneo inſtituto, nepos ſuccedendo rumpet tanquam præteritus, quia quòd ad ipſum pertinet nihil eius intereſt an pater inſtitutus ſit an extraneus, cùm vtriuſque effectus ille ſit vt eo inſtanti quo nepos ſuccedit in locum ſui heredis, nec inſtitutus ſit nec exheredatus. Defuncto autem ante filium extraneo hærede ſcripto, quæſtioni locus eſſe non poteſt, propterea quod irritum fiat teſtamentum, ex quo ampliùs hereditas adiri nequeat. *l.* 2. *de iniuſt. rupt.* Semel verò factum irritum poſtea rumpi non poſſit, ſicut nec ſubſiſtere quòd ad filij exheredationem, *l. filium* 20. *D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* Quid rurſum ſi nepos ipſe ſit exhæredatus? † Perinde rum- 13
pebat teſtamẽtum ante legem Velleam atque cùm erat inſtitutus, hodie poſt legem non rumpet, *l.* 2. § 1. *D. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* In eóque durior eſt conditio nepotis quàm extranei, quòd nepotis exheredatio facta viuo filio ei nocet quandocunque facto ſuo heredi, non item exheredatio extranei, extraneo, ſcilicet propter ſpem ſuitatis, & quia ſine vllo hominis facto ac ſolo naturæ ordine nepos fit ſuus auo argum. *dict. l. filius à patre,* 28 §. *filiusfamilias in fin. hoc titul.* Nam & viciſſim 14
nepos in eo melioris conditionis eſt quàm extraneus propter ſpem ſuitatis, quod ſi non exheredetur inſtitui debet non etiam extraneus. † Non obſtat ſuperioribus quod in *dict.* §. *filiusfamilias* ſcriptum eſt ſi hæres ſit inſtitutus filius vel exheredatus qui poſteà ſuus eſſe cœperit

rit non rumpere teſtamentum quoties nullo nouo facto hominis,ſed naturali tãtùm quodam ordine id contigerit. Eſt enim lòcus ille de filio primi gradus cuius inſtitutionem nihil remorabitur. Nos autem de nepote agimus poſt filium & per ſucceſſionis ordinem inſtituto, qui licèt inſtitutus ſit habendus tamen eſt pro non inſtituto quandiu filius viuit, quia non niſi poſt eum admitti poſſit. Quod autem eadem lex ait, *ſi hæres inſtitutus ſit vel exhæredatus*, non eò pertinet quaſi aliàs nihil interſit ad teſtamenti validitatem an inſtitutus ſit vel exhæredatus is qui viuo teſtatori ſuus hæres factus eſt cùm teſtamenti tempore non eſſet (iam enim monuimus inſtitutum non rumpere etiamſi facto hominis ſuus fiat, puta per adoptionem aut adrogationem, *dict. l. filio. 23. §. 1. eod. dict. l. ſi quis hæres 18. de iniuſt. rupt.* exhæredatum verò rumpere ſi exhæredationis tempore fuit prorſus extraneus, *dict. l. non putauit. 8. § ſi quis emancipatum de contr. tabul.* Sed quia in illius §. ſpecie nihil intereſt an inſtitutus vel exhæredatus fuerit filius militis filijfamiliàs de caſtrenſi peculio teſtati, cùm neutro caſu rumpat teſtamentum, quippe qui prætèritus non fuerit.

15 † Scio eſſe qui putent caput hoc ſecundum legis, Velleæ ideò tantùm fuiſſe neceſſarium quòd licèt iure antiquo & lege 12. tabularum tam natorum hominum inſtitutio generaliter eſſet permiſſa, nepotum tamen quandiu filius ſuperſtes eſſet inutilis inſtitutio videbatur: quaſi quorum ratio nulla haberi deberet viuo filio, Velleum tamen animaduertiſſe, moriente filio nepotem in ſui hæredis locum ſuccedere, ob ídque lege ſua cautum voluiſſe vt nepotis inſtitutio valeret quæ in ſuitatis futuræ caſum collata eſſet. Verùm ſi, vt iſti fauentur, ita ius erat vt inſtitui nepos iam natus poſſet ſiue purè, ſiue in eum caſum quo ſuus hæres futurus eſſet, quid fuit obſecro neceſſe Velleum conſtituere vt ius inſtituti valeret? Rurſum ſi nulla huius nepotis ratio habenda erat viuo filio, cur ei permiſſum erat rumpere ſuccedendo tametſi inſtitutus eſſet vtiliter, ni Velleus prohibuiſſet? Præſertim cum non eò minùs rumperet quòd in caſum ſuitatis futuræ inſtitutus fuiſſet. Hic enim caſos eſt in quo prohibuit Velleus eum rumpere, cõſtat autem prohibuiſſe rumpere eo ipſo caſu quo anteà rumpebat. Denique tantum abeſt vt nepotis Velleani viuo patre ratio nulla habenda eſſet, vt ex contrario maior tum ratio eius haberetur, quàm ſi iam teſtamenti tempore defuncto patre primum ille in familia gradum locúmque occupaſſet, & quidem præmortuo filio impunè nepos præteriri poterat ſaluo tantùm iure accreſcendi: cum verò pater eum teſtamenti tempore præcedebat ſi poſtea in ipſius locum ſuccedere nepotem contingeret etiam inſtitutus rumpebat ſuccedendo quaſi præteritus, vt docuimus pluribus ſuprà ad §. idem credendum, vbi diſſimilitudinis quoque rationem attulimus, quam hîc repetere nil eſt neceſſe. Laudo ego Salomonium, licèt non laudem commentarios quos ille hanc legem ampliſſimos conſcripſit, qui ingenuè & ex bona fide profitetur rationem ſe ignorare eius iuris quod poſteriore hoc capite legis Velleæ inductum fuit, id eſt cur neceſſe fuerit lege prohiberi ne ſuccedendo teſtamentum rumperet nepos qui vtiliter eſſet inſtitutus. Nec ſanè ſi per mille annos te exerceas aliam rationem inuenire poſſis quàm quæ à nobis excogitata & tradita eſt.

16 † Apparet igitur quod ſcriptum eſt in *dict. l. poſthumorum 13. in ſin. & in §. poſthumorum.* Iuſtit. *de exhæred. liber. idque lege Iulia Vellea prouiſum eſt*, non ſic accipi debere vt lex Vellea permiſerit inſtitui aut exhæredari nepotem iam natum tempore teſtamenti, non item vt iuſſerit, aut vt præterito nepote teſtamentum ſucceſſione rumpi voluerit (hæc enim omnia iam ante legem Velleã obtinebãt) ſed inſtituto eo vel exhæredato prohibuerat ſucceſſione rumpi teſtamentum, eo nimirũ caſu quo filius præmortuus eſſet inſtitutus. Nã ſi erat exhæredatus nil ſe interpoſuit lex Vellea, quia nec neceſſe fuit.

CAPVT. XX.

Exhæredatione non perimi ius ſuitatis, Ad l. 1. §. ſi pater in poteſtate, de coniug. cum emancip. liber. cuius, & Ad l. qui in aliena. 6. § interdictum de acquir. hæred.

SVMMARIA.

1 *Variæ rationes congeruntur, quibus probatur ius ſuitatis exhæredationi non perimi.*
2 *Non tantùm iure ciuili, ſed etiam Prætorio exhæredatum filium nepoti obſtare, quominus nepos præteritus contra tabulas bonorum poſſeſſionem petere poſſit.*
3 *Filium licèt exhæredatum, primum tamen gradum tenere etiam in cauſa ſuccedendi moriente teſtatore.*
4 *Reſpondetur ad nonnullos iuris locos quibus probari videtur, ius ſuitatis exhæredatione perimi.*
5 *Quomodo intelligendus ſit Vlpianus in l. 1. §.* ſed & ſi patruus, ff. de coniung. cum emancip. lib.
6 *Cur filius exhæredatus in* d. §. *pro mortuo habeatur.*
7 *Quid in Edicto de coniungendis cum emancipato liberis faciat vt exhæredatus pro mortuo habeatur.*
8 *Extra cauſam illius Edicti exhæredatum filium pro mortuo habendum non eſſe.*
9 *Reſpondetur ad* l. qui in aliena, §. interdum. ff. de acquir. hæred.
10 *Euenire aliquando vt filius ſit patri hæres neceſſarius quamuis nec ſuus ſit, nec in patris morientis poteſtate.*
11 *Quomodo in* d. §. interdum. *fiat, vt eo ipſo inſtanti quo nepos ſit neceſſarius hæres auo, fiat etiam ſuus?*

PRoximo capite obiter diximus, per exhæredationem nõ tolli ius ſuitatis, quod an verum ſit, & quomodo accipiendum, quia cõtrouerti & ignorari video à viris doctiſſimis, operæ precium erit inueſtigare. † Non 1
tolli ius ſuitatis per exhæredationẽ ex eo intelligimus quod exheredati filij perſona obſtat nepoti quominus ſuus hæres ſit auo, adeò vt non ſolum impunè præteriri poſſit nepos ſi exhæredatus filius & patri & aditæ patris hæredati ſuperuixerit: ſed etam defũcto exhæredato ante aditam ab extraneo hæreditatem non poſſit rumpere quaſi præteritus qui póſt exhæredati patris mortem natus eſt, *l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt.* vbi elegans ratio redditur, *cùm nec exhæredari huiuſmodi nepos deberet ab auo quem pater præcedebat*: Et paulò, *nam agnaſcendo quidem is rumpit quem nemo præcedebat mortis tempore* Cui conuenit quod paulò obſcurius licet elegantius circa eandem ſpeciem Papin. tractat in *l. ſcripto 7. D. ſi tabul. teſtam. nul. extab. vnd liber.* maximè in poſtremis illis verbis, *quare qui non obſtat iure inteſtati, iure teſtati videbitur obſtitiſſe.* Nam ſi per exhæredationem perimerétur ius ſuitatis, perinde agnaſcendo aut in ſui hæredis locum ſuccedendo nepos præteritus rumperet, ſiue poſthumus, ſiue iam natus, atque rumpit is cuius pater aut mortuus aut deportatus eſt, *l. 1. §. pen D. de bonor. poſſ. contr. tab. l. ſi necẽ 4 §. ſi deportatus de bon. libert.* Sed neque poſſet pater filio exhæredato pupillariter ſubſtituere, ſicut nec emancipato poteſt, nec mortuo, ſi filius exhæredatus pro nõ ſuo aut mortuo haberetur, Et tamen exhæredato quoque non minus quàm inſtituto pupillariter ſubſtituere pater poteſt, *l. 2. l. ſed ſi plures. 10. §. ad ſubſtitutis de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* † Nec tantùm iure ciuili, 2
ſed etam Prætorio exhæredatus filius obſtat nepoti, ne ſcilicet præteritus nepos contra tabulas petere poſſit aut ab inteſtato Vnde liberi, quod vtrumque poſſet ſi pater

pater in medio nó eſſet, aut ex eorum numero eſſe deſiiſſet quos Prætor inter ſuos hæredes connumerat, eodémque iure cenſet, vt Iuſtin. loquitur in §. *ſuus autem* Inſtitut. *de bonor. poſſeſſ.* Facit. *l. qui duos 3. de coniung. cum emancip. liber. eius*, illo loco, *exhæredatus enim obſtat filius ſuus*. Nã quod ſequitur *poſt emancipationem ſuſceptus* irrepticiũ eſt, vt docebimus in eius legis interpretatione. Huius autem iuris ratio euidens illa eſt, quia exhæredatio filij ſiue ſui, ſiue emancipati vires nullas habet quã diu teſtator viuit, ſed ab eo duntaxat tempore quo hæredi inſtituto acquiſita eſt hæreditas. *l. filium. 10. verſ. ſed enim exhæredatio. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabu. l. ſi patronus teſtamento 12. § ex teſtamento. D. bonor. libert.* Hæreditas autem non niſi poſt mortem teſtatoris acquiri poteſt, quia nec antè vlla eſſe intelligitur. *l. 1. de hæred. vel act. vend. leg. qui ſuperſtitis. 94. de acquir. hæred.* ſiue de ſuo hærede agatur, ſiue de extraneo *l. in ſuis 14. de ſuis & legit. l. in ſuis 11. de liber. & poſthum.* Porro ſuus hæres ille eſt qui eo potiſſimùm tempore quo paterfamilias moritur primum in familia locum obtinet, *dict. l. ſi quis filio, & dict. l. ſcripto. l. filius. 28. §. 1 de lib. & poſthum. l. filiusfa-*
3 *milias. 33. §. 1. de teſtam. milit.* † Nec ad rem pertinet ſi obiicias ius ſuitatis non ex eo tantùm æſtimari quòd quis primum gradum in teſtatoris familia teneat, ſed illud maximè requiri vt primum gradum teneat in cauſa hæreditatis & ſucceſſionis *dict. l. in ſuis de liber. & poſthum.* quæ res vix eſt vt conueniat exhæredato quem exhęredatio excludit non tantum à ſucceſſione, ſed etiam à ſpe ſucceſſionis. Nam reſpondeo quod iam dixi, exhæredationem nullius eſſe momenti quandiu pater viuit, ſicut nec cætera quæ teſtamento continentur: ob ídque nec facere poſſe quominus filius exhæredatus ſit auo morienti ſuus hæres, qui & hac de cauſa exhæredandus eſt ſi non inſtituatur ne præteritus iniuſtum faciat patris teſtamentum. Itaque negans non poteſt quin filius licèt exheredatus primũ gradum teneat etiam in cauſa ſuccedendi moriente teſtatore, quia necdum exhæredatus videtur, & conſequenter ſuus eſt, quamuis exhæredatione poſtea confirmata per teſtamenti confirmationem, hæreditate ſcilicet ex teſtamento acquiſita, verum ſit dicere exhæredatum ſuum hæredem non extitiſſe. *l. 1. §. poſt ſuos. D. de ſuis & legit.* Quod videtur Paulus innuere voluiſſe in *d. l. in ſuis*, iis verbis, *nec obſtat quod licet eos hæredare quos & occide-*
4 *re licebat.* Non tamen deſunt quidam iuris loci quibus contra probari videatur exhæredatione perimi ius ſuitatis. Ac primùm poſſit quis moueri ex eo quod ſcriptum eſt in *l. ſi quis poſthumos. 9 §. 1. de liber. & poſthum.* multum referre an filius exhæredatus ſit, an captus ab hoſtibus: filij captiui ius pendere, aut exhæredati prorſus abſciſſum eſſe. Verum longè alia planéque contraria illius loci ſententia eſt, vt dicemus infra Secundò vrgere illud maximè videtur quod ſcriptum eſt in *l. prima. §. ſi pater emancipatus. verſicul. ſed & ſi patruus de coniug. cum emancip. liber. eius*, nepotes, quorum pater emancipatus exhæredatus fuerit admitti poſſe ad bonorum poſſeſſionem aui cum patruo in poteſtate præterito, ratione illa, vt lex ait, quòd exhæredatus pater eorum pro mortuo habeatur. Sed nemo non videt falſam eſſe rationem ſi generaliter intelligatur, eique prorſus contrarium quam ſupra retulimus ex Marcello in *dict. l. qui duos. 3. eod. tit. exhæredatus enim*, inquit ille, *obſtat filius ſuus.* Quomodo enim obſtaret ſi pro mortuo haberetur? † Ergo ſic Vlpianus intelli-
5 gendus eſt vt quod pertinet ad Edictum *de coniung. cum emancip. liber.* de quo ille tractat, perinde admittantur nepotes ex filio exhæredato eodémque emancipato ſiue ſoli cum patruus nullus eſt, ſiue cum patruo ſi patruus ſuperſit ac ſi pater non eſſet, nempe quoniam ita poſito iure vt nouo Edicto aut quod idem eſt ex noua Iuliani clauſula, vt Marcellus loquitur in *dict. l. qui duos*, nepos in familia retentus iungatur patri præterito emancipato, abſurdum ſit fieri deteriorem nepotis conditionem, vt ad bona aui admitti nequeat ob id ſolum quod pater eius ſit exhæredatus, vt paulo antè Vlpian. ſcribit in verſic. abſurdum, & apertiùs Marcellus in *d. l. qui duos.* Vt tamen fieri non poteſt vt ei emancipatus iungatur ex edicto, pater qui exhæredatus eſt. Neque etiam putauit Prætor exhæredatos ad bonorum poſſeſſionem, contra tabulas admittendos, ſicut nec iure ciuili teſtaméta parentum turbant, id eſt iniuſta faciunt, vt non valere patiantur, ſolúmque iis ſupereſt remedium querelæ inofficioſi teſtamenti, ſi immerentes ſint exhæredati, *l. non putauit. 8. l. ſi poſt mortem. 10. §. exhæredati de bon. poſſ. contra. tab.* Quo propoſito ſi obtineant & rumpant, tum demum iunguntur nepotib. nõ ex edicto de *coniung. cum eman. lib.* vt vulgo creditur (Neque enim edictum illud pertinet ad eum caſum quo propoſita ſit querela inofficioſi teſtamenti, cum ea non reſcindat totum teſtamentum, ab pro illa parte duntaxat, pro qua poſſit ab inteſtato ſuccedere is qui egit. *l. mater decedens. 19. l. circa 24. de inoff. teſta.*) ſed hactenus vt ſimul pater exhæredatus cum filio eodémque teſtatoris nepote hæreditatem obtineat, vt Paulus loquitur in *l. ſi pomas 23. eod. tit.* id eſt nepos partem hæreditatis ex teſtamento; filius verò aliam partem petita poſſeſſione Vnde liberi, quæ ſcilicet pro ea parte ab inteſtato competit poſteaquàm ruptum eſt teſtamentum. Eſt enim ea bonorum poſſeſſio poſt victoriam neceſſaria emancipato qui iure ciuili ſuccedere ab inteſtato non poteſt, ſicut & priuſquàm quæri poſſit neceſſe eſt vt aliam poſſeſſionẽ petat litis ordinandæ gratia de qua in *l. poſthumi. 16. §. vlt. & l. Papinianus. 8. in princ. eod. tit.* † Verum cum Vl- 6
pianus in *d. §* ſi pater loquatur de filio iuſtè exhæredato, qui proinde aut quæri aut ſi quærat non obtinere non poſſit, quique ob eam cauſam nepoti iungi nequeat in hæreditate, ſicut nec in beneficio edicti conſequens eſt vt pro mortuo habeatur quòd ad illud Edictum attinet; neque impediat quominus nepos in poteſtate retentus & præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſolus petat, ſi ſolus ſit, ſin cum patruo cõcurrat, dimidiam bonorum partem conſequatur, qui non niſi quartam conſequi deberet, ſi pater exhæredatus non eſſet, *l. vlti. eod. tit. de coniung. emancip.* † Et vt dicam apertius, Si 7
quid ſit quod faciat ne exhæredatus pro mortuo haberi debeat, illud vnum eſt quod nepoti in aui ſucceſſione obſtat, cui ſanè non obſtaret ſi mortuus eſſet Atqui ex Edicto nouo *de coniung. cum emancipat. liber.* factum eſt ne obſtare poſſit non ſolùm ſi exhæredatus ſit, ſed nec ſi præteritus, adeóque nec ſi inſtitutus. Prope igitur eſt vt ex edicto illo filius non ſolùm exhæredatus, ſed etiam inſtitutus aut præteritus pro mortuo haberi debeat. Et verò ita eſſet ſi nullo modo nepoti obſtaret. Sed tamen quia pro parte obſtat quando aut inſtitutus eſt aut præteritus cùm iungatur nepoti, ſimúlque cum eo admittatur, non poſſis verè & abſolutè dicere habendũ eũ pro mortuo, niſi illo caſu, quo eſt exhæredatus. Tunc enim, quia neque obſtat nepoti propter edictum, neque cum eo in partem admittitur, propriam exhæredationem, quæ repellit à beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas, *l. non putauit. §. de contr. tabul. ſupereſt.* vt omnino pro mortuo habeatur, etiam iure Prætorio.
† Cæterùm extra cauſam illius edicti exhæredatum pro 7
mortuo habendum non eſſe, vel ex eo maximè conſtat quod ſtatim apud Vlpianũ ſequitur. Si pater in poteſtate manens vel exhæredatus vel inſtitutus ſit nepotem ex eo ſiue in poteſtate manentem ſiue emancipatum ad bona aui neque vocari neque vocandum eſſe. Obſtante ſcilicet de perſona patris exhæredati perinde ac inſtituti, quæ non obſtaret ſi pater mortuus eſſet. Nam cùm pater in poteſtate manſit non eſſe locum edicto Vlpian docet, ratione illa quæ ſequitur: *Toties enim nepoti conſulendum eſt quoties in poteſtate retentus eſt patre emancipato.* Atque ita locus hîc intelligi debet, nõ quomodo

modo Battoius intelligit ſoo more per ambiges diſtin-
9 guens,ſed de eo rarius infrà. † Poſtremi aduerſus ſen
tentium noſtram obiectio fieri poteſt ex *l. qui in altera*
6. §. interdum de acquirend. hæredit. vbi idem Vlpianus
ſeribit interdum & filiumfamilias ſine aditione aequi-
rere hæreditatem in cuius eſt poteſtate,vt pura,inquit,
ſi nepos ex filio exhæredato hæres inſtitutus ſit Patrem
enim ſuum,ſine aditione faciet hæredem,& quidem ne
ceſſarium.Nam ſi ita eſt,conſequens videtur vt patris
exhæredati perſona non obſtet nepoti quominus auo,
& ſuus hæres ſit,& neceſſarius:alioqui,vt in *§.ſeq.* ſub
iicitur,quomodo neceſſarius quis hæres eſſe poſſet per
eum qui ipſe non eſſet extaturus? Reſpondeo perſo-
nam patris exhæredati obſtare nepoti quominus nepos
ſit ſuus auo niſi eo ſolo caſu quo nepotem auus hære-
dem inſtituerit.Nam cùm nepos hæres inſtitutus eſt,ne-
ceſſarius quoque hæres eſt, licèt antea ſuus non eſſet,
eum fuerit in aui morientis poteſtate, quod ſuffi-
cit vt ſit ei neceſſarius, *§. ſed ſi quis hæres ead. leg.*
10 † Imò & interdum euenit, vt filius ſit patri hæres ne-
ceſſarius quamuis nec ſuus ſit, nec in patris morientis
poteſtate: vt contingit cum pater ab hoſtibus, captus
eſt & apud eos defunctus relicto in ciuitate filio,*l. lege*
Cornelia. 12. *in fin. D. qui teſt. facer. poſſ.* Et quemad-
modum exhæredatio filij non impedit quominus nepos
hæres inſtitui poſſit ab auo qui extraneum quemlibet
inſtituere potuiſſet,ita nec impediri poteſt quominus idē
nepos auo ſit heres neceſſarius,id eſt,vt ipsū neceſſarij
nomē ſignificat,ſtatim,& ipſo iure,ita vt nulla aditione
opus ſit. id enim commune ius eſt neceſſariorum om-
nium hæredum etiamſi non ſint ſui, vt puta ſeruorum
æquè ac liberorum.Inde verò fit vt cum iſti nepoti tan-
quam neceſſario hæredi ſtatim & ipſo iure poſt mor-
tem aui cōfirmetur exhæredatio filij,ſicut & per aditio-
nem hæreditatis ab extraneo hærede factam confir-
maretur,*d.l. filium.* 20.*de contr.tabu.* Alioqui plus poſſet
aditio in extraneo,quā iuris poteſtas in herede neceſſa-
11 rio,quod abſurdum eſſet † Porrò confirmata exhæreda-
tione,atque ita ſummoto filio eo ipſo inſtanti quo auus
mortuus eſt illud quoque euenire neceſſe eſt,vt eodem
ipſo inſtanti quo nepos fit neceſſarius hæres auo fiat
etiam ſuus, quia licèt proximum gradum nunquam te-
nuerit obſtante illi perſona patris exhæredati, verum
tamen eſt & fuiſſe eum in poteſtate, nec à patre vn-
quam in hac ſucceſſione præuentum. Quippe cum nec
viuo auo quicquam iuris in ipſius hæreditate habere pa-
ter potuerit,nec eo mortuo neceſſarium hæredem præ-
uenire:quam in rem textus eſt elegantiſſimus in *d.l. ſcri-
pto.7.vn.liber.d.l.ſi quis filio.6.de iniuſt. rupt.* Neque ve-
rò abſurdum videri debet quod dicimus nepotem hunc
& ob hoc fieri ſuum hæredem auo quòd fit neceſſarius,
& eodem nihilominus inſtanti quo neceſſarius fit ſuum
quoque fieri.Cùm enim vtrumque fiat ſola iuris pote-
ſtate, nihil prohibet fieri etiam vtrumque eodem in-
ſtanti & ſi vlla temporis diſcretione,quam interuenire
neceſſe eſt quoties de cauſa & effectu agimus in re quæ
vel hominis vel naturæ factum requirat. Siquidem &
natura & homo non niſi in tempore operantur,ius ve-
rò in inſtanti. Inteſtato decedente auo aliud eſt, quia
non poteſt fieri nepos hæres auo neceſſarius,quin prius
hæres fiat: hæres autem fieri multò minus ab inteſtato
quandiu pater eum præcedit licèt exhæredatus fuerit.
cùm teſtatore exitum inteſtati faciente exhæredatio
quoque fiat irrita *d. l. filium de contr.tab. l. ſi patronatus.*
12.*§. ex teſtamento de bon.liber.* præterquam in ſingulari
& pereleganti illa ſpecie quam Papin.& Vlp.tractant
in *d.l.ſcripto.& d. l. ſi quis filio*, hoc eſt cum inſtituto
extraneo deliberante de adeunda hæreditate exhæreda-
tus filius moritur, deinde repudiante ſcripto hærede
teſtamentum deſeritur. Tunc enim cùm mortuo de-
mum exhæredato inteſtati ſucceſſio deferatur, de-
ſerto ſcilicet deſtitutóque per repudiationem teſta-
mento, exhæredati perſona facere non poteſt quo-
minus nepos ſit ſuus auo, *leg. 1. §. ſciendum de ſuis*
& legit.leg.8.tit.in fine de condi inſtitut.§ cum autem Inſtit.
de hæredit. quæ ab inteſtat.defer. † Itaque falluntur egre- 12
giè,meo iudicio,qui ad *dict.§.* interdum generaliter ne-
potem ex filio exhæredato & ſuum hæredem eſſe auo &
neceſſarium. Nec rectius Cynus eum anomalum hære-
dem vocat,quòd cùm ſit neceſſarius,non tamen ſit ſuus.
Nam imò verò cùm inſtitutus eſt & ſuus eſt & neceſſa-
rius,facitque exhæredatum patrem auo hæredem, non
quidem ſuum, neque enim ſuus hæres per alium quis
fieri poteſt,ſed neceſſarium. Sic enim intelligi debet &
conſtitui quod lex ait, *patrem enim ſuum ſine aditione fa-
ciet hæredem*, vt dictio illa *ſuum* non ad *hæredem*,
ſed ad *patrem* referetur. Cùm verò non eſt inſti-
tutus nepos nec ſuus eſt, nec neceſſarius, nec inſti-
tuendus, nec exhæredandus, nec iniuſtum facit teſta-
mentum nec rumpit, licèt ab inteſtato ſit ſuus eo vno
caſu quo teſtamentum deſtitutum ſit omiſſa poſt ex-
hæredati mortem ab extraneo inſtituto hæreditate.
Anomalus potius hæres dicendus eſt pater exhæredatus
qui per nepotem inſtitutum ita fit neceſſarius hæres pa-
tri,vt tamen non fiat ſuus.Ex eóque apparet euidentius
verum eſſe quod diximus, in inſtanti fieri quicquid fit
de iuris poteſtate. Quandoquidem eodem prorſus in-
ſtanti & nepos fit auo hæres neceſſarius, & patrem
ſuum facit hæredem neceſſarium, adeò vt non idcirco
tamen duo ſint hæredes neceſſarij eiuſdem teſtatoris,
ſed vnus tantùm,nempe pater,vt non obſcurè Vlpianus
ſignificat in *§.ſeq.* ſic ſcribens, *nam per eum quis exiſtere
neceſſarius non poteſt qui ipſe non eſſet extaturus.* Non ſic
ſcribit, *qui ipſe neceſſarius non exiſtat*,ſed ſic, *qui ipſe non
eſſet extaturus*, vt intelligas neceſſarium amplius non
eſſe eum, qui iam alium neceſſarium fecerit.

ANTONII FABRI SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS, CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS

LIBER DECIMVS.

Capvt. I.

Cur non fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis ad impediendum ne ſuccedendo nepos Velleanus rumperet.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter Velleanum, & Aquilianum nepotem.*
2 *Cur Velleanus poſthumus vulgariter ſubſtitui non poſſit?*
3 *Reijcitur ratio à Goueano allata.*
4 *Quid lege Vellea inductum ſit?*
5 *Goueani ratio cur velut ita vulgaris ſubſtitutionis formula ſecundum legis Velleæ caput neceſſarium fuerit, ne ſuccedendo nepos Velleanus auò teſtamentum rumperet.*
6 *Vera huius iuris ratio redditur.*

Vidimvs in ſuperioribus cur non fuerit ſufficiens formula vulgaris ſubſtitutionis ad Aquiliani nepotis inſtitutionem, & cur nouam ac ante Gallum incognitam in eam rem formulam excogitari oportuerit Alia planéque differens quæſtio eſt quam nunc proponimus, & ad quam
1 non eadem reſpõſio accommodari poſſit. † Nam Aquilianus nepos poſthumus eſt, & quidem ſi eum quaſi poſthumum duntaxat conſideres, alienus teſtamenti tempore, qui proinde nec inſtitui poterat nec vulgariter ſubſtitui, cùm vulgaris ſubſtitutio nominatim fiat in caſum delatæ alteri hæreditatis, & conſequenter in eum caſum quo ſubſtitutus ſit non ſuus. Is enim ſuus eſt ante quam non eſt alij delata hæreditas, *l. ſi quis filio. 6. de iniuſt. rupt. leg. ſcripto. 7. D. vnd liber. l. 1. §. ſciendum de ſuis & legit.* Itaque inueniri rationem neceſſe fuit per quam hic nepos inſtitueretur non tantùm in eum caſum quo eſſet ſuus (neque enim hoc ſufficeret, cùm Inſtitutionis potiſſimùm tempus ſpectari oporteat) ſed etiam ex eo demum tempore quo ſuus factus eſſet. Id verò Gallus ſubtiliſſimè aſſecutus eſt, vt pluribus docuimus. At Velleanus nepos iam teſtamenti tempore natus inſtitui omni iure potuit, tametſi nondum eſſet ſuus hæres inſtitutionis tempore. Quidni enim cùm & extraneus quilibet inſtitui poſſet? Illa namque diſtinctio an ſuus hæres ſit in alienas qui inſtituunt, vt ſciatur vtrum inſtitutio valeat necne, in poſthumos tantùm cadit non in iam
2 natos † Quod cùm ita ſit, cur non & vulgariter ſubſtitui potuit? Cùm & condicio illa verbis legis Velleæ expreſſa, *ſi quis ex ſuis hæredibus, ſuus hæres eſſe deſierit,* etiam viuo teſtatore, vt ipſa contineatur in vulgari ſubſtitutione; quippe quæ eo caſu quo ſcriptus hæres viuò teſtatore decedat, euadere ſoleat in inſtitutionem & ad inſtitutionis intellectum reuocetur, *l. cùm ex filio. 39.
§. quidam de vulg. & pupill. ſubſtit.* † Non reperio ex no- 3
ſtris interpretibus qui quæſtionem proponat præter Antonium Goueanum in poſterioribus ad *dict. l. Gallus commentarijs*, vbi ſcribit poſſe dici non ineleganter, ineptam propterea viſam eſſe ſubſtitutionis formam, quia qualitas ipſa perſonarum eam contineret condicionem, neque continuò nepotem hæredem eſſe poſſe ea ſubſtitutione non adita à filio hæreditate Nam abſtinentem filium nepoti ſubſtituto locum non facere cùm in ſuis non ſit ſucceſſio, *d. leg. 1. § ſciendum de ſuis & legit.* Egõ verò nihil inelegantius (pace viri doctiſſimi & elegantiſſimi dixerim) afferri potuiſſe exiſtimo. Nam quod ait qualitatem ipſam perſonarum continere vulgaris ſubſtitutionis condicionem, licèt ſubobſcurè, eo tamen ſenſu dictum puto, quòd ex ipſis filij nepotiſque perſonis ſatis conſtet filio hærede non exiſtente hæredem fore nepotem Atqui id falſum eſt niſi vno eo caſu quo auus inteſtatus moritur, & filius ante auum. Nos verò eum caſum tractamus quo teſtamentum factum ſit. Id enim legis Velleæ propoſitum fuit vt teſtamentum cõfirmaret, *l. ſi hæreditas 10 §. qui filium de teſtam. tutel.* Cur non ergo ſufficere potuit vulgaris ſubſtitutio, vt filio præmortuo nepos non ab inteſtato, ſed ex teſtamento hæres auo fieret? Deinde ſi ob ſolam perſonarum qualitatem Inepta viſa eſt vulgaris ſubſtitutio, quidni æquè ineptam dicas legem Velleam quæ eandem conditionem iiſdem verbis expreſſit? *ſi filius ſuus hæres eſſe deſierit, liberi eius,* &c. Quod verò adiicit non continuò nepotem hæredem eſſe poſſe ex ſubſtitutione non adita à filio hæreditate, quoniam abſtentio filij non faciat locum ſubſtituto minus quoque ad rem pertinet. Nam præter id quod nuda ſui hæredis abſtinentis exiſtentia non impedit vulgarem ſubſtitutionem, quia teſtator iis verbis, *ſi filius hæres non erit,* non tam ad nudum nomen hæredis reſpicit quàm ad effectum autem ipſo hæredis loco non habetur: præſertim à Prætore ſuus hæres qui ſe abſtinuit, vt alio loco ſcripſimus ex *l. neceſſarijs. 54. de acquirend. hæred. l. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. faciend.*
† Illud etiã animaduertere vir ſubtiliſſimus debuit, ne-
que lege Vellea inductum eſſe vt filio abſtinente nepos 4
ſuus hæres ſit auo (non enim eum caſum lex tractat quo ſuperuixerit teſtatori filius, ſed quo prædeceſſerit, qui porrò niſi ſuperuiuat abſtinere non magis poteſt quàm viuentis hominis hæres eſſe) ſed tantùm vt filio inſtituto non rumpatur ſucceſſione nepotis inſtituti aut
exhæredati teſtamentum aui. † Cur ergo vulgaris ſub 5
ſtitutionis formula in eam rem inepta videri debuit? Ratio autem illa quam Goueanus ſubnectit, *cùm in ſuis non ſit ſucceſſio,* quid, obſecro, ad rem noſtram pertinet? Siquidem regula illa eſt eius duntaxat iuris quod ab inteſtato.

teſtatu nun quud teſtamento facto obtinet , vi conſtat
ex *d l. 1 § ſciendum de ſuis & legit. §. placebat. Inſtit. de le-
git. agnatorum ſucceſſione.* Senſúſque regulæ eſt quoties
alicui tanquam ſuo, aut tanquã agnato delata eſt à lege
hæreditas, & is hæres eſſe noluit , non fieri locum ſe-
quenti in gradu ſiue ſit ille ex liberis ſiue ex agnatis,
ſed bona fieri vacantia , nimirum quoniam tota legis
hæreditatem deferentis poteſtas vnica delatione conſu-
mitur: vtpote quæ non niſi ſuo hæredi aut agnato pro-
ximo hæreditatem defert, ſuus verò vel agnatus proxi-
mus dici aut ex euentu fieri nequeat is ante quem alij
delata eſt inteſtati hæreditas. Id enim vnum inſtans
præciſè lex demonſtrauit in deferenda ab inteſtato hæ-
reditate , quo inteſtati ſucceſſioni locus factus ſit , *l. ſi
quis poſthumos. 9. §. filium in fin. hoc tit. de liber. & po-
ſthum.* quod inſtans ad mortem patrisfamilias refertur
ſi aut nullomodu aut inutiliter teſtatus ſit , aut ſi viuo
eo teſtamentum ruptum vel irritum factum ſit. Quod
ſi vtiliter quidem teſtatus ſit nec teſtamentum viuo eo
interciderit , ſed poſtea hærede ſcripto hæreditatem
omittente deſertum deſtitutúmque ſit non mortis tem-
pore , ſed eo demum inſtanti quo teſtamentum deſti-
tuitur , hæreditas ab inteſtato defertur , *d. §. ſi filium,
d. §. ſciendum d. l. ſi quis filio. dict. l. ſcripto.* Cùm igitur
lex Vellea de teſtati non inteſtati ſucceſſione locuta ſit,
itémque de ea ſucceſſione quæ ante non poſt delatio-
nem hæreditatis fiat, & viuo non mortuo teſtatore, ap-
paret alienam prorſus eſſe à propoſita quæſtione ta-
6 tionem illam , *cum in ſuis non ſit ſucceſſio.* † Itaque vt
iam quid reſpondendum ſit doceamus , dicendum eſt
volgarem ſubſtitutionem non fuiſſe ineptam nec inſuf-
ficientem ad nepotis Velleani ad ſecundum legis ca-
put pertinentis inſtitutionem. Nihil enim interfuiſſe
an nepos ille inſtitueretur anto legem Velleam an
ſubſtitueretur , cùm volgariter ſubſtitutus præmorien-
te inſtituto , vt toties dıximus , euadat in inſtitutum.
Sed tamen non eò minus neceſſarium fuiſſe ſecundum
caput legis Velleæ ad defendendam inſtitutionem,
quoniam quibuſcunque verbis facta eſſet inſtitutio fa-
cere non poterat quominus nepos etiam vtiliter inſti-
tutus ſuccedendo rumperet , *§. ille caſus infr. hac lege,*
propter elegantem illam & ſubtilem iuris rationem
quam ſuprà attulimus. Proinde non formula opus erat
ad concipiendam vtiliter inſtitutionem vt in caſu Gal-
li Aquilij , ſed lege ad prohibendum ne vtiliter con-
cepta nepotis inſtitutio eiuſdem ſucceſſione corrueret.
Ex quo euidentius intelligimus quàm grauiter errent
qui putant ſecundo iſto capite legis Velleæ præſcri-
ptam formulam per quam nepotes iam nati quos pa-
rentes præcedunt ab auis inſtitui poſſint ne ſucce-
dendo in locum filiorum rumpant auorum teſtamen-
ta. Quo in errore idem quoque Goueanus fuit , ob
hoc nimirum quatenus cut formula vulgaris ſubſtitu-
tionis non ſufficeret , quòd exiſtimet idoneæ formulæ
inopia nepotes iſtos ante Velleum inſtitui non potuiſ-
ſe , cùm tamen conſtet ex ſuperioribus & inſtitui eos
potuiſſe & vtiliter : ſed illud tantum incommodi fuiſſe
quod etiam vtiliter inſtituti nihilominus rumpebant,
rumperéntque etiamnum, ſi legis authoritas non ſuper-
ueniſſet. Ergo ſi ius vetus inſpicias tam rumpit qui in-
ſtitutus eſt vtiliter quibuſcunque verbis inſtitutio con-
cepta ſit , quàm qui vulgariter ſubſtitutus eſt. Poſt le-
gem Velleam neuter rumpit , quoniam vtilis inſtitu-
tio quam præcedere neceſſe eſt , perinde fit per
formulam vulgaris ſubſtitutionis filio hære-
de ſcripto ante teſtatorem moriente, at-
que per aliam quamcunque
formulam. Nunc ad
Scæuolæ verba
veniamus.

* *
*

Capvt. II.

Ad §. ſequenti parte l. Gallus.

Svmmaria.

1 *Verba legis Vellea negatiuè & prohibitiuè conce-
pta eſſe.*
2 *Aquiliana formula verba quod ad perſonas ſuppletione
opus habuiſſe, legem Velleam non item.*
3 *Caſus in lege Vellea clarius expreſſos quàm in Galli
Aquilij formula.*
4 *Suppletionem caſuum ad ſententiam, non ad formulam
Galli Aquilij faciendam eſſe.*
5 *De vera lectione verſiculi* nec ſolum ſi nepos, *& Go-
ueani & Cuiacij ad eum locum emendatione.*
6 *An ex hoc loco probari poſſit , tam poſthumum quàm
eum qui poſthumi loco eſt, quum præteritus eſt , non
niſi poſt mortem teſtatoris effectu ipſo rumpere te-
ſtamentum ?*
7 *Quænam ſit Scæuolæ in* d. verſ. ſententia.
8 *Retinenda eſſe vltima verba* d. §. dummodo inſtitutus
ſit, vel exhæredatus.
9 *Verba illa ſecundi capitis legis Velleæ* , ſi quis mihi
ſuus hæres eſſe deſierit, *inſtitutionis formulam non
continere.*
10 *Quid inter Velleani & Aquiliani nepotis inſtitutio-
nem interſit ?*

SEntentiam huius § non eſt difficile intelligere , ex
iis quæ ſuperioribus capitibus ſcripſimus de ſenten-
tia ſecundi capitis legis Velleæ. † Reſtat tantùm vt
ipſa Scæuolæ verba interpretemur quæ viri plerique
doctiſſimi dum mendoſa eſſe putant, emendando malè
corruperunt, *Sequenti parte,* inquit Scæuola, id eſt poſte-
riore capite, *ſuccedentes in locum liberorum non vult lex
rumpere teſtamentum.* Ergo verba legis non affirmatiuè
& permiſſiuè, ſed negatiuè & prohibitiuè concepta fuiſ-
ſe conſentaneum eſt, quod ad ea quæ ſupra diximus cō-
firmanda maximè pertinet. Sequitur , *Et ita interpre-
tandum eſt , vt ſi & filium & nepotem & pronepotem ha-
beas mortuis vtriſque pronepos inſtitutus ſuccedens in ſui
hæredis locum non rumpat.* Interpretatione verba legis
indigent, non ſuppletione, quia ſunt generalia apta cō-
prehendere non tantum omnes liberorum perſonas cu-
iuſcunque gradus ſint, ſed etiam omnes caſus quib fieri
poſſit vt qui teſtamenti tempore ſuus hæres eſt, poſtea
viuo teſtatore ſuus hæres eſſe deſinat. † Non eadem for- a
mulæ ab Aquilio propoſitæ verba fuêre, quia de nepo-
te nominatim locutus eſt , ideò neceſſe fuit ſuppleri,
quod Scæuola ſcripſit in *§. idem credendum*, idem eum de
pronepote quod de nepote exiſtimaſſe, id eſt vt quem-
admodum nepos in caſum & tēpus mortis filij ac ex eo
demum tempore , ita & pronepos in caſum mortis filij
& nepotis ex eo demum tēpore quo ambo deceſſerint
inſtitui poſſit. Velleus verò non nepotis aut pronepotis
nomen vſurpauit, *ſed deſcendentium*, quorum appellatio-
ne conſtat non minus pronepotes & abnepotes, cæte-
róſque deinceps quàm nepotes contineri. Ea enim di-
ſtinctio adhibenda eſt, quam & in tractatu de Aquilia-
no nepote inſtituendo adhibuimus, an inſtituto prone-
pote, nepos quoque inſtitutus ſit an præteritus. Nam ſi
vterque inſtitutus ſit ſecurè teſtator auus & ſiue patri
ſuperuiuat nepos ſiue præmoriatur ſuccedendo rumpe-
re numquam poteſt. Sed ſi præteritus fuit non eò minus
rumpet quod & filius & pronepos ſint inſtituti ſi ipſe
patri ſuperuixerit : *d. §. l. idem credendum in fine.* Neque
etiam alium lex Vellea rumpere prohibet quàm qui ſit
inſtitutus aut exhæredatus. Quod & in hoc §. Scæuola
munet

monet poſtremis illis verbis, *dummodo heres inſtitutus ſit aut exheredatus*. Subiicit Scæuola, *Et benè verba ſe habent*, Si quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit, *ad omnes caſus pertinēt a, quos ſupplendos in Galli Aquilij*
3 *ſententia diximus* †Senſus eſt, aptioribus verbis cōſcriptam legem quàm Galli Aquilij formulam non ſolùm quod ad perſonas attinet, vt proximè diximus, ſed etiam quod ad caſus in quibus neceſſaria ſit nepotis aut pronepotis inſtitutio. Gallus enim ſolum mortis caſum expreſſit: vnde tot dubitationes, Quòd ſi filius non morte, ſed deportatione aut captiuitate, nepos verò ea filio etiam emancipatione ſuus hæres eſſe deſiiſſet, an inſtitutio facta in caſum mortis his quoque caſibus defendi poſſet, aut potius, an ſicut in caſum mortis, ita in hos quoque inſtitui nepos aut pronepos poſſet? De quibus omnibus diximus ad §. *& quid ſi tantum*, ac alios ſequentes. Velleus verò hic quoque & in præcedenti clauſula generalib. verbis vſus eſt ad comprehendēdos caſus omnes quibus poſſit filius aut nepos deſinere ſuus hæres eſſe ſiue morte, ſiue deportatione, ſiue emancipatione, ſiue captiuitate. Sic enim legem concepit *ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus eſſe deſierit*. Itaque nil neceſſe eſt ſuppleri legem, quomodo ſupplendam diximus Aquilij ſententiam Obſeruandū autem eſt quod Scæuola ſic loquitur, *quos ſupplendos in Galli Aquilij formula diximus* Nā ſcripſit in Galli Aquilij formula, quia ſi ponas Aquilianam formulā ſic à teſtatore vſurpatam vt ſolus mortis caſus expreſſus ſit, alius autē caſus euenerit, puta deportationis aut captiuitatis, non poſſis formulā ſupplere vt valeat inſtitutio in eum caſum qui expreſſus non eſt, licèt ſit expreſſo ſimillimus: quoniā inſtitutionū cōditiones in forma, vt aiunt, ſpecifica impleri oportet, & qui in vnum caſum expreſſum & ſpecialem inſtitutus eſt, in alium omiſſus intelligi debet, *l. cōmodiſſime. 9. ſupr.*
4 *hoc tit.* †Suppletio igitur facienda eſt ad ſententiam nō ad formulam Galli Aquilij, vt quemadmodum induxit poſſe inſtitui nepotem in caſum mortis filij, ita ſenſerit perinde inſtitui eum poſſe in caſum deportationis aut captiuitatis, id eſt perinde licere teſtatori caſus iſtos exprimere ac caſum mortis, & quem ex iis velit, niſi malis omnes, vt ſecurius teſtetur, quemadmodū plurib. explicauimus ad *d. §. & quid ſi tantum*. †Sequitur apud Scæ-
5 uolā, *nec ſolùm ſi nepos viuo patre decedat, nec ſuccedēs pronepos auo mortuo rumpat, ſed etſi ſuperuixit patri*. Hic verò verſiculus eſt quem & Goueanus & Cuiacius, clariſſima Iuriſprudentiæ lumina, corruptum eſſe tradiderunt, exiſtimantes non *nec pronepos* legendum eſſe, ſed *ne nepos*, aut quod mauult Goueanus, *patri nepos*. Vt ſenſus ſit, pronepote inſtituto nepotem ante patrem decedere oportere, ne ſucceſſione rumpat teſtamentum. Mouetur viri doctiſſimi ex verbis illis, *auo mortuo*, referri ea putantes ad nepotem, non ad pronepotē, quod Scæuola in hoc tractato huiuſmodi appellationibus ſine flagitio abuti non potuerit. Mihi videtur Florentinā receptámque lectionem non ſolùm probabilem eſſe, ſed neque iſtam emēdationem vllo modo admittere. Nā cùm præmortuo filio nepos ſucceſſione rumpi teſtamentum aui ob id quod in eo præteritus ſit, non rumpit auo mortuo, ſed auo viuo, cùm & rūpat ſuccedendo, & ſuccedat, viuo auo, cui & quaſi agnaſci dicitur, *l. poſthumorum. 13. de iniuſt. rupt.* Quemadmodum ergo poſthumos viuo teſtatore natus rumpit agnaſcēdo, & adeò rumpit viuo patre, etiamſi poſtea eodem viuo mori illum contingat, teſtamentum tamen iure ciuili non conualeſcat, *l. poſthumus. ta. l. qui vxorem. 15. de iniuſt rupt.* Ita & nepos Velleanus qui poſthumi loco eſſe dicitur in *d. l.* poſthumorū quaſi agnaſcendo, id eſt ſuccedendo in locum ſui hæredis viuo auo, eodem viuo vt rumpat neceſſe eſt †Quo fit vt ma-
6 gis mirer, quod idem Cuiacius ex hoc §. probari ait tam poſthumum quàm qui poſthumi loco ſit eum præteritus eſt non niſi poſt mortem teſtatoris effectu ipſo teſtamentum rumpere Nam vt id ex hoc §. probes, prius probare te oportet legendum hic *nepos* non vt legitur *pronepos*. Atqui falſum eſt, quod admiſſa emendatione ſequeretur, teſtamentum nō rumpi ſucceſſione niſi poſt mortem teſtatoris. Ergo vel ex hoc ipſo etiamſi illud nihil eſſet inferre potiùs debeas, nihil de recepta lectione imminuendum. Neque mouere viros acutiſſimos debuit quòd auus dicitur ex comparatione nepotis non pronepotis Nam vt ita ſit, negari tamen nō poteſt quin pronepos qui teſtatorem proauum habet idem filium teſtatoris, cuius nepos eſt nō pronepos, auū habeat: nec verò Scæuolæ imputari poteſt cur in hoc tractatu his appellationibus abutatur, & auum dicat eum quem filiū teſtatoris dicere debuerat. Cùm enim de pronepote tractaret, quod alio quàm aui nomine filium teſtatoris exprimere potuiſſet? Deinde verba illa *auo mortuo*, quæ iuris ratio, vt oſtendimus, non patitur ad teſtatoris perſonam referri, an non ſatis totam dubitationis & ambiguitatis cauſam perimunt? †Id igitur Scæuola ſibi vult, 7
ita interpretandam ſecundam hanc legis partem vt ſi & filium & nepotem, & pronepotem habeas, pronepos inſtitutus, ſuccedens in locum ſui hæredis non rumpat, ſiue nepos viuo patre ſuo eodémque pronepotis auo decedat, eodem auo poſtea ante teſtatorem mortuo, ſiuè nepos ille patri ſuo ſuperuixerit, dummodo inſtitutus ſit vel exhæredatus. Nepote ante patrem ſuum eundémque teſtatoris filium moriente, non quærimus an inſtitutus ſit vel exhæredatus vel præteritus, quia cùm verū ſit nec ſuum eum vnquam fuiſſe, nec eſſe vnquam poſſe, neque iniuſtum facere teſtamentum poteſt nequè rumpere ſuccedendo, quia nec ſuccedit, aut ſuccedere amplius poteſt Nepote autem patri ſuperuiuente illud omnino exigimus vt inſtitutus ſit vel exhæredatus, ne alioqui ſucceſſione rumpat, vt diximus ad *d. §. idem credendum* Ita fit vt nepote qui ſuperuixerit præterito pronepos quidem qui inſtitutus eſt non rumpat, ſed tamen eius inſtitutio fiat irrita, nepote ipſo qui eum in gradu præcedit, teſtamentū rumpente. †Ex quo etiam apparet, 8
quàm parum ſubtiliter faciāt qui poſtrema illa huius §. verba, *dummodo inſtitutus ſit vel exhæredatus*, ſuperflua, & imperiti interpretis eſſe arbitrantur. Sic enim virū quendam doctiſſimum quem in ore & oculis ſemper fero, publicè docuiſſe audio, motū præcipuè ex eo quòd ita concepta inſtitutione verbis generalibus, *ſi quis mihi ex ſuis heredib. ſuus eſſe deſierit, liberi eius heredes ſunto*, dubitari non poteſt quin nepos quoque inſtitutus ſit. †Sed in eo 9
fallebatur quod exiſtimabat ſecunda parte legis Velleæ præſcriptam illam inſtituendi nepotis formulam vt his verbis generalibus inſtitutio conciperetur, *ſi quis mihi ſuus heres eſſe deſierit*. Id verò protinus à veritate alienum eſt. Etenim, vt ſæpius monuimus, ſunt illa verba legis non formulæ inſtitutionis, nec verò ita generaliter inſtitui cuilibet ſuus heres potuiſſet. Cùm filios primum gradum tenentes non generaliter, ſed ſpecialiter & nominatim vel inſtitui vel exhæredari oporteret. Nepotes verò & deinceps cæteri deſcendentes per virilem ſexum, quanquam inter cæteros & inſtitui & exhæredari poterant, cùm & præteriti poſſent, in propoſito tamē nominatim quoque inſtitui aut exhæredari eos neceſſe erat, vt ſciretur an nepos an pronepos inſtitutus eſſet an exhæredatus, cùm fieri poſſet, vt aliū inſtituere teſtator vellet, aliū verò præterire aut exhæredare. Vt in hac ipſa ſpecie quā Scæuola tractat, in qua ponit præteritum nepotē, inſtitutum autem pronepotem Eadem igitur inſtitutionis huius concipiendæ ferè verba ſunt quæ Gallus vſurpauit vt teſtator qui filium habet ac nepotē & pronepotem ſi ſecure teſtari volet, ita teſtetur, *Filius meus heres eſto, ſi filius meus me viuo morietur, aut deportabitur, aut ſeruus hoſtium fiet, nepos heres eſto, ſi nepos me viuo morietur aut deportabitur, aut emancipabitur, aut ſeruus hoſtiū fiet, pronepos heres eſto*. Quāmuis nec improbem ſi teſtator ita concipere cōditionē malit, *ſi filius meus aut ſi nepos ſuus heres eſſe deſinet, pronepos heres eſto*, vt ſupradicti

illi caſus, quos ſpecialiter enumerauimus omnes comprehendantur. Alioqui non ex eo ſolo quod lex Vellea generalibus verbis vſa eſt, *ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus eſſe deſierit*, vt nulla ſuppletione indigeat, credendum tamen eſt inſtituto nepote in caſum mortis filij qui poſtea non mortuus, ſed deportatus aut ab hoſtibus captus fuerit, in eum quoque caſum qui euenit nepotem inſtitutum intelligi. Semper enim illud inſpiciendum eſt quibus verbis & in quem caſum concepta inſtitutio ſit, non an ad formulam Galli Aquilij an ad legem Velleam
10 inſtitutio pertineat. † Nec quicquam aliud inter hanc & illam intereſt niſi quòd inſtitutio nepotis Aquiliani non niſi in caſum mortis filij fieri suppleuiſſent, quia de ſolo caſu mortis in proponenda & dictanda formula Gallus locutus fuerat. Inſtitutio autem nepotis & pronepotis Velleani citra vllam ſuppletionem fieri poteſt ſpecialiter in quemlibet caſum quo is qui ſuus hæres erat, ſuus hæres eſſe deſinat, ſiue mortem filij ſiue deportationem aut captiuitatem tantùm exprimere teſtator velit. Poteſt etiam generaliter his verbis, *ſi ſuus eſſe deſierit*, vt orationis compendio omnes, & ſingulos caſus conditio complectatur. Et quomodocunque facta ſit, id eſt in quemcunque caſum, & in cuiuſcunque ex deſcendentibus fauorem collata ſit inſtitutio, pertinet ad legem Velleam quæ aptiſſimis & generalibus verbis conſcripta commodiſſimè interpretationem talem recipere poteſt vt eam ad omnes & perſonas & caſus, dummodo à teſtatore expreſſos, accommodare liceat.

Capvt. III.

Ad §. videndum, eiuſd. leg.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris Doctorum ad* hoc §. *interpretatio examinatur.*
2 *Ratio pro dicta interpretatione allata reijcitur.*
3 *Quæſtionem in* hoc §. *proponi de filio, qui teſtament. tempore fuerit in hoſtium poteſtate.*
4 *Examinatur Scæuolæ ratio, quæ eſt in fine* d. §. videndum?
5 *An legis Corneliæ fictio in* d §. *locum habere debeat?*
6 *Quomodo in ſpecie* d § *fieri poſſit, vt ſuus hæres eſſe deſinat viuo teſtatore filius, qui quandiu pater viuit ab hoſtibus redire poteſt, & priſtina iura omnia recuperare?*
7 *An dicendum ſit, filium mortuo demum teſtatore ſuum hæredem eſſe deſiiſſe?*
8 *An hic* §. *ad eos extendi debeat, qui poſt mortem aui aut proaui in locum ſui hæredis ſucceſſerunt?*
9 *In quorum perſona inducta ſit & locum habeat legis Corneliæ fictio?*
10 *Legem Corneliam & hæreditatem facere & hæredem.*
11 *An in* d. § videndum, *per legem Corneliam fiat, vt viuo patre filiusfam. deceſſiſſe intelligatur, qui tum filiusfam. erat quam captus eſt?*
12 *Probatur legis Corneliæ fictionem nonniſi ad confirmandas hæreditates ſpectare.*
13 *Emendatur*, l. apud hoſtes. C. de ſuis & legitim.
14 *Fictionem legis Corneliæ non facere, vt hæres eius qui apud hoſtes deceſſit ſuus vel neceſſarius dicatur, vel in morientis poteſtate fuiſſe intelligatur.*
15 *Legem Corneliam hoc tantum efficere, vt quod ad hæreditatis cauſam pertinet, eadem ſit conditio defuncti apud hoſtes, quæ eſſet ſi in ciuitate deceſſiſſet.*
16 *Erraſſe Interpretes in explicatione*, l. lex Cornelia. 12. ff. de teſtam.
17 *Quomodo accipienda ſit*, l. in omnibus. ff. de capt. & poſtlim. reuerſ.
18 *An in* d §. videndum, *filiusfam. ab hoſtibus captus, & apud eos mortuus in ciuitate deceſſiſſe retrofingatur?*
19 *An in* d. §. *dimidiata fictio ſit admittenda?*
20 *Quid ex eo inferri poſſit, quod dicitur nullã in* d. §. videndum *legis Corneliæ fictionem locum habere?*
21 *Repetitur difficultas, qua ratione in* d. §. *fiat, vt filius ab hoſtibus captus, & poſt patris obitum in captiuitate mortuus, viuo patre, ſed nonniſi poſt teſtamentum ſuus hæres eſſe deſierit.*
22 *An ex ſola rei veritate res æſtimanda ſit?*
23 *Vis fictionis poſtliminij.*
24 *Filium ab hoſtibus captum, quandiu incertum eſt an ab hoſtibus rediturus ſit, liberis ſuis obſtare, ne ſui hæredes aui fiant.*
25 *Cur res quæ apud hoſtes eſt, veniat in familiæ erciſcundæ iudicium propter ſpem poſtliminij.*
26 *Verb Scæuolæ ſententia in* d. §. videndum.
27 *Eum caſum in* d. §. *à Scæuola tractari, quo filius apud hoſtes deceſſerit patre iam in ciuitate defuncto, non quo redierit.*
28 *Pleniorem eſſe poſtliminij quàm legis Corneliæ fictionem.*
29 *Verba illa*, licet audenter, *quam vim in* d. §. *habeant.*
30 *Cur Scæuola in* d. §. *poſtliminij fictionem quodammodo infringat?*

ELegantiſſimus † eſt hic §. ſed prius quàm ſuperio- 1
res omnes ab interpretib. omnib. acceptus. Sic enim
vulgò intelligunt, vt ſi filium apud hoſtes habens iam
teſtamenti tempore, nepotem ex eo hæredem inſtituas,
filius autem poſt mortem tuam decedat in poteſtate hoſtium, nepos in ſui quidem hæredis locum ſuccedat, ſed tamen ſuccedendo non rumpat, quoniam hic quoque caſus ad legem Velleam pertineat, vtérque dici poſſit viuo te ſuum hæredem eſſe deſiiſſe filium qui apud hoſtes deceſſerit, nimirum propter fictionem legis Corneliæ, quæ facit vt ciuis Romanus apud hoſtes decedens prima captiuitatis hora mortuus retrofingatur idque in omnibus iuris partibus, vt Vlpianus loquitur in *leg. in omnibus.* 18. *de captiu. & poſtlim.* Quod aiunt nepotem hunc & in ſui hæredis locum ſuccedere, & ſuccedendo non rumpere veriſſimum ſanè eſt, mihíque in eo cum illis conuenit ſicut & in eo quod volunt ſucceſſionem hanc nepotis in locum ſui hæredis factam intelligi viuo teſtatore, licèt nonniſi poſt ipſius mortem captiuus filius apud hoſtes deceſſerit. Alioqui, certè non pertineret caſus hic ad legem Velleam, cuius ſecundo capite id cautum diximus vt ſuccedens viuo teſtatore nepos aut pronepos in locum ſui hæredis dummodo vtiliter inſtitutus eſſet aut exhæredatus, teſtamentum non rum-
peret. † Sed quod rationis loco ſubiiciunt, *propter fictio-* 2
nem legis Corneliæ, id verò probare nullo modo poſſum. Nam ſi ad fictionem legis Corneliæ reſpicias non tantùm viuo teſtatore & poſt teſtamentum, ſed iam inde ab ipſo inſtanti captiuitatis & antequam teſtamentum fieret, retrofingendus erit filius in ciuitate deceſſiſſe, atque ita eueniet vt caſus hic nec ad verba nec ad ſententiam legis Velleæ accommodari poſſit, quæ non niſi de ea ſucceſſione locuta eſt quam & viuo teſtatore & poſt teſtamentũ fieri contingat. Nempe quia nec neceſſe erat prouideri in eũ caſum quo nepos aut pronepos ante teſtamentũ in ſui hæredis locũ ſucceſſiſſet, cùm ne quidem præteritus rumperet, ſed tantùm ius accreſcendi haberet, vt diximus ad §. idem credendum, multò minus autem rumpere poſſet ſi aut inſtitutus eſſet aut
exhæredatus. † Porrò non eſt ex interpretibus qui non fa- 7
teatur Scæuolã in hoc §. quæſtionem proponere de filio qui teſtamenti tempore fuerit in hoſtiũ poteſtate nã & Scæuolæ verba ſic habent, *ſi filium apud hoſtes habens, nepotem ex eo hæredem inſtituas.* Quanquam nec aliud iuris eſſe exiſtimandũ eſt, quòd ad nepotẽ aut pronepotẽ attinet, ſi filius poſt teſtamentũ ab hoſtibus captus ſit, niſi quod iniuſtũ faceret teſtamentum ſi in eo præteritus eſſet, cùm ſi iam teſtamẽti tempore captus fuiſſet impunè
præteriri

præteriri potuiſſet, §. *in omnibus ſup.* Sed & me illud non
parum mouet quod Scæuola, poſtquam ſcripſit, poſſe,
licèt audenter, dici nepotem hunc de quo tractat, viuo
patre ſuo hæredem ſuum eſſe deſiiſſe, non illam ratio-
nem adſert quam noſtri comminiſcuntur, & quam ſi re-
cta eſſet æquè obuiam habere poteras: *quia per fictionem
legis Corneliæ pro mortuo habeatur pater*, ſed aliam longè
diuerſam, adeóque contrariam, *quia nec rediit pater nec
redire poteſt*, quæ ſanè inepta ſit ſi patrē pro mortuo ha-
4 bendum Scæuola exiſtimauit. †Quid enim neceſſe erat
monere eum qui in ciuitate mortuus eſſet aut eſſe fin-
geretur antequam ab hoſtibus caperetur in ciuitatē vel
rediiſſe vel redire nunquam poſſe? Deinde quænam ob-
ſecro audacia illa eſt, dicere, filium ab hoſtibus captum
deſiiſſe ſuum hæredem eſſe viuo patre ſi ex fictione le-
gis Corneliæ iam inde à prima captiuitatis hora mor-
tuus retrofingatur? Niſi fortè audax ille eſt, qui negat
ſuum hæredem eſſe qui iam mortuus ſit vel pro mortuo
habendus, aut quiſquis fictionem legis Corneliæ indu-
cit vt pro mortuo habendum eſſe dicat eum, qui re ve-
ra viuit. Rurſum. †ex cõtrario difficile eſt dicere fictio-
nem legis Corneliæ hic locum non habere, cùm gene-
raliter proditum ſit, præſertim ab Vlpiano in *d. l. omni-
bus*, in omnibus partibus iuris eum qui reuerſus non eſt
ab hoſtibus quaſi tunc deceſſiſſe videri cùm captus eſt.
6 †Sed & eo admiſſo vt legi Corneliæ hic locus non ſit,
illud longè difficilius eſt: qua ratione fieri poſſit vt ſuus
hæres eſſe deſinat viuo teſtatore filius qui quandiu pa-
ter viuit ab hoſtibus redire poteſt, & poſtliminij iure
ciuitatē repetere eadémque iura omnia quæ haberet ſi
ſemper in ciuitate manſiſſet. Nam ſi admittas nepotem
in propoſita ſpecie ſuccedere in locum ſui hæredis viuo
auo, an non euenire neceſſe erit vt filio in ciuitatem re-
deunte viuo auo, ſicque priſtinum ſuitatis ius recuperā-
te duo ſint eodem tēpore ſui hæredes teſtatori, aut quod
erit longè abſurdius, vt nepos qui in locum ſui hæredis
ſuccedendo ſuus hæres factus fuerat, rurſus ſuus hæres
eſſe deſinat, eiúſque inſtitutio quæ iam ſibi locum vin-
dicauerat, quaſi priore gradu vacuo, iterum recurrat in
ſecundum gradum prius nunc denuò per eum qui an-
tea excluſus fuerat occupato? Et verò non frueretur ple-
no iure poſtliminij filius in ciuitatem reuerſus ſi in iure
ſuitatis cum nepote cõcurreret ob hoc ſolùm quòd me-
dio tempore & tantiſper dum filius ipſe ab hoſtibus re-
tineretur, nepos primum locū occupaſſet. Si enim ſem-
per manſiſſet in ciuitate, quomodo manſiſſe retrofingi-
tur, ſolus ille ſuus hæres eſſet patri nec nepotem ex ſe
ſuſceptum in eo iure ſocium admittere cogeretur: quem
ſanè nec iuris ratio admitti patitur, cùm fieri nequeat vt
in iure ſuitatis nepos cum patre concurrat, non magis
quàm vt æquè proximo gradu ſint, qui in diuerſo gradu
ſunt. Ideóque verum eſt patrem quandiu apud hoſtes eſt
obſtare tamen liberis ſuis propter ſpem poſtliminij. *l. ſi
7 necem. 4. §. ſi deportatus de bon. libert.* †Quòd ſi mortuò de-
mum teſtatore dicas filium qui ab hoſtibus captus fue-
rat, deſiiſſe ſuum hæredem eſſe quòd ab eo ſaltem tem-
pore certum ſit eum nec in ciuitatem rediiſſe nec redi-
re poſſe viuo teſtatore, facies neceſſariò vt caſus hic ad
legem Velleam non pertineat, quæ vt diximus, de iis tā-
tùm nepotibus & pronepotibus locuta eſt qui viuo te-
ſtatore ſuccedentes in locū ſui hæredis teſtamentū rum-
8 pebant, *l. poſthumorum. 13 de iniuſt. rupt.* †Poſſis quoque,
ſi voles, etiam ad eos qui poſt mortem aui aut pro aui
in locum ſui hæredis ſucceſſerunt legem extendere per
interpretationem, quoniā verba patiuntur quæ ſunt ge-
neralia, *ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit* Ne-
que enim expreſſit an viuo tantùm teſtatore, an eo etiā
mortuo ſuum hæredē eſſe deſinere oporteat eum in cu-
ius locū ſucceditur vt leg. locus ſit. (Idque eſt quod ait
Scæuola, *nihil enim addidit quo ſignificaret tēpus*) Sed ſi ita
legē interpretêre, facies contra cæterorū prudētum om-
nium ſentētias, quibus viſum eſt poſterius hoc legis ca-

put non niſi ad eos nepotes aut pronepotes pertinere
qui viuo teſtatore ſuccedant, *d. l. poſthumorum. 13. de in-
iuſt. rupt. l. 2. §. 1. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ſi hæreditas. 10 §.
qui filium de teſtam. tutel. l. ſed ſi condition. 6. §. 1. de hæred.
inſt. l. ſi quis filium. 34. C. de inoff. teſtam. l. 2. C. de liber. præter.*
Facies etiam contra ipſius Scæuolæ ſenſum qui nec in
propoſita ſpecie, nec proinde alio vllo caſu neceſſarium
eſſe putat inducere hanc interpretationē, cùm defendi
poſſit, licèt audenter, filium iſtum de quo quærimus, vi-
uo patre eodemque teſtatore deſiiſſe ſuum hæredē eſſe,
quamuis poſt eius mortem deceſſerit. Nodos iſtos non
eſt ex interpretibus qui vel ſupremis digitis attingat,
qui autem diſſoluat, multò minus. Omnium error vnus
ille eſt, in quo etiam nos aliquando verſati ſumus, quod
putant fictionem legis Corneliæ hic locum habere, ex
eáque fieri vt filius ab hoſtibus captus iam inde ab ipſo
vltimo libertatis momento defunctus retrofingatur.
Quod tamen falſiſſimum & à iure alieniſſimū eſſe auſim
dicere. †Illud enim pro certo & explorato haberi opor- 9
tet, fictionem legis Corneliæ inductam non fuiſſe nec
locum ſibi vindicare niſi in perſona eius de cuius hære-
ditate aut teſtamentaria aut legitima confirmanda tra-
ctari poſſit. Nam cùm eius qui apud hoſtes decederet
dici hæreditas non poſſet, quia ſeruus hoſtium eſſet, *leg.
3. in fin. de verb. ſignif.* atque ita nec teſtamentum, quan-
doquidem prius eſt vt hæreditatem aliquam relinquere
quam vt teſtari quis poſſit, neceſſarium fuit ferri legem
quæ & teſtamenta eorum, qui in hoſtium poteſtate de-
ceſſiſſent perinde cõfirmaret ac ſi in hoſtium poteſtatem
nunquam peruéniſſent, *leg. lege Cornelia. 12. D. qui teſta-
ment. facer. poſſunt. l. qui vxorem. 15. D. de iniuſt. rupt. leg. 1.
§ 1. D. ad leg. Falcid. leg. 4. §. 1. De bonorum libert.* & iis in-
teſtatis morientibus, quòd teſtamentum in ciuitate fa-
cere vel noluiſſent vel non potuiſſent, legitimas eorum
hæreditates iis ipſis deferret, quibus delatæ fuiſſent ſi in
ciuitate deceſſiſſent, *leg. 1. in princip. D. de ſuis & leg. t. leg.
ſi bis. 8. Codic. de legit. hæredit. leg. ſi bona. 22. in princip. de
captiu. & poſtlimin.* †Vnde illud eſt quod dici ſolet le- 10
gem Corneliam & hæreditatem facere, & hæredem,
leg. filiusfamilias. 18. D. ad leg. Falcid. In perſona ſcilicet
eius qui ſi in ciuitate deceſſiſſet & hæreditatem & hæ-
redem habiturus fuiſſet. Abſurdum enim ſit dicere per
legem Corneliam fieri vt hæreditatem aut hæredem
habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit, nec re-
linquere potuit, vt eleganter & apertè Iulianus ſcri-
bit in *leg. lex Cornelia 28. verſic. ſi vero de vulgari & pu-
pil. ſubſtit.* vbi ob hanc ipſam rationem defendit quod
ad rem noſtram omnino pertinet, quoties filius viuo
patre in cuius familia erat in hoſtium poteſtatem per-
uenit, legi Corneliæ locum eſſe non poſſe. †An quòd, 11
vt Cuiacius ſcripſit, *lib. 15. obſeruation. capit* 17, per ean-
dem legem Corneliam fiat vt viuo patre & filiusfami-
lias deceſſiſſe intelligatur, qui tum filiusfamilias erat
cùm captus eſt? Minimè. Ita enim ſequeretur in filij
quoque familias perſona legi Corneliæ locum eſſe,
quod diſertè Iulianus negat. Sed quia verum eſt nulla
in ciuitate bona reliquiſſe aut relinquere potuiſſe fi-
lium, qui & quo inſtanti captus eſt filiusfamilias fuit,
& ab eo tempore ſeruus hoſtium factus in ſeruitute
deceſſit. Neque fictione vlla opus eſt, vt filiusfami-
lias nulla bona in ciuitate reliquiſſe videatur, cum re
ipſa veriſſimum ſit, nec reliquiſſe eum vlla nec relin-
quere potuiſſe. Nec rurſum poſſis dicere quod Cuia-
cius ſenſiſſe videtur, fictionem legis Corneliæ poſſe in
filiofamilias quoque locum habere non equidem vt vel
hæreditatem vel hæredem habere fingatur qui nulla bo-
na in ciuitate reliquit, ſed hactenus duntaxat, vt ciuis
Romanus & in ciuitate, ac proinde viuo patre deceſſiſ-
ſe intelligatur. Etenim cùm lex Cornelia de confir-
mandis tantùm hæreditatibus ſiue teſtamentariis, ſiue
legitimis lata ſit, quæ ex lege duodecim tabularum pro-
pter ſecutam capitis diminutionem confirmari non

poterant, prorſus conſequens eſt, vt cuius hæreditas in
ciuitate nulla ſit ad eum neque lex pertineat, neque per
12 interpretationem extendi poſſit. † Adeò autem verum
eſt quod dicimus, legis Corneliæ fictionem & poteſta-
tem non niſi ad confirmandas hæreditates ſpectare, vt
extra eam cauſam nullas prorſus vires habeat, ne iis qui-
dem caſibus quibus hæreditatem aliquam ſiue teſtamẽ-
tariam ſiue legitimam ex ea confirmari oporteat. Finge
ciuem Romanum & patremfamilias ab hoſtib. captum
apud eos deceſſiſſe relicto in ciuitate filio, quem habe-
bat in poteſtate priuſquam caperetur: an erit filius patri
hæres ſuus & neceſſarius? Placet Iuliano in *d. lege Cor-
nelia 12. qui teſtam. facer. poſſ.* inuitum quidem eum hære-
ditati obligari perinde ac ſi & ſuus hæres eſſet, & neceſ-
13 ſarius? † Sed tamen ſuum hæredem dici non poſſe, qui in
poteſtate morientis non fuerit, vt dubitandum non ſit,
ſi Iuliano credimus, abundare dictionem *ſuam* in *l. apud
hoſtes. 8. Cod. de ſuis & legit.* ab imperito Interprete addi-
tam exiſtimante idipſum quod omnes hactenus male
crediderunt fieri non poſſe vt filius & inuitus & ignorã
ſit hæres quin ſit ſuus, quod & gloſſa ſentire videtur quę
tranſmitti eo caſu ait hæreditatem non aditam ex priui-
legio aſcendentium & deſcendentium nullã habens ra-
tionẽ ſuitatis Atqui ſi pater in ciuitate deceſſiſſet, haud
dubiè filius ei ſuus & neceſſarius hæres extitiſſet, quia
14 & in patris morientis poteſtate fuiſſet. † Non ergo le-
gis Corneliæ fictio faciet, vt in omnibus ac per omnia
in ciuitate deceſſiſſe videatur qui apud hoſtes deceſſit,
ſed hactenus duntaxat vt quod ad hæreditatis cauſam
pertinet, & ad commodum eius de cuius hæreditate agi-
tur eadem conditio ſit defuncti apud hoſtes quæ eſſet ſi
in ciuitate deceſſiſſet Intereſt autem patrisfamilias vt
hæredem in ciuitate habeat, & quidem qui vel inuitus
hæreditati obligetur, vt ſi ære alieno laboret, hæredis
potius quàm defuncti bona publicè diſtrahantur, ſed vt
hæres ille vel ſuus ſit, vel neceſſarius dicatur, aut in
morientis poteſtate fuiſſe intelligatur, nihil intereſt,
quoniam id extra cauſam eſt & neceſſitatem acquiren-
dæ hæreditatis: ſimiliter ſi ponas ab eo patrefamilias
priuſquam ab hoſtibus caperetur ſcriptum in ciuitate
ſeruum proprium, erit quidem ſeruus & liber hæres, ſeu
velit ſeu nolit: ſed tamen minus propriè neceſſarius di-
ceretur vt ibidem Iulianus ait, quia verum eſt in morien-
tis domini poteſtate eum non fuiſſe, cùm is qui anteà
erat dominus factus poſteà hoſtiũ ſeruus, alios qui in po-
teſtate ſua habere non potuerit, *l. ſic eueniet. 21. D. ad leg.
Iulian. de adult.* An non autem ſeruus in morientis do-
mini poteſtate fuiſſet, ſi dominus eo inſtanti quo captus
eſt in ciuitate deceſſiſſet? Non ergo deceſſiſſe retrofin-
15 gitur quòd ad ius poteſtatis attinet. † Et quamuis verum
ſit quod initio legis ſcriptum eſt, teſtamenta eorum qui
in hoſtium poteſtate deceſſerint perinde confirmari le-
ge Cornelia acſi hi qui ea feciſſent in poteſtatem ho-
ſtium non perueniſſent, adeòque hæreditatem ex iis ad
vnumquemque eodem modo pertinere, non tamen ef-
ficit ea lex hæredem vt ſuum eum faciat aut neceſſa-
rium, niſi quod inuitum eum hæreditati obligat, ſi inui-
tus futurus erat hæres teſtatore in ciuitate mortuo, quo-
niam eatenus duntaxat intereſt eius qui apud hoſtes de-
ceſſit, & verba illa, *eodem modo*, non ad hæredum quali-
tates & ſpecies referenda ſunt, ſed ſic intelligenda, vt
voluntarius hæres ſit ex lege Cornelia qui talis futurus
erat ex lege 12. tabularum, inuitus quoque qui inuitus
futurus erat. Vt verè qui hæres eſt, ſuus etiam ſit, aut ne-
ceſſarius dicatur, aut in poteſtate morientis fuiſſe vel
non fuiſſe exiſtimetur, ad filij potius aut ſerui, quàm ad
defuncti patris dominiue perſonam & ius pertinet: ob
idque nec de eo lex Cornelia quicquam cauit: neque
verò cauere potuit, quia cùm tempus mortis iungat
tempori captiuitatis, morti, inquam, naturalis, *l. penult.
in fin. de vſuc.* fieri nequit vt non inſpicienda ſit mors
naturalis cum de lege iſta tractatur. † In eóque er-
rauit Cuiacius poteſt cæteros ad *d. l. lex Cornelia*, Al o- 16
qui fieret vt filius qui primo captiuitatis paternæ inſtan-
ti fuiſſet ſuus hæres, tum durante patris captiuitate de-
ceſſiſſet, nihilominus retrofingeretur ſuus hæres fuiſſe
patri, quod tamen falſum eſt, quia lex Cornelia non de-
fert hæreditatẽ niſi ei qui tunc ſuus aut proximus agna-
tus eſt cum captiuus moritur, *l. 3. Cod. de poſtlim. reuerſ.*
non autem mortuo arg *l. quidam 14. de iur. codicill.* De
quo latiùs dicturi ſumus infrà † Ex quo intelligimus quod 17
Vlpianus ſcripſit in *d. l. in omnibus 18. de captiu. & poſtli-
min.* in omnibus partibus iuris eum qui reuerſus non eſt
ab hoſtibus quaſi tunc deceſſiſſe videri cùm ab hoſtibus
captus eſt, non tam generaliter intelligendum eſſe vt
quod ad omnia, & quod ad omnes perſonas fictio legis
Corneliæ ſemper locum habeat, ſed ita potiùs vt quo
caſu & in qua perſona locum habet, ſic in perſona eius
qui ante captiuitatẽ paterfamilias fuit, & in cauſa hære-
ditatis ipſius confirmandæ eadem nec durior ſit condi-
tio defuncti apud hoſtes, & quidem in omnibus iuris
partibus, quæ eſſet ſi in ciuitate deceſſiſſet Aliud enim
eſt dicere ſimpliciter, *in omnibus*, illud *in omnibus par-
tibus iuris.* † Hæc verò ſi ita ſunt, vt lex Cornelia ad 18
filiumfamilias nil ſpectet etiam cùm de patris hæ-
reditate agitur quæ per eam ipſam legem confirma-
tur, quia non niſi de patrefamilias locuta eſt, nec
de filiofamilias loqui potuit, quòd nulla ipſius hæreditas
ſit quæ confirmatione indigeat, omnino ſequitur, vt
iam ad Scæuolam veniamus, filiumfamilias ab hoſtibus
captum & apud eos mortuum non retrofingi in ciuitate
deceſſiſſe, ideóque etiamſi priùs captus ſit quam teſta-
retur auus, qui poſteà nepotem ex eo filio inſtituit, non
poſſe tamen videri nepotem in locum ſui hæredis quaſi
præmortui iam antè teſtamentum ſucceſſiſſe In quo
ſanè errant miſere qui exiſtimantes legis Corneliæ fi-
ctionem in filij quoque familias perſona locũ habere,
nec tamen eo poſito obiectionem effugere valentes,
coguntur admittere quod eſt longè ineptius, legis Cor-
neliæ fictionem hìc non integram ſed tantùm dimidia-
tam accipi, vt efficiant viri ingenioſi & ſubtiles, ſi diis
placet, ne ab ipſo captiuitatis initio fingatur in ciuitate
mortuus filius, ſed ab eo demum tempore quo auus te-
ſtatus ſit. Quo quid, obſecro, abſurdius dici poteſt? Aut
quis fictæ huius & monſtruoſæ fictionis dimidiatæ vn-
quam meminit? † Quod autem ſubiiciunt poſſe hic di- 19
midiatam fictionem ſufficere, quia non de hæreditaria
confirmatione agatur quæ totam, inquiunt, fictionem
requireret, ſed tantùm de teſtamento confirmando &
ne filius apud hoſtes mortuus ei obſit cui obeſſet ſi vel
tota vel nulla fictio legis Corneliæ vſurparetur, æquè
ineptum eſt. Nam ſi totam & integram fictionem vſur-
pares, quid aliud inde fieret niſi quòd iam ante teſta-
mentum factum mortuus filius, in eiúſque locum nepos
ſucceſſiſſe crederetur? Ex hoc verò quid inferri poſſet
niſi tanto magis teſtamentum valere in quo nepos pri-
mum gradum tenens eſſet inſtitutus aut exhæredatus?
Atqui, inquiunt, lex Vellea teſtamentum hoc non
confirmaret, quia ad eum tantùm caſum pertinet quo
nepos in ſui hæredis locum poſt teſtamentum factum
ſuccedat. Fateor, ſed neque legis Velleæ auxilio teſta-
mentum indigeret quod propriis viribus ſoláque iuris
ratione ita ſubſiſtere vt nec ſucceſſione nec alio vllo
caſu rumpi vnquam poſſet. Quomodo enim rumpere-
tur per nepotem inſtitutum, aut exhæredatum, quia
etiamſi præteritus eſſet non tamen rumpere, ſed, vt
ſæpiùs diximus, rato manente teſtamento ſcriptis hæ-
redibus accreſceret? † Alia rurſum ex parte ſi admitte- 20
res quod nos volumus, nullam prorſus legis Corneliæ
fictionem hìc locum habere, quid, rogo, inferri ex eo
poſſet, quo magis teſtamentum rumperetur? Illud in-
quies, quòd filio apud hoſtes poſt mortem defuncto,
nepos in ſui hæredis locum non niſi auo mortuo ſuc-
cedere videretur, atque ita ſuccedendo rumperet,
ſi

ſi verum eſt quod ſuprà docuimus prudentes omnes ſic
legem Velleam interpretatos vt ad alios nepotes aut
pronepotes non pertineret, quàm qui viuo teſtatore in
ſui hæredis locum ſuccederent. Nego conſequutionem.
Nam, vt mox dicam, non eo minùs verum erit filium
qui apud hoſtes poſt mortem patris defunctus eſt, de-
ſiiſſe viuo auo ſuum hæredem eſſe, atque ita locum fe-
ciſſe nepoti, tametſi legis Corneliæ fictio nulla induca-
tur. Sed quamquam ita eſſet, dicu longè tolerabilius
fore ſi lex Vellea per interpretationem ad eos quoque
extendatur qui poſt mortem teſtatoris ſui hæredes eſſe
deſierint, cùm legis verba non repugnent, imò patian-
tur, quia ſunt generalia, quàm ſi inducamus vt lex
Cornelia quę de ſolo patrefamilias locuta eſt, ad filium-
familias contra iuris, adeóque ipſius fictionis inducen-
21 dæ rationem porrigatur. † Verum enimuerò iam tem-
pus eſt, vt oſtendamus qua ratione dici poſſit filium
qui ab hoſtibus viuo patre captus eſt ante teſtamen-
tum, & poſt patris demum mortem in captiuitate deceſ-
ſit, deſiiſſe ſuum hæredem eſſe viuo patre, iam tamen vt
non niſi poſt teſtamentum ſuus eſſe deſierit. Hoc enim
eſt quod præcipuam habet difficultatem. Difficultas
autem ex eo potiſſimùm naſcitur, quòd alterutrum in
propoſito fieri neceſſe eſt, vt vel ex rei veritate vel ex
fictione, non quidem Corneliana quam iam ſuſtuli-
22 mus, ſed poſtliminij rem æſtimemus. † Si ex ſola rei ve-
ritate, apertiſſimum eſt eum qui ab hoſtibus capitur fie-
ri ſeruum hoſtium, *dict. l. tertia, in fin. de verb. ſignificatio-
ne, l. tertia, § ſed & eius. D. de bonor. poſſeſſ.* & conſequen-
ter ſuitatis ſicut & cætera libertatis & ciuitatis iura
omnia ex ipſo captiuitatis inſtanti amittere. Secundùm
quod dicendum eſſet in ea ſpecie de qua diſputamus
iam inde ab eo tempore quo hic filius ab hoſtibus ca-
ptus ſit deſiiſſe ſuum hæredem eſſe, locúmque nepoti
feciſſe, priuſquam auus teſtaretur. Proinde veren-
dum non eſſet ne ſucceſſione teſtamentum rumpere-
tur per nepotem, qui iam teſtamentum in ſui hære-
23 dis locum ſucceſſiſſet. † Sed ne id dici poſſit obſtat filio
poſtliminij quam Papinianus pereleganter in *lege pe-
nultim. de ſuis & legitim.* vocat ſuſpenſi iuris conſtitu-
tionem, quæ licèt non faciat quominus is qui ab hoſti-
bus captus eſt interea ſit ſeruus hoſtium (hoc ipſo enim
neceſſaria illi eſt poſtliminij fictio, quòd reuera & liber-
tatem & rerum dominium amiſerit, cùm qui hæc reti-
nent licèt in alia prouincia & extra patriam morentur,
poſtliminio non indigeant, *lege non dubio 7.* vbi eſt tex-
tus elegans *de captiu. & poſtlimin.*) facit tamen ne pro
mortuo haberi debeat, quandiu redire poteſt, quoniam
ei quandocunque reuerſo priſtina iura omnia reſtituit
quæ retinuiſſet ſi ſemper in ciuitate manſiſſet, fin-
gitque nunquam fuiſſe captum qui reuera captus
eſt. Inde fit vt quamuis filiusfamilias in hoſtium po-
teſtate conſtitutus impunè præteriri poſſit à patre,
quia verum ſit non eſſe eum tunc temporis ſuum
hæredem qui re ipſa ſeruus hoſtium eſt, quandocun-
que tamen reuerſus inteſtatum faciat patrem, vtpote
quem ex poſtfacto appareat non magis præteriri
potuiſſe quàm ſi in ciuitate manſiſſet reddito ei pro-
pter poſtliminium iure ſuitatis quod captiuitatis ab-
ſtulerat. *§. in omnibus ſupr. hac leg. lege penultima, infrà
hoc titul. iunct. lege ſi quis filio, ſexta. §. ſed ſi pater de in-
24 iuſt. rupt.* † Ideò quandiu pendet ac incertum eſt an
ab hoſtibus rediturus ſit necne, illud quoque admitti
neceſſe eſt, vt obſtet liberis ſuis ne ſui hæredes auo
fiant, disertè Paulus ſcribit in *lege ſi necem quarta: pa-
ragrapho, ſi deportatus de bon. libert.* Nam cùm ſtatus
liberorum eius qui ab hoſtibus detinetur in pendenti
ſit quandiu captiuus redire poteſt. *lege in bello, duodeci-
ma, paragrapho primo, lege bona, vigeſima ſecunda, pa-
ragrapho de captiu. & poſtlimin. paragrapho ſi ab hoſtibus
Inſtitut. quibus mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* fieri certè nequit
vt nepos perinde fiat ſuus hæres auo acſi pater iam de-

ceſſiſſet, non ſolùm quòd ſi ſemel factus eſſet ſuus hæ-
res poſtea deſineret, non poſſet ob id tantùm quòd re-
uerſus eſſet pater ab hoſtibus, quia ſemel quæſitum
ius ſui hæredis non niſi certis modis iure ciuili amitti-
tur, inter quos ille non eſt ſi ab hoſtibus redierit is quì
anteà ſuus fuerat: ſed etiam quòd ſperandum potiùs
ſit reuerſurum in ciuitatem eum qui nunc apud hoſtes
eſt, quàm non reuerſurum. Eſſet ſiquidem peſſimi
ominis pro mortuo nec vnquam reuerſuro haberi
eum, qui apud hoſtes adhuc viueret, argument. *lege
cùm tale ſeptuageſimaſecunda, in princip. de condict. &
demonſtrat.* † Nam & ob eam cauſam receptum vide- 25
mus, vt res quæ apud hoſtes eſt veniat in familiæ er-
ciſcundæ iudicium propter ſpem poſtliminij, *lege item
Labeo vigeſimaſecunda, paragrapho vltim. cum lege ſe-
quen. D. famil. erciſcund.* non quia ſpes iſta pro verita-
te habeatur (cùm ex contrario intereà ſeruus hoſtium
ſit & habeatur qui ab iis captus eſt, *lege ſi ſeruus deci-
maſexta de interrog. in iur. fac.*) At quoniam ſpes illa ſit
è Reipublicæ dignitate & vtilitate fore, vt aliquandò
victrix Reſpubl. euadat, & quæ omnia bello amiſit,
bello etiam recipiat. Hinc igitur apparet nihil eſſe
propter quod filiusfamilias ab hoſtibus captus non de-
ſinat ſtatim ſuus hæres eſſe, niſi quod poſtliminio redire
poſſit, atque ita priſtinum locum quem in patris fami-
lia tenebat recuperare. Ea res facit vt quandiu pater in
ciuitate viuit, filius autem apud hoſtes non deſinat fi-
lius eſſe ſuus hæres, quia tandiu fieri poteſt vt viuo
patre redeat. At cùm pater in ciuitate moritur, eo de-
mum inſtanti, non quo mortuus eſt, ſed quo moritur,
certum eſſe incipit filium qui adhuc apud hoſtes ſit,
necdum in ciuitatem rediiſſe, nec viuo patre redire
vnquam poſſe. † Ergo ſaltem ex eo inſtanti dici po- 26
teſt filium deſinere ſuum hæredem eſſe: & quidem viuo
patre, quoniam inſtans illud quo pater moritur vitæ
patris computatur, vt ſæpiſſimè diximus ex *lege qui
duos decima octaua, paragrapho primo lege vltima, de
fideicommiſſ. libert. lege vltima de condiction. inſtitut.* Vt
proinde nil ſit neceſſe legem Velleam extendere ad
eum caſum quo liberi poſt parentum mortem ſui hæ-
redes eſſe deſierint, nec rurſus inducere legis Corneliæ
fictionem, vt viuo patre ius illud ſuitatis amiſſum eſſe
intelligatur. Eaque proculdubio Scæuolæ hoc loco ſen-
tentia eſt, itémque Vlpian. in *dicta lege ſi quis filio ſexta,
paragraph primo, de iniuſt. rupt.* In illis verbis, *nec enim cre-
ditur in rebus humanis fuiſſe, cum in ea item cauſa decedat:*
quæ non ſic accipi debent vt retrofingatur iam olim
mortuus, qui nũquam ab hoſtibus rediit: ſed vt ceſſante
poſtliminij fictione propterea quod apud hoſtes deceſ-
ſerit exinde pro nullo habeatur ex quo hoſtiũ potitus, id
eſt eorum ſeruus factus eſt non ex retrofictione vlla;
ſed ex iuris ciuilis veritate, quia ad ius ciuile attinet
ſerui etiam Romanorum pro nullis & mortuis haben-
tur, *lege quod attinet trigeſimaſecunda, lege ſeruitu-
tem, 209. de regulis iuris, lege tertia in fin. de ſtat. homin.
lege prima, de iur. deli.* multò magis ſerui hoſtium.
† Itaque ſi quis obiiciat, quod vnum diluendum 27
ſupereſt, fieri poſſe vt mortuo quoque patre filius
in ciuitatem redeat, ſicque poſtliminij iure ea
omnia recuperet quæ per captiuitatem amiſerat. In
promptu reſponſio eſt, nos cum Scæuola eum caſum
tractare, quo filius apud hoſtes deceſſerit patre iam
in ciuitate defuncto, non quo redierit, conſequenter
in quo poſtliminij fictio locum habere non poſſit.
Alioqui certum eſt captum ab hoſtibus filium patre
mortuo, medio tempore poſtea reuerſum ſi in poteſta-
te patris tempore quo capiebatur fuit, ſuum fieri hæ-
redem, *paragrapho interdum. I. ſi de hereditat. quæ ab in-
teſt. defer. lege captum nona. Codic. de poſthum. reuerſ.* vbi
tamen obſeruandum eſt, quod & iam monuimus ad
paragraphum ſi eius ſup. dictionem *Cornelia* eſſe inepti-
tiam. † Neque enim id ſit ex lege Cornelia ſed ex iure 28

poſtliminij, *lege ius poſtliminij decimaquarta eodem* quod moribus & legibus conſtitutum eſſe Paulus ſcribit in *lege poſtliminium, decimanona.D.eodem.* In eóqoe plenior eſt fictin poſtliminij, quàm legis Corneliæ quæ ad ſolam, vt diximus, hæreditatum confirmandarum cauſam reſtricta eſt; fictio enim poſtliminij ad omnia captiui iura pertinet quæ habiturus erat ſi in ciuitate manſiſſet, ita vt de ipſius bonis & iuribus nihil prius decernendum ſit, quàm captum apud hoſtes mortuum eſſe cognoſcatur, *lege nec nos.quarta, Codic.eodem.* † In hoc paragrapho illud quoque meminiſſe oportet quod probauimus ſupr. interpretis non legis eſſe verba illa, *in locum ſuorum ſui hæredes ſuccedunto*, ſed quod Goueanus exiſtimat in ſequentibus illis, *niſi quod licet audenter poſſit dicere* verbum *licet* aut verbum *poſſis* abundare, nimis leue eſt. Si enim *licet* non pro verbo, ſed pro aduerbio accipias quomodo accipi debet, ſenſus eſt longè elegantior vtraque dictione retenta. *Poſſis dicere*, inquit Scæuola, quamuis audenter, viuo patre, hunc ſuum hæredem eſſe deſiiſſe. Cur verò audenter? Nimirum, quoniam infringitur quodammodo ius poſtliminij cum ei qui apud hoſtes eſt aliquid admittitur irreuocabiliter quandiu redire poteſt ac priuſquam certum ſit redire eum ampliùs non poſſe. Cùm, vt proximè dixi, filius hic tandem ab hoſtibus rediret, etiam poſt mortem patris, ſuus illi hæres fuiſſe videretur, *lege prima, dicta lege captum nona, Codic.de poſtliminio reuerſ.* Et generale eſt vt iure poſtliminij omnia iura ciuitatis in perſona captiui in ſuſpenſo retineantur, non abrumpantur, *lege illa inſtitutio trigeſima ſecunda, paragrapho primo.D. de hæreditat.inſtitut.* Porrò inter ciuitatis iura, id eſt quæ captiuus haberet ſi in ciuitate eſſet, ſuitatis ius numera-
30 ri quis negauerit? † Sed Scæuolam illud mouet quòd captiuo tandem apud hoſtes mortuo ex euentu appareat fictionem poſtliminij locum non habere, quo ſecuto verum eſt iam inde ab eo inſtanti quo pater deceſſit, ſicque viuo patre, deſiiſſe filium eo viuo redire poſſe qui nunquam rediit, & in conſequentias, ſuitatis ius amiſiſſe quod propter filij ſeruitutem re ipſa extinctum, ſola poſtliminij ſpe iuriſque poteſtate in ſuſpenſo retinebatur. Simile quiddam eſt in *l.hunc ſcriptura 25 §. 1.ad leg. Aquil.* in illis verbis, *quia verum eſt eum à te occiſum tunc cùm vulnerabas, quod mortuo eo demùm apparuit.*

(The marginal number 29 stands beside the line beginning "ſcatur, lege nec nos.quarta".)

Capvt. VI.

An ſubſtitutio pupillaris lege Cornelia confirmetur, ad l. pater 10. in princip D. de captiu. & poſtlim.

Svmmaria.

1 *De vi & effectu legis Corneliæ quod ad hæreditates eorum, qui in hoſtium poteſtate deceſſerunt.*

2 *An ſubſtitutio pupillaris confirmetur, licet pater in hoſtium poteſtate deceſſerit filio relicto impubere, qui intra tempus pubertatis defunctus ſit?*

3 *Subſtitutum, non autem legitimum hæredem in dicta ſpecie admitti.*

4 *Filium in ſpecie* dictæ legis pater. *patre captiuo ſuperſtitem impuberem de patris viui poteſtate exiſſe.*

5 *Cur in* d.l. pater in princ. I.C. *de filio impubere inſtituto nominatim tractet.*

6 *Multum in ea ſpecie intereſſe an impubes filius inſtitutus ſit, an exhæredatus.*

7 *Hanc differentiam a Papiniano in dicta lege indicari.*

8 *Reijcitur Cuiacij ſententia vtrumque caſum confundentis.*

9 *Refellitur argumentum pro Cuiacij ſententia allatum.*

10 *Iulianum in* l.lex Cornelia, vigeſima octaua de vulgar. & pupill. ſubſtitut. *de filio inſtituto agere.*

INtelligitur melius quæ de legis Corneliæ fictione proxime diximus contra veterem interpretum omnium errorem, ſi quæſtionem hanc quæ tres nobiliſſimos iuris authores diſſentientes habuit, longè aliter quàm vulgo ab interpretibus factum ſit explicemus, & quantum in nobis erit diligenter enarremus. De qua etſi iam ſatis multa ſcripſimus *lib. 3. capitul. 9.* iterum tamen tractare eam & retractare nec pudet, nec piget, vt ea emendemus in quibus tum erraſſe nos, quatenus præſertim aliorum veſtigiis inhærere voluimus, ingenue nunc & ex bona fide, vt par eſt, agnoſcimus. Quæſtio eſt de pupillari ſubſtitutione: an & quibus caſibus ex lege Cornelia confirmetur. † Illud primum certiſſimi & in- 1
dubitati iuris eſt, legem Corneliam quæ teſtamenta eorum confirmat, qui in hoſtium poteſtate deceſſerunt, non ſolùm ad hæreditatem ipſorum qui teſtamenta fecerint pertinere, ſed ad omnes hæreditates quæ ad quemque ex eorum teſtamento pertinere potuiſſent ſi in hoſtium poteſtatem non perueniſſent, vt Iulianus præfatur in *l.lex Cornelia. 28. De vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Vnde fit quod ibidem Iulianus ſubiicit, vt ſi pater in hoſtium poteſtate deceſſerit filio in ciuitate relicto impubere, & is intra tempus pubertatis in ciuitate defunctus ſit, hæreditas ad ſubſtitutum pupillarem pertineat perinde ac ſi pater ab hoſtibus nunquam captus fuiſſet. † Neque hic caſus dubitationem vllam ad- 2
mittere prima facie videtur, quia cùm patris & filij vnum ſit teſtamentum licet ſint duæ hæreditates, *l. 2.§. prius autem eodem titul. l.paterfamilias 18. de rebus autor. iudic. poſſi. l. alias 13. de priuileg. credi.* fieri ſanè non poteſt vt à lege Cornelia confirmationem pro parte accipiat, id eſt quod ad hæreditatem patris, quin pupillaris quoque ſubſtitutio confirmetur. Aut ſi quis dicere velit duo eſſe teſtamenta ex *l.in ratione. 11.§ quod vulgo. D ad legem falci. l. 1. §. 1. D. ſi cui pluſquàm leg. falcid. § 2. I. ſit. de pupill. ſubſtit.* illud vtique conſtat duo illa teſtamenta pro vno haberi tam ciuili iure quàm Prætorio. *l. patris 20. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* & ſecundas, id eſt pupillares tabulas principalium tabularum partem obtinere videri, *l.penult. D. teſtament. quemadm. aper.* denique patris teſtamentum pro principali habendum eſſe, pupillare autem pro acceſſorio *l. ex pupillari. 44. de vulgar. l. quidem. 5. §. vltim. Cod. de neceſſ. hæred. inſtitut.* Principali verò confirmato, acceſſorium quoque confirmari eodémque legis beneficio gaudere neceſſe eſt. † Non tamen 3
defuerunt qui in propoſita ſpecie legitimum hæredem admitti dicerent excluſo ſubſtituto, ratione illa quod ſecundæ tabulæ locum habere non poſſent in perſona eius qui viuo patre ſui iuris effectus fuiſſet, cùm is qui in hoſtium poteſtatem peruenit deſierit habere filium in poteſtate nil obſtante legis Corneliæ fictione, vt proximo capite diximus ex *l lege Cornelia. 12. D. qui teſta. facer. poſſ.* Verùm huic ſententiæ manifeſtiſſima iuris ratio refragatur, quoniam ſi pater qui non rediit iam tunc deceſſiſſe intelligitur ex quo captus eſt propter fictionem legis Corneliæ, illud omnino conſequens eſt vt ſubſtitutio ſua vires neceſſario teneat, quemadmodũ Papinianus diſputat in *in l.pater. 10. in princip. de captiu. & poſtlim.* Iuliani ſentẽtiam in hoc, vt videtur ſecutus. Sed indiget hæc Papiniani ratio luce aliqua vt clarior & elegãtior fiat. Habet enim, iudicio meo, neſcio quid latentis & obſcurioris ſubtilitatis, quo intellecto apparebit fortaſſe non idẽ prorſus Papiniani & Iuliani hac parte iudicium fuiſſe. † Nam ita eſto vt Papinianus vult: 4
Patrem qui non rediit iã tunc deceſſiſſe intelligi ex quo captus eſt, & quidem propter fictionem legis Corneliæ, negabo tamen rectam eſſe conſecutionem illam. Ergo ſubſtitutio vires ſuas neceſſariò tenet. Illa enim ſemper ratio obſtat qua mouebantur ij contra quos Papinianus

nus diſputat, quòd verum ſit filium cui pupillaris ſubſtitutus datus viuo patre exiſſe de poteſtate, quo admiſſo, aut probato fatendum neceſſariò eſt pupillarem ſubſtitutionem corruere, vel eodem Papin. teſte in *l. cohæredi. 41. §. cum filia de vulg. & pupill. ſubſtit.* Ita autem eſſe vt quamuis per fictionem legis Corneliæ fingatur pater retromortuus à proximo ante captiuitatem inſtanti, nihilominus exierit filius impubes de patris viui poteſtate. Probo, quia licèt lex Cornelia faciat vt pater videatur ex eo tempore deceſſiſſe quo captus eſt, ac proinde quo habebat filium in poteſtate, non tamen proinde ex contrario facit vt videatur filius eo tempore fuiſſe in poteſtate quo pater mortuus eſt, aut eſſe retrofingitur: diuerſa namque fictio hæc eſt, ad ſolius hæredis perſonam ſpectans de quo lex Cornelia nec locuta eſt nec cogitauit, quia nec hæredibus prouidere voluit ſed captiuis duntaxat, id eſt eorum teſtamentis & hæreditatibus, vt ſuperiore capite probauimus ex aperto illo & eleganti textu qui contradictionem non patitur in *l. lege Cornelia. 12. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Cùm itaque, vt ibi Iulianus ſcribit, non retrofingatur filius fuiſſe in patris morientis poteſtate, ideóque nec ei ſuus hæres ſit nec neceſſarius, licèt inuitus hæreditati obligetur, an non perpetuò verum eſt filium patre captiuo ſuperſtitem primum, deinde mortuum exiſſe de patris viui poteſtate? Ceſſante ſiquidem fictione quid ſupereſt, niſi vt rem totam ex veritate æſtimemus? Quid autem verius, quàm patrem qui ſeruus hoſtium factus ſit, deſiiſſe habere in poteſtate filium? Ergo vt Papiniani ratio concludat, ſupplendum aliquid eſt quod Papinianus tam certi & indubitati iuris eſſe ſciuerit, vt exprimendum non putauerit, verbis apertioribus, cùm ex ſpecie propoſita citra diuinationem conijci alioqui poſ-

5 ſet. † Cur enim credamus Papinianum tractare nominatim de filio impubere *inſtituto*, nec adiecisse, *vel exhæredato*, quomodo in *§. ſequen.* adiecit ita ſcribens, *ſi mortuo patre capiatur impubes inſtitutus vel exhæredatus*: niſi quòd in ea ſpecie quam tractamus multum interſit an impubes filius inſtitutus ſit an exhæredatus, in ſe-

6 quenti autem nihil omnino interſit? † Differentia autem illa perelegans eſt nec ab vllo, quòd ſciam, interprete obſeruata, inter filium inſtitutum, & exhæredatum, quòd cùm filius inſtitutus eſt & poſt patris captiui mortem decedit, licèt non retrofingatur fuiſſe in patris morientis poteſtate ſicut nec ſi exhæredatus eſſet, retrofingitur tamen hæres fuiſſe & quidem inuitus quanquam non neceſſarius ab eo inſtanti quo pater deceſſiſſe intelligitur, id eſt captus fuit *d. l. lege Cornelia*. Neque enim lex Cornelia retrofingere poteſt mortuum eo inſtanti teſtatorem, iungendo morti tempora captiuitatis, vt ſcriptum eſt in *l. penult. in fin. de vſucap.* nec inducere hæreditatem vt Tryphoninus loquitur in *l. in bello 12. § 1. de captiu. & poſtlim.* quin eodem ipſo inſtanti inducat hæredem, cui hæreditatem deferre poſſit, ſiue teſtamentarium, ſi tunc ſuperſtes ſit cùm teſtator moritur, ſiue legitimum, hoc eſt filium aut agnatum qui eo tempore proximior reperiatur, *l. nec nos præterit. 3. C. de poſtlim. reuerſ.* Porrò non poteſt filius impubes inſtitutus retrofingi hæres patris ab eo tempore quo pater ab hoſtibus captus eſt quin ab eo quoque tempore patrem pro mortuo habere cogatur. Alioqui viuentis hæres fuiſſe retrofingeretur, quòd cùm per abſurdum ſit non magis per fictionem fieri poteſt quàm ipſa rei veritate. Nec igitur de viui patris poteſtate propter patris infortunium exiſſe videri debet, qui patris hæres fuiſſe intelligitur priuſquàm pater ab hoſtibus caperetur. Proinde filio inſtituto concludit optimè & neceſſariò Papiniani ratio, ſubſtitutionem pupillarem vires ſuas tenere, propterea quòd pater qui non rediit iam tunc deceſſiſſe intelligatur: dummodo ſuppleas, quod ex filij inſtitutione omnino ſequitur, *Et filius ab eodem tempore patri hæres fuiſſe videatur etiam inuitus, dict. l. lege Cornelia 12. qui teſt. facer. poſſ. adeóque ignorans. l. apud hoſtes. 8. Codic. de ſuis & legit.* At filio impubere exhæredato aliud eſt, quia fictio legis Corneliæ nullomodò eum afficit, quippe qui nec captiuus fuerit, nec captiui hæres. Excluſa autem fictionis poteſtate relinquitur ex veritate rei, vt filius viuo patre in poteſtate eſſe deſierit ex quo tempore pater ab hoſtibus captus fuit, atque ita pupillarem ſubſtitutionem quæ initio inſpecto non minus exhæredato quàm inſtituto filio fieri potuerat euaneſcere neceſſe eſt. † Háncque differentiam non 7

obſcurè, vt dixi, Papinianus innuit cùm ponit filium inſtitutum. Nam cùm ea lex ſit ex Quæſtionum, non Reſponſorum libris, non poſſis dicere loqui eum de inſtituto quòd ita ex facto incidiſſet. Eſtque probabile fuiſſe eum dictionem illam *inſtituto*, prætermiſſurum, aut æquè addituturum *vel exhæredato*, ſi inſtitutum ab exhæredato nihil hac parte diſtare crediſſet. Exemplo eius quo in *§. ſeqq.* tractans de impubere capto poſt mortem patris, tam de exhæredato quàm de inſtituto locutus eſt, quia nimirum eo caſu nihil intereſt an inſtitutus ſit filius an exhæredatus. Ad eum ſiquidem patremfamilias factum & captiuum lex Cornelia pertinet vt propriam ipſius hæreditatem confirmet quam in ciuitate reliquiſſet licèt exhæredatus, ſi in ciuitate deceſſiſſet. † In eóque primus lapſus eſt viri do- 8

ctiſſimi Iacobi Cuiacij qui lib. 15. Obſer. cap. 17. nihil intereſſe exiſtimat an inſtituto an exhæredato impuberi datus ſit ſubſtitutus, & vtroque caſu ſubſtitutionem pupillarem valere, confirmatis ſcilicet per legem Corneliam ſecundis tabulis. Decepit eum, ni fallor, quod Iulianus in *dict. l. lex Cornelia. trigeſima octaua de vulgar.* nil diſtinguit an inſtitutus ſit filius an exhæredatus, ſed generaliter ſcribit mortuo impubere in ciuitate poſt patrem apud hoſtes defunctum pupilli hære-

ditatem ad ſubſtitutum pertinere. † Verùm nihil vetat 9

Iuliani ſententiam ex neceſſaria iuris ratione ad eum caſum reſtringere quo ſolo defendi poſſit, cúmque ex Papiniano interpretari ne vltrò diſſentientes eos faciamus quos conciliare commodè liceat: præſertim cùm & quoties de ſubſtitutione impuberi facta tractantes Iureconſultos legimus, filium inſtitutum ponere debeamus. Cur non enim id præſumamus cùm & filius in poteſtate cui ſoli ſubſtitui pupillariter poteſt, ipſo iure hæres ſit ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, niſi cùm eſt exhæredatus? *lege prima, §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* Sic in *lege Iam hoc iure, quarta; eodem titulo de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* generaliter ſcriptum eſt ſubſtitutionem pupillarem factam in vnum caſum trahi ex conſtitutione Marci ad alterum: cùm tamen ſi proponas factam exhæredato fieri nequeat vt vel expreſsè vel tacitè caſum illum contineat, *ſi hæres filius non erit*, qui eſt exhæredatus. Sic in *lege, verbis ciuilibus, ſeptim. eodem.* negat Papinianus ſubſtitutione verbis ciuilibus poſt decimum quartum annum fruſtrà facta debere admitti vt cohæredem qui tanquam ſubſtitutus admitti non poteſt, *ne*, inquit, *fiat contra voluntatem ſi filius non habebat totum interim quod pater ei teſtamento dedit.* Quæ ratio accommodari non poteſt ad ſubſtitutionem exhæredato factam, quamuis verba præcedentia ſint generalia & indiſtincta. Denique paſſim occurrunt innumeri iuris loci quibus id ipſum probari poſſit.

† Quin & in ea Iuliani lege de qua agimus apparet 10

ſatis tractare eum de filio inſtituto qui paternam hæreditatem ſperare potuerit, cùm in poſtremis verbis ita ſcribit, *patris hæreditas ex lege duodecim tabularum, non filij ex lege Cornelia ad agnatum proximum pertinet.* Id enim ſignificat, paterna bona illo caſu acquiri agnato proximo tanquam paterna non tanquam ea quæ iam à patre in filium peruenerint. Quomodo autem peruenire potuiſſent ſi filius exhæredatus fuiſſet? Atque hæc quidem de prima Papiniani quæſtione dixiſſe ſufficiat, de qua ſuperioribus libris nihil ſcripſeramus,

quòd nondum loci elegantiam & ſententiam compertam habeतremus.

Capvt. V.

Iuliani à Scæuola & Papiniani ab vtróque in eadem quæſtione diſſenſio. Ad §. vlt. dict. l. pater de capt, & poſtlim.

SVMMARIA.

1 *An pupillaris ſubſtitutio confirmetur, ſi impubes, ſiue inſtitutus ſiue exhæredatus ſit, patre in ciuitate iam mortuo ab hoſtibus captus ſit & apud eos deceſſerit?*

2 *Scæuolam cum Papinianum in hac quæſtione conuenire, & Iuliani ſententia contrarium videri.*

3 *Ratio Scæuolæ & Papiniani in dicta quæſtione.*

4 *Ratio pro Iuliani ſententia,& ad eam reſponſio.*

5 *Diuerſam eſſe teſtamentariæ, & legitimæ ſucceſſionis rationem, quum de legis Corneliæ fictione agitur.*

6 *Quomodo Iulianus legem Corneliam interpretatus ſit in* l. lex Cornelia?

7 *Iuliani ſententiam ex æquitate fauorabiliorem eſſe.*

8 *Media Papiniani ſententia, eiuſque fundamentum.*

9 *Alia interpretatio ſententiæ Papiniani in* d. §. vlt. l. pater.

10 *An ex Cuiacij ſententia* in d. § vltim. *ſubſtituto actiones vtiles à Prætore dentur ex mente legis Corneliæ?*

11 *Quis in* d. l. lex Cornelia. *ſenſus ſit horum verborum,* ea ea lege?

12 *Cur in fin.* d. l. pater. *Papinianus dicat vtiles actiones ſubſtituto dandas & quænam ſint illæ vtiles actiones?*

13 *Cur non in hæredem, ſed in hæreditatem dari debere dicat?*

14 *Quomodo Prætor in* d l. *ſuccurrat pupillari ſubſtituto, priuſquam proximus agnatus factus ſit poſſeſſor hæreditatis, vel poſtea?*

1 SEquitur † apud Iulianum & Papinianum in *dict. l. lex*
Cornelia. 28. de vulg. & pupill. ſubſtit. & in l. pater. 10 §.
vltim. de captiu. & poſtlimin. alius caſus longè dubitabi-
lior, Si patre in ciuitate iam mortuo filius impubes ſiue
inſtitutus ſiue exhæredatus cui pupillaris ſubſtitutus
datus fuerat, ab hoſtibus captus ſit, & apud eos deceſſe-
rit, An pupillaris ſubſtitutio ea lege Cornelia confir-
metur? Iulianus putat non incommodè dici (ſic enim
legendum eſt non vt in Florentin. *non commode* vt ſe-
quentia oſtendunt) hæreditatem pupilli ex lege, vide-
licet Cornelia, ad ſubſtitutos pertinere. Papinianus
contrà, *In promptu eſt*, inquit, *dicere legem Corneliam*
de tabulis ſecundis nihil locutam eius duntaxat perſonam
demonſtraſſe qui teſtamenti factionem habuiſſet. † Quæ &
2 Scæuolæ ſententia fuiſſe videtur. Is namque in *lege ſi*
pater captus 29. de vulg. tractans ſpeciem longè minus
dubiam, de patre capto ab hoſtibus mox filio & ibi
ambobus defunctis, licet priore patre, negat Corneliã ad
pupilli ſubſtitutionem pertinere, *niſi*, inquit, *reuerſus in*
ciuitate impubes decedat, (quod tamen contingere non
poteſt vtriſque iam apud hoſtes mortuis) nam ſi eo
caſu quo pater quoque ab hoſtibus captus eſt, & quo
neceſſaria ſit poteſtas legis Corneliæ ad paterni teſta-
menti confirmationem, non putat tamen Scæuola pu-
pillares tabulas ex lege Cornelia confirmari poſſe,
haud dubiè multo minus ille admiſerit confirmari poſſe
eo caſu de quo agimus, hoc eſt quo patre in ciuitate
mortuo, teſtamentum ipſius nulla confirmatione indi-
geat, & ſolius impuberis fauore legis fictionem cum Iu-
liano inducere quis velit. Rectámque conſecutionem
eſſe vel ex eo maxime apparet quod Papinianus qui
ſolo impubere poſt patris mortem capto non patitur ex
lege Cornelia confirmari pupillares tabulas, idem tamẽ
admittit vtroque ab hoſtibus capto, & apud hoſtes, ſed
patre priore mortuo, legem Corneliam ſubſtituto ſuffi-
cere in *l. quòd ſi filius. 11. §. vltim. eod. titul. de captiu. & poſt-*
lim. in eo nimirum apertiſſimè, vt poſteà probauimus,
diſſentiens à Scæuola: niſi eam emendationem admit-
tas quam nos ad Scæuolam proponemus infrà. Nunc
enim ſic diſputamus acſi nihil emendandum eſſet, quia
& cum iis contendimus qui receptæ lectionis mendum
non agnouerunt. Ergo nec dubitandum eſt, quin Scæ-
uola qui quod facilius erat non admiſit, multò magis
Iuliano contradicturus fuerit, id quod difficilius erat
inducere volenti. † Et ſanè vix eſt vt ad illam Papi- 3
niani rationem quam Scæuolæ quoque fuiſſe neceſſe
eſt, pro Iuliano rectè reſpondere priuſquam poſſit. Si
enim verum eſt legem Corneliam nõ ſolùm de ſecun-
dis tabulis nil locutam eſſe, ſed etiam eius duntaxat &
ſpecialiter perſonam demonſtraſſe qui teſtamenti fa-
ctionem habuiſſet, qua obſecro, ratione fieri poſſit vt
ex ea lege pupilli hæreditas ad ſubſtitutos pertineat?
Nam & hoc caſu ceſſat ratio illa qua Iulianus in præ-
cedentibus mouebatur, quòd lex Cornelia non tan-
tùm teſtamenta & hæreditates captiuorum confirmet,
ſed etiam hæreditates omnes quæ ad quemque ex eo-
rum teſtamento peruenire potuiſſent, cum in propoſi-
to patris qui captiuus nunquam fuit teſtamentum nul-
la egeat confirmatione, nec proinde agatur hìc de ſe-
cundis tabulis quaſi acceſſoriis in conſequentiam pa-
terni teſtamenti confirmandis, ſed de illo potiùs, An ſo-
læ confirmari poſſint per legem quæ de iis nec locuta
eſt, nec per interpretationem intelligi commode poteſt,
quandoquidem expreſſa verbis legis & demonſtrata
perſona eius qui teſtamenti factionem habeat, hoc ip-
ſo excluſa eſt perſona impuberis, quem conſtat teſta-
menti factionem non habere. † Niſi fortè pro Iuliano 4
dicas quod mouiſſe illum videtur mentem legis potiùs
quàm verba ſpectanda eſſe, parúmque referre an teſta-
menti quis factionem habeat necne, dummodò poſſit
cum teſtamento decedere, quod in pupillo euenit cui
teſtamentum à patre factum eſt *dict. l. 2. de vulgar. &*
pupill. ſubſtitut. l. Papinianus 8. § ſed nec impuberis, Codic.
de inoff. teſtamen. Cur non ergo impuberis quoque te-
ſtamentaria hæreditas per legem Corneliam confir-
mabitur, maximè cum legitima confirmetur? Sed ego 5
pro Scæuola & Papiniano reſpondebo, longè diuerſam
eſſe hac parte ſucceſſionis teſtamentariæ & legitimæ
rationem: legitimam hæreditatem eius quoque homi-
nis dici qui teſtamenti factionem non habeat: nam
& inteſtatum eſſe eum qui teſtamentum non fecerit
cùm facere poſſet, multò magis cùm non poſſet, *l. 1. de*
ſuis & legitim. l. inteſtatus. 64. de verbor. ſign. idcóque le-
gem Corneliam qua parte egit de confirmandis legiti-
mis hæreditatibus non demonſtraſſe perſonam eius qui
teſtamenti factionem habuiſſet: teſtamentariam verò
hæreditatem licèt eius ſit qui cum teſtamento deceſſe-
rit, ſiue teſtamenti factionem ipſe habuerit ſiue non,
eo tamen ſolo caſu à lege Cornelia diſertis verbis con-
firmatam, quo teſtamenti factionem defunctus habuiſ-
ſet: proinde non poſſe ſolo interpretationis auxilio niſi
aliud potentius accedat, ad impuberem extendi, verbis
ſcilicet repugnantibus. argument. *l. talem. 15. in fin de hæ-*
redit. inſtitut. Non quod lex Cornelia expreſsè prohi-
buerit ne pupillares tabulæ confirmari poſſint primis
cõfirmatione non indigentibus. Sed quod abſurda pror-
ſus futura ſit illa interpretatio, ſi quod lex ait, *ſi teſta-*
menti factionem paterfamilias habuit, tu ſic intelligas &
interpretere,

interpretere, *id eſt ſine teſtamenti factionem habuerit, ſiue non.* Iſta enim additio & ſuppletio eſſet, non interpretatio Iuriſconſulti autem eſt, vt ſæpiùs monuimus interpretari, non ſupplere. Ac quemadmodum ex eo, quòd conſtitutiones dant hæredem filiofamilias militi ſi de peculio caſtrenſi teſtatus ſit, non poſſis inferre habiturum ergo eum hæredem ab inteſtato, quia imò verò peculium caſtrẽſe iure peculij non hæreditaris ad patrem tunc pertinet *l. 1. & 2. de caſtr. pecu.* ita & in propoſito non poſſis dicere lege Cornelia confirmari pupillarem ſubſtitutionem, aut fingi impuberem cui pater teſtamentum fecit deceſſiſſe in ciuitate, ob id ſolùm quod legitima pupilli hæreditas per eam legem confirmetur. Præſertim cum tantò difficilius ſit confirmari teſtamẽtariam hæreditatem quàm legitimam, quantò diffici-
6 lius eſt teſtatum dicere quàm inteſtatum. † Et tamen ſic Iulianus legem interpretatus videtur in dict. l. lex Cornelia acſi ſex ſolius patrisfamilias non etiam teſtamenti factionem habentis perſonam demonſtraſſet. Nam & in *l. bona eorum. 22. de capt. & poſtlimin.* quæ eiuſdem Iuliani eſt ex eodem, ſexageſimo ſecundo ſcilicet Digeſtorum libro generaliter ſcriptum legimus bona eorum qui in hoſtium poteſtatem peruenerint, atque ibi deceſſerint, ſiue teſtamenti factionem habuerint, ſiue non habuerint ad eos pertinere ad quos pertinerent ſi in poteſtatem hoſtium non perueniſſent, quo tamen loco palàm eſt de lege Cornelia tractari generaliter, id eſt tam in cauſa teſtati quàm inteſtati.
7 † Enimuerò ſi æquitatem amamus longe fauorabilior eſt hæc Iuliani ſententia quæ pupillare teſtamentum tuetur, cùm pupilli interſit teſtamẽtarium potius quam legitimum habere ſucceſſorem *l. Iulianus. 42. aliàs l. ſi pupillus de acq. hær.* Cur enim cætera teſtamenta omnia lege Cornelia confirmentur, ſolùm pupillare, quod omnium fauorabiliſſimum eſt non confirmetur? Vix enim eſt, vt in alterius quàm impuberis perſona vnquam eueniat cum teſtamento decedere eum qui ipſe teſtamenti factionem non habeat niſi quòd Iuſtin. in *l. humanitatis. 9. C. de impuber. & alijs ſubſtit.* conſtituit ad exemplum pupilli, vt iam mente capto filio teſtamentum facere, & hæredem dare pater poſſit. Vt dubitari non oporteat, quin lex Cornelia cùm eius perſonam demonſtrauit qui teſtamenti factionem habuiſſet, de impubere tum non cogitaſſe videatur, ſed id egiſſe potius ne omnia omnium teſtamenta confirmare crederetur, at illa tantùm quæ valeant teſtatore in ciuitate moriente, hoc eſt quæ ab iis facta eſſent, qui teſtamenti
8 factionem habuiſſent. † Itaque Papinianus nec legis verba prætextu æquitatis tam facilè & audacter violãda eſſe ratus, nec ipſis quoque tam pertinaciter hærendum, vt contra manifeſtiſſimam æquitatis rationem quicquam decernatur, mediam ſententiam induxit, vt in propoſita ſpecie pupillaris quidem ſubſtitutio per legem Corneliam non confirmetur, in eo Scæuolæ conſentiens qui ſtricti iuris religioſior ſemper fuit, ſed tamen vtiles actiones hæreditariæ ſubſtituto dentur per Prætorem ad cuius officium pertineat, non minùs ſubſequi patris quam legis voluntatem, id eſt, non minorem rationem habere ſubſtituti pupillaris qui expreſſa patris voluntate nitatur, quam habiturus eſſet ſi per eam legem pupillaris ſubſtitutio confirmaretur. Atqui ſi lex Cornelia pupillarem ſubſtitutionem confirmaret non denegaret Prætor actiones quales dare poteſt, id eſt vtiles (directas enim non dat niſi lex ipſa quæ hæredem facit) ei quem lex Cornelia hæredem feciſſet: nam & legum quoque tuendarum cauſa bonorum poſſeſſionem dare Prætor ſolet, *leg. ſed cum patrono. 6. §. penult. de bonor. poſſeſſ.* Quidni ergo tueatur Prætor ſubſtitutum pupillarem datis illi vtilibus actionibus? cum in eo nihil facturus ſit contra legem, ſed tantùm præter legem: ſufficiat autem nihil eum contra legem facere, licet quod facit nec ex verbis nec ex mente legis faciat, vt ſcripſimus ſuprà ex *l. nec non 28. §. quod ad eum. D. ex quibus cauſ. maior.* † Quanquam non repugnabo ſi 9
voles etiam Papinianum ſic intelligere, vt Prætor dando vtiles actiones pupillari ſubſtituto, & patris voluntatem ſubſequatur & legis patris quidem expreſſam, legis verò non tacitam, quæ ex verbis expreſſis colligi poſſit, ſed ſubintellectam, hoc eſt, quam dubitandum non ſit legem expreſſuram fuiſſe ſi de pupillo cogitaſſet, cùm quod ad legitimam pupilli hæreditatem attinet certum ſit eam lege Cornelia confirmari. Huic enim interpretationi conuenire illud videtur, quod poſteaquam ita Papinianus ſcripſit, *Plane captiui etiã impuberis legitimam hæreditatem per legem Corneliam deferri, quoniam verum eſt ne impuberem quidem factionem teſtamenti habuiſſe,* ſubiicit ſtatim, *& ideò non eſt alienum Prætorem ſubſequi non minùs patris quàm legis voluntatem, & vtiles actiones in hæreditatem ſubſtituto dare.* Niſi maliſ, quod fortaſſe probabilius fuerit, hunc Papiniani ſenſum eſſe, vt non minus fauere debeat Prætor voluntati patris cùm is filio impuberi teſtamentum fecit, quàm voluntati legis Corneliæ cum pupillus inteſtatus deceſſit. Atqui legitimo pupilli hæredi daret Prætor vtiles actiones, ſicut & alij cuilibet quem lex duodecim tabularum hæredem ſcilicet, quia eo caſu pupillus ex lege Cornelia in ciuitate deceſſiſſe retrofingeretur. Ergo & teſtamentario hæredi dare debet, eadem ſcilicet fictione ad tuendam patris voluntatẽ inducta. † Illud ſa- 10
nè nunquam admittam quòd Cuiacius ait dari à Prætore vtiles actiones ſubſtituto pupillari ex mente legis Corneliæ. Nam ſi ea mẽs legis eſſet, quomodo eam eſſe Iulianus putabat, dicendum eſſet hæreditatem pupilli ex illa lege ad ſubſtitutum pertinere, vt Iulianus loquitur, nec eſſet neceſſarium Prætoris auxilium, quod tamen Papinianus omnimodo requirit, vtpote deficiente legis poteſtate. Quemadmodum enim in fraudem legis facere dicitur, qui ſaluis verbis legis ſententia eius circumuenit, *l. contra. 29. cùm ſequ. D. de leg.* ita in contrarium ex lege fieri dicendum eſt quicquid ſit ex legis vi & poteſtate licet ex eius verbis non fiat,
l. ſcire leges. 17. eod. † Vnde illud nunc admittere non 11
poſſum quod aliàs exiſtimabam cum omnibus interpretibus verba illa Iuliani, *ex ea lege,* ſic accipi debere vt pupillaris ſubſtitutus admittatur ex legis Corneliæ fictione per Prætorem ampliata non autem ex ipſius legis poteſtate. Nam præter id quod Iulianus Prætoris auxilium nullomodo implorat, vt ſubſtituto faueat; apparet ſatis ſic eum loqui, vt ſolius legis non etiam Prætoris iuriſdictionis poteſtatem intelligat. Ait enim, *hæreditatem eius ex ea lege ad ſubſtitutos pertinere.* Hæreditas autem nulla eſſe poteſt captiui impuberis niſi quam lex Cornelia faciat, quæ & hæreditatem inducit & hæredem, *leg. filiusfamil. 18. ad leg. Falcid. l. in bello. 12. §. 1. de captiu. & poſtlim.* ſiquidem Prætor hæredem facere non poteſt §. *quos autem Inſtit. de bonorum poſſeſſ.*
Ergo neque hæreditatem † Quare nec Papinianus ſic 12
loquitur, vt dicat Prætorem debere teſtamentariam pupilli hæreditatem confirmare, quæ ſanè nulla eſt ceſſante legis Corneliæ poteſtate, que ſola eam facere poterat: aut ſubſtituto accommodare vtilem petitionem hæreditatis ex teſtamento (nam ne hoc quidem Prætor facere poteſt, cùm nulla ſit ex teſtamento hæreditas) ſed tantùm *vtiles actiones in hæreditatem ſubſtituto dare.* Nempe quoniam impuberis aliqua hæreditas eſt, nimirum legitima quæ per ipſam legem Corneliam conſtituitur in eam igitur hæreditatem dabit prætor ſubſtituto vtiles actiones, id eſt, dabit ei bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas cùm re quæ legitimi hæredis per eandem legem conſtituti ius inane reddat & inutile. Concurrente enim fauore teſtamentarij hæredis & legitimi, teſtamentario fauere potius debet Prætor quam legitimo, vt non minus patris quam legis vo- 13
luntatem ſubſequatur. † Non ait Papin. Prætorem debere

bere vtiles actiones date ſubſtituto, *in hæredem, ſed in hæreditatem.* quia licèt lea Cornelia facere non poſſit hæreditatem pupillo legitimam quin eodem inſtanti faciat etiã legitimum hæredem, implicaret tamen contradictionem, vt Prætor præferret hæredem teſtamentarium & legitimum nihilominus agnoſcere, neque enim legitimus hæres eſſe quiſquam poteſt quandiu teſtamẽtarij ratio aliqua habetur: nec qui agit tanquam hæres agere poteſt contra hæredem, ſed contra poſſeſſorem qui pro hærede aut pro poſſeſſore poſſideat, *l. regulariter.*
14 *9. l. pro hærede. 11. de petit. hæred.* † Itaque pupillaris hic ſubſtitutus vel petet à Pretore bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas pupillares priuſquam agnatus proximus factus ſit poſſeſſor hæreditatis, vel poſtea: ſi ante non patietur Prætor moleſtiam ei fieri ab agnato proximo quem nec pro legitimo hærede habebit: ſi pòſt, iubebit vtiles eſſe actiones quas ſubſtitutus hic exercebit ſiue contra poſſeſſorem hæreditatis aget, ſiue contra debitores hæreditarios quemadmodum euenit cùm filio emancipato prætererito aut ab inteſtato Prætor dat bonorum poſſeſſionem contra tabulas in necem hæredis inſtituti, aut Vnde liberi ad exclusionem legitimi hæredis: item cùm ea conſtitutione Hadriani tuetur hæredem ſcriptum in eo teſtamento, quod agnatione poſthumi ante patrem defuncti ruptum fuerat. *l. poſthumus. 12. D. de iniuſt. rup.* Quamquam digna certè res erat, quæ reſcripto aliquo Imperatoris aut induceretur aut confirmaretur, cùm in ſpecie *d. l. poſthumus.* Hadriani reſcriptum neceſſarium fuerit, nec ſine eo licuiſſet Prætori vſque adeò teſtamento fauere, vt agnati proximi quem lex duodecim tabularum ad inteſtati patrisfamilias hæreditatem vocabat, ius infringeret, ſicuti ad eum locum ſcripſimus. Audax ergo Papinianus, & fortaſſis audacior quàm Iureconſulto par fuerit, qui tantum ſibi adrogauit, vt prætori quodammodo inducendi hæredis teſtamentarij, & remouendi legitimi dederit. Quid enim intereſt an lex Cornelia ſubſtitutum pupillarem hæredem faciat, an Prætor vtiles illi det actiones? Niſi quòd Cornelia lex quemadmodum hæredem verum facit, ita & directas veráſque daret actiones quas Prætor vtiles tantùm dat & fictitias. At effectu ipſo paria ſunt directas actiones habere, & vtiles, *leg. actio 47. de neg. geſt.* Hæredem eſſe & bonorum poſſeſſorem, *l. 1. 2. 3. §. 1. de bon. poſſ.*

15 † Dixi ea lege Cornelia competere directas & veras actiones non vtiles & fictitias, vt refellam Cuiacij ſententiam, qui vt Papinianum cum Iuliano conciliet ſcribit vtiles illas actiones quas à Prætore dandas eſſe Pipinianus vult, dari ea lege Cornelia, quaſi non poſſit illa niſi fictitias actiones inducere, quæ per fictionem inducit hæreditatem contra legem duodecim tabularum. Nam licèt lex fingat in ciuitate mortuum, qui reuera apud hoſtes mortuus eſt, facit tamen veram hæreditatem non fictam, verum hæredem non fictum, veras igitur actiones & directas non fictas. Perinde enim potuit lex Cornelia hæredem facere atque lex duodecim tabularum. Sicut potuit, ita voluit, cur non ergo fecerit? Nam & ob hanc cauſam iſta legis fictio iuris ratio appellatur à Papiniano in *d. l. pater in princ.* quod fieri non poſſet niſi in iis omnibus quæ ad ius pertinent eandem lex Cornelia quam cæteræ leges vim & poteſtatem haberet. Fatendum itaque eſt diſſenſiſſe Iulianum à Scæuola, Papinianum autem ab vtroque. De Iuliano non dubitauit, qui in illis verbis, *non incommode dicitur,* repoſuit, *non commodè* Prorſus incommodè, vt ſequens diſtinctionis pars oſtendit, in qua eſt in diuerſum ius Iulianus conſtituat, fictionis tamen & poteſtati legis Corneliæ locum eſſe negat. De Scæuola & Papiniano non reperio ex interpretibus qui diſſentire eos ante me obſeruauerit. Adeò omnes aut diſſimularunt mala fide aut non intellexerunt. Quod verò idem vir doctiſſimus apud Papinianum pro, *quoniam,* legit, *quanquam,* id nos iam ſuperioribus libris & hîc & abundè refutauimus.

CAPVT. VI.

Ad l. quod ſi filius 11. eod. tit.

SVMMARIA.

1 *De tertia ſpecie à Papiniano tractata in qua filius impubes, cui ſubſtitutus datus fuit, in ciuitate moritur, patre quidem iam capto ab hoſtibus, ſed nondum apud eos defuncto.*

2 *An in illa ſpecie pupillares tabulæ valeant, ſiue reuerſo, ſiue apud hoſtes mortuo patre?*

3 *Sententia Cuiacij reiicitur exiſtimantis reuerſo patre pupillares tabulas non valere.*

4 *Euertitur ratio pro ſententia Cuiacij allata.*

5 *Vera ratio propter quam ſubſtitutio pupillaris in dicta ſpecie corruiſſe intelligitur.*

6 *Filium qui moriente apud hoſtes patre iam in ciuitate deceſſit patremfam. factum eruditi, & hæredem non ex teſtamento ſed ab inteſtato habere.*

7 *Cur dicto caſu filius impubes, cui teſtamentum à patre factum eſt, teſtamentarium hæredem habere non poſſit?*

8 *An ex Accurſij, Goueani & aliorum ſententia dictus filius hactenus duntaxat pro patrefamil. habendus ſit, vt hæredem legitimum & ab inteſtato habere poſſit, non quod ad pupillares tabulas pertinet.*

9 *Examinatur Accurſij & ſequacium ratio.*

10 *Non legis Corneliæ fictioni, ſed rei ipſius veritati tribuendum eſſe, vt filius exinde ſui iuris dicatur, ex quo pater ab hoſtibus captus eſt.*

11 *Filium in* d. l. 11. *viuo patre de poteſtate exiſſe, & conſequenter pupillares tabulas ex Papiniani ſententia euanuiſſe.*

12 *Refutatur argumentum pro contraria Cuiacij ſententia allatum.*

13 *Cur lex Cornelia non fingat dictum filium tempore captiuitatis patris defunctum in ciuitate, patri fuiſſe ſuperſtitem.*

14 *An, ſi fictioni Corneliæ locus eſſet, effici poſſet vt dictus filius impubes ante patrem reuera mortuus, poſt eum mortuus videatur?*

15 *Senſus & validitas rationis à Papiniano reddita in* dict. l. 11.

16 *Reiicitur noua ratio pro Papiniani ſententia à Doctoribus excogitata.*

17 *Examinatur ratio ab aliis reddita, cur filius in ciuitate ante patrem mortuus videri non poſſit ex lege Cornelia poſt patrem deceſſiſſe.*

18 *Filium in dicta ſpecie de viui patris poteſtate exiuiſſe.*

19 *Dictum filium patre captiuo defunctum in ciuitate, patre ab hoſtibus redeunte filium familias deceſſiſſe intelligi.*

20 *Verbum* videtur *in* d. l. 11. *non pro fictione, ſed ſola rei veritate accipiendum eſſe.*

21 *Neceſſe eſſe filium impuberem, vt ſubſtitutum pupillarem habere poſſit, patremfamilias decedere.*

TErtia † à Papiniano tractata ſpecies ad eandem 1
quæſtionem pertinens, De pupillaribus tabulis ea lege Cornelia confirmandis. Si filius impubes cui ſubſtitutus datus fuit in ciuitate moriatur patre quidem iam capto ab hoſtibus, ſed priuſquam is apud hoſtes moreretur. De qua ſanè obſcurum eſt, quid Papinianus ſentiat. Sic enim ſcribit, *Quòd ſi filius antè moriatur in ciuitate, nihil eſt quod de ſecundis tab. tractari poſſit, ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, ſiue quoniam non reuerſo eo exinde ſui iuris videatur fuiſſe ex quo pat-*

2 *pater hoſtium potitus eſt.* † Accurſius, Bartolus, cæterique veteres omnes quos & ſecutus eſt Ant. Goueanus ad *l. lex Cornelia. 18. de vulg. & pupill. ſubſt.* eā Papiniani ſententiam eſſe putarunt, vt pupillares tabulæ neutro caſu valeant, quia reuerſo patre filius interea mortuus in ciuitate filiusfamilias deceſſiſſe intelligatur propter ius poſtliminij, vt idem Papinianus ſcribit *in l. pen. D. de ſuis & legit. l. 1. §. 1. ad S.C. Maced. ſi ab hoſtibus Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. l. eg. an veile. 12. §. 1. l. bona. 22. § 1. quod filius hoc eod. tit. l. de captiu. & poſtlim.* Mortuo autem patre apud hoſtes exinde videatur ſui iuris fuiſſe filius ex quo pater hoſtium potitus eſt, atque ita de viui patris poteſtate exiiſſe. Conſtat enim corruere pupillares tabulas ſi in patris poteſtate filius, non ſit eo tempore quo pater moritur, *l. coheredi 41. §. cùm filia de vulg. &*
3 *pupil. ſubſt.* † At ex recentioribus vir longè doctiſſimus Iacobus Cuiacius, qui quoniam nihil fere intactum reliquit, à nobis ſæpius nominandus quam probandus eſt, contrà exiſtimauit, non reuerſo patre pupillares tabulas valere propter fictionem legis Corneliæ: reuerſo tamen eo non valere, vtrumque autem Papiniano tam certum & Indubitatum fuiſſe, vt de eo tractari, id eſt diſputari & controuerti poſſe non crediderit, ita intelligens verba illa, *nihil eſt quod de ſecũdis tabulis tractare poſſis*, quòd, inquit, tractatio ſit rei difficilis & controuerſæ, non rei
4 certæ & confeſſæ † Monetur ratione pereleganti prima facie, nec iis quoque incognita qui cōtrà ſentiũt, necdũ tamen, quod magis mirum eſt, ab ipſis euerſa. Ait ille, Patre quandocunque apud hoſtes mortuo filium interea defũctum in ciuitate intelligi effectum ſui iuris per mortem patris licèt prior filius deceſſerit, propterea quòd lex Cornelia fingat antiquiorem & priorem fuiſſe patris mortem quamuis reuera poſterior fuerit, idque Papinianum ſibi velle cum ait, *quoniam non reuerſo eo exinde ſui iuris videatur fuiſſe ex quo pater hoſtium potitus eſt.* Goueanus cuius potiſſimùm ſubtilitate dilui obiectio debuerat, quaſi nec videat, tacet. Accurſius verò hæſitat vtrum probare debeat ſententiam Bulgari qui in verbis illis negationem deeſſe putabat, legendúmque, *ſui iuris non videatur fuiſſe.* An verò retenta vulgari lectione rationem illam Papiniani non pro poſitiua, ſed, vt ipſe loquitur, pro remotiua accipere quaſi falſa, quòd, inquit, verum non ſit filium videri exiſſe de patris poteſtate per mortem patris neque ex quo pater captus ſit: alioqui valerent pupillares tabulæ ac de iis tractandum eſſet, quod tamen Papinianus negat: Ego verò quid Bulgarus & Accurſius ſibi velint non intelligo. Nam ſi poſteriorem hanc Papiniani rationem cum negatione legas, efficies vt ratio ſit falſiſſima: ineptus autem Papinianus, qui ſi ratio vera eſſet priore contentus eſſe debuerat, & ſiue reuerſo, ſiue non reuerſo patre, tabulas pupillares hoc vno argumento ſublatas dicere quòd
5 impubes filiusfamilias deceſſiſſet. † At ſi propiùs inſpicias, negare non poſſis quin patre apud hoſtes mortuo filius exinde ſui iuris fuiſſe videatur ex quo pater ab hoſtibus captus fuit. Siquidem captiuitate patriam poteſtatem amitti conſtat, eandémque ſola poſtliminij non etiam legis Corneliæ fictione recuperari, cùm is qui captus eſt re vera fiat ſeruus hoſtium, ſeruus autem qui in aliena poteſtate eſt alios in ſua habere non poſſit, vt tam ſæpe iam inculcauimus in ſuperioribus. Recta igitur ratio eſt propter quam pupillaris ſubſtitutio corruiſſe intelligatur, quia certum eſt filio patris viui poteſtatem egreſſo pupillarem ſubſtitutionem non poſſe
6 ſubſiſtere. † Quò etiam pertinet quod idem Papin. ſcribit in *d. l. penult. de ſuis & legit.* moriente patre apud hoſtes defunctum iam in ciuitate filium patremfamilias deceſſiſſe credendum, quamuis patria poteſtate nō fuerit in plenum quandiu vixit liberatus, itaque hæredem eum habiturum. Quod quanquam admitto ita accipi debere, vt ab inteſtato duntaxat eum non etiam ex teſtamento hæredem habere poſſit, non tamen facit ea res quominus ficto quoque ipſi per patrem teſtamento credendus ſit paterfam deceſſiſſe qui in ciuitate ante patrem captiuum deceſſerit. † Nam ne teſtamentarium 7
hæredem habere poſſit illud impedit, quòd ſi pubes fuit, non potuerit teſtari tanquam incertus de ſuo ſtatu pendente ſcilicet propter ſpem poſtliminij, quæ durat quandiu pater apud hoſtes viuit, *l. qui teſtamento. 14. cum ſeq. D. qui te ſtam. facer. poſſ.* Si impubes, non quidem ratio eadem illi obſtat, ſed alia quòd iam ſolo viuo patre paterfamilias fictus intelligatur: quarum tamen rationum neutra facere poteſt, quin ſit locus ſucceſſioni inteſtati, quæ vt inducatur ſufficit eum de cuius bonis agitur patremfamilias deceſſiſſe. Proinde ridiculus eſt Accurſius, qui filium hunc in ciuitate medio tempore defunctum hactenus duntaxat pro patrefamilias habendum eſſe vult, vt hæredem legitimum & ab inteſtato habere poſſit non etiam quod ad pupillares tabulas pertinet. Quaſi vno reſpectu paterfamilias, alio 8
filiusfamilias fuerit, quod abſurdiſſimum eſt. † Nec ſubtilior hac parte Goueanus, qui arctioribus vinculis & iure ſtrictiore teneri ait teſtamentaria quam legitimas hæreditates Niſi fortè ad id reſpicere voluit, quod difficilius eſt teſtatum decedere quam inteſtatum. In quo nihil eſt, quod mirũ videri debeat cùm teſtamenta ex multis ſolennitatibus conſtent, quæ ad inteſtati ſucceſſionem nil pertinēt, propterea quòd in teſtamentis factũ hominis interuenit, ab inteſtato verò ſola poteſtas legis, cuius proprium eſt non ſibi, ſed hominibus legem & parendi neceſſitatem imponere. Nam & inde fit, quod idem Goueanus pro ſententia ſua confirmanda ſubiicit, vt poſthumum alienum hæredem ex teſtamento habere non poſſim, legitimum tamen poſſim, *l. antepenult. de legat. 1.* Nempe quia teſtantis iudicium certum eſſe debet cuiuſmodi eſſe non poteſt, quod in perſonam incertam aut incertæ ſimilem qualis eſt poſthumus, confertur. Legis verò iudicium, non niſi certum eſſe poteſt, quæ ſemper agnato proximo hæreditatem defert, non eò minus autem proximus agnatus eſt is, qui poſthumus quoque eſt, quãdoquidem quòd ad iura legitimarum hæreditatum attinet qui in vtero eſt pro iam nato habetur ex iuris regula, *l. pen. De ſtat. homin.*
† Illud igitur videndum eſt cur Bulgarus, Accurſius & 9
cæteri in eas anguſtias ſe coniiciant, vt non aliter defendi poſſe putent quod Papinianus ait non reuerſo patre ſubſtitutionem pupillarem corruere quàm ſi negent exinde filium videri ſui iuris fuiſſe ex quo pater ab hoſtibus captus eſt. Nimirum quoniam, vt Accurſius ipſe fatetur, non poſſis fingere filium exinde ſui iuris fuiſſe, quin pariter fingas ex lege Cornelia patrem præmortuum, quo tamen admiſſo ſit neceſſariò conſequens,
vt pupillaris ſubſtitutio valeat, quaſi filio per patris 10
mortem à patria poteſtate liberato. † Quæ ipſa Cuiacij ratio eſt, in hoc tamen apertè claudicans, quod putant fictioni Corneliæ tribuendum eſſe, vt filius exinde ſui iuris fuiſſe dicatur, ex quo pater ab hoſtibus captus eſt. Cùm ex contrario nihil ſit apertius quàm fieri id ex mera rei factique veritate, quoniam verum eſt & ſeruum hoſtium eſſe eum qui ab hoſtibus captus ſit, & eum qui in aliena poteſtate ſit, alios in ſua vti iam diximus, habere non poſſe. Non quidem prorſus abruptum eſt ius patriæ poteſtatis propter ſpem poſtliminij quæ omnia iura in ſuſpenſo retinet, *l. illa inſtitutio a §. 1 de hered. inſtit.* Sed tamen quandiu fictio poſtliminij locum non habet, ac multò magis ex quo conſtat locum amplius habere eam non poſſe patre apud hoſtes mortuo, veritati neceſſariò ſtandum eſt, & eo ſaltem tempore quo filij ſtatus pendere deſiit, admittendum incunctanter, exinde filium ſui iuris factum eſſe ex quo pater hoſtium
potitus ſit. † Neque verò Papinianus ſic loquitur vt 11
dicat intelligi filium morte patris ſui iuris effectum, in quo iſti omnes falluntur, ſed patris captiuitate, quam mortuo poſtea illo apud hoſtes, poſtliminij fictio de-

lere

lere non potuerit: vt inferamus viuo patre exuiſſe filium
de poteſtate, & conſequenter pupillares tabulas euanuiſſe. Id enim proculdubio Papin. ſignificat, cùm ait nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, eas ſcilicet nullo caſu valere ſiue reuerſo ſiue non reuerſo patre, in eoque cum Accurſio, & veteribus omnibus contra Cuiacium, (quæ iā ſuperioribus annis mea fuit opinio) ſentiendum arbitror. Quis enim ius hoc iam certum, in dubitatum, &, vt Cuiacius loquitur, confeſſum velit dicere quod a tot tantiſque interpretibus nondum
12 bene exploratum ſit & intellectum? † Atqui, inquies, negari non poteſt, quin mortuo tandem apud hoſtes patre locus ſit fictioni legis Corneliæ quæ faciat vt pater qui non rediit iam tunc deceſſiſſe intelligatur ea quo captus eſt. Sic enim idem Papinian ſcribit in *l. proxim. in princ. ſupr.* quam nos in præcedentibus explicauimus. Et hoc certè præcipuum eſt quod interpretes omnes præcipites egit, non animaduertentes, quod tamen veriſſimum eſt, nihil iſta habere communia Et quamuis verum ſit patrem apud hoſtes defunctum mortuo iam in ciuitate filio retrofingi deceſſiſſe prima hora captiuitatis, non inde tamen fieri vt filius poſt patrem deceſſiſſe exiſtimetur. An ratione illa quam Accorſius attigit, & quæ non inſubtilis videri poſſit, quòd fictio legis Corneliæ non prius locum habeat quàm defunctus ſit is qui ab hoſtibus detinebatur, tunc autem cùm locum habere incipit iam non ſuperſit perſona filij ſuper qua fingi quicquā poſſit? arg *l. huic ſcripturæ. 15. ad leg. Aquil.* Sed obſtat quòd imò verò interdum euenit vt fictio quæ nondum nata fuerat moriente filio perinde vires ſuas exerat illo iam mortuo, vt cùm filius in ciuitate deceſſit antequàm pater ab hoſtibus rediret. Retrofingitur enim deceſſiſſe filiusfamilias quamuis reuera ſui iuris deceſſerit. vt ſcriptum eſt in hac *l. & d. l. penult. de ſuis & legit.* Videlicet propter ius poſtliminij paterni, quod patri ſaluum & integrum ſupereſſe oporteat, non ea fi-
13 lij morte quæ medio tempore contigerit, imminutum, *l. 1. C. de poſtlim. reuerſ.* † Cur non ergo ſimiliter lex Cornelia hoc ipſo quod fingit patrem quandocunque apud hoſtes mortuum iam tum deceſſiſſe videri cùm captus eſt, finget etiam filium medio tempore defunctum in ciuitate patri fuiſſe ſuperſtitem? Illa igitur ratio probabilior mihi videtur quòd leg. Corneliæ fictio tota eò duntaxat pertineat vt & hæreditatem captiuo mortuo faciat & hæredem, non etiam vt hunc vel illum hæredem conſtituat. Faciat, inquam, tum demum cùm captiuum apud hoſtes defunctum eſſe innotuit. Ex eo námque fit vt ſi quis captiui filius aut proximus agnatus fuit primo captiuitatis tempore qui durante captiuitate deceſſerit, licèt, ſi voles, hæreditatem captiui quaſi iam mortui adierit, nihil tamen ad hæredem tranſmiſiſſe videatur, quia neque ex lege duodecim tabularum captiui hominis hæres eſſe potuerit, neque ex lege Cornelia priuſquam mortuum eſſe conſtaret, *l. nec nos præterit. 3. C. de poſtlim. reuerſ.* Itaque is demum ex lege Cornelia admittetur qui tum proximus fuerit quo captiuus deceſſerit, aut potius quo deceſſiſſe captiuum apparuerit. Finge inſtitutum filium aut agnatum proximum aut extraneum medióque tempore mortuum: lex Cornelia non confirmabit teſtamentum quod hærede præmortuo deſtitutum eſt, ſed inducet legitimum hæredem eum qui tum ex agnatis proximior ſit, & legitimam confirmabit hæreditatem. Hoc cur ita? Quia mortuum hæredem facere non poteſt, nec fingere viuum mortis tempore eum qui in rebus humanis erat cum paterfamilias capiebatur. tametſi iungat tempus mortis tempori captiuitatis, *l penult. in fin. de vſucap.* quandoquidem ſubducto medio toto tempore quod in captiuitate trāſactum eſt non aliter fieri poſſit coniunctio illa extremorum, quàm ſi vtriuſque temporis, hoc eſt tam quo paterfamilias captus quàm quo mortuus eſt, æquè ratio habeatur, vt non magis intelligatur captiuus tum mortuus cùm captus, quàm tum captus cùm mortuus eſt. Qui ergo non reperitur viuus eo tempore quo paterfamilias apud hoſtes moritur, nec tum fuiſſe intelligendus eſt cùm is captus fuit: ideóque nec ad legis fictionem vllomodo pertinet, quia non magis hæres eſſe poteſt 14
quàm ſi nunquam in rerum natura fuiſſet. † Hoc verò ſi ita eſt, ſequitur, filium impuberem in ciuitate defunctum antequam pater apud hoſtes moreretur, ſiue inſtitutus fuerit ſiue exhæredatus, non pertinere ad legis Corneliæ fictionem, non quia fictionis natura prohibeat ne perſonam quæ amplius non eſt, poſſit afficere, (poteſt enim ſi aliud nihil prohibeat, ſiue perſona ſiue res ipſa eſſe deſierit, *d. l. penult. de ſuis & leg l quædā ſunt. 15. in fin. de rebus dub. l. in ratione. 11. §. 1. ad leg. falcid.*) Sed quod nec ſi velit poſſit eum hæredem facere qui in hominum natura eſſe deſierit, quod vnum tamen ei propoſitum eſt vt hæredem faciat. Sed etſi fingeres pro arbitrio fictioni Corneliæ hîc locum eſſe, nonquam tamen efficere poſſes vt filius impubes ante patrem reuera mortuus, poſt eum mortuus videretur. Quid enim aliud conſequâre niſi vt retrofingatur pater mortuus iam inde à quo tempore in hoſtium poteſtatem peruenit? Atqui vel fingere vis eo ipſo inſtanti filium quoque iam mortuum fuiſſe, vel, vt re vera fuit, adhuc ſuperſtitem Si mortuum, prior ergo filius quàm pater deceſſerit, atque ita ſubſtitutio pupillaris corruet, cùm filiusfamilias teſtatus decedere non poſſit. Si ſuperſtitem, Quæro quo poſtea tempore defunctum eum velis fingere, An medio illo tempore quo reuera deceſſit inter inſtans primum captiuitatis & mortis paternæ? At hoc facere non poſſis, quoniam ſi fictio iſta iungit tempus mortis primo inſtanti captiuitatis, conſequens eſt vt medium tempus nullum agnoſcat: alioqui extrema non iungerentur. Porrò ſi medium tempus nullum eſt, fieri certè nequit vt retrofingatur pater ante filium mortuus inſpecta ſcilicet prima hora captiuitatis, quin filius contraria ſiquidem, ſed tamen ad eundem modum formata ratione fingatur patri ſuperſtes eo quoque tempore quo pater morietur. Atqui lex hoc non fingit, nec poteſt fingere. Si enim fingeret illud quoque euenire neceſſe eſſet vt huic filio deferret hæreditatem quam vtique defert ſuperſtiti filio aut agnato proximo, *d. l. 3. C. de poſtlim. l. lege Cornelia. 12. qui teſtamen. fac. poſſ. l. lex Cornelia. 28. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Atque ita deferret lex Cornelia hæreditatem veram hæredi reuera mortuo Ergo neque ea contrario fingit patrem ante filium deceſſiſſe, vtrumque hac vna ratione quòd fictiones iſtæ omnes inanes & inutiles eſſent filio reuera defuncto quo tempore verus hæres captiuo faciendus & inducendus eſt. Semper enim neceſſe eſt perſonam eſſe cui detur eo tempore quo datur, nec ſufficiat antea fuiſſe ſi tunc non ſit, ne prius iuris ratio quàm perſona quærenda ſit, vt eleganter Scæuola ſcribit in *l. quidam referunt. 14. de iur. codicill.* Planè cùm filius inſtitutus patri ſuperſtes fuit, legis fictio locum habet, vt in priore proximæ legis ſpecie, quoniam non inducit eo caſu mortuum hæredem, ſed viuum & verum, proinde ſubſtitutio pupillaris valet ſi inſtituto impuberi facta ſit nō item ſi exhæredato, vt ad eum locum docuimus, nec in tāta facti iuriſque diuerſitate poſſis cū Cuiacio argumētum ſumere ab vno caſu ad alium niſi vltro velis cum ipſo impingere. † Ceſſante igitur legis Corne- 15
liæ fictione eo caſu quo filius in ciuitate deceſſerit patre adhuc apud hoſtes ſuperſtite relinquitur, vt veritati locum eſſe oporteat, ſecundum quam verum eſt dicere præſertim extincta per mortem patris ſpe poſtliminij filium ſui iuris effectum eſſe viuo patre, & exinde quo pater captus fuit, quo amiſſo ſubſtitutionem quoque pupillarem euaneſcere omnino neceſſe eſt. Sicque proculdubio intelligi Papiniani ratio debet. Quæ cùm tam bona & elegans ſit, vt nec melior nec elegantior alia proferri poſſit, an non ridiculè faciunt interpretes, qui
quaſi

quaſi [illegible] non ſufficiat) nec ſanè mirum eſt non in-
telligentibus ſufficere non potuiſſe, aliam inquirunt:
16 † Hanc autem aſſerunt, quòd quia [illegible] apud hoſtes
fuit, eius hæreditatem adire filius non potuerit, *d.l. 1. C.*
de poſt. rev. [illegible] non adita verò patris hæreditate pupil-
lares tabulæ corruunt, *l. 2. de vulg. & pupil. ſubſtit. l. apud*
Iulianum [illegible] *§. dein Iulianus l.* [illegible] *C. Trebellian.* Quid
ergo ſi impubes cui ſubſtitutus datus eſt, non inſtitutus
fuerit, ſed exhæredatus extraneo hærede ſcripto qui mo-
riente apud hoſtes patre adhuc ſuperſtes fuerit in ciui-
tate, delatamque hæreditatem adierit? Vtique dici non
poterit, non aditam fuiſſe patris hæreditatem licèt ex-
hæredatus filius in ciuitate interim deceſſerit. Quid
enim commune exhæredato cum aditione hæreditatis?
Et tamen ſubſtitutio pupillaris non valebit. Generalis ſi
quidem eſt Papiniani ſententia, vt filio in ciuitate ante
patrem captiuum mortuo nihil ſit, quòd de ſecundis ta-
bulis tractari poſſit, id eſt nullo caſu ſecundæ tabulæ va-
leant, nec proinde diſtinguendum ſit, an inſtitutus filius
fuerit, an exhæredatus. ſicut nec in poſteriore [illegible] lc-
gis ſpecie cui lex hæc coniungitur. Generalis item ratio
illa eſt, quæ pupillares tabulas deſtruit, quòd filius viuo
patre ſui iuris effectus videatur. Adeò vt nec ſi filius pa-
tri ſuperuixerit, pupillares tabulas valere patiatur exhæ-
redato filio, ſed eo tantùm caſu quo filius ipſe ſit inſtitu-
tus. Non igitur germana illa ratio eſt, quòd filio inſtituto
præmoriente non ſit adita patris hæreditas, ſed illa quæ
Papiniano probatur, quòd ſiue adita ſit patris hæreditas
ſiue non, ſemper verum ſit filium impuberem de viui
17 patris poteſtate exiſſe. † Nobis aliquando placebat filio
in ciuitate ante patrem mortuo, idcirco videri non poſſe
filium ex lege Cornelia poſt patrem deceſſiſſe, quòd ad
filij perſonam legis Corneliæ fictio non pertineat. Sed in
eo errabamus, quoniam imò verò pertinet cum filius eſt
inſtitutus, vt quo tempore lex Cornelia hæreditatem fa-
cit, mortuo videlicet patre, faciat etiam hæredem, quem
porro alium facere nequit ex teſtamento quàm qui in-
ſtitutus eſt. Alioqui etiam inſtituto filio patri ſuperſtite
perinde pupillares tabulæ corruerent atque corruunt
filio exhæredato, quod Papinian. negat in *l. prox. ſupr.*
18 *in princ.* † Rurſus in eo errabamus quòd filio patri ſu-
perſtite pupillaris ſubſtitutionis confirmandæ rationem
illam aſſerebamus, quia filium patri ſuperſtitem verum
non ſit exiuiſſe de patris viui poteſtate, qui ab hoſtibus
quandocunque rediens filium in poteſtate habere po-
tuerit ex poſtliminij fictione. Nam imò verò mortuo po-
ſtea illo apud hoſtes etiam poſt filium, atque ita extin-
cta ſpe poſtliminij, dici poteſt, licet audacter, vt Scæuo-
la loquitur in *l. Gallus. 29. §. videndum in fi.* filium de-
ſiiſſe ſuum hæredem eſſe viuo patre cum pater apud ho-
ſtes mortuus nec redierit nec redire amplius poſſit: mul-
to igitur magis defendi poteſt, patre apud hoſtes mortuo
priuſquã filius in ciuitate moreretur, filium deſiiſſe ſuum
19 hæredem eſſe viuo patre † Addebamus, cùm filius patre
apud hoſtes viuo moritur poſtliminij ſpem extingui, &
iam inde ab eo initio, quo filius moritur, certum eſſe
incipere patrem quandocunque redeuntem nunquam
filiũ in poteſtate habiturũ. Indeque fieri quod Papinia-
nus ait vt filius ſui iuris fuiſſe videatur ex quo pater ab
hoſtibus captus eſt: in eo quoque nos & turpius erraba-
mus. Obſtat enim ex diametro quod ab ipſo Papiniano
ſcriptum eſt in [illegible] & ab alijs alibi paſ-
ſim patre ab hoſtibus redeunte, filium interea defunctũ
in ciuitate filiumfamilias deceſſiſſe intelligi, quod & in
hac ipſa lege quam interpretamur Papinianus expreſſit,
illis verbis, *ſiue quoniam viuo patre filiumfamilias mors intel-*
ligatur patre videlicet reuerſo, vt ſequens pars diſtinctio-
20 nis oſtendit. † Ratio autem illa, *ſiue quoniam non reuerſo eo*
ex inde ſui iuris videtur fuiſſe ex quo pater hoſtium potitus eſt,
non fictione vlla aut legis Corneliæ aut poſtliminij niti-
tur, ſed ſola rei veritate, quæ vt ſeipſam tueatur fictione
nulla indiget, quamuis Papin. adiecerit verbum *videtur,*
[illegible] veritatem abeſſe ſignificaret, ſed quod propter
ſpem poſtliminij, quæ moriente filio adhuc durabat, ve-
rum non ſit filium quandiu vixit non fuiſſe in plenũ
patria poteſtate liberatum, vt idẽ Papinianus loquitur,
in *d.l. ſi cendem* id eſt abſolute & ita ne in poteſtatem nul-
lus recidere poſſet. Sed quemadmodum ſpes illa poſtli-
minij poſtea deficiens patre apud hoſtes mortuo, non
impedit ne filius in ciuitate interea defunctus paterfami-
lias deceſſiſſe videatur, habeatque hæredem ab inteſta-
to, *d l. penultim.* quoniam deficiente principali extremo
fictionis poſtliminij, id eſt reditu captiui in ciuitatem,
perinde eſt ac ſi nulla vnquam poſtliminij ſpes fuiſſet
cum ex euentu appareat nullam vnquam fuiſſe aut ſi
qua fuit, in [illegible] nem extitiſſe, *arg. l. huic ſcripturæ. 15. in fin. D.*
ad leg. Aquil. ita nec facere poteſt quominus pupillares
tabulæ corruant, tanquam effectore vero filio ſui iuris
viuo patre. Quod ſi Papiniani rationem ad fictionem ali-
quam referre velles, non tamen de poſtliminio tractan-
dum eſſet patre nunquam reuerſo, ſed potius de le-
ge Cornelia, quæ ſane ad eum caſum fictionem ſuam ac-
commodaret niſi ratio illa iuris & fictionis obſtaret, quã
nos iam ſatis ſuperque expoſuimus. † Denique in eo 21
errauimus quòd ſcripſimus filium in ciuitate mortuũ pa-
tre adhuc viuo apud hoſtes ſubſtitutum pupillarem ha-
bere eadẽ illa ratione non poſſe qua hæredem ab inteſta-
to habere poteſt, nempe quòd paterfamilias deceſſiſſe
credatur. Nam imò vt ſubſtitutum pupillarem habere
poſſit neceſſe eſt eum patremfamilias deceſſiſſe. Sed dif-
ferentia in eo eſt, quòd vt habeat hæredem legitimum
ſufficit, quandocunque factum eum patremfamilias ſiue
viuo patre ſiue per eius mortem id contigerit, vt verò
habeat hæredem ex teſtamento patris, omnimodo ne-
ceſſe eſt, vt per mortem duntaxat patris non etiam viuo
eo paterfamilias factus ſit. Dixi, *ex teſtamento patris,* quo-
niam cùm de pubere agitur qui teſtamentum alioqui
facere ſibi poſſit, non illa ratio impedit ne hæredem ex
teſtamento habeat, ſed alia quòd de ſuo ſtatu incertus ſit
quãdiu pater viuit & poſtliminij ſpem habet, vt pluribus
infra tractabimus. Quæ tamen ratio, ſi ſuperior non
eſſet, tabulis pupillaribus non obſtaret, vtpote quas non
filius ipſe, cuius ſtatus pendet, ſed pater ei fecerit.

CAPVT VII.

Alia Scæuolæ à Papiniano diſſenſio in quæſtio-ne § vlt d.l. quòd ſi filius, & emendatio l. ſi pater captus 29. de vulg. & pupil. ſubſtit.

SVMMARIA.

1 *An, ſi pater & filius ambo apud hoſtes ſint, ibique dece-dant, ſed pater prior, ſubſtitutus pupillaris ex lege Cornelia admittatur?*
2 *An patrem in ſpecie* d. §. vlt. *priorem captum fuiſſe po-nendum ſit?*
3 *An, ſi non appareat vter prior in hoſtium poteſtatem peruenit, pupillaris ſubſtitutio valeat?*
4 *Ratio Scæuolæ in quæſtione* d. §. vlt. *à Papiniano diſſen-tientis.*
5 *Quanam ratione nitatur Papiniani ſententia?*
6 *Vulgaris Interpretatio Doctorum ad illa verba Papi-niani*, non alias quam ſi patre, *&c.*
7 *Vera eorundem verborum conſtructio & explicatio.*
8 *Verba illa* d. l. ſi pater 19. niſi reuerſus in ciuitate impubes decedat, *in textum irrepſiſſe.*
9 *Cur ea verba è* d. l. *tollenda ſint?*
10 *Reſpondetur obiectioni contra dictã emendationẽ forma-tæ, & in fine* d. l. ſi pater *pro* quoniã *legitur* quanquã.
11 *Quomodo Papinianus ſententiam ſuam* d. §. vlt. *confir-mauerit?*

12 *Lege Cornelia legitimam dumaxat pupilli hæreditatem conſtitui, non teſtamentariam.*
13 *Ratio dubitandi nata ex verbis Scæuolæ in* d.l.29. *prout à Cuiacio leguntur.*
14 *An patre & filio apud hoſtes mortuis, filius ex Scæuolæ ſententia videri poſſit per legis Corneliæ fictionem in ciuitate deceſſiſſe.*
15 *Noua coniecturâ & emendatiore* d.l.ſi pater 29 *conciliatur Scæuolæ & Papiniani ſententia.*
16 *Superioris coniecturæ confirmatio, & dubitandi ac decidendi ratio in* d.l.29.
17 *Conciliatio* d.l.29.*cum* l.28.eod.tit.
18 *Vis horum verborum in* d.§.vlt.l. quod ſi ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto.
19 *Vulgaris Doctorum ad dictas leges interpretatio reijcitur, & interpretationis ratio refutatur.*

1 HIc † quoque vt aliorum ita & noſtri errores dete-
gendi ſunt ac corrigendi. Quarta ſpecies eſt à Pa-
piniano tractata ad legis Corneliæ fictionem & pupilla-
rem ſubſtitutionem pertinẽs, ſi pater & filius ambo apud
hoſtes ſint ibiq; decedant, ſed pater prior, an ſubſtitutus
pupillaris ex legé Cornelia admittatur. Sic autem Papi-
nianus ſcribit, *Sed ſi ambo apud hoſtes, & prior pater decedat, ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto, non aliàs, quàm ſi apud hoſtes patre defuncto poſtea filius in ciuitate deceſſiſſet.* Po-
nit Papin. priorem patrem decedere, quoniam ſi verum
eſt quod proximè docuit, filio in ciuitate ante patrem
captiuum mortuo, nihil eſſe quod de ſecũdis tabulis tra-
ctari poſſit, multò minus de iis quærendum fuerit, filio
ante patrem apud hoſtes defuncto, quia non magis po-
teſt legis Corneliæ fictio efficere vt filius ante patrem
apud hoſtes mortuus ei hæres extitiſſe videatur, quam ſi
huius in ciuitate deceſſiſſet: quinimò tantò minus quòd
fieri nequeat vt filius qui apud hoſtes eſt vllomodo ſit
2 hæres patris, aut alterius cuiuſlibet. † Patrem igitur prio-
rem deceſſiſſe ponendum eſt. An & priorem captum? Sic
Scæuola fortaſſe exiſtimauit qui in *l. ſi pater captus.* 29.
de vulg. & pupil. ſubſt. eandem tractans quæſtionem ita
ſcribit, *ſi pater captus ſit ab hoſtibus mox filius & ibi ambo decedant quamuis prior pater decedat, lex Cornelia ad pupilli ſubſtitutionem non pertinebit.* Sed ſi non admittit Scæuo-
la confirmari pupillarem ſubſtitutionem ex lege Cor-
nelia, etiam cum filius poſt patrem captus eſt, multò mi-
nus admiſſurus fuerit confirmari eam filio ſimul & eo-
dem inſtanti capto cum patre: quia nec præmortuus fin-
gi poteſt pater quem ſimul cum filio captum eſſe con-
ſtat, ſicut nec ſi poſt filium captus eſſet. Idémque hoc ca-
ſu contingere neceſſe eſt, quod eueniret ſi vtrumque eo-
dem temporis momento mortuum eſſe conſtaret, filium
nempe nunquam ſui iuris fuiſſe qui patri ſuperſtes nec
in ciuitate nec apud hoſtes fuiſſet, atq; ita pupillares ta-
bulas quaſi à filiofamilias factas intercidere. Itaque licèt
Papinianus generaliter & indiſtinctè tractet de patre &
filio ab hoſtibus captis, non expreſſo eo vter prior captus
ſit, ita tamen intelligi neceſſariò debet vt de patre prius
capto ſenſerit. Ne alioqui euidenter falſum ſit quod ait,
poſſe legem Corneliã ſufficere ſubſtituto, quæ ſanè nec
ſufficere poteſt nec auxilio vllo extrinſeco ſuppleri ad cõ-
firmandas pupillares tabulas ſiue filius ante patrẽ, ſiue ſi-
3 mul cum patre captus ſit. † De illo fortaſſe probabilius
dubitari poſſit, ſi vterque ita captus ſit vt nõ appareat an
vterque ſimul, an vter prior in hoſtium poteſtatẽ perue-
nit, an pupillaris ſubſtitutio valeat. Sed tamen verius eſt
non valere, non ſolum quòd ſubſtituto prætẽdenti pupil-
lares tabulas incumbat onus probandi filium ſuperuixiſ-
ſe arg. *l. ex facto* 17.*§. ſi quis autem ad S.C. Trebel. l. quod de pariter.* 6.*cum duab. ſeq. de reb. dub.* Verùm etiam quia
quod dici ſolet patrem ante filium deceſſiſſe videri, ta-
metſi in bello deceſſerint, *l. qui duos.* 9.*§. cum bello eod.*
non habet locum ſi filius impubes fuit etiam cùm de
naturali & vera morte agitur, *d. l. qui duos.* §.*vlt. l. ſi mulier.*
13.*eod. l. inter ſocerum.* 26. *de pact. dot.* nec igitur ſi de
morte ficta agatur quæ per captiuitatem contingit, ſiue
quod facilius ſit hoſti capere impuberem tueri ſe non
valentem, quam patrem, ſiue quòd naturæ ordo ille qui
ex voto parentũ prius ad mortem vocat parentes quàm
liberos, *l. nã et ſi.* 15.*de inoff. teſtam. l. ſcripto.* 7.*§.* 2 *li. vnd. lib.*
facillimẽ interrũpatur cùm captiuitas incidit, quæ ſicuti
contra naturam eſt, ita naturæ ordinem ſubſequi nõ po-
teſt. Ergo vt quæſtioni locus eſſe poſſit non tantũ primo
loco defunctum patrem, ſed etiam prius captũ fuiſſe po-
nendum eſt. † In hac autem quæſtione non dubito quin 4
Pap. à Scæuola diſſenſerit. Nam Papin. apertè ſcribit le-
gem Corneliam ſufficere ſubſtituto, Scæuola verò negat
legem Corneliam ad pupilli ſubſtitutionem pertinere.
Diſſentiendi à Papiniano cauſam eandem habuiſſe Scæ-
uola videtur, quam Papinianus diſſentiendi a Iuliano in
quæſtione *§. vlt. l. pater.* 10.*de cap. & poſtlim.* Nempe quòd
lex Cornelia de ſecundis tabulis nil locuta ſit, at eius
tantum perſonam demonſtrauerit, qui teſtamenti factio-
nem habuiſſet, cuiuſmodi non eſt impubes. Noua igitur
lege aut Imper. conſtitutione opus eſſe putabat Scæuo-
la vt impuberis hæreditas teſtamentaria induceretur, &
confirmaretur. Adeò fuit ille ſtricti iuris religioſiſſimus.
nihil intereſſe exiſtimãs an filius ſolus an cum patre ca-
ptus ſit, cùm perinde vtroque caſu captiuus ſit, & con-
ſequenter hæredem ex teſtamento habere nequeat.
Quod ſi ita eſt, conſequens erit ſolo illo caſu confirmari
per legem Corneliam pupillares tabulas, quo filius in ci-
uitate poſt patrem captiuum deceſſerit. Et quidem inſti-
tutus à patre non exhæredatus ne ea obſtent quæ ſcri-
pſimus ad Papinianum in *d. l. pater in princ.* † Papinianus 5
verò quamquam admittit legem Corneliam quæ de ſe-
cundis tabulis nil locuta eſt ad pupillarem ſubſtitutio-
nem non pertinere, cùm ſolus filius, ſiue inſtitutus ſiue
exhæredatus, mortuo patre captus eſt, eſſeq; illo caſu ne-
ceſſarium ſubſtituto auxilium non quidem alterius legis
aut conſtitutionis, ſed Prætoris tanquam eius qui verus
æquitatis cuſtos ſit & arbiter, filio tamen cum patre ca-
pto, & poſt patrẽ mortuo magis probat vt ſufficiat ſub-
ſtituto lex Cornelia; id eſt, vt non ſit ei neceſſarium Præ-
toris auxilium ad conſequendas vtiles in hæreditatem
actiones qui directas ex ipſa lege habere poſſit. Ratione
illa, vt arbitror, quòd patre capto neceſſe ſit legem Cor-
neliam inducere ad confirmandum patris teſtamentum,
quo confirmato pupillares quoque tabulas tanquam ac-
ceſſorias partemque paterni teſtamenti, aut potius idem
ipſum teſtamẽtum confirmari oportet. Quid enim re-
fert an in ciuitate, an apud hoſtes pupillus fuerit, cùm
patris teſtamentum per legem Corneliam confirmetur?
Nam etſi in ciuitate filius poſt patrem decederet, non eò
magis ſubſtitutus admitteretur ni lex Cornelia patris
apud hoſtes mortui teſtamentum confirmaret. Cùm igi-
tur ex ſola paterni teſtamenti confirmatione pupillares
tabulæ vires accipiant, nec eò minus confirmetur patris
teſtamentum quod filius quoq; apud hoſtes deceſſerit,
cur nõ perinde admittamus hoc quoque caſu pupillares
tabulas ex lege Cornelia ſubſiſtere, atq; ſi filius in ciui-
tate deceſſiſſet? † Id enim eſt quod Papinianus ſibi vult 6
iis verbis, *non alias quam ſi patre apud hoſtes defuncto poſtea filius in ciuitate deceſſiſſet.* Quæ tamen longe aliter
ab interpretibus omnibus hucuſq; accepta fecerunt vt iã
vulgò creditum ſit non ſolùm diuerſam, ſed & planè cõ-
trariam eſſe Papiniani ſententiam, eam nimirũ vt ita de-
mum in propoſita ſpecie pupillaris ſubſtitutus admitta-
tur ſi filius qui cũ patrẽ captus fuerat poſtea reuerſus ſit
ab hoſtibus, & in ciuitate deceſſerit. Quaſi Papiniani ver-
ba conſtructionem & interpretationem eandem admit-
tant ac ſi ſcripſiſſet ille, *non aliàs*, aut, vt quidam libri ha-
bent, *non aliter ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto, quam ſi apud hoſtes patre defuncto poſtea filius in ciuitate deceſſiſſet.* Cur
tam tortuoſæ cõſtructioni & interpretationi, licèt à no-
bis in priorib. Coniecturis probatæ, aliud nihil cauſam
dedit,

dedit, niſi quod ea ſola Papiniani cum Scæuola conci-
liandi ratio ſupereſſe videretur. Ita fit vt Papiniani ſen-
tẽtia quæ pro ſubſtituto facit euidẽtiſſimè contra ſubſti-
tutũ retorqueatur, & quæ affirmatiua eſt cum ita leges,
ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto, negatiua fit cùm ita con-
ſtrues, *nõ alias ſufficiet, lex Cornelia*, &c. Sed præter id quod
improbabilius dici nihil poteſt & à Papiniani verbis
alienius, videamus etiam quam abhorreat à propoſita
quæſtione, noua iſta conſtruendi aut verius deſtruendi
7 contextus ratio † An non Papinianus eã ſpeciem tra-
ctat in qua vterque & pater, & filius, ſed pater prior
apud hoſtes decedat vtique. Sic enim ſcribit, *ſi ambo apud
hoſtes, & prior pater decedat* Quomodo igitur fieri poteſt
vt ad propoſitam quæſtionẽ Papinianus reſpondeat, ſuf-
ficere quidẽ poſſe legem Corneliam ſubſtituto, ſed ita
demum ſi filius quẽ iã poſuit apud hoſtes deceſſiſſe, (ne-
que enim reuerſum eum fuiſſe vllomodo exprimit) in
ciuitate moriatur? Aut quis credat Papinianum vno ca-
ſu propoſito de alio reſpondere? Aut denique, ſi Papi-
nianum ſic interpretari vis, vt de propoſito caſu reſpõ-
deat per ambages ſufficere ſcilicet legem Corneliã ſub-
ſtituto ita demũ ſi filius poſtea in ciuitate deceſſerit, vt
inferre poſſis, Ergo in propoſito non ſufficere ambobus
apud hoſtes mortuis, Rogo, quid neceſſe erat verba illa
addere, *apud hoſtes patre defuncto*. An non id ſatis erat
expreſſum prioribus illis, *ſed ſi ambo apud hoſtes & prior
pater decedat*. Quid tã inſulſa verborũ multiplicatio cũ
Papinianea breuitate & elegantia cõmune habet? Aliã
itaque & nouam ſpeciem iis verbis perſtringit, vt cum
dixerit nihil referre an vterque apud hoſtes, ſed pater
prior deceſſerit, an pater ſolus apud hoſtes, poſtea verò
filius in ciuitate, facilè cuique ſit intelligere cur illo ca-
ſu legem Corneliam ſufficere arbitretur. Et verò verbũ
illud, *deceſſiſſe*, vulgari interpretationi non conuenit, ſe-
cundùm quam, ſi Grãmaticos Papinianus amauit, ſcri-
bere debuit, *decedat*, aut, *deceſſerit*. At cum verba illa, *nõ
alias quam ſi apud hoſtes*, &c. ad ſentẽtiam affirmatiuam
iámque abſolutam & virgula aut commate notandam
addita hunc ſenſum habeant ac ſi pluribus & apertius
ſcriptum eſſet, *nõ ſecus quàm cõtingeret ſi apud hoſtes*, &c.
commodiſſimè ſubiunctum eſt, *deceſſiſſet*, in præterito,
vt Grammaticum agam, pluſquam perfecto cùm de eo
8 ageretur qui iam deceſſerat. † Qui autẽ primi ex inter-
pretibus Papinianum ſic interpretati ſunt vt cum Scæ-
uola conciliarent, nihil actum exiſtimantes ni Scæuolæ
quoque ſententiam quam per conſtructionem violare
non poterant, audaciore & ineptiore interpretatione
ad ſenſum ſuum detorquerent, ſic Scæuolam intelligi
voluerunt vt quod ille ait legem Corneliam in propo-
ſita quæſtione ad pupilli ſubſtitutionem non pertinere,
hanc exceptionem admittat, *niſi reuerſus in ciuitate im-
pubes decedat*, quæ verba tandẽ ſequentium interpretum
9 aut exſcriptorum imperitia in textũ irrepſerunt † Quid
enim apertius, quàm videre, Scæuolam ſic ſcribere non
potuiſſe? quippe qui in præcedentibus, diſertis verbis
exprimat tractare ſe de filio, qui cum patre apud hoſtes
deceſſerit, nec ab iis vnquam reuerſus ſit vt in ciuitate
mori potuiſſet. Sic enim ait, *ſi pater captus ſit ab hoſtibus
mox filius & ibi ambo decedãt quamuis prior pater decedat
lex Cornelia ad pupilli ſubſtitutionem non pertinebit*. Quid
igitur ſibi vult exceptio illa, *niſi reuerſus in ciuitate im-
pubes decedat*. An poterit in ciuitate iterum decedere fi-
lius qui iam apud hoſtes mortuus ſit? An non peruulga-
tum eſt, exceptionem debere eſſe de regula & caſu cui
ſubiicitur? An non denique perinde ridicula eſt illa ex-
ceptio ac ſi quis diceret, *mortuos homines ſepeliendos eſſe
præter quam ſi qui viuãt*? Fateamur ergo quod res eſt diſ-
ſentiiſſe omnino hac in ſpecie Papinianum à Scæuola,
niſi aliud quidpiam præterea in Scæuolæ textu emen-
des. Nam etſi exceptionem illam quam tollimus Scæ-
uolæ eſſe voles, præter id quod ridiculum facies Iure-
conſultum alioquin acutiſſimum, non tamen aſſequere,
vt Papinianus Scæuolæ conſentiat, niſi eam quoque ad
Papinianum interpretationem probes, quæ à cæteris
omnib laudata quidem eſt, ſed à nobis hoc capite veriſ-
ſimè & cumulatiſſimè refutata. † Nec te moueat quòd 10
ratio illa quæ apud Scæuolam ſequitur, *quoniam etſi am-
bo in ciuitate deceſſiſſent, veniret ſubſtitutus*. præcedentibus
nil cõuenit ſi tollatur exceptio iſta, *niſi reuerſus in ciuita-
te impubes decedat*, ad quam ſolam accommodari optimè
poteſt. Nam & iã ante nos vir doctiſſimus Iacob. Cuia-
cius, licet Scæuolæ mentem nunquam aſſequutus ſit, be-
ne tamen obſeruauit corruptã eſſe lectionẽ, & pro *quo-
niam*, legendum, *quanquam*, congruũ enim fuit Scæuolã
ſi reſpõſi ſui rationem aliquam reddere voluit, eius par-
tis reddiſſe quæ præcipua erat, & dubitabilior, nõ ex-
ceptionis quæ certa erat & indubitata. Siquidem filio
qui poſt patrem captus fuerat ab hoſtibus reuerſo, & in
ciuitate defuncto, quis dubitare poterat quin ſublata per
poſtliminij fictionẽ filij captiuitatis memoria, patriſq;
teſtamento per legem Corneliã confirmato, pupillaris
ſubſtitutio valeret, ac ſi ambo in ciuitate deceſſiſſent. † 11
Et ob id nimirum Papin. in *d. § vlt. quòd ſi filius*, vt ſen-
tentiam ſuam de caſu magis dubitabili confirmare per
comparationem alterius caſus minus dubitabilis, adie-
cit, *non alias quam ſi patre apud hoſtes functo filius in ciui-
tate deceſſiſſet*. Nõ dixit, *nõ alias quã ſi ambo in ciuitate de-
ceſſiſſet*, quia licet non aliter ad propoſitã quæſtionẽ re-
ſpondeat, quã reſponſurus erat ſi ambo in ciuitate de-
ceſſiſſẽt, facilius tamen fuiſſet contradicenti rationẽ il-
lã conuellere. In promptu namque eſſet dicere ambobus
in ciuitate mortuis nihil obſtare quominus pupillaris
ſubſtitutio valeat, ſi modò filius in poteſtate & poſt pa-
trem deceſſerit. † At in caſu propoſito filium captiuum 12
deceſſiſſe. Et quamuis ex lege Cornelia retrofingatur in
ciuitate deceſſiſſe, id tamen illò pertinere vt legitimum
hæredem habere poſſit non teſtamentarium, Lege Cor-
nelia legitimam duntaxat pupilli hæreditatẽ conſtitui
non teſtamentariam, propterea quod in teſtamentariis
hæreditatibus confirmandis eius perſonam demonſtra-
uerit qui teſtamenti factionem habuiſſet: pupillum ve-
rò teſtamenti factionẽ non habere. Quæ omnia diluun-
tur ratione ſic, vt à Papiniano eſt concepta. Ita enim
eſto vt captiui impuberis hæreditatem ex teſtamento
lex Cornelia non confirmet, ſufficit, inquit Papinianus
patris teſtamentum confirmari vt pupillares quoque
tabulæ in neceſſariam conſequentiam valeant. Quis
verò dixerit eò minus confirmari patris captiui teſtamẽ-
tum quod filius quoque captus fuerit & apud hoſtes de-
ceſſerit? Nihil igitur intereſt ſiue de paterno ſiue de pu-
pillari teſtamento agas, an pater ſolus an filius quoque
cũ patre deceſſerit. Sed tantùm an de ſolis pupillaribus
tabulis confirmandis tractetur, an paternum quoque te-
ſtamentũ cõfirmari oporteat. † Quòd ſi cum Cuiacio ſic 13
legas apud Scæuolam, *quanquam etſi ambo in ciuitate de-
ceſſiſſet veniret ſubſtitutus*, elegantẽ facias rationẽ dubitã-
di propter quam videbatur in propoſita quæſtionẽ pu-
pilli hæreditatem ex lege Cornelia ad ſubſtitutum per-
tinere, cum lex Cornelia fingat in ciuitate deceſſiſſe eos
qui apud hoſtes moriuntur. Ex quo magis apparebit,
quàm imperitè faciant qui rationẽ hanc ad illum caſum
accommodant quo filius ab hoſtibus reuerſus in ciuita-
te deceſſerit. † Nam & ambobus apud hoſtes mortuis 14
non poſſit negare Scæuola, videri filium quoque ex le-
ge Cornelia deceſſiſſe in ciuitate. Cùm & ſi ſolus filius
captus eſſet legitimam ſaltem ipſius hæreditatem lex
Cornelia confirmaret. Quomodo autem confirmaret,
niſi retrofingeret in ciuitate deceſſiſſe? Itaque ſi ad in-
ducendam legis Corneliæ poteſtatem pro confirmandis
pupillaribus tabulis nihil aliud requireretur niſi vt am-
bo in ciuitate deceſſiſſent aut deceſſiſſe viderentur,
iret proculdubio Scæuola in Papiniani ſententiam Sed

quia longè aliud eſt fingere filium impuberem in ciuitate deceſſiſſe qui cum patre apud hoſtes deceſſerit, aliud, verò ipſius teſtamentum confirmare: ideo nec putat Scæuola rationem illam ſufficere ad confirmandas tabulas pupillares, quòd ambo in ciuitate deceſſiſſe videantur, quodque ſi reuera deceſſiſſent in ciuitate, [illegible] ret ſubſtitutus. 15 † Videamus tamen an [illegible] Scæuolæ verba emendari poſſint, & intelligi vt à Papiniano nullo modo diſſentiat, quo nec inſtam diſſen[illegible] cauſam habet. Id verò aſſequemur facilè, ſi retenta vulgari lectione, *quoniam etſi ambo*, &c ſublatiſque [illegible] *niſi reuerſus in ciuitate impubes decedat*, quæ non [illegible] inepte [illegible] tineri poſſe probauimus, præcedentia ſine negatione ſic legamus, *lex Cornelia ad pupillarem ſubſtitutionem pertinebit*. Potuit enim negatio facillimè irrepere [illegible] affinitate poſtremæ ſyllabæ dictionis præcedentis *ſub*[illegible]*tionem* facto *non* ex *nem*, cum librarius priores illas [illegible] *ſubſtitu.* iuncto puncto, ſufficere exiſtimaret ad [illegible] dum legimus *ubſtitutionem* aut etiam e[illegible] audacia [illegible] ritu interpretis conciliare for[illegible] vol[illegible]is [illegible] cum Papiniano, quem ſic intelligeba[illegible]io poſt patrem capto ab hoſtibus ita demum locus [illegible] legi Corneliæ ſi reuertatur filius, & in ciuita[illegible] decedat, ſicut & ab eodem interprete factum eſſe credibile eſt vt in *l. proxim. preced.* legatur hodie in Pandect. Florent. *non commodè* pro eo quod in aliis libris omnibus legitur & longè rectius *non incommodè*, ne ſcilicet Iulianus cum Papiniano pugnaret qui tamen pugnat euidentiſſimè in §. *vltim. dict. leg. pater*. Nec eſt improbabile [illegible] ad verbum *pertinebit* quidam forte gloſſator, vt facere ſolent, adnotaſſet (*imò non pertinebit niſi reuerſus in ciuitate impubes decedat*, vt *leg. quod ſi filius. §. vltim. de capt. & poſtl.* [illegible] & gloſſa illa pleriſque placeret Papinianum mal[illegible] intelligentibus poſtea euenſſe vt ea gloſſa in textum conualeſceret quod & innumeris aliis iuris locis accidiſſe legimus. Sic verò fiet vt Scæuolæ ſententia eadem ſit illi Papiniani, *ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto*, & apprimè congruat ſeq. ea ratio, *quoniam etſi ambo in ciuitate deceſſiſſent veniret ſubſtitutus*, quæ etſi differat aliquantulum ab illa quam Papinianus reddit, *non ſecus quam ſi patre apud hoſtes defuncto filius in ciuitate deceſſiſſet*, vt tamen ipſa eodem recidit, cùm & pater apud hoſtes defunctus in ciuitate deceſſiſſe videatur. Niſi quòd Papiniani ratio ſubtilior eſt & ad diluendam obiectionem quæ contra hanc ſententiam fieri poſſet, vt docuimus, accommodatior.

16 † In hanc verò coniecturam præter ea quæ ſuprà dicta ſunt, non parum me mouent verba illa præcedentia, *quamuis prior pater decedat*, quibus palam eſt dubitandi rationé ſignificari quæ obſtare videbatur, vt proinde aliam dubitandi rationem addere nil neceſſe fuerit in ſeqq. Deciſionis verò cauſam aliquam [illegible] præſertim non aperta ſubiungere fuit conuenientius, quæ tamen nulla erit ſi in ſeqq. pro *quoniam* reponas *quanquam*. Illa porrò dubitandi ratio, *quamuis prior pater decedat*, non videbatur facere vt lex Cornelia ad pupillarem ſubſtitutionem pertineret, ſed potius vt non pertineret. Cùm enim patre iam defuncto impubes apud hoſtes moritur, difficilius eſt, vt impuberis capti hæreditas teſtamentaria ex lege Cornelia confirmetur, ſoletque hoc caſu neceſſarium eſſe Prætoris auxilium, *d. l. pater § vlt. de capt. & poſtlim.* Sed id procedit cùm pater prior deceſſit in ciuitate, non cùm apud hoſtes. Hoc enim caſu confirmato per legem Corneliam patris teſtamento & in neceſſarias conſequentias exinde confirmatis quoq; pupillaribus tabulis nil curandum eſt an poſtea filius in ciuitate an apud hoſtes decedat, quoniam quæ ſemel ſunt confirmata noua confirmatione non indigét. Igitur cùm dubitãdi rationem illam quæ ſuadere videbatur non pertinere legem Corneliam ad pupillarem ſubſtitutionem, Scæuola minus ſufficientem eſſe putet, conſequens eſt, vt ex contrario & affirmatiue reſponderit, *lex Cornelia ad pupilli ſubſtitutionem pertinebit*, tum ſuam rationem ſubiecerit, *quoniam etſi ambo in ciuitate deceſſiſſent veniret ſubſtitutus*: atque ita Scæuolæ ſententia & cum iuris ratione & cum Papiniano conſentiet, 17 † nec rurſus tam euidenter pugnabit cum Iuliano, qui in *l. prox. preced.* defendit, etiam cum patre mortuo in ciuitate filius in hoſtium poteſtatem peruenit, nihilominus pupillarem hæreditatem ex lege Cornelia ad ſubſtitutum pertinere, quamuis Scæuola non obſcurè innuat contra ſe ſentire his verbis, *quamuis prior pater decedat*, quibus ſanè nulla dubitandi cauſa contineretur ſi etiam illo caſu quo pater prior in ciuitate, deinde captus filius apud hoſtes decederet pupillares tabulas ex lege Cornelia confirmari exiſtimabat. Alioqui nõ erat cur ea verba adderet ad excludendum caſum contrarium quo pater poſt filium moreretur, quaſi ſentiret illo caſu legem Corneliam facilius pertinere poſſe ad pupillarem ſubſtitutioné, cum, vt initio capitis præfati ſumus, filio ante patrem ſiue in ciuitate ſiue apud hoſtes decedente certum ſit non ſolum legi Corneliæ [illegible] non eſſe, ſed ne quidem quæſtioni, vt Papinianus ſcribit in principio huius legis, cùm ait, *nihil eſſe quod hoc caſu de ſecundis tabulis tractari poſſit*.

† Cæterum obſeruandum eſt quod Papinianus in hoc §. ſic loquitur, *ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto*. Ad differentiam [illegible] eius caſus de quo dixerat in *§. vlt. l. præced.* & in quo Prætoris auxilium neceſſarium eſſe ſcripſerat. [illegible] quo magis appa[illegible]et verum eſſe quod nos ad eum locum adnotauimus, in illa ſpecie non deferri hæreditatem ſubſtituto pupillari ex lege Cornelia vt Iulianus putabat, ineoque Papinianũ a Iuliano diſſenſiſſe quicquid in contrarium contendat Cuiacius qui vt argumentum hoc effugiat, per unam interpretatione quod lex ait, *ſufficiet*, intelligit ita vt, *non deficit*, quaſi paria ſint in omnibus, *ſufficere*, & *non deficere*. Aut quaſi non deficiat lex Cornelia cum ad Prætoris auxilium confugiendum [illegible] Imò verò *ſufficere*, hic nihil aliud eſt quàm alieno au[illegible]o non indigere. 18 19 † Non poſſum temperare quin ſubiiciam [illegible]es interpretes qui Scæuolæ & Papiniani ſententiam illam eſſe putant vt patre & filio captis & apud hoſtes mortuis licèt patre ante filium, filius tamen hæredem teſtamentarium ex patris teſtamento habere non poſſit per legem Corneliam, falſa etiam niti ratione vt falſam propoſitionem confirment. Aiunt enim id fieri quia filius quamuis ſuperſtes patri, ipſius hæreditatem adire non potuerit quandiu fuit apud hoſtes, non adita autem patris hæreditate pupillares tabulæ corruant, *l. 2. de vulg. & pupil. ſubſtit. l. apud Iulianum. §. idem Iulianus ad SC. Trebel.* Quod omnino ad rem non pertinet. Patris enim hæreditatem adire neceſſe non eſt filio inſtituto & patri ſuperſtite licet apud hoſtes moriatur, quia fictio legis Corneliæ pupillares tabulas in paterni teſtamenti conſequentiam confirmantis ſicuti facit vt pater ex eo inſtanti deceſſiſſe videatur quo captus eſt, *d. l. pater in princ. l. 1. in fin. C. de poſtlim. reuerſ.* ita efficit quoque vt filius poſt patrem captus exinde mortuus retrofingatur ex quo in hoſtium poteſtatem peruenit. Id verò ſi ita eſt, ſequitur vt idem filius qui ſiue rei veritatem ſiue fictionem conſideres patri ſuperuixit patri hæres fuiſſe intelligatur, non quidem ſuus aut neceſſarius proprie (quem verum eſt non fuiſſe in parentis poteſtate mortis tempore) ſed tamen ſtatutus, vt Iulianus loquitur in *l. lege Cornelia 12. qui teſtament. facer. poſſ.* ac proinde cui nec aditione vlla opus fuerit nec ſcientia mortis paternæ ad acquirẽdam ſibi hæreditatem & in ſucceſſores ſuos tranſmittendam, *l. apud hoſtes. 8. C. de ſuis & legit.* vbi abundare dictioné, *ſua*, iam ſuprà diximus, additã quippe ab interprete exiſtimãte fieri non potuiſſe vt filia ignorans & ipſo iure heres [illegible] patri quin extitiſſet ſua, nec animaduertẽte imò ſufficere vt fuerit hæres inuita licèt nec ſua, nec neceſſaria, nihil obſtare quominus inuitus heres ſit filius aut ſeruus qui tamẽ nec ſuus ſit nec neceſſarius

propter

propter eam rationem quam attulimus ſup. Ergo ſi ratio illa falſa eſt qua mouentur noſtri vt excludant ſubſtitutum, quidni etiam filium erit quod voluit excludi ... quem Papinianus diſertiſſimus vt bis ſcribit non ſolum admitti debere, ſed etiam ex lege Cornelia, ita vt ... Prætoris ope indigeat? Potuitque fortaſſis ... quoque res vt iuris ignoratio cauſam præbere mendo quod ... purgamus apud Scæuolam ... ad Papinianum interpretationi quam nos refellimus. Cætera quæ hic ... dari poſſent, an decedente impubere filio ... patrem ... conuiuant pupillares tabulæ, vt neque ex vulgari ... ſubſtitutus admittatur ad bona patris, quoniam longiore tractatu indigent, conſultò prætermittimus, vt in alium locum conferamus.

Capvt VIII.

Si viuo patre filiusfamilias captus ſit ab hoſtibus, cur legi Corneliæ locus non ſit. Et emendatio l. 2. § ſi quis vnd. legi.

S V M M A R I A.

1 *Huius iuris rationem à Iuliano redditam, non bene ab interpretibus acceptam fuiſſe.*

2 *Cur legis Corneliæ fictio, quæ inducit vt ciuis Romanus apud hoſtes mortuus, fingatur in ciuitate deceſſiſſe, ad filiumfam. non pertineat?*

3 *Reipſa & citra fictionẽ verum eſſe, eum qui primo inſtãti captiuitatis filiusfam. fuit, nulla bona in ciuitate reliquiſſe, & apud hoſtes mortuũ hæredẽ habere non poſſe.*

4 *Legem Corneliam, ne quidem cùm de inteſtati cauſa quæritur filiofamilias ab hoſtibus capto fauere.*

5 *Deteriorem eſſe eo caſu filiusfam. ſiue puberis ſiue impuberis, quàm patrisfam. conditionem.*

6 *Poſtliminij fictione, qua & patrẽ filio reddit, & patri filium, priſtinum ius poteſtatis reddere, non nouum dare.*

7 *Filiumfam. ab hoſtibus captum, & apud eos mortuum, patremfam. deceſſiſſe non videri.*

8 *Cur filius hic apud hoſtes mortuus ante patrem deceſſiſſe non fingatur?*

9 *Cur Iulianus in* d. l. lex Cornelia. 28. *dicat dictam filiam ideò hæredem habere non poſſe, quòd bona nulla in ciuitate reliquerit?*

10 *Cur donatio omnium bonorum futurorum & præſentium non valeat?*

11 *Filium eius qui non vult ſibi acquiri, acquiſitionis capacem quidem eſſe, bona tamen nulla habere, ſed duntaxat peculium.*

12 *Filiumfamilias iure nouo in aduentitiis hæredem ab inteſtato habere poſſe.*

13 *Vera & germana ratio ſententiæ Papiniani in d. l.* 2. § ſi quis. ff. vnd. legit.

14 *Filium captiui teſtari non poſſe, nec ſi teſtatus ſit, teſtamentum valere, ſiue pater ab hoſtibus redeat, ſiue apud hoſtes moriatur?*

15 *Differentia inter effectum reſtitutionis Principalis in deportato, & poſtliminij in captiuo.*

16 *Tollitur è d. §. ſi quis, verſiculus ille,* quia nondum inteſtatum eum eſſe, *&c.*

17 *In danda bonorum poſſeſſione inſpiciendum eſſe, an qui defunctus eſt bona aliqua reliquerit.*

1 INepta † fortaſſis videri poſſit hæc quæſtio, cùm rationem quam quærimus apertis verbis Iulianus reddat, *l. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupil. ſubſtit. quia,* inquit, *non efficitur per legẽ, vt is qui nulla bona in ciuitate reliquit hæredes habeat.* Sed tamen quoniam hæc ipſa ratio male ab omnibus interpretibus, vt ego quidem exiſtimo accepta eſt, aliena res viſa fuit de qua ſeparatim diſſeremus, non quò ... orem rationem quæreremus, ſed vt appareret longe aliam Iuliani ſententiam eſſe quàm vulgò credatur, nec minus in hoc quoque erraſſe magiſtros noſtros, quam in cæteris omnibus de quibus hucuſque diximus, ad tractatum legis Corneliæ pertinentibus. Sic enim ſentiunt, ideò nulla bona in ciuitate reliquiſſe videri filium, quòd per legem Corneliam retrofingatur deceſſiſſe filiusfamilias & viuo patre, qui ſcilicet eo tempore quo captus eſt, & quo mortuus fuiſſe intelligitur patrem in ciuitate viuum habuerit, tametſi pater ille viuus poſtea apud hoſtes filio deceſſerit. Quod ſi verè diceretur, potuiſſet ... & breuius & elegantius eam ipſam rationem ... qua Papinianus, licet aliam ſpeciem tractans, vtitur in *l. quod ſi filius. 11. de captiu. & poſtlim. quia tunc ſemel ac mori intelligitur.* Sed non ita ſcripſit, quia nec ... 2 † Neque enim verum eſt fictionem illam ... Corneliæ quæ inducit, vt ciuis Romanus apud hoſtes mortuus fingatur in ciuitate deceſſiſſe, ad filiumfamilias vllo modo pertinere quia ſcilicet neque hæreditatem ... re poſſit, neque hæredem. Cum legis Corneliæ proprium ... illud ſit, vt ciui Romano ab hoſtibus capto & hæredem conſtituat, & hæredem, *l. filiusfamilias. 18. D. ad legem falcid. l. 1. C. de poſtlim. reuerſ.* quemadmodum pluribus comprobauimus ad § *videamus. l. Gallus ſupr.* Et verò quid neceſſe eſt legis Corneliæ fictionẽ in filijfamilias perſona inducere, vt efficiatur quod Iulian. ait nulla eum bona in ciuitate reliquiſſe? 3 † An non reipſa & citra fictionem verum eſt eum qui primo captiuitatis inſtanti filiusfamilias fuit & in patris ſui poteſtate nulla bona in ciuitate reliquiſſe? Ab eo enim tempore quo captus eſt, & ſeruus hoſtium factus, quid, quæſo, ... aut in ciuitate aut extra ciuitatem potuit acquirere? ... ſibi quicquam habuit nec habendi capax fuit, quem hæredem ſiue eſt teſtamento ſiue ab inteſtato, aut quam hæreditatem habere poſſit? Si denique hæredem habere non poteſt, cur ad eum legis Corneliæ fictio protrahatur, quæ nihil aliud agit niſi vt hæredẽ det captiuo, ei ſcilicet qui hæredem habere poſſit. 4 † Nam quemadmodum facto teſtamento nõ confirmat lex Cornelia hæreditatem teſtamentariam, niſi factionem teſtamenti habuerit is de cuius teſtamento confirmando agitur: ita & nullo facto teſtamẽto fieri nequeat vt cõfirmetur ſucceſſio inteſtati eius, cuius hæreditas nulla ſit. Idque idẽ Iulianus apertius declarat ſequenti illo verſiculo, *Quare etiam ſi pater & filius.* (Sic enim legendum eſſe, vt vulgo, nõ *impubes,* vt Cuiacius vult, probauimus, *lib. 3. capit. 9.*) *viuo patre captus fuerit, deinde mortuo in ciuitate patre in hoſtiũ poteſtate deceſſerit patris hæreditas lege duodecim tabularũ non filij ex lege Cornelia ad agnatum proximũ pertinet.* Nimirum vt doceat non magis legem Corneliam fauere filiofamilias capto ab hoſtibus cùm de cauſa inteſtati quæritur quàm cùm de cauſa teſtati factis per patrem pupillaribus tabulis. 5 † In eoque deteriorem eſſe conditionem filijfamilias ſiue puberis ſiue impuberis, quàm ſit patrisfamilias impuberis. Huius enim legitimam hæreditatem lex Cornelia confirmat, quam lex duodecim tabularum erat confirmatura ſi is in ciuitate deceſſiſſet. An filijfamilias hæreditatem quæ nulla eſſet in ciuitate, fieri nõ poteſt vt lex Cornelia cõfirmet? An quia filiusfamilias deceſſiſſe videatur qui viuo patre captus, eo demũ mortuo in ciuitate defunctus eſt? Minimè. Certum enim eſt filium à quo tempore captus & ſeruus hoſtium factus eſt exiuiſſe de patris poteſtate, cùm nec fieri potuerit vt eodem tempore in duorum poteſtate eſſet, & patris & hoſtis. Et fictione opus eſſet vt filiusfamilias mori intelligeretur. Fictioni autẽ nulli locus eſt, quia nec alia vlla occurrit cui locus eſſe poſſit quã Cornelia, quæ tamen, vt dixi, numquã in filijfamilias perſona locum habet. 6 † Poſtliminij fictioni non eſt diſſimilis, quæ patrem filio reddit, & patri filium, ſiue pater ſiue filius ab hoſtibus reuertatur, *d. l. quod ſi filius de captiu. & poſtlim. l. 1. Cod. eod. l. penultim. D. de ſuis & legit.* & quidem priſtino iure poteſtatis reddito, non nouo dato. Inde enim fit quod Paulus ſcribit

ſcribit in *l. ſi pater 9.* & ſequenti *de iniuſt. rupt.* Si pater ab hoſtibus capiatur, filio manente in ciuitate reuerſo patre non rumpi patris teſtamentum, ſicut nec ſi filius poſtliminio redeat, quod haud dubiè rumperetur, ſi nouum ius poteſtatis eſſet quod patri ex poſtliminio acquireretur

7 quaſi noui ſui hæredis agnatione. † At ſi filiusfamilias deceſſiſſe non intelligitur qui cùm talis eſſet primo captiuitatis Inſtanti poſteà deceſſit apud hoſtes, an paterfamilias deceſſiſſe videbitur? Multò minus. Nam ſicut Scæuola ſcribit in *§. vlt. l. Gallus*, filium emancipatione ſuum hæredem fieri non poſſe, ita nec captiuitate paterfamilias qui fieri poteſt, cùm captiuitas, & familiam & libertatem omniáque priſtinæ libertatis & ciuitatis iura adimat, ob idque ad ea recuperãda poſtliminij fictionem inducere neceſſe fuerit. Quid ergo? Seruus hoſtium re vera moritur is qui quo tempore captus eſt filiusfamilias fuit, nec fictione vlla adiuuatur quominus [illegible] tius deceſſiſſe exiſtimetur. Ideò autem nec fictione [illegible] uatur, quia inutilis & fruſtratoria eſſet fictio, quæ [illegible] aliud efficere poſſet quàm vt is filiusfamilias defunctus eſſe intelligeretur, ac proinde tali qui nec hæredem nec hæreditatem habere poſſet. Vnde fieret vt ſeipſam fictio deſtrueret, nãmque fingendi cauſam fuiſſe apparet ret.

8 † Ex quo apparet Antonium Goueanum malè hunc argumentum ſumere contra Bartolum, vt probet decedente impubere filio ante patrẽ expirare pupillares tabulas. Nèque enim hic filiusfamil. viuo patre deceſſit, ſed poſt patrem licet apud hoſtes, viuo quidem patre captus fuerat. Sed cum fictio legis Corneliæ in eius perſona locum non habeat, vt diximus non facit ea res vt ante patrem deceſſiſſe videatur, non magis quam vt in patris poteſta-

9 te. † Sed illud fortaſſe quis miretur quod Iulianus ait fieri non poſſe vt qui bona nulla in ciuitate reliquit, hæredem habeat, cùm hæreditas ſit nomen iuris nec requirat vt quicquam ſit in hæreditate. Finge inopem patrẽfamilias apud hoſtes mortuum, qui nihil prorſus in bonis habeat, aut qui plus in ære alieno habeat, quam in bonis, quæ nec bona dici poſſunt, niſi deducto ære alieno, *l. ſubſignatum. § in §. bona. l. propriè. 83.* non eò minus hæreditatem reliquiſſe videbitur vt & hæredem habere poſſit, licèt bona nulla reliquerit, *l. 1. l. 3. in princip. & § 1. de bonor. poſſeſſ.* Nempe quia acquiſitionis capax fuit, & quo inſtanti mortuus eſt, ei etiam ignoranti acquiri potuit, aut per ſeruos, ſi quos habeat, aut ex cauſa legati aliáve ſimili per quam ſoleat ignoranti quoque acquiri. At Iulianus de filiofamilias loquitur qui non ſolùm bona nulla habet, ſed nec habere poteſt, impediente iure patriæ poteſtatis propter quod omnia acquirit patri, *l. placet. 79. de acquir. hæred. l. 1. in princ. D. ſi à parent. quis manũ.* Eum autem qui nec bona vlla habeat nec habere poſſit quis

10 dicat habere hæredem poſſe? † Quo etiam argumento & quidem fortiſſimo defendi ſemper, non valere donationem bonorum omnium præſentium, & futurorum, quòd is qui ſic donauit ſeipſum acquiſitionis prorſus incapacem fecerit, vbique proinde habendi hæredis facultatem ademerit: nec enim hæres eſſe poteſt ſine hæreditate, hæreditas autem licèt eſſe poſſit etiam cùm bona nulla ſunt, non tamen cùm bona nulla eſſe poſſunt, vt vel maximè probat is Iuliani locus quem nunc tractamus. †

11 Quid? An non filiusfamilias capax eſt acquiſitionis, patre nolente ſibi acquiri? Ita ſanè. In eóque differebat iam olim à ſeruo vt ſcripſimus *lib. 7. cap. 11.* At etiam tum cùm pater non vult ſibi acquiri per filium, filióque acquiritur, verum tamen eſt filiumfamilias bona nulla habere, ſed duntaxat peculium quod aduentitium dicitur, in quo conſtat nec hæredem habere cum iure vetere potuiſſe adeò vt etſi caſtrenſe peculium haberet de quo tanquam de proprio patrimonio teſtari ex conſtitutionibus poterat, inteſtatus tamen moriens nec hæredem patrem haberet, nec bona vlla reliquiſſe videretur, quia caſtrenſe peculium non hæreditatis, ſed peculij iure patri acquirebatur, *leg. 1. & 2. D. de caſtrenſ. pecul.*

Aliud enim eſt, bona, aliud peculium habere. Bona habent ſoli patresfamiliarum: peculium verò ſoli, qui in alterius, patris videlicet aut domini poteſtate conſtituti ſunt. Proinde ſemper & omni cauſa, vtrumque veriſſimũ eſt quod Iulianus ait filium familias neque bona, neque hæredem habere poſſe. † Hodie tamen aliud eſt, quòd ad 12

legitimam hæreditatem pertinet, poſtquàm placuit Iuſtiniano vt in aduentitiis etiam filiusfamilias hæredem ab inteſtato habere poſſit, vt pluribus à nobis tractatum eſt in Diſputationibus forenſibus: dixi, *quod ad legitimam hæreditatem*, quia in cauſa teſtari nihil hac parte immutatum eſt: ſubſiſtente ſemper regula illa iuris veteris & noui, quæ poteſtati alienæ ſubditos teſtari nullomodo patitur, *leg. qui in poteſtate. 6. D. qui teſtament. facer. poſſ.* †

Superioribus ferè conuenit quod Vlpianus ſcribit in *l. 2.* 13

§. ſi quis deceſſerit. D. vnd. legit. Si quis deceſſerit de quo incertum eſt vtrum paterfamilias an filiusfamilias ſit, quia pater eius captus ab hoſtibus adhuc viuat, vel quod alia cauſa ſuſpendebat eius ſtatum, magis eſſe ne peti poſſit bonorum eius poſſeſſio Vnde legitimi: nempe quia prius eſt vt bona eſſe conſtet quam vt bonorum poſſeſſio peti poſſit. Et quemadmodum lex Cornelia facere non poteſt vt hæredem habeat qui bona nulla in ciuitate reliquit, ita nec Prætor, vt is habeat bonorum poſſeſſorem. Vera enim & germana Vlpiani ſententiæ ratio hæc eſt, non illa, quæ in textu ſequitur. *quia nondum inteſtatum eum eſſe apparet cùm incertum ſit an teſtari poſſit.* Nam imò verò certiſſimum eſt inteſtatum deceſſiſſe eum qui nec teſtamentum feciſſe proponatur, nec ſi feciſſet teſtari tamen potuiſſet, eáque nimirum dubitandi ratio erat propter quam videbatur competere ius petẽdæ poſſeſſionis Vnde legitimi, quæ non niſi ab inteſtato datur, quòd certum eſſet filium inteſtatum deceſſiſſe. Illud verò æquè falſum, *cùm incertum ſit an teſtari poſſit.* † Si 14

quid enim in iure certum, illud ſanè certiſſimum eſt filium captiui teſtari non poſſe quandiu poſtliminij paterni ſpes durat, nec ſi teſtatus ſit valere teſtamentum, ſiue pater ab hoſtibus redeat, ſiue apud hoſtes moriatur, quia teſtamenti tempore, quod præcipuè ſpectandum eſt, non ſolùm incertus fuit de ſuo ſtatu, ſed etiam fuit re vera incerti ſtatus, quod vnum maximè teſtamenti factionem impedit, *leg. qui teſtamento. 14. cum l. ſequ. D. qui teſtament. facer. poſſ. l. ſi quis filio 6. § hi autem omnes De iniuſt. rupt. iunct. l. in bello. 12. §. & l. bona. 22 §. quod filius. D. de captiu. & poſtlim. l. penultim. D. de ſuis & legit.* vbi Papinianus ſcribit patre ab hoſtibus non reuerſo filiũ interea defunctum in ciuitate, videri quidem deceſſiſſe patremfamilias, ideóque & hæredem habere poſſe ſcilicet legitimum de quo titulus ille eſt, ſed tamen non fuiſſe in plenum quandiu vixit patria poteſtate liberatum. Quod ſi ita eſt quomodo fieri poſſit vt teſtandi ius habeat? † Quin & dubitatum olim fuit an va- 15

leret teſtamentum quod filius feciſſet patre deportato, ſi patrem poſtea Principis indulgentiam ciuitatem reſtitui contigiſſet, fuitque opus Iuſtiniani conſtitutione in *leg. vltim. Cod. de ſentent. paſſ. & reſtit.* vt valere iuberetur. Quamuis certi ſtatus ſit filius deportati, nec dubitari poſſit quin ſit ſui iuris ſublato per deportationem vinculo poteſtatis, nihil obſtante quod reſtitui pater poſſit, ſpes enim illa reſtitutionis nullius effectus eſt, quia nullo iure nititur licèt cum reſtitutio Principis impetrata eſt comparetur poſtliminio, *l. 1. Cod. Theodoſ. de repud.* hactenus nimirum vt condemnato omnia reſtituat quæ condemnatio abſtulerat, *leg. 1. C. de ſentent. paſſ. & reſtit.* tantumque ad reſtitutionem indulgentia valeat quantum ad correctionem ſententia valuit quomodo Iuſtinianus loquitur in *d. l. vlt.* antequam Conſtitutionem non cenſebatur pater ius patriæ poteſtatis recuperaſſe quantumcunque generali reſtitutione impetrata, niſi & hoc quoque ſpecialiter impetraſſet, *l. in inſulam. 6. l. ſi pater. 6. Cod. eod.* At ſpes poſtliminij vtroque nititur & gentium & ciuili, ideóq; effectum illum habet, vt iura omnia nec

minus patriam poteſtatem quam cæteri ſuſpendat, *leg. illa in... 32 § 1. de hared. i.* Denique d... ſtatus fere in omnibus pro mortuo habetur Captus ab hoſtibus, in nullo, niſi quia ſeruus eſt: ſerui autem pro nullis habentur æque ac ſi eſſent mortui. Igitur ſiue pater qui captus fuit redeat ab hoſtibus ſiue non teſtamentum quod filiusfamilias medio tempore in ciuitate fecerit valere non poteſt, non tanquam factum à filiofamilias, ſed tanquam ab eo qui & de ſuo ſtatu incertus, & re vera incerti ſtatus fuerit, niſi miles aut veteranus proponatur. *leg. Ariſto. 9. D. de iur. codicill. l. ex militari. 11. § 1. de teſtam. milit.* † Quod cum ita ſit non video qua ratione Vlpianus adſcribi poſſit totus ille verſiculus, *quia nondum inteſtatum eum eſſe apparet cum incertum ſit an teſtari poſſit*, ac non potius nouo interpreti iuris prorſus imperi... qui nec ita ſcribere debeat, *an teſtari poſſit*, cùm tractaret de mortuo quem conſtat teſtari amplius non poſſe, ſed ita potius, *an teſtari potuerit*, idque apparet euidentius ex iis quæ apud Vlpianum ſequuntur. Subiicit enim, *cùm igitur cœperit certi ſtatus eſſe tunc demum petenda eſt bonorum poſſeſſio, non cùm certum eſſe cœperit inteſtatum eſſe, ſed cùm eſſe certum cœperit, patremfamil. eſſe.* Nam ſi verſiculus ille quem tollimus Vlpiani eſſet, conueniens erat ſic eum ex contrario ſubiicere, *cum igitur certum eſſe cœperit inteſtatum eſſe, petenda eſt bonorum poſſeſſio*: quod tamen non niſi ridiculè dici potuiſſet. Quid enim refert quod ad ius petendæ poſſeſſionis attinet an inteſtatus deceſſerit filius ſi bona nulla reliquerit quorum poſſeſſio peti poſſit? Finge reuerſum ab hoſtibus patrem: Filius licet iam mortuus incipiet certi ſtatus eſſe. Apparebit enim deceſſiſſe eum filiumfamilias propter fictionem poſtliminij quæ mortuum quoque afficit *d. l. penult. de ſuis & legit.* Sed & apparebit deceſſiſſe eum inteſtatum, tametſi ponas quod tamen Vlpianus non ponit factum fuiſſe ab eo teſtamentum, cùm teſtari non potuerit, non illa tantùm ratione quæ teſtamentum impediret ſi pater apud hoſtes deceſſiſſet quòd fuerit incerti ſtatus cùm teſtaretur, ſed illa etiam quia filiusfamilias fuit nec proinde teſtamenti factionem habuit. Sed an idcirco legitimum hæredem habere poterit aut bonorum poſſeſſorem?
17 Minimè, quia nec bona vlla vnquam habuit. † Non igitur in danda bonorum poſſeſſione Vnde legitimi illud inſpiciendum eſt, an qui defunctus eſt, inteſtatus deceſſerit, ſed an paterfamilias fuerit, vt hoc primùm ſciatur, an bona aliqua reliquerit de quorum poſſeſſione concedenda vel deneganda tractari oporteat. Sicut enim cùm de iure perſonæ cui legatum eſt quæritur, prius eſſe debet cui detur, deinde quæri an datum conſiſtat, vt non ante iuris ratio quam perſona quæratur, *leg. quidam referunt. 14. de iur. codicill.* ita & cum de bonorum poſſeſſione agitur prius bona eſſe oportet quæ poſſideri queant quam de poſſeſſionis iure tractatur. Et vt Philoſophi dicunt quærendum prius eſt, an ſit, quam, quid, quale, quantum, cuiuſve ſit.

Capvt X.

De poſthumo Corneliano Ad l. qui vxorem 15. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.

Svmmaria.

1 *Poſthumus Cornelianus ab Interpretibus quis dicatur*
2 *De prima quæſtione* d. l. qui vxorem, *& Iauoleni ad eam reſponſo.*
3 *Quomodo in dicto quæſtione Iauolenus reſpondeat, rumpi teſtamentum per legem Corneliam, cum lex Cornelia de confirmandis teſtamentis lata ſit?*
4 *Emendantur verba illa* d. l. qui vxorem, quin per legem Corneliam.
5 *Quomodo fieri poſſit, vt in prima dicta legis ſpecie teſtamentum poſt legem Corneliam continuò rumpatur?*
6 *An ibidem admittendum ſit, reuerſo patre confirmatum fuiſſe ex lege Cornelia teſtamentum?*
7 *Legis Corneliæ fictione ius poſtliminij infringi, aut diminui non poſſe.*
8 *Legis Corneliæ poteſtatem nullam eſſe ante verum captiui mortem.*
9 *Quomodo fieri poſſit vt per agnationem poſthumi rumpatur ſtatim teſtamentum, quod iam per captiuitatem irritum factum eſt, necdum* per legem *Corneliam confirmatum?*
10 *De differentia horum verborum conualeſcere, &* confirmari.
11 *Teſtamentum de quo quæritur fictione poſtliminij & legis Corneliæ conſideratu, irritum factum non eſſe.*
12 *An ſola poſtliminij fictio teſtamentum illud confirmare poſſit?*
13 *Cur ſola legis Corneliæ fictio ad confirmandum illud teſtamentum non ſufficiat?*
14 *Cur plerúmque ſola poſtliminij fictio non ſufficiat ad impediendum ne ab ipſo captiuitatis inſtanti teſtamentum irritum factum dicatur.*
15 *Dictum teſtamentum eo ipſo inſtanti rumpi, quo poſthumus naſcitur.*
16 *Teſtamentum poſthumi agnatione non rumpi, ſi dictus poſthumus præteritus à patre poſtea deportato naſcatur poſt patris deportationem.*
17 *Secus eſſe, ſi teſtamentum illud per patris deportati reſtitutionem conualeſcat.*
18 *Ratio aperitur, cur in prima ſpecie à Iauoleno tractata, teſtamentum poſthumi agnatione ſtatim rumpatur?*
19 *Quænam ſit in* d. l. *vis horum verborum*, poſt legem Corneliam?
20 *Probatur poſtliminij fictionem lege Corneliæ antiquiorem eſſe.*

Poſthumum † Cornelianum appellant eum, qui in ciuitate natus ſit capto iam ab hoſtibus patre eodémque poſtea apud hoſtes defuncto, quaſi poſt patris mortem natus videatur qui eo tempore natus eſt quo pater iam mortuus fuiſſe per legem Corneliam retrofingitur. Sic enim & veteres & recentiores ſcribunt ad *l. qui vxorem. 15. de iniuſt. rupt. teſtam.* quo loco Iauolenus propoſita quæſtione de eo qui prægnantem vxorem habens in hoſtium poteſtatem peruenerat, quærit. Filio deinde nato, id eſt patre adhuc viuo apud hoſtes, quo tempore teſtamentum in ciuitate factum rumpatur. Item ſi filius ante moriatur quam pater. An ſcripti hæredes hæreditatem habere poſſint. † Ad primam verò quæſtionem reſpondet his verbis: *Non puto dubium eſſe quin per legem Corneliam quæ de confirmandis eorum teſtamentis qui in hoſtium poteſtate deceſſiſſent, lata eſt, nato filio continuò eius teſtamentum qui in hoſtium poteſtate ſit, rumpatur.* † In quo ſane mirum eſt quod ait rumpi teſtamentum per legem Corneliam quæ de confirmandis teſtamentis lata eſt. Nam ſi confirmat quomodo rumpit? An non dicamus per legem Corneliam rumpi teſtamentum, quod perinde agnatione poſthumi rumperetur ſi pater in ciuitate deceſſiſſet, vt Iulianus ait in *l. bona. 22. §. vlt. de captiu. & poſtlim.* Patre ſiquidem in ciuitate defuncto legi Corneliæ locus non eſſet. Quin potius ratio dubitandi apud Iauolenum & Iulianum illa eſſe poterat, quòd pertineret hic caſus ad legem Corneliam cuius poteſtas illa eſt vt teſtamenta confirmet, non vt rumpat. Sed decidendi ratio illa eſt quam Iulianus exprimit in *d. §. l.* quo lex Cornelia non poſſit facere vt teſtamentum ante captiuitatem conditum magis valeat minúſve rumpatur, quàm ſi teſtator in ciuitate manſiſſet, At ſi nunquam ab hoſtibus captus pater fuiſſet, æquè

teſtamentum eius agnatione poſthumi ruptum eſſet, ſiue viuo ſiue mortuo patre natus poſthumus fuiſſet, *l. 1. & 3. l. poſthumus. 12. & paſſ. hoc tit. de iniuſt. rupt.* Ergo & patre capto æquè rumpetur. Non tamen per legem Cor-
4 neliam, ſed per agnationem poſthumi.† Itaque non dubito quin locus hic mendoſus ſit, legique debeat *poſt* non *per* in illis verbis, *per legem Corneliam.* Vt ſenſus ſit poſt legem Corneliam rumpi teſtamentum [illegible] captiui natiuitate poſthumi quod ante legem Corneliam rumpi non poterat, cùm iam irritum factum eſſet per capitis diminutionem & quidem maximã *l. ſi quis filio. 6. § irritum eodem.* Neque enim quod iam ruptum aut irritum factum eſt, magis rumpi aut irritum fieri poteſt, ſicut nec quod nullum eſt, *l. eam etſi. 5. verſ. poſt defunctum eo.* quia & quod ruptum vel irritum factum fuit, cùm ab initio valeret perinde ex eo tempore nullum dici poteſt, ac ſi nunquam valuiſſet: ſicque Iulianus loquitur in *d. §. vltim.* Lex autem Cornelia, quæ confirmat captiui [illegible]tis teſtamentum hoc ipſo facit, vt rumpendum ſit, & con-
5 ſequenter non vt rumpatur, ſed vt rumpi poſſit. † Verùm hic illa rurſus incurrit hæſitatio, quomodo fieri poſſit, vt poſt legem Corneliam, & ex eo ſolo quod confirmat teſtamenta captiuorum, teſtamentum hoc de quo agimus, continuò, vt Iauolenus ait, rumpatur, cùm non continuò & ſtatim atque teſtator ab hoſtibus captus eſt lex Cornelia id confirmet, ſed eo demum tempore quo captiuum apud hoſtes mortuum eſſe innotuit, *l. 1. l. in cenos. 3. Cod. de poſtlim. reuer.* Alioqui ſi ſtatim confirmaret, eueniret neceſſe eſſet, vt patre quoque ab hoſtibus reuerſo non eò minus confirmatum per legem Corneliam teſtamentum crederetur. Niſi diceres confirmatum ſub ea conditione, Si poſtea captiuus apud hoſtes moreretur quòd tamen ridiculum eſſet, quia legis proprium eſt purè & abſolutè imperare, & conſtituere, non con-
6 ditione vlla poteſtatem ſuam ſuſpendere. † Rurſum ſi admitteres reuerſo quoque patre confirmatum fuiſſe ex lege Cornelia teſtamentum, nullus ſupereſſet locus fictioni poſtliminij, ſed & fictio ipſa poſtliminij infringeretur, quæ cùm faciat, vt qui ab hoſtibus rediit nunquam captus intelligatur, faciat etiam, vt nulla confirmatione indigeat teſtamentum, quod ante captiuitatem factum fuerat, ſed poſtliminij iure vires ſuas recipiat, vt nec conualeſcere dici debeat, quod ſemper valuiſſe exiſtimatur, *d. l. ſi quis filio §. ven. hoc tit.* Neque ſanè poſſit verè teſtamẽtũ confirmatum dici ante mortem, cùm quandiu teſtator viuit incertum ſit, an aliud teſtamentum facturus aut
7 fortaſſis factionem amiſſurus ſit. † Porrò ſi [illegible] legis Corneliæ poſtliminij ius infringi aut diminui abſurdum fuerit, quandoquidem fictio poſtliminij iure gentium primum inducta longè eſt antiquior & potentior, quia & fauorabilior, *l. poſtliminium 29. in princip. de captiu. & poſtlim.* Cùm enim duæ ſint ſpecies poſtliminij, vt aut nos reuertamur, aut aliquid recipiamus, *l. cum duæ. 14. eod.* vtraque fauet ſuperſtiti, lex autem Cornelia, non niſi mortuo & hactenus duntaxat vt & hæreditatem habeat & hæredem. Quarè nec eam legem ferri neceſſe fuit niſi vt eo caſu prouideret quo poſtliminij fictio locum habe-
8 re non poterat, id eſt captiuo apud hoſtes defuncto.† Denique lex Cornelia id vnum facit vt iungat tempus mortis tempori captiuitatis, ſubducto toto eo tempore quod in captiuitate tranſactum eſt, *leg. penult. in fin. D. de vſucap.* Atqui coniunctio illa fieri non poteſt ante quam re vera mortuus ſit is qui captus erat. Conſequens ergo eſt vt ante veram captiui mortem nulla ſit legis Corneliæ poteſtas, ac proinde vti nec ante id tempus te-
9 ſtamentum quod in ciuitate factum fuit confirmare poſſit. † Quod ſi ita eſt, quæro à Iauoleno quomodo fieri poſſit [illegible] per agnationem poſthumi rumpatur ſtatim teſtamentum, quod iam per captiuitatẽ irritum factum eſt, necdum per legẽ Corneliam confirmatum. Reſpondent noſtri id fieri propter ſpem conualeſcentiæ. Male, ſiue verbum ipſum quo vtuntur, ſiue rem & effectum cõſideres.† Etenim, vt iam monui conualeſcere dici non poteſt teſtamentum quod ſemper valuit [illegible] nunquam [illegible] firmatum fuit: [illegible] Cuiacius lapſus eſt quod ad *leg. lex Cornelia. 12. qui teſt. fac. poſſ.* ſcripſit [illegible] quod vires ſuas recepit: confirma[illegible]. Poſterius quidem verum eſt, ſed prius [illegible] intelligatur non item. Vires quippe [illegible], quod prorſus infirmatum & [illegible] ruptum teſtamentum eius qui [illegible] teſtamentum eſt, *d. l. ſi quis filio § penult.* Quod autem poſtliminij iure valet vires quidem ſuas recepit [illegible] certò [illegible] valere, quod antea in [illegible] erat (non [illegible], ſed [illegible] ſubſiſter[illegible] legis Corneliæ [illegible]) At non idcirco conualeſcit, quia [illegible] inualidum fuit quod [illegible] ſemper valuiſſe [illegible] potuiſſet, niſi ad [illegible] quo cætera ciuium Romanorum teſtamenta. Sin verò [illegible] & effectum conſideres, abſurdum ſanè ſit dicere rumpi teſtamentum, quod iam ſit inualidum propter ſpem conualeſcentiæ & ob id ſolum ne poſſit vnquam conualeſcere. Quemadmodum enim nec [illegible] eſt [illegible] valeat prius quam rumpi poſſit, ſicut & rumpi aut alio [illegible] infirmari priuſquam poſſit conua- 11
leſcere.† Dicendum igitur eſt teſtamentum hoc de quo quærimus ſi ſolam iuris rationem inſpicias non etiam poſtliminij & legis Corneliæ fictionem, irritum quidem factum eſſe per maximam capitis diminutionem ſed ſi [illegible]mque fictionem conſideres quomodo nunc conſideranda eſt, & [illegible] conſideratione infirmanda iuris ratio irritum [illegible] non eſſe, quod aut poſtliminij iure vires ſuas recepturum ſit aut ex lege Cornelia confirmationem accepturum. Nam ſi irritum factum dici poſſet aut valere deſiiſſet, confirmari [illegible] non poſſet ſed aut [illegible] aut pro [illegible] haberi [illegible] dum [illegible] facit, & vtraque fictio tam poſtliminij quam [illegible] Corneliæ [illegible] labem [illegible] deleat, apparet fictionem [illegible] teſtamentum nunquam non valuiſſe. 12
† Quin & ſola poſtliminij fictio ſufficere poſſet ne teſtamentum [illegible] prorſus abrumperetur, vtque ius habendi hæredis [illegible] ſicut & cætera omnia ciuitatis iura ſaltẽ in ſuſpenſo retineretur, & captiuo teſtatori conſeruaretur, *l. illa inſtitutio. 22. §. 1. de hered. inſt.* Indèque nimirum euenit, vt quo inſtanti extinguitur ſpes poſtliminij moriente apud hoſtes teſtatore, & ſuccedente fictione legis Corneliæ confirmari poſſit teſtamentum eiuſdem legis poteſtate, propterea quod teſtamenti validitas in id vſque tempus per [illegible] iuris conſtitutionem in 13
ſuſpenſo manſerit. † Quæ ſi iam corruiſſet nec tantiſper ſuſtineri potuiſſet, proculdubio deficeret legis poteſtas, nec magis captiui teſtamentum confirmare poſſet, quam facere vt filius qui primo captiuitatis inſtanti in patris erat poteſtate, in eadem perpetuò manſiſſe poteſtate retrofingeretur, aut vt filius durante patris captiuitate mortuus [illegible] hæres fuiſſe videretur, quorum tamen neutrum facit *d. l. lex Cornelia. 12. qui teſtam. facer. poſſ. l. 3. Cod. de poſtlim. reuerſ.* Nam quemadmodum nulla eſt poteſtas legis Corneliæ ad retrofingendum ius patriæ poteſtatis, quia nullum amplius eſt, ſed iam extinctum, quo tempore captiuus moritur, nec ad hæreditatem filio deferendam, qui patre adhuc captiuo deceſſerit, quoniam tunc non ſit in rerum natura cùm fictio locum habere incipit, vt hæres fieri poſſit, ita nec confirmare poſſet teſtamentum quod eo tempore [illegible] eſſe quo fictionem interuenire oporteret, quæ ſola neque hæreditatem [illegible] confirmaret, de qua ſcilicet non niſi poſt patrisfamilias mortem quæri oportet, vt pro[illegible] viuo captiuo poſſit ius habendi legitimi hæredis [illegible] videri) quæque licet tunc nulla ſit cum captiuus moritur, facilè tamen & abſque impedimento vllo [illegible] coniuncto mortis inſtanti [illegible] inſtanti captiui[illegible] quoniam ab ipſo mortis inſtanti fictio incipit, atque ita priuſquam hæreditas conſtituenda

da ſit, quæ non niſi iam mortuo patrefamilias vlla eſſe vnquam poteſt, *l. 1. de* [illegible] *l. vendit.* [illegible] *qui ſuperſtit.* [illegible] *94. de* [illegible] T[illegible] ameptæ [illegible] hæreditatis, vt di xi alia ratio eſt, non quod ante teſtatoris mortem poſſit eſſe hæreditas, [illegible] quia vt teſtatore mortuo non [illegible] hæreditas ſit, [illegible] in teſtamentaria neceſſe eſt ante teſtatoris mortem factum eſſe teſtamentum, idque [illegible] eſſe cum teſtator moritur, vt non minus quàm ipſa hæreditas per legem Corneliam confirmari poſſit. [illegible] teſtamentum [illegible] eſt, vt teſtamentum [illegible] quàm hæred[illegible] tem teſtamentariā. A[illegible] ſi eſſet [illegible] cuiuſmodi tamen neceſſario [illegible]
14 poſt. [illegible] fictione validitas eius ſuſpenderetur [illegible] ſus ſi legis Corneliæ fictio non eſſet [illegible] teſtas non ſufficeret, ad impediendum ne ab [illegible] uitatis inſtanti irritum factum teſtamentum diceretur cùm ex euentu appareret poſt [illegible] ſpem inanem fuiſſe, *l. penult. de* [illegible] *& legitim. d. l. in bello. 12. §* [illegible] *bona 22. §. quod filius de captiu. & poſtlimin.* atque ita intestato patrefamilias decedente locus non eſſet quæſtioni, an medio tempore natus in ciuitate filius teſtamentum iam irritum rupiſſet. At v[illegible] que [illegible] ne coniuncta rectiſſime dicitur teſtamentum rumpi agnatione poſthumi, quia verum eſt, nec dum omnino irritum factum eſſe, nec vnquam ex ſola capitiuitate protinus irri-
15 tum fieri poſſe. † Quid? ergo rumpatur? & quidem ſtatim & eo ipſo inſtanti quo poſthumus naſcitur? Et rogo ſi [illegible] nō rumperetur, quonam alio tempore rumpi poſſet: ſiquidem qui non rumpit cùm naſcitur, [illegible] non poteſt, vt is vnquam agnaſcendo rumpat. Neque tamen id ita accipi velim, quaſi abſurdum eſſe putem non rumpi teſtamentum poſthumi præteriti agnatione.
16 † Nam ſi ponerem præteritum à patre qui poſtea eſſet deportatus, & natum poſt patris deportationem, defenderem audacter non rumpi agnatione poſthumi teſtamentum quòd iam per mediam illam capitis diminutionem irritum factum eſſet: quia non ſicut ſpes poſtliminij, ita reſtitutionis, quæ à Principe obtineri poteſt, ſuſpendit vires teſtamenti quominus ſtatim irritum fa-
17 ctum dici debeat. † Planè conualeſcente poſtea teſtamento per reſtitutionem non negarē tam demum rumpi teſtamentum, non quod melioris conditionis eſſe non debeat pater qui poſt teſtamentum deportatus eſt, quàm qui ciuitatem retinuit (quid enim commune habet delictum cum viribus teſtamenti? vt contra Papinianum Vlpianus diſputat in quæſtione *l. Papinianus. 20. de minor.*) ſed quia ſicut reſtitutio reddit patri non ſolum liberos, ſed etiam ius patriæ poteſtatis ex Iuſtiniani conſtitutione [illegible] *ult. de ſenten. paſſ.* ita facit, vt patri nouus [illegible] eo demum tempore agnaſcere videatur quæ iam olim dubitandi ratio erat ad *l. ſi pater.*
18 *9. & ſeq. C. hoc tit. de* [illegible] *ſent.* [illegible] † Illud igitur contendo, in ſpecie illa quam Iauolenus tractat, rumpi teſtamentum agnatione poſthumi, & quidem ſtatim, quia nunquam fuit protinus irritum aut pro irrito habitum, nempe quod in ſuſpenſo manſerit propter ſpem poſtliminij in id vſque tempus quo ceſſante & finita poſtliminij ſpe, ac ſuccedente legis Corneliæ poteſtate per eam legem confirmari potuerit, eamque eſſe Iauoleni ſenten-
19 tiam, & eius ſententiæ rationem. † Nam quod ait, *poſt legem Corneliam*, oſtendit ſi lex Cornelia non eſſet aliud eum reſponſurum fuiſſe, ſcilicet non rumpi agnatione poſthumi teſtamentum, quod iam eſſet irritum nihil obſtante poſtliminij fictione, quæ eo caſu de quo agitur hoc eſt patre apud hoſtes mortuo nullas prorſus vires haberet. Quod ait, *rumpi continuo nato filio*, oſtendit, ſi teſtamentum eo tempore quo poſthumus naſcitur iam protinus irritum eſſet futurum, vt rumperetur quidem agnatione ſui hæredis, ſed non ſtatim [illegible] igitur cùm
20 conualeſceret. † Sed & quod ait, *poſt legem Corneliam*, ſi bene [illegible], oſtendit verum eſſe, quod in ſuperioribus [illegible] poſtliminij fictionem antiquiorem eſſe lege Cornelia, & turpiter errare eos qui putant fictionem poſtliminij inductam primo capite legis Corneliæ. Perinde tamque eſt acſi diceret, antequam lata eſſet lex Cornelia, [illegible] teſtamentum hoc in eum caſum, qui euenit [illegible] poſſit, non potuiſſe ſolam poſtliminij fictionem [illegible] he per capitiuitatem irritum, illud fieret, vt agnatione poſthumi rumpi poſſet: at nunc poſt legem Corneliam non quidem ſolam, ſed accedentem fictioni poſtliminij & ſupplentem quod illi deerat, dubitandum non eſſe quin teſtamentum & rumpi poſſit, & ſtatim rumpatur nato filio: ita fiet, vt ruptum agnatione poſthumi in nullum caſum poſtea valere poſſit ſiue [illegible] ab hoſtibus reuerteretur, ſiue non, cùm tamen ſi poſthumus natus non eſſet omnimodo & id vtrumque euenturum erat ſiue reuerſo patre propter poſtliminij [illegible] nem, ſiue non reuerſo eo propter legis Corneliæ autoritatem.

CAPVT X.

An Cornelianus poſthumus Velleanus dici poſſit.

SVMMARIA.

1 *Ratio propter quam interpretes Cornelianum poſthumum Velleanum dici non poſſe putant, refutatur.*
2 *Cur dictus poſthumus, qui ante patrem captiuum in ciuitate deceſſit, Velleanus dici debeat?*
3 *Prima ac præcipua differentia inter fictionem poſtliminij, & legis Corneliæ.*
4 *Legis Corneliæ fictionē ex eo rerum & perſonarum ſtatu æſtimandam eſſe, qui fit tunc quum paterfam. moritur, non autem quum ab hoſtibus capitur.*
5 *Varia ſecuturā abſurda, ſi ex eo rerum & perſonarum ſtatu, qui captiuitatis tempore fuit, legis Corneliæ fictio æſtimaretur.*
6 *Repetitur ſententia l. lex* Cornelia. 12. ff. qui teſt. fac. poſſ.
7 *De poteſtate & fictione legis Corneliæ in d. l. lex* Corneli.
8 *Cur in d. l. filius vel ſeruus eius qui in hoſtium poteſtate deceſſit, hæreditati* [illegible] *obligetur, nec tamen ſuus aut neceſſarius lege Cornelia fingatur?*
9 *Ius habendi hæredis viuo captiuo non amitti.*
10 *Cur per legem Corneliam non poſſint teſtamentariæ hæreditates confirmari, niſi poſtliminij fictio vires teſtamenti per capitiuitatem irriti in ſuſpenſo retineret?*
11 *Cur in l. qui* vxorem, *rerum & perſonarum ſtatus æſtimandus ſit quo tempore lex Cornelia ſecum habet, id eſt captiuo mortuo.*
12 *Cur poſthumus, de quo Iauolenus tractat in d. l. qui* vxorem, *per legem Corneliam patri ſuperſtes non fingatur?*
13 *Ius ſuitatis efficere non poſſe vt filius ſit hæres viuentis patris.*
14 *An, ſi dictus poſthumus hæres non fuerit, & ſic agnati proximus obſtiterit, bona vacantia fiant?*
15 *Poſthumum* d. l. *licet Velleanum non tamen eo minus rumpere patris captiui mortui teſtamentum.*
16 *Quando illud teſtamentum rumpatur, an viuo an verò mortuo patre?*
17 *Quomodo dictus poſthumus, qui nec ſuus hæres, nec in parentis poteſtate fuiſſe intelligitur, Velleanus dici poſſit?*
18 *Poſthumus ſuus, & alienus quis dicatur?*
19 *Dictum poſthumum Cornelianum, conceptionis tempore ſuum fuiſſe, licet non ſuus natus ſit, & præteritum paterni teſtamenti rumpendi ius habuiſſe.*

20 *Requiri*

20 *Requiri tamen veram natiuitatem.*
21 *An his poſthumus teſtamentum rumpere poſſit, ſi poſt teſtamentum conceptus ſit?*

1 ALtera † & præcipua ad Iauolenũ dubitatio eſt, an
poſthumus hic quem Cornelianum appellamus,
Velleanus dici poſſit, & Velleani iure cenſeri. Quæſtio
in eo eſt, An viuo patre, an poſt ipſius mortem natus
videatur: ſiquidem Velleanũ poſthumum intelligimus,
qui poſt teſtamentum viuo teſtatore naſcitur, *l. Gallus,*
a 9. §. nunc de lege Vellea. de lib. & poſth. Non eſt ex inter-
pretibus aut veteribus aut neotericis qui non pro certo
& confeſſo habeat, Velleanum dici non poſſe, quia
licèt patre apud hoſtes viuo & natus seuera & mor-
tuus ſit, retroſingatur, tamẽ pater antẽ eius natiuitatem
mortuus, quippe qui perinde habeatur, ac ſi eo ipſo in-
ſtãti quo captus eſt in ciuitate deceſſiſſet. Ego verò quã-
quam non inficior, eum qui patre iam capto natus eſt,
ſi in ciuitate aut apud hoſtes poſt patrem moriatur,
haberi pro nato poſt mortem patris ex fictione legis
Corneliæ, ideóque nec Velleanũ dici poſſe, hunc tamẽ
de quo Iauolenus tractat, id eſt qui ante patrem licèt
in ciuitate deceſſerit, alio iure cenſeri contendo, Vel-
2 leanũ que omnimodo dici debere. † Mouet me, quod
iam ſæpius repetere fuit neceſſe, quòd fictio leg. Cor-
neliæ ſicuti ad ea iura non pertinet, quæ quo tempore
pater apud hoſtes moritur iam extincta per captiuita-
tem reperiuntur, ita nec ad eas perſonas, quæ eo tem-
pore mortis patris amplius in rerũm natura non ſunt.
Vtrumque eadem ratione, quoniam cum fictio Corne-
liana ab eo demum inſtanti mortis incipiat, vt id ipſum
iungat inſtanti captiuitatis, *l. penultim. in fin. D. de vſu-*
cap. fieri nullo modo poteſt, vt effectum vllum parere
poſſit, quòd ad eas res & perſonas attinet, quæ iam
tum eſſe deſierint, ſicut nec ad eas pertineret, quæ iam
tum eſſe deſiiſſent cum pater capiebatur. Coniunctis
enim duobus illis temporibus mortis & captiuitatis
euenire neceſſe eſt, vt ea omnia, quæ eſſe deſierunt,
eo inſtanti, quo captiuus veram & naturalem mortem
obiit, nec eo quoque inſtanti fuiſſe videantur, quo cœ-
pit captiuitas acſi vnum idémque inſtans eſſet mortis
& captiuitatis. Nec ſimiliter à contrario poſſis dicere.
Omnia igitur quæ reuera in rerum natura erant primo
captiuitatis tempore, licèt durante captiuitate aut
propter captiuitatem perierint, perinde tamen ſuper-
ſeſſe adhuc & ſubſiſtere videri quo inſtanti captiuus
moritur. Nam diſſimilitudinis ratio eſt, quòd fictio in-
cipit à morte non à captiuitate, cùm nec ob id fictio
locũ habeat quod paterfamilias ab hoſtibus captus ſit,
3 ſed quòd apud hoſtes deceſſerit. † Eáque prima ac præ-
cipua differentia eſt inter fictionem poſtliminij & legis
Corneliæ, quòd fictio poſtliminij licèt non niſi reuerſo
captiuo ius tribuat, ab eo tamen tempore quo ſpes eſt
poſſe captum reuerti, hoc eſt à primo ipſo inſtanti ca-
ptiuitatis incipit vires ſuas exercere & omnia tenere in
ſuſpenſo quãdiu ſpes illa durat, id eſt, quandiu captiuus
viuit in id vſque tempus quo mori incipiat eiúſque
morte ſpes illa cum fictione intercidat. Alioqui præpo-
ſtera eſſent omnia ſi poſtliminij fictio inciperet à die
reditus, & tamen ante se litum & à die captiuitatis
omnia propter poſtliminij fictionem in ſuſpenſo reti-
nerentur. Reditus captiui in ciuitatem non principium
eſt fictionis poſtliminij, ſed implementum, vt ita dicã,
conditionis ſub qua datum erat captiuo ius retinendi
omnia libertatis & ciuitatis priuilegia hactenus ſcili-
cet ne ea prorſus amiſiſſe videretur. At fictio legis Cor-
neliæ ibi incipit vbi fictio poſtliminij deſinit, id eſt, eo
inſtanti quo moritur is qui apud hoſtes erat. Fictio
poſtliminij extendit in futurum & protrahit iura liber-
tatis & ciuitatis in fauorem captiui acſi adhuc in ciui-
tate eſſet in eum vſque diem quo fieri amplius nequeat
vt reuertatur. Fictio legis Corneliæ contrà retrotrahit
omnia à tempore mortis ad tempus captiuitatis, & vt
retrotrahat retroſingit in præteritum, ſed in futurum
nihil fingit nec in præſens vt videatur nũc viuere qui
iam mortuus eſt. † Et ſanè abſurda & incommoda in- 4
numera ſequerentur ſi fictionem legis Corneliæ æſti-
maremus ex eo perſonarum & rerum ſtatu qui ſit tunc
cùm capitur ab hoſtibus paterfamilias, non cum mori-
tur. Ita enim fieret vt hæres inſtitutus ab eo cuius te-
ſtamentum confirmaretur, hæres teſtatoris fuiſſe dice-
retur ſiue extraneus eſſet ſiue filius ſiue ſeruus, tametſi
durante captiuitate deceſſiſſet. Atque ita fieret hæres
ipſo iure non ſolùm homo mortuus, quod perabſurdiſ-
ſimum *l. quidam referunt. 14. de iur. codicill.* ſed etiam
talis mortuus qui viuens nec ſi voluiſſet acquirere ta-
men ſibi hæreditatem viui hominis potuiſſet. Nullo au-
tem facto teſtamẽto ſequeretur agnatum qui tum pro-
ximus fuiſſet cùm paterfamilias capiebatur, non eò mi-
nus futurum illi hæredem ab inteſtato quod eo adhuc
apud hoſtes viuo deceſſiſſet. aut ſaltem ſi quòd ante
aditam hæreditatem deceſſiſſet hæres eſſe non poſſet,
obſtaturum illum ſequentis gradus agnato perinde ac
ſi reuera patrifamilias ſuperuixiſſet, cùm in agnatis iu-
re ciuili vetere non ſit ſucceſſio, *§. placebat Inſtit. de le-*
git. agnat. ſucceſſ. atque ita fore bona vacantia, quod an-
te id tempus teſtamentum quod in ciuitate factum fue-
rat confirmare poſſe tamen vtrumque negat lex, *Nec*
nos præterit. C. de poſtlimin. quæ excluſo etiam filio qui
captiuitatis tempore ſuperſtes ante matrem deceſſiſſet,
quique interea quaſi ſibi delatam matris hæreditatem
adierat, déque ea cum agnatis matris tranſegerat, vo-
cat ad matris poſtea defunctæ ſucceſſionem agnatos il-
los, qui eo demum tempore quo mortuam eſſe apparuit
proximiores reperiantur. † Sequeretur etiam filium 5
qui in patris poteſtate fuiſſet quo tẽpore pater capie-
batur eo ſaltem caſu patri ſuperuixiſſet retroſingen-
dum manſiſſe ſemper in poteſtate, atque ita ſuum hæ-
redem fieri patri, quod tamen disertè negat Iulianus in
d. l. lex Cornelia. 12. qui teſt. fac. poſſ. Et verò ſi ita ius eſſet
vt ſuperſtes dici deberet ſuus hæres patris, conſequens
eſſet non eo minus debere eum retroſingi ſuum hære-
dem fuiſſe quod viuo reuera patre deceſſiſſet, cum in
ſuis hæredibus nec aditio nec immixtio vlla neceſſaria
ſit ad acquirendam hæreditatem, ſicque eueniret ne-
ceſſario vt lex Cornelia hæredẽ faceret mortuum, qui-
que ſequentibus in gradu ſiue liberis, ſiue agnatis ca-
ptiui ſuperſtitibus obſtaret ne hæredes eſſe poſſent,
quia nec in ſuis erat ſucceſſio delata ſemel ſuo hæredi
hæreditate: *l. 1. § ſciendum. de ſuu & leg.* Ac proinde vt
quæ lex nihil aliud agit niſi vt hæredem inducat, eadẽ
ipſa impediret ne hæres quiſquã aut ex teſtamento aut
ab inteſtato eſſe poſſet. Cõſequens etiã eſſet nõ eo mi-
nus cõfirmari per legẽ Corn pupill. tab. quod filius im-
pubes prior in Ciuitate quam pater apud hoſtes deceſ-
ſiſſet, quod tamen Papin. negat in *l. quod ſi filius, 11. in*
princ. de cap. & poſtlim. Eadem in perſona ſerui tractari
poſſunt qui à domino hæres inſtitutus ſi non in domini
poteſtate ſemper manſiſſe aut ei neceſſarius hæres fuiſ-
ſe retroſingeretur qualis futurus erat, domino ante ca-
ptiuitatem moriente, legitimis hæredibus obſtaret,
quamuis ipſe ante dominum mortuus hæres illi eſſe, nõ
poſſet. † Ideóque Iulianus in *d. l. lex Cornelia* negat 6
apertiſſimè retroſingendum eum fuiſſe in domini mo-
rientis poteſtate, adeo vt nec cum domino ſuperſtes
fuit admittat dici eum debere neceſſarium propriè, li-
cèt non minus eum vel inuitũ obliget hæreditati quam
ſi eſſet neceſſarius. Nec eſt quod cum interpret. cauil-
leris Iulianum cùm negat filium aut ſeruum captiui
apud hoſtes mortui fuiſſe in morientis poteſtate ſuum-
que illi hæredẽ aut neceſſarium, reſpicere ad rei verita-
tem non ad legis Corn. fictionem. † Nam imo vero
cùm ita ſcribit, tractat de fictione & poteſtate legis,
quam & tantã eſſe vult vt non ſolum inducat & con-
ſtituat

ſtituat hæredem homini captiuo qui reuera nec hæreditatem habere potuit, ſed etiam talem hæredem, qui vel inuitus hæres ſit, ſi mortuo patre vel domino inuitus ei hæres futurus erat, hæc ſola differentia quod nec ſuum nec neceſſarium hæredem facit, qui aut ſuus aut neceſſarius fuiſſet patre vel domino in ciuitate defuncto.
8 † Hoc ipſum autem ideo quia nec retrofingit filium aut ſeruum fuiſſe in morientis poteſtate, propterea quòd & patria & dominica poteſtas iam extincta reperitur quo tempore captiuus moritur, à quo demum tempore vt dixi, fictio incipit, ſolumque ſupereſt ius habendi hæredis quod ſicut viuo non competit (neque enim viuus hæredem habere poteſt) ita nec viuo captiuo amiſſum videri debet, vt proinde legis Corneliæ fictione quæ ab eo tempore incipit quo de hærede tractandum ſit, id induci nihil prohibeat: quamuis verum ſit dicere captiuum citra leg. Cornel. non fuiſſe habendi hæredem, non quia viuus amiſiſſet ius habendi hæredis, ſed quia mortuo eo non potuiſſet propter captiuitatem vlla ipſius hæreditas conſtitui aut intelligi quam tamen eo demũ tempore conſtitui, &, vt ita dicam, creari ſuúmque eſſe
9 tum primùm accipere oportebat. † Quod ſi viuo captiuo ius habendi hæredis exemplo cæterorum de quibus diximus amitteretur, proculdubio nec potuiſſet lex Cornelia fictione vlla inducere captiuo hæredem, vt nec hæreditatem, quoniam nec niſi à tempore mortis facere id potuiſſet, nec rurſum ab eo tempore fictionem ſuam accommodare ad ius hoc quod iam tum ſublatum & ex-
10 tinctum eſſet. † Propter quam cauſam dicebamus ſuperiore cap. non potuiſſe per eam legem fieri, vt teſtamentariæ hæreditates confirmarentur niſi poſtliminij fictio teſtamenti, quod alioqui per captiuitatem irritum factũ eſſet, vires & robur in ſuſpenſo retineret ac ſuſtineret in id vſque tempus quo ceſſante poſtliminij fictione legis Corneliæ poteſtas poſſit ſuccedere, nempe quia hæreditas teſtamentaria nulla eſſe poteſt eius qui teſtamenti factionem amiſerit, quæ porrò non à mortuo, ſed à viuo
11 teſtatore amittitur. † Denique cum lex Cornelia, vt ſæpiùs dictum eſt iungat tempus mortis tempori captiuitatis, ob idque neceſſe ſit ea omnia, quæ medio tempore mutationem aliquam habuerunt ſiue propter captiuitatem, ſiue durante captiuitate mutatio contigerit, alterutro modo æſtimari aut qualia erant, cùm paterfamilias capiebatur, aut qualia reperiuntur cùm is moritur, (medij namque temporis, quod per legem prorſus tollitur ratio nulla haberi poteſt) apparet eo modo æſtimãda eſſe quo æſtimari poſſunt quo tempore lex Cornelia locum habet, id eſt captiuo mortuo, vt nec eius inſtantis quo paterfamilias captus eſt, ratio vlla habeatur niſi hactenus, vt ad id mortis quoque inſtans retrotrahatur. † Ergo, vt
12 ad rem noſtram redeamus. Quando poſthumus hic de quo Iauolenus non tractat, ſolum viuo apud hoſtes patre natus ſit, ſed etiam eodem adhuc ſuperſtite præmortuus, fieri non poteſt, vt lex Cornelia quæ mortuum eum reperit quo tempore fingere incipit defunctum in ciuitate patrem, fingat eum patri ſuperſtitem, alioqui eadem fictione faceret eum hæredem ab inteſtato licèt mortuũ, quod eſſet ridiculum, vt diximus. Nec poſſis inculcare potuiſſe filium poſthumum retrofingi hæredẽ quia ſuus
13 hæres fuerit. † Nam præter id, quod dixi & veriſſimum eſt ius ſuitatis extinctum per captiuitatem nunquam per legem Corneliam reſtitui *d. l. lex Cornelia*, non poteſt etiã ius ſuitatis efficere, vt filius ſucceſſione iure hæres ſit viuentis patri nec facere hæredem filium eo caſu quo extraneus per aditionem hæres fieri non poſſet, *arg. l. cum bonis 87. de acquir. hered.* Atqui extraneus non poſſet adeundo captiui hominis adhuc viuentis hæreditatem ſibi acquirere, imò nec filius matris ſuæ ſucceſſionem nec ſi cæteri matri agnati conſentiant, *d. l. nec non 4 C. de poſthum. reuer.* Ergo neque huic poſthumo ante patrẽ mortuo prodeſſe poterit, quòd eum falsò retrofingas ſuũ hæredem patri extitiſſe & in ipſius poteſtate ſemper manſiſſe, vt inferas acquiſitam illi hæreditatem parentis viui qui poſt eum deceſſerit. † Et tamen ſi hæres non extitit, nõ 14
eò minus obſtabit agnatis proximis, quoniam, vt dixi, nec in ſuis nec in agnatis eſt ſucceſſio, atque ita vacans fiet hæreditas, quod tamen per legem Corneliam fieri non poteſt, facit enim illa hæredem & hæreditatem, vt vocet hæredes ſcriptos aut legitimos, non bona vacantia, vt inuitet fiſcum: quamuis ſi ex lege Cornelia nemo hæres extiterit, id eſt ſi ſuus hæres aut agnatus proximus cui lex Cornelia detulit hæreditatem hæres eſſe noluerit aut quauis alia ratione impeditus hæreditatem ſibi non quæſierit, perinde fiant bona vacantia ac ſi hæreditatem lex ipſa abſtuliſſet: quomodo intelligi Iulianus debet in *d. l. bona 22. §. 1. de captiu. & poſtlim.* in illis verbis: *Quod ſi nemo ex lege Cornelia heres extiterit bona publica fient.* Ac ſanè Iauolenus in fine huius legis cum ita ſcribit, *ſequitur ergo, vt ex eo teſtamento hereditas ad neminem perueniat*: non obſcurè ſignificat pertinere eam non ad poſthumũ (qui ſi ſuperſtes per natiuitatem ſuam teſtamento ab inteſtato patri ſucceſſiſſet iure ſui hæredis, fruſtrà Iauolenus ſecundam illam quæſtionem propoſuiſſet, *& ſi filius ante moriatur quam pater, an ſcripti heredes hereditatem habituri ſint*. Filio enim rumpente & ab inteſtato ſuccedente, quænam ob ergo pro ſcriptis hæredibus dubitandi ratio afferri poterat?) ſed ad legitimos captiui hæredes. † Hoc igitur probato & conſtituto fictio- 15
nẽ legis Corneliæ in propoſito caſu locum eſſe non poſſe, quòd ad filij perſonam attinet, vt pater ante ipſum mortuus retrofingatur, omnino conſequens eſt, quod volumus poſthumus hic Velleanus dici debeat & viuo teſtatore & natus & mortuus, vt re vera eſt ita eſſe intelligatur: neque tamen eò minus rumpat, quoniam Velleanus quoque poſthumus rumpit, niſi vel inſtitutus ſit, vel exhæredatus, *l. 3. §. [illegible] hoc tit.* Idque Iauolenus apertiſſimè ſenſit, cùm poſtquam quæſiit quo tempore teſtamentum hoc rumpatur, id eſt, an viuo patre cùm eo viuo poſthumus reuera naſcatur, an eo mortuo quòd non niſi mortuo demùm patre teſtamentum confirmetur per legem Corneliam prius autem eſſe videatur, vt confirmetur, quàm vt rumpi poſſit & vt rumpi poſſit quàm vt rumpatur, Reſpondet nato filio continuò rumpi. † Id 16
enim aliud ſenſum admittere non poteſt, quàm vt viuo adhuc patre rumpatur. Alioqui non continuò rumperet, qui non niſi mortuo patre rumperet. Sed nec tunc rumpere poſſet, qui iam tunc & ante patrem mortuus eſſet. Quoties enim poſthumus poſt patris mortem rumpit rumpendo ſibi locum facit & ab inteſtato ſuccedit, *l. nam etſi. 5. verſ. rumpendo de inoff. teſt.* ab inteſtato autem ſuccedere non poteſt, qui iam reuera mortuus eſt, vt ſuprà diximus. Sed & quod Iauolenus ait teſtamentum hoc continuò rumpi notandum eſt contra Iacobum Cuiacium, qui ad *l. 7. de liber. & poſth.* ſcribit teſtamentum, quod poſthumi agnatione viuo patre rumpitur, non niſi poſt patris mortem effectu ipſo rumpi videri. Hoc enim, de quo agimus, & viuo teſtatore & continuò rumpitur ne ſi mortis patris tempus expectandum eſſet, nunquàm rumperetur præmortuo intereà poſthumo.
† Sed hic rurſum dicat aliquis, fieri non poſſe, vt hic 17
Velleanus ſit poſthumus, ſi verum eſt quod diximus, nec ſuum hæredem eum nec in patris ſui poteſtate fuiſſe intelligi: nam Velleanus ille eſt qui & ſuus, & in parentis poteſtate naſcitur. *l. Gallus. 29. §. nunc de lege, cum ſeq. de lib. & poſthum.* Quòd ſi Velleanus non ſit, id eſt, nec ſuus nec in poteſtate cum naſcitur, quo iure poteſt rumpere tanquam præteritus, ſiue viuo, ſiue mortuo patre natum eum intelligas? Reſpondeo hoc vno differre poſthumum Cornelianum de quo agimus qui viuo patre & natus & mortuus ſit à Velleano, quòd neque ſuus hæres neque in patris poteſtate aut naſcitur aut natus ex lege Cornelia retrofingitur: † nec 18
tamen eò minus rumpere, quia verum eſt ſuum eſſe poſthumum cùm ſi eo tempore, natus retrofingitur eo

tempore

tempore, vetuſtiſſima ſcilicet illa fictione quã & Caius in Iuſtit. *lib. 1. titul. 4. §. vlt.* regulã iuris appellat, quæ facit vt qui legitime concipiuntur ex tempore conceptionis ſtatum ſumant. Suum enim poſthumum dicimus, non eum qui naſcitur in patris poteſtate (nam & qui mortuo iam patre naſcitur licet primum gradum teneat in cauſa ſuccedendi non tamen naſcitur in poteſtate, cùm patria poteſtas morte finiatur) neque eum qui naſcitur hæres eſſe poſſit (Velleanus ſiquidem ſuus eſt nec tamen quo inſtãti naſcitur, ſuccedit, qui viuum adhuc patrem habeat) ſed qui eo tempore quo concipitur ſuus hæres naſceretur: & in patris tum morientis poteſtate eſſet, adeóque primum in familia, & cauſa hæreditatis gradum obtineret. Itaque ſuum poſthumum appellamus etiam eum, qui natus eſt ex emancipato, ſi modò ante emancipationem conceptus ſit *l. 1. §. ſi pater in poteſtate in fin. de coniung. cum emancip. liber. eius.* Et ex contrario alienum, qui ex emancipato conceptus eſt, licet fieri poſſit, vt in aui poteſtate ſit cùm naſcetur, § *poſthumo alieno. Inſt. de legat.* Et vt Vlpianus ſcribit in fragmentis *titul. 22. qui hered. inſtit. poſſ §. eos qui in vtero ſunt, & in § poſthum. 15.* poſthumos ſuos eſſe dicendũ eſt, qui in vtero ſũt ſi tales ſint vt nati in poteſtate noſtra futuri ſint, id eſt qui ſi cũ naſcerentur in poteſtate noſtra futuri eſſent, vt non natiuitatis, ſed ſolius conceptionis tempus ſpectemus. Alioqui nunquam poſthumus ſuus diceretur, qui in vtero eſſet, at is demum qui iam natus eſſet, quique natiuitatis tempore in poteſtatem reperiretur. Quod tamen abſurdum eſſet, & contra ſupradictam iuris regulam, quæ eos qui in vtero ſunt pro iam natis haberi

19 vult *l. qui in vtero 7. D. de ſtat. homin.* † Hic ergo poſthumus Cornelianus licet non naſcatur in patris poteſtate, quæ per captiuitatem, ſecuta apud hoſtes morte, non minus quàm per mortem finita eſt, nec eo tempore quo hæres eſſe poſſit, quia neque viui neque captiui hominis hæreditas vlla eſt, ſuus tamen fuit cum conceptus eſt, ac proinde talis cui prætcrito quæſitum ſit ab eo inſtanti ius rumpendi paterni teſtamenti quando unque naſceretur: non attento eo, an cùm naſcetur ſuus ſit & in parentis poteſtate, necne. In eo enim qui iam pro nato habeatur ex quo conceptus eſt cur ſecundæ natiuitatis tempus ſpectemus quaſi

20 iterum naſci poſſit? † Planè requirimus vt naſcatur, non quòd veræ natiuitatis tempus ſpectari oporteat, ſed vt ex poſtfacto & rei euentu appareat eſſe hominem qui pro nato iam inde à conceptionis tempore haberi debuerit. Alioqui cur pro priùs nato haberemus eum, qui nunquam natus eſſet? Deficiente ſcilicet extremo *à quo*, ſine quo ad extremum *ad quod*

21 perueniri non poſſit. † Quamuis autem teſtamenti tempore conceptus non fuerit, quandocunque tamen poſt teſtamentum conceptus perinde acquirit ſibi ius rumpendi teſtamenti, atque ſi conceptus fuiſſet quo tempore pater teſtabatur. Non quòd retrotrahatur dies conceptionis in diem teſtamenti, ſed quòd qui teſtatus eſt, quandiu viuit nec mutat teſtamentum, videatur per ſingulos dies teſtamentum confirmare & hoc ipſo iniuria afficere partum ex poſtfacto conceptum cuius rationem nullam teſtamento habuerit, quem tamen ex ſe in poſterum poſſe concipi prævidere debuerat, eúmque vel inſtituere vel exhæredare, vt ſe à rumpendi teſtamenti metu & periculo liberaret. Conſequens igitur eſt, vt tanquam poſthumus ſuus & præteritus rumpat quandocunque naſcetur ſiue viuo patre ſiue mortuo, ſiue in ciuitate, ſiue apud hoſtes exiſtente.

* *
*

Capvt XI.

Conciliatio l. qui vxorem 15. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtám cum l. poſthumus 12. eod.

Svmmaria.

1 *An, ſi ſupradictus poſthumus viuo patre naſcatur, bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas heredibus ſcriptis detur, atque ita ad eos non ad agnatos hereditas pertineat?*

2 *Quid reſpondeant Interpretes ad Hadriani conſtitutionem ab Vlpiano relatam in* dict. l. poſthumus.

3 *Potiorem eſſe, ex Iauoleni ſententia legitimorum, quàm ſcriptorum heredum cauſam.*

4 *Iauolenum in propoſita quæſtione cum Vlpiano non pugnare, ſed Hadriani conſtitutionem, de qua Vlpianus in* d. l poſthumus, *nouum ius continere.*

5 *An Iulianus, qui Hadriani temporibus vixit, in propoſita quæſtione idem cum Iauoleno ſenſerit?*

6 *Senſus* §. vltim. l. 22. ff. de captiu. & poſtlim. reuerſ.

7 *Quo ſenſu Iulianus in* d. §. vlt. *teſtamentum eius qui apud hoſtes mortuus eſt,* nullum *dicat?*

8 *Iauoleni & Iuliani ſententia conciliatur.*

9 *Iauoleni reſponſum Hadriani conſtitutione correctum non eſſe, & eam conſtitutionem ad ſupradictum poſthumum non pertinere.*

10 *Cur teſtamentum illud rumpi neceſſe ſit?*

11 *Dictam Hadriani conſtitutionem ad ea teſtamenta non pertinere, quæ non ſolum agnatione rupta, ſed per captiuitatem irrita facta ſunt.*

QVoniam † proximè diximus poſthumum hunc 1
Cornelianũ de quo Iauolenus tractat in *l. qui vxorem. 15 de iniuſt. rupt. teſt.* Velleanum dici poſſe ex ea parte, qua viuo patre natus eſt nec per legem Corneliam, poſt patrem natus fingitur, inferre quis fortaſſe nõ improbabiliter poſſit: Eo igitur ante patrem mortuo hactenus conualeſcere teſtamentum debere, vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas hæredibus ſcriptis detur atque ita ad eos non ad agnatos proximos hæreditas perueniat. Sic enim contra nimiam iuris ſcrupuloſitatem ab Hadriano ex æquitate conſtitutum eſſe Vlpianus refert in *l. poſthumus. 12. hoc tit.* de qua & nos ſuprà ſcripſimus. Nec ſane noſtri dubitant quin idipſum in hac ſpecie reſpondendum eſſet ſi poſthumus Velleanus dici poſſet.
† Nihil enim aliud habent quod illam Hadriani conſtitutionem reſpondeant, niſi quòd poſthumus hic 2
quanquam re vera viuo patre natus, poſt ipſius tamen obitum natus fingitur ex lege Cornelia. In quo poſthumorum genere qui verè & propriè ſunt poſthumi, *l. 3. §. 1. eod.* hoc eſt qui poſt parentum mortem naſcuntur, receptum eſt, vt non ſolum agnaſcendo rumpant, ſed & ita rumpant ne vllomodo conualeſcere teſtamentum poſſit licet proximo poſt natiuitatem inſtanti moriantur, *l. 2. & 3. Cod. de poſth. hered. inſtitu.* Cùm ergo probauerimus Velleano potius quàm vero poſthumo comparandum, niſi quòd nec ſuus nec in parentis poteſtate naſcitur, an ideò admittemus meliorem ſcripti hæredis conditionem eſſe debere, vt agnato proximo præferatur? † Id verò diſerte Iauolenus negat, qui ad ſecundam quæſtionem illam quam iis verbis propoſuerat, *Et ſi filius ante quam pater moriatur, an ſcripti heredes hereditatem habituri ſint,* ſic reſpondet in fine legis, *ſequitur ergo vt ex eo teſtamento hereditas ad neminem perueniat.*

[illegible] dixera. [illegible] hunc [illegible] legem [illegible]
4 quam [illegible] esse debe[illegible]. An ergo [illegible] V[l]piano pug[na] [illegible] stitut[illegible] de qua V[l]pianus in *d. l. post[humus]*, [illegible] ad eum [illegible] an Hadr[iani] [illegible] constitutio [illegible] quod requir[illegible] tas de [illegible] dum tabul[is] [illegible] scripto da[ta] [illegible] testamen[to] [illegible], esset cum re, haere[dem] [illegible] bularum [illegible] matum [illegible] at Iauolenus floru[it] [illegible] Ha[drianum] [illegible] ad [illegible] peruenit, [co]nstit[uti]on[e]m Hadriani [illegible] &
5 [illegible] Iulianus [illegible] Hadri[ani] tempor[i]bus [illegible] rat [illegible] tuum [illegible] compoluit & ex cuius [illegible] hoc ac auctoritate [illegible] sit Iulianum plerumq, noua in[illegible] [illegible] Iul[ian]um inquam [illegible] *l. bono. 2 §. ult. de c.* [illegible] quam hic Iauolenus sp[ecie]m tr[a]ctat, sic scribere, quasi nihil [illegible] an [illegible] mortuus sit pat[er], quo [illegible]
6 posthumus [illegible] sit decessere. † Si [illegible] *cum prægnantem uxorem haberet in hostium potestatem peruenerit, nato deinde filio & mortuo ibi dece[sser]it, eius testamentum nullum est, quia & eorum [illegible] manserunt, hoc casu testamenta rumpentur.* Se[cundum] [illegible] est, non confirmari hoc casu [testa]mentum c[a]p[tiui] per legem Corneliam, qu[i]a [illegible] confirmar[e] [illegible] cim tabularum [illegible] ne alioqui melior sit [illegible] captiui, qu[am] [illegible] contra mentem legis [C]ornelia, qu[æ] par[em] [illegible] causam & condition[e]m facere voluit, no[n] [illegible] meliorem.
7 † Quod vero ait, *testamentum* [illegible] *est*, non eo sensu dictum vid[eri] debet, quasi [illegible] tum nullum si[t] in [illegible] præteritus est posthumus, [illegible] nullum esset, nec rumpi posset, *l. nam et* [illegible] *4 ver. seul. post defectum. de* [illegible] Sed quia te[sta]me[n]tum, quod ab initio valuit, post[ea]quam posthumi agna[tio]ne ruptum fuit, nullum [illegible], quia ruptum, quod a[n]t[e] qua[m] rum-
8 peretur valebat, [illegible] rumpi posset. † Cæterum quemadmodum nulla apud Iul[ianu]m mentio fit constitutionis Hadriani, ita credib[ile] [illegible] eum sensisse [illegible] Iauoleno, vt ex testamento quod ruptum fui[t] hæreditas ad neminem peruenire possit, [illegible] quen[illegible] vt legitimis hæredibus def[illegible] ne bonorum pos[sessionem] [illegible] tabulas cum re ac[ci]pere scripti hær[edes] [illegible] A[illegible] interpretan tibus fie[illegible] non item de rei e[illegible] Cum nihil in [illegible] in iure cauti & [illegible] bonorum possessionis [illegible] vel in [illegible] An ergo Iul[ianus] [illegible] constitutionem [illegible] scire pot[illegible] illam. Iulian[us] [illegible] brum
9 scrip[s]eri[t] [illegible] risimi [illegible] na nere Iau[olenus] [illegible] rum posthumus [illegible] non ni [illegible] ns nor[illegible] agnascendo [illegible] [illegible], vt testamentum, [illegible] prorsus irritum factum erat, si [illegible] potestas ad ipsum fuisse aliquando co[n]firmat[illegible] hoc [illegible] cum omnino fit factumque [illegible] per legem Corneliam confirmari posse d[illegible] ruptum [illegible]. Non enim lex Corn[elia] confirmat rupta [test]amenta, [s]ed tantum, quæ capt[iuitat]is irrita fa[cta] [illegible] confirmat. † Proinde rumpi testamentum necesse est ad

Capvt XII.

Interpretatio & emendatio §. si filium l. si quis posthumos. 9 de liber. & posth & ad l. scripto. 7. Vnd. liber.

S V M M A R I A.

1 *Papinianum & Vlpianum idem cum Paulo in specie* d.§. si filium *sensisse.*
2 *[Vl]piani rationes pro dicta sententia.*
3 Destitui *testamentum quando dicatur?*
4 *Suos hæredes etiam legitimos dici posse.*
5 *Male a nonnullis additam esse negationem in* l. filius 22. ff. de suis & legi.
6 *An omnis qui suus hæres non est, non sit agnatus? & quis sit sensus horum verborum Papiniani in* d. l. scripto. & alioqui si non suus hæres est, &c.
7 *Nepotem in specie* d. l. scripto *proximum agnatum non fuisse.*
8 *Ratio propter quam dictus nepos suus hæres auo & agnatus esse debeat.*
9 *Diuersam esse in* d. §. si filium. *filij captiui & apud hostes mortui, & filij exhæredati rationem.*
10 *Varie in contextu* d. §. *lecta esse ab Interpretibus verba illa Pauli*, quòd moriente auo filij ius pependerit.
11 *De Florentina lectione proximè [n]otata, & Cuiacij ad dicta Pauli verba interpretatione.*
12 *An ex lege Cornelia fiat, vt filio testamenti tempore captiuo & postea apud hostes defuncto, nepos præteritus in sui hæredis locum succedat, & succedendo rumpat?*
13 *An non captiuitate ius filij apud hostes mortui abrumpatur?*
14 *Cur a prima captiuitatis hora eius illud abrumpatur?*
15 *Exhæredationem filij non tollere ius suitatis, nec in specie* d. §. *filij ius per eam exhæredationem abscissum intelligi.*
16 *An ius filijfam. & apud hostes postea defuncti pependisse intelligatur?*
17 *Legis Corneliæ fictionem ad filiumfam. captiuum non pertinere.*
18 *Cuius status pendere & incertus esse dicatur?*

[illegible] hoc [illegible] Corneliam confirmari amplius possit, [illegible] confirmari potest, effi[cit], con-[illegible] in posthumi agnatione, vti ne prorsus irritum [illegible] ruptum esse [illegible] dictum, efficit quoque [illegible] rumpi possit. quia quandiu ruptum [illegible] st, [illegible] durante captiuitate confirmari [illegible] per legem Corneliam possit, quandocunque mortuo apud hostes testatore. † Porro quemadmodum lex Cor- 11
[nel]ia non confirmat testamenta rupta, quæ nec lex [illegible] confirmaret si captiuitas nulla interuenisset [illegible] Hadriani constitutio per[i]mere potest [illegible] solum agnatione rupta sunt, sed & per [illegible] facta irrita, in quibus tametsi vltimum rupti [illegible] æquitatis, quòd mortuo ante patrem [illegible] superat, potuerit pater iterum velle cum [illegible] testamento decedere atque ita nouas ei vires ex noua [&] posteriore voluntate tribuere, non possis tamen [illegible] tollere [illegible] irriti quod captiuitas [illegible], cur id verò etiam facit, ne ruptum testamentum [illegible] noua voluntate queat conualescere, quia impedit [illegible] vllam, quòd ad te[sta]ndi ius pertinet [illegible] potest is qui in ho[stium] potestate est, adeò vt [illegible] rediterit, testamentum tamen, quod [illegible] fecerit conualescat, *l. eius qui 8. D. qui test. fac. p[oss].*

19 *Filium in d. §. ſi filium. iam viuo patre pro mortuo & nullo haberi debuiſſe, & per conſequens ius eius non pependiſſe.*
20 *Neque per poſtliminij, neque per legis Corneliæ fictionem fieri poſſe, vt ſtatus patriſfam. captiui pendere videatur.*
21 *An rei veritate inſpecta captiui ſtatus pendeat?*
22 *Quid in captiuis inducat fictionum diuerſitas?*
23 *Quibus caſibus filijfamiliæ, potius quam patriſfam. captiui ſtatus pendeat.*
24 *Non captiuorum, ſed liberorum quos in ciuitate reliquerint, ſtatum propriè pendere.*
25 *Refutatur Corraſij opinio exiſtimantis ius captiui, quandiu apud hoſtes eſt non pendere, ſed liberorum eius.*
26 Ius *perſonæ, à ſtatu differre.*
27 *Quæ ſit Pauli ſententia in* d. §. ſi filium. *verſicul.* diuerſum.
28 *Quænam ſit differentiæ ratio in dicto verſiculo. inter filium exhæredatum, & eum qui apud hoſtes eſt teſtamenti tempore.*
29 *Emendantur in dict. verſic hæc verba,* filij ius pependerit.
30 *Multum in dicto verſiculo intereſſe, an dicta verba de filij, an de nepotis iure intelligantur?*
31 *Differentia inter nepotem ex filio exhæredato, & nepotem ex filio captiuo, & de vtriuſque iure.* in d. verſi. diuerſum.
32 *Corraſij obiectio diluitur.*

1 NOn eſſet † obſcura loci huius ſententia, niſi iam inde à tot ſeculis corrupta lectio non ſolum difficilem eam faceret, ſed etiam aut falſam, aut inexplicabilem, *Si filium,* inquit, Paulus, *exhæredauero, nepotemque ex eo præterito, & alium hæredem inſtituero, & ſuperuixerit filius poſt mortem meam, licet ante aditam hæreditatem deceſſerit, non tamen nepotem, ruptum teſtamentum Iulianus, Pomponius & Marcellus aiunt.* Quæ etiam Papiniani ſententia eſt, in *l. ſcripto. 7. Vnd. liber. & Vlpian in l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. & irrit. fact.* vbi addunt, quod & Paulus in fine huius §. ſubijcit, nepotem hunc licet rumpere teſtamentum non poſſit, quia nec exhæredari ab auo debuit cum pater eum teſtamenti tempore præcederet, ſuum tamen auo hæredem fore ab inteſtato ſi inſtitutus, qui viuo filio exhæredato de adeunda vel repudianda hæreditate deliberabat, poſt filij mortem repudiauerit aut ante aditam repudiatámve deceſſerit: nec ei filium in cauſa inteſtati obſtaturum, qui in cauſa
2 teſtati obſtitiſſet. † Vtrumque inquit Vlpianus, non minus eleganter quam aperte proprijs rationibus. Nam adgnaſcendo quidem is rumpit quem nemo præcedebat mortis tempore, ab inteſtato verò is ſuccedit cui priori defertur hæreditas, id eſt ante quem non ſit alij delata. Id enim faciunt, verba legis duodecim tabularum à Paulo hîc relata, *ſi inteſtato moritur*, quæ licet nullo facto teſtamento ad tempus mortis referantur, quia iam tum certiſſimum eſt decedere inteſtatum eum, qui teſtamentum non fecit aut tale fecit, quod vel ab initio nullius momenti, vel ex poſt facto ruptum viuo teſtatore aut irritum factum fuerit, facto tamen teſtatore, quod mortis tempore ſubſiſtat, non ad mortis tempus referri poſſunt, ſed ad id demum quo teſtamentum deſtituatur hærede ampliùs
3 adire non valente. † Deſtitui enim dicitur teſtamentum ex quo hæreditas adiri non poteſt, *l. in quantitate 73. ad legem Falc. l. vlt. de cond. inſt.* quòd cùm fit tum demum certum eſſe incipit inteſtati ſucceſſionem locum habere, quæ nec prius alij cuiquam delata ſit, nec deferri potuerit quandiu hæres teſtamento ſperabatur. Quæ ratio facit, vt idem quoque dicendum ſit, ſi filius non exhæredatus, ſed ſub conditione quæ in ipſius arbitrio fuit inſtitutus ſit & non impleta conditione deceſſerit. Nec enim videbitur obſtitiſſe nepoti, aut ſi nepos non ſit, proximo [illegible] aut [illegible] ergo [illegible] quominus hæres ab inteſtato [illegible] qui cum omnis [illegible] aut ſuus aut agnatus proximus reperietur ſi [illegible] mortis teſtatoris tempore [illegible] rebus humanis, vel [illegible] tem conceptus fuerit ex Iuliani & M[illegible] ſententia, Vlpianus ſcribit in *l. 1. §.* [illegible] *endum in* [illegible] *& leg*
† Obſeruandum autem eſt, vt hoc quoque [illegible] not- 4
mus nepotem hunc quem nos cum Papiniano [illegible] no ſuum hæredem auo eſſe dicimus, legitimum hæredem [illegible] Paulo, [illegible] verbis, *ſed et ſi hæres* [illegible] *tus amiſerit hæreditatem, erit legitimus hæres.* vt intelligamus ſuos hæredes [illegible] nos dici poſſe, nempe quia per legem duodecim tabularum æquè ac cæteri [illegible] ad inteſtatorum hæreditates vocantur [illegible] quod [illegible] hoc, [illegible] os vocatur, *l. a* [illegible] *6. §.* [illegible] *de Carb.* [illegible] *Cod. de codic* [illegible] p[illegible] & [illegible] gan[illegible] nomen per quod [illegible] manant, *Sacrum* [illegible] quod al[illegible] quod qui in deſinit [illegible] fictione, [illegible] *de* [illegible] *& poſth.* † [illegible] 5
procem [illegible] Alciatus [illegible] *l. ſuus. 12.* [illegible] addiderunt, vt efficerent, quod f[illegible] patri agnatum proximum nō eſſe, decepti [illegible] verbis, quæ extant in [illegible] *pt.* [illegible] *&* [illegible] *quum* [illegible] *hæres ſi quo iure hæres erit qui ſine dubio non* [illegible] quo non[illegible] iam ante nos rectè reprehenſi [illegible] Cuiacio. † Sed in eo quoque Cuiacius 6
ip[illegible] labitur, quod [illegible] Papiniani verba [illegible] hanc eorum [illegible] eſſe [illegible] qui non eſt ſuus non [illegible] natus [illegible] Papinianus [illegible] agnatum, ſed cum qui [illegible] ſuus [illegible] Papinianum [illegible] ad [illegible] ſuum [illegible] non poſſe qui ne [illegible] conte[illegible] rio [illegible] quod vult Cuiacius [illegible] qui non ſit ſuus [illegible] agnatus [illegible] omnes ſui [illegible] ne agnati quidem [illegible] & haud dub[illegible] ratio [illegible] concludat, ſic omnino [illegible] de qui [illegible] ſuus ſi ſuus hæres [illegible] agnatus dici poſſit. Reſpōdere igitur debuit, Papinianum [illegible] de filio tractare quem patri pro[illegible] Pomponius ait in *d. l. filium*, ſed de nepote quem pater mortis tempore præcedebat, quique ſuus hæres dici non poſſet, multo minus ad eam [illegible] vocandus eſſet tanquam agnatus, *qui ſine dubio*, inquit, [illegible] *eſt agnatus*, [illegible] proximus qualem [illegible] hæres auo fieri poſſet. Neque enim alij agnato [illegible] duod[illegible] hæreditatem deferre quam pr[illegible] *ſi ſuus* [illegible] *non erit agnatus proximus* [illegible] tractat autem Papinianum de cauſa [illegible] pro[illegible] illa præceden- tia *quo* [illegible] proximus agna- 7
tus [illegible] proximum gradum, ita vt Papinianus [illegible] quippe quem pater ipſo [illegible] autem Papinianu[illegible] *qui ſine dubio non eſt adgnatus* [illegible] explic[illegible] tio[illegible] ſatis [illegible] quia [illegible] *placebat* [illegible] *de* [illegible] *agnat* [illegible] *adgnatus* [illegible] qui [illegible] in[illegible] ergo Papinianus [illegible] nepotem hunc [illegible] hæres ideò [illegible] poſſe [illegible] gradu [illegible] nunquam [illegible] exhæredato occupatum [illegible] dem auo [illegible] *qui ſine dubio non eſt* [illegible] *ſuus*, pro[illegible] qui [illegible] ſecundo gradu eſt, & à pa[illegible] teuit ſe. Atqui [illegible] ij, contra quos [illegible] hæc [illegible]

hæredem [illegible] ... quid p[illegible] ... cum [illegible]
d.t h[illegible] ... potui[illegible] ... viui p[illegible]
pter exhæredationem [illegible] et poſt [illegible], quia mortuus.
[illegible] neceſſe eſt ſuum [illegible] neque ſuum eſſe, &
conſequenter etiam agnatum ne ſuum negent eadem
ac longè facilius ratione ab iis extorqueatur, nec agna-
tum proximum eſſe, atque ita fiat quod multo fuerit ab-
ſurdius, [illegible] ab inteſtato eum qui neque ſuus
9 ſit, neque agnatus proximus. Hæc ad Papinianum: † Se-
quitur apud Paulum, *Viuo autemque [illegible] in hoſtium pote-*
state filius ſit & ab eſſeret in eodem ſtatu Rumpit enim his
caſibus nepos teſtamentum. Diuerſa, inquit, ratio eſt filij ca-
ptiui & exhæredati. Exhæredatus namque impedit ne
teſtamentum rumpere præteritus nepos poſſit. Captiuus
filius ſi deinde apud hoſtes moriatur non impedit. Ratio
autem diuerſitatis illa ſtatim ſubijcitur, *quia moriente auo*
filij ius pependeret, non abſciſſum vt ſuperiore caſu fuerit.
Hic verò locus eſt qui procuIdubio emendatione nec
vulgaris chirugi manu indiget: tanto magis quod & à
veteribus & à nouis interpretibus aliter atque aliter le-
10 gitur. † Veteres enim, vt ex Accurſij, Bartoli & alio-
rum Commentariis apparet, pro illis verbis quæ nunc
vulgò extant, *quia moriente auo filij ius pependerit*, ſic le-
gebant. *Quod ſi moriente auo filius repudiauerit*: Quæ le-
ctio nihil niſi nugarum comminiſcendarum materiam
iis præbere potuit, quas referre pudeat ne in iis poſtea
refellendis operam & laborem perdere neceſſe habea-
mus. Alij poſt Alciatum pro *repudiauerit*, legunt, *repedauerit*,
antiquo & inuſitato verbo ſignificantes captiuum
in ciuitatem rediiſſe. Alij magis probant vt legamus,
filius dependerit, omnino ridiculè. Quid enim ſupereſt niſi
vt filium ſtrangulent quem tam miſere ſuſpendunt?
11 † Florentina lectio quam primo loco retulimus quæque
hodie paſſim recepta eſt, magis placet Iacobo Cuiacio
exiſtimanti hanc eſſe Pauli ſententiam, vt ſi filius qui
apud hoſtes fuit quo tempore pater teſtabatur in eo-
dem ſtatu deceſſerit, nepotis præteriti ſucceſſione te-
ſtamentum rumpatur: qui ſcilicet ex lege Cornelia, in-
quit, viuo auo ad [illegible] conditionem redactus, & in filij
ius ſucceſſiſſe intelligatur, nec poſt mortem teſtatoris
ius filij abſciſſum & abruptum dici poſſit, quia captiui-
tas nihil abrumpat ſed tantum ſuſpendat, [illegible] *inſti-*
tutio 32. § 1. de hæred. inſtit. Sed hæc interpretatio ne-
que in ſe vera eſt, neque differentiam [illegible] quam inter
exhæredationem & captiuitatem Paulus aperte ponit,
12 rectè explicat. † Non [illegible] qui teſtamenti tem-
pore captiuus erat apud hoſtes poſtea defuncto, nepotem
præteritum viuo auo in ſui hæredis locum [illegible] &
ſuccedendo rumpere [illegible] allu[illegible] Sed
ex lege Cornelia id fieri nego, [illegible] pluribus ad
13 eum locum docui ſup. Neque [illegible] quod ille ait, ca-
ptiuitate non abrumpi ius [illegible] apud hoſtes deceſſe-
rit. Fateor, quandiu [illegible] filius ap[illegible], omnia ipſius
iura in ſuſpenſo [illegible] propter ſpem poſtliminij, quam
ſuſpenſi iuris conſtitutionem [illegible] vocat in *l. penult.*
de iur. & l. [illegible] Sed [illegible] apud hoſtes mortuo atque ita
extincta Poſtliminij ſpe [illegible] dico iam in-
de à captiuitatis primo inſtanti abſciſſum prorſus fuiſſe
& abruptum ius filij, non [illegible] ab eo tempore mor-
14 tuus fuiſſet. † non quia p[illegible] Corneliam mortuus
retrotrahatur à prima hora captiuitatis, vt vulgo male
creditur: neque enim legis Corneliæ fictio ad filiosfa-
milias pertinet vt ſæpius in ſuperioribus diximus: ſed
quoniam captus ab hoſtibus cum ſeruus hoſtium fiat ſi
in eodem ſtatu decedat exinde ex quo captus eſt pro nul-
lo & mortuo habetur *l. [illegible] l. ſeruitutem.*
208. de regul. iur. Ideoque nec inſtitui eum aut exhære-
dari neceſſe eſt à patre qui medio tempore teſtamentum
in ciuitate fecerit *d. l. Gal[illegible] § [illegible] dum apud ho-*
ſtes ſen. hoc tit. d. l. ſi quis filio. 6. §. Sed ſi pater de inuſt.
rup. & irrit. Vnde illud etiã fit vt non obſtet, nepoti præ-
15 terito quominus rumpat vt hic Paulus ait. † Tum verò ſe-
cundum Cuiacij ſententiam vulgaremque lectionem,
verba illa, *in ſuperiore caſu* quæ non niſi ad caſum exhæ-
redationis referri poſſunt, probant omnino filij exhære-
dati ius abrumpi & abſcindi per exhæredationem, quod
falſiſſimum eſt. Exhæredatio ſiquidem non tollit ius ſui
tatis, nec facit vt filius exhæredatus minus obſtet nepo-
ti quam ſi eſſet inſtitutus ſub conditione poteſtatiua, &
ea non impleta deceſſiſſet, *d. leg. 1. §. ſciendum de ſuis &*
legit. De quo pluribus & ex profeſſo ſcripſimus ſup. Nec
eſt quod cum Cuiacio dicas, Viuo quidem teſtatore
ius filij exhæredati non abſcindi, ſed tamen mortuo pa-
tre abſcindi quod eo demùm tempore exhæredatio vi-
res accipiat, *l. filium [illegible] §. videamus de bonor. poſſ. cont. ta-*
bul. Nam neque verum eſt ex die mortis patris confir-
mari exhæredationem, ſed tantùm ex die aditæ hæredita-
tis, *d. § videamus, & l. ſi patronus. 12. §. ex teſtamento de bon.*
libert. At in eo caſu quem hic Paulus tractat, ponit mor-
tuum exhæredatum antequam patris hæreditas adiretur,
nec vnquam poſteà aditam fuiſſe. Fieri ergo non poteſt
vt filij ius per eam exhæredationem abſciſſum intelliga-
tur. † Demque falſum eſt quod Cuiacius pro vero & 16
conſtanti habet, captiui hominis ius pendere, præſer-
tim filijfamilias, apud hoſtes poſteà defuncti. Nam
quandiu captiuus eſt apud hoſtes conſtat eum eſſe ſer-
uum hoſtium in quorum eſt poteſtate, & eum defun-
ctum veriſſimum eſt ſeruum deceſſiſſe *l. [illegible] § vlt. de verb.*
ſignific. Etſi autem lex Cornelia iungit tempus mortis
tempori captiuitatis vt paterfamilias in ciuitate deceſſiſ-
ſe videatur *l. [illegible] §. vlt. de [illegible]* ad hoc vt hæreditatem
& hæredes habere [illegible] 18. *ad l. [illegible] l. 1.*
C. de poſtlim. reuerſ. non inde tamen fit vt captiui ſtatus
pependiſſe videatur, qui ſcilicet quandiu vixit fuerit re-
uera ſeruus, poſt mortem verò pro eo habeatur ac ſi li-
ber & in ciuitate ſemper fuiſſet, ita fit vt & viuus & mor-
tuus certum ſtatum ſemper habeat, ſi tamen ſerui ſtatus
vllus dici poteſt. Non enim ſeruus aut caput, aut ſtatum
habere dicitur, *l. 3. §. vlt. & l. ſeq. de capit. minut.* † Sed nec 17
ad filiumfamilias, vt dixi, Corneliana fictio vllo modo
pertinet, quia neque hæreditatem, neque hæredem ha-
biturus erat ſi in ciuitate mortuus eſſet. Itaque filiusfamilias
captus, & apud hoſtes mortuus, de quo hic Paulus tra-
ctat, & vixiſſe & deceſſiſſe ſeruus intelligitur. Quod ſi
ita eſt, non video quomodo ſtatus eius pependerit. Imo,
inquies, quoniam quandiu vixit potuit ab hoſtibus re-
uerti, atque ita poſtliminij iure priſtina omnia, & liber-
tatis & ciuitatis iura recuperare. Dic breuius, ſi voles, &
apertiùs, captiuum ſiue paterfamilias, ſiue filiusfamilias
ſit, nullum ſtatum habere quandiu captus eſt, quia reue-
ra ſeruus eſt, nec fictio vlla dat ei ſtatum, non patrisfami-
lias, quia lex Cornelia fingit eum mortuum, ac proinde
talem qui ſtatum nullum habere poſſit, non filiifamilias
quia fictio legis Corneliæ in eum locum non habet:
eúmque relinquit qualis re vera eſt, id eſt ſeruum & con-
ſequenter loco nullo computandum. Fictio autem poſt-
liminij quæ tam filiofamilias quàm patrifamilias com-
munis eſt facit duntaxat vt captiuus in eo ſit vt ſtatum
habere videri poſſit vno illo caſu ſi ab hoſtibus redierit.
Quem verò ſtatum? Certum. Nempe libertatis, & vt vi-
deatur ſemper fuiſſe, aut ſui tantum iuris, aut alieni tan-
tum. Eius ſcilicet cuius fuiſſet ſi in ciuitate manſiſſet.
Non ergo facit vt captiui ſtatus pendeat, quia pendere
dici non poteſt ſtatus qui necdum vllus eſt nec vnquam
futurus eſt incertus. Sed facit tantum, vt pendeat an ſta-
tum aliquem habere videatur. † Illius igitur demum ſta- 18
tus pendet & incertus eſt qui cum duplicem ſtatum ha-
bere poſſit vtrum habeat neſciatur. Ij verò ſunt liberi
captiuorum: quia ignoratur an patresfamilias, an verò fi-
lijfamilias habendi ſint, quamdiu parentes reuerti poſ-
ſunt. † Verùm iam dixi Paulum tractare de filio qui ab 19
hoſtibus non ſit reuerſus, & conſequenter quem dici
poſſit, licet audenter, vt loquar cum Scæuola in *d. §. vide-*
dum, l. Gallus iam viuo patre pro mortuo & nullo haberi

Ant. Fabri. de Coniect.

dehuiſſe,quem ſcilicet ex poſtfacto appareat,nec rediiſ-
ſe nec redire poſſe,*d.l.ſi quis filio § ſed ſi pater,de iniuſt.*
rupt.& arg.l.huic ſcripturæ 11.in fi.ad legem Aquil. Mor
tui autem & nullius hominis ſtatum pendere nemo di-
20 xerit. † Prætereà poſtliminij fictio in eo qui cùm capie-
batur paterfamilias erat,non facit pendeat , an liber ſit
vel ſeruus,ſed an pro viuo an pro mortuo haberi debeat,
Nam ſiue ab hoſtibus reuertetur, ſiue apud eos morie-
tur,ſemper fuiſſe liber videbitur,ſoloque hoc intererit,
quòd ſi in captiuitate decedat, exinde retrofingetur de-
ceſſiſſe ex quo captus eſt,præter legem Corneliam,*l. a-
ſter.10.in princ.de captiu.& poſtlim.l.1.C.eo.* Si reuertatur
non ſolum vixiſſe ſed & in ciuitate perpetuò vixiſſe in-
telligetur.Igitur non poteſt videri pendere ſtatus patriſ-
familias captiui , ſiue legis Corneliæ ſiue poſtliminij fi-
ctionem conſideres,quia licet ſint contrariæ,in eo tamen
conueniunt quòd captiuitatis memoriam obliterant vt
21 libertatem fingant permanentem. † Quòd ſi rei verita-
tem inſpicias multò minus dici poteſt pendêre ſtatum
captiui cum is re vera ſeruus ſit, & tanquam ſeruus
22 niſi ad fictiones recurras ſtatum nullum habeat. † Illa
autem fictionum diuerſitas , An captiuus pro mortuo
poſteà habendus erit ex lege Cornelia,aut pro viuo pro
pter poſtliminij fictionem,non inducit diuerſitatem ſta-
tus, quia cum ſtatum nullum habeat qui mortuus eſt,
inepta fuerit diuiſio illa perſonarum ſi quis dicat , Ho-
minum alios eſſe viuos , alios mortuos : imò ſumma &
prima diuiſio illa eſt,vt quidam ſint liberi, quidam ſerui,
l.3. De ſtat. homin. In perſona autem filijfamilias , qui
Corneliæ legis fictione adiuuari poteſt, poſtliminij ſpes
ex contrario non facit vt pendeat,an viuus & liber , an
iam olim mortuus fuiſſe retrofingendus ſit , ſed an liber
ſit vel ſeruus , quia ſi ab hoſtibus redierit ſemper fuiſſe
liber intelligitur , ſi non redierit, ſemper ex quo captus
eſt manſiſſe ſeruus,ideóque pro mortuo habendus , non
vt retrofingatur mortuus liber , quomodo contingit in
eo quem lex Cornelia fingit retromortuum,ſed quòd vt
dixi , ſeruilis conditionis homines pro mortuis habean-
23 tur. † Itaque poſſit quis ex eo concludere filijfamilias
potiùs quàm patriſfamilias captiui ſtatum pendêre,cùm
ſit incertum liberne an ſeruus moriturus ſit. Et ſanè ita
eſt quamdiu filiusfamilias viuit quoniam reuerti tandiu
poteſt. Sed eo in captiuitate mortuo dico ex poſtfacto
apparere nunquam ſtatum eius pependiſſe,fuiſſéque il-
lum perpetuò ſeruum ex die captiuitatis,*d.§.videndum,*
24 *& d.§.ſed ſi pater.* † Non ergo captiuorum ſtatus verè ac
propriè pendête dicendus eſt,ſed liberorum potius quos
illi in ciuitate reliquerint , quomodo Iuſtinianus loqui-
tur in *§.ſi ab hoſtibus Inſtit. quib.mod.ius patr.poteſt.ſoluit.*
& paſſim Iuriſconſulti vt in *l.in libello 11.§.1. leg. bona.*
22.§ quod filius de captiu.& poſtlim.leg.proponebatur.9.in
in fin.de Caſtrenſ.pecul.leg.penult.de ſuis & legit.leg.1.§.
1.de SC. Maced.leg.1.§.pen. D.vnd.legit. aliiſque innume-
ris,in quibus ſcriptum videas patre captiuo apud hoſtes,
in pendenti eſſe an filius in ciuitate relictus ſui iuris ef-
fectus ſit an ſit adhuc in patria poteſtate.Patre enim re-
uerſo, ſiue poſt mortem filij ſiue viuo eo filiumfamilias
ſemper fuiſſe videri , patre non reuerſo patremfamilias
25 ex die captiuitatis paternæ factum intelligi. † In quo
miror ſanè incredibilem viri,alioqui non imperiti,Ioan-
nis Coraſij inſcitiam,qui ad *leg.qui in vtero de ſtat.homin.*
ſcripſit captiui ius pendere quandiu apud hoſtes eſt, ſed
non liberorum eius,quòd abſurdum ſit,inquit,eos nec in
ſua nec in patris eſſe poteſtate ex *leg.vlt C de ſenten.paſſ.*
Sic intelligens quod Iuſtinianus ait in *d.§ ſi ab hoſtibus,*
pendere ius liberorum propter ſpem poſtliminij , vt ad eos
ipſos qui ab hoſtibus capti ſunt non ad eorum liberos
pertineat , cum tamen in contrarium apertiſſima ſint
eiuſdem Iuſtiniani verba illa : *ſi ab hoſtibus captus fuerit*
parens quamuis ſeruus hoſtium fiat,tamen pendet ius libero-
rum propter ius poſtliminij,quia hi qui ab hoſtibus capti ſunt
ſi reuerſi fuerint omnia priſtina ſua iura recipiunt. Idcirco
reuerſi ſ e iam liberos habebit in poteſtate. Qu[illegible]
quid apertius potuit Iuſtinianus, [illegible] vt ſ[illegible]
non ſolum captiui liberorum ſtatum p[illegible]
Coraſium nemo vnquam dubitauit,ſed & eorum dun-
xat nō etiam patris,qui apud hoſtes ſit ſtatum in pend-
ti eſſe. Nam qui re vera ſeruus eſt , nec proinde ſtatum
vllum habet,eius ſtatus quomodo poteſt ? Iura ſanè ca-
ptiui omnia ſunt in ſuſpenſo propter ſpem poſtliminij.
† Sed differunt iura à ſtatu. Et diuiſio illa prima ac præ- 26
cipua iuris perſonarum vt quidam ſint liberi , quidam
ſerui , diſtinguit quidem generaliter ſtatum hominum,
ſed non ſtatum illum quem ius ciuile agnoſcat, cùm vt
dictum eſt , quòd ad ius ciuile attinet, ſeruus , nec ſta-
tum nec caput habeat in ciuitate. Illa verò iuris ciuilis
propria diuiſio eſt quòd & perſonarum liberarum quæ-
dam ſint ſui quædam alieni iuris.Nā & hæ & illæ ſtatum
in ciuitate habent , & is demum incerti ſtatus eſſe di-
cendus eſt qui cùm duplicem ſtatum habere poſſit neu-
trum tamen adhuc certum habeat , non qui cum præ-
ſentem nullum habeat in eo tantùm eſt vt aliquando
habere aliquem , eúmque certum , poſſit. † Igitur vt 27
totam hanc diſputationem concludam,puto ſententiam
Pauli illam eſſe differre filium exhæredatum ab eo qui
ſit apud hoſtes teſtamenti tempore quòd exhæredatus
obſtat nepoti ne poſſit in præteritus rumpere.Captus ab
hoſtibus ſi in eodem ſtatu deceſſerit, non obſtat,quam-
uis ſi ab hoſtibus reuerſus eſſet , obſtaret. † Differentiæ 28
autem eam rationem eſſe quòd moriente auo pepende-
rit ius nepotis ex filio captiuo : non item ius nepoti ex
filio exhæredato. Hoc enim prorſus abſciſſum e[illegible] quia
fieri nullo caſu poteſt vt nepos quem pater præcedit te-
ſtamenti & mortis tempore inſtitui debuerit aut exhæ-
redari. Nam ſicuti nunquam poteſt nepos duorum ſi-
mul teſtamenta rumpere patris ſcilicet & aui , quia
nec duobus ſimul agnaſci ſuus hæres poteſt , *l. ſi filiuſ-*
familias, 31. §. final. de teſtament. milit. ita neque
cogi vllo caſu auus poteſt vt & filium & nepotem ſi-
mul vel inſtituat , vel exhæredet. Sed quo caſu filium
inſtituere aut exhæredare compellitur eodem licet illi
nepotem præterire citra periculum vllum rumpendi per
nepotem præteritum teſtamenti , *l. 4 §.1.de contr. tabul.*
Niſi eo ſolo caſu quo in ſui hæredis locum viuo auo
ſuccedat nihil ei proderit quod ad cauſam teſtati per
tinet , ſed tantùm quòd ad cauſam inteſtati , *l. filium*
20 §. videamus in fin. de bonor. poſſ. contr. tabul. l. 1. §.
poſt ſuos de ſuis & legi. d. l. ſcripto. 7. vnd.lib. d. l. ſi quis
filio. 6. de iniuſt. rupt. At nepotis ex filio captiuo ius
non prorſus abſciſſum eſt , quamuis teſtamenti & mor-
tis aui tempore filius adhuc viuat , quia fieri poteſt vt
in eodem ſtatu decedat. Quo caſu eueniente apparebit
fuiſſe nepotem hunc ſuum hæredem & in primo gra-
du , ac proinde talem qui debuerit inſtitui vel exhære-
dari , quaſi qui viuo auo in ſui hæredis locum ſucceſſe
rit , *d.l.Gallus §.videndum.* † An ergo Pauli verba quæ 29
huic interpretationi nullomodo conueniunt ſic emen-
bimus ? Vt pro *filij* reponamus *nepotis* in illis verbis, *filij*
ius pependerit. At hoc nimis eſt improbabile. Quid igi-
tur? Pro *filius* lego *illius*,quæ dictio non niſi ad nepotem
referri poſſit de quo proximè dictum eſt. Natum vero
errorem ex inſcitia ſcriptoris intelligentis veterem il
lum ſcribendi morem , Florentino præſertim librario
familiariſſimum nec vno loco iam à nobis ſuperioribus
libris obſeruatum , vt ſi quas litteras repeti neceſſe ſit,
eas non niſi ſimplici, ſed maiuſculo tamen charactere
notet , hoc modo *ILL. IVS PEnderit* pro eo quod
pluribus litteris ſcribendum erat , *illius ius pependerit.*
Vnde illud quoque factum coniicio vt Florentina le-
ctio quæ vt plurimum aut verior aut veræ proxima
eſt non *filij ius* habeat vt cæteræ, ſed *filius* addita tan-
tum littera F, ab eo fortaſſe qui vocem *illius* v[illegible] à L
ſcriptam nullique alteri dictioni reſpondentem nul
lius ſignificationis eſſe exiſtimabat. Cum que [illegible]
intelli[illegible]

intelligi illud poſſet quid ſignificaret vox illa *penderit*, cœperunt alij & magis communiter, legere *repudiauerit*, alij *repetauerit*. Alij denique & ij ſoli rectè, *pependerit*: ſed cum ferre non poſſent ita legi, *filius pependerit* pro *filius* legere *filij ius* maluerunt. Atque ita per varios emendationum gradus tranſlatum eſt ad filiũ quod de ſolo nepote dictum fuerat, ſicque deprauatus locus elegantiſſimus qui niſi eo quo diximus modo reſtituatur nec emendari nec intelligi vllomodo poteſt. † Nec eſt quod quis dicat nihil referre an de filij, an de nepotis iure ea verba intelligas, cùm etiam pendente iure filij nepotis quoque ius pendêre neceſſe ſit. Id enim ſi
30 aliud nihil in textu eſſet admitti fortaſſe poſſet. Sed quod Paulus ait, *non abſciſſum vt ſuperiore caſu fuerit*, non admittit vt præcedentia de filio intelligantur, ſed tantùm de nepote. quoniam, vt dixi, filij exhæredati ius per exhæredationem non abſcinditur cùm non eò minus maneat ſuus hæres obſtètque nepoti, cui non obſtaret ſi ius quod habet in familia patris abſciſſum eſſet per exhæredationem, *d. l. illud notandum 4. §. 1. de bonor. poſſ. contr. tab. d. l. 1. §. ſi pater in po eſtate de coniung. cum*
31 *emancip. liber. eius.* † Hoc ipſo autem quòd filij exhæredati ius abſciſſum non eſt fit neceſſariò vt nepotis ex eo ſuſcepti ius prorſus ex contrario abſcindatur auo moriente, hoc eſt vt nulla amplius ſpes ſit nepoti rumpendi auiti teſtamenti propter præteritionem, quamuis non eò minus ſperare poſſit hæreditatem ab inteſtato, vno illo caſu quo filius ante aditam hæreditatem decedat tum hæreditas a ſcripto hærede omittatur. At nepotis ex filio captiuo ius non eſt abſciſſum moriente auo, quoniam ſperatur imò certum eſt futurum vt ſi filius ab hoſtibus non redierit nepos iam inde viuo auo in ſui hæredis locum ſucceſſiſſe primúmque gradum occupaſ-
32 ſe intelligatur. † Nec mouet quod Coraſius obijcit abſurdum eſſe nepotem nec in ſua nec in patris captiui eſſe poteſtate ex *l. vlt. C. de ſent. paſſ.* Loquitur enim illa lex de filio deportati cuius longè alia quàm captiui ratio eſt. Deportatus namq; iura ſua omnia penitus amittit cum ciuitate, nec quod à Principe reſtitui poſſit, ei interea quicquam prodeſt aut liberis eius nocet ne patria poteſtate ſoluti videantur, quoniã ſpes illa reſtitutionis nullo prorſus iure aut gentium aut ciuili ſed mera Principis indulgẽtia nititur. Captiuus cõtrà licet reuera ſit ſeruus hoſtium, habet tamen poſtliminij ſpẽ quæ iura ip ut omnia in ſuſpenſio retinet nec omnino abſcipi patitur *l. illa inſtitutio 32. §. 1. de hæred. inſtit.* quæ quoniam iuris gentium & ciuilis conſtitutio eſt adeóque naturali æquitate ſubnixa *l. poſtliminium. 19. de captiu. & poſtlim.* captiui iura conſeruat hactenus ne omnino ea perdidiſſe videatur *d. l. pen. de ſuis & legit.* Eamq; deportati & captiui differentiã nominatim tradit Paulus noſter in *l. ſi nece 4. § ſi deportatus de non liber.* quã & nos in ſuperioribus pluribus & locis & verbis explicauimus.

CAPVT XIII.

Ad § ille caſus l. Gallus.

SVMMARIA.

1 *Maximam dubitationem in caſu d. § hanc eſſe, an nepos etiam inſtitutus rumpat teſtamentum.*
2 *Dicti nepotis inſtitutionem nec ad ius antiquum, nec ad primum legis Velleæ caput pertinere.*
3 *Cur nec ad ſecundum legis Velleæ caput dicta inſtitutio pertineat?*
4 *Caſum ſiue inſtitutionem in d. § propoſitam, ad legem Velleam per extenſionem ex ſententia Iuliani protrahendam eſſe.*
5 *Quadruplex mendum è contextu d. § tollitur.*
6 *Quando ſit locus ſecundo capiti legis Velleæ.*

7 *Verba illa d. § nullo iure, ita reſtringenda eſſe, vt ius Prætorium excipiatur.*
8 *Hottomanni emendatio ad dictionem, vtiliter in d. § reijcitur.*

Difficile † non eſt ex ſuperioribus intelligere quænam huius § licet alioquin ſatis obſcuri, ſententia ſit. Sed quemadmodum ſuperiores loci ferè omnes malè vulgo ab interpretibus accepti ſunt, vt docuimus, ita hic quoque minùs feliciter explicatus eſt, quia & indiget emendatione. Proponit Scæuola nouum caſum quem in difficili eſſe ait, id eſt in quo dubitari maximè poteſt, an nepos etiam inſtitutus rumpat teſtamentum, quia neque ad ius vetus neque ad alterutrum legis Velleæ caput accommodari poſſe videatur, caſus ille eſt, ſi filium habeas & nepotem nõdum natum inſtituas, isq; naſcatur viuo patre ſuo ac mox pater viuo te decedat: † nam ſi ius antiquum inſpicias, id eſt quòd Galli temporibus & ante legem Velleam obtinebat, non valet poſthumi huius nepotis inſtitutio, quia teſtatore viuo natus ſit. Nũquam enim, vt diximus, permiſſa erat poſthumi ſiue filij ſiue nepotis inſtitutio, niſi cùm id exigere videbatur neceſſitas ſuſtinendi teſtamenti quæ nulla ſuberat nato poſthumo in vita teſtatoris qui nouum condendo teſtamentum ſibi conſulere poterat ne inteſtatus moreretur. Rurſus nec ad primum legis Velleæ caput inſtitutio hæc pertinet, quia lex illa primo capite de iis quidem poſthumis locuta eſt qui viuo teſtatore naſcerentur, ſed adiecit, ſi modo cùm naſcerentur ſui futuri eſſent, *§ ſequenti par. 1 ſup. hac leg.* Hic autem de quo agimus cum tibi natus eſt non fuit tuus, quia filius tuus idemque ipſius pater eum præcedebat. Suus autem eſſe non poteſt qui proximũ gradum non obtinet *d. l. ſcripto. 7. D. de lib. & poſth. l. ſi filiusfamilias. 53. § 1. de vulg. & pupill. ſubſt.* † Ad 3
ſecundum verò caput multo minus, quia non poſterior alius ſuccedendo prohiberi videtur rumpere quàm qui iam natus erat tempore teſtamenti: hic verò nondum erat natus. Et vt cum Scæuola dicam apertius ſuperiore & priore capite lex permittit vt inſtituere liceat nondum natos qui cùm naſcentur ſui erunt, quod huic ſanè non conuenit qui naſci in alienos, poſteriore capite nõ permittit inſtitui ſed vetat rumpi, id eſt facit ne ob eam cauſam minus ratum ſit teſtamentum, quòd nepos in filij locum ſuccederet. Porrò præcedere debet vt vtiliter ſit inſtitutus, id eſt, vt loquar more interpretum, præſupponit ſecundum caput legis Velleæ, vtilem præcedere nepotis huius inſtitutionem: alioqui fruſtra caueret ne idcircò rumperetur teſtamẽtum quod nepos ſuccederet ſi alio reſpectu rumperet nepos tanquam præteritus, cauerétque potius lex debuiſſet ne hic nepos ob id rumperet, quòd eſſet præteritus quàm ne ob id quod ſuccederet. Atqui nullo iure inſtitui potuit, vt diximus, qui teſtamenti tempore nondum natus erat. Non igitur ad ſecundum caput legis Velleæ referri poteſt ea inſtitutio de qua tractamus. † Quod cum Iulianus præcipuæ inter prudentes famæ & autoritatis animaduerteret, ſubtiliter non minus quàm audenter exiſtimauit ad 4
hunc quoque caſum protrahendam legis Velleæ poteſtatem non tam per interpretationem quam per extenſionem, commixtis ſcilicet quaſi duobus capitibus legis; quoniã ex qua parte nepos hic viuo auo naſcitur videtur aliquatenus ad primum caput pertinere, ex qua verò iam natus ſuccedit in locũ ſui hæredis viuo teſtatore pertinet quodammodo ad ſecundũ, & hæc Iuliani ſententia, quamquam noua & audax, à cæteris tamen prudentibus facilè recepta eſt tanquam neceſſaria fauore teſtamentorum, quæ alioqui in propoſita ſpecie neceſſariò rumperentur. † In contextu illud primum mendum eſt quod veteres libri ſic habent, *ille caſus in difficilis eſt*, cum legendũ ſit vt in Flor. *in difficili*: quæ lectio ridiculã facit gloſſam Accurſij, qui, *in difficilis*, interpretatur, *valde difficilis*. Vnde & Bar. occaſionẽ ſumit tractãdę 5

per diſtinctiones præclaræ illius materiæ de ſyllaba, *in*, & quando augeat ſignificationem dictionis cui adiungitur. Aliud mendum eſt in illis verbis, *nec poſteriori alij*. Legendum enim eſt, *nec poſterior alius ſuccedendo prohiberi videtur rumpere*. Siquidem loquitur Scæuola de eo, qui cùm non eſſet ſuus teſtamẽti tempore poſteà factus eſt ſuus ſuccedendo in locum ſui hæredis, *poſteriorem* appellatus eum qui in prioris gradum ſuccedit, quia fieri nequeat vt ſuccedat niſi qui vno gradu poſterior ſit. Succedit enim priori. In eóq; deceptus etiã eſt Accurſius qui *poſteriori* interpretatur, *capite*, ſcilicet *ſecũdo legis Velleæ*, quãuis nõ negem tractatũ hunc de eo qui in locũ ſui hæredis ſuccedẽdo prohibetur rũpere, ad poſterius illud legis Velleæ caput pertinere. Tertiũ mendũ eſt eo loco, *porrò procedere debet vt vtiliter ſint inſtitutus*. Neq; enim dubito quin legẽdum ſit, *præcedere*, vt ſenſus ſit is quem iam docuimus, non poſſe locum eſſe ſecundo capiti legis Velleæ quo cautum eſt ne ſuccedendo rumpat is qui in priori locum ſuccedit quin ponas præcedere vtilem ipſius inſtitutionem. Quomodo enim non rumperet is qui cùm ſuus hæres fieret præteritum ſe inueniret? *l. poſthumorum. 13. de iniuſt. rupt.* Qui vulgarem lectionem ſequuntur putant Scæuolam in hoc verſiculo reſpondere ad propoſitam quæſtionem, quaſi dicat, ne teſtamẽtum rumpatur procedere debere, id eſt admittendum eſſe vt valeat, quo nihil eſt ineptius. Non enim ad quæſtionem reſpondet Scæuola niſi ex Iuliani ſententia in verſic. *Iuliano tamen videtur*. Et id agit potiſſimum vt doceat quam neceſſaria fuerit in hanc rem Iuliani ſubtilitas & auctoritas vt huius nepotis inſtitutio valeret quæ non ſolum ex primo capite legis Velleæ defendi non poterat quod erat apertius, ſed neque ex ſecundo, vt ſuprà explicauimus. Poſtremum mendum in eo eſt quod ſequẽtia illa, *quod nullo iure potuit qui nondum natus erat*, & per parentheſim & cum interrogatione leguntur Florentinæ, cùm tamen & ſine interrogatione & vnico contextu legi debeant, quomodo & Antonius Goueanus legiſſe videtur.
6 † Appendix enim illa eſt præcedentis rationis, vt appareat non poſſe ad ſecundum caput legis Velleæ hũc caſum aptari, quia non ſit ei locus niſi tunc demum cùm is, qui ſuccedendo rumpere prohibetur vtiliter ſit inſtitutus, vtiliter autem inſtitui non potuerit hic qui nondum natus erat tempore teſtamenti: quod ipſum tamen ſic intelligendum eſt, vt nullo iure inſtitui potuerit nondum natus teſtamenti tempore, ſi modò poſtea viuo adhuc teſtatore natus eſſet nõ ſuus, id eſt neque ex lege 12. tabul. neque ex prudentum interpretatione, neque ex lege Vellea. Alioqui conſtat ex iure antiquo, id eſt quod Galli temporibus obtinebat ex interpretatione prudentum ad legem duodecim tabularum potuiſſe inſtitui poſthumum ſuum ſiue filium ſiue nepotem qui poſt teſtatoris mortem naſceretur; ex lege autem Vellea in primo capite etiam eum qui poſt teſtamentum viuo teſtatore, tametſi teſtamenti tempore alienus eſſet dummodò naſceretur ſuus.
7 † Sunt autem verba illa tam generalia, *nullo iure*, ita reſtringenda vt ius Prætorium excipiatur quo inductum ſanè fuit vt alieni quoque poſthumi inſtitutio defenderetur in quo omnes conſentiunt ex § *poſthumo Inſt. de legat. iunct. l. Titius. 25. §. 1. ſupr. hoc tit.* Niſi quis malit dicere ſic fortaſſe Scæuolam ſcripſiſſe priuſquam ius illud à Prætoribus inductum eſſet. Vix enim dici poteſt quo primum
8 tempore inductum fuerit. † Illud certè prætermittendum non eſt, Franciſcum Hotomanum peſſimè hunc locum ſic emendaſſe, vt pro, *vtiliter*, legat, *inutiliter*, ita loci elegantiam ſententiamque totam malè peruertens. Quod verò in hoc §. Scæuola ſcribit legem Velleam ſecundo capite non permittere inſtitui nepotem ſed vetare rompi, quam ſententiam habeat, quæ obſcurius eſt maléque & Accurſium & alios omnes veteres nouóſque interpretes cruciauit, nos ſuprà pluribus explanauimus. Ideóque nec hic repetemus.

Capvt XIV.

Ad §. vlt. l. Gallus.

Svmmarivm.

1 *An, ſi nepos, de quo in §.* ille caſus *actum eſt, ante patris mortem ſit emancipatus ab auo, ſponte adire poſſit aui hæreditatem?*
2 *An is nepos aliquo tempore ſuus fuerit?*
3 *Certam inſtituendi nepotis formulam lege Vellea præſcriptam non eſſe.*
4 *An in lege Vellea, verba illa,* ſi ſuus hæres eſſe deſierit, *quibus teſtator vſus eſt, emancipationem comprehendant?*
5 *Vera quæſtio d. §. vlt.*
6 *Cur neceſſarium fuerit Iuliani ſententiam ad caſum in h. §. propoſitum extendere.*
7 *Nepotem de quo in d. §. agitur nec inſtitutionis, nec capitiuitatis tempore ſuum hæredem fuiſſe, & per conſequens tanquam voluntarium non tanquam neceſſarium adire.*
8 *Quid operetur Iuliani ſententia in ſpecie d. §. vlt.*
9 *Quæ ſit in d. §. vlt. Scæuolæ ſententia.*
10 *An, & quando emancipatione ſiue mutatione perſonæ vitietur inſtitutio.*

APpendix † eſt hic §. eorum quæ proximè diximus de caſu Iuliani. Nam cum recepta ſit Iuliani ſententia de duobus legis Velleæ capitibus commiſcendis vt valeat inſtitutio nepotis qui nondum teſtamẽti tẽpore ſuſceptus poſteà viuo patre natus & eo ſubinde mortuo, adhuc viuo auo in ſui hęredis locũ ſucceſſerit, dubitari poteſt ſi nepos hic ante patris mortem ſit emancipatus ab auo, an ſponte adire poſſit aui hæreditatem. 1
Dubitandi rationem illam noſtri afferunt, quòd neq; ad Iuliani caſum videatur hic nepos pertinere, cùm in ſui hæredis locum ſucceſſiſſe dici non poſſit qui viuo patre de aui exiit poteſtate. † Qua ratione moti nonnulli putant neceſſariò ponendum eſſe nepotem hunc aliquo tempore ſuum fuiſſe, quod vix aliter contingere poſſit quàm ſi ponas viuo quidem patre natum, ſed eò demum mortuo emancipatum. Alij fatentur quidem & longè conuenientius verbis Scæuolæ, nil eſſe neceſſe vt hic nepos fuerit ſuus: ſed mirantur tamen quomodo valere poſſit inſtitutio ipſius ante patris mortem emancipati, cùm inſtitutus fuerit, vt Bartol. loquitur, in ſultate, id eſt quaſi ſuus, non quaſi extraneus quilibet. Sed reſpondent non vitiari inſtitutionem emancipatione, quia teſtator iis verbis, *ſi ſuus hæres eſſe deſierit*, non de emancipatione cogitaſſe videatur ſed de morte tantum, vel deportatione vel ſeruitute. In quo duplicem vtrorum errorem animaduerto. † Priorem illum, quòd putant lege Vellea præſcriptam hanc inſtituendi nepotis formulam qua vti teſtatores neceſſe ſit, *ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit tunc qui in locum eius ſuccedit hæres eſto*. Quod nos iam ſatis ſuo loco refutauimus. Neque enim neceſſe fuit Velleo legem condenti per quam derogare potuit iuris ſcrupuloſitati formulam vllam præſcribere quæ cautionem induceret ad validandam nepotis inſtitutionem ne non iure facta videretur. † Sed & ſi ponas vſum teſtatorem iis verbis, *ſi ſuus hæres eſſe deſierit*, non video cur non de emancipatione cogitaſſe teſtatorem dicamus perinde ac de cæteris caſibus per quos deſierit filius ſuus hæres eſſe. Pugnátq; id apertiſſimè cum §. *&* *quid ſi tamẽ ſup.* vbi caſus emancipationis hac parte cæteris cõparatur. Et verò ſi teſtator de caſu emancipationis nõ cogitauit, tantò minus ſanè valere debeat inſtitutio eius qui ſcriptus ſit tãquã ſuus, cùm poſt emancipationẽ nec ſuus ſit, nec eius cõdicio-

nis

nis in qua teſtator admittere eum volu.rit,qui de ea ne
5 quidem cogitauerit. † Alter iſtorum error eſt, quòd pu-
tant de illo quærere Scæuolam, vtrum huius nepotis in-
ſtitutio valeat, de quo tamen, nec dubitandò exiſtimat.
Ponit enim pro conſtanti valere poſt receptam Iuliani
ſententiam.† Et magis ridiculi ſunt qui Iuliani ſenten-
6 tiam illam minus hoc caſu neceſſariam eſſe dicunt, q..
nepos hic viuo auo emancipatus rumpere ipſius teſta-
mentum non p. ſſit quia neque in ſui hæredi locum
ſuccedere: & ob id nec ad legem Velleam pert... t.
Nam hæc ipſa ratió, quòd ad legem Vell am non ...-
tinet, facit vt eo inualidior ſit eius inſtitutio qui n..
ſolùm teſtamenti tempore nondum natus erat, ..
etiam ſi natus eo tempore fuiſſet alienus non ſuus ex-
titiſſet, ac proinde talis qui nulla iu.. ciuilis parte inſti-
tui potuerat. Conſequenter ne.....ſum fuit ad l...
quoque caſum Iuliani ſententiam extendere vt ..
modi inſtitutio confirmaretur, non ad cauendum n..
etiam inſtitutus rumperet, ſed ad efficien..m vt inſt...
poſſet. Conſtat enim, quæ ab initio fuit inutilis inſtitu-
tio, eum ex poſtfacto conualeſcere non poſſe. † De illo
7 igitur tantùm Scæuola dubitat. An nepos hic de quo
agimus ab auo inſtitutus poſſit ſponte adire ip.ius hæ-
reditatem, id eſt, an auo neceſſarius hæres ſit an vo.lun-
tarius. Nam cùm eſſet inſtitutus tanquam is qui ſuus &
neceſſarius fieri poterat, non videbatur ei permittẽdum
vt abſtinere poſſet. Magis tamen eſſe ait vt ſponte adi-
re poſſit, quoniam, inquit, per emancipationem ſuus
hæres fieri non potuit. Senſus eſt, nepotem hunc nec
inſtitutionis nec captiuitatis tempore fuiſſe ſuum hære-
dem, cùm à patre anteuerteretur. Quis verò dicat ideò
magis pro ſuo habendum quòd poſtea fuerit emãcipa-
tus? Cùm ſi antea ſuus fuiſſet per emancipationem ſuus
eſſe deſiiſſet. Relinquitur ergo vt ſponte adire poſſit,
8 tanquam voluntarius hæres, non neceſſarius. † Neque
eſt quod quis obiiciat Iuliani ſententiam eſſe vti dun-
taxat fauore teſtamentorum nè rumpantur: periculum
autem rumpendi nullum ſubeſſe inſtituto eo qui non
poſſit rumpere. Nam reſpondeo, quinimò vel in eo ma-
ximè fauorem teſtamenti elucere quod propter Iuliani
receptam ſententiam defenditur inſtitutio, quæ alioqui
non defenderetur. Quemadmodum enim Iulianus in-
duxit vt ambo legis Velleæ capita commiſcerentur cùm
neutrum per ſe ſufficeret: ſic vtrumque illud vno eo-
démque caſu aſſecutus eſt quod vtróque legis capite in-
ductum fuerat, hoc eſt, vt & inſtitui hic nepos vtiliter
poſſit, & inſtitutus rũpere prohibeatur, tametſi fiat ſuus.
Superueniens autem emancipatio, licèt tollat rũpendi
periculum proindeque faciat ne quod ad hanc partem
attinet neceſſaria ſit Iuliani ſententia, non facit tamen
quò magis inſtitui potuerit, quia nec tollit vitium illud
quo impediebatur inſtitutio quòd & teſtamenti & na-
tiuitatis tempore alienus poſthumus fuiſſet, nec facere
poteſt vt conualeſcat inſtitutio quæ fuit ab initio inu-
tilis, quia non aliud indicit niſi vt extraneus fiat qui
ſuus vel erat, vel fieri poterat: quæ res tanto inutilio-
rem facit inſtitutionem poſthumi, quanto magis di-
ſtat à poſthumo ſuo is qui nec ſuus eſt, nec ſuus fieri
ſuccedendo in locum ſui hæredis poteſt. Itaque neceſ-
ſario recipienda eſt, & ad hunc quoq; caſum producen-
da Iuliani ſententia, vt valeat hæc inſtitutio, pertinét-
que ea res ad fauorem teſtamenti, quod non minùs
corrueret ſi inſtitui nepos non poſſet, quàm ſi ab initio
valida inſtitutio, ſecuta poſtmodum emancipatione,
infirmaretur. Eſſétque in iniquiſſimam adigi auus in eas
anguſtias vt vel aliud teſtamentum facere cogeretur,
quod nec ſemper, nec vbique licet, vel nepotem hunc
etiam inuitus in poteſtate retinere, quem fortaſſis
9 emancipare mallet. † Id igitur duntaxat ſibi vult Scæ-
uola, Iuliani ſententiam ſemel receptam fauore nepo-
tis qui non ſuus natus poſteà viuo auo ſuus hæres eſſe
incipiat, ad eum quoque protrahi qui nunquã ſuus fuit.

Eodem ſcilicet v... ...teſtamentu, cuius maior
ratio habenda eſt q... ... nepotis ... vel ſuitatis.
Neque tamen ... magis ſuum fieri & neceſſarium
hæredem hunc nepotem, qui ſit emancipatus. Ac ſanè
cùm ab initio vtilem fuiſſe huius poſthumi nepotis in-
ſtitutionem f..endum ſit ex Iuliani ſententia, quoniam
..us fieri potuit, abſurdum ſit ideò minus valere quod
per emancipationem d..ierit in locum ſui hæredis poſ-
ſe ſuccedere: & ob id ſolum rumpi teſtamentum, quòd
deſinit rumpi poſſe. † Cæterùm in illo etiam errant 10
noſtri toto cælo, quòd ex hoc loco colligunt, eman-
cipatio..., aut, vt Antonius Goueanus loquitur, mu-
ta... ..ſonæ non ..tiati inſtitutionem. Id enim ve-
r.. m...dem eſt in nepote de quo hic loquitur & in
filia, ..non in filio qui haud dubiè cùm emancipa-
tur ..mpit pat.. teſtamentum, etiam in quo fuit inſti-
tutu., vt ſeq.... capite docebimos. Pertinet enim id
quoque ad ..b...m huius legis explicationem, tol-
lendaſque difficu.tates innumeras quas noſtri imperitè
excitant ad §. & quòd ſi tantum ſupra quas nec poſſunt
diſſoluere.

Capvt XV.

De differentia filij & nepotis in quæſtione §. & quid ſi tantum l. Gallus & ad l. verum 8. § 1 de iniuſt rupt.

S V M M A R I A.

1 *Emancipato nepote qui ſuus inſtitutus fuerat, non vitiare eius inſtitutionem.*
2 *Filio qui inſtitutus fuerat quum ſuus eſſet, poſtea emancipato, inſtitutionem vitiari, & rumpi teſtamentum.*
3 *An ideò, quod hæredis inſtituti perſona quodammodo mutetur?*
4 *Cur non indiſtinctè verum ſit, perſonæ mutatione non vitiari inſtitutionem.*
5 *An iniquitatis aliquid habeat ſententia eorum qui volunt ſuperueniente filij inſtituti emancipatione eius inſtitutionem vitiari?*
6 *Vera & genuina ratio ſuperioris ſententia affertur.*
7 *De triaa filij emancipatione eiuſque effectu.*
8 *Cur vna eadémque inſtitutio filij ſui hæredis, & poſt teſtamentum a patre emancipati, non impediat quominus teſtamentum rumpatur, quum filius per remancipationem de extraneo fit ſuus?*
9 *Diſſimilem eſſe eo caſu filij remancipati, & extranei poſt inſtitutionem adoptati rationem.*
10 *De vera Vlpiani ſententia in d. l. 8. §. 1. contra Cuiacium.*
11 *Vlpianum in d. §. 1. de teſtamento ante mancipationem facto agere.*
12 *Reijcitur Hottomani ad d. §. emendatio, & interpretatio.*
13 *Quomodo fieri poſſit vt filio & nepote iuxta Aquilij formulam inſtitutis, tam emancipato filio, valeat nihilominus teſtamentum?*
14 *Nepotem ex præſcripto Aquiliana formula inſtitutum, ſubſtitutum dici non poſſe.*
15 *An in ſuperioris quæſtionis ſpecie filius & nepos admittendi ſint in virtiles, ex edicto de coniungendis cum emancipato liberis?*
16 *Cur nepos ex teſtamento concurrere non poſſit cum emancipato filio ſuccedente ex Prætoris edicto?*
17 *Quò pertineat edictum illud de coniungendis cum emancipato liberis?*
18 *Superiori quæſtioni locum eſſe non poſſe in filio & nepote*

pote ſecundum Galli conſilium inſtitutis.

19 *An eadem quæſtio tractari poſſit in nepote & pronepote ſimiliter inſtitutis?*

20 *Cur in propoſita ſpecie locus eſſe non poſſit edicto de bonorum poſſeſſione contra tabulas?*

21 *Nepotis inſtitutionem eo caſu fieri irritam, & pronepotem totum aſſem habere.*

1 EMancipato † nepote qui fuerat inſtitutus non vitiari inſtitutionem conſtat ex iis,quæ proximo capite diximus.Nam vt Scæuola ſcribit in §. *vlt. l. Gallus* ſuperueniens emãcipatio nihil aliud inducit,niſi vt qui ſuus hæres & neceſſarius futurus erat,fiat voluntarius. Similiter inſtituto ſeruo ac poſtea manumiſſo, nemo dixerit inſtitutionem corruere propter manumiſſionem,quamuis hactenus immutetur eius poteſtas vt non niſi voluntarium hæredem faciat quæ alioqui ne-
2 ceſſarium factura erat,§.*ſeruus autem à domino inſt.*†Sed ſi filius qui inſtitutus fuerat cùm eſſet ſuus poſtea ſit emancipatus,dico quod neſcio an adhuc quiſquam dixerit vitiari inſtitutionem,rumpique teſtamentum. Idque non obſcurè ſignificari à Scæuola in §. *& quid ſi tantùm l.Gallus*,vbi tractans de nepotis,inſtitutione facta in caſum mortis filij,quærit quid dicendum ſit ſi filius non mortuus ſit,ſed deportatus,nec addit,*vel emãcipatus*,ſed de caſu emancipationis tractaturus,qui hac parte deportationi ſimillimus eſt,ſtatim loqui incipit de nepote,his verbis,*quid ſi nepos ex quo pronepos inſtitueretur,vt oſtendimus emancipatus eſſet*.Hoc verò cur ita:niſi vt doceat ſimilem quidem eſſe deportationi emancipationem,quod fefellit interpretes,ſed tamen eo demum caſu poſſe emãcipationem locum facere quæſtioni,quo agatur de nepote non de filio.Alioqui cur à filio ad nepotem tranſiret ſi filio quoque emancipato teſtamentum ſubſiſtere poſſe exiſtimaret?Neque verò aut in tota *l.Gallus*,aut alio vllo iuris loco reperias pro firmo & valido haberi teſtamentum in quo ſit inſtitutus filius qui poſteà fuerit emancipatus Verùm ne ab interpretibus per tot ſecula id obſeruari potuerit ex hoc factũ eſt,quòd diuerſitatis rationem inter filium & nepotem in promptu non habuerunt,quæ certè nec tam facilis eſt vt ſtatim poſſit occurrere. † Nam ſi dicas fi-
3 lij inſtitutionem ob eam cauſam vitiari quod hæredis inſtituti perſona quodammodo mutetur cùm per emãcipationem extraneus fiat & de familia exeat is qui antea ſuus erat:parata contradictio eſt , eadem igitur ratione dicendum fore,nepotis quoque inſtitutionem vitiari cùm is emancipabitur.Nam & is fit extraneus aliúſque homo ſi iuris ciuilis fictionem ſubtilitatémque inſpicias.Item inſtitutio extranei qui poſt teſtamentum in locum ſui hæredis adoptaretur æquè per adoptionẽ confirmaretur,quoniam & perſonæ mutatio fit & alius homo videtur qui ex alieno & extraneo fit ſuus. Et tamen conſtat nec agnatione nec ſucceſſione ſui hæredis rumpi teſtamentum cùm extraneus hæres inſtitutus vel adrogatur vel in locum nepotis adoptatur,*l.filio.23.§.1. de liber.& poſthum.l.ſi qui heres.18.de iniuſt.rupt.* Denique ſi mutatio perſonæ corrumperet inſtitutionem,qui defẽderet inſtitutionem ſerui à domino inſtituti ac poſtea manumiſſi:quam tamen defendi diximus.Nã quæ, rogo,maior perſonæ mutatio eſſe poteſt quàm quæ cõtingit in perſona ſerui manumiſſi,qui cùm antè manumiſſionem caput nullum haberet in ciuitate poſt manumiſſionem habere incipit. *l.3.§.vltim.de capit. minut.*
4 † Rurſus ſi dicas generaliter,& indiſtinctè cum interpretibus mutatione perſonæ non vitiari inſtitutionem: erit tibi difficilius rationem illam inueſtigare, cur ergo emancipatione filij rumpatur teſtamẽtum in quo filius ipſe ſit inſtitutus Hoc enim tantò mirabilius eſt, quòd idem filius qui rumpit propter emancipationem non eo minus ſuccedit quòd ſit emancipatus ſcilicet iure Prætorio accepta bonorum poſſeſſione non ſolùm ab inteſtato Vnde liberi,ſed etiam ſecundùm tabulas, & quidem cum re,quando nemo eſt qui euincere illi hæreditatem ab inteſtato poſſit,*l.poſthumus.12.in fin.de iniuſt. rupt.*Quin & contra tabulas ſi ponas aliud teſtamentum non emancipationem factum quo filius hic ſit præteritus,& alius hæres inſtitutus, *tot.tit. de bonor. poſſeſſ. contr.tabul.* † An non igitur abſurdius videtur ex mu- 5
tatione illa quæ in filij emancipati perſona contingit vitiari inſtitutionem,cùm mutatio illa non faciat quominus patri filius hic ſuccedat, etiam inuito , niſi talis ſit quem pater iuſtè & pro ſuo iure poſſit exhæredare? Deinde quid iniquius quàm nocere patri qui erga filiũ tam benè affectus fuit vt hæredem eum inſtituerit,quòd eũ præterea emãcipauerit?aut filio quòd præter inſtitutionem,emãcipationis quoque honorem à patre accepetit?Vt vel ex eo maximè appareat nonniſi mera iuris ratione & ſubtilitate niti differentiã hãc, quã eſſe dicimus inter filiũ & nepotẽ †Ratio alia meo iudicio quæ- 6
renda non eſt,quàm quæ ab Vlpiano innuitur in *l.verũ. 7.§.1.de iniuſt.rupt.*vbi ſcribit ille,filiũ cùm emãcipatur vel nepotem quia vna emancipatione exeunt de poteſtate,non rumpere teſtamentum De filio,inquies,nihil exprimit Sed apertum eſt quid in filio à contrario ſenſu inferri poſſit,cum ſcilicet cùm emancipatur teſtamentum rumpere,quoniã non vna,ſed trina tantùm emancipatione exeat de poteſtate.An quòd prima illa mancipatione quæ filium facit extraneum, cùm antea eſset ſuus,vitiet inſtitutionem?Minimè Alioqui perinde filia nepóſque rumperent ,qui haud dubiè poſt emancipationem æquè pro extraneis habentur.† Sed quia cùm 7
per primam eam emancipationem non exeat omnino filius de poteſtate neceſſe ſit remancipari illum patri, vt iterum ab eo mancipari poſſit,adeoque patri denuò remancipari , vt tertiæ poſtremæque mancipationi locus fiat,per quam tota emancipationis ſolemnitas abſoluatur Porrò per huiuſmodi remancipationes , ſicut in plenam liberamque patris poteſtatem filius reuertitur,ita fit rurſum ſuus,qui per priores duas mancipationes factus erat extraneus. Quis ergo miretur rumpi ab eo vel inuito patris teſtamentum, quaſi ſui hæredis noui agnatione? † Nec ad rem pertinet quòd cùm tractemus de filio poſt teſtamentum emancipato , reperiat ille ſe inſtitutum , cùm per remancipationem de extraneo fit ſuus,arg *d.l.filio,§.1.& d.l.ſi quis heres.*:quia cùm fuerit inſtitutus eo tempore quo erat inſtituendus neceſſariò tanquam ſuus, tota illa prioris inſtitutionis vis & poteſtas hoc ipſo abſumpta eſt, neq; in id vſque tempus extendi & porrigi poteſt quo rurſum fiat ſuus. Non enim fieri queat vt vna eadémque inſtitutio ſufficiat duabus explendis ſolennitatibus , cùm propter eam interruptionem ſuitatis quæ cõtingit per mancipationem neceſſariò eueniat, vt quemadmodum filius iterum & ex nouo iure factus eſt,ita denuò & ex nouo illius ſuitatis cauſa inſtitui debeat. Nam & Vlpianus in *d.l.verum*,§.1 non obſcurè ſignificat futurum vt filia etiam inſtituta cùm emanciparetur , rumperet teſtamentum,itémque nepos ſi non vna mancipatione exirent de poteſtate, quamuis eorum inſtitutio non illum effectum habeat ne poſſit rumpere (quandoquidem etiam præteriti rumperent, haberentque duntaxat ius accreſcendi)ſed tantum ne ius illud accreſcendi habere poſſint cùm ipſi ſunt inſtituti.Nempe quia dici nequiret voluiſſe patrem præterire filiam aut nepotem quam vel quem ipſe inſtituerit: eoque ſolo caſu receptum eſt vt filia præterita vel nepos nec rumpant nec iniuſtum faciant teſtamentum quo appareat conſultè eos à patre vel auo præteritos fuiſſe Propter quam cauſam illud quoque conſtitutum erat in poſthumis, vt ſi inter cæteros exhæredarentur , legatum iis relinqui oporteret,ne per obliuionem potius præteriti quàm mala mente exhæredati viderẽtur,§.*poſthumi. inſt.de exhered. liber.* Ergo multò minus inſtitutio filij impedire

ne

ne rumpat, cùm quod fuit antea inſtitutus factum eſſe
neceſſe ſit, ne ab initio teſtamentum nullum eſſet ac
9 iniuſtum. † In eo que diſſimilis ratio eſt filij remanci-
pati & extranei poſt inſtitutionem adoptati. Nam ex-
traneus inſtitutus ſi per adoptionem fiat ſuus nō rum-
pit, quia reperit ſe inſtitutum, *d. l. filio. §. 1. d. l. ſi quis hæres.*
Neque enim dicere poteſt ſe inſtitutum ex neceſſitate
qui ex mera teſtatoris voluntate inſtitutus eſt, & ab eo
a quo etiam per obliuionem impunè præteriri poterat
tempore inſtitutionis. Proinde nihil cauſæ eſt cur non
ea inſtitutio ſufficere debeat implendæ ſolemnitati,
cuius interponendæ neceſſitas ex adoptionis acceſſio-
ne ſuperuenit. Præſertim cùm ex illa etiam inſtitutione
appareat filij loco habitum dilectumque illum, qui tan-
quam filius iam tum fuiſſet, ita ſcriptus eſt, poſteaque
in filij locum adoptatus. At filio inſtituto quem ab ini-
tio inſtitui neceſſe fuit, non debet ea inſtitutionis ſole-
nitas in aliam planéque neceſſariā cauſam facta ad no-
uam iſtam & ſuperuenientem accommodari de qua nec
magis cogitabatur teſtamenti tempore quam de ipſa
emancipatione. Rumpitur ergo teſtamentum per filij
etiam inſtituti emancipationem quaſi agnatione ſui
hæredis præteriti. quoniam vnica mancipatione non
exit de patris poteſtate, remancipatus redit in patris po-
teſtatem. Non rumpitur per filiæ aut nepotis emācipa-
tionem, quoniam illi vna mancipatione exeunt de po-
teſtate. Hoc verò à veteribus interpretibus cognitū nō
10 fuiſſe minus miror. † Sed ferre non poſſum anteceſſores
illos clariſſimos Iacobum Cuiacium & Franciſcum Ho-
tomanum in eadem caligine verſatos eſſe. Nam Cuia-
cius ad Vlpiani titulum 23. ſic intelligit vt ſi poſt pri-
mam filij mancipationem pater teſtetur, & filium præ-
tereat, teſtamentum rumpatur per eiuſdem filij reman-
cipationem: cùm tamen nihil ſit apertius, quàm Vlpia-
ni ſententiam illam eſſe, quemadmodum diximus, vt te-
ſtamentum etiam quod ante primam mancipationem
factum eſt rumpatur per emancipationem. Idque euin-
cit ipſa filij cum filia & nepote comparatio. † Etenim
11 quod Vlpianus dicit filiam rumpere teſtamentum haud
dubiè intelligendum eſt de teſtamento facto ante mā-
cipationem. Sic enim ſcribit *Filia cùm emancipatur, non
rumpit teſtamentum.* Siquidem fruſtrà quæras an rumpat
cùm emancipatur, ſi nullum adhuc eo tempore ſit te-
ſtamentum. Et ſanè ridiculum ſit dubitare an teſtamē-
tum quod poſt emancipationem filiæ factum eſt per eā
rumpatur, cùm poſt emancipationē ſit illa prorſus ex-
tranea, & talis quæ nec inſtitui debuerit, nec exhæreda-
ri. Præter id quod ſi vel inſtituenda eſſet, vel exhære-
danda de vitio iniuſti tractari oporteret, non de vitio
rupti de quo tamen Vlpianus tractat. Atqui emancipa-
tio filiæ vnica mancipatione abſoluitur. Fatendum
ergo eſt tractare Vlpianum de teſtamento quod ante
mancipationem iſtam factum ſit, & in quo filia ipſa
fuerit ſiue ex aſſe, ſiue pro parte inſtituta. Conſequen-
ter vt recta ſit comparatio inter diuerſa, quòd dicimus
filium cùm emancipatur rumpere teſtamentum, pro-
pterea quòd vnica mancipatione non exeat de pote-
ſtate, non tantùm de illo teſtamento accipi debet, quod
inter medias mancipationes factum ſit, ſed de illo ma-
ximè quod ante primam mancipationem & quod eſt
conſequens, non de teſtamento in quo præteritus ſit fi-
lius, ſed in quo fuerit inſtitutus priuſquam mancipare-
tur. Alioqui non poſſet rumpi quod ab initio nullum &
iniuſtum fuiſſet, *l. 5. de iniuſt. rupt.* † Hotomanus verò
12 longe turpius in eo labitur quod putat Vlpiani verba
non ſolùm adeò perplexa eſſe vt explicari nequeant,
verùm etiam corrupta, & ita emendanda vt legamus,
*Filia vel nepos, quia cùm emancipantur, vna mancipatione
exeunt de poteſtate teſtamentum non rumpunt.* Vt ſit ſen-
ſus, non tanta támque arcta neceſſitudine filiam nepo-
témve à iure ciuili cum patre auóve conſtringi quan-
ta filius ſit. ... Idque ex eo ... quia hic
tribus mancipationibus, illi vna duntaxat liberantur.
Quare mirandum non eſſe ſi ius ciuile faciliùs filiam
nepotémve præteriri patiatur quàm filium, quaſi pater
non tantum iis quàm huic debeat. Quæro enim ſi ra-
tionem reddere Vlpianus voluit quamobrem faciliùs
præteriri poſſit filia vel nepos quàm filius, cur tractat
de rumpendo teſtamento, quando nec filius præteri-
tus rumpit, ſed iniuſtum facit. Deinde falſum eſt filiam
aut nepotē nunquam rumpere nec iniuſtum facere. Nā
imò verò iniuſtum faciunt nullomodo ſint exhæredati,
id eſt, ne quidem inter cæteros. Rumperent verò eo caſu
quo eſſent inſtituti ac poſtea emancipati ſi prima man-
cipatione non exirent de poteſtate: vt non obſcurè Vl-
pianus hic innuit, quoniam quod non rumpunt nec
iniuſtum faciunt cùm ſunt exhæredati inter cæteros;
tum demum procedit cùm eos conſultò præteritos eſſe
teſtator voluit, quod ipſum dici nō poteſt iis inſtitutis.
Apparet enim ex inſtitutione præcedēte nō iuiſſe teſta-
toris voluntatem vt eam perſonam præteriret, quam
inſtituit. Et tamen non poſſet ea inſtitutio facere vt
filia quæ per remancipationem iterum ſua fieret pro
vtiliter inſtituta haberetur: quaſi conſumpta prioris in-
ſtitutionis poteſtate in eam ſolemnitatis cauſam quæ
teſtamenti tempore requirebatur, vt nouæ ſolennitati
explendæ ſufficere nequeat. Nec certior alia eius rei
probatio quærenda eſt, quàm quæ ex illa Vlpiani ratio-
ne colligi poteſt, *quia vna mancipatione exeunt de patris
poteſtate.* Eſſet enim prorſus inepta ſi non aliud dicen-
dum Vlpianus putaſſet, ita quoque poſito iure vt vna
mancipatione filia nepóſve non exirent de poteſtate.
† Ex his verò apparet non poſſe locum eſſe illi quæ- 13
ſtioni quæ interpretes noſtros tam malè habet, præſer-
tim veteres ad § *& quid ſi tantùm* (ex recentioribus
enim pauci attingere auſi ſunt.) Quomodo fieri poteſt
vt inſtitutis filio & nepote iuxta formulam Galli
Aquilij tum emancipato filio, valeat nihilominus teſta-
mentum. Nam id vnum dubitationem illis facit quod
ex vna parte ità ius eſſe putant vt emancipatio nun-
quam vitiet inſtitutionem, quo admiſſo fateri cogun-
tur, filium igitur qui priore loco ſit inſtitutus, & qui-
dem ſolus, totam hæreditatem ex teſtamento retinere
debere, ex altera verò parte vident, per filij emancipa-
tionem nepotem non minus fieri ſuum hæredem auo,
quàm ſi filius deceſſiſſet aut deportatus fuiſſet, dum
æquè per emancipationem ac per mortem aut depor-
tationem exeat filius de patris poteſtate. Proinde ne-
potem hunc ad aui bona ex ſui natiua iure admitti debe-
re, & quidem ex teſtamento, ſi teſtamentum factum ſit
in quo non fuerit ille exhæredatus: ideóque futurum
vt ſucceſſione in locum ſui hæredis rumpat teſtamen-
tum ex quo non poſſis aui hæreditatem conſequi. At-
que ita videntur iſta implicare contradictionem vt filij
inſtitutio etiam poſt emancipationem valeat, & vt ne-
pos tamen ſuccedendo non rumpat. Nam ſi ſolum fi-
lium voces ex inſtitutione, facias iniuriam nepoti qui
& ſuus eſt & inſtitutus in eum caſum quo ſuus fieret.
Si verò ſolum nepotem quòd ſolus ſit ſuus facias iniu-
riam filio cuius inſtitutio etiam poſt emancipationem 14
tenet. † Bartolus quem cæteri ferè omnes ſequuntur,
caſum hunc mirabilem eſſe ait, in quo emancipatio fa-
ciat locum vulgari ſubſtituto, quoniam, inquit, ſubſtitu-
tio iſta facta ſit in ſuitate. Perpetuo errore ſubſtitutum
appellans nepotem qui ex præſcripto Aquilianæ for-
mulæ ſit inſtitutus, quod nos iam ſæpius refutauimus in
ſuperioribus. † Alij contra Bartolum diſputant, verè 15
quidem id dici quod vult Bartolus præferendum filio
nepotem ex teſtatoris voluntate, ſed tamen pro filio il-
lud facere quod etiam poſt emancipationem vocatur
à Prætore ad patris bona tanquam filius reſtituta per
Prætorem capitis diminutione beneficio bonorum poſ-
ſeſſionis

ſeſſionis contra tabulas, *l. 1. & tot. tit. de bonorum poſſeſſ. contra tabulas.* Itaque concludunt locum hic fore edicto de coniungendis cum emancipato liberis eius, vt filius & nepos ſimul admittantur in viriles. Quo tamen abſurdius, meo iudicio, dici nihil poteſt. Primùm quia generaliter proditũ eſt inſtitutis filio & nepote ea præſcripto Aquilianæ formulæ fieri nunquã poſſe vt ambo cõcurrant cum ſint duo gradus, nec aliter nepos ad hæreditatem vocetur quàm ſi filius admitti non poſſit, *l. cùm in teſtamento 37. de hæred. inſtit. tuen.* Neque eſt quòd ea ſum hunc excipiamus tanquam ſingularem & de quo ſuis auctores minus cogitauerint. Quid enim Iuriſcõſultorum temporibus erat frequẽtius quàm vt filijfamilias emanciparentur? Vtque eo modo potius quam per
16 deportationem exirent de poteſtate? † Deinde, ſicuti nõ poteſt locus eſſe edicto de coniung. cum emancip. liber. eius, niſi cùm filius emancipatus admittitur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas cuius poteſtas haud dubie illa eſt, vt in totum reſcindat tabulas: ita fatendum eſt fieri non poſſe vt cum emancipato ſuccedente ex Prætoris edicto concurrat vllomodo nepos ex teſtamento, alioqui eueniret vt eodem tempore ex teſtamẽto pro parte, & contrà teſtamentum pro alia parte ſuc-
17 cederetur. † Et verò edictum illud *de coniung. cum emãcip. liber. eius*, non tam edictum eſt quam noua Iuliani clauſula & appendix quædã ad caput illud edicti quod eſt de bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſicque appellatur in *l. qui duos. D. de coniung. cum emancip. liber. eius*: neque eò pertinet vt cum nepote inſtituto coniungatur pater eius emancipatus beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas, ſed prorſus ex contrario, vt rupto per bonorum poſſeſſionem contra tabulas teſtamẽto apertaque Inteſtati ſucceſſione in qua potiores ſint filij emancipati partes, coniungatur ei nepos ne filius iure Prætorio totum auferat nepoti qui iure ciuili totũ etiam ab inteſtato habere deberet. Cæterùm commiſſo edicto per filium ſuccedit nepos eodem iure quo filius, id eſt, beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas, tametſi fuiſſet inſtitutus, vt ridiculi ſint, qui defendunt, etiam ex teſtamento locum eſſe edicto. Perinde enim eſt ac ſi dicerent rupto quoque teſtamento per contra
18 tabulas adhuc ſuccedi ex teſtamento poſſe. † Debuerunt ergo dicere interpretes, non poſſe locum eſſe quæſtioni in filio & nepote ſecundùm Galli conſilium inſtitutis, quia filio inſtituto poſt teſtamentum emancipato teſtamentum ruptum ſit, factúſque locus ſucceſſioni inteſtati & conſequenter edicto *de coniung. cum emancip. liber. eius*, cui, vt proximè dixi, non niſi ab inteſtato locus eſt,
19 ſed tamen nondum ſublata dubitatio eſt. † Quod enim noſtri malè tractant in filio & nepote, & tractari rectè poteſt in nepote & pronepote ſimiliter inſtitutis. Nam cùm nepotis inſtitutio non vitietur per emancipationem, & ea tamen emancipatio ſicut pronepotem ſuum hæredem proauo facit, ita faciat locum inſtitutioni pronepotis, difficile eſt dicere vter ad hæreditatem admitti debeat, nepóſne ex Prætoris edicto, *de cont. tabu.* an pronepos ex teſtamẽto, an potius vterque in viriles ex noua illa clauſula *de coniung. cum emancip.* Neque enim dubitandum eſt quin edictum *de bon. poſſ. contr. tab.* habeat locum in nepote emancipato ex filio præmortuo, itémque noua clauſula ad coniungendos cum eiuſmodi ne-
20 pote pronepotes in familia retẽtos. † Verùm reſpondẽdum eſt, ni fallor, non poſſe in propoſita ſpecie locũ eſſe edicto de bonorũ poſſeſſione contra tabulas, nec cõſequenter huic quæſtioni: pertinet námque edictũ illud ad emãcipatos præteritos, & ad teſtamẽta ea dũtaxat quę facta ſint poſt emancipationẽ non ad emãcipatos inſtitutos, aut ad teſtamenta ante emancipationẽ condita. Hic autẽ agimus de emãcipato inſtituto, & quidẽ in eo teſtamento quod factum fuerit priuſquã emãciparetur. Itaque nulla cauſa eſt propter quã Prætor ſe imponere debeat vt teſtamentum rumpat quod iure ciuili valet.

† Nec obſtat quòd nepos hic quanquam inſtitutus ante emancipationem, excludatur tamen per pronepotẽ 21
propter emancipationem iuris ciuilis rigore in pectu: Prætori autem propoſitum eſſe, vt caueat ne quid damni in patris ſucceſſione filio aut nepoti per emãcipationẽ inferatur: imputare enim ſibi debet nepos qui cũ eſſet inſtitutus ſub ea quodammodo conditione Si ſuus maneret, alio, ſcilicet pronepote inſtituto ſi nepos ſuus hæres eſſe deſineret, maluerit emancipari & ſui hæredis locum filio ſuo eidémque teſtatoris pronepoti relinquere. Nemo enim inuitus emancipatur: quia emancipatio beneficium eſt quod in inuitum non confertur. Et ſanè iniquum ſit fauore emancipati iudicia euerti eius cui nihil imputari poſſit, & qui nepotem inſtituerit eo tempore quo inſtituere debebat, eundémque poſtea non niſi volentem emancipauerit, magis quàm ſi nepos hic inſtitutus fuiſſet ſub conditione, Si Capitolium non aſcenderet: & is aſcendere maluiſſet, tumque emancipatus peteret ſuccurri ſibi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Eo ſolo peccatu quòd amplius ex teſtamento admitti non poſſet. Denique fruſtrà Scæuola in *d. §. & quid* ſi tantùm de illo quæreret, an ſuſtineatur teſtamentum in quo nepos pronepóſque ex Aquilij conſilio inſtituti ſint, nepote poſtea emancipato, ſi ita ius eſſe putaſſet vt per bonorum poſſeſſionem contra tabulas teſtamentum rumpi poſſet, aut vt nepos etiam poſt emãcipationem ex inſtitutione ſuccederet. Neque enim ignorauit Edictum Prætoris aut clauſulam, Iuliani, de quo etiam loquitur in *§ ille caſus & §. vlt.* Ceſſante autem Prætoris Edicto conſequens eſt, vt nepotis inſtitutio per emancipationem, non quidem vitietur, ſed fiat irrita quaſi defecta conditione aut potius quaſi inducens conditionem ſub qua pronepos fuetat inſtitutus, ipſeque nepos excluſus. Ne fiat contra voluntatem ſi pronepos totum non habeat quem ex aſſe proauus hæredem ſcripſerat in eum caſum quo fieret ſuus, *arg. l. verbis. 7. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Atque ex his tandem abſolutus maneat tractatus eorum omnium quæ pertinent ad legem Gallus *Laus Deo.*

CAPVT XVI.

Explicatio & emendatio l. qui duos. 3 de coniung. cum emancip. liber. eius.

SVMMARIA.

1 *Duplicem quæſtionem in d. l proponi.*
2 *Reſponſum Marcelli ad priorem quæſtionem in d. l propoſitam, quid ſcili. et iure exhæredatus habeat, qui nepotes hæredes ſcriptos ſuſceperat?*
3 *An Marcellus exhæredatum duntaxat excludere voluerit, an etiam exhæredati liberos?*
4 *Quid in dicta quæſtione Accurſium cæteróſque interpretes fefellerit?*
5 *Tolluntur è dict. l. 3. verba illa,* poſt emancipationem ſuſceptis.
6 *Quando filius emancipatus & exhæredatus obſtet nepote in aui familia retento & inſtituto?*
7 *Occaſio introducendi edicti de coniungendis cum emancipato liberis.*
8 *Emancipatum, quod ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, de qua in d. l. agitur, ſiue inſtitutus ſit, ſiue exhæredatus, nepotibus liberis ſuis obſtare.*
9 *Non eſſe hac parte ſeparandos nepotes poſt emancipationem ſuſceptos, ab ijs qui iam ante ſuſcepti erant.*
10 *Ratio cur verba illa,* poſt emancipationem ſuſceptis, *è d. l. ſublata ſint & Accurſij ad ea interpretatio.*

11 *Per*

11 *Per vocem ſolus in d. l. 3. nepotem ex ſ[illegible] emancipato & exhæredato à bonorum poſſ[illegible] contra tabulas excludi.*

12 *Quid Accurſium in [illegible] interpretatione [illegible] deceperit?*

13 *Ius triplex de bonorum poſſ[illegible] contra tabulas in d. l. 3 à Marcello proponi.*

14 *E[x] vetere edicto de bonorum poſſ[illegible] contra tabulas filium emancipatum omnimodo nepotes ex ſe [illegible] excludere.*

15 *Quando ex nouo edicto filius emancipatus nepotem excluſerit, vel nepos cum eo coniunctus fuerit?*

16 *An ſi pater exhæredatus fuerit, nepotes patruo [illegible] iungantur.*

17 *Ad quos pertineat Antonini conſtitutio quæ [illegible] [illegible]*

18 *Marc[ellum] in d. l. 3. de his tribus iuribus [illegible] erg.*

19 *Cur in ſpecie dicta leg[is] nepoti in poteſtate retento danda ſit ex [nou]o edicto bonorum poſſe[ssi]o contra tabulas.*

20 *Accurſi interpretati[o] ad illa verba, d. l. 3.* iſque ei præteritus [illegible] cæſtari oportebit.

21 *Illis verbis Marce[llum] reſpondiſſe ad ſecundam quæſtionem, quid ſit iuris ſit, ſi emancipatus, ex quo nepotes nati erant, præteritus ſit.*

22 *Qui ſit eorum verborum ſenſus?*

23 *Quid in ſecunda quæſtione iuris ſit ex Antonini conſtitutione?*

24 *Patruum & ambos nepotes in propoſita ſpecie admitti ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſed ſingulos aliis & alio iure.*

25 *Ex quo iure nepos [illegible] cum patruo præterito ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittatur?*

1 QVi † duos filios habebat alterum ex his emancipauit, nepotem in poteſtate retinuit, emancipatus filium ſuſtulit & à patre [exh]æredatus eſt. Alius frater æquè emancipatus, præteritus ſuit, nepotes autem ex priore emancipato eodémque exhæredato inſtituti. Quæſitum eſt apud Marcellum quid de poſſeſſione iuris eſſet. Rurſum quid intereſſet ſi emancipatum quoque ex quo nepotes erant nati, non exhæredatum, ſed præteritum poneremus. Duplex igitur quæſtio eſt: vna quid iuris exhæredato [fil]io qui nepotes iſtos hæredes ſcriptos ſuſceperat: altera, quid eodem filio non exhæ-
2 redato, ſed præterito. † Ad priorem ſic Marcellus reſpondet, *ſi filiũ [r]etento ex eo nepote eman[ci]pauerit, & emãcipatus procreauerit ſi[liũ] & hæc [illegible] nepos inſtitutus fuerit pater eorum exhæredatus alius præteritus, eius filius præteritus bonorum po[ſſeſſio]nem cõtra tabulas petere poterit.* Si ſolus, Ergo nec ſ[rat]er exhæ[reda]tus petere poterit, nec nepotes ex fratre exhęredato ſuſcepti, quãuis inſtituti. De hoc ipſo enim quærebatur. An [ſol]us ille filius præteritus admittendus eſſet, ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas. An etiam cum eo nepotes ex fratre exhæredato hæredes ſcripti. N[a]m de exhæredato dubitare nemo, ni[ſi] ſtul[t]us, poterat, cum eſſet iuris certiſſimi & indubitati, exhæ[redatos] [illegible] [n]otatos liberos & remotos ad po[ſſe]ſſion[em] [illegible] [tabul]as non eſſe admittendos, ſolúmque iis ſupereſſe auxi[liu]m querelæ inoſſicioſi teſtamenti, ſi immer[ito] [illegible] ſint exhæredati, *l. non putauit. § ſu prin. & § non queru[ntur] l. [illegible] poſt [illegible] 10. § exhæreda-*
3 *ti, de bon. poſſ. contr. tab.* † Qu[o]d cum ita ſit, ridiculus mihi vide[tur] Accurſius qui dictionem illam *ſolus* ſic interpretatur, vt exhæredatum duntaxat excludere Marcellus voluerit, non etiam exhæredati liberos. Quaſi verò ſi iam ineptus erat qui Marcellum cõſulebat vt de exhæredato quoque dubitaret, non dubitauerit idem ille multò magis de liberis exhæredati. Quin & ratio illa quam ſtatim Marcellus ſubiicit, *exhæredatus enim obſtat filiis ſuis*. An non probat manifeſtiſſimè Marcelli mentem iam eſſe eum admittit ſolum filium ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vt non iam exhæredatum [fi]liam [illegible] [ad] liberos [e]xcluderet, [illegible] ratio [illegible] pertinet, potius quam ad excludendum [p]atrem, qui ſi exhæredatus non eſſet, ſed inſti[tu]tus aut [al]iter ad mittendus, non eò minus, imò tantò [m]agis [fil]is obſtaret, *l. 1. § qui habebat & § ſi ſum & paſſ. de bon. poſſ. contr. tab. l. 1. § ſi pater in poteſtate hoc tit. de coniung. cum emancip. liber. eius.* † Feſellit Accurſium cæ- 4
terósque interpretes quod apud Marcellum ſequitur: *nepoti tamen retento in poteſtate bonorum po[ſſeſ]ſio dari debet.* Putant enim futurum vt is verſiculus pugnet cũ [ant]ecedentibus ſi præcedentia ſic intelligantur vt ex[cl]uſis exhæredati liberis ſolus præteritus accipere debeat [p]oſſeſſionem. † Sed Scrupulum hunc facilè tolle- 5
mus ſi prius monuerimus, quod alioqui per ſe euidẽtiſſi[mum] eſt, interpretis eſſe, & quidem imperitiſſimi, verba illa intermedia, *poſt emancipationem ſuſceptus*. Nã procul dubio exhæredatus filius, ſiue poteſtate manens ſiuè emancipatus obſtat filiis ſuis, ſiu[e] ant[e] ſiue poſt emancipatio[nem] ſuſc[e]p[t]is. Vt iure ciuile in[s]ti[tutus] filius in poteſtate [man]ens & exhæredatus obſtat nepotibus ne vi[o]no[r]e fieri poſſint ſui hæred[e]s [illegible] [n]unquam in caſu [illegible] *ſi [illegible] filio. 6. de [illegible] 7. vnd. li[beri] § [illegible] de ſuis & [illegible]* [illegible] exhæredatio 6
non ſolum ius ſui [illegible] vt docui[m]us ſupra † [e]mancipatus [it]em non obſtat quidem nepoti ante emancipationẽ concepto, & in aui familia retento, quia pro nullo aut [illegible] habetur qui emancipatus [es]t, nepos autẽ hoc [illegible] quod in locum ſui [illegible] ſu[cc]eſſit, ſuus hæres factus fuit S[e]d [ex] [nou]o Prætor [illegible] emancip[atos] [illegible] eandẽ rationem habeat emancipatorum acſi in poteſtate manſiſſent, *l. [n]on putauit. § [illegible] cum emanci[pa]tus. 12 [§] ſi pater. [illegible] § vlt. de bonor. poſſ. cont. tab.* [illegible] neceſſe eſt vt emãcipatus perinde obſtet ſi iis [illegible] ſiue [a]nte ſiue poſt emancipationem ſuſceptis, atque ſi [ma]nſiſſet in familia.
† Vnde fiebat ex vetere Prætoris edicto, & antequam Iuliani authoritate additum eſſet caput illud *ne coniũg. cũ emancip. liber. eius.* quã Marcellus hac lege nouã Iuliani clauſulã appellat, emãcipatus ſolus veniret ad bonorũ poſſeſſionẽ contra tabulas & nepotes qui in poteſtate manſerant, tãquam vno gradu remotiores prorſus excluderet. Id enim fuit quod neceſſariã fecit Iuliani clauſulam hac vna æquitatis ratione ſubnixam, quòd iniquum eſſet nihil habere nepotem qui licet vno gradu remotior, attamen totum iure ciuili erat ha- 7
biturus, *l. § 1. & § emanc[i]p[ati] [illegible] 14. hoc eod. tit.* † Ergo 8
quod ad bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas pertinet de qua hic Marcellus quærit fatendum eſt emancipatum obſtare liberis ſuis non ſolum ſi inſtitutus ſit, ſed etiam ſi exhæredatus, quia facit ſemper vt nepos ſit vno gradu remotior: facit autem non tanquam exhæredatus, ſed tanquam filius. Nec quod à ſucceſſione repellitur inducere poteſt ne obſtet. Nam & iure ciuili filius in poteſtate manens, iuſteque exhæredatus omnino à ſucceſſione excluditur, neque tamen eò minus obſtat nepoti. Neque ruſus mouere debet, quod Vlpianus ſcribit in *l. 1. § ſi pater manc. ver. ſed & ſi patruus hoc tit.* in eadem, vt videtur, ſpecie exhæredatum pro mortuo habendum: id enim quomodo accipi debeat iam docuimus ſupra ſcilicet nimirum vt cum de nouo iſto Edicto agitur quod eſt *de coniung. cum emancipatis liber. eius*, pater exhæredatus pro mortuo habeatur, quia nec nepoti iungi poteſt, cui iungeretur, ſi non eſſet exhæredatus, ſed præteritus, nec proinde impedire quominus nepos cum patruo concurrens æquè ſemiſſem auferat ac ſi patrem non haberet. † Cæterum ratio nulla eſt propter quam 9
ſeparandi ſint hac parte nepotes poſt emancipationem ab iis qui iam ante ſuſcepti erant, ſiue exhæredatum nepotibus obſtare dicas ſiue non obſtare: niſi cùm de nouo Edicto agitur, quia nepoti poſt emancipationem concepto nunquam ſubuenitur, *d. l. [1.] § ſi pater in poteſtate. hoc tit.* id eſt nũquam ille aut patri aut filio propter patrẽ iungitur, cui ex propria perſona iungi non poſſit.

Et

10 † Et verò non ſic Marcellum ſcripſiſſe vt vulgò legi-
tur, *emancipationem ſuſcepti*, ex eo conſtat quod in pro-
poſita ſpecie vnus tantùm ex nepotibus poſt emanci-
patione ſuſceptus proponebatur, alius verò ante eman-
cipationem, ideoque in familia retentus. Quare & Ac-
curſ. ipſe poſt Azonem cogitur verba illa in plurali nu
mero prolata ad ſingularem reſtringere, ſicque inter-
pretari, *filiis*, id eſt, *filio*, quod quā ſtultum ſit nemo nō
11 videt. † Pone enim ſic Marcellum ſcripſiſſe, *ſolus filius
præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere pote-
rit exhæredatus enim obſtat filio ſuo poſt emancipationem
ſuſcepto*. Quid, obſecro, ineptius dici poſſet, ſi ſic intel-
ligeres vt alteri nepoti in poteſtate retēto eadem bo-
norum poſſeſſio dari deberet? Debuerat enim secūdùm
hanc interpretationem ſic potius ſcribi, *ſoli filio & ne-
poti in poteſtate retento bonorum poſſeſſio contra tabulas*,
12 &c. non quomodo ſcriptum eſt, *ſolus filius*. † Atqui, in-
quies, ſtatim ſequitur apud Marcellum, *nepote tamen re-
tento in poteſtate bonorum poſſeſſio dari debet*. Et hoc vnū
nimirum eſt quod ſicut Accurſium cæteróſque omnes
fefellit in interpretatione dictionis, *ſolus*, ita & noſtrum
hunc interpretem vt verba illa quæ tollimus adiicien-
da exiſtimarit. Obſeruare verò vtérque debuit Marcel-
lum conſultum quid iuris eſſet, in propoſita quæſtione
13 de triplici iure reſpondere. † Triplex enim hac parte
ius fuit. De bonorum poſſeſſione contra tabulas. Pri-
mum, ex vetere edicto quo Prætor bonorum poſſeſſio-
nē contra tabulas liberis omnibus pollicetur ſiue præ-
teritis, ſiue inſtitutis, alio tamen edictum committente
propter præteritionem, dummodo non exhæredatis. Se-
cundum ex nouo edicti capite & Iuliani clauſula. *De
coniung. cum emancip. liber. eius*. Tertium ex Diui Pij cō-
ſtitutione, De conſeruanda virili portione illi ex libe-
ris qui neque ex vetere edicto vocari poſſit, neque ex
nouo iungi: quæ Iuliani etiam ſententia primum fuit *l.
filium. 5 §. ſed & ſi portio, cum legib. ſequ. de leg. præſt. l. vlt.
14 hoc tit.* † Ex vetere edicto fit, vt filius emancipatus ex-
cludat omnimodo nepotes ex ſe ſuſceptos ſiue inſtitu-
tos, ſiue præteritos, iiſque obſtet licèt in aui familia re-
tenti ſint acſi poſt emancipationē ſuſcepti eſſent, quo-
niam vt dixi, capitis diminutionem reſcindit Prætor,
eodémque loco emancipatū habet: ac ſi non eſſet emā-
cipatus. Nec ad rem pertinet quod idem emancipatus
ſit exhæredatus. Nam licèt eo caſu non admittat illum
ad poſſeſſionem cōtra tabulas, quia nec iure ciuili tur-
baret iniuſtúmque faceret patris teſtamentum, cùm ta-
men perinde habeatur pro non emancipato ac ſi exhæ-
redatus non eſſet, conſequens eſt vt æquè obſtet filiis
ſuis nil remorante exhæredatione, atque obſtaret ciui-
li iure etiam poſt exhæredationem. Ob ídque ſi de inof-
ficioſo teſtamento conqueri velit dat ei Prætor bono-
rum poſſeſſionem litis ordinandæ gratia, vt oſtendat
non habere ſe illum pro extraneo, *l. poſthumus. 6. §. vlt.
15 l. Papinianus. 8. in princ. de inoff. teſtam.* † Ex nouo autem
edicto efficitur vt emancipatus filius, ſiue inſtitutus, ſiue
exhæredatus ſiue præteritus, non obſtet nepoti ex ſe in
familia retento, ſed ſi quidem præteritus ſit inſtituto
nepote aut contra inſtitutus eodem nepote præterito,
coniungantur ita vt vel totius hæreditatis vel eius par-
tis quā totam filius emancipatus, ex vetere edicto habi-
turus erat, dimidiā filius, reliquā nepos accipiat, *d. l. hoc
tit. de coniung. cum emancip. lib. leg. 1. §. ſi pater nutu. 13. de
ventr. in poſſeſſ. mittend. leg. ſi quis ex his. 5. D. vnd. liber.*
Nec ſolùm patri coniungit nepos, ſed iis etiam cum
quibus pater ipſe admittitur, licèt alioqui nepos ſolus
& ex propria perſona concurrere non potuiſſet. Neque
enim fieri poteſt vt nepos patri coniungatur, quin iis
quoque iungatur omnibus quibuſcum pater iungitur,
ſed hoc ipſum tamen ita vti ne alterius conditio dete-
rior cuiuſquam fiat præterquam patris. Vt ecce, in pro-
poſita ſpecie, ſi vterque filius emancipatus præteritus
eſſet, nepotes cum patre ſemiſſem bonorum haberent,
alium ſemiſſem patruus, qui nec plus erat habiturus,
etiam ſi nepotes non concurrerent. † Quid ergo ſi pa- 16
ter nec præteritus fuit nec inſtitutus, ſed exhæredatus?
Iam dictum eſt non poſſe nepotes iungi patri. An igi-
tur nec patruo iungentur? Conſequens id videtur, ne
plus ex patris perſona nepotes habeant quàm pater
ipſe habere poſſit: ſed tamen non ita eſt. Poſtquam
enim placuit nepotem in poteſtate retentum iungi
patri præterito, & abſurdum & iniquum fuerit durio-
rem ipſius conditionem fieri ob id ſolùm quòd pater
ſit exhæredatus. Ita nàmque fieret vt exhæredatio pa-
tris noceret nepoti, cùm ex contrario ita poſito iure vt
nepos admittatur, nulla fiat iniuria aut patri qui eſt ex-
hæredatus, aut patruo, de cuius portione nihil diminui-
tur, *d. l. 1 § ſi pater emancipatus, verſic. abſurdum hoc tit.* 17
† Antonini autem conſtitutio, quæ tertium ius induxit
ad eos ſolos pertinet qui cùm ſint ex liberis tamen
neque ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas vocan-
tur ex edicto vetere, neque patri iunguntur nouo, qui-
bus tamen cùm ſint inſtituti & ex liberis æquiſſimum 18
viſum eſt conſeruari virilem portionem. † His igitur
ſic explicatis, dico Marcellum, de iure conſultum, de
omnibus his tribus iuribus reſpondere ne quid præter-
mittere videatur: Ac primùm ex vetere edicto ſolum
filium præteritum in propoſito bonorum poſſeſſionem
contra tabulas petere poſſe, id eſt nec exhæredatum
fratrem nec nepotes ex eo ſuſceptos, nec proinde eum,
qui in poteſtate retentus fuit, magis quàm eum qui poſt
emancipationem ſuſceptus. † Ex edicto autem nouo 19
dandam nepoti in poteſtate retento bonorum poſſeſſio-
nem ſcilicet contra tabulas, *propter id caput edicti*, inquit
Marcellus, *quod a Iuliano introductum eſt*, id eſt, *ex noua
clauſula*. Sic enim paulò poſt ſubiicit, interiecta tan-
tùm ratione vna quæ oſtendit tantò clarius non de-
buiſſe illā nepoti retento in poteſtate dari bonorum
poſſeſſionem, anteqùam nouum illud edictum con-
ſcriptum eſſet. Ratio namque illa eſt, *quoniam ſi pater
eius emancipatus præteritus eſſet ſimul cum eo bonorum poſ-
ſeſſionem accipere poſſet propter id caput edicti*, &c. *nec de-
bet eſſe deterioris conditionis quia pater exhæredatus eſt*.
Quæ ratio prorſus nulla eſt, ſi noui Edicti poteſtatem 20
tollas. † Quod autem ſequitur, *idque ei præterito quoque
præſtari oportebit*, malè etiam idem hic noſter Accurſius
ſic intelligit, vt ſi nepos in poteſtate retētus præteritus
ſit, ei ſoli dari poſſit bonorum poſſeſſio. Nam in propo-
ſita facti ſpecie fieri nullo caſu poteſt vt ſoli nepoti qui
manſit in familia poſſeſſionem dari oporteat. Cur non
enim & patruo quem præteritum ponimus ac primo
gradu conſtitutum multò magis dari debeat? † Igitur 21
dicendum eſt his verbis reſpondere Marcellum ad ſe-
cundam quæſtionem quam initio diximus propoſitam
fuiſſe in illis præcedentibus, *& quid interſit ſi emancipa-
tum quoque ex quo nepotes erant nati præteritum eſſe pona-
mus*, ne alioqui fatendum ſit, quòd nō fuerit improba-
bile manere illā deciſam. Nihil enim eſt in ſequētibus
quod ad eā pertineat dubitationem. † Senſus autē eſt, 22
ſiue præteritus, ſiue exhæredatus ſit filius ex quo nepo-
tes ſuſcepti ſunt, perinde dandam bonorum poſſeſſio-
nem nepoti in poteſtate retento, non quidem ex vete-
re edicto (pater enim etiam exhæredatus nepoti obſtat
ex illa parte vt diximus) ſed ex noua Iuliani clauſula.
Quod ſanè Accurſius non ignoraſſet ſi dictionem *præ-
terito* non accepiſſet in datiuo caſu, quod facit propter
præcedentem articulum *ei*, ſed in ablatiuo, quomodo
accipere debuit ſubintellecta dictione *patre*, de quo pro-
ximè fuerat locutus. Ex his verò ſi aliud nihil eſſet apud
Marcellum, inferri poſſet, excludendum prorſus alium
nepotem poſt emancipationem ſuſceptum, vtpote qui
neque ex vetere, neque ex nouo edicto admitti poſſit.
Idque apertè Marcellus ſcribit, cùm ait, *ſed fratris eius 23
qui poſt emancipationem natus eſt, diuerſa conditio eſt*. † Ve-
rum concludit tandem Marcellus, huic quoque conſer-
uandam

uandam portionem ſuam ex Antonini conſtitutione, & quidem vſque ad virilem partem, id eſt ad eam vſque portionem quæ portioni ad alium nepotem in poteſtate retentum pertinenti reſpondeat, cum quo ex æqua
24 parte fuerat inſtitutus. † Ita fit vt in propoſito & patruus præteritus, & nepotes ambo tam qui poſt emancipationem ſuſceptus, quàm qui in familia retentus eſt admittitur, ſed ſinguli alio & alio iure. Patruus ex vetere edicto ſolus admittitur, excluſo fratre exhæredato, excluſis item vtrique nepotibus, Nepos in poteſtate retẽtus admittitur ex nouo edicto, & quidẽ ſolus. Non quòd non coruat cum patruo, cum quo etiam pater ſi exhæredatus non eſſet, corrueret: ſed quia edictum illud non cõiungit fratris filiũ patruo, vt nec fratribus poſt emancipationem ſuſceptis, at ſoli patri: cui tamen hic iungi non poteſt, propter patris exhæredationem. Nepos denique poſt emancipationem ſuſceptus ſolus admittetur ex conſtitutione Antonini: non quod totam hæreditatem habere debeat, ſed quia & patruus & frater in poteſtate retentus ſuam quiſque portionẽ alio & proprio iure conſequuntur. Solus filius exhæredatus de quo ne quidem dubitatur, propter exhæredationem omnino, excluditur, qui ſi præteritus eſſet concurreret cum ne-
25 pote in familia retento. † Cæterùm quemadmodum ſic Marcellus in fine legis loquitur, vt diuerſam eſſe dicat conditionem nepotis poſt emancipationem ſuſcepti, ac ſi nihil aut minus dare illi vellet, quam nepoti qui mãſit in poteſtate, quia nihil ei ex noua clauſula dandum eſt cui tamen mox ſubiicit dandum eſſe tantundem, ſed alio iure: ita nec mirum videri debet quòd initio reſpõſi dixerit ſolum filium præteritum petere poſſe contra tabulas excludendi vtriuſque nepotis gratia, ſcilicet à beneficio veteris edicti, & nihilominus ſtatim ſubiiciat dandam nepoti ſuo bonorum poſſeſſionem, ſcilicet ex alia cauſa, nouáq; Iuliani clauſula Nam & id verba ipſa probant. At quoniam poſtremis huius reſponſi verbis quibus virilẽ portionẽ dat Marcellus nepoti poſt emancipationem ſuſcepto, ſolet obiici lex vlt. huius tituli, quę tantò difficilior eſt quantò corruptior, ſupereſt vt de illius quoque ſententia & emendatione videamus.

CAPVT XVII.

Ad l. vlt. eiuſd. tit.

SVMMARIA.

1 *Speciem huius legis cum ea conuenire, quam Marcellus in fine* l. 3. *ſuperius explicata tractat.*
2 *In quo diſſimilis ſit hæc ſpecies ſuperiori?*
3 *Qui ex vetere Prætoris Edicto filio præterito competat. ſi poſt emancipationem nepos ex eo ſuſceptus fuerit?*
4 *Vtrum tertia, an quarta pars ex Antonini conſtitutione dicto nepoti competat?*
5 *Duobus argumentis probatur quartam duntaxat portionem dicto nepoti deberi.*
6 *Quid ſignificent verba illa* d. l. vlt. an ergo nunc in ſexunciam, *&c.*
7 *Duplex emendatio dictionis* ſexunciam.
8 *A quibus verbis Tryphoninus ad propoſitam quæſtionem reſpondere incipiat?*
9 *An in verſiculo,* dico vnam quartam, *&c. alia & noua ſpecies proponatur?*
10 *Reiicitur Accurſij & Bartoli ad dictam legem interpretatio.*
11 *Marcellum cum Tryphonino optimè conuenire.*

1 ACcommodatè † poſt ſuperioris legis explicationem de hac ſubiiciemus. Inde enim Triphoninus incipere videtur, vbi Marcellus finem fecerat, *ſi poſt emancipationem filij*, inquit Triphon. *ſuſceptus ex eo fuerit nepos, conſeruanda illi erit portio.* Hoc ipsũ eſt quàm Marcellus tractans de nepote ex filio emancipato poſt emãcipationem ſuſcepto his verbis ſcripſerat, *conſeruanda erit tamen & illi ad virilem partem hæreditas.* Niſi quòd virilem partem conſeruandã eſſe Marcellus non dubitat, Tryphoninus autẽ de eo ipſo quærendã exiſtimat cùm ait, *ſed quanta videamus. Finge*, inquit, *patruo ſcripto hærede cohæredem datum hunc nepotem, Patrem autem eiuſdem præteritum accepiſſe contra tabulas bonorum poſſeſſionem.*
† Diſſimilis eſt ſpecies hæc ſuperiori in eo quod ponit 2
patruum inſtitutum, quẽ Marcellus præteritũ poſuerat. Sed hoc ad rem non pertinet, quia ſiue præteritus ſit ſiue inſtitutus, ſemiſſem tantum bonorum habere poteſt, fratre alio ſiue inſtituto ſiue præterito concurrente pro alio ſemiſſe. Sed quod ponit, patrem huius nepotis fuiſſe præteritum, diuerſum ius inducit ab eo quod eſſet ſi poneres exhæredatum, vt in priore Marcelli ſpecie. Nam, vt dixi proximo capite, exhæredatus filius neque admitti poteſt ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, neque iungi filio, neque impedire quo minus filius idémque nepos cum patruo concurrens tantũ auferat, quantũ ſi exhæredatus ipſe mortuus eſſet. Verùm cõuenit hoc ſecundæ ſpeciei à Marcello tractatæ: in qua docuimus filio præterito iungi nepotem in eundem ſemiſſe, alium ſemiſſem ad patruum pertinere. † Reſpõdet au- 3
tem Tryphoninus, *Quod ad Prætoris edictum attinet ſemiſſes bonorum ferent.* Intellige, quorum vnum feret patruus inſtitutus, alterum pater præteritus Vterque autẽ per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, fratre præterito. Edictum committente, Edictum verò hîc intellige Vetus. Nouum enim nunquam iungit fratrem fratri, ſed tantum patrem filiis. Ac proinde inter fratres nouo edicto nunquam locus eſt Multò minus in fauorem nepotis poſt emancipationem ſuſcepti: Nam huic neque vetus quia pater ſiue præteritus ſiue inſtitutus, non tamen eſt in familia, *l. 1. § ſi pater in poteſtate verſ. toties hoc tit.*
† *Nunc verò*, inquit, *poſt conſtitutionẽ Diui Pij, ſi conſeruatur pars nepoti, vtrũ virilis an quarta pars debeat ſeruari.* 4
Virilẽ intellige tertiam vt & Accurſius rectè interpretatur, cùm duo fratres eſſent quibuſcum nepos iſte cõcurreret. Quæſtio igitur in eo eſt, Vtrũ tertia an quarta tantũ pars conſeruanda ſit. De ſexũcia aut alia parte nõ quærit Tryphon quia vel tertiam vel quartam nepoti iſti deberi neceſſe eſt. Tertiã ſi virilis debeatur: Quartã ſi ea quæ ad ipſum pertineret ſi ex edicto admitteretur † Probat autem non niſi quartam deberi duobus 5
argumẽtis. Primum eſt, *nam ſi in aui natus poteſtate fuiſſet coniungebatur in vnam partem cum patre ſuo.* Senſus eſt, ſi nepos hic quẽ ponimus ſuſceptũ fuiſſe poſt emancipationẽ natus fuiſſet ante emancipationẽ, & in aui poteſtate, iungeretur patri ſuo edicto nouo in vnã partem id eſt in vnum eundemque ſemiſſem. Alius enim ſemis ad alium fratrẽ pertineret ſicuti ſi cum fratre ſolo ſuccederet. Siquidẽ nihil eius intereſt an fratris filius cum patre iungatur necne. Ita ergo fieret, vt nepos hic in familia retentus quartã duntaxat non tertiam haberet. Aliud argu. eſt. *Et proponamus eſſe alium ex eodem nepotẽ in familia aui.* Id eſt, non ſolùm hunc quẽ ponimus fuiſſe natũ in familia & poteſtate aui, ſed alium æquè natum ex eodem filio & in eiuſdem aui poteſtate. *Duo* inquit, *vnam quartam habituri erant*, id eſt, tam qui reuera natus eſt in familia, quam is de quo per hypotheſim ſic agimus ac ſi in familia quoq; ſuſceptus eſſet. Atque ita ſinguli haberent ſexunciam, *patre eorum accipiente contra tabulas bonorũ poſſeſſionem* Additur in textu, *ſi fuiſſent in aui poteſtate.* Nẽpe quoniã alioqui non ambo coniungerẽtur cũ patre, ſed is ſolus qui eſſet in poteſtate. † Se- 6
quitur apud Tryphon. *An ergo nunc in ſexunciam tuẽdus ſit qui nõ in familia retentus eſt?* Hîc verò fateor ingenuè me nõ intelligere cur de ſexuncia loquatur. Non. n. de ſexuncia quærebat, ſed an virilis deberetur, id eſt tertia an quarta? Neq; verò fieri poteſt vt ſexuncia vllomodo

debeatur nepoti qui ſolus eſt. Nã ſi haberet fratrẽ etiam in familia retentum, nihilominus ſexcunciam conſequeretur. Plus ergo ferre debet cum ſolus eſt. Et quod Tryphonin propoſuit eam ſpeciẽ in qua ſint duo fratres inſtituti, non eò pertinet vt ne plus habere hic debeat cum ſolus eſt quàm haberet fratre concurrente, ſed vt non plus habeat ſolus quam fratres ambo eſſent habituri. Id enim perabſurdum eſſet. Sicut nec prior Tryphonini ratio concludit eandem eſſe debere conditionẽ nepotis huius poſt emancipationem ſuſcepti quæ eſſet ſi in poteſtate manſiſſet (ita námque ſequeretur perinde admittendum eum fore ex nouo edicto, quod euidenter falſum eſt) ſed eo ſpectat vt intelligamus abſurdum fore ſi plus ei demus extra familiam conſtituto, quam habiturus eſſet ſi in familia natus, & retentus fuiſſet. Vtraque ergo ratio concludit, non plus quam quartã huic nepoti conſeruandam eſſe, certè nec minus. Etſi enim hoc minus iuris habet quàm nepos in poteſtate retentus quod ex edicto non admittitur, tamen conſtitutio Antonini facit, vt ea demum portio illi conſeruari debeat quam
7 habiturus eſſet ſi ad petendam bonorum poſſeſſionem contra tabulas ex edicto nouo admitteretur. † Proinde non dubito quin locus ſit corruptus & pro *ſexcuncia*, legendum, *tertiam*, vt ſenſus ſit, ridiculum fore ſi quis dicat hunc nepotem qui & ſolus ſit & extra familiam ſuſceptus debere tertiam habere Antonini conſtitutione qui ſi & in poteſtate eſſet vt admitti poſſet ex noua clauſula, & fratrem quoque haberet itidem in poteſtate, non tamen plus quam quartam ſimul cum fratre eſſet habiturus. Niſi probabilius putes à librario erratũ quàm ab interprete, legendúmque *tres vncias, id eſt quartam*, vt ſenſus ſit affirmatiuus, concludens in propoſita ſpecie quartam nepoti conſeruandam eſſe, vt tantundem conſequatur ſolus quantum ſi fratrem haberet, ambo cõſequerentur. Rurſus tantundem ex conſtitutione Antonini quantum conſequi poſſet ex edicto nouo ſi in poteſtate manſiſſet. Neque enim dubitandum eſt, meo iudicio, quin his verbis Tryphoninus ad propoſitam quæſtionem reſpondeat, quæ alioquin maneret indeciſa: quod tamen minus probabile eſt quàm vt cum Accurſio id admittere debeamus. Quis enim credat mancum in eo fuiſſe Tryphoninum qui non contentus ad eam reſpondiſſe, aliam quoque ſubnectit his verbis, *& cui abſcedet pars quæ huic ceſſura eſt, patri eius tantùm, an & patruo?* Quã & decidit ſtatim cùm ait, *& patri & patruo, nã & legatum eidem datum præſtaret.* Videbatur patri tantùm abſcedere debere, quia cùm nepoti hæc portio conſeruetur ex conſtitutione Antonini exemplo edicti noui, vt ſcilicet tantum conſequatur quantum ſi ex edicto nouo admitteretur, cõſtat eum qui ex nouo edicto admittitur, nõ patrui, ſed ſolius patris minuere portionem. Sed non ſunt hæc omnino ſimilia. Nam quod inductum eſt, vt portio hæreditatis conſeruetur, factũ eſt exemplo legatorum de quibus Prætor cauerat edicto in eam rem propoſito de legatis præſtandis, *l. filium. 5. §. ſed etſi portio ill. tit. de legat. præſt.* Legatum autem non minus à patruo, quàm à patre deberetur, quia legata coniunctis perſonis
8 præſtari Prætor voluit ab iis omnibus, qui bonorũ poſſeſſionem contra tabulas petierunt. † Cæterùm Tryphoninum in hoc verſicul. *an ergo*, reſpondere ad propoſitam quæſtionem conſtat ex articulo *nunc*, quo ſolent vti iuris autores cùm poſt aliquas digreſſiones redeunt ad inſtitutam diſputationem, eodẽ ſenſu ac ſi ſcriptum eſſet, *in propoſito*. Et verò in prioribus illis duobus argumentis nil locutus eſt de nepote extra familiam ſuſcepto, ſed contrà de nepote in familia retento, in priore quidẽ his
9 verbis, *nam ſi in aui nepos poteſtate fuiſſet*, in poſteriore verò, ita ſcribẽs, *ſi fuiſſent in aui poteſtate.* † Vt planè ineptus ſit Accurſius, qui eo verſiculo, *duo vnam quartã habituri erant* aliam ſpeciem proponi putat quàm de qua actum ſit in verſiculo præcedente, *& proponamus eſſe alium ex eodem nepotem in familia aui*, cùm tamen nihil ſit apertius, quam eandem in ipſam ſpeciem tractari deinde de duobus nepotibus, vtriſque in poteſtate retentis. Namquod ait, *proponamus eſſe alium ex eodem nepotem in familia aui*, quodammodo coniungendum eſt cũ priore ſpecie de qua in verſic. *nam ſi in aui.* &c. Ac ſi diceret, ponamus hunc nepotem poſt emancipationem ſuſceptũ de quo agimus fuiſſe in aui poteſtate: non niſi quartam habebit iunctus cum patre ex nouo edicto. Ponamus rurſum, non ſolum eum eſſe, ſed habere alium fratrem æque in poteſtate: non habebunt ambo niſi vnam
quartam patre accipiente contra tabulas poſſeſſionem. 10
Nec poteſt, meo iudicio, quicquam dici apertius, † Decepit Accurſium aut potius antiquiorem Accurſio interpretem, quod Marcellus in *fin. l. hoc tit.* quam proximo capite explicauimus, vocat nepotem ſuſceptum poſt emancipationem ad virilem. Quæ res mouit etiam Bartolum vt in propoſita ſpecie virilem, id eſt tertiam non quartam ei deberi exiſtimet Sed in eo ridiculum ſe præbet, ac quotquot eum ſequuntur, quòd contra Iuriſconſultum de iure reſpondentes, ipſis tamen Iuriſconſulti
rationibus nihil reſpondeant. † Deinde falluntur apertiſſimè ſi Marcellum cum Triphonino alioqui pugnare exiſtiment: iam enim docuimus Marcelli ſententiam illam eſſe, vt nepos extra familiam ſuſceptus & fratrẽ habens retentum in familia, virilem portionem habeat, id eſt tantam quantam frater in poteſtate retentus, non quantam pater aut patruus. Itaque virilem intelligit, ex comparatione illius, quam frater in familia retentus habere debeat. Triphoninus verò ſicut eam ſpeciem tractat in qua nepos hic poſt emancipationem ſuſceptus fratrem nullum habeat, ita virilem intelligit ex comparatione eius portionis quæ patri aut patruo debeatur, quæ ipſa eſſet tertia non quarta, vt diximus. Conueniunt igitur inter ſe, non diſſentiunt. Nam quarta quam huic nepoti damus cum Triphonino eadem prorſus eſt quam Marcellus dat ambobus nepotibus quorum vnus ſuus ſit, alius extra familiam conſtitutus, & quam idem quoque Tryphoninus dat ambobus nepotibus in familia retentis. 11

Capvt XVIII.

Explicatur elegans Papiniani locus in l. qui ex liberis. 11. § teſtamento. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.

SVMMARIA.

1 *Quenam in teſtamentis tempora ſpectentur, ſiue ſui, ſiue extranei heredes inſtituti ſint, quum de eorum validitate vel conualeſcentia agitur?*

2 *Diſtinguitur hac parte capitis diminutio medio tempore teſtatori contingens per adrogationem, à cæteris capitis deminutionibus.*

3 *Cur ex teſtamento eius, qui ſe medio tempore dedit adrogandum, neque hereditas neque legatum peti poſſit, & petenti doli exceptio opponatur?*

4 *Teſtamentum militis de caſtrenſi peculio teſtati valere, licèt poſtea à patre in adoptionem datus ſit, vel ipſe ſe adrogandum dederit.*

5 *Quibus ſupradicta doli exceptio, ſublata per emancipationem adrogatione, accommodetur?*

6 *Eam exceptionem ceſſare ſi idem teſtator ſui iuris factus eodem teſtamento decedere ſe velle dixerit & voluntatem codicillis vel literis declarauerit.*

7 *Quãdo prius teſtamẽtũ per poſterius ritè factũ tollatur?*

8 *An in ſpecie* l. qui ex liberis. §. teſtamento. ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tab. *ſcriptus heres doli exceptione repelli debeat, quaſi teſtatoris voluntatem pro ſe non habeat?*

9 Si

9 *Si poſterius teſtamentum mutandæ voluntatis cauſa à teſtatore inciſum ſit vel alia ratione valere deſierit, prius teſtamentum non ideò magis valere.*

10 *Multum hac parte intereſſe, an prius teſtamentum per adrogationem, an per ſecundum teſtamentum ſublatum ſit.*

11 *Qua reſpectu fauorabilius ſit prius teſtamentum, quod ſublatum fuit per poſterius quod confirmandi cauſa fuit inciſum, quam illud quod per adrogationem extinctum eſt.*

12 *Comparatio & diſſimilitudo caſuum in* d. l. qui ex libetis §.teſtamento *propoſitorum.*

13 *Quamlibet voluntatis probationem admitti; quum probandum hæredi ſcripto incumbit; teſtatorem poſterius teſtamentum cancellaſſe ea mente, vt prius valeret.*

14 *An litera per quas teſtatoris voluntas probāda venit, codicillorū vim habere; & teſtibus munita eſſe debeant?*

15 *Exceptionem quæ his caſib. opponi ſolet, interdū ex perſona petentis, interdū ex perſona opponentis æſtimari.*

16 *Non ſemper teſtamētum, quod ſemel ruptum aut irritum factum eſt, refici debere, vt valeat.*

17 *Teſtamentum à paterfam. factum ante adrogationem, poſt ſolutam adrogationem ſubſiſtere, ſi de confirmata voluntate quibuſcunque modis conſtet.*

18 *Quum de perſona teſtatoris diſputatur, ſufficere ipſum teſtamenti tempore habuiſſe teſtamenti factionem, vt teſtamentum valeat.*

19 *Exceptio.*

20 *Differre ea parte teſtamentum ruptum ab eo quod irritum factum eſt.*

21 *Fieri poſſe vt teſtamentum ſublatum poſtea valeat, vbi tractatur quodnā teſtamentum* tolli *propriè. dicatur.*

22 *Limitatur & explicatur illa regula, quæ vult per poſterius teſtamentum ritè perfectum prius rumpi.*

23 *Cur neceſſe poſterioribus tabulis vt priores fiant ſupremæ, priores illa ſuprema facta valeant?*

24 *Reijcitur mouendam interpretatio ad* d.§.teſtamento, *& [illegible] opinionis ſententia aperitur?*

25 *E[illegible]* quærebatur.ff.de teſtam milit.

IN † teſtamentis in quibus extranei hæredes inſtituti ſunt, tria tantùm tempora ſpectantur, teſtamēti, mortis, ſi pura inſtitutio fuit, aut euenientis conditionis, ſi conditionalis, & aditæ hæreditatis. Suis verò hæredib. ſcriptis, duo duntaxat, Teſtamenti nimirum & mortis, quoniam cum ipſo iure hæredes exſtant, nulla in iis eſt aditio hæreditatis. Cæterùm media tempora non nocēt, *l. ſed ſi conditione. 6. §. [illegible] ſi ali num 49. §. in extraneis de hæred. inſt.* Quod eò pertinet, vt non ſolū hæredi non obſit quòd medio, fortaſſis tempore incapax fuerit acquirendæ hæreditatis, ſed etiam ſi paterfamilias teſtamento facto adrogandū ſe dederit, deinde emancipatus ſit aut alia ratione paterfamilias deceſſerit, teſtamētum perinde valeat ac ſi adrogatio nulla interceſſiſſet, *l. conficiuntur. 8. §. ſi poſt factum. D. de iur. codicill.* Item vt ſi paterfamilias qui deportatus fuerat, reſtitutus ſit à Principe, teſtamentum conualeſcat quod per deportationem factum fuerat irritum, *l. 6. § pen. de iniuſt. rupt.* Cui conſequens eſt vt his caſibus teſtamentum valeat non tātùm iure Prætorio, ſi tabulæ ſeptē teſtium ſignis ſignatæ ſint, ſed etiam iure ciuili, cum iuris ciuilis regula non ſolùm non obſtet validitati, verum etiam patrocinetur. Ex quo illud quoque fit, vt tantò facilius poſſit hæres ſcriptus bonorum poſſeſſionē ſecūdùm tabulas agnoſcere, quæ haud dubiè iis omnibus competit qui iure ciuili adire
2 poſſunt. † Sed tamen diſtinguenda eſt hac parte capitis deminutio teſtatori contingēs per adrogationē à cæteris. Nam in cæteris nihil eſt quod hæredi obſtet quominus defuncti patrisfamilias & hæreditatē adeat & bonorum poſſeſſionem ſecūdum tabulas cum te agnoſcat. In adrogatione verò quæ medio tempore obtigit, licèt poſtea ſublata ſit, ea ratio hæredi ſcripto obſtat quod nō videatur habere pro ſe voluntatem teſtatoris, quippe qui dando ſe adrogandum fortunas omnes ſuas cum capite in alienam domum & familiam tranſtuliſſe intelligatur, *l. ſi paterfamilias. 15. D. de adopt.* ac proinde ab ea priore volūtate receſſiſſe per quam fortunarum ſuarum omnium ſucceſſorem ſibi elegerat hæredē inſtitutum.
† Quæ res facit locum exceptioni doli: dolo ſiquidem 3
facit quiſquis ex teſtamenti verbis aut hæreditatem aut legatum petit ſiue contra ſiue præter voluntatem. Negari autem non poteſt eum qui teſtamento facto dedit ſe adrogandum, ſciuiſſe ſatis ab eo tempore ademptam ſibi facultatem habendi hæredis, cum factus ſit alieni iuris, neque in ſua eſſe poteſtate duos rerum ſuarum dominos in ſolidum deſtinare non magis quàm re ipſa cōſtituere, ſcilicet hæredem & adrogatorem, *l. ſi vt certo. 5. §. ſi duobus vehiculum. D. commod.* Nam & ſi poſt adrogationem teſtaretur vel codicillos faceret, de alienis rebus potius quàm de ſuis teſtari crederetur, Iuriſconſ. ſcribit in *d. §. ſi poſt factum.* † Excipiendus tamen eſt miles de 4
caſtrenſi peculio teſtatus. Valet enim eius teſtamentum ſiue in adoptionem datus ſit à patre ſuo ſiue adrogandum ſe dederit, quaſi ex noua voluntate, *l. miles. 22. & ſequ. de milit. teſtament.* nimirum quia etiam filiusfamilias miles poteſt teſtari de caſtrenſibus, eóque nominè habetur pro patrefamilias, *l. 2. D. ad S.C. Maced.* Cæterùm extra cauſam caſtrenſium bonorum nō idem dicendum erit, quoniam in non caſtrenſibus filiusfamilias licet miles hæredem habere non poteſt. Vtilis ergo eſt doli exceptio contra hæredem ſcriptum non quia teſtamentum factum ſit irritum (etſi enim capitis diminutiò fecit irritum, ſoblata tamen adrogatione ipſo iure, vt diximus, conualeſcit, alioqui non doli exceptio danda eſſet, ſed potius deneganda adeundi facultas ex irrito teſtamento) ſed propter defectum voluntatis quæ per adrogationem poſt teſtamentum factum mutata intelligitur. † An autem adrogatori ea doli exceptio accom- 5
modabitur? Minimè, cum poſt emācipationē nihil iuris habeat adrogator in bonis adrogati, ſed agnato proximo, qui rem ab inteſtato habere debet, ſublato ſcilicet vtroque vinculo & patriæ poteſtatis, id eſt adrogatione per emancipationē, & teſtamēti, id eſt teſtatoris voluntate per adrogationem. † At ſi idem teſtator ſui iuris fa- 6
ctus eodem teſtamento decedere ſe velle dixerit, & voluntatem ſuam ſiue codicillis ſiue aliis literis declarauerit, nulla exceptione repelli ſcriptus hæres poterit. Etenim non ſolùm teſtamentum ipſo iure valebit, vt & ſuperiore caſu. Sed etiam æquitas illa quæ faciebat vt repelli hæres deberet, quia non habebat voluntatem, tum ceſſat cùm ea volūtas quæ defecerat redit iure quodam poſtliminij. Quæ perelegans Papiniani ſententia. & ratio eſt in *leg. qui ex liberis. 11. §. teſtamento de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab. Non ſecus,* inquit, *ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet ac ſupremas tabulas inciſiſſet vt priores ſupremas relinqueret* Ita innuēs, hoc etiam caſu prius teſtamentum ſubſiſtere ipſo iure, adeò vt & adiri ex eo hæreditas & bonorū poſſeſſio peti poſſit, poſteaquam ſecundum ſublatum, & inciſum eſt Quid? † An non prius te- 7
ſtamētum per poſterius ritè factum ipſo iure tollitur; *§. poſteriore. Inſt. quib. mod. teſtamen. infirm. l. ſancimus. 27. C. de teſtam.* Sic ſanè ſi poſterius ſuperſit eo tempore quo de teſtamenti cōfirmatione aut infirmatione agi oporteat, id eſt, quo teſtator moritur. Sed cùm poſterius euanuit, quia inciſum eſt & cācellatū, & quidē eo animo vt prius valeret, non maior poſterioris ratio haberi debet vt prius rupiſſe videatur, quàm ſi vel nūquam vel ab initio minus ritè factum eſſet quo ſanè caſu non rumperet, *leg. filius 7. qui teſtamen. facer poſſ. d. l. §. poſteriore. leg. ſi quis priore. D. ad SC. Trebellian* † Nec quiſquam di- 8
xerit hæredem priore teſtamento ſcriptum repelli poſſe exceptione doli quaſi non habeat voluntatem, ideò quòd ſecundum teſtamentum factum ſit. Quænā enim, obſecro, voluntatis coniectura capi poteſt ex poſte-

riote teſtamento quo inciſum & cãcellatum fuit ea
mente vt quod primum erat fieret vltimum? Certè ea
mente inciſum fuiſſe neceſſe eſt, vt apertè Papin. docet
9 iis verbis, *ac ſupremas tabulas inciſiſſet vt priores ſupremas*
relinqueret. † Nam ſi ea ſola poſterioris teſtamenti in-
cidendi cauſa proponeretur, quod teſtatorem poſterio-
ris quoque voluntatis pœniteret in *leg. pen. C. de teſta-*
men. non quia priores tabulas vellet ſuprema eſſe, aut
ſi alia ratione poſterius teſtamentum valere deſiiſſet,
puta, quod iure militari factum eſſet, defuncto deinde
poſt militiæ annum teſtatore, non valeret prius teſta-
mentũ quod vtique ruptum eſſet, potiuſque ad cauſam
inteſtati res rediret, *l. militis de milit. teſtam.* quia verum
eſſet prius teſtamẽtum deſiiſſe valere, non ob id ſolùm
quòd ſupremum eſſe deſiiſſet, verum etiam propter mu-
tatam voluntatem priorem, translatámque in poſterius
teſtamentum, ſiue ponas aliũ poſterioribus tabulis ſcri-
1 ptum hæredem quàm qui prioribus ſcriptus fuerat, ſiue
eundẽm ipſum vt in *l. Clodius. 97. de acquir. heredit.* † In
eóque refert ſanè an teſtamentum ſublatum ſit per ad-
rogationem, an per ſecundum teſtamentum. Nam prio-
re caſu perempto adrogationis vinculo viuo teſtatore,
valet omnimodo teſtamentum quod per adrogationem
ſublatum fuerat, ſoláque ſupereſt illa quæſtio quæ cum
validitate teſtamenti nihil commune habet, An exce-
ptione doli ſcriptus hæres repelli debeat, necne. Poſte-
riore verò caſu non aliter valent priores tabulæ quàm
ſi poſteriores ideò inciſæ ſint à teſtatore vt is priores
11 ſupremas faceret, non ſi ex qua alia cauſa vel inciſæ po-
ſteriores, vel irritæ factæ ſint † Ea cõtrario fauorabilius
alio reſpectu videri poteſt prius teſtamentum quod ſu-
blatum fuerat per ſecundum poſtea inciſum & cancel-
latum, eo animo vt prius valeret quàm quo per adroga-
tionem poſtea extinctum. Illud enim ex ſola ſecũdi te-
ſtamenti inciſione eo quo diximus animo facta confir-
matum intelligitur, nec ſpeciali alia vlla voluntatis de-
claratione opus eſt, quia cum factũ ipſum teſtatoris in-
teruenit, quid intereſt verbiſne an factis voluntas eius
declaretur? *l. non ſolum. 8. rem rat. hab.* Hoc verò nõ aliter
effectum habere poteſt, hoc eſt vt ex eo deferatur hæ-
reditas ſcripto hæredi ita ne exceptione doli repella-
tur, quàm ſi noua voluntas declaretur, aut codicillis aut
aliis literis. Nempe quia cum patriæ poteſtatis vinculũ
quod per adrogationem contractum fuerat non facto
aut voluntate adrogati, ſed adrogatori diſſoluatur, aut
etiam naturali quodã ordine ſi adrogatoris factum aut
deportatio interueniat, *l. filius 8. §. 1. de liber. & poſthum.*
nihil eſt ex quo ſumi poſſit indicium reuerſæ in fauorẽ
12 hæredis ſcripti voluntatis quæ per adrogationem abſ-
ceſſerat. † Hactenus igitur recta eſt horum caſuum
comparatio, quod vtroque caſu teſtamentum valet,
quod ſublatum fuerat, vtroque caſu ex eo adiri poteſt
hæreditas iure ciuili, & hæreditas peti: vtroque caſu
ſecurus eſt hæres vt non vereatur doli exceptionem:
Hactenus autem ſunt diſſimiles quòd poteſt hæres re-
pelli exceptione ſi teſtator fuerit adrogatus, niſi poſt
ſublatum adrogationis vinculum nouam ſuam declara-
uerit voluntatem, non item ſi ſecundum teſtamentum
13 fecerit, quod poſtea cancellauerit. † Quamquam enim
omnimodo requirimus cancellatum eſſe ea mente vt
prius valeret, atque ita hoc etiam caſu nouam quandam
teſtatoris voluntatem deſideramus, eius tamen volun-
tatis probationem quamlibet admittimus, etiam quæ
per teſtes fiat, aut quæ ex aliis indiciis quibuſcunque
colligi poſſit, propter autoritatem ſcilicet facti concur-
rentis, id eſt cancellationis: nec ſpecialem vllã declara-
tionẽ requirimus quæ per codicillos aut aliud literarũ
genus fiat, quam apertè Papinianus requirit cùm adro-
gatio interceſſit. *Nec putauerit quiſquã*, inquit Papinia-
nus, *nuda voluntate conſtitui teſtamentũ Non enim de iure*
teſtamenti quæritur, quod certum eſt valere, *d. leg. conficiũ-*
tur. 8. §. ſi poſt factũ de iur. codic. ſed de viribus exceptionũ,
quæ ſcripti hæredis ius labefactare poſſet ac infringere.
Ea autem exceptio, *licet actori opponatur*, id eſt hæredi
ſcripto bonorum poſſeſſionem petenti, *æſtimatur tamen*
ex perſona eius qui opponit, quia reus in exceptione actor
eſt, vt proinde incumbat ei neceſſitas probãdi volũtatis
defectum, qui porrò nullus eſſe poteſt cùm voluntas re-
diit Rediiſſe verò voluntatem apparet non ſolùm ex in-
ciſione poſterioris teſtamenti cum inciſum eſt ea mẽte 14
vt prius valeret, ſed etiam ſi teſtator codicillis aut aliis
literis eodẽ teſtamento mori ſe velle declarauit. † Lit-
teris, inquam, nõ quinque teſtibus munitis, vt vulgò in-
terpretatur (hæ ſiquidem codicillorum vim haberent,
eorúmque iure cenſerentur arg. *l. vlt. C. de iur. codicill.*)
ſed aliis quibuſlibet, etiam quæ vim codicillorum non
habeant. de quibus in *l. litteræ. 17. de iur. codicill.* dum-
modo fides epiſtolæ conſtet vt in *l. vlt. de legat. 2.* Quam-
quam non ignoro in ea ſpecie deberi quæ in epiſtola
relicta erant, non tanquam ea epiſtola, ſed tanquam ex
teſtamento, propterea quod teſtamento cautum erat vt
ſi quid obſignatum reperiretur, id vice codicillorum va-
leret. Quaſi obſignationis teſtator meminiſſet potius ne
falſitatis comminiſcendæ materiam daret, quàm vt eas
ſcripturas ſuas valere nollet quibus aliunde ac citra ob-
ſignationem fides conſtaret, vt & in *l Diui. 6. §. licet de*
iur. codicill. Sufficiet igitur fidem literis conſtare quibus
teſtator declarauerit eodem ſe teſtamento mori velle,
licet nec duobus teſtibus ſint munitæ, etſi nec ſubſcri-
ptionem aut teſtatoris aut teſtium habeant, nec diem 15
nec Conſulem, arg. *leg. cùm tabernam. 34. §. 1. de pignor.*
† Nam cùm exceptio iſta æſtimetur ex perſona non
actoris cui opponitur, ſed rei qui opponit, fruſtrà quæ-
ras quot teſtibus aut quibus modis probari debeat, aut
veſtiri voluntas teſtatoris ne nuda ſit: habet ſiquidem
hæres fundatam, vt noſtri loquuntur intentionem ex te-
ſtamento vtili, itémque voluntatem teſtatoris ex noua
declaratione. Quin & nuda voluntas ſufficeret ad eli-
dendam aut impediendam exceptionem quæ ſola volũ-
tatis coniectura nitebatur, niſi verendum eſſet ne falſi-
tatis occaſio inde caperetur, cõquiſitis ac facilè reper-
tis teſtibus qui dicerent eam teſtatoris volũtatem fuiſſe
propter quã cauſam requirit Papinianus vt per codicil-
los aliáſve literas quibus fides conſtet, ea volũtatis de-
claratio fiat. arg *l. Diuus 24. D. de milit. teſt.* Non idem
eſt in ſpecie *d. l. militis. 36. §. veteranus eodem tit.* vbi ex-
ceptionis vires ex perſona petentis nõ opponẽtis æſti-
mantur: quia non habebat ille pro ſe voluntatẽ teſta- 16
toris, quã habet in ſpecie *d. §. teſtamento*, ſcriptus hæres
qui petit bonorum poſſeſſionẽ ſecũdum tabulas † Ne-
que eſt, quòd quis obiiciat teſtamentum quod ſemel
ruptum aut irritum factum eſt, poſtea refici debere vt
valeat, *leg. ſi quis filio. 6. § ſed & ſi quis in fin. de iniu. rupt.*
d. l. militis. 36. § vl. de milit. teſtam. Id enim ad illud teſta-
mentum pertinet quod mortis tempore valere non po-
teſt eo iure quo factum eſt: cuiuſmodi eſt teſtamentum
militis deportati aut ad beſtias damnati, iure communi
factum, quia ſolis militibus deportatis teſtari licèt, qui-
dem iure militari ex reſcripto Hadriani, vt lex ait. Itaqꝫ
quod iure communi prius factum fuerat ſi deportatio-
ne irritum factum ſit, dubitandum non eſt valere non
poſſe, quia nec refici poſſet. Valebit tamen iure militari
ex nuda voluntate, quoniam nuda quoque voluntas mi-
litis ſufficit ad teſtamentum militare, & vt legendũ eſt
in *l. eius mil. tu. 34 §. vlt. de milit. teſtam. voluntas quoque mi-* 17
litis teſtamẽtum eſt. † At quod factum eſt à patrefamilias
ante adrogationem, poſt ſolutam adrogationem perin-
de valet, atque ante adrogationem, & ſicut poſſet refi-
ci, ita & citra refectionem ſubſiſtit quaſi nonquã factũ
irritum, ſi modò quibuſcunque modis probetur rediiſſe 18
voluntatem, quæ per adrogationem abſceſſerat † Etſi
enim cùm de hæredis ſcripti perſona agitur duo potiſ-
ſimùm tempora ſpectanda ſunt, teſtamenti ſcilicet &
mortis, ne addam tertium aditæ hæreditatis in extraneis
hæredibus,

hæredibus,vt initio capitis dixi,cum tamen de ipſius te-
ſtatoris perſona diſputatur,ſufficit teſtamenti tempore
habuiſſe eum teſtamenti factionem vt teſtamentū va-
leat,licèt poſtea habere deſierit :idque tam iure ciuili
quàm prætorio,dummodo talis perſona ſit,quæ cum te-
ſtamento poſſit decedere,vt euenit in teſtamento eius
qui poſtea vel furioſus,vel prodigus, vel mutus factus
eſt,*l.is cui lege. 18.qui teſtam.facer.poſ.d. leg.conſiciuntur.*
8.§.ſi poſt factum.de iur codicill.leg.1.§.ſi quis autē de bo-
19 *norum poſſeſſ ſecund.tabul* †Dixi *dummodo talis perſona ſit*
quæ cum teſtamento poſſit decedere,quia ſi teſtator ob eam
cauſam teſtamenti factionem amiſerit,quòd cum teſta-
mēto decedere nequeat,puta quod filiusfamilias factus
ſit,aut ſeruus ſiue hominis,ſiue pœnæ,aut etiam depor-
tatus,certum eſt teſtamentum prorſus irritum fieri,ſi in
ea cōditione moriatur is qui teſtatus fuerat.Sed ſi mor-
tis tempore teſtamēti factionem habeat,indiſtinctè ve-
rum eſt teſtamentum quod ab initio valuit, etiamnum
valere,quaſi nunquam factum irritum,vt media tēpora
quæ non nocent hæredi,multò minus noceant teſtato-
20 ri.†Quamquam & illud,meo iudicio,dici poteſt differ-
re hac parte,ſi ſubtilius agere velimus, teſtamentū ru-
ptum ab eo quod irritum factum eſt.Nam quod ſemel
ruptum fuit id refici prorſus neceſſe eſt,nec fieri poteſt
vt poſtea valeat ex nuda voluntate,cuiuſmodi illud eſt
in quo præteritus eſt poſthumus viuo teſtatore natus
Quamuis enim poſthumus hic eodē teſtatore viuo de-
ceſſerit, teſtamentum tamen nec iure ciuili cōualeſcit,
nec æquitate Prætoria,ſed hactenus duntaxat vt bono-
rum poſſeſſio ſecundum tabulas ſeptem teſtium ſignis
ſignatas quæ ſine re eſſe deberet,ſit cum re ex reſcripto
Hadriani,*l.poſthumus.12.de iniuſt.rupt.*quia implicat cō-
tradictionem vt teſtamentum vllo modo aut tempore
valeat quod ſemel ruptum eſt.At teſtamentū quod per
ſuperuenientem capitis diminutionem irritum factum
fuit(irriti appellatione ſpecialiter ſumpta,non genera-
liter,*§.hoc autem caſu Inſt.quibus mod.teſtam.infirm.*)non
ſolùm facile conualeſcit,ſed,vt melius loquar,ceſſante
cauſa quæ faciebat irritum & valet,& ſemper valuiſſe
intelligitur,nec nouo teſtamēto opus eſt.Nimirū quo-
niam ratio illa quæ faciebat irritum non ius ipſum te-
ſtamenti reſpiciat, ſed tantùm perſonam teſtatoris aut
eius voluntatem.Perſona igitur aut voluntate redinte-
grata nihil ſupereſt quod impediat quominus & nunc
teſtamentum valeat,& ſemper valuerit. Itaque quam-
uis rupta teſtamenta,& quæ ab initio iniuſta ſunt irri-
ta dici poſſint,hæc quidem eſſe,illa autem fieri *d. §.hoc*
autem caſu:non perinde tamen ea quæ nos ſpeciali no-
mine irrita appellamus,poſſis rupta dicere,quia cū eo-
rum iure nihil commune habet teſtatoris noua volun-
21 tas,immutatáque conditio. † Quare & veriùs & elegā-
tiùs ſublata dicuntur,quia fieri poteſt vt idem teſtamē-
tum valeat & ſublatum ſit. Tollitur enim non cùm te-
ſtator non vult valere (nam in teſtatoris arbitrio non
eſt facere vt non valeat iure teſtamentum quod ritè &
ſollemniter factum eſt,*l.nemo poteſt de legat. 1.*)ſed cùm
teſtator non vult in ea volūtate decedere quod fit quo-
ties prius teſtamentum incidit , aut poſt id factum dat
ſe in adrogationem:aut cùm non poteſt eo teſtamento
decedere,quod contingit,cum vel deportatus eſt,vel fi-
liusfamilias,aut ſeruus effectus. In eamque rem textus
eſt perelegans,& ad quæſtionem noſtram accommoda-
tiſſimus,in *d.§ ſi poſt factum*,vbi Paulus ait teſtamētum
illius qui poſtea adrogatus eſt ſublatum eſſe & nihilo-
22 minus valere,vt oſtendat non eſſe hæc cōtraria. † Nec
obſtat quod pleriſque iuris locis ſcriptum eſt per poſte-
rius teſtamentum quod ritè perfectum ſit prius rumpi,
l.ſi filius.7.de liber.& poſthum.l.1.& 2.l.3.ſed etſi ſit.l.ſi bo-
*na.11.de iniuſt.rupt.l.pater.54.de hæred.inſt.*adeóque ipſo
iure,*d.l.ſancimus*,id eſt quamuis prioris teſtamenti mē-
tio nulla facta ſit.Id enim ita verū eſt ſi generalius rupti
nomen accipias, vt ruptum intelligas quodcunque nec
ab initio inutile nec poſtea ex teſtatoris perſona irri-
tum factum eſt,aut ob non aditam hæreditatem, vt in
diuiſione illa teſtamentorū,de qua Papinianus in *d.l.1.*
de iniuſt.rupt. Alioqui magis propriè & partitè loquēdo
ſublatū dicendum eſt non ruptum,vt & Marcianus lo-
quitur in *dict.l.ſi quis priore.29.ad Trebel.& Iuſtin.in d.l.*
*ſancimus.*Aut ſit ruptum malis dicere,fateri tamen ne-
ceſſe eſt ruptum ex ea cauſa quæ tollat potius quā peri-
mat ius ipſum teſtamenti. Nempe quia nemo poteſt
cum duobus teſtamentis decedere, non magis quā cum
duabus ſupremis voluntatibus,*l.1.§.1.de bonorum poſſeſſ.*
ſecund. tabul. † Cæterùm incide poſtremas tabulas vt 23
eas quæ priores erant facias ſupremas,vt apud Papinia-
num in *d.§. teſtamento.*Priores hoc ipſo valebunt quòd
ſupremæ fient,quia, quòd ad earum ius & ſubſtantiam
attinet , nihil accidit propter quod infirmari debeant
quæ ſemper valuerunt, tametſi per poſteriores ſublatæ
fuerint toto eo tempore quo poſteriores conſtiterunt.
Quod diſſimile eſt cum poſthumus naſcitur qui fuerat
præteritus,quia ab eo tempore perinde incipit teſtamē-
tum inutile eſſe & iniuſtum,ac ſi filius tēpore teſtamen-
ti iam natus & præteritus fuiſſet,cùm quandocunque
natus eius loco eſſe incipiat qui ſuperſtes fuit,*l.ſi primo*
8.de liber. & poſthum. † Errant verò peregregiè,vt hoc 24
etiam addamus, qui putant Papiniani ſententiā in *dict.*
§.teſtamento,in fine,illā eſſe:vt ſi hæredi ſcripto petenti
bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas,obiiciatur te-
ſtamentum non valere, vtiliter replicetur de ſubſecutis
codicillis,non vt ipſo iure,inquiunt , teſtamentum va-
leat,ſed vt defendatur voluntas per fideicommiſſū quaſi
defunctus ad cauſam fideicommiſſi & codicillorum vim
teſtamenti traxerit , argum.*leg. quærebatur.19. de milit.*
teſtam. Nam imò verò Papiniani ſententia eſt te-
ſtamentum hoc ipſo iure valere , cùm & nulla ſecuta
declaratione nouæ voluntatis vſque adeò valeat ipſo
iure vt ad repellendum hæredem ſcriptum exceptio do-
li neceſſaria ſit. Nec requirit Papinianus declaratam
eſſe voluntatem codicillis, aut alia ſimili ſcriptura quæ
codicillorum vim habeat , ſed quibuſcunque literis,vt
diximus , dummodo iis fides conſtet. † Longéque alia 25
ſpecies eſt,*d.l.quærebatur.*In qua tamen obſerua Tribo-
niani eſſe verba illa , *ſi hoc ſpecialiter expreſſerit.* Nam
cum poſſit miles cum duobus teſtamentis decedere,nil
neceſſe eſt ad vtriuſque validitatem vt miles exprimat
velle ſe vtrumque valere, vt apparet ex eadē lege ver-
ſic.Secundùm hæc *l. Centurio.27.l.miles.36.§.eod.*Quā
verò malè & imperitè hæc omnia ab Accurſio,Bartolo
aliiſque interpretibus explicentur,tam apertū eſt ex eo-
rum commentariis,vt nihil,iudicio meo,ſit apertius.

Caput XIX.

Inſignis Triboniani error in §. non tamen Inſtit.quib.mod.teſtam.infirm.

SVMMARIA.

1. *An teſtamenta per capitis diminutionem irrita facta tam ciuili quàm Prætorio iure per omnia ſint inutilia.*
2. *Et ciuili & Prætorio iure requiri, vt is cuius hæreditas,vel bonorum poſſeſſio datur, & conditi teſtamenti & mortis tempore ius teſtamenti faciendi habuerit.*
3. *Quando Prætor det bonorum poſſeſſionem cum re ſecundùm tabulas, quæ ipſo iure non valent , aut rupta vel irrita facta ſunt?*
4. *An interſit ex qua capitis deminutione irritum factum ſit teſtamentum,vt ea ſublata iterùm valeat?*
5. *Reijcitur differentia à nonnullis conſtituta inter capitis deminutionem quæ per adrogationem,& eam quæ per emancipationem contingit.*

6 *Quo ſenſu dicatur, adrogatione vel alia capi[illegible] [illegible]mi-
nutione teſtatori contingente irritum fieri teſtamẽtum.
7 *Difficultas* l.poſthumus, *verſic.*idem & circa.
8 *Alciati ad dictum locum interpretatio.*
9 *Vlpianum in* d.l.*de teſtamento per ſolam adrogationem*
irrito facto agere.
10 *Quid ea parte ſpeciale habeat capitis deminutio per ad-*
rogationem contingens.
11 *An doli exceptio locum habeat, ſi idem hæres ſit ſcriptus*
qui & legitimus?
12 *An ex teſtamento per alias capitis deminutiones irrito*
facto bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas peti, & le-
gata ac fideicommiſſa conſeruari debeant?

1 OStendunt † ea quæ ſuperiore capite diximus er-
raſſe grauiter Tribonianum in §. *non tamen Inſt.*
quib.mod.teſtam.infirm. vbi ſcribit teſtamẽta quæ per ca-
pitis deminutionem irrita facta ſunt non per omnia eſſe
inutilia, ſed ſi ſeptem teſtium ſignis ſint ſignata poſſe
ſcriptum hæredem ſecundum tabulas teſtamenti bono-
rum poſſeſſionem agnoſcere, ſi modò & ciuis Romanus
& ſuæ poteſtatis defunctus fuerit mortis tẽpore. Nam,
inquit, ſi ideò irritum factum ſit teſtamentũ, quia ciui-
tatem vel libertatem amiſerit, aut quia in adoptionẽ ſe
dedit & mortis tempore in adoptiui patris poteſtate ſit,
non poteſt ſcriptus hæres ſecundum tabulas bonorum
poſſeſſionem petere. Quibus verbis ſignificare videtur
differre hac parte ius Prætorium à ciuili, nec omnium
capitis deminutionum eandem rationem eſſe. Vtrum-
2 que malè † Nulla enim hîc differentia eſt inter ius ci-
uile & Prætorium, cùm perinde exigat Prætor, vt is cu-
ius bonorum poſſeſſio datum vtroque tempore ius te-
ſtamenti faciendi habuerit & cùm facit teſtamẽtum &
cùm moritur: medio ante tẽpore an habuerit necne non
quærit, quia nec ius ciuile quærit, *leg.1.§. exigit de bon.*
poſſ.ſecund.tab. Quòd ſi poſt teſtamẽtum factum amiſe-
rit teſtator factionem teſtamenti non quod non poſſit
cum teſtamento decedere, ſed quia teſtamentum facere
poſſe deſierit, puta propter furorem aut interdictionem,
aliámve ſimilẽ cauſam, quæ ſuperuenerit, dat Prætor bo
norũ poſſeſſionem ex teſtamento ante facto, quia & iu-
re ciuili teſtamentum valet adiríque ex eo hæreditas
3 poſſet. §. *ſi quis autem eadem lege.* † Denique ſecundùm
tabulas quæ ipſo iure non valent aut ruptæ vel irritæ
factæ ſunt, quia tabularum nomen non merentur, nun-
quam dat Prætor bonorum poſſeſſionem quæ ſit cum
re, vt pluribus docuimus in interpretatione, *leg. filio præ-*
terito.17.de iniuſt.rupt. niſi eùm is ipſe inſtitutus eſt qui
rem ab inteſtato auferre poſſet. Hic enim licèt ſibi ipſi
hæreditatem ab inteſtato euincere videatur, vt ibidem
diximus, rem tamen obtinet, perindéque legatis & fi-
deicommiſſis omnibus obligatur ac ſi tabulæ valerent,
neque vlla in eam rem conſtitutione aut lege opus fuit,
*l.poſthumus.12.verſic.*idem & circa *eodem tit.de iniuſt.rupt.*
Neque ex eo quod Papinianus in *l.qui ex liberis* 11. §.
teſtamento de bonorum poſſeſſ. ſecund.tab. ponit ex huiuſ-
modi teſtamento quod per adrogationem irritum fa-
ctum fuerat, petitam à ſcripto hærede bonorum poſſeſ-
ſionem ſecundùm tabulas, poſſis, niſi ineptiſſimè, cum
noſtris concludere, Ergo non poſſe ex eo adiri hæredi-
tatem. Cùm vt dixi ſuperiore capite, ex eo teſtamento
quod valet, ac ex quo adiri hæreditas poteſt, nihil vetet,
imò tantò facilius ſit peti bonorum poſſeſſionem ſecũ-
4 dùm tabulas. † Sed longè grauior alius Triboniani er-
ror eſt in eo, quòd ſic loquitur, quaſi multum interſit
ex qua capitis diminutione irritum factum ſit teſtamẽ-
tum: cùm tamen nihil reuera interſit. Et enim ſiue ma-
xima interuenerit quæ & libertatem & ciuitatem adi-
mit, ſiue media, quæ ciuitatem tantum, ſiue minima quæ
nihil niſi familiæ ſtatum immutat, teſtamentum ſit irri-
tum, ſed ita tamen vt ſi teſtator & ciuis Romanus ſit &
ſuæ poteſtatis ſit cùm moritur, teſtamentum valeat &
iure ciuili & prætorio. † Nec video inter quas ſpecies 5
capitis deminutionis hanc differentiam poſſis conſti-
tuere, niſi fortè inter adrogationem & emancipatio-
nem. Sed neque hoc facere poſſis. Nam cùm filiusfami-
lias teſtamentum facere nequeat, nemo dixerit filijfa-
milias emancipatione irritum fieri eius teſtamentum,
quod vel nunquam fuerit, vel ſi fuit, nunquam valuerit.
Et conſequenter nullo caſu locum habere poteſt, quod
ſcriptum eſt in priore parte *dict. §. non tamen*, ex teſta-
mento quod per capitis diminutionem irritum factum
ſit poſſe bonorum poſſeſſionem peti ſecundùm tabulas,
ſi modo talis diminutio interuenerit, quæ tamen non
faciat, quin teſtator & ciuis Romanus & ſuæ poteſta-
tis fuerit mortis tempore. Nulla ſiquidem capitis dimi-
nutio eſt, quæ non aut libertatem adimat, aut ciuitatem
aut ſui iuris poteſtatem, præter emancipationem,
quæ cùm interuenit nulla, vt diximus, de filijfamilias
teſtamento poteſt incidere quæſtio. † Igitur quod ſcri- 6
ptum eſt adrogatione aut alia capitis diminutione quæ
teſtatori contigerit irritum fieri teſtamentum ita ac-
cipiendum eſt, vt ſi mortis tempore teſtator vel ſuus
vel deportatus, vel in alterius poteſtate conſtitutus re-
periatur, teſtamentum nec iure ciuili valeat, nec Præ-
torio, vt ex eo neque adiri hæreditas, neque bono-
rum poſſeſſio peti poſſit. Si verò mortis tempore &
ciuis Romanus & ſui iuris factus inueniatur, qui poſt
teſtamentum vel deportatus, vel alieni iuris factus fue-
rat, teſtamentum & iure ciuili valeat & Prætorio, *dict.*
§. teſtamento.l.6.§. penultim.de iniuſt. rupt. & irrito facto
teſtamento, *l.conficiuntur.8.§.ſi poſt factum de iur.codicill.*
Media namque tempora, vt ſuperiore capite ſcripſimus,
nullo iure nocent. † Quæ cùm ita ſint, mirari ſæpe mihi 7
contigit quid illud ſit, quod de irrito teſtamento Vl-
pianus ſcribit in §. *idem & circa, d.l. poſthumus.12.de in-*
iuſt.rupt. idem circa irritum quod circa iniuſtũ teſtamẽ-
tum admitti debere vt hæres inſtitutus legata & ſidei-
commiſſa omnia præſtare teneatur ſi bonorum poſſeſ-
ſionẽ acceperit is qui rem ab inteſtato auferre poteſt.
Neque enim dubito quin de ſola bonorum poſſeſſio-
ne ſecundùm tabulas is locus intelligi debeat de qua
etiã agitur in prima legis parte. Porrò bonorum poſſeſ-
ſio ſecundùm tabulas ex teſtamento irrito non compe-
tit ſi teſtator mortis ſuæ tempore aut ciuis Romanus
aut ſui iuris non fuit, multoque minus en caſu de lega-
tis aut fideicommiſſis quærendum eſt, cùm neque legata
neque fideicommiſſa relinquere poſſit is qui teſtari nõ
poteſt. Sin ponimus & ciuem Romanum & ſui iuris
deceſſiſſe teſtatorem qui medio tempore capitis dimi-
nutionem paſſus fuerat, quid eſt, obſecro, quod vel ad
Prætoris auxilium in danda bonorum poſſeſſione ſe-
cundùm tabulas confugiamus vel diſtinguamus an ex-
traneus hæres ſcriptus ſit an legitimus, vel denique de
legatorum & fideicommiſſorum iure dubitemus, cùm
certiſſimi iuris ſit valere illo caſu teſtamẽtum ex eóque
adiri etiam iure ciuili hæreditatem poſſe? † Quæ res 8
Alciatum fortaſſis mouit vt ſcriberet *lib. 3. paradox. cap.*
8. non tam generaliter Vlpianum intelligi debere vt de
irrito quolibet teſtamento ſentiat, ſed de illo duntaxat
quod magis ſpecialiter irritum ſolemus dicere ex quo
non ſit adita hæreditas, *l.1.de iniuſt.rupt.* In quo tamen
labitur imperitiſſimè, quia non poteſt dici teſtamentum
deſtitutum, nec proinde irritum, ex quo petita ſit bono-
rum poſſeſſio, quando & qui bonorum poſſeſſionem ſe-
cundùm tabulas agnouit hæredis teſtamentarij loco
eſt, & ea agnitio inducit etiam geſtionem pro hærede
ad acquirendam iure ciuili hæreditatem, cùm teſtamẽ-
tum tale eſt ex quo iure ciuili acquiri hæreditas poteſt.
Gerit enim pro hærede quiſquis aliquid facit tan-
quam hæres & animo acquirendæ hæreditatis, vulg.
leg. gerit.88.& leg. pro hærede 20.de acquir.hæred. † Ita- 9
que cogor dicere quod ante me fortaſſis nemo dixit,
intelligendum quidem Vlpianũ de teſtamento quod per
capitis

capitis diminutionem irritum factum ſit, ſed non de
qualibet capitis dimioutione, at de illa duntaxat quæ
adrogationem contigerit, quæ licèt id commune cum
cæteris habeat, quod & irritum facit teſtamẽtum (adeò
vt neque adiri ex eo hæteditas neque bonorum poſſeſ-
ſio peti poſſit ſi teſtator in eodem ſtatu deceſſerit) &
rurſus teſtamentum valere patitur ſi teſtatur mortis tẽ-
pore ſui iuris factus inueniatur †habet tamen hoc ſpe-
ciale, quod illo etiam caſu quo teſtamentum valere pa-
titur, inducit doli exceptionem ad repellendum hære-
dem ſcriptum ſi ex teſtamento hæreditatem vindicare
velit aut bonorum poſſeſſionẽ petere, propterea quòd
non habeat defuncti voluntatem, qui dando ſe in adro-
gationem haud dubiè fortunas ſuas omnes cum capite
in alienam familiam tranſtuliſſe, hæredique ſuo ade-
miſſe intelligitur, vt in ſuperioribus docuimus ex Papi-
niano in *dict. §. teſtamento.* Cæterùm ea doli exceprio
11 non niſi legitimis hæredibus accommodari poteſt. †In-
de igitur fit, vt ſi idem ſit hæres ſcriptus, qui & legiti-
mus, exceptio doli locum habere nequeat, ob idque
æquiſſimum ſit petita per eum bonorum poſſeſſione ſe-
cundum tabulas legata & fideicõmiſſa conſetuari, cùm
neque de teſtamenti neque de vllius exceptionis viti-
bus diſputari eo caſu oporteat, quamuis ea ſit ratio du-
bitandi, quod per adrogationem à tota voluntate receſ-
ſiſſe teſtator videbatur, quæ porrò voluntas nunquam
redieta, nulla poſt finitam adrogationem ſecuta noua
declaratione. Et ſanè ſi inſtitutus extraneus propone-
retur, ratio illa faceret vt neque legata neque fideicõ-
miſſa vlla deberentur, quia licèt teſtamentum eo quo-
que caſu valeret, exceptioni tamen doli locus eſſet, quæ
impediret ne bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quã
hæres ſcriptus accepiſſet, cum re eſſe poſſet, *dict. §. teſta-
mento.* Iam autem docuimus ad *d. l. filio præterito.* & ad *d.
l. poſthumus* ex ea bonorum poſſeſſione ſecundum tabu-
las, quæ ſit ſine re, nullam naſci obligationem præſtan-
12 dorum legatorum aut fideicommiſſorum quæ teſtamẽ-
to relicta ſint.† At in aliis ſpeciebus capitis diminutio-
nis irritique teſtamenti, quoniam ſic comparatum eſt
vt vel prorſus irritum ſit teſtamentum, durante ſcilicet
in mortis vſque tempus diminutione, vel finita ea om-
nino conualeſcat abſqoe metu vllius exceptionis, non
diſtinguimus an extraneus an legitimus hæres inſtitutus
ſit, ſiue de heredis inſtitutione ipſa, ſiua de legatis & fi-
deicommiſſis diſputemus, ſed quiſqois ille ſit qui ſcri-
ptus eſt, teſtamentum, omniáque in ipſo contenta vel
defendimus etiam ex iuris ciuilis aſperitate ſi mortis
tempore teſtator & ciuis Romanus & ſui iuris eſſe cœ-
perit, vel improbamus ſi in eodẽ ſtatu minuti capitis de-
ceſſerit, nullo hoc caſu loco relicto æquitati Prætoriæ.
Atque ita accipiendum etiam videtur quod Vlpianus
in Titulis ſcribit *titul. 23. § ſi ſeptem* quod attinet ad bo-
norum poſſeſſionem ſecundùm tabulas à Prætore dan-
dam ex teſtamento irrito quod ſeptem teſtium ſigois ſi-
gnatum proponatur. De iniuſto & rupto ſcripſimus iam
ſatis in ſuperioribus.

Capvt XX.

Aliud Triboniani facinus in §. ſi fa-ctum l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill.

SVMMARIA.

1 *An codicilli valeant quos paterfamil. poſt teſtamentum adrogatus in adrogatione fecit, ſi poſtea ſui iuris deceſſerit?*
2 *Ratio dubitandi & decidendi in dicta quæſtione.*
3 *Ratio diſſimilitudinis inter eum qui in adrogatione codicillos fecit, & mutum qui codicillos conſcripſit eo tempore quo teſtamentum facere non poterat.*
4 *Refellitur ratio à Triboniano addita in dict. § ſi factum.*
5 *Teſtamentum ruptum natiuitate poſthumi viuo teſtatore defuncti Hadriani conſtitutione non confirmari, ſed ex eo bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas cum re ſcripto hæredi competere.*
6 *Aliam eſſe in ſpecie d. § rationem teſtamenti, aliam codicillorum.*
7 *Non ſemper quæ in codicillis ſcribuntur eodem iure cenſeri, quo ſi ſcripta eſſent in teſtamento.*
8 *Non bene conuenire exemplum de teſtamento rupto per agnationem poſthumi, cum ſpecie illa, in qua codicillos fecit adrogatus, qui deinde ſui iuris deceſſit.*
9 *Nulla bona, nullam eius hæreditatem exiſtimari qui teſtamenti tempore in adrogatoris familia & poteſtate eſt.*

SVbtilis † quæſtio eſt. De codicillis ab eo factis qui 1
poſt teſtamentum dederat ſe adrogandum, deinde
paterfamilias effectus ſuique iuris deceſſerat, an valere
poſſint. Eam quæſtionem Paulus tractat in *l. conficiun-
tur. 8. § ſi poſt factum. D. de iur. codicill.* ſed ita tamen vt
cùm probet ratione optima & neceſſaria fieri non poſ-
ſe vt huiuſmodi codicilli valeant, dilutis etiam obie-
ctionibus quibus in contrariam ſententiam moueri quis
poſſet, concludat nihilominus valere nulla eius rei
adducta ratione, ſed tantùm ſimilitudine & compara-
tione quadam, omnino, vt oſtendimus, inepta & falſa.
Quæ res me mouet, vt iuris rationem pro certa per-
petuáque regula habens, id ſolum Pauli eſſe putem
quod iuri conuenit, cætera quæ à iure manifeſtiſſimè
abhorrent Triboniani potiùs adſcribam & inſcitiæ &
audaciæ. Dico autem defendi nullomodo poſſe codicil-
los quos paterfamilias poſt teſtamentum adrogatus in
adrogatione fecit, tametſi poſteà ſui iuris deceſſiſſe
proponatur. Repugnat enim certiſſima & euidentiſ-
ſima illa iuris ratio, quæ non aliter codicillos teſta-
mento confirmari patitur, quam ſi eo tempore facti
ſint quo teſtamenti factionem teſtator habuerit *l. Diui.
6. § penult. l. quadam. 7. d. l. conficiuntur. 8. § codicilli, eod.
tit.* † Dubitationis cauſa ſanè illa erat quam & Paulus 2
exprimit, quòd valeret teſtamentum ante adrogatio-
nem factum, quia ſublato adrogationis vinculo teſta-
tor paterfamilias deceſſerat. Sed decidendi ratio for-
tior eſt quæ ſtatim apud Paulum ſequitur, *ſed eo tem-
pore eos fecit quo teſtamenti factionem non habuit.* † Ac 3
quoniam non inſubtiliter obiicere quis poterat, neque
mutum habere teſtamenti factionem (qoia nec nuncu-
pare hæredẽ poteſt nec teſtes accire aut rogare, vt in ti-
tulis Vlpianus ſcribit *tit. 20. de teſtam. § mutus, l. qui in
poteſtate. 6. § 1. D. qui teſtam. facer. poſſ.* ad Iuſtiniani vſque
tempora, qui nouum hac parte ius induxit in *l. diſcre-
tis. 10. C. qui teſtam facer. poſſ.*) & tamen valere codicil-
los quos ipſe eo tempore conſcripſerit quaſi priore te-
ſtamento confirmatos: diluit Paolus obiectione his ver-
bis, *nec ſimilis eſt muto, qui rectè codicillos confirmauerit.*
Diſſimilitudinis verò rationem perelegantem mox
hanc ſubiicit, *Licèt enim is teſtamentum facere non poſſit.
tamen teſtamentum quod antè fecerat in eodem ſtatu eſt.
Huius autem teſtamentum ſublatum eſt.* Vt oſtendat ad
confirmationem codicillorum non illud quidem præ-
cisè requiri, vt eo tempore quo fiunt codicilli, habue-
rit teſtator factionem teſtamenti, ſi prius teſtamentum
ſubſiſtat, ſed requiri tamen cùm prius teſtamentum eo
tempore ſublatum eſt. Neqoe enim fieri vlla ratione
poteſt vt codicilli eo tempore facti quo teſtator factio-
nem teſtamenti non habuit confirmentur ex anteriore
teſtamento, quod tunc quoque ſublatum ſit, licèt nihi-
lominus teſtamentum in ſe valeat. Igitur codicillos
iſtos valere nemo præter Tribonianum auſit dicere,

4 † Quæ autem ſequitur ratio, Triboniani facinus &
inſcitiam prodit apertiùs. Sic enim ille *nam etſi poſthu-
mus, natus ruperit teſtamentum, & deceſſerit, nihilominus
codicilli valent.* Ab obſcuro ad obſcurius, ab abſurdo ad
abſurdius. Nam cùm teſtamentum in quo præteritus
fuit poſthumus, per eius agnationem ſic rumpatur, vt
ex iuris ratione nullomodo conualeſcere queat, nec ſi
poſthumus qui rupit, viuo teſtatore deceſſerit. *d.l. poſt-
humus.12.de iniuſt.rupt.* conſequens eſt vt omnimodo re-
fici teſtamentum debeat: Ergo nec codicilli valere poſ-
ſunt vt ex eo vires accipiant, ſiue facti ſint ante poſt-
humi natiuitatem *l.ab inteſtato.18.& l.penult.eod.ti.* ſiue
poſt ruptum teſtamentum, de quibus ſanè locus hic in-
telligi debet quem tractamus, vt accommodata ſit ſpe-
5 cies ad eam de qua quærebatur. † Atqui, inquies, ſi poſt-
humus qui teſtamentum rupit viuo teſtatore deceſſe-
rit, teſtamentum ex Hadriani conſtitutione confirma-
tur[hactenus vt ex eo peti poſſit bonorum poſſeſſio
ſecundum tabulas, *d.l.poſthumus.* Sic enim noſtri ad eum
locum. Et hoc nimirum eſt quod præcipitem egit Tri-
bonianum, non animaduertentem quod nos docuimus.
ad *d.leg.poſthumus*, imò Hadriani reſcripto nec factum
eſſe, nec fieri potuiſſe vt confirmetur teſtamẽtum quod
ſemel agnatione poſthumi ruptum eſt, licet poſthumus
ille viuo teſtatore deceſſerit, ſed illud tantum conſtitu-
tum vt ea bonorum poſſeſſio quam ex perpetuo Præto-
ris edicto iuréque ordinario accipere hæres poterat ſe-
cundum tabulas teſtamenti quantumuis iniuſti aut ru-
pti, dummodò ſeptem teſtium ſignis ſignatas, eſſet cum
re quæ alioqui ſine re futura erat, legitimo hærede ius
6 ſuum ab inteſtato exequente. † Sed & obſeruare Tri-
bonianus debuerat aliam prorſus hac parte rationem
eſſe teſtamenti, aliam codicillorum. Neque enim ſicuti
bonorum poſſeſſio datur ſecundum tabulas teſtamenti,
ita poſſis dicere dari bonorum poſſeſſionem ſecundùm
codicillos Nã quis vnquã id vel dixit, vel ab alio dictũ
audiit? Nec ad rem pertinet, quòd data bonorum poſ-
ſeſſione ſecundùm huiuſmodi tabulas quibus præteritus
fuerat poſthumus viuo adhuc patre natus deinde &
mortuus, valent legata & fideicommiſſa omnia iiſdem
tabulis relicta. Id enim quam rationem habeat, diximus
ad *d.l.poſthumus*, & ad *d.l.filio præterito.* neque verò recta
eſt conſecutio à legatis & fideicommiſſis in eodem te-
ſtamento relictis ad codicillos extra teſtamentum fa-
ctos & eo tempore quo iam ruptum erat teſtamentum,
quamuis eodem tempore teſtamenti factionem pater
habuiſſet. † Nec rurſus obſtat quod quæcunque in co-
7 dicillis ſcribuntur eodem iure cenſentur quo ſi ſcripta
eſſent in teſtamento, *l.2.§.codicillorum eod.* Id enim tum
verum, cùm & teſtamentum eo tempore valet quo ſcri-
buntur codicilli, & eo tempore teſtamenti quoque
factionem teſtator habuit, *d.l.quadam.* At cum agnatio-
ne poſthumi ruptum eſt teſtamentum, licet teſtamenti
factionem eo tempore teſtator habeat, prius tamen te-
ſtamentũ nõ valet, quod iam ruptum eſt. † Ex quo illud 8
etiam apparet, non eſſe ſimile exemplum illud de teſta-
mento rupto per agnationem poſthumi, quod Tribo-
nianus adducit, vt probet valere codicillos factos ab
adrogato qui ſui iuris deceſſerit. Nam cùm teſtamẽtum
agnatione ruptum eſt licet difficilius conualeſcat quia
ruptum eſt, quàm ſi duntaxat ſublatum eſſet, eo tamen
facilius admitti poſſet codicillos valere, quòd teſtamen-
ti factionem eo tempore pater habuiſſet. In illo autem
caſu de quo Paulus diſputat, hoc eſt cum in adrogatio-
ne codicillos facit is, qui antè codicillos fecerat, du-
plex impedimentum eſt ne codicilli valere poſſint, &
quia eo tempore ſublatum eſt (quid verò refert an ſu-
blatum ſit an ruptum vt ex eo nullas vires accipere co-
dicilli poſſint?) & quia teſtamenti factionem eo tempo-
re adrogatus non habeat. Quin & aliquando contingit,
vt codicilli teſtamento confirmentur, nec tamen teſta-
menti ſed codicillorum tempus ſpectetur, vt in codicil-
lis poſt militiam factis ab eo qui & in militia teſtatus,
& intra annum miſſionis mortuus eſt, *l.ſi certarum.17.§.
vlt.de milit.teſtam.l.ſi poſt miſſionem.17. D.ad leg.Falcid.*
Quanto igitur magis codicillorum tempus ſpectandum
erit, cùm teſtamento confirmari non poſſunt, quod eue-
nit quoties teſtamentum aut ruptum aut ſublatum fuit?
† Addit Paulus, *& de alienis quodammodo rebus teſtatur*, 9
quia licet hæreditas ſit nomen iuris & ibi etiam eſſe in-
telligatur vbi nulla ſunt bona, *l.1. de bonor. poſſeſſ.* fieri
tamen nequit vt eius qui non ſolum bona nulla habet
ſed nec habere poteſt, cuiuſmodi eſt qui in adrogatoris
tranſiit familiam & poteſtatem, vlla hæreditas eſſe exi-
ſtimetur, *l.lex Cornelia.28.de vulg.& pupill.ſubſtit.* Quam
etiam rationem ſoleo reddere, cur non valeat donatio
bonorum omnium præſentium, & futurorum, valeat au-
tem præſentium duntaxat licet omnium. Nam quæ præ-
ſentium tantum eſt, non tollit teſtandi & habendi hære-
dis facultatem cum homo natus capax acquiſitionis, &
ad acquirendum, ob ídque nudus, poſſit ſibi acquirere
non ſolùm quandiu viuit, ſed illo etiam inſtanti quo
mori incipit, ea ſaltem quæ ignoranti acquiruntur, cu-
iuſmodi ſunt legata & fideicommiſſa, *leg. cum pater. 77.
§.ſurdo de legat.2.* Quæ verò futura quoque bona com-
prehendit, adimit prorſus habendi hæredis & conſe-
quenter teſtandi poteſtatem, quia facit vt donator nec
bona ſibi vlla habeat nec habere vnquam poſſit.

VIRO

VIRO CLARISSIMO

ANASTASIO GERMONIO ARCHIDIAC. TAVRINENSI, SERENISS. VRBINATVM DVCIS Conſiliario & Oratori diſertiſſimo.

ANTONIVS FABER S. D.

VETERIS mutuæque neceſſitudinis noſtræ ſuauiſſima recordatio iam pridem poſtulabat, clariſſime Germoni, vt qui abs te conſtanter vniceque amari me intelligerem, viciſſim tibi præſtarem aliquid, quod mirificam, & ſingularem animi erga te mei propenſionem, ſi minus magnificè, ſaltem candidè atque ingenuè teſtaretur. Quid verò à me proficiſci tale potuit, niſi ſi quid ex intimis iuriſprudentiæ noſtræ ſtudiis depromerem, in quibus ſcio non te ſolum, ſed me etiam tantopere tibi placere? Quamquam id vnum iamdiu cogitanti & ambienti mihi occurrebat, quæ me remoraretur ſcriptorum tuorum comparatio, ex qua non obſcurè perſpicerem quàm eſſent hæc parum digna, probare quæ deberes. Non quòd aliena ſint ab eo ſcribendi genere quod tibi maximè probatur (quid enim habes, aut vnquam habuiſti antiquius, quàm vt veterem illam iuriſprudentiæ dignitatem tot ſeculorum & interpretum barbarie miſerè conſpurcatam diſiectámque priſtino decori ſuo, quoad poſſes, reſtitueres, ac veluti quodam poſtliminij iure in ſedes patrias reuocares!) Sed quia video quàm ſint tenuia & ieiuna ſi cum tuis conferantur, non minus ſententiarum grauitate & verborum delectu ponderoſis, quàm ſcientiarum omnium mira varietate, qua redundant vndique, luculentis. Nam quid obſecro duobus illis animaduerſionum tuarum libris ſcribi potuit accuratius? Quid tuis in Decretales paratitlis aut vtilius, aut emendatius? Quid denique, vt cætera taceam, toto illo tractatu quem de ſacrorum immunitatibus nuper edidiſti ſubtilius, eruditius, præclarius? Deus bone, quantam mihi totiúque reipublicæ litterariæ commouent iſta expectationem ſeptimi Decretalium libri, cuius compilandi, concinnandi, & interpretandi curam poſteriores PP. eruditionis tuæ apprimè conſcij tibi vni creditam eſſe voluerunt! Quàm magnum & excellens opus illud futurum eſt, in quo elaborando, vt ſcribis, omnes & ingenij & animi tui neruos adhibes, ſi quantum in eam rem diligentiæ, ac induſtriæ collaturus es, tantum tibi datura eſt ocij dignitas tua. Sed ridiculus ſanè ſum ſi tua oſtento vt mea rideas, aut parum ingenuus, ſi te laudo vt par pari referas quod me titillet. Itaque præteribo tacitus reliqua, quæ ſi vt cuperem, in nominis tui commendationem cumulate vellem, non magis tua mihi quàm mea obſtaret modeſtia, quando arctiſſimæ neceſſitudinis noſtræ iura ſicfecerunt, vt non minus mihi tecum laudem tuam communem eſſe putare debeam, quàm cætera ſunt omnia, quæ amicitiæ vinculo & ſocietate continentur. Ciuitate Romana honorificentiſſimè donatum te qui ſciunt, & ex tanto ciuium Romanorum numero in ampliſſimo totius terrarum orbis theatro à Sereniſſimo Vrbinatum Duce vnum electum quem ille ſuum oratorem haberet, ſatis ex eo intelligunt, quanta virtutibus meritíſque tuis laus ab optimo & eruditiſſimo quoque debeatur. Mihi verò egregia, & præcipua illa fuerit, ſi tibi ſtudium in te meum, ſtudíſqoe hæc qualiſcunque teſtatio probabitur. Quod etiamſi non peterem, tua tamen erga me voluntas, & quæ in omnes humanitas eſt, pro me ſatis poſtulatura videretur, & ſuo propemodum iure impetratura. Bene vale, vir clariſſime, & me quod facis ama. Ex vrbe Camber. 9. Idib. Decemb. 1595.

ANTONII FABRI I.C.

SEBVSIANI, SEREN. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, & in Supremo Sabaudiæ Senatu Præſidis Primarij.

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS LIBER VNDECIMVS.

CAPVT PRIMVM.

Ex pluribus correis debendi non ſemper pro fideiuſſore habendum eum ad quem pecunia non peruenerit.

SVMMARIA.

1 *Bartolum & pleroſque alios interpretes contrarium ſenſiſſe.*

2 *Rationes quibus probari videtur excuſſionis exceptionem, correo debendi ad quem pecunia non peruenerat, olim competiſſe, dum periculo eius alius conueniri poterat qui lucrum ex obligatione ſenſiſſet.*

3 *Correos debendi non aliter fieri, quam ſi ſinguli in ſolidum, & aquè principaliter obligentur, nec eo caſu intereſſe cui pecunia numerata ſit.*

4 *Reſpondetur ad exemplum à Bartolo allatum, & ratio affertur, cur ex pluribus tutoribus in ſolidum obligatis is qui geſſit prior conuenıatur?*

5 *Curatorem voluntarium qui nihil attigit, priorem & in ſolidum conueniri poſſe, non item ſi inuitus curator factus ſit.*

6 *Quando, & cur ex pluribus correis debendi per cōmodatum factis, is prior conueniri debeat qui ſolus ex re commodata lucrum ſenſerit?*

7 *Explicatur* §. *veſtimenta.* l. cùm in plures. ff. locat. & *Tribomani manus in eo indicatur.*

8 *Ei enius nihil intereſt, non competere furti actionem.*

9 *Tribomani additionem in d* §. *cum Labeonis verbis, & ſententia pugnare.*

10 *Tribomanum ipſum in d.* § *ſibi contrarium eſſe.*

11 *Verba illa,* d. §. ſed iudicem æſtimaturum, *conſtructionem non recipere.*

12 *An in ſpecie* l. ſed Iulianus. 7. §. idem ait. ff. ad SC. Macedon. *alteri correo vtilis exceptio ideo detur, quod ad alterum correum tota pecunia peruenerit?*

13 *Ratio ſententiæ Africani in* l. vir vxori. 17. §. mulier, & Titius. ff. ad SC. Velleian.

14 *Cur in ſpecie* dict. §. mulier. *creditur agens aduerſus mulierem debendi corream, exceptione pro parte ſummoueatur?*

15 *Mulierem quæ impellente creditore corream debendi ſe conſtituit, cùm tamen reuera fideiuberet, exceptione SCti Velleiani iuuari.*

16 *Reijcitur Cuiacij interpretatio ad verba illa Africani,* non omnimodò mulierem pro parte ſocij, *&c.*

17 *An indiſtinctè in SCto Velleiano mulier correa debendi conſtituta pro fideiubente habeatur?*

18 *Non videri mulierem interceſſiſſe, quæ citra fraudem SCti correa debendi facta eſt ex cauſa ex qua ſi creditor pecuniam non dediſſet, maius damnum mulier paſſura fuerat.*

19 *Cur eo caſu mulier correa in ſolidum conueniri poſſit?*

20 *Mulierem debitricem, quæ creditori pecuniam promiſit ne delegaretur, interceſſiſſe videri.*

21 *Sententia* l. idem etſi. ff. ad SC. Vellei.

22 *Quid requiratur ad excludendum* SCti *Velleiani beneficium.*

23 *Sententia Vlpiani in* §. vlt. l. ſi pro parte. ff. de in rem verſ.

24 *Quando curioſus eſſe debeat creditor, qui plures correos debendi accipit, in quem rem impendatur pecunia?*

PERVVLGATA † eſt, nec minùs in foro, 1
quàm in ſcholis frequens illa noſtrorum vox, Pluribus correis debendi factis, ſemper habendum pro fideiuſſore eum ad quem pecunia non peruenerit, ob idque dandam illi exceptionem non factæ excuſſionis quæ ex nouo iure fideiuſſoribus competit, vt non prius conueniatur quàm appareat rem ab eo ſeruari non poſſe ad quem pecunia peruenit. Sic enim Bartol. ab aliis approbatus in *l. 3. §. vbi duo. n. 15. de duob. reis.* † Addēs quod ma- 2
gis mirum eſt, idipſum iam olim obtinuiſſe, ſi modò paratum ſe diceret is ad quem pecunia non peruenerat vt periculo ſuo alius conueniretur, qui lucrū ex obligatione ſenſiſſet. Ex *l. vnde quæritur. 7. iunct. l. §. vlt. l. 5. D. cōmod* vbi Vlpianus tractans de commodato quod pluribus factum ſit, ait ſingulos & dolum & culpam & diligentiā & cuſtodiam præſtare in totum debere. Vt duo quodammodo rei habeantur, &, ſi alter conuentus præſtiterit, liberet alterum. Sin res commodata furto ſubtracta ſit, ambobus quidem actio furti competat, ſed ita vt alterutro agente alterius actio contra furem tollatur. Vnde quærit, ſi alter ſolus furti egerit an ipſe ſolus commodati actione debeat conueniri. Et ait ex Celſi ſententia, ſi alter conueniatur qui furti non egit, & paratus ſit periculo ſuo conueniri, alterum qui furti agendo lucrum ſenſit ex re commodata, debere eum audiri & abſolui. Quò etiam pertinere Baldus credidit quod ex Labeone ſcriptum legimus *in L. cùm in plures. 60. §. veſtimenta. D. locat.* Si veſtimenta tua fulloni polienda dederas quæ is perdiderit, poſſe quidem tibi ex locato cum fullone actionem

actionem competere, ſed iudicem æſtimaturum an ad-
uerſus furem magis agere poſſis & ab eo tuas res con
ſequi, fullonis videlicet ſumptibus vt non priùs tibi ful-
lonem condemnet, quàm perſpexerit non poſſe te à fu-
re res tuas conſequi. Addit Bartolus exemplum tuto-
rum, in quibus conſtat receptum eſſe vt licet plures ſi-
mul tutelam ſuſceperint, prior tamen conueniatur is
qui geſſit ſi ſit ſoluendo, quoniam ad eum maximè ne-
gotium ſpectare intelligitur *l. tres tutores §. 1. de adm. tut. l. vlt. C. de diui. tut. l. vlt. C. ſi tut. non geſſer.* Sunt etiam qui
in eandem ſententiam afferant quod ſcriptum eſt *in l. item ſi filiusfamilias. 7. alias l. ſed Iulianus §. idem ait. D. de S.C. Maced.* Si duos reos accepero, filiumfamilias &
Titium, cùm ad filiumfamilias eſſet peruentura pecu-
nia. Ideo autem reum Titium acceperim ne quaſi fide-
iuſſor ſenatuſconſulti auxilio vteretur, vtilem eſſe ex-
ceptionem aduerſus fraudem Item quod Africanus re-
ſpondit *in l. vir. vxor. 17. § vlt. ad S.C. Velleian.* Si mulier
& Titius cùm in rem communem mutuarêtur, eiuſdem
pecuniæ rei facti ſint, mulierem pro ea parte pecuniæ
quæ in rem Titij verſa eſt interceſſiſſe videri, ideóque
creditorem ſibi ab ea totum petat Senatuſconſulti ex-
3 ceptione pro illa parte ſummoueri debere. † Mihi ve-
rò traditio iſta ſemper ſuſpecta & falſa eſſe viſa eſt Ni-
hil enim dici poteſt tam contrarium obligationi cor-
reorum debendi, quam vt excuti vnum oporteat priuſ-
quam aduerſus alterum agi poſſit, *l. decem. 116. de verb. oblig.* Siquidem non aliter poſſunt fieri correi debendi
quam ſi ſinguli non ſolùm in ſolidum obligentur, ſed
etiam æquè principaliter, ac ita vt nulla prorſus obli-
gationum ſit differentia *l. 2. & 3. l. ſi reus 13. & paſſ. D. de duob. reis.* Itaque fruſtrà quæres cui ex iis pecunia nu-
merata ſit, cùm is cui nihil numeratum eſt perinde in
ſolidum obligetur ls qui totum accepit. *l. propter mutuã. 4. C. eod. l. ſi non ſinguli. 5. C. ſi cert. pet.* Neque enim curio-
ſus eſſe debet creditor, in cuius vtilitatem aut quam in
rem expendatur pecunia credita, dũmodo cum eo con-
trahat cui liberum ſit in omnem caſum ſe obligare *l. doli exceptio. 19. ad fin. D. de nouat.* ſibique potiùs impu-
tare debet is qui cum ſciret pecuniam ad ſe non per-
uenturam, vltrò ſe correum debendi conſtituit Nam ſi-
cuti nemo inuitus ſit correus debendi, ita nec facilè ſuc-
currendum eſt ei qui ſibi ipſe ſolutionis neceſſitatem
impoſuit, *l. ſi fideiuſſor. 7. §. ſi neceſſaria. D. qui ſatiſd. cog.*
4 †Ex quo vt hinc incipiamos reſponderi poteſt ad exẽ-
plum illud quo Bartolum moueri diximus. De pluribus
tutoribus. In illis enim ideò receptum eſt aut potius
conſtitutum (fuerunt námque conſtitutiones neceſſariç,
de quibus *in d. l. tres tutores de adm. tutor.*) vt qui geſſit
prior conueniatur, quoniam tutelæ munus neceſſarium
eſt & publicum ait quod inuito defertur niſi iuſtã ha-
beat excuſationem, proinde fuerit æquiſſimum iis tu-
toribus ſubueniri, qui nec vltrò ſe obligauerint, nec
tutelam geſſerint, quandiu ab eo qui geſſit indemnita-
tem conſequi pupillus poteſt. At correorum debendi
obligatio prorſus voluntaria eſt, ſiue re ſiue verbis fiat,
ac ſiue ex liberalitate, ſiue ex iuſta alia qualibet cauſa.
5 † Cui ſimile eſt quòd Vlp *in leg. 2. § vltim. de curat. bon. dand.* ſcribit ex Caſſio, ſi tres bonorum curatores fue-
rint, & vnus ex iis nihil attigerit non idcirco mandum
actori conſtitui debere quominus contra hunc quoque
qui nihil attigit in ſolidum experiri poſſit, quia non ſit
quærendum quid ad eum peruenerit *niſi* inquit *inuitus factus eſt, nam ſi eſt, dicendum non eum conueniendum.*
Nimirum quandiu cæteri qui attigerunt conueniri cũ
effectu poſſunt. Eſtque omnino improbabilis Bartoli
interpretatio exiſtimantis quod Vlp ait curatorem vo-
luntarium qui nihil attigit, conueniri nihilominùs &
priorem & in ſolidum poſſe, ſic accipi debere niſi para-
tus ſit pati vt periculo ſuo alij conueniantur *ex d. l. vnde quæritur Dig. commod.* Nam & ſi inuitus factus eſſe,
nemo tamen dubitaret quin actio quæ aduerſus cæte-
ros inſtituenda eſſet eius periculo inſtitueretur. Et ta-
men id apertè Vlpianus agit vt doceat curatoris volũ-
tarij duriorem eſſe hac parte conditionem, quàm eius
qui inuitus datus ſit. Ergo generaliter, & indiſtinctè
vult poſſe priorem conueniri eum etiam qui nihil atti-
git, nec priùs abſolui debere quàm quod ex bonis reda-
ctum eſt præſtiterit. quod & apertiſſimè traditum eſt
in *l. 3. eod. tit.* † Neque verò contrarium eſt quod ſupra 6
ex eodem Vlpiano retulimus in *d. l. vnde quæritur.* Non
enim ſimpliciter Vlpiano placet. Ex pluribus reis de-
bendi per commodatum factis eum priorem conueniri
debere qui ſolus lucrum ex re commodata ſenſerit. Sed
addit ille *furti agendo*, vt oſtendat ea demum ratione
fieri vt ſubueniri oporteat correo qui furti non egit,
quòd furti actionem quam aduerſus furem inſtituere
antea in ſolidum poterat, factum correi qui prior egit
ac litis æſtimationem conſecutus eſt ipſi ademerit, in-
déque euenerit ne tam facilè commodatori poſſit ſatiſ-
facere, atque is qui furti agendo ſolus lucrum ſenſit ex
re commodata. Nam cùm hic nouus caſus ſit de quo
nec cogitatum videri poterat cùm duo correi debendi
fierẽt, humanum eſt ei ſubueniri cui nihil imputari po-
teſt, præſertim quando nec commodatori ipſi quicquã
depereat. Verum longè alia ratio eſt eius qui ſe correũ
debendi vltrò conſtituit ex cauſa commodati, cuius
vtilitas ſtatim ad alterum correum totum peruenerit.
Is enim nullam cauſam habet recuſandi quominus ſta-
tim & in ſolidum actione cõmodati vrgeatur, licet nul-
lum ex commodato commodum perceperit, cùm ipſius
æque ac alterius fidem commodator in ſolidum ſit ſecu-
tus, eáque conditione ad obligationem ipſe acceſſerit,
vt & prior & ſolus conueniri in totum poſſet. Idque
verba ipſa Vlpiani ſatis demonſtrant. Nam cum proxi-
mè in præcedentibus ſcripſiſſet omnibus qui commo-
datum accepiſſent furti actionem competere. &
quidem ita vt alterutro agente alterius actio contra fu-
rem tollatur, ſubiicit *Vnde quæritur.* Ita innuens, hoc
vnum facere locum quæſtioni, An inter correos qui-
dam conueniendi ordo eſſe debeat, quòd correus qui
non egerat, nullam prorſe commodata actionem am-
plius habere poterat, quam ſi ſaluã haberet, vtique du-
bitari non oporteret, quin ſolus & prior conueniri
poſſet, quamuis nihil ad eum ex re commodata perue-
niſſet. † Iam verò quod Baldus obiicit *ex §. veſtimenta. l. cum inplures. 60. D. locati.* multo minus ad rem pertinet. 7
Nullum enim toto eo reſponſo de duobus reis verbum
eſt, & ab illis verbis, *ſed iudicem æſtimaturum* vſque ad
finem §. niſi me fallo Triboniani manum agnoſcere
mihi videor, rem temperare ſuo more volentis, & neſ-
cio cuius æquitatis prætextu manifeſtiſſimam iuris ra-
tionem labefactantis. Veriſſimum enim eſt quod Labeo
ſimpliciter & indiſtinctè dixerat, ſi veſtimenta tua ful-
lo perdiderit, & habeas vnde petas, nec velis repetere,
agere nihilominùs te poſſe ex locato cum fullone: Ni-
hilque dici poteſt abſurdius quàm vt denegetur tibi illa
actio eo prætextu quod aduerſus furem poſſis agere, cũ
cuſtodiam præſtare fullo debuerit. At neque verum eſt
poſſe te contra furem experiri, quia cum paratam ha-
beas actionem aduerſus fullonem, tua nihil intereſt ſi
modò fullo ſit ſoluendo †Ei autem cuius nihil intereſt 8
conſtat non competere furti actionem, quæ ſententia
& ratio eſt, *l. itaque fullo. 12. cum duab. precep. & leg. qui vas. 47. §. ſi ego. D. de furt.* vt idem Tribonianus apertiùs
explicat *in § ſi fullom. 5. Inſtit. de obliga. quæ ex delict. naſcunt.* Niſi fortaſſe quis dicat intereſſe tua rem tuam ha-
bere potius quàm perſonalem ex locato actionem. Sed
manifeſtum eſt ad rem conſequendam non in furis per-
ſonam agẽdum eſſe, ſed in rem directa rei vindicatione
aduerſus quemcunque poſſeſſorem: Hic autem locus de
perſonali aduerſus furem actione loquitur † Etſi verò 9
verba illa *& ab eo tuas res conſequi* ſignificant tractari
potius de condictione furtiua, quæ & contra ſolum fu-
rem

rem datur, & rei perſecutionem continet. *l. 1. 2. & paſſ. de condict. furt.* hoc ipſo tamen Tribonianus prodit inſcitiam ſuam quam Labeoni nemo auſit adſcribere. Nam cùm id agat vt fulloni parcatur quandiu res tuas aliunde conſequi potes, quid intereſt an fur ipſe an alius poſſideat, id eſt, an à fure an ab alio res tuas cõſequ re, dummodò fulloni ſumptibus? Et verò in præcecedentibus illis *& habes vnde petas vt repetere vis* non diſtinxerat Labeo à quo petere poſſes an à fure, an ab alio quolibet poſſeſſore. Conſequens igitur erat vt nec in ſequentibus tractaretur de actione aduerſus furem exercenda, ſed potius de re à quocunque poſſeſſore vindicanda. Denique quod me maximè mouet, additio illa Triboniani pugnat omnino cum Labeonis verbis & ſententia. Labeo enim caſum illum tractat quo veſtimenta tua quæ fullo perdidit aliunde petere poſſis, nec velis, dátque tibi nihilominus contra fullonem perſonalẽ ex locato actionem. Tribonianus verò, vno illo caſu permittit tibi contra fullonem agere, quo ſit impoſſibile vt à fure veſtimenta conſequaris. Labeo liberum tibi relinquit an perſonali agere malis aduerſus fullonem, an rei vindicatione potius aduerſus poſſeſſorem. Id enim ſignificat petendi verbum illo loco *vnde petas. l. pecunia. 178 §. actionis de verb. ſignif.* Tribonianus

10 contrà, non patitur vt priùs fullonem conuenias quàm conſtiterit deeſſe tibi vindicandi facultatem. † Sed & ſecum ipſe Tribonianus pugnat. Nam eo quoque caſu quo conſtiterit impoſſibile eſſe vt res tuas poſſis conſequi, vult tamen cogendum te fulloni actiones tuas præſtare. An non enim ridicula & inutilis futura ſit ceſſio actionis quam conſtet vtilem tibi eſſe non potuiſſe? Aut quomodo poſſibile erit ex ceſſa actione fullonem res tuas repetere poſtcaquam apparuit eſſe impoſſibile vt tu ipſe petere & conſequi eas poſſes? impoſſibile ſiquidem tùm demùm id videri poteſt, cùm apparet non eſſe amplius res tuas in rerum natura, aut ſic eas deperditas vt nullomodo ſciri poſſit vbi ſint. Quibus tamen caſibus non video cuius vtilitatis poſſit eſſe ceſſio fulloni facta, præſertim aduerſus furem contra

11 quem ſuo iure iam paratam habeat furti actionẽ † Taceo quòd verba illa *Sed iudicem æſtimaturum*, neque præcedentibus aptè coniunguntur, nec verbum vllum habent à quo regantur ſi velis conſtruere. Scribendum námque fuerat, *Sed iudex æſtimabit.* aut Ita potius, *ſed verius eſt iudicem æſtimaturum.* Quæ autem ſequuntur, *Sed ſi hoc tibi impoſſibile eſſe perſpexerit tum fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei præſtare compellet.* Deus bone, quàm ſapiũt Tribonianum magis quàm vel Labeonem vel Iauolenum! Sed de his iam nimis multa cùm ſint extra propoſitam diſputationem quamquam nec fuit inutile Triboniani facinus prodere, vel ob id maxime ne quis ex eo loco inferat cũ Accurſio generalem illam propoſitionem qua Baldo viſa eſt ad rem facere eum qui cõtra duos agere poteſt, arctari ex cauſa vnum magis eligere quæ tamen neque generaliter vera eſſe poſſit, neque in duobus reis de quibus nunc agimus, vllo vnquam caſu. Reſtat igitur vt ad ea quæ ex Vlpiano, & Africano obiecimus,

12 reſpondeamus. † Ac primùm quod Vlpianus ait in *l. item ſi 9. alias l. ſed Iulianus. §. idem ait ſi duos de S.C. Macedon.* Si duos reos accepero filiumfamilias & Titium eum ad filiumfamilias pecunia eſſet peruentura, ideò autem reum Titium acceperim, ne quaſi fideiuſſor auxilio Senatuſconſulti vteretur, virilem dandam eſſe exceptionem aduerſus fraudem, non illam rationem habet quòd ad filiumfamilias tota pecunia peruenerit: ſed quia color hic conſtituendi correi Titij quæſitus fuerat, vt lex ait, in fraudem Senatuſconſulti, ne iuuaretur ille tãquam fideiuſſor ſenatuſconſulto, quo non minus fideiuſſori filijfamilias quam ipſi filiofamilias ſuccurritur. Cùm tamen re vera id ageretur, vt per pecuniam ſolus filiusfamilias mutuaretur, Titius autem pro eo interce-

deret. † Eademque ferè Africani ſententiæ ratio eſt in 13
d. l. 17. alias l. vir vxori. §. mulier & Titius. D. ad Senatuſconſultum Velleian. In cuius ſpecie cùm mulier & Titius in rem communem mutuati eſſẽt, factique correi eiuſdem pecuniæ, Africano placet non omnimodo mulierem pro parte ſocij interceſſiſſe videri. Nam ſi quidem ob eam cauſam mutuati fuerint, ex qua ſi creditor pecuniã non dediſſet, maius damnum paſſura mulier fuerat, veluti quòd communis inſula non eſſet, vel quod fundus communis in publicum committeretur potius eſſe vt ſenatuſconſulto locus non ſit † At ſi in aliquam emptionem 14
mutua pecunia ſit accepta, tunc pro parte interceſſionẽ factam intelligi, & ideò creditorẽ partem duntaxat pecuniæ à muliere petere poſſe: quòd ſi totum petierit, exceptione pro parte ſummoueri debere. Nempe quia ſic poſito iure vt mulier quæ ſe corream debendi conſtituiſſet, nullo caſu Velleiano iuuaretur, aperta eſſet via fraudandi ſenatuſconſulti, & qui mulierem pro alio fideiubere vellet, id ſemper curaret vt obligaretur illa tanquam correa debendi nulla fideiuſſionis facta men-
tione. † Cui fraudi non aliter occurri poteſt, quàm ſi 15
placeat illum potiſſimum inſpiciendũ eſſe, in cuius vtilitatem verſa ſit pecunia, *vt in d. §. idem ait ſi duos* Ex eo nãque apparebit, non quidem reuera fideiuſſiſſe mulierem vt interpretes autumant, ſed cùm eam fideiubere creditor vellet, nec tamen aperte id facere poſſet metu Senatuſconſulti id illum egiſſe vt ſe pateretur ipſa corream debendi conſtitui. Ac proinde ne fraus impunè facta ſit perinde admittendum eſt locum fore ſenatuſcõſulto ac ſi reuera mulier fideiuſſiſſet. Id enim eſt quod Africanus ait, *tunc pro parte interceſſionem factam videri*, quod nec Accurſius ignorauit *ad l. 1. alias l.* 16
2. C. de duob. reis † Et longè rectius ille hac parte quàm Iac. Cuiacius qui verba illa Africani, *Non omnimodo mulierẽ pro parte ſocij videri interceſſiſſe* dicebat, ſic explicat, quaſi Africanus ſenſerit duos debendi correos non aliter vice mutua fideiubere videri, quàm ſi id nominatim actũ ſit, cùm tamen ſequentia oſtendant id eum potius ſibi velle, vt mulier quæ correa debendi facta eſt, ita demũ pro parte ſocij videatur interceſſiſſe, id eſt pro eo habeatur ac ſi interceſſiſſet, ſi maior ſit eius obligatio quã commodum, quod ex pecunia mutuata ad eam peruenerit: quod contingit quoties accepta duntaxat parte pecuniæ obligatur illa in ſolidum, niſi obligari illam in ſolidum ipſius quoque interſit: puta ſi alioqui maius damnum paſſura fuerat vt in iis exemplis quæ Africa- 17
nus proponit. † Nec leuior eiuſdem Cuiacij error eſt eum ad Nouell. 99. ſcribit generaliter in Senatuſconſulto Velleiano mulierem corream debendi conſtitutã haberi pro fideiubente ex hoc ipſo Africani loco. Etenim quantum interſit an mulier reuera & apertè fideiubeat, an verò in Senatuſconſulti fraudem fiat correa debendi, vel ex hoc maximè cognoſci poteſt, quòd ſi ponere eam cum Titio mutuatam eſſe pecuniã. ita vt ſinguli in viriles tantùm obligarentur, deinde fideiubere illam pro parte Titij, proculdubio indiſtinctè ac ſi ſimpliciter dicendum eſſet iuuandam fore exceptione Senatuſconſulti pro qua parte fideiuſſiſſet: nam apertè facta eſſet fideiuſſio contra Senatuſconſultum quo improbantur omnes mulieris interceſſiones, niſi quæ in rem ipſius factæ ſint: Neque locus eſſet illi diſtinctioni an fideiuſſio eam cauſam haberet ex qua ſi creditor pecuniam non dediſſet maius damnum paſſura mulier 18
fuerat. † Non enim facere res poſſet quin pro alio non in rẽ ſuã mulier fideiuſſiſſe videretur, ſiquidem eſſet illa hodie ditior ſi in rem accepiſſet totã pecuniam tametſi poſteà in communem inſulam fulciendam impendiſſet, quoniam æquitate iudicij Communi diuidundo retinere poſſet partem ſocij quouſque ſatisfactum ſibi eſſet de pecunia in rem communem impenſa *leg. in hoc iudicium. 14. Dig. commun. diuid.* Neque ad rem facit quòd etiam cum fideiuſſit habeat mandati actionem

ad repetitionem pecuniæ. Minus enim illi cautionis eſt perſonam quàm in rem, vulg. *leg. plus cautionis 25. leg. minus eſt. 204. de regul. iur.* Alioqui ſi ratio hæc placeret, admittendæ eſſent fideiuſſiones omnes mulierum pro debitoribus locupletibus, quod tamen non ita eſt, quia mulierum intereſt potiùs non ſoluere quàm ſolutum repetere, *leg. 3. Dig. de compenſa. l. ſi debitor. 11. in fin. de liber. lega. l. ſi ſtipulatus. 15. Di. de fideiuſſ.* At cùm mulier non apertè fideiuſſit pro Titio, ſed tantùm paſſa eſt conſtitui ſe corream debendi difficilius eſt vt ei ſuccurratur quando nihil palàm ſactum ſit contra Senatuſconſultum, ſoláque ſuccurrendi cauſa illa eſſe poteſt ſi quid in fraudem Senatuſconſulti factum probetur. Atqui non poteſt videri quicquam factum in fraudem ſi mulier & Titius in rem communem mutuati ſint pecuniam ex ea cauſa ex qua ſi non dediſſet pecuniam creditor maius damnum paſſura mulier fuerat. Conſtat enim vtiliter
19 geſtum eſſe negotium mulieris. † Illud ergo ſupereſt vt in ſolidum conueniri poſſit: Non quòd, vt parùm acutè quidam exiſtimant, vtiliter & in rem ſuam fideiuſſiſſe videatur, eſſetque eo caſu Senatuſconſultum *leg. 3. aliquando. 13. ad Sena. uſconſultum Vellejanum.* Sed quia verum ſit eam nullomodo interceſſiſſe quæ citrà fraudem correa debendi facta ſit. Idque apparet ex illis verbis *tunc pro parte interceſſionem factam videri*, quæ ad poſteriorem diſtinctionis partem accommodata oſtendunt manifeſtiſſimè nullam in priore parte videri poſſe fa-
20 ctam interceſſionem. † Simile quiddam eſt in *leg. debitrix. 24. in princip. eod. tit.* vbi ſcriptum eſt, Si debitrix mulier à creditore delegata pro eo cui delegata eſt, promiſerit non eſſe iuuandam exceptione, ſed ſi promiſerit pecuniam ne delegaretur interceſſiſſe videri. An quòd intercedat reuera quæ pecuniam promittit ne delegetur; Minimè, ſed quòd in fraudem Senatuſconſulti factum id videatur, ideoque perinde habendum acſi mulier interceſſiſſet. Quare nec in hac ſpecie nec illa quá Africanus tractat in *d. l. §. vltim.* haberet mulier mandati actionem ſi mallet ſoluere quàm vti exceptio Senatuſconſulti *argum. d. l. ſi ſtipulatus. 15. §. 1. de fideiuſſ.* Cùm tamen mandati actio omnimodo competat ei qui pro alio intercedit, aut ſaltem negotiorum geſtorum niſi donandi animo aut in rem ſuam interuenerit, *l. ex mandato. 21. §. 1. & paſſ. D. mandat. l. ſi remunerandi. 6. §. ſi paſſus eod. l. quod dictum. 32. de pact. l. ſi quis*
21 *reum. 5. de liber. legat.* † Quod autem ſequitur in *l. idem et ſi. 18 eodem tit. ad Senatuſconſultum Velleian.* Idem eſſe ſi pro meo debitore mulier & Titius duo rei interceſſerint, non ita accipiendum eſt vt eo caſu ſicut ex illo quē Africanus tractauerat mulier pro parte conueniri poſſit, pro parte autem iuuari Velleiano (nam imò verò nullomodo illa obligatur, ſed Titius ſolus, & in ſolidū, *l. ſi Titius. 48. de fideiuſſ.*) Sed eò pertinet vt intelliga-
22 mus ad excludendum beneficium Velleiani non illud ſatis eſſe, quòd mulier tanquam correa debendi, ac proinde tanquam principalis debitrix obligata ſit: Quinimò ne tam facilè ſit fraudem Senatuſconſulto facere, illud ſemper inſpici oportere, an obligationis cauſa mulieris vtilitatem reſpiciat, an alterius qui cum muliere obligatus eſt, ſiue correus ille ſit, *vt in d. §. vltim.* ſiue alius principalis debitor *vt in dict. l. idem.* Quamquam longè minorem habet dubitationem caſus ille ſi pro debitore meo Titius & mulier quaſi duo rei interceſſerint. Sunt enim illi correi fideiubendi, & conſequenter fideiuſſores, ſicut & ſi ſinguli pro debitore meo fideiuſſiſſent. Quod in correis debendi diuerſum eſt ex quacumque cauſa conſtituti ſint *l. eandem. 9. D. de duob. reis.* & ob id nimirum quoties mulier correa debendi facta proponitur, neceſſaria
23 eſt ſupradicta Africani diſtinctio. † Alia quæſtio eſt ſi de in rem verſo agatur. Nam ſi pater & filiusfamilias correi facti ſint eiuſdem pecuniæ quæ tota ad patrem peruenerit, & filius ſoluerit, quamuis ſuo nomine & vt ſeipſum à propria obligatione liberaſſet, actio tamen de in rem verſo aduerſus patrem competet, non ſecus acſi filiofamilias credita eſſet pecunia, quam filius poſteà in rem patris vertiſſet. Quoniam in illa actione non de illo quæritur an filiusfamilias ſuo nomine an fideiuſſorio ſit obligatus, ſed de illo duntaxat vtrum in rem patris verſum ſit necne. Eáque Vlpiani ſententia eſt in *l. ſi pro patre. 10 §. vlt. de in rem verſ.* Vt nulla cauſa ſit cur eo loco abuti Bartolus debeat ad probandum, ex pluribus correis debendi pro fideiuſſore habendum eum ad quem pecunia non peruenit. † Nam extra cauſam 24
actionis de in rem verſo quæ non competit niſi aduerſus patremfamilias vel dominum ex contractu inito cum filiofamilias vel ſeruo, non debet curioſus eſſe creditor qui plures accipit correos debendi, in quam rem impendatur pecunia, niſi quando contrahit cum perſona quæ liberam ſui omnimodo obligandi poteſtatem non habeat, vt puta cum muliere obligante ſe cum alio vel pro alio *d. l. vir vxori in princip.* illo loco, *tunc enim diligentiorem eſſe debere & d. §. vlt. D. ad Senatuſconſultum Velleia.* aut cum filiofamilias *vt in d. l. item ſi 7. & ead. l. ſed Iulianus § idem ſi duos ad Senatuſconſultum Macedon.* Aut cum pupillo vel minore, quorum ille, non aliter obligatur ex reſcripto Diui Pij quàm ſi fiat locupletior *l. 3. pupil. 6. l. Neratius. 34. l. litis 32. de negot. geſt. l. 3. D. commod. l. pupillus ſi in princ. de auctor. tutor.* Hic verò etſi obligatur, in integrum tamen reſtituitur, nec aliam pecuniam vel reddere vel ſibi imputare cogitur, quàm ex qua locupletior factus eſſe probetur, *l. patri. 27. §. 1. in fin. de minor. l. ſiue heredes 32. §. interpoſito de admin. tutor. l. prædiorum. 10. C. de præd. minor.*

Capvt II.

Correos debendi nunquam vice mutua fideiuſſiſſe videri, niſi cùm id nominatim actum eſt.

Svmmaria.

1 *Tres diuerſæ Doctorum ſuper hac quæſtione ſententiæ.*
2 *Rationes ſeptem Ioannis gloſſatoris aduerſus eos qui exiſtimarunt correos debendi omni caſu fideiubere videri.*
3 *Aliquando contingere vt exceptio vni ex correis competens alteri quoque danda ſit, & contrà exceptio quæ prodeſt reo non proſit fideiuſſori.*
4 *Rei iudicatæ exceptionem non minus correo quàm fideiuſſori prodeſſe.*
5 *Rem iudicatam pro veritate haberi, arbitri ſententiam non item.*
6 *Caſus, quibus ſententia pro vno ex correis lata alteri correo non prodeſt.*
7 *Non benè à Ioanne acceptam eſſe Iuliani mentem in* l. ſi ex duobus. ff. de duob. reis. conſtit.
8 *Affertur argumentum pro Ioannis ſententia, qui vult nunquam correos debendi inuicem fideiuſſiſſe videri, niſi nominatim id actum ſit.*
9 *Eum qui cum filiofamil. mutuam pecuniam accipiente correum ſe conſtituit, pro fideiuſſore non haberi.*
10 *Vnum ex correis debendi in duriorem cauſam obſtringi poſſe, fideiuſſorem non item.*
11 *Alia differentia inter correos debendi & fideiuſſores, ad eorum liberationem ſiue exceptionem pertinens.*
12 *Liberato reo fideiuſſorem vel ipſo iure, vel exceptionis ope conſequenter liberatum intelligi.*
13 *Præcipua ratio propter quam correi debendi vice mutua fideiuſſiſſe non intelliguntur.*
14 *Soluitur obiectio contra Ioannis ſententiam allata, &*

probatur ex eo quod in toto fere iure alia correi, alia
fideiuſſoris ratio eſt, nullam inter correos mutuam vi-
deri tacitam fideiuſſionem.

15 *An ſecundum Ioannis ſententiam ſocietas inter cor-*
reos debendi inducere poſſit præſumptionem tacitæ
fideiuſſionis?

16 *Cuiacij opinio refellitur exiſtimantis correos debendi*
non vice mutua fideiubere, ſed mutuò intercedere vi-
deri.

17 *Correos vetere & nouo iure ab interceſſoribus ſepa-*
rari.

18 *Correum pro fideiuſſore & interceſſore haberi eum, qui*
cum vtiliter fideiubere non poſſet, in fraudem legis
vel SCti. correus factus eſt.

19 *Cur correos Græci ἀλληλεγγύους vocauerint?*

1 PErtinet † quodammodo ad ſuperiorem diſputatio-
nem hic quoq; tractatus, An qui ex aliqua cauſa cor-
rei debendi facti ſunt vice mutua fideiuſſiſſe videan-
tur. Veterum quorundam opinio fuit videri eos omni
caſu inuicem fideiubere: aliorum poſt Ioannem primi
nominis gloſſatorem, quæ & magis communiter à cæ-
teris interpretibus recepta eſt, Nunquam id admitten-
dum niſi ſi aut nominatim id actum ſit aut ſocij propo-
nantur. Media quædam ſententia eſt Iacobi Cuiacij,
ad Africanum in *l. vir vxori 17. §. mulier. & Titius. D. ad*
Senatuſconſultum Velleian. vt ſiue ſimpliciter correi de-
bendi facti ſint, ſiue ſocij quoque proponantur non ali-
ter inuicem fideiubere credendi ſint, quàm ſi nomina-
tim id agatur, cenſeantur tamen vice mutua intercede-
re, indéque fiat vt à Græcis ἀλληλέγγυοι appellentur.
2 † Ioannis rationes ſanè quam permultæ & maximæ
fuerunt aduerſus primæ ſententiæ aſſertores. Præci-
puæ autem hæ quas & Cuiacius probat & improbare
recti iudicij nemo poſſit. Ac illa primum quòd fruſtra
Papinianus in *l. reos. 11. de duobus reis* ſcriberet, poſſe ſic
correos accipi vt vice mutua fideiubeant ſi cùm ſimpli-
citer accepti eſſent hoc ipſo vice mutua fideiuſſiſſe vi-
derentur.

Secundo, quòd nullo iuris loco proditum eſt, Correo
debendi qui totum ſoluerit competere aduerſus cor-
reum pro partis repetitione mandati actionem. quæ ta-
men proculdubio competeret, ſicut & aliis quibuſli-
bet fideiuſſoribus mandante, aut quod idem eſt patien-
te debitore obligatis, ſi pro ea parte fideiuſſor habere-
tur is qui correus factus eſt.

Tertia quod neque vſpiam ſcriptum legimus, cor-
reum poſſe pro parte debiti compenſare quod correo
debeatur, niſi forte ſocij ſint, *l. ſi duo. 10. D. duob. reis.* Cùm
tamen certi iuris ſit poſſe fideiuſſorem compenſare id
quod debitori creditori debet, *l. ſi quid à fideiuſſore. 5. D.*
de compenſat. Addidi *niſi fortè ſocij ſint*, quia ſicuti ſocie-
tas facit vt quod ab vno petitur, ab alio peti videatur,
ita facere debet, vt quod vni ex ſociis debetur alter in
ſolidum conuentus perinde compenſare poſſit atque ſi
ſibi deberetur.

Quarta, quòd ſi duo ſint correi debendi, & vnus
compromiſerit, & arbiter ab eo peti vetuerit, tū ab alio
correo petatur, pœna non committitur ſi non ſint ſocij,
l. ſi duos. 34. de recept. qui arbit. quod ſecus eſſet ſi inuicem
fideiuſſiſſe crederentur, vt eadem lex innuit in illis ver-
bis *& fortaſſe poterimus ita fideiuſſoribus contingere.* Qui
enim à fideiuſſore petit, ab ipſo reo vt ipſa petere in-
telligitur, & τῷ δυνάμει, vt ait *l. aduerſus. 19. eod. tit.*

Quinta, quòd ſi vnus ex correis debendi confuſione
obligationis liberatus ſit, alter nihilominus in ſolidum
remanet obligatus, quod ſaltem pro parte debiti non
eueniret ſi pro ea parte qui correus eſt, fideiuſſoris loco
habendus eſſet, quemadmodum & ſi ſocius proponere-
tur, *l. Creditor 17. de fideiuſſ.* Ideò autem loquor de libera-
tione quæ per obligationis confuſionem contigerit,
quòd ſi ea per capitis diminutionem obtigiſſet, non ma-
gis fideiuſſor quàm reus liberaretur, in eóque par vtriuſ-
que conditio eſſet, *l. vlt. D. de duob. reis. l. 1. l. ſententia.*
20. C. de fideiuſſ. l. defenſiones 11. C. de except. præterquam
ſi agas de fideiuſſoribus iudicio ſiſti & iudicatum ſolui
in quib. ſpeciale eſt vt reo ante ſententiam capite mi-
nuto ipſi liberentur, quaſi fideiuſſionis conditione nun-
quam extitura, cùm aduerſus eum qui libertatem aut ci-
uitatem amiſit ſententia ferri poſſit, *l. 4. & 5. D. qui ſa-*
tiſdare cogan. l. ſed & ſi quis in prin. 4. D. ſi quis caution.
Vnde fit vt ſi poſt commiſſam ſtipulationem contingat
capitis diminutio ei qui aut iudicio ſiſti aut iudicatum
ſoluere debuit fideiuſſores iſti teneantur, *d. l. qui ſatiſd.*
cogant. l. ſancimus. 26. C. de fideiu. vt rectè Cuiacius tra-
ctat. *lib. 19. obſer. c. 29.*

Sexta Ioannis ratio fuit, quòd ſi correus ab aliquo
ſtipulatus ſit rem ratam haberi, & ab eius correo pe-
tatur qui ſocius non ſit, ſtipulatio non committitur quæ
ſanè committeretur ſi correi aut ſocij eſſent aut confi-
deiuſſores, *l. 1. D. rem rat. haber.*

Septima, quòd ſi vni ex correis debendi legata eſt à
creditore liberatio, nulla ex parte correus eius liberan-
dus eſt, cum tamē ſi pro parte debiti fideiuſſor eſſet, pro
ea quoque parte liberandus eſſet non ſecus atque ſi ſo-
cius proponeretur, *leg. 3. §. omne de effect. in. l. ſi quis reum.*
5 de liber. lega. † Addebat Ioannes Exceptionem, quæ 3
prodeſt vni ex correis non prodeſſe alteri conuento
in ſolidum *ex l. idem. 18. D. ad Senatuſconſultum Velleian.*
quæ tamen prodeſſet fideiuſſori, *l. ſi mulier. 16. § ſi ab*
eodem titulo. Sed argumentum hoc dubium eſt & ſuſpe-
ctum: ſiquidem fieri poteſt vt exceptio vni ex correis
competens alteri quoque danda ſit, vt puta exceptio
rei iudicatæ, & iuriſiurandi, de quibus mox dicemus.
Et contrà vt exceptio quæ prodeſſet reo non proſit
fideiuſſori, vt ſi initum ſit pactum perſonale De non
petendo à reo *leg. niſi hoc actum. 22. de pact.* ſi fideiuſſor
donandi animo aut in rem ſuam interuenerit, *l. quod di-*
ctum. 32. eodem dicta l. ſi quis reum. 5 de liber leg. Si con-
templatione iuris Prætorij pro minore in integrum re-
ſtitutum, *l. Stichum aut Pamphilum. 95. quod vulgo de ſolut.*
de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus lib. 8. ca-
pitu. 4. Sane quòd ad Senatuſconſultum Velleianum at-
tinet aperta differentia eſt inter mulieris correum &
fideiuſſorem Correus enim non iuuatur exceptione Se-
natuſconſulti, quia non ex mulieris perſona, ſed ex pro-
pria & pro debito ſuo conuenitur, *dict. leg. idem cum. §.*
vlt. l. præced Fideiuſſor iuuatur quia totam obligationem
Senatus improbat vt Iulianus loquitur in *dict. §. ſi ab ea*,
id eſt non tantum principalem obligationem quæ eſt
mulieris, ſed etiam acceſſoriā quæ eſt fideiuſſoris. Qua-
re ſi Ioannis rationem nimis generalem coarctes ad ex-
ceptionem quæ datur ex Senatuſconſulto Velleiano,
aliáſque nonnullas eiuſmodi probabit optimè: Non qui-
cunque correus debendi eſt continuò eam pro correi
parte fideiuſſorē videri, cum alio hîc iure correus, alio
fideiuſſor cenſeatur. † Idem Ioannes ex eo quoque mo- 4
uebatur, quòd exceptio rei iudicatæ quæ haud dubie
prodeſt fideiuſſori, *l. exceptiones, 7. §. res autē. D. de except.*
correo tamen non proſit, *arg. d. l. ſi duo. 34. de recept. qui*
arbitr. Sed in hoc reprehenditur non male à Cuiacio,
quoniam imò verò non minus correo quā fideiuſſori ea
exceptio prodeſt, perinde acſi nouatione aut acceptila-
tione aut ſolutione correus liberatus eſſet, *l. ſi rē aliquam*
. 31 §. ſi duo. D. de nouat. † Nempe quia res indicata 5
pro veritate habetur nec fieri poteſt vt correi abſen-
tis obligatio ſubſiſtat poſtquàm pronunciatum eſt ni-
hil deberi. Longéque alia cauſa eſt ſententiæ arbitri
quæ ſicut nunquam tranſit in rem iudicatam ita pro
veritate haberi non poteſt, idcóque nec ratio vlla
eſt cur ei ſtari oporteat niſi metu pœnæ: quia ex com-
promiſſo non exceptio vt ex re iudicata, ſed pœnæ tan-
tum petitio naſcitur, *l. 1. & paſſ. de recept. qui arbitr. l. 1.*
C. eodem. † In quo tamen cauendum eſt ne decipiamur. 6
Nam

Nam ſi ponas duos debendi correos ex cauſa depoſiti factos eſſe, alterum autem cum quo priore actum ſit depoſiti ideò abſolutum eſſe, quòd dolo careret, non ſtatim conſequens eſt alium correum, cuius dolus interuenerit tutum eſſe debere exceptione rei iudicatæ. Quin imò poſt rem pro alio iudicatum ad eum peruenire poterit vt condemnetur, *l. prima §. ſi apud duos 45. in ſi depoſiti*. Toties igitur ſententia pro vno ex correis lata alteri prodeſt quoties in rem non in perſonam concepta erit, id eſt quoties de ipſo contractu & de re non de perſona iudicatum erit. Eadémque exceptionis iuriſiurandi ratio eſt, ſiue iuſiurandum compares rei iudicatæ *leg. prima & ſecunda. D. de iureiur.* ſiue dicas habere inſtar iudicij *leg. qui iuraſſet 26 § vlt. eodem*. Nam & rem totam in iudicium deducere quilibet ex correis ſolus poteſt, *d. l. ſi rem. §. ſi duo ac n. aut.* Siue denique iuſiurandum malis eſſe ſimile ſolutioni, *leg. iuſiurandum. 27. de iureiur.* Neque enim dubitatur quin ſolutione per vnum ex correis facta alius quoque liberetur, totáque obligatio perimatur, *leg. ſecunda §. vltimo de duobus reis*. Sed hoc quoque etiam accipi debet, ſi modò ideo interpoſitum eſt iuſiurandum vt de contractus iure & de re non de perſona iurantis ageretur: alioqui nec fideiuſſori prodeſſet iuſiurandum debitoris, *leg. in duobus. 27. in principio. & §.*
7 *primo eodem titulo de iureiurand.* † Reprehenditur etiam non male idem Ioannes à Cuiacio in eo quod putabat ſi Titius & Stichus ſeruus Sempronij accepti eſſent duo rei promittẽdi extra cauſam peculiarem, Sẽpronium teneri de peculio ex Iuliano *in l. ſi ex duobus 12. in fine de duobus reis* qui tamen non teneretur ſi ſeruus fideiuſſiſſet, quoniam fideiuſſionis nomine obligari ſeruus nullomodo poteſt *leg. ſed etſi 20. de fideiuſſor.* Longè enim alia illo loco Iuliani ſententia eſt, quam nec Cuiacius ipſe percepit, vt ſequenti capite docebimus.
8 † Addi poteſt pro Ioannis ſententia fortiſſimum argumentum, *ex lege idem in duobus 28. de pact.* vbi Paulus ſcribit, Idem in duobus reis promittendi & argentariis ſociis dicendum eſſe, quod in lege præcedenti dixerat de fideiuſſore in rem ſuam obligato, nimirum, vt pactum cum vno ex iis factum de non petendo proſit alteri ſi in rem non in perſonam conceptum ſit. Sic enim non obſcurè innuit in duobus reis promittendi qui ſocij non ſint, aliud reſpondendum eſſe, nec vnius conuentionem licet in rem conceptam alteri prodeſſe. Et tamen ſi vice mutua fideiuſſiſſe intelligerentur, certe pactum vnius, dum ne in perſonam conceptum eſſet, prodeſſet alteri etiam non ſocio, eo ſcilicet iure quo pactum rei prodeſt fideiuſſori, *l. & haredi. 21 §. vlt eod. tit.* Pro ea nimirum parte debiti pro qua
9 correus fideiuſſiſſe videretur. † Adde etiam, quod Vlpianus ex Iuliano tractat *in l. item ſi 7. alias leg. Iulianus. §. idem ait ſi duos ad SC. Maced.* Si duos reos accepero filiumfamilias & Titium cùm ad filiumfamilias peruentura eſſet pecunia, ideò autem reum Titium acceperim, ne quaſi fideiuſſor auxilio Senatuſconſulti vteretur, dãdam eſſe vtilem exceptionem aduerſus fraudem. Nam ſi ita ius eſſet, vt duo correi debendi inuicem fideiubere viderentur, non magis prodeſſet mihi correum Titium accipere quàm fideiuſſorem, neque neceſſe eſſet ad vtilis exceptionis auxilium confugere cum directa ſaltem pro debiti parte competeret. Neque via hæc ad fraudẽ comminiſcendam apta eſſet, quam tamen aptiſſimam eſſe lex ait, quia correus debendi pro fideiuſſore haberi non ſolet. Ob idque vtilem ex Senatuſconſulto exceptionem dari neceſſe eſt, non directam quæ daretur vti-
10 que ſi Titius filijfamilias fideiuſſor proponeretur. † Alia nec inelegans inter correum debendi & fideiuſſorem differentia eſt, quòd ex pluribus correis debendi poteſt vnus purè obligari alius in diem aut ſub conditione, qua pendente non eò minus conuenietur in ſolidum qui pure obligari voluit, *leg. ex duobus 7. de duobus reis § vltim. Inſtitut. eodem.* At fideiuſſor pure accipi non poteſt, ſi debitor in diem tantum aut ſub conditione obligatus fuit, ne in duriorem cauſam contra iuris regulam conſtringatur, *l. græcè 8. § illud commune, lege ſi fideiuſſor, 57. D. de fideiuſſoribus.* Quamodo & correis debendi & fideiuſſoribus commune illud ſit, vt ex vtriuſque perſona, ratio proprij temporis quod obligationi tacite ineſt habeatur, *l. eandem, 9. §. 2 lt. de duob. reis, l. ſi teſtamento, 49 §. vlt. de fideiuſſ. iuncta lege continuus 137 §. cum ita, de verborum obligatione.* † Accedit quòd ſi alte- 11
rutrius ex correis debendi perſonam obligatione eximere creditor voluerit, ſiue expreſſo eo vt alteri ea res non prodeſſet, ſiue non expreſſo (nihil enim referret dummodò ſocij non ſint) nihilominus ſaluam ac integram habet in correum actionem, nec ea repelli tur exceptio quam nos cedendarum actionum ap[...]iamus. Multum namque intereſt vtrum res ipſa q[uæ] debetur ſoluatur, an perſona liberetur. Illo caſu [...] liberatur vno tantum ſoluente, *lege ſecunda, [...] reis §. vlt. de duobus reis.* Iſto verò cùm perſona dun[t]axat liberatur manente obligatione, alteri durat obligatus, *dicta lege Creditor. 71. de fideiuſſ. dicta lege vltima de duobus reis.* In fideiuſſore contrà. † Nam liberato reo fideiuſſor per 12
conſequentias liberatus intelligitur, *lege ſi fideiuſſor. 19. D. de dol.* nec fieri poteſt, vt ſublata principali obligatione ſubſiſtat fideiuſſoria, quæ non niſi acceſſoria eſt. Quòd ſi debitor non ipſo iure, ſed tantũ per exceptionem puta pacti de non petendo liberatus proponatur, conſtat quidem nõ competere fideiuſſori exceptionem cedendarum actionum quæ non niſi ratione confideiuſſorum datur, cùm aduerſus reum indemnis ſeruari poſſit mandati actione aut negotiorum geſtorum, ſed tamen prodeſt vt iam diximus pacti exceptio fideiuſſori, niſi mere in perſonam conceptum pactum ſuit *dicta lege & heredi. 21 §. vltimo cum lege ſequent. D. de pact.* Ex his igitur apparet correum debendi qui ferè in omnibus alio iure cenſeatur quàm fideiuſſor pro fideiuſſore haberi non poſſe. † Sed præcipua ratio illa eſt quam 13
nos initio attigimus: quod ſi correi debendi vice mutua fideiubere intelligerentur, conſequens eſſet ei qui ſolidum ſoluiſſet competituram pro partis repetitione mandati actionem ſi mandatum præceſſiſſet, aut negotiorum geſtorum ſi mandatum nullum interueniſſet, *l. ex mandato. 10 §. 11. D. mandat.* quod tamen nuſquam eſt proditum, vt pluribus dicemus infra capitolo ſexto & ſeptimo. Dices fortaſſe malas eſſe ſuperiores omnes Ioannis collectiones & ratiocinationes. † Nam & cùm 14
ita accepti ſunt correi vt vice mutua fideiubeant, conſtat tamen poſſe creditorem contra vnum ex correis ſic agere, vt non tanquam fideiuſſorem conueniat pro parte, ſed in ſolidum tanquam correum & principalem debitorem. Siquidem mutua illa fideiuſſio non impedit aut immutat correorum obligationem. Porrò eo caſu quo, interueniente etiam expreſſa fideiuſſione correus tanquam correus in ſolidum conueniatur, nemo dixerit eandem correi quam fideiuſſoris rationem eſſe, quia non tam illud inſpiciendum eſt, an qui conuenitur fideiuſſerit, quam quo iure & an quaſi fideiuſſor conueniatur, *dict. l. re s. §. 11. de duobus reis.* Ergo quemadmodum ea res non facit, quominus verum ſit correos vice mutua fideiuſſiſſe, cum expreſsè fideiuſſerint, ita, inquies, non poteſt recta eſſe conſecutio ſi ob id ſolum quòd in toto ferè iure alia correi, alia fideiuſſoris ratio eſt inferre quis velit, nullam inter eos initam videri tacitam fideiuſſionem. Verùm reſpondeo, imò rectiſſimam eſſe conſecutionem hactenus vt inferri poſſit: Correum qui non niſi tanquam correus obligatus eſt hoc ipſo fideiuſſiſſe non videri, nec fieri poſſe vt alio iure quàm quaſi correus conueniatur. Alioqui nihil intereſſet an correi ſimpliciter accepti eſſent, an ita vt vice mutua fideiuberent: quod tamen ſatis apertè Papinianus negat in *d. lege reos.* † Quòd verò Ioãnes ex- 15
ceptionis loco addebat, *Niſi correi ſocij eſſent*, meritò diſ-

plícuit Cuiacio; quia tametſi ſocietas in pleriſque tantum præſtet quantum mutua fideiuſſio, non poteſt tamẽ inducere præſumptionem tacitè fideiuſſionis. Quin vel eò minus quòd ea fideiuſſio nullius planè effectus eſſet hinc dicimus, ſi duo correi debendi ſint ſocij pactum vnius alteri prodeſſe, non quòd alter ille pro fideiuſſore habendus ſit, ſed quia eius qui pactus eſt intereſt, vt à correo qui abſens fuit nihil petatur, quoniam qui ſolueret idipſum correo ſocietatis iudicio reputaret, *leg. 3. §. nunc de effectu de liber. legat.* quod non contingeret inter eos qui ſocij non eſſent. Toties enim vnius conuentio alteri prodeſt quoties paciſcentis principaliter intereſt vt proſit. *dicta lege & hæredi. 21. §. vltim. de pact. cum ſeqq.* Inde etiã fit quod Papin. ſcribit, in *l. ſi duo. 10 de duobus reis.* Compenſationem quam alter ex correis obiicere poſſet, ab altero quoque poſſe obiici ſi ſocij ſint non aliter. Hinc denique ne ſingula recenſeam quod idem Papin. *in d. eandem. 9. §. penultimo eodem.* Pactum vnius ex depoſitariis correi cui culpa remiſſa eſt prodeſſe alteri, ita demùm ſi ſocij ſint & culpa communis interuenerit, *Culpa*, inquam *communis* quia ſocius pœnam, quam ex propria culpa meruiſſet ſocio reputare non poſſet, *l. qui proprio. 4. §. item contra de pro ſocio. lege ſi communis. 9. lege ſi ex duobus. 17. §. primo de vxor. actione.* Nec ſanè vllus iuris locus eſt qui Ioannis ſententiam tueatur, vt ex iis apertiùs conſtabit, quæ nos infra tractabimus capitul. 16 *ad leg. in lege. 61.*

16 *D. ad legem falcid. am.* † Reſtat vt eiuſdẽ Cuiacij quoque nouam opinionem omnium improbabiliſſimam refellamus, qui etſi fatetur cum Ioanne correos debendi vice mutua fideiubere non videri, contendit tamen quod ante eum nemo vnquam dixit, videri eos mutuo intercedere *ex l. vir. vxori 17. §. mulier & Titius ad S.C. Velleian.* Prorſus inſubtiliter. Etſi enim non ignoro aliud eſſe fideiubere, aliud intercedere, latiúſque patere intercedendi quam fideiubendi vocabulum: Tamen quiſquis intercedit eum neceſſe eſt aut fideiuſſorem eſſe aut ſponſorem, aut mandatorem, aut promiſſorem, aut adpromiſſorem, aut conſtitutorem, aut denique aliud quid ſimile, quorum omnium nihil eſt

17 quod de correo debendi commodè dici poſſit. † Alioqui nihil cauſæ fuiſſet cur iure vetere correi ſepararentur ab interceſſoribus, & iure nouo. Nam cùm Iuſtinianus Nouell. 4. *De fideiuſſor.* beneficium ordinis dediſſet omnibus non modò fideiuſſoribus & mandatoribus, ſed etiam interceſſoribus, quid erat cur poſteà Nouell. 99. idem priuilegium produceret ille ad correos; Aut cur daret iis beneficium diuiſionis quod iam antè ab Hadriano datum cõfideiuſſoribus & mandatoribus ex eadem æquitatis ratione tractum fuerat per interpretationem ad conſtitutores tanquam qui eſſent quoque in-

18 terceſſores *l. vltim. C. de conſtitu. pecu.* † Nec verò moueri vir doctiſſimus debuit *ex d. § 1. item l. vir vxori ad Velleian.* Eſt enim locus ille de muliere correa debendi facta in fraudem Senatuſconſulti, habétque ſpecialem rationem quam nos in ſuperioribus iam ſæpiùs inculcamus, quòd cùm obligationis correorum prætextus quæritur in fraudem legis ad obligandam eam perſonam quæ vtiliter fideiubere non poſſet, æquiſſimum ſit non tantùm pro interceſſore quolibet, ſed etiam pro fideiuſſore haberi eum qui in fraudẽ correus factus eſt. Si non in eius vtilitatem pecunia verſa ſit. Ne aliter poſito iure facilè legi fraus fiat, inducto eo vt qui quaſi interceſſor obligari non poſſet tanquam correus obligaretur. Itaque finge ad inducendã Senatuſconſulti Velleiani exceptionẽ non ſufficere vt mulier quocũque modo interceſſerit, niſi etiã fideiuſſerit. An eò minùs in ſpecie *d. §. vlt.* locus eſſet Senatuſcõſulto? Imò eſſet. Alioqui perinde fraus fieret Senatuſconſulto muliere conſtituta correa debendi ſi non tantùm pro intercedente, verùm etiam pro fideiubente haberetur. Non eſt igitur hac parte ſeparanda interceſſio à fideiuſſione. Similiter ſi Titius & filiusfã. correi facti ſint cum ad ſolum filiumfamilias peruentura eſſet pecunia, ideò duntaxat adhibito Titio ne quaſi fideiuſſor filiifamilias auxilio ſenatuſconſulti vteretur, dicimus Titio dandam vtilem exceptionem aduerſus fraudem *dict. l. item ſi 7. alias l. ſed Iulianus § idem ait ſi duos de S.C. Maced.* Non alia ratione quàm quia pro fideiuſſore habendus ſit qui in fraudem correus factus eſt ob hoc ipſum ne fideiuſſor eſſe videretur, Proinde nec aliud iuris eſſet ſi ſolis filiisfamilias fideiuſſoribus non etiam aliis quibuſcunque interceſſoribus Senatuſconſulti exceptio prodeſſe poſſet Vt intelligamus nihil hic interceſſionem differre à fideiuſſione. Extra hos caſus & ſi qui ſunt ſimiles nunquam correus debendi cenſetur vice mutua fideiubere tametſi nihil ad eum peruenerit, vt ſuperiore capite oſtendimus † Nec quod Græ- 19
ci eos ἀλληλεγγύους vocant quicquam facit. Id enim ideò factum videri poteſt quod accommodatius nihil haberent ad exprimendam vno nomine vt ſolent poteſtatem obligationis, quæ inter correos ſic contrahitur ab alterutro etiam ad quem nihil peruenit perinde ſolidum peti poſſit ac ſi tanquam correi fideiuſſor obligatus eſſet. Aut ob id etiam fortaſſis quod plerumque ſic accipi correi ſolerent vt inuicem quoque fideiuberent, quandoquidem ea cautio creditori nocere poſſe non videbatur. Fefellitque fortaſſis ea res Tribonianum vt quod ab Hadriano & Iuſtiniano inductum iam fuerat beneficium diuiſionis & ordinis fauore fideiuſſorum, idem ille in correis etiam inducendum putaret, quaſi eadem æquitatis ratio ſubeſſet, cùm tamen non ſolùm iuris conſtitutio, ſed ipſa quoque conuentionis ſubſtantia omnino repugnaret: quemadmodum docebimus infra cap. 4. ad Nouell 99. Fefellit etiam virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium vt in quæſtione iſta interceſſionem à fideiuſſione ſeparandam putauerit, quòd non aliter ſibi viſus eſt poſſe explicare Venuleij contextum *in § 1. l. ſi ex duobus. 12. De duob. reis.* De cuius ſententia quoniam perobſcura eſt, necdum à quoquam vt mihi videtur percepta, ſupereſt vt non nulla ſubiiciamus.

Capvt III.

Explicatur ſubobſcurus necdum intellectus Venuleij locus in l. ſi ex duobus 12. §. 1. De duob. reis.

SVMMARIA.

1 *Verbum* conſtitui *in d. §. 1. eſſe præteriti actiui, non infinitiui paſſiui.*

2 *Quæ ſit Venuleij ſententia in primis d. §. verbis?*

3 *Correos in d. § dici non poſſe Titium & pupillum, à quibus impar ſuſcepta eſt obligatio.*

4 *Diem & conditionem obligationi adiectam non inducere diſparitatem in ſubſtantia obligationis.*

5 *Differre cauſam duriorem à diſpari.*

6 *Diſparitatem in ſubſtantia obligationis eſſe, quum vnus ex correis in ſolidum obligatur, alius autem vel nullo modo, vel tantum ſecundum quid.*

7 *Obligationis ſubſtantiam ex ipſo contractu & negotij geſtione, non ex euentu æſtimari.*

8 *Non ſemper correos eſſe, qui ſimul obligantur, & quidem ſinguli in ſolidum.*

9 *Titium & pupillum quorum in princ. d. §. mentio fit, correos non eſſe.*

10 *Titiũ & Stichũ Sẽpronij ſeruum à quibus creditor ſtipulatus eſt, in altera ſpecie d. §. correos debẽdi non eſſe.*

11 *Serui perſonam in dicta ſpecie correorum conſtitutioni impedimento eſſe.*

12 *An*

12 *An ſeruum ille dominum correum reddere poſſit?*
13 *An, ſi tantundem ſit in peculio ſerui, quantum in obligatione, dominus correus conſtituatur?*
14 *Refutatur Doctorum interpretatio ad illa Venulei verba*, quanquam ſi ſeruus ſpoponderit, in actione de peculio &c.
15 *Seruum à pupillo in dictis verbis non ſeparari.*
16 *Cur in dicto verſiculo addita ſint verba illa*, in actione de peculio?
17 *Dubitandi cauſa, propter quam videbatur, Stichum ſeruum, qui ſe cum Titio obligaſſet, Titij correum fieri poſſe.*
18 *Titium & filiumfam. ſi eo animo ſpondeant, vt duo rei fiant, vtiliter & tanquam correos obligari.*
19 *Sententia horum verborum*, ac ſi liber fuiſſet.
20 *Duplicem in ſeruo conditionem ſpectandam eſſe.*
21 *Reſpondetur ad rationem dubitandi ſuprà propoſitam.*
22 *Filiumfamilias & ſeruum, quod ad actionem de peculio parum, aut nihil differre.*
23 *Cur filiusfamilias correus conſtitui poſſit ſeruus non item?*
24 *Alia interpretatio ad dictum verſiculum affertur?*
25 *Titium & Stichum ſeruum correos conſtitui non poſſe propter diſparitatem obligationis in ſubſtantia.*
26 *Cur eo caſu Titius ſolus in ſolidum, non autem ſerui dominus de peculio obligetur?*
27 *An eo caſu Stichus ſeruus pro interuentore accipiendus ſit?*
28 *Aliam eſſe hac parte pupilli locupletioris facti, aliam verò Stichi ſerui rationem.*
29 *Venuleij reſponſum ad eam ſpeciem pertinere in qua nec pupillus locupletior ſit factus, nec in rem domini verſa ſit, aut ex cauſa peculiari debita pecunia.*
30 *Probatur ex Venuleio correos debendi vice mutua non intercedere.*

ET conſtructio & interpretatio verborum quibus Venuleius hoc loco vtitur ambigua eſt. Sic enim habent, *Si a Titio & pupillo ſine tutoris auctoritate ſtipulatus fuero eadem decem, vel à ſeruo, & quaſi duos reos promittendi conſtitui, obligatũ Titium ſolum Iulianus ſcribit, quãquam ſi ſeruus ſpoponderit, eadem in actione de peculio ob-*
1 *ſeruari debent acſi liber fuiſſet.* † Putat autem Accurſius verbum illud *conſtitui* eſſe infinitiui paſſiui, cùm tamen apertiſſimum ſit eſſe præteriti actiui, vt denotat præcedens illa particula *&*, quæ ſequentia ſuperioribus ſic coniungit vt appareat referri non poſſe ad id quod ſequitur *Iulianus ſcribit*. Nam etſi dempta particula *&* ita ſcriptum eſſet *Iulianus ſcribit quaſi duos reos promittendi conſtitui obligatum Titium ſolum* nullius planè ſenſus lectio eſſet, niſi legeres quomodo quidam ob hanc cauſam legunt *obligatúmque*, non vt vulgò *obligatum*. At vulgata non ſolùm rectior, ſed ſola recta eſt. Sunt enim iſta prorſus contraria duos promittendi reos conſtitui, & Titium ſolum obligari. Siquidem duobus correis debendi ritè & vtiliter conſtitutis, vtrumque perinde & æquè obligatum eſſe neceſſe eſt. Niſi rurſum ad Azonis interpretationẽ confugias, qui correos in propoſita ſpecie conſtitutos fuiſſe ait ſola animi deſtinatione, quaſi verò non de illo quærat Iuriſconſultus an reuera correi
2 facti ſint, non item an ſola animi deſtinatione. † Venuleij igitur in primis verbis ſententia hæc eſt, ſi à Titio & à pupillo ſine tutoris autoritate ſtipulatus fuero eadem decem, aut à Titio & à ſeruo ea mente, vt duos promittendi reos conſtituerem, nõ ideo tamen eos correos videri factos, ſed obligatum eſſe ſolum Titium, idque
3 Iuliano quem Venuleius refert, viſum eſſe. † Ratio nec obſcura eſt, nec inelegãs. Illa nimirum quòd correi dici non poſſint à quibus impar ſuſcepta eſt obligatio, quemadmodũ elegãter Papinianus ſcribit *in l. eãdẽ. 9. §. 1. eod. tit.* Atqui cùm à Titio & à pupillo ſine tutoris au-

ctoritate ſtipulatus ſum, conſtat Titium in ſolutum obligari (ponimus enim nihil eſſe quod impediat ne obligari poſſit) pupillum autem non aliter quàm ſi locupletior factus ſit, ex Diui Pij conſtitutione: Atque ita negari non poteſt, quin ab iis impar ſuſcipiatur obligatio cùm ſi pupillus nulla ex parte locupletior factus ſit nullomodo obligetur ſaltem ciuiliter, Titio interea manente ciuiliter obligatio: Si verò pars pecuniæ ad eum peruenerit, pro ea duntaxat parte obligatio cõtrahatur, quòd ad eam pertinet, quòd ad Titium verò in ſolidũ. Ergo correi eſſe non poſſunt. Planéque falſum eſt, quod Accurſius, Bartolus, & cæteri omnes contrà ſcribunt eſſe correos, & diſparitatem in obligationis ſubſtantia non impedire correorum conſtitutionem. Repugnat enim Papinianus euidentiſſimè ſupradicto loco. † Nec 4
ſimile eſt, quod dici ſolet, Ex duobus reis promittendi alium purè, alium in diem vel ſub conditione obligari poſſe. *l. ex duob. 7. eo tit.* Id enim fit, nõ quia diſparitas illa, quæ ex diei aut cõditionis adiectione naſcitur reduci ſpectetur ad paritatem, vt Bartolus loquitur *in d. l. eandem. §. 1. & ad dict. l. ex duobus*. Sed quoniam adiecta dies aut conditio non inducit diſparitatem in ſubſtantia obligationis. Dies namque non impedit ne ſtatim obligatio naſcatur, licèt ante diem nulla ſit petitio: Conditio autem licet remoretur natiuitatem, vt ita dicam obligationis, tamen iam inde ab ipſo initi contractus tempore obligationis initium quoddam conſtitui patitur, ac ſtipulatori ius illud acquiri, vt quãdocunque eueniens cõditio retrotrahatur perindeque ſit ac ſi ſtipulatio ab initio pura extitiſſet: Vnde illud etiam fit, vt eius actionis quæ ex cõditionali ſtipulatione ſperatur ipſa quoque ſpes in hæredem tranſmittatur, *§. ex conditionali Inſtitut. de verbor. obligat.* & qui ſub conditione ſtipulatus eſt, pendente etiam conditione creditor exiſtimetur, *l. is cui 42. de oblig. & action.* Quod ſi ita eſt, nec faciet conditio quominùs ea pendente qui promiſit debitor dici debeat, tametſi ab eo peti nihil poſſit. Sunt enim debitoris & creditoris nomina correlatiua quorum altero poſito alterum quoque poni neceſſe eſt, neque verò debiti exactio cũ obligationis ſubſtantia commune quicquam habet Itaque ſi correi ſic accepti ſint vt vnus purè alius in diem aut ſub conditione obligaretur, ſicuti non erit impedimento dies aut conditio quominùs ab eo qui purè obligatus eſt totum interim petatur, ita neque obſtabit quominùs ſtatim vtilis correorum obligatio contracta videatur, licet ea lege vti ne ante diem vel conditionem vrgeatur is qui non niſi in diem, aut ſub conditione obligari voluit. Alioqui nec eueniente die aut conditione ſtipulatio conualeſceret, quæ ab initio non valuiſſet. Illud ſanè verum eſt in duriorem cauſam accipi eum qui purè obligatur quàm qui in diem vel ſub conditione, ob idque conſtitutum eſſe vt purè fideiuſſor dari non poſſit ab eo, qui in diem tantùm debeat, aut ſub conditione. *l. græce. 8. §. illud cõmune l. fideiuſſ. decimã ſexta, paragrapho ſed etſi reus D. de fideiuſſ.* † Sed multùm differt cauſa 5
durior à diſpari, nihilque vetat quin pluribus ad eandem rem obligatis, par ſit quòd ad omnes obligationis ſubſtantia, vni tamen durior ſit obligatio quàm alteri. Qui enim duriorem aut leuiorem obligationem dicit, ad obligationis executionem reſpicit potius quàm ad ſubſtantiam, quæ vt dixi ab executione & petitione omnino differt. In eóque alia correi alia fideiuſſoris ratio eſt. Correus in duriorem cauſam accipi poteſt dum ne in duriorem obligationem: fideiuſſor verò etiam in diſparem obligationem dum in duriorem
cauſam. † At in ea ſpecie, quam ex Iuliano & Venu- 6
leio tractamus, diſparitas eſt in ipſa obligationis ſubſtantia, quod nec Bartolus diffitetur. Pupillus enim quem cum Titio tanquam correum ſpopondiſſe ponimus, eſt omnino incapax ſuſcipiendæ ſine tutoris autoritate ciuilis obligationis præterquàm vno illo caſu

quo factus ſit locupletior. Quæ porro diſparitas maior
eſſe poteſt quàm vt vnus ex correis in ſolidum oblige-
tur, alius autem vel nullomodo, vel tantum ſecundum
7 quid? † Quare nec aliud eſſe putabo ſi fingas totam
pecuniam cuius ratione contracta fuerit correorum
obligatio, ad pupillum ſic perueniſſe, vt locupletior in
totum factus ſit. Etſi namque hoc caſu futurum eſt vt
pupillus ex ſupradicta Pij conſtitutione in ſolidum
obligetur perinde ac ſi pupillus non eſſet, ſit tamen id
occaſione potiùs quàm iure vt vtar verbis Iurec. *in lege
tertia, de riuis.* id eſt non tam quòd pupillus in ſolidum
obligari verbis potuerit quemadmodum Titius, quàm
quia ex facto ſic acciderit vt in ſolidum ſit reipſa locu-
pletatus: abſurdúmque eſſet obligationis ſubſtantiam
eam dici, quæ non ex ipſo contractu & negotij geſtio-
ne, ſed ex euentu æſtimaretur: nec quod pupillus eo
caſu ſicut & Titius in ſolidum obligaretur, facit vt ſta-
8 tim correi cenſeri debeant. † Poteſt enim fieri vt am-
bo obligentur & quidem ſinguli in ſolidum, nec tamen
ſint correi, nempe ſi vnius obligatio ex ſtipulatione,
alterius verò ex re ipſa proficiſcatur, quamuis eodem
tempore non reſponderint, licèt ſecus ſit in eis correis
de quibus per vnicam ſtipulationem obligandis actum
eſt *d.l. ſi ex duobus in princ. l. duos. §. vlt. eod. tit.* Cur enim
quæramus quo tempore aut quibus verbis facta ſit re-
ſponſio, cùm non ex reſponſione obligatio naſcatur,
ſed ex eo, quòd qui reſpondit locupletior factus eſt?
Certè cùm verborum obligatio contrahitur, dicimus
obligari eum ex correis, qui ex tempore reſpondit, non
etiam eum qui ex interuallo, *d.l. ſi ex duobus. & d.l. duos.
§. vlt.* quia continuus actus ſtipulantis & promittentis
9 eſſe debet, *l. continuus.* 137. *de verb. oblig.* † Concludamus
igitur ſi à Titio & pupillo ſine tutoris autoritate ſtipu-
latus ſim quaſi correos accepturus, nullo caſu fore eos
correos, præſertim verò ſi non ſit pupillus in totum fa-
ctus locupletior. Hunc enim caſum à Iuliano & Venu-
leio tractatum fuiſſe ex eo apparet quod aiunt Titium
ſolum obligatum eſſe: Cùm vt diximus, pupillus ſi locu-
pletior factus eſſet, aut pro parte, aut in ſolidum obli-
garetur. Niſi quis verba legis velit intelligere de obli-
gatione quæ verbis contrahatur, in qua fieri nequit vt
vnquam Titius pupillum correum habeat, ne tùm quidē
cùm pupillus locupletior factus eſt, quia quod eo caſu
obligatur fit nō ex vi ſtipulationis ſed ex reſcripto Diui
Pij non tam ad id reſpicientis quod pupillus promiſerit,
quàm quod locupletior factus ſit. Nam & citrà promiſ-
ſionem ſi locupletior factus eſſet perinde teneretur vt
docuimus *lib. 8. c. 5.* & dicemus pluribus cùm ſeparatim
de pupillari tractabimus obligatione. † Alia ſpecies à
10 Venuleio propoſita illa eſt, ſi à Titio & à Sticho ſeruo
Sempronij ſtipulatus ſim & quaſi duos promittēdi reos
conſtituerim. In qua ſimiliter concludit ſolum Titium
obligatum eſſe, & conſequenter non eſſe contractam
correorum obligationem. Nam ſi contracta eſſet, ambo
eſſent obligati. Ratio eadem ipſa eſt quā in pupillo at-
tulimus, quæque generaliter locum ſibi vindicat, quòd
correi eſſe non poſſint à quibus impar obligatio ſuſci-
11 pitur. † Imò hoc plus eſt ad impediendam correorum
conſtitutionem adhibita ſerui perſona, quòd nullo mo-
do nullóque caſu obligari ciuiliter ſeruus poteſt: quippe
qui iure ciuili hactenus tantùm ſit cognitus vt pro nul-
lo & mortuo habeatur. Pupillus verò vt dixi vno ſaltem
caſu obligatur ciuiliter etiam ſine tutore, ſcilicet ſi fa-
12 ctus ſit locupletior. † Planè quoniam ex promiſſione
ſeruus obligatur naturaliter, euenit vt dominū quoque
obliget de peculio. Sed non facit ea res vt vel vtiliter
ipſe correus debendi fiat qui non obligatur ciuiliter vel
correum reddat dominum, quia neque ignorās correus
quiſpiam fit, licet ignorans dominus ex contractu ſerui
obligetur de peculio, neque obligatio illa domini pecu-
lio tenus poteſt vlla ratione videri par obligationi Ti-
13 tij quæ & abſolute & in ſolidum contrahitur. † Proin-
de non diſtinguemus an plus minúſve ſit in peculio
quàm in obligatione. Quamuis enim tantundem con-
ſequi poſſim actione de peculio aduerſus Sempronium,
quantum ex ſtipulatu aduerſus Titium, non ideò tamen
futurum ſit vti ne diſparſit Titij & Sempronij obliga-
tio, quia ſemper verum eſt ſic contractam obligationem
vt Titius omnimodo & abſolutè in ſolidum teneatur.
Sēpronius verò nō niſi de peculio, ne repetā quod di-
xi correū debendi ex ſtipulatu fieri non poſſe eum qui
ipſe non ſpoponderit, inutilémq; ex ea cauſa eſſe ſerui
promiſſionem. † Nec puto quiſquam ex interpretibus 14
dubitaret quin ſupradicta omnia vera eſſent, adeò ſunt
aperta & explorata, niſi ſcrupulū inieciſſet quod apud
Venuleium ſequitur, *quanquā ſi ſeruus ſpopōderit, in actio-
ne de peculio eadem obſeruari debent ac ſi liber fuiſſet.* Sic
enim ea verba vulgò noſtri acceperunt quaſi eandem
ſpeciem Venuleius proſequatur de Titio & Sticho &
Sempronij ſeruo correis debendi cōſtitutis Et hoc ſibi
velit, vt vtilis ſit in vtriuſque perſona obligatio, ac in
ſolidum agi poſſit cum Sticho aut potius cum Sempro-
nio Stichi nomine de peculio quemadmodū ſi Stichus
liber homo fuiſſet in ſolidū ex ſuo contractu conueni-
retur. Quod ſi ita eſſet non video qua ſubtilitate aſſe-
qui poſſemus ne ſecū Venuleius pugnaret. Nā in præ-
cedentibus de ſeruo nō ſecus ac de pupillo qui ſine tu-
toris autoritate promiſiſſet locutus, negauit valere eiuſ-
modi correorū obligationē, dixitq; ſolum Titium obli-
gatum eſſe, id eſt non etiam pupillum, non etiā ſeruum
eiúſve dominū. † Deinde cum poſtrema hæc legis ver- 15
ba nullomodo conueniant pupillo, fatendum eſſet Ve-
nuleiū diſtinguere hac parte pupillū à ſeruo, faciliúſq;
admittere vt ſeruus fieri correus debēdi poſſit quàm pu-
pillus. Alioqui cur de ſeruo tantùm non itē de pupillo
loqueretur ſi eandē vtriuſque cauſam eſſe arbitraretur?
Atqui diximus multò minus ſeruum quàm pupillū fieri
correum poſſe, longéque magis diſparē eſſe obligatio-
nem adhibita ſerui quā pupilli perſona, quoniā pupil-
lus vno ſaltem caſu & ciuiliter & in ſolidum obligari
poteſt, ſeruus autē nullo. † Denique illud obſeruandum 16
eſt, non ita generaliter Venuleium dicere, ſeruo pro-
mittente eadem obſeruari debere ac ſi liber fuiſſet, ſed
addere *in actione de peculio*, non igitur in quæſtione pro-
poſita, quæ ſcilicet non ad actionē de peculio pertinet,
ſed ad correorum debendi conſtitutionem. Noſtri verò
prorſus hîc deſipientes ſic interpretātur ac ſi ſcriptum
eſſet ſimpliciter & generaliter, cùm de correis conſti-
tuendis agitur, nihil referre ſeruúſne an liber homo ſe
cum Titio obligauerit, quod non minus à Iureconſulti
verbis ſenſúque quàm à iuris ratione alienum ſanè eſt.
† Quid ergo ſibi vult, inquies, hic verſiculus? Dubitādi 17
nimirum cauſam cōtinet, propter quam videbatur, Sti-
chū qui cum Titio ſe obligaſſet, Titij correū fieri poſſe,
non ſecus ac ſi filiusfamilias tanquā correus ſpopondiſ-
ſe proponeretur. † Nā ſi Titius & filiusfamilias Sēpro- 18
nij eo animo ſtipulanti mihi ſpopondiſſent vt duo rei
fierent, dubitari nō poſſet quin vtiliter & tanquā correi
obligarētur, quia filiusfamilias ex omnibus cauſis obli-
gatur tāquam paterfamilias & ideò agi cum eo tanquā
cum patrefamilias poteſt, *l. filiusfamilias. 39. de oblig. &
action. l. tam ex contractibus. 57. de iudic.* Nec quod filiuſ-
familias nihil habeat vnde ſoluere poſſit præterquā ex
peculio, ad rem facit: non magis quàm ſi ex duobus pa-
tribus familias correis conſtitutis alter eſſet locupletiſ-
ſimus, alter nō ſoluēdo. Mihi nāque imputare debeo qui
cùm correos acciperem, inopis æquè ac diuitis correi fi-
dē ſum ſecutus: neque ferendū eſt vt obligationis ſub-
ſtantia ex ſoluendi facultate aut facilitate cōſideretur.
Cùm itaque in filiofamilias tale ius obtinet, videri for-
taſſe poterat, non aliud in ſeruo obtinere debere. Cuius
ſcilicet eadē ferè ſemper ſoleat eſſe ratio quæ filijfami-
lias, maximè verò in actione de peculio. Hic enim do-
minum ille patrē de peculio obligat contrahendo. † Et 19
quod

quod lex ait, *ſi liber fuiſſet* non aliam ſententiam ha-
bere poteſt quam quæ interpretationi noſtræ reſpondet
d. l. liberum fuiſſet. Neque enim liber quiſquam eſt ex
cuius contractu detur actio de peculio, præterquam fi-
liusfamilias. † Cumque in ſeruo duplex conditio ſpe-
20 ctanda ſit, vna quod ſeruus eſt non liber. Altera, quòd
in alterius poteſtate: ſi per hypotheſim tollas ſeruitu-
tem, ſupereſt ius poteſtatis quod efficit vt adhuc filiu-
familias comparari ſeruus debeat potius quam paterfa-
milias. Nam filiusfamilias ita eſt in aliena poteſtate vt
tamen non eò minus ſit liber. Cur non ergo in correo-
rum obligatione conſtituenda idem ius erit ſerui quod
filijfamilias quemadmodum eſſet in actione de peculio?
21 Et hæc ſane perelegans erat dubitandi ratio. † Sed pro
Iuliano & Venuleio reſpondendum eſt quod iam indi-
cauimus, valde intereſſe vtrum de conſtituendis correis
agatur, an de actione De peculio. Nam actio de peculio
quoniam contra patrem ad dominum datur, non con-
tra ſeruum ipſum aut filiumfamilias, ex perſona patris &
domini æſtimanda eſt, non ex perſona filijfamilias, aut
ſerui. † Porrò æque actio de peculio eſt contra domi-
22 num, atque contra patrem, cum & vterque ſit liber ha-
bens in alium ius poteſtatis, & publicè interſit vt ex ſer-
uorum contractibus domini de peculio teneantur per-
inde ac patres ex contractibus filiorumfamilias. Inde
igitur fit vt quod ad actionem De peculio attinet, aut
nihil, aut perparum interſit inter filiumfam. & ſeruum,
quia nec quicquam intereſt inter patrem & dominum.
† At cum de correis conſtituendis agitur, illud tantum
23 inſpiciendum eſt vt qui tanquam correus obligari vult,
poſſit obligationem talem ſuſcipere, ex qua perinde ac
correus obſtrictus videri poſſit, vt appareat parem ab
vtroque correo ſuſceptam obligationem. Hoc verò in
ſerui perſonam cadere non poteſt ſi Titio correus fieri
velit, quia non eſt in ſerui poteſtate vt ciuiliter ſe obli-
get quemadmodum Titius obligatur In filijfamilias per-
ſonam cadit rectiſſimè, quoniam vt dixi ex omnibus ille
contractibus ad inſtar patrisfamilias obligatur, vtpote
perſonam habens integram, iuréque ciuili cognitam
cùm caput habeat in ciuitate. Neque enim perſonam in-
tegram faciunt facultates, ſed iura ciuitatis. † Poteſt etiã
24 licet minus eleganter meo iudicio verſiculus is de quo
diſputamus aliam admittere interpretationem. Hanc vi-
delicet, vt dubitandi ratio illa ſit, quòd ſi ſeruus ſolus ſpo-
ponderit mihi ſtipulanti, perinde obligat dominum qua-
tenus eſt in peculio, atque ſeipſum obligaret in ſolidum
ſi liber ſuique iuris eſſet. Quidni ergo dicat aliquis ſi ſe
cum Titio correum conſtituerit, hactenus ſaltem vtili-
ter contracta obligatio videbitur, vt ipſius dominus mi-
hi de peculio teneatur? † ſed facilis reſponſio eſt, impe-
25 diri conſtitutionem correorum propter diſparitatem in
obligationis ſubſtantia, quæ diſparitas nulla eſſe poteſt,
cùm ſolius ſerui promiſſio interuenit. Dices fortaſſe, † At
26 ſi diſparitas in obligationis ſubſtantia impedit correo-
rum conſtitutionem, cur admittimus potius obligari ſo-
lum Titium, & in ſolidum quam Stichi dominum de pe-
culio. Illa ſiquidem ratio diſparitatis ſuadere videretur,
vt vel neuter obligaretur, vel vt vterque eo ſaltem mo-
do quo fieri poſſet, hoc eſt Titius in ſolidum. Stichi do-
minus peculio tenus. Reſpondeo Titium obligari, quia
quo caſu correorum conſtitutio impeditur, non ideò
impeditur obligatio ſingulorum, ſi aliud nihil obſtet vt
conſtat ex hac ipſa lege in princip. ſicut nec ſi plures
ſint rei ſtipulandi, quorum alius vtiliter, alius inutiliter
ſtipulatus ſit. *l. ſi duo. 128. de verb. obl.* Finge ex iis quos
ſtipulator quaſi correos obligare volebat fuiſſe alterum
præſentem, alterum abſentem, ſolus præſens obligabitur,
non etiam abſens *l. hu verbis* 8. [illegible] Non enim ſub
conditione interrogatio fit in vtriuſque perſona, vt ita
demum obligetur vnus ſi alter quoque reſpondeat, aut
reſpondendo obligetur, *l. duos. 6. eod.* Obligari autem Ti-
tium ſolum & in ſolidum, Stichi verò dominum nullo
modo, [illegible] de peculio quidem, quoniam negari non
poteſt, quin Stichus hoc caſu alienæ obligationi interue-
nerit. Atqui certiſſimi iuris eſt, ſeruum non ſolùm ſi fi-
deiuſſerit, aut mandauerit, ſed etſi alia quauis ratione pro
alio interuenerit non obligare dominum de peculio, in
eoque diuerſam eſſe ſerui & filijfamilias rationem, *l. 3.
§ ſi filiusfamilias cum ſeqq. D. de pecul.* niſi cum aut in rem
domini, aut ex cauſa peculiari facta interceſſio eſt, *l. quo-
ties. 47. §. 1. eod. l. ſeruus inſcio. 19. & ſeq. D. de fideiuſſ.* In
eóque cum viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio mihi con-
uenit. † Sed an Stichum hoc caſu pro interuentore ac- 27
cipimus, quod vt ille putat correis debendi vice mutua
intercedere licet non fideiubere videantur? Minime: Id-
que ſuperiore capite iam refutauimus. Imò potius ob
hoc ipſum quod non ſint correi, nam ſi eſſent correi Ti-
tius & Stichus, nec fideiuſſiſſe, nec interceſſiſſe vice mu-
tua viderentur. ideóque haud dubiè ex promiſſione ſer-
ui dominus ſaltem de peculio obligaretur. At quoniam
non ſunt correi propter diſparitatem ſuſceptæ obliga-
tionis, vt diximus, & tamen eadem decem ſoluere ſpo-
ponderunt, neceſſariò conſequens eſt vt vice mutua in-
terceſſiſſe videantur, ac proinde vt ex eo contractu ſerui
ad peculiarem cauſam nil pertinentè dominus nullo
modo obligetur. † Pupilli alia ratio eſſet ſi poneres fa- 28
ctum eum locupletiorem, is enim ſi eadem decem cum
Titio tanquam correus debendi promiſiſſet, quamuis
correus debendi non eſſet vt diximus, nihilominus obli-
garetur in quantum factus eſſet locupletior. Proinde di-
ci non poteſt quod Venuleius ait ſolum Titium obliga-
tum intelligi, quod ille pupilli ſine tutoris autoritate
promittentis, & ſerui eadem rationem conſtituit, mo-
nere nos debet vt intelligamus tractare eum de pupillo
non facto locupletiore. Niſi mauis pupillum factum lo-
cupletiorem comparare domino in cuius rem verſa ſit
pecunia cuius nomine ſeruus ſpoponderat. Nam eo caſu
proculdubio dominus teneretur ad finem vſque verſæ in
rem ſuam pecuniæ, *d. l. quoties. 41. §. 1. de pecul.* atque ita
fieret vt parum referret an pupillus ſine tutore, an ſer-
uus ſine domini voluntate ſpopondiſſet, quemadmodum
enim pupillus ex propria ita dominus ex ſerui contra-
ctu ad eundem vſque modum vtiliter conueniretur. † Sa- 29
nè quod vtroque caſu placeat Venuleio Titium ſolum
obligatum intelligi, probat manifeſtiſſimè ad eam ſpeciẽ
reſponſum pertinere in qua nec pupillus locupletior fa-
ctus fuerit, nec in rem domini verſa ſit, aut ex cauſa pe-
culiari debita pecunia quam ſeruus ſpopondit. † Igitur 30
tantùm abeſt vt Venulei locus probet quod vult Cuia-
cius, correos debendi vice mutua intercedere videri, vt
potius contrarium ex eius interpretatione inferri opor-
teat. Non enim alia ratione mouetur Venuleius vt neget
obligari dominum ex contractu ſerui tanquam interuẽ-
toris, qui cum Titio correus debendi fieri volebat, quàm
quòd correi facti non eſſent, id enim quod ait ſolum
Titium obligatum eſſe: ita innuens, ſi Stichus correus
factus fuiſſet, futurum vt ex eius contractu dominus ſal-
tem de peculio conueniri potuiſſet, quod tamen falſum
eſſet ſi obligatio quam quaſi correus debẽdi ſeruus con-
traxiſſet pro interuentione acciperetur.

CAPVT IV.

Quid noui induxerit Iuſtiniani conſtitutio, Nouell. 99.

SVMMARIA.

1 *Rationes propter quas dicta Nouella ad correos debendi ſimpliciter acceptos pertinere non videatur.*

2 *Quænam rationes authorem in contrariam ſententiam impulerint?*

3 *Quid dicta Nouella contra veteris iuris rationem ſit introductum?*

4 *Quid ex dicta conſtitutione operetur illa in correis conſtituendis conuentio, vt ſinguli in ſolidum teneantur?*
5 *Quid iuris ſi correi ſimpliciter accepti ſint non adiecto eo vt ſinguli in ſolidum teneantur?*
6 *Iure vetere ſingulos correos in ſolidum obligatos fuiſſe, licet de ſolidi obligatione nihil expreſſum fuiſſet.*
7 *Re[illegible] . itur ad* §.final.l reos.21.ff.de duob. reis, *& nonnulla in eius contextu emendantur?*
8 *Declaratur & explicatur* l. his verbis. 9. ff. eodem titul.
9 *Quando diuiſionis beneficium correis debendi ex Iuſtiniani conſtitutione ſit neceſſarium.*
10 *De diuiſionis beneficio inter confideiuſſores, & quando illis competierit?*
11 *Duplex differentia inter diuiſionis beneficium quod à Iuſtiniano correis debendi, & illud quod ab Hadriano confideiuſſoribus conceſſum eſt.*

1 EXiſtimabam † aliquando non pertinere Nouellam
hanc ad correus debendi, ſimpliciter acceptos, ſed
ad eos tantùm qui ſe alterna mutuàque fideiuſſione
obligaſſent. De quibus & Papinianus tractat in *l. reos. 11.*
de duob. reis. Quam in ſententiam non illud ſolùm me
mouebat, quod Nouellæ verba hoc ipſum ſonare videntur
apertiſſimè, ſed illud etiam quòd à vera iuris ratione
nimis abhorreat ſi quis à Iuſtiniano conſtitutum velit,
vt correi debendi non aliter in ſolidum obligati intelligantur,
quàm ſi nominatim id expreſſum ſit, longè
verò magis, vt hoc quoque expreſſo non priùs tamen
conueniri poſſint ſinguli quam appareat correum pro
parte conueniri non poſſe, quia fortè abſens ſit aut la-
2 pſus facultatibus. † Nunc autem vt contrà ſentiam illud
facit, quod video Correos debendi paſſim à Græcis
ἀλληλεγγύους vocari, & quos Iuſtinianus initio Nouellæ
alterna fideiuſſione obligatos dixit, poſtea reos ſimpliciter
dici, illis verbis, *Sic enim & omnes rei obligabuntur*
Item quod non ignoro fruſtra iuris rationem quæri
in iis Iuſtiniani conſtitutionibus quæ à veterum prudentum
authoritate diſſentiunt: Illud poſtremò quòd
præfatur ille ad eam ſe legem decurrere exemplo eius
iuris quod iam antè in fideiuſſoribus induxerat. Quid
enim neceſſe erat ad alternos mutuóſque fideiuſſores
producere quod iam in ſimplicibus fideiuſſoribus fuerat
conſtitutum, ſi alterna fideiuſſione obligatos alios intelligeres
quam qui ſunt correi debendi? Igitur quamuis
correi ſimpliciter accepti dici non poſſint alterna
fideiuſſione obligati, ſecundum ea quæ in ſuperioribus
diſputauimus, rectè tamen ab interpretibus omnibus
cùm veteribus tum recentioribus accepta eſt conſtitutio
de correis debendis, quos Græcè *ἀλληλεγγύους* quidem,
ſed Latinè non æquè feliciter alterna fideiuſſione
3 obligatos poſſis dicere † Verùm hoc poſito magna incurrit
dubitatio, nam ea Iuſtiniani lege ſit immutata vetus
illa correorum conſtituendorum ratio quæ toto veteri
iure obtinuerat. In eo nanque gloſſatores diſſentiũt.
Crebriore tamen noſtrorum calculo receptum eſt nihil
immutatum eſſe in modo vt illi loquuntur conſtituendi
correos debendi, ſed tantùm in modo exigendi &
exequendi, id eſt ſingulos quidem ab initio in ſolidum
obligatos intelligi etiam ſi dictum non ſit, ſed tamen
non niſi pro parte conueniendos. Id verò probare non
poſſum. Sic enim Iuſtinianus ſcribit, *Si quis alterna fideiuſſione
obligatos ſumat aliquos, ſiquidem non adiecerit oportere
& vnum horum in ſolidum teneri, omnes ex æquo conuentionem
ſuſtinere: ſi verò aliquid etiam tale adyciatur ſeruari
quidem pactum, non tamen mox ab initio vnumquem-*
4 *que in ſolidum exigi, ſed interim ſecundum partem, &c.* † Ex
quibus verbis apparet quoties conuenit vt ſinguli in
ſolidum teneantur, vtilitatem conuentionis non in eo
elucere quod ſtatim ſinguli poſſint conueniri in ſolidum
(habent enim nihilominus beneficium diuiſionis [illegible]d,
quod ſi aliter abſẽs ſit aut minus idoneus, poterit eo cõ-
ſtito, alius ex ordine in ſolidum conueniri † Ergo, ſi pa 5
ctum non interuenerit vt in ſolidum quiſque teneatur
aliud obſeruari Iuſtinianus voluit, vt quamuis vnus ex
iis abſens ſit aut non ſoluendo, alius tamen pro parte
duntaxat teneatur. Id enim eſt quod ait *omnes ex æquo
conuentionem ſuſtinere.* Alioqui dicendum erit inutilem
fore adiectionem illã *vt in ſolidũ quiſque teneatur*, quod
tamen apertiſſimè Iuſtinianus negat cùm diſtinguit, an
correi ſimpliciter accepti ſint non adiecto eo vt ſinguli
in ſolidum teneantur, an tale aliquid adiectum ſit.
Et verò vulgare tritúmque eſt, verba omnia in contractibus
appoſita operari debere, quoties ea interpretatio
accipi poteſt quæ faciat vt operentur. Quod ſi ita
eſt, non igitur ſufficiet ſcriptum eſſe, factos duos pluréſ-
ve promittendi correos ad obligandum vtrumquemque
in ſolidum, niſi præterea expreſſum ſit vt in ſolidum ſin-
guli obligentur † Proinde fatendũ eſt, correctum eſſe 6
hac parte ius vetus, quod proculdubio tale fuit, vt ſatis
eſſet conſtitui correos ſimpliciter, vt eorum quiſque in
ſolidum obligatus diceretur, etiamſi de ſolidi obligatione
nihil expreſſum fuiſſet, *l. 2. & 3. l. eandem. 9. in prin. &*
§. 1. de duob. reis. Nec obſtat quod ſcriptum eſt in *l. reos.* 7
11. in fin. eod. Cùm ita cautum inueniretur, *Tot aureos rectè
dari ſtipulatus eſt Iulius Carpus, ſpopõdimus ego Antoninus
Achilleus & Cornelius Dius*, partes viriles deberi,
quia non fuerat adiectum ſingulos in ſolidum ſpopondiſſe,
ita vt duo rei fierent, illa enim verba, *ſingulos in ſolidum
ſpopondiſſe*, adiecta ſunt ex abundanti, potuiſſetque
ratio alia ſufficere, *quia non fuerat adiectum vt duo
rei promittendi fierent*, vt in *l. 3. ibi cùm hoc autem inter
eos ſit vt duo rei conſtituantur, eod. tit. & in prin.* eiuſdem
§. cùm tabulis idem Papinianus ſcribit: cùm tabulis eſſet
comprehenſum, illum & illum centum aureos ſtipulatos,
virilem partem ſingulos ſtipulatos videri, ideò
duntaxat quod adiectum non fuerat, *ita vt duo rei ſtipulandi
eſſent.* Neque enim illud præterea Papinianus requirit,
adiectum fuiſſe vt ſingulis in ſolidum deberetur.
Ac ſanè, aliter poſito iure ineptos facias iureconſultos,
qui tot locis ſcripſerint, Plures correos ſtipulandi, habere
ſingulos in ſolidum actionem. Et viciſſim, Plures
correos debendi in ſolidum eſſe obligatos. Quis enim
de eo dubitaret ſi non aliter fieri poſſent plures correi
ſtipulandi aut promittendi, quàm adiectis illis verbis
in ſolidum? † Quò etiam pertinet, *l. his verbis. 8. eod. tit. de* 8
duobus reis, in cuius fine verba illa, *aut ſi minus*, ita ſunt
accipienda, ſi duo rei facti non ſint, vt proinde nihil
cauſæ ſit cur ei obiiciatur, *l. 2. eod. tit.* † Habent igitur ho- 9
die correi beneficium diuiſionis exemplo fideiuſſorum,
eo demum caſu quo ſinguli ſe in ſolidum obligauerint.
Nam ſi non ſit adiectum vt ſinguli in ſolidum teneantur,
diuiſionis beneficium inter eos nõ eſt neceſſarium,
qui ab initio non niſi partes debent † Quod etiã olim 10
non diſſimiliter Papinianus in confideiuſſoribus reſpondit
in *l. inter. 51 in prin. de fideiuſſ.* vbi tractat ille multum
intereſſe an ſolidum & partem virilem quiſque ex
confideiuſſoribus promiſerit, an verò ſolidum aut partem
virilem: Priore ſiquidem caſu beneficio diuiſionis
locum eſſe, nempe quoniam verum eſt ſolidum eſſe in
obligatione præcisè, vtilis autem portionis mentionẽ,
aut fruſtra factam, aut ideò fortaſſe ne dubitationi locus
relinqueretur, an creditori, ſi vellet actionem ſuam diuidere
liceret, quod vtique ſemper licet, etiamſi dictum
non ſit, *d. l. inter. 51. §. duo. verſic. planè.* Poſteriore verò
caſu non eſſe locum diuiſioni, id eſt, fruſtrà quæri de diuidendo
debito, cùm ſolidum non ſit præcisè in obligatione,
nimirum quoniam obligatio ipſa alternatiua
eſt ſolidi aut partis, atque ideò in electione eſt cuiuſlibet
ex fideiuſſoribus, an ſolidum an virilem velit ſoluere.
Vnde fit, vt eligente fideiuſſore ſolutionem partis,

vide aiur

videatur pars tantùm fuiſſe ab initio debita, quẽ ad modum ſi ſolidum ſolueretur, dicendum eſſet ſolidum ab initio debitum fuiſſe. nam in obligationibus alternatiuis, tum demum ſcitur quid ab initio fuerit in obligatione, cum electio ſecuta eſt: atque ita proculdubio intelli-
11 gi Papin. debet. † Cæterùm, hoc diſtat beneficium diuiſionis quod correis debendi à Iuſtiniano conceſſum eſt, ab eo quod iam olim Hadrianus in fideiuſſoribus induxerat, quod in fideiuſſoribus perſonæ beneficium tacitam conditionem habere intelligitur, ſi is, contra quem diuiſio poſtulatur, & præſens ſit, & idoneus. At, inter correos non eò minus diuiditur obligatio quòd ex iis, alter ſit aut abſens, aut egenus. Nam diſtinctio illa quam Iuſtinianus adhibet, an qui non conuenitur ſit abſens, aut minus idoneus, ad eum tantum caſum pertinet, ſicuti diximus, quo conuenerit vt in ſolidum ſinguli eſſent obligati. Itaque alio etiam reſpectu intereſt inter duplex hoc beneficium diuiſionis, quòd diuiſio fit inter correos ipſo iure, & ſola Iuſtinianeæ legis poteſtate, ſicut & diuiſio illa actionum hæreditariarum inter cohæredes ex lege duodecim tabularum. *l. 1. C. ſi cert. petat.* At, inter fideiuſſores non ipſo iure fit, ſed per exceptionem inductam beneficio epiſtolæ Hadriani. *l. inter fideiuſſores. 26. cum ſeq. ff. de fideiuſſ.* quamuis Iuſtinianus Hadriani exemplo motum ſe dicat, vt quod in fideiuſſoribus iam conſtitutum erat, produceret ad correos, quos vel eò maximè conſtat fideiuſſorum iure non cenſeri, quia nec poſſunt, quod ad diuiſionis beneficium attinet, nec ſi ponas inuicem eos fideiuſſiſſe, quia neque poſſunt videri confideiuſſores, nullo alio principali debitore exiſtente, cùm iidem illi ſint principales debitores. Porrò, cùm Iuſtinian. in beneficio diuiſionis indulgendo, non diſtinguat ad quem ex correis pecunia peruenerit, neque nos diſtinguere debemus: præſertim cum a nobis in ſuperioribus probatum ſit, non ſemper fideiuſſoris loco habendum eum ad quem pecunia peruenit.

Capvt V.

Abrogatum à Iuſtiniano Papiniani reſponſum quod extat in §. duo rei. l. inter eos. 51. de fideiuſſ. & malè à nonnullis emendatum. § vlt. l. ſi res. 27. eod.

SVMMARIA.

1 *Creditorem veteri iure non cogi inter omnes correorum fideiuſſores actionem diuidere, ſed inter eos duntaxat qui pro ſingulis interuenerant.*

2 *Ex Iuſtiniani lege creditorem cogi inter dictos fideiuſſores actionem diuidere, licet adiectum ſit vt ſinguli in ſolidum teneantur.*

3 *Viriles portiones eo caſu non ex fideiuſſorum, ſed ex correorum numero conſtitui.*

4 *An, ſi correi debendi exceptioni diuiſionis, & ordinis renunciauerint, & fideiuſſores poſtea accepti contraria pactione ſibi non proſpexerint, ius vetus hac parte ſeruandum ſit.*

5 *Quid iuris ſi fideiuſſores accepti ſint antequam à correis exceptioni diuiſionis & ordinis renunciatum fuiſſet?*

6 *Cur inter fideiuſſorem qui principalis eſt, & illius fideiuſſoris fideiuſſorem obligatio non diuidatur?*

7 *Emendatur* § vlt. d. l. ſi plures.

8 *Fideiuſſorem poſſe diuiſionem impetrare aduerſus confideiuſſorem, nec non contra confideiuſſoris fideiuſſores.*

1 SVpradictis † conſequens eſſe puto, vt ex Iuſtiniani Nouella 99. *de duob. reis.* correctum quoque ſit eleans illud Papiniani reſponſum, quod extat in *§. duo rei. l. inter eos. 51. de fideiuſſor.* vbi ſcriptum eſt ſi duo rei promittendi ſeparatim dederint fideiuſſores, inuitum creditorem inter omnes fideiuſſores actionem diuidere non cogendum, ſed inter eos duntaxat qui pro ſingulis interuenerunt. Nam ratio quæ Papinianum mouere poterat illa erat, quòd conſtitutis ſimpliciter duobus correis debendi, licet vnum ſit debitum, vna ſumma, vna obligatio, *l. 3. §. vlt. de duob. reis.* ea tamen obligatio in cuiuſque perſona quaſi ſingulorum propria conſiſtit. *l. cum tem. 9. §. vlt. l. ſi reus. 13. eod.* Inde enim fit, vt quod ad fideiuſſores alterutrius pertinet, perinde ſit ac ſi ſolus ille pro quo interceſſerunt obligatus eſſet, cùm ipſe in ſolidum teneatur, *l. cum duo 40. de fideiuſſ. l. ſi plures. 9 de pact.* Atqui correus ille non haberet beneficium diuiſionis aduerſus correum, non magis quàm ſi correum nullum haberet, *l. 1. §. vlt. l. ſi duo. l. reus. 11 in princ. D. de duob. reis. l. 2. & 3. C. eod. l. cum apparebit. 47. ll. locat. l. reos. 23. C. de fideiuſſ. l. ſi non ſingul. 5. C. ſi cert. pet. l. ſi duo. 16. D de conſtit. pecun.* Ergo nec ipſius fideiuſſores audiendi erunt, ſi poſtulent diuidi obligationem inter ſe pro diuidia. Nam quod ad eos ad beneficium diuiſionis ſpectat, qui non ſunt confideiuſſores, eodem loco habentur, ac ſi nullo modo fideiuſſores eſſent, id eſt, vt nihil magis ex eorum perſona liceat alterius correi fideiuſſoribus, qui ſoli conueniuntur, virilium portionum rationem inducere, conſtat autem eos qui diuerſarum ſtipulationum fideiuſſores ſunt, licet eiuſdem pecuniæ nomine, nõ eſſe confideiuſſores, nec enim aut perſonam vnius eiuſdemque debitoris ſtatuere confideiuſſores ſed identitatem, vt ita dicam ſtipulationis: hoc eſt ſi ſimul eodemque tempore interuenerint, *l. ſi Titio. 44. de fideiuſſ.* Aut ſi diuerſis quidem temporibus, ſed alter tamen alterius contemplatione, vt in *l. ſi Titius. 48. eod. tit.* & vt Pap. loquitur in *l. ſi plures. 38. de adminiſt. tutor. in periculo ſocietatem.* † At hodie, ex Iuſtinian lege, cogitur creditor in- 2
ter correos debendi actionem diuidere: non ſolùm ſi ſimpliciter accepti ſint, ſed & (quod magis mirum eſt) ſi adiectum ſit vt ſinguli in ſolidum teneantur. Conſequens ergo eſt, vt inter omnes ſimul ſingulorum correorum fideiuſſores actio diuidatur, quæ inter correos ipſos diuideretur: Ne aliter poſito iure fatendum ſit, in duriorem cauſam obſtrictos fideiuſſores contra iuris regulam, *l. græcè 8 § illud. l. qui. 34. l. teſtamento 49. §. vlt. de fideiuſſ.* † Sed hactenus tamen, vt ex correorum non ex 3
fideiuſſorum numero, viriles portiones conſtituantur: Nam ſi pro Titio Mæuius & Sempronius, pro Caio Lucius Attius, & Cornelius fideiuſſerint, ſic diuiſio facienda erit, vt non quintam debiti partem ſinguli, ſed quartam Mæuius, quartam Sempronius, ſextas Lucius Atticus, & Cornelius debeant ſinguli, quia dimidiam Titius, aliam dimidiam Caius deberet. † Si tamen cor- 4
rei debendi, vt hodie fieri ſolet, exceptioni diuiſionis, & ordinis renunciauerint, & fideiuſſores poſtea accepti contraria pactione ſibi non proſpexerint, ius vetus obſeruabimus, vt inter eos tantùm fideiuſſores actio diuidatur qui pro ſingulis interuenerunt, quoniam non poteſt fauore fideiuſſorum induci ius nouum ex perſona reorum, qui iuris noui beneficium reſpuerunt: neque rurſum ex perſona fideiuſſorum qui non ſunt confideiuſſores, vt diximus, cùm ſeparatim interceſſerint.
† Loquor de fideiuſſoribus poſtea acceptis, quia, ſi ac- 5
cepti eſſent antequam à correis debendi renunciatum fuiſſet exceptioni ordinis, & diuiſionis non poſſet exceptio fideiuſſoribus ſemel quæſita iis adimi facto correorum, *l. vltim. de pact.* nil obſtante eo quod aduerſus correos habituri eſſent mandati actionem, quoniam ipſorum intereſt minus ſoluere potius quàm ſolutum repetere, *l. ſi ſtipulatus. 15. in prin. d. de fideiuſſ.* † Hinc verò illud etiam apparet, quam rationem habeat quod Vlpianus ſcribit in *leg. ſi plures. 15. §. vlt. eod. tit. de fideiuſſ.* Si fideiuſſor fuerit principalis, & fideiuſſor fideiuſſoris non poſſe

poſſe ſecundum bune fideiuſſorem deſiderare, vt inter
ſe & eum fideiuſſorem pro quo fideiuſſit, diuidatur obli-
gatio. Ille enim, inquit, rei loco eſt non fideiuſſoris, nec
poteſt reus deſiderare, vt inter ſe & fideiuſſorem ſuum
ea diuiſio fiat. Proinde, ait ſi ex duobus fideiuſſoribus
alter fideiuſſorem dederit, adoerſus eum quidem non di-
nidetur obligatio pro quo interuenit, aduerſus confide-
7 ioſſorem magis eſt, vt diuidatur. † Sic enim omnino le-
gendum eſt, quomodo libri omnes habent, non vt ex
recentioribus quidam optimè alioqui de iure noſtro
meritus docuit, qui pro *confideiuſſorem* mauult legere
confideiuſſoris confideiuſſorem, ſiquidem confideiuſſorem
Vlpianus illo loco haud dubiè intelligit eum qui à reo
principali datus fuerat non qua fideiuſſore, ſunt enim
illi confideiuſſores, non item qui ab vno ex iis datus
eſt fideiuſſor. Et conſequenter locus eſt inter eos bene-
8 ficii diuiſionis. † Quamquam & illud quoque verum
eſt fideiuſſorem poſſe diuiſionem impetrare non ſolùm
aduerſus confideiuſſorem, ſed etiam contra confideiuſ-
ſoris ſui fideiuſſores confideiuſſoréſque. Omnium quip-
pe par & eadem ratio eſt Nec magis acutè faciunt qui
fideiuſſores à correis debendi datos hac parte ſeparant
ab aliis fideiuſſoribus, quaſi beneficium diuiſionis ha-
bere non debeant, ſola illa ratione quòd plures cor-
rei vnius tantum loco habeantur. Etſi enim ita eſt,
cur non tamen illorum fideiuſſoribus idem beneficium
detur, quod vnius debitoris fideiuſſoribus non dene-
garetur?

Capvt VI.

Correo debendi qui totum ſoluit man-dati actionem aduerſus correum non competere, ad l. 1. alias. 2. C. de duob. reis & emendatio l. qui fide. 56. Digeſt. mandat.

SVMMARIA.

1 *Refutatur ratio eorum qui putant correo debendi qui totum ſoluit mandati actionem aduerſus correum competere.*
2 *Mandati actionem regulariter paucíſque caſibus exceptis ei competere non poſſe, qui ſuum magis quam alienum negotium geſſit, licèt mandatum præceſſerit.*
3 *Correum qui totum debitum ſoluit ſuum magis quam alienum negotium geſſiſſe.*
4 *Si quis ex pluribus correis obligari non poſſint, vel non rectè reſponderint eos qui rectè reſponderant ſolos & inſolidum obligari.*
5 *In pluribus fideiuſſoribus idem iuris eſſe, qui tamen beneficium diuiſionis & exceptionis credendarum actionum habent, quod correi non habent.*
6 *Differentia inter correos & fideiuſſores quod ad obligationis ſoliditatem, & cauſam.*
7 *Quid ſequatur ex eo quod ſinguli correi proprio nomine obligentur?*
8 *Repurgatur à duplici mendo* d. l. qui fide.
9 *Eum pro quo inuito vel ignorante quis mandato meo fideiuſſit, mandati conueniri non poſſe, quamuis pecunia fideiuſſoris liberatus ſit?*
10 *Liberationem eo caſu debitori contingere, non mandati mei, ſed ſolutionis à fideiuſſore factà poteſtate.*

QVod in ſuperioribus probauimus, Correos debendi
non aliter vice mutua videri fideiuſſiſſe, quàm ſi
nominatim id actum ſit, nec rurſum pro fideiuſſore ſem-
per habendum eum ad quem pecunia non peruenit, fa-
cilè monere nos poteſt, vt intelligamus quàm verum
ſit, quod nos hoc capite & ſequentibus, probandum ſuſ-
cipimus, Correo debẽdi, qui totum debitum ſoluit, nul-
lam omnino aduerſus correum actionem competere,
nec ſi totum ille ſoluerit, ad quem nihil ex pecunia per-
uenerat. † Ac primum de mandati actione videamus: 1
etſi enim ex iis etiam qui actionem aliquam correo
dandam putant, pleríque fatentur poſt Accurſium ad *l.*
1. *C. de duob. reis.* mandati iudicio locum hic non eſſe.
Non deſunt tamen qui contra ſentiant, ſiue quod non
dubitantes quin actio alia dari debeat, nullam videant,
quæ occurrat accommodatior, ſiue quòd exiſtiment,
correum, præſertim qui accipit pecuniam cuius no-
mine obligatio contrahitur, hoc ipſo mandare videri
correo vt ſe obliget, quod patitur ſecum fieri correum
illum, cuius alioqui nihil intererſit. arg *l. qui patitur. 18. l. ſi
remunerandi. 6. §. ſi paſſus leg. qui fid. 53. D. mand. l. ſemper
aut non prohibet 60. de R. I* Verùm hanc nos, rationem
iam ſatis ſupéque refutauimus, cum oſtendimus pro
fideiuſſore non habendum eum, ad quem nihil perue-
uenit Pro tali enim vtique habendus eſſet, ſi correus,
qui totam pecuniam accepit, mandaſſe intelligeretur,
cùm non niſi vtroque correo præſente obligatio cor-
reorum conſtitui poſſit. Neque ſanè ex tot illis locis,
qui extant in Pandectis & in Codice de correis deben-
di & actione mandati, vllus eſt, qui correo contra cor-
reum actionem mandati accommodet. Quomodo enim
mandati poſſit conueniri qui nec mandauerit, nec pro
mandante habeatur? *l. ex mandato. 10. §. 1. cum l. ſeq. & l.
qui fide. 53. l. ſi præcedente. 58. & paſſ. D mandat.* Nec ad
rem pertinet, quòd actoris pecunia liberatus ſit is qui
conuenitur † Illud namque duntaxat inſpiciendum eſt, 2
quoties mãdati agitur, an mandatum aliquod ſiue ex-
preſſum. ſiue tacitum præceſſerit, non actoris pecunia,
reus liberatus ſit, *d. l. qui fide, & d. l. ſi præcedente.* Quin
& eo quoque caſu quo mandatum præceſſit, mandati
tamén actio regulariter competere non poteſt, qui ſuũ
magis quam alienum negotium geſſit, *l. 1 §. idem Pom-
ponius quærit ſi apud te. 14.* in illis verbis, *nec mandati te-
neris quia meum rem geſſit. D. depoſit.* Dixi *regulariter*,
quoniam caſus quidam excipiẽdi ſunt, quos Paulus tra-
ctat in *leg. ſi mandauero. 22. § interdum. D. mand.* Vt puta,
ſi debitor meus periculo tuo debitorem ſuum mihi de-
leget aut ſi rogatu fideiuſſoris cum reo experiar, Qui-
bus & addi ille poteſt de quo elegãter Tryphonious in
l. tutor datus 69. ſi de fideiuſſ Si fideiuſſor ex cauſa non fi-
deiuſſionis, ſed tutelæ, ſoluerit, quod primum ob fide-
iuſſionem debuerat. Etiam poſteaquam ex ea cauſa tẽ-
pore liberatus eſt: habet enim nihilominus actionem
mandati contra reum promittendi, inſpecta ſcilicet, vt
lex ait, cauſa debiti potius quam titulo actionis, cum id-
circò teneatur ex cauſa tutelæ, quia potius debitor fue-
rat ex cauſa fideiuſſionis, & à ſeipſo exigere debuerat:
quod ſi feciſſet, non fuiſſet tempore liberatus, & habe-
ret obligatum debitorem actione mandati: nemo autem
dixerit audiendum reum, ſi imputare fideiuſſori velit,
cur non potius ex cauſa fideiuſſionis ſoluerit, cum, ſi id
factum eſſet, tantò magis ille fideiuſſori teneretur, facit
*l. ſi pupilli. §. vlt. l. ſi autem. 8. l. atquin. 19. D. de negot. geſt.
l. ſi tutor. 12. de tutel. & ration. diſt. l. item veniunt. 20. §. cum
prædiximus de hered. pet. l. ſi negotia. 31. l. qui mutuam. 56.
§. non ideò. D. mandat.* Extra hos caſus, & ſi qui alij ſunt
ſimilem habentes rationem, vix eſt, vt mandati agere
poſſit, qui ſuum potius quam alienum negotium geſſit,
licèt ei mandatum fuerit: multò minus verò, ſi nihil ipſi
mandatum ſit. † Atqui correus, qui totum debitum ſol- 3
uit, nullum à correo mandatum habuit, ac tametſi po-
nas habuiſſe, ſuum tamen negotium geſſit non correi
cùm eſſet ille in ſolidum obligatus, *lege ſecunda & ter-
tia de duob. reis.* Et quidem ſuo nomine non alieno, vt
non ſolùm ex eo conſtat, quod ante Iulianum diuiſionis
beneficium

beneficium habere non poterat, *l. reos in princ. 11. eodem tit. l. ſi plures. 27. §. vltim. de fideiuſſ. locum apparebit. 47. D. locat.* (quod tamen iam olim competebat omnibus pro alio obligatis. *l. pen. de fideiuſſ. tutor.* adeóque iis qui pro aliis ſe conſtituiſſent principales debitores, *l. vlt. Cod. de*
4 *conſtit. pecun.* † Sed ex illo etiam, quòd ſi fortè ex pluribus correis debendi alter obligari non poſſit, ſiue quòd alteruter dùtaxat reſponderit, vt *in l. duos reos. 6. de duob. reis.* ſiue quòd vnus hodie alius die ſequenti, *vt in lege ſi ex duob. 12. in princ. eodem.* Siue denique quòd ex iis alter ſit pupillus, qui ſine tutoris authoritate ſpoponderit, *d. l. ſi ex duob. §.* is nihilominus, qui rectè reſpondit, ſolus & inſolidum obligatur, dictis legibus. Quod ſanè iniquum eſſet, & a iuris ratione prorſus alienum, ſi ita ſe res haberet, vt vni ex correis totũ ſoluenti parata foret mandati actio, aliave vlla contra correũ pro partis repetitione. Siquidem ita poſito iure, fieret vtique iniuria ei, qui contra id quod actum eſſet, in ſolidum proprio nomine obligatus reperiretur argu. *l. idem.*
5 *14. D. de inſtit. act.* † Nec eſt quod quis obiiciat, idem contingere in fideiuſſoribus, vt ſi ex pluribus quidam obligari non poſſint, cæteri in ſolidum obligentur, *l. ſi Titius. 48. de fideiuſſ.* quos tamen conſtat beneficium habere diuiſionis & exceptionis cedendarum actionum. Nam reſpondeo. Pluribus fideiuſſoribus ita acceptis, vt in ſolidum ſinguli teneantur (de illis quippe tantùm hîc loqui poſſumus, vt ad quos ſolos beneficium diuiſionis pertineat, *l. inter eos. 51. de fideiuſſ.*) itemque correis debendi commune illud eſſe, quòd in ſolidum ſinguli
6 obligari volunt. † Sed in eo tamen differre, quod fideiuſſores alieno nomine obligantur. Ideóque licèt ex iis quidam obligari nequeant, ſubſiſtit nihilominus cæterorum obligatio in ſolidum propter obligationem principalis debitoris, qui in ſolidum teneretur. At in correis debendi, tametſi poſſis eos vice mutua intercedere, nec proprio nomine in ſolidum obligari, ſed pro parte ex perſona propria, pro parte verò ex perſona correi. Non poſſis dicere, quænam aut vbinam ſit obligatio illa principalis, cui poſſit accedere fideiuſſoria, quoties eorum alter obligari non poteſt. Et ob id fateri te neceſſe eſt, illo caſo, eum qui ſolus obligatur vel non obligari in ſolidum (quòd tamen Iuriſconſulti affirmãt ſupradictis locis,) vel non niſi proprio nomine obligari, cùm fieri nequeat, vt tanquam fideiuſſor obligetur eius nomine, qui non eſt obligatus, *l. fideiuſſor. 16. in pr.*
7 *eodem titul. de fideiuſſ.* † Quòd ſi admittas, obligari eos ſingulos proprio nomine, illud ſtatim conſequens, eum igitur, qui totũ ſoluerit quaſi correus, non debere mãdati actionem habere cõtra correũ, quia propter obligationem ſuam ſoluit & ſuo nomine, tametſi correum ipſo iure liberauerit, argument. *l. Papinianus. 28. iunct. l. qui fide. 53. D. mandat.* Sanè ſi pro te fiam reus promittendi certum eſt poſſe me contra te agere, aut mandati ſi mandaueris, aut negotiorum geſtorum ſi non mandaueris, idque etiam priuſquam ſoluam, nimirum, vt me liberes, *l. ſi mandatu meo. 45. §. ſi iudic. o in fi. eod.* At correo in correum, ſiue ante ſiue poſt ſolutionem, mandati actionem competere, nuſpiam, vt dixi, proditum eſt De actione negotiorum geſtorum an competere poſſit, ſe-
8 quenti capite videbimus. † Sed priùs admonendum eſt, corruptum eſſe duob. locis Papiniani reſpooſum in *d. l. qui fide* Primùm in illis verbis, *alterius mandatum ſecutus fideiuſſit*, legendum enim eſt *alterius* non *alterutrius*, vt *l. vlt. D. de duobus reis alterius*, non *alicuius* Deinde in fine legis, vbi ſic ſcriptum eſt: *id enim contingit etſi ſi-*
9 *ne mandato meo pro alio ſoluas.* † Malo namque legere, *etſi ſine mandato meo*, vt non ſolum elegantior, ſed etiam accommodatior ſit ratio, qua Papinianus mouetur vt probet, eum, pro quo inuito vel ignorante quis fideiuſſit me mandante, iudicio mandati conueniri non poſſe, ſed me ſolum, quamuis liberatus ille ſit pecunia fideiuſſoris. Nam qui volet contendere, mandati actione teneri eum qui liberatus eſt, ob id tantum quod ego fideiuſſori mandauerim, vt pro ipſo fideiuberet, idem perinde contendet, eandem mandati actionem multò magis competituram aduerſus debitorem liberatum, ſi me mãdante, quis pro eo ſoluerit. Idem enim concedendæ actionis color eſt, quod mandatum meum interceſſerit, cuius vtilitas ad debitorem peruenit, qui pecunia actoris liberatus eſt Et ſanè, quid hac parte intereſt, vtrum alicui mandauerim, vt pro alio fideiubeat, an vt pro alio ſoluat? Neque verò quiſquam fuerit tam ſtultus, vt ei, qui pro alio inuito vel ignorante ex mandato meo fideiuſſit, actionem mandati aliter concedere velit, aut contra me, aut contra debitorem liberatum, quam ſi ſolutio ſecuta ſit, cùm nec ante ſolutionem contingat liberatio, nec regulariter, ob id ſolum quod quis fideiuſſit, habere debeat mandati actionem, ſed tum demum cùm ſoluerit, præterquam certis caſibus, quibus receptum eſt, vt etiam ante ſolutionem, fideiuſſori detur actio mandati in id ſcilicet vt à fideiuſſionis periculo eximatur, *l. Lucius. 38. D. mand. ſi pro ea. 10. C. eod. l. fideiuſſ. 45. D. de fideiuſſ. l. 1. C. de fideiuſſ. minor.* At ſi Papinianum ſic legas, *idem contingit etſi ſine mandato meo pro alio ſoluas.* elegantiſſimam & vigẽtiſſimam efficies rationem, ex qua apparebit. Non ob id, poſſe fideiuſſorem mandati agere aduerſus debitorem liberatum, quòd mandãte me pro eo fideiuſſerit, tum ſoluerit, eúmque liberauerit Nam etſi nullo præcedente mandato meo facta ſolutio fuiſſet, etiam inuito, aut ignorante debitore perinde liberatio contigiſſet, neque tamen actionis mandati concedendæ color vllus ſubeſſet, quomodo nullum prorſus mandatum interueniſſet. † Ex quo conſtat, etiã 10
interueniente mandato, liberationem debitori contingere, non mandati mei, ſed ſolutionis ab alio factæ poteſtate, quæ haud dubiè ſemper illi prodeſt, cuius ſiue ignorantis ſiue inuiti nomine facta eſt, vulg. *l. ſoluendo. 39. D. de neg. geſtor. l. ſolutione. 24. de ſolut.* Proinde fideiuſſori, qui mandante me pro alio inuito vel ignorante fideiuſſit, & ſoluit, non magis actio mandati contra illum danda eſt, quàm ſi non mandaſſem Errori cauſam dedit inſcitia exſcriptoris, cùm vetere librariorum more ſcriptum fortaſſe eſſet, ET SINE MEO MANDATO pro ETSI SINE: quod a nobis tam ſæpe libris ſuperioribus inculcatum eſt.

CAPVT VII.

Actionem negotiorum geſtorum aduerſus correum non competere correo, qui totum ſoluit: nec rurſum de in rem verſo, ad l. nam & Seruius. 21. & l. ex facto. 30. D. de neg. geſt. & l. ſi pro parte. 10. §. vlt. de in rem verſ.

SVMMARIA.

1 *Tres rationes quibus Molineus probare voluit, correo qui totum ſoluit, negotiorum geſtorum actionem contra correum competere.*
2 *Contrariæ ſententiæ fundamenta.*
3 *Negotiorum geſtorum actionem ei nunquam competere qui ſuum negotium geſſit.*
4 *Reſpondetur ad l. ſi non ſinguli. & l. ſi in rem. C. ſi cert. pet.*
5 *Correum qui totum ſoluit ſuum duntaxat negotium gerere videri.*
6 *Quando ei qui alienum vel commune negotium geſſit, & totum ſoluit, negotiorum geſtorum actio poſſit competere.*

7 Fide

7 *Fideiuſſori qui totum debitum ſoluit, non dari aduerſus confideiuſſores negotiorum geſtorum actionem.*

8 *Soluitur primum argumentum pro Molinæi & Accurſij ſententia allatum.*

9 *Ei qui neceſſe habuerit aut putauerit neceſſe habere pro alio, non pro ſe negotium gerere, negotiorum geſtorum actionem competere.*

10 *Cur debitori & cohæredi qui pignus commune liberauit & ita negotium ſuum quodammodo geſſit, negotiorum geſtorum actio detur.*

11 *Debitori qui ſolutione pignus rei communis liberauit duplicem pro duplici ſublata obligatione, actionem competere.*

12 *An in ſpecie* l. nam & Seruius.ff. de negotiot. geſtor. *actio negotiorum geſtorum illis duobus detur, qui tertium quendam pecunia ſua ab hoſtibus dimiſerant.*

13 *Ex conuentione inter captiuos & cum hoſtibus facta in ſpecie* dict.l. *nullam obligationem iure ciuili, ſed ex ſola æquitate naſci potuiſſe.*

14 *Alia ratio propter quam in ſpecie* dict. l. *duo illi qui tertium ab hoſtibus redemerunt actione negotiorum geſtorum aduerſus eum experiri non poſſint?*

15 *Tertium illum & eos qui ipſum redemerunt, eo tempore quo eius negotium geſſerunt, ſeruos fuiſſe.*

16 *Acquiſitas Prætoria actionis quo in ſpecie* d.l. *aduerſus tertium illum datur qui a ſociis captiuis redemptus non vult illis pretium reddere.*

17 *Coniunctio* dict. l. nam & Seruius *cum lege præcedente.*

18 *Diuerſam eſſe rationem hominis liberi qui captiui poſtea reuerſi negotia adminiſtrauit, & captiui qui pro captiuo redemptionis pretium ſoluit.*

19 *Eo caſu quo captiuus captiuum redemit, non ſubſidiaria in factum actioni ciuili, ſed Prætoria locum eſſe.*

20 *Captiuos in ſpecie* d.l nam & Seruius.*correos debendi non fuiſſe, ſed confideiuſſores, quorum vni totum ſoluenti aduerſus cæteros confideiuſſores negotiorum geſtorum actio non competit.*

21 *Reſpondetur ad* l.ex facto.30. de neg. geſt. *& ratio redditur cur in ea lege curatori aduerſus ſubcuratorem negotiorum geſtorum actio detur.*

22 *Actionem illam vtilem non directam eſſe.*

23 *Aliam curatoris & ſubcuratoris, aliam verò correorum debendi rationem.*

24 *Quo ſenſu dicatur, negotiorum geſtorum actionem omnibus dari, quorum intereſt eo iudicio experiri?*

25 *An is qui totam pecuniam ſoluit quam cum correo mutuam acceperat, correi negotium inſpecto initio geſſiſſe videatur?*

26 *Conſtitutorem, expromiſſorem & fideiuſſorem ſoluentes initio inſpecto pro alio ſoluere.*

27 *In duobus reis debendi dici non poſſe vter pro altero ſit obligatus, licet tota pecunia vni duntaxat ex correis numerata ſit.*

28 *Refutatus pragmaticorum opinio exiſtimantium actionem de in rem verſo dari debere, quum pecunia in rem vnius ex correis eſt conuerſa.*

1 Res † erit nobis hoc capite cum Accurſio, qui ad *l.1.C.de duobus reis.* ad cuius interpretationem tota hæc quæſtio pertinet, ſic exiſtimat, Correi, qui totum ſoluit negotiorum geſtorum actionem aduerſus correum competere. Quam ſententiam à pleriſque probatam, Molineus quoque ſecutus eſt ad *leg. Modeſtin.de ſolut.num.5* Accurſius nihil prorſus affert, ex quo ſuam probet interpretationem tam improbabilem. Molineus verò cui familiare fuit ingenioſum agere in comprobandis ſiue ſuis, ſiue alienis opinionibus, quæ à vera iuris ratione abhorrerent, mouetur primùm ex eo, quòd cùm correus qui nihil ſoluit, perinde obligatus eſſet in ſolidum, atque is qui ſoluit, liberatúſque ſit per ſolutionem à correo factam, negari non poſſit, quin, eiuſmodi ſolutione, ipſius negotium vtiliter geſtum ſit. Nec ad rem, inquit, quod vrgente neceſſitate vel neceſſitatis ſuſpicione eò ventum ſit, vt alterius negotium gereretur, *leg.3.§.hac actione de negot.geſtor.* ſufficit namque vtiliter geſtum eſſe, & agentis intereſſe, *l.actio.47.eo.* Addit quod Paulus ex Seruio tractat in *l.nam & Seruius.21.eod.titul.* Cùm tres à Luſitanis capti eſſent, & vnus ea conditione miſſus, vt pecuniam pro tribus afferret, ac niſi rediiſſet, vt duo pro eo quoque pecuniam darent, iſque reuerti noluiſſet, atque ob hanc cauſam illi pro tertio pecuniam ſoluiſſent: æquum fuiſſe, Prætorem in eum reddere iudicium, ſcilicet, vt ille interpretatur, negotiorum geſtorum. Id enim ſuadere videtur & titulus, ſub quo lex poſita eſt, & finis legis præcedentis Mouetur poſtremo quòd contutori aduerſus contutorem, & magiſtratui aduerſus collegam magiſtratum eadem negotiorum geſtorum actio competat, ſi quid vnus pro altero præſtiterit, tametſi in ſolidum ſinguli eſſent obligati, *l.ex facto eod. titul.* Cur non igitur, inquit ille correo quoque aduerſus correum competet.
† Me in contrarium illud monet, quòd iuris eſt certiſ- 2
ſimi, negotiorum geſtorum actionem ei nunquam competere, qui ſuum negotium geſſit, *l.creditor.60.§.1.D.mandat* Imò nec retentio ei danda eſt, *leg.deducta, 58.§.qui poſt tempus ad S.C.Trebellian.* niſi cum ſuo, alienum quoque, id eſt, commune negotium geſſerit, *l.in hoc iudicium.14.§.1. D. commun diuid.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus *libro.2.cap.2* Nemo autem neſcit, facilius eſſe, vt retentionem quis habeat quam actionem, *l.1.§.is autem de ſuperfic. l.inuitus.156.*
§.cui damus de regul.iur. † Inde eſt quod generaliter 3
proditum legimus negotiorum geſtorum actionem ei dandam non eſſe, cuius pecunia ad ſuum creditorem peruenerit, licet alienum voluerit gerere negotium, *l.liber homo 36. de negot. geſtor.* in poſtremis verbis, *quæ deſinit competere ſi creditori eius ſoluta ſit.* Adde *l. cum pecuniam 43.ibi eius nomine ſolueret,* & *l.mandaſti 46.* in illo loco *ſi verò propterea emeris ne filius mandati iudicio teneretur. D.eo tit.* Quin etſi in rem communem à pluribus accepta ſit pecunia, ita tamen, vt correi facti non ſint qui acceperunt, & vnus totum ſoluerit, datur quidem ſoluenti partis repetitio, ſed per generalem certi condictionem non per negotiorum geſtorum actionem, *l.ſi non ſinguli 5.l.ſi in rem communem.12.C.ſi cert.petat.* Quantò minus igitur negotiorum geſtorum actio aduerſus correum dabitur, correo qui totum ſoluit?
† Nam quod in *dict.l.ſi non ſinguli & d. l. ſi in rem.* alia 4
conſtituitur correorum ratio, alia eorum qui correi non ſunt, non eò pertinet, vt correo actionem negotiorum geſtorum accommodare debeamus, ſed vt nullam potiùs, niſi quam ipſi creditor aduerſus correum mandauerit, vt conſtat apertiùs *ex l. ſi dimiſſa. 15.*
C. de locat. † Illud enim veriſſimum eſt, quod nos ſu- 5
periori capite probauimus correum teneri ſuo & proprio nomine totum debitum ſoluere, non ſolum ſi correum habeat qui ſit vtiliter obligatus creditori, ſed & ſi obligatio correi non ſubſiſtat, *l duos reos. 6.l ſi ex duobus.12.in princ.& §.1 de duob.reis.l.ſi duo.128.de verb. oblig.* Ideóque perinde ſuum duntaxat negotium gerere videtur cùm totum ſoluit licet per conſequentia correum liberet, ac ſi eum non liberaret. Non enim idcirco liberat quod pro eo ſoluat, ſed quia pro ſeipſo ſoluens efficias, vt tota obligatio extinguatur cuius nomine correus acceptus fuerat, argum. *l. ſi ex pluribus.*
16.de accept.iunct.l.2.de duob.reis. † Adde quod etiã cùm 6
quis alienum negotium gerit, ſi tale illud ſit vt nec ſuum proprium poſſit explicare niſi alienum quoque gerat, negotiorum geſtorum agere nullomodo poteſt, *leg.heredes.25 § non tantum.16.* in illis verbis, *quoniam hic propter ſuam partem cauſam habuit gerendi & ideo negotiorum*

gotiorum geſtorum actio ei non competit. D.ſ.ſamil.erciſcund.
Tunc enim ſolùm competere poteſt negotiorum geſto-
rum actiò ob id quod in re communi geſtum eſt, cùm
potuit ſocius partem ſuam ita adminiſtrare, vt ſocij quo-
que partem adminiſtrare non cogeretur, *l. ſi communes*
40. de negotiis geſtis, leg. ſi quis putans. 6. §. ſine autem. verſic
hoc autem, & verſic. *cæterum. D. commun. diuid.* Atqui non
auditur correus qui partem duntaxat debiti offerat Igi-
tur ſiue ſuum ſiue commune gerat negotium cùm totum
7 ſoluit, quo iure obſecro liceat ei aduerſus correum age-
re negotiorum geſtorum? † Alioqui ſi vnum illud in-
ſpiciendum eſt, quod per ſolutionem à correo factam
correus quoque liberatur, quidni eadem ratione conclu-
dimus pluribus acceptis fideiuſſoribus eiuſdem obliga-
gationis nomine ſi vnus totum debitum ſoluerit dan-
dam illi aduerſus cæteros confideiuſſores negotiorum
geſtorum actionem? Vtique enim vnius ſolutione cæ-
teri omnes liberantur, & tamen conſtat nullam eos in-
uicem habere actionem niſi ſi qua ſoluenti ceſſa ſit, *l. vt*
fideiuſſor. 39. D. de fideiuſſ. Nimirum, quia quod vnius ex
confideiuſſoribus totum ſoluit facit ſuo nomine, & vt
8 ſeipſum liberet, quamuis per conſequentias cæteri con-
fideiuſſores liberentur. † Reliquum eſt, vt ad rationes
quibus aduerſarij mouentur reſpondeamus. Ac primùm
quod obijcitur ex *§ penult. l. de negot. geſtor.* locum eſſe
actioni negotiorum geſtorum etiam ſi neceſſitate ali-
qua vel neceſſitatis ſuſpicione vigente alienum quis
9 negotium geſſerit, faciliem haber reſponſionem: † de-
bet namque intelligi de negotio quod quis neceſſe ha-
buerit aut putauerit habere neceſſe pro alio gerere,
pro ſe autem nullomodo. Exemplum accommodatum ſu-
mi poteſt ex *leg. curatorem. 6. C. eodem tit.* in curatore qui
teſtamento aut alia ratione inutiliter datus negotia mi-
noris geſſit. Hic enim interdum neceſſe habet gerere,
puta ſi agnouerit legatum ſibi eodem teſtamento reli-
ctum, *l. vltim. D. de confirm. tutor.* Et quamuis alias ne-
ceſſe non habeat, ſi tamen geſſerit cùm putaret cogi
ſe poſſe vt gereret, æquum eſt dari ei actionem nego-
tiorum geſtorum, in eúmque viciſſim, *d. leg. curatorem.*
Idem in cuiuſlibet curatoris hæredibus tractari poteſt,
ſi quid ipſi poſt curatoris mortem geſſerint per iuris im-
peritiam quaſi obligati, cum in eos adminiſtrationis of-
ficium non tranſeat, *l. curatori. 17. Cod. de negot. geſtor.*
10 † Subiici aliud exemplum poteſt ex *l. 3. C. eodem. de debi-*
tore qui pignus commune liberauit. Etſi enim iuris illa ra-
tio quam ſupra attulimus facere videtur, vt familiæ er-
ciſcundæ iudicium inter cohæredes aut communi diui-
dundo inter cæteros locum habere debeat potius quam
negotiorum geſtorum, cùm hic qui pignus liberauit,
cauſam habuerit totius negotij gerendi propter partem
ſuam, *dict. l. ſi communes. 40. D. eod. dict. l. hæredes. §. non*
tantum famil. erciſcund. Singulari tamen quodam iure
competit hoc caſu negotiorum geſtorum actio propter
ſublatam obligationem principalem & perſonalem,
cuius intuitu cùm eſſet inter debitores ipſo iure diuiſa,
non cogebatur vnus ex debitoribus partem condebi-
toris ne quidem cohæredis ſoluere, *leg. 1. Cod. ſi vnus*
ex pluribus hæred. leg. idem erit. 14. D. de inſtitut. action.
11 † Itaque ſicut qui ſoluit ad liberandum pignus rei
communis duplicem tollit obligationem perſonalem
vnam, realem alteram, quarum illa non tantum diuidua
eſt, ſed etiã diuiſa, hæc verò indiuidua, ita pro qua parte
tollit perſonalem quæ aduerſus condebitorem exercen-
da erat, acquirit ſibi actionem negotiorum geſtorum,
quoniam ſuæ partis ſolutione poterat conſequi libera-
tionem. Qua verò parte tollit actionem realem quæ-
rit ſibi actionem Communi diuidundo aduerſus conde-
bitorem, quia nec partem ſuam debiti ſoluendo pi-
gnoris partem vllam liberare potuiſſet. Cæterum nil
ea res ad quæſtionem noſtram pertinet quia quod vnus
ex correis commune debitum cogitur totum ſoluere
nõ fit vt alienum negotium gerat, ſed ſuum proprium:
quæ res omnino excludit actionem negotiorum geſto-
rum quemadmodum diximus. † Quod autem obiicitur 12
ex *d. l. nam & Seruius*, mouere minus poteſt Non enim
ait lex locum eſſe actioni negotiorum geſtorum in illa
ſpecie, ſed æquum eſſe Prætorem reddere iudicium in
eum, cuius nomine ſoluerant illi qui apud hoſtes remã-
ſerant, propoſita nimirum, vt puto actione in factum
pro non ciuili & ſubſidiaria, quæ competere ſolet quo-
ties vulgaribus actionibus locus eſſe non poteſt, *l. 1. &*
paſſ. de præſcript. verb. ſed prætoria. Ibi enim non potuiſſe
agi negotiorum geſtorum ex eo apparet, quod duo illi,
qui pro tertio ſoluerant non aliter liberari ab hoſtibus
poterant, quàm ſi pro eo quoque ſoluerent Comparan-
di ergo ſunt potius ei qui pro re communi aliquid im-
pendit, cùm alioqui partem ſuam expedire non potuiſ-
ſet, quem diximus negotiorum geſtorum agere non poſ-
ſe, ſed familiæ erciſcundæ vel communi diuidundo, *dict.*
leg. ſi communes. & dict. §. non tantum. Nec quod lex præ-
cedens de actione negotiorum geſtorum tractauerat
facere debet, vt quam actionem Seruius dabit, eandem
interpretari debeamus, cum diuerſæ ſint ſpecies diuer-
ſique iuris loci, ex diuerſis locis deprompti, licet per
Triboniani fortaſſis inſcitiam male coniuncti. Sed &
illud actionem negotiorum geſtorum in ea ſpecie im-
pedit, quod conuentio præceſſerat, vt ſi tertius ille, qui
ab hoſtibus dimittebatur, non rediret, duo alij qui re-
tinebantur pro eo quoque ſoluerent: eique pactioni
tertius ipſe conſenſerat, ſeque tamen rediturum & pro
aliis quoque pecuniam allaturum receperat. Quis enim
vnquam dixit, quod ego pro te præſente & conſentiẽ-
te ac quodammodo mandante promiſerim & ſoluerim
poſſe me iudicio negotiorum geſtorũ abs te repetere?
Mandati potius actio danda eſſet, quæ tamẽ cum actio-
ne negotiorum geſtorum nunquam concurrit: † quan- 13
quam illud etiam vtrique obſtat, quod inter captiuos &
cum hoſtibus facta conuentio fuerat, ex qua proinde
nulla inter captiuos naſci obligatio iure ciuili potuerat:
Nec conſequenter actio, niſi & obligationem & actio-
nem æquitas illa induceret. quod apertè dolo malo fa-
ciat, qui aliorum pecunia dimiſſus ab hoſtibus fidẽ ne-
que hoſtibus neque conciuibus ſeruare velit: ſicut eue-
nit cum aliquid facio, vt des, & poſtea quã feci, ceſſas
dare, *l. naturalis. 5. § quòd ſi faciam de præſc. verb.* † Et ve- 14
rò non eſſe hoc caſu locum actioni negotiorum geſto-
rum ex illo etiam apparet, quòd ſi pro captiuo redimẽ-
do liber pecuniam dediſſet, captiuus ille ſeruus factus
eſſet redimentis, quouſque ſeipſum luiſſet pretio
reddito, *leg. in bello. 12. §. ſi quis ſeruum captum leg. ſi*
quis redempto. 13. l. ſi quis ingenua. 21. D. de capt. &
poſtlim. l. 2. Codic. eod. l. ſenatus. 43. vltim. de leg. 1.
Nulla igitur ciuilis actio redimenti contra redemptum
competere potuiſſet, vt nec domino contra ſeruum,
ac ſanè cum captiuus quandiu apud hoſtes eſt reuera
ſit ſeruus hoſtium, & conſequenter pro nullo habea-
tur, reuerſus autem fictione poſtliminij nunquam ca-
ptus fuiſſe videatur, non poteſt dici negotium ciuis
Romani geſſiſſe, aut quam aliam obligationem ad-
uerſus eum quæſiiſſe, qui pro captiuo redimendo pe-
cuniam dedit. Quæ res fortaſſe cauſam præbuit con-
ſtitutionibus quibus cautum eſt, vt captiuus redemptus
ſit ſeruus redimentis Eſſet enim ius illud iniquiſſimum
& à fauore libertatis Romanæ alieniſſimum ſi quo alio
ciuili & ordinario remedio indemnitati redimentis
conſuli potuiſſet. † In ea verò ſpecie quam Paulus ex 15
Seruio tractat, in *d. l. nam & Seruius.* etſi non poteſt lo-
cus eſſe conſtitutionibus, quoniam qui tertium rede-
merant iidem captiui erant nec proinde ſeruum vllum
in dominio habere poterant, hoc ipſo tamen multò mi-
nus habere poſſint actionem negotiorum geſtorum,
cùm eo tempore quo erant ſerui negotium eius geſ-

ſerint qoi etiam tum ſeruus erat, vtpote qui non niſi
ea lege & conditione dimiſſus fuerat vt rediret, præ-
ciúmque redemptionis per ſe aut per alios captiuos ex-
ſolueret, ſicuti de Attilio Regulo ſcriptum legimus;
non videri eum poſtliminlo reuerſum, quia promiſerat
ſe Carthaginem reuerſurum, *l.poſtliminij.5.§. captiuus.*
16 *D. de capt. & poſtlim.* † Neque tamen ea res facere de-
bet vt impunitus ſit dolus eius qui à ſociis captiuis re-
demptus non vult illis precium reddere, imò tantò æqu-
ius eſt aduerſus eum ſuccurri ſubſidiaria in factũ actio-
ne, non ciuili, ſed prætoria, id eſt extraordinario quoque
Prætoris auxilio cum ciuile prorſus deficiat. Quoniam
verum eſt eo tempore quo auxiliom petitur agi rem in-
ter ciues Romanos qui inuicem & agere & conoeniri
poſſunt, aliorúmque pecuoia redemptum hunc qui con-
17 uenitur. † Eóque nimirum pertinet huius legis coniun-
ctio cum præced Nam cum *§.vlt.l.et quia natura.* 19.ſcri-
ptum eſſet, ei qui captiui negotia adminiſtrauit dandam
actionem negotiorum geſtorum aduerſus eum quando-
cunque reuerſum: addita quoque & expreſſa dubitandi
ratione illis verbis, *etiamſi tempore quo gerebantur domi-
num non habuerunt.* Opportunè comprobatio illa ſubiici
tur in *d.l. nam & Seruius*, quod eo quoque caſu quo ca-
ptiuum pro captiuo vtiliter quid geſtũ ſit, puta in cau-
ſam redemptionis iudicium eo nomine à Prætore reddi
oporteat. Hoc.n. difficilius admittendum videbatur pro
pterea quòd inter captiuos res acta eſſet, quã cùm liber
18 homo captiui negotia geſſit. † Cæterùm quæ ratio dat
actionem negotiorum geſtorum cùm homo liber capti-
ui poſtea reuerſi negotia adminiſtrauit, non poteſt ea-
dem facere vt redẽptionis precium quod à captiuo pro
captiuo datum eſt, negotiorum geſtorum actione repe
tatur. Illo enim caſu adminiſtrationis tempore negotia
quæ gerebantur dominum non habebant, erant tamen
eiuſmodi quæ & per ciuem Romanum geri, & ex ipſa
geſtione meliora fieri poterant. Iſto autem nihil aliud
gerebatur niſi vt captiuos captiui pecunia redimeretur.
Proinde vtriuſque perſona obſtabat ne qua tũc ex ipſa
geſtione obligatio naſceretur. † Propter quam cauſam
19 licet in manifeſtiſſima æquitate, ſtricto tamen iure om-
ni prorſus actio deficere videbatur. Et reuera deficere
fatetur Paulus cùm ita ſcribit, *æquum eſſe Prætorẽ in eum
reddere iudicium*, vt intelligamus ne ſubſidiariæ in fa-
ctom actioni ciuili, locum eſſe de qua in *titul. de præ-
ſcript. verbor.* ſed vel Prætoriæ tantum quæ ciuili ſubſi-
diaria eſt, vel quod fieri fortaſſis probabilios, iudicio
de dolo argum. *dict. leg. naturalis.§. quod ſi faciam. de præ-
ſcr. verb. iunct. l. iuris gentium. 7 § 2. D. de pact. & §. at cum
20 de. d.l. naturalis.* † Verum vt ad propoſitam de duobus
correis quæſtionem redeamus, etſi admitteremus in
ſpecie *d.l. nam & Seruius.* competere negotiorum geſto-
rum actionem, nil tamen ad rem id faceret. Non enim
proponebantor eo loco plures correi debendi facti, ſed
potius confideiuſſores, vt probant verba illa *vti pecuniã
pro tribus afferret*, & quod ſequitur *vt duo pro eo quoque
pecuniam darent.* Nam qoi correi debeodi conſtituun-
tur, pro ſe non pro alio ſinguli in ſolidum obligantur.
Quanqoam vt diximus non magis confideiuſſori qui
totum ſoluit, actio negotiorum geſtorum accommodã-
da eſt aduerſus confideiuſſorem, quàm correo aduer-
ſus correum, *dict. l. vt fideiuſſor. 39. D. de fideiuſſor.* vbi
obſeruandom eſt ſic loqui Modeſtinum vt dicat fide-
iuſſori aduerſus confideiuſſorem actionem dandam nõ
eſſe. Non enim id tantum ſibi vult nullam ſtricto iure
competere, ſed neque vllam ex æquitate dari debere.
21 † Iam verò quod Molineus obiicit ex *l. ex facto. 30. de
negot. geſt.* facillime dilui poteſt. Nam quod curator Rei-
public. conſtitutus ad ſiliginem emendam præſtare coa-
ctus eſt ob culpam ſubcuratoris, ideo repetit actione
negotiorum geſtorum, quod licet ſoluere cogatur pro-
prio nomine tanquam obligatus ex facto ſubcuratu-
ris, præſta: tamen ob factum ipſius ſubcuratoris cui ſoli
culpam ſuam nocere æquũ eſt. Id enim eſt qood Iulia-
nus ait *vt id ei ſoluum eſſet quod cauſa eius domnum cepiſ-
ſet* Imò verò poteſt hodie curator eiuſmodi petere vt
nõ niſi excuſſo ſobcuratore qui malè geſſerat cõuenire-
tor, præſertim cum ſubcurator ille non ab ipſo electus
eſſet, ſed à Republica conſtitutus arg. *l. 2. C. de hæred. tu-
tor. l. 1. & 2. C. ſi tut. vel curat. non geſſer. l. tres tutores. 55.
D. de admin. tut.* Itaque nihil vetat in ea ſpecie dari ne-
gotiorum geſtorum actionem coratori in ſubcuratorem
ſicut & tutori in curatorem, & magiſtratui io collegam,
quæ haud dubiè non daretur ſi ob id debitum ex com-
muni geſtu aut negligentia contractum alius pro alio
quidpiam dependiſſet. Tum enim neceſſaria eſſet vtilis
illa actio quæ deficiẽte iuris ratione à poſterioribus im-
peratoribus introducta eſt, de qua in *l. 1. §. tractemus. de
tutel & ratio diſtr. & in l. 2. §. ius Reipublica. de admin. rer.
ad ciuit. pertin.* vt pluribus docebimus *infr. c. 11.* † Sed & 22
illud hic monendum eſt quod nec Accurſius ignorauit,
licèt Molineus diſſentiat, actionem illam negotiorum
geſtorum quam Iulianus in *d.l. ex facto.* dandam putat
curator in ſubcuratorem, tutori in contutorem, magi-
ſtratui in collegam magiſtratum, non eſſe directam
(quomodo enim directa competeret, ei qui ex propria
perſona fuit obligatus vt ſolueret?) ſed vtilem ſicut &
eam quam Papinianus dat in ſpecie, *l. liberto. 31. ſeq. eod.
tit.* ad exemplum inſtitutoriæ, vt conſtat ex *l. deinque.
10 § idem. Papinianus D. mandat.* Diſtinctam tamẽ planó-
que diuerſam ab actione illa vtili de qua in *d. §. vnde
tractemus.* Eſt enim hæc vtilis negotiorum geſtorum, il-
la vtilis actio tutelæ vt pro Molineo aut Azone potiùs
contra Accurſium . d eum locum diſputabimus. † Cæ- 23
terùm alia correorum debendi ratio eſt, vt neque di-
recta neque vtili negotiorum geſtorum actione inui-
cem experiri poſſint, quia non ſolum ex propria perſona
& obligatione, ſed etiã ex proprio facto ſinguli in ſoli-
dũ conueniontur. † Deniq; ſi quis obiiciat quod genera- 24
liter ſcriptom eſt in *l. act. 47 de neg. geſt.* negotiorũ geſto-
rum actionem omnibus dari quorum intereſt eo iudicio
experiri, reſpondebo debere id ita intelligi, vt nihil re-
ferat directa, an vtili negotiorũ geſtorum actione quis
experiatur, quemadmodũ lex ait, ſed tamen illud etiam
omnino requiri, vt cætera omnia concurrant, quæ ad
eiuſmodi actionem dandam ſunt neceſſaria, ioter quæ
ſanè vel illud maximè vnum eſt, vt alienum negotium
actor geſſerit non proprium, & alterius obligandi, non
proprij aut communis negotij expediendi gratia, vt
ſuprà probauimus. † Dicat fortaſſe quiſpiam eum qui 25
ſoluit totam pecuniam quam cum correo mutuam ac-
ceperat, non quidem gerere negotiũ correi in eo quòd
ſoluit, cum ſuo nomine ſit ille obligatus, ſed inſpecto
initio iam tum geſſiſſe cùm ſe in ſolidum obligauit nõ
niſi partem accipiens pecuniæ, arg *l. ſi filiusfamilias. 15.
D. de in rem verſ.* vbi filiusfamilias qoi conſtituit, deinde
ſoluit quod pater debuit licet pro ſe videatur ſoluiſſe,
quia conſtituit, dicitur tamen in rem patris vertiſſe. Sed
nego hæc eſſe ſimilia. † Qui enim conſtituit ſe ſolutu- 26
rum quod alius debet, pro alio obligatur, non ſecus ac
fideiuſſor, *l. 1. § debitum cum ſeqq. de cõſt. pecun.* quamuis
ad validitatem conſtituti nõ tam inſpiciendum ſit, an
perſona extet, quæ debeat, quã vtrum aliquid ſit, quod
debeatur, *l. hactenus. 11. eod.* Imò & expromiſſor quamuis
ille ſit qui pro non obligato obligatur tanquam reus
principalis, *l. & eleganter. 7. §. ſeruus pactio an. D. de dolo.
leg aliquando. 13. in princ. ad SC. Vellcian. l. ſi verò. 64. §. ſed
etſi reum. D. ſolu. matr. l. qui libertinus. 37. in fin. de oper. li-
bert.* intercedere tamen dicitur, *l. quãuis. 8. §. ſi conuenerit
ad Velleian.* Proinde qnamuis conſtitutor aut expromiſ-
ſor ſoloat ideò quia cõſtituit aut expromiſit, verum ta-
men eſt initio inſpecto ſoluere eum pro alio, ſicut & fi-
deiuſſorem, qui nec ob aliã cauſam ſoluit quàm quia fi-
deiuſſit.

deiuſſit. Et conſequenter, quod ſolutũ eſt ex cauſa con-
ſtituti facti pro patris debito, negari non poteſt, qui ir
27 rẽ patris verſum videatur. † At cõtrà, in duobus reis non
poteſt dici vter pro altero ſit obligatus, cùm vtrumque
eadẽ obligatio teneat, & quidẽ æquè principaliter, nec
alterutrius debitũ altero ſit antiquius. Neque quod pe-
cunia ad vtrumque peruenerit quicquam facit. Vide-
tur enim vnuſquiſque ab initio partem pecuniæ acci-
piendo in ſolidum obligari voluiſſe, ſui potius gerẽdi
negotij cauſa, hoc eſt, vt viciſſim correus qui non niſi
partem pecuniæ mutuam accipiebat obligaret ſe in ſo-
lidũ, quàm vt correi negotium vllomodo gereret. Quaſi
videatur creditor neutri partem pecuniæ daturus fuiſſe,
niſi ſe vterque in ſolidum obligaſſet. Idque facit natu-
ra ipſa & qualitas negotij quod agitur, quoniam pluri-
bus eodem momento eadémque forma obligatis, non
poſſis dicere vter pro correo voluerit obligari, nec ſi
mutuò, quòd magis mirum eſt ſideiuſſerint: cùm mutua
illa fideiuſſio in ſolidũ ſubſiſtere nequeat, quin vterque
prius in ſolidum obligatus ſit, ſi quidem pro non obliga-
to in ſolidum fideiuſſor in ſolidum accipi nõ poteſt: fa-
cit, *l. nẽ ſi. 9. §. vlti. cum quatuor ſeqq. de ſtipulat. ſeruor.* Idẽ-
que erit licet tota pecunia vni duntaxat ex correis nu-
merata ſit, *l. propter mutuam. 4. Cod. de duob. reis*, quia cum
pecunia data mutua ſtipulatio interponitur, non id agi-
tur, vt obligatio ex numeratione naſcatur, deinde per
ſtipulationẽ nouetur, ſed id potius vt ſola ſtipulatio te-
neat, & implendæ tantùm ſtipulationis gratia numera-
tio fieri intelligatur, ideóque vnus tantùm contractus
eſt, ſiue numeratio pecuniæ præceſſerit ſiue ſubſecuta
ſit, *l. ſi ita fuero. 6. §. 1. & l. ſeq. D. de nouat.* Cui conſequens
eſt, vt non minus principaliter obligetur correus cui
pecunia non fuit numerata quàm is cui numeratio fa-
cta eſt. Igitur neque negotiorum geſtorum, neq; de in rẽ
verſo agere correus, qui totum ſoluit aduerſus correum
nullomodo poteſt, præſertim cùm ea actio nonniſi ex
cõtractibus filiorumfamilias aut ſeruorum in patres vel
28 dominos comparata ſit, *l. 1. & paſſ. De in rem verſo.* † In
quo paſſim decipiuntur pragmatici noſtri actionem de
in rem verſo dantes quoties agitur de pecunia in rem
& vtilitatem alterius conuerſa. Planè ſi duo rei pater &
filius fuerint, poteſt fieri, vt etiam de in rem verſo pater
teneatur ſcilicet creditori non filio, puta ſi pecunia ad
patrem peruenerat, *leg. ſi pro parte. 10 §. vlt. de in rem verſ.*
vbi tamen pro *ubi* legendum puto *ſibi* in illis verbis *&*
filius creditum ubi ſoluiſſet. Tractat enim illo loco Vlpia-
nus de pecunia credita filiofamilias ſiue iuſſu patris ſi-
ue quaſi correo patris, & ſoluta creditori filij, quam ſa-
nè conſtat in rem patris verſam videri ſi pecunia quam
prior ille creditor dederat cui non ſolutum eſt ad pa-
trem ipſum peruenerat. Cæterùm vel maximè vnus hic
locus probat ex contractu correorum non naſci de in
rem verſo actionem ne quidem creditori aduerſus vnum
ex correis, multò minus inter correos ipſos. Nam &
quam Vlpianus dat eo loco, teſtatur ille non ex nego-
tij geſti natura, ſed ex ſolo euentu competere: quod non
ſatis bene ab interpretibus noſtris acceptum aut expli-
catum videtur.

Capvt VIII.

Neque communi diuidundo actionem correo aduerſus correum dandam eſſe, neque condictionem ex l. ſi & me & Titium. 32. D. de reb. cred.

S V M M A R I A.

1 *Negotiorum geſtorum actionem nunquam concurrere cum actione communi diuidundo.*
2 *Ratio propter quam actio communi diuidundo correo qui totum ſoluit aduerſus correum non datur.*
3 *Argumentum pro Molinei ſententia allatum ſoluitur.*
4 *Quo ſenſu dicantur pluribus correis ſtipulandi vel debendi factis ius obligationis, aut onus debiti eſſe commune?*
5 *Communi diuidundo iudicium nunquam competere pro iure quod plurium ſit in ſolidum.*
6 *Multum intereſſe inter correum qui totum ſoluit, & ſocium qui in rem communem aliquid impendit.*
7 *Socium, qui ſeruo hæres non extiterit, ex delicto vel contractu ſerui communis conuentum, non in ſolidum, ſed peculio tenus condemnari, & quantum ex bonis alterius ſocij conſequi poterit.*
8 *Cur in correis debendi ſecus obtineat?*
9 *Quo pertineat quod dicitur, ex perſona ſerui communis dominos non fieri correos debendi?*
10 *Reſpondetur ad d. l. ſi & me & Titium, a Molinæo oppoſitam.*
11 *Nec eo prætextu correo condictionem dandam eſſe, quaſi ex re correi, qui totum ſoluit, locupletior factus ſit correus qui nihil ſoluit.*
12 *Correo qui totum ſoluit damnum infligi, nec cum eius iactura locupletior alterum correum, qui creditæ pecuniæ partem accepit, nullam vero reſtituit.*

QVam † parũ ſibi conſtet ac ſatisfaciat Carolus Mo- 1
linæus in eo, quod Accurſ. ſecutus dat correo debẽ-
di qui totũ ſoluit actionẽ negotiorum geſtorũ aduerſus
correũ, vel ex hoc maximè intelligi poteſt, quòd idẽ il-
le in Dolanis prælection. ad *l. in lege. 62. D. ad l. fal. n. 19.*
& 25. dat correo actionem communi diuidundo. Quã
tamẽ certum eſt nullo vnquã caſu cum actione nego-
tiorum geſtorũ concurrere, ſed aut hanc duntaxat com-
petere aut illam. Neque enim negotiorum geſtorum
agere poteſt qui ſuum negotium geſſit, vt ſuperiore ca-
pite probauimus, neque rurſus Communi diuidũdo qui
de alio obligando potius quàm de communi negotio
gerendo cogitauit, *l. in hoc iudiciũ. 14. leg. ſi quis cùm. 29.*
leg. ſi quis putans. 6. §. ſine autem D. commun. diuid. l. here-
des. 25. §. non tantùm. D. famil. erciſcund. Poſtea verò quã
à nobis oſtenſum eſt correo qui totum ſoluit non poſ-
ſe aduerſus correum dari negotiorum geſtorum actionẽ
videamus an communi diuidundo dari debeat. † Me 2
illa ſemper ratio mouet, vt nullam prorſus dandam eſſe
putem, quòd vt in ſuperioribus diſputauimus correus
qui totum debitum exſoluit, ſuum proprium non etiam
alienum aut commune negotium geſſit cùm eſſet ille
in ſolidum proprio nomine obligatus, non ſecus atque
ſi ſolus obligatus fuiſſet. Nec quod eiuſdem ſolutionis
poteſtate correus quoque per conſequentias liberetur
inducere magis poteſt actionem Communi diuidundo
quàm ſi fideiuſſor id ſoluerit cuius nomine & debitor
principalis & alij confideiuſſores erant obligati. Nam
& perinde dici poſſet facta per vnum ex fideiuſſoribus
ſolutione debiti, quod & ab omnibus debebatur & à
ſingulis exigi poterat, partã cæteris omnibus liberatio-
nem. Neque tamẽ vllo vnquam iuris loco proditum eſt
actionem Cõmuni diuidundo ex ea cauſa competere,
quod ſanè nec niſi abſurdiſſimè tẽtare quiſquã poſſit.
† Mouetur potiſſimũ vir meo iudicio parũ ſubtilis ex 3
eo quòd ius ſtipulationis dicatur commune inter cor-
reos ſtipulandi & debitor communis in *l. ſi rem ali-*
quam. 3. §. ſi duo. D. de nouat. & in l. qui hominem. 34 §. ſi
duo de ſolution. quod ſanè veriſſimum eſt licet correi
non ſint ſocij, vt idem ille contra Accurſium & Barto-
lum diſputat. Ergo, inquit, deficiente actione pro ſocio
inter eos qui ſocij non ſunt locum habere debet actio
Communi diuidundo, *l. 1. & tot. tit. D. communi diuid. l.*
ſi in re. 19. D. de noxal. action. Ego verò, vir bone, nego
conſecutionem. † Nam quod dicimus factis pluri-
bus correis debendi vel ſtipulandi ius obligationis 4

aut onus debiti eſſe commune, non ita accipiendum eſt
vt perinde ſit commune, ac ſi partem in eo quiſque in-
diuiſam haberet, ſed id ſignificamus vnicuique ex cor-
reis ſtipulandi ius idem competere totum debitum
exigendi in ſolidum ac ſi ſolus ille ſtipulatus eſſet, Vnú-
quemque ex correis debendi perinde totum debere at-
que ſi ſolus eſſet obligatus Sunt verò iſta longè late-
que differentia ſi Florentino credimus qui in *l. licet. 7.*
D. depoſit. ita ſcribit. *Itaque hoc caſu in ſolidum vnuſquiſ-*
que videtur depoſuiſſe quod aliter eſt cum rem communem
plures deponunt. Cui ſimile eſt quod Vlpianus tractat in
l. 1. §. antepenultim. eod. tit. Si duo depoſuerint & ambo
agāt, ſi quidem ſic depoſuerunt vt vel vnus totum tol-
leret, poſſe ſingulos in ſolidū agere, ſi verò pro qua par-
te eorum intereſſet, tunc in partem duntaxat faciendā
5 condamnationē † At nulla iuris parte ſcriptum reperias
Communi diuidūdo iudicium competere pro iure quod
pluriū ſit in ſolidum, ſed pro iis demū rebus quæ pluri-
mum ſunt pro partibus diuiſis quidē in quota, vt lo-
quuntur, non in corpore, *d. l. 1. & pa... D. commun. diuid.*
l. familia. 9. C. commun. vtriuſque iudic. l. ſi vt certo. 5. §. vlt.
in illis verbis, *ſed totius corporis pro indiuiſo pro parte do-*
minium habere. D. commod. Nec ſanè naturalis ratio pati-
tur ita quicquā commune eſſe plurium, vt in ſolidum
ſit commune nō magis quàm vt eiuſdē rei duo pluréſve
6 in ſolidum ſint domini, *d. §. vlt.* † Neque rurſum probabi-
liter poſſis dicere Correū qui totum ſoluit ei ſimilē eſſe
qui in rem cōmunem aliquid impendit cùm aliter par-
tem ſuam tueri non poſſet, cui nimirum damus actionē
Communi diuidundo vt quod pro ſocio præſtitit recu-
peret puta ſi communis ſerui nomine vnus ex dominis
in ſolidum conuentus, & dānatus ſit, *l. etſi non omnes. 8. §.*
vlt. cum l. ſequ. l. ſi Stichus. 15. D. commun. diui. iunct. l. ſi
cum vno. 4. D. ſi ex nox. cauſ. agat. l. & ancillarum. 27. §. vl-
tim. D. de pecul. habet enim ille animum obligandi ſo-
cium, nec poteſt videri proprium negotium omnimodo
gerere qui pro parte ſocij (quæ dominij iure diuiſa eſt
ſaltē per quotas, licet non per corpora) aliquid facit vel
præſtat Correus verò ſolus, ipſe proprio nomine & ex
propria perſona obligatus eſt in ſolidum perinde ac ſi
correum non haberet, & ideò negotium ſuum dunta-
xat gerit & proprium non commune cùm totum ſoluit,
licet ſeipſum liberando correum quoque per conſequē-
7 tias liberet. † Multúmque inter hoc caſus differre ex eo
quoque conſtat quod Iulian. ſcribit in *l. quare 28. de pec.*
Si neque hęres neq; bonorū poſſeſſor extiterit ſocio pro
quo alius ſocius, ex contractu vel delicto ſerui cō[m]mnis
vrgeatur, nō debere hunc qui conuenitur condē[m]nari in
ſolidum, ſed eatenus duntaxat quatenus peculiū apud eū
erit & quantū ex bonis alterius cōſequi poterit. Siqui-
dē aliter obſeruatur in correo qui vtiq; non eo minus te-
netur in ſolidū quòd corre[um] habeat à quo nihil peti poſ-
ſit, *l. duos. 6. l. ſi ex duob. 12. in prin. & §. 1. de duobus reis.* De-
niq; cum obligationis cōmunio ex re ipſa vel ob rē pro-
ficiſcitur, eatenus tantum conſtitui & ſubſiſtere poteſt
quatenus res ipſa patitur, *l. ſi tibi 17. D. de pact. l. cùm vltra*
6. C. de num. pecun. l. is cū quo. 7. de aqua & aqua pluu. arcen.
8 † Et ob id ſi apud alterum ex ſociis cui communis ſeruus
fuit nullum ſit peculiū, placet nullomodo eum teneri ſo-
cio, quia nec eum liberare ſocius ære alieno vllomodo
intelligitur. *d. l. & ancillarū §. vlt.* Nēpe quoniā vt obli-
garetur, faciebat tātum ratio peculij. At quod correus in
ſolidum licèt non ſolus obligatus eſt, non fit ex alia re
vlla quàm quia ſolidum quāuis non ſolus ſtipulādi pro-
miſerit. Proinde cùm & ex perſona ſua & ex propria ſti-
pulatione cōueniatur, negare non poteſt quin ſi totum
9 debitū ſoluat ſuum ſolius negotiū gerat. † Eóq; pertinet
quod dici ſolet ex perſona ſerui cōmunis non fieri do-
minos correos debēdi, *l. habebat. 13. §. vlt. cum l. ſeqq. D. de*
inſtit. action. quia non in ſolidum ſinguli, ſed de pecúlio
tantùm, & ex vnius facto obligantur, *d. §.* Tametſi qua-
tenus eſt in peculio, poſſit creditor cum vnoquoque eo-
rum in ſolidum experiri ne in plures aduerſarios diſtin-
gatur qui cū vno contraxit, *d. l. vlt. l. & ancillarū.* † Quod 10
verò idem Molineus correo qui totum ſoluit dat con-
tra correum conditionem ex *l. ſi me & Titium. 32. de reb.*
cred. non poſſum videre quam habeat rationē. Illa enim
generalis quæ placet Celſo *quæ pecunia mea ad te perue-*
nit eā mihi à te reddi bonum & æquum eſt. ad rem noſtrā
nullomodo pertinet. Neque enim verum eſt dicere pe-
cuniam correi qui totum debitum ſoluit cùm partem
duntaxat pecunia credita mutuam accepiſſet, ad cor-
reum perueniſſe. Peruenit enim ad creditorem, adeóque
peperit ſoluenti qui in ſolidum obligatus erat ſolidi li-
berationem. Ergo condici nequit neque creditori qui
ſuum recepit bona fide adóque à debitore, *leg. cum is.*
31. §. 1. leg. repetitio. 44. leg. ſi fideiuſſ. 59. & paſſ. de condict.
indebit. l. qui hominem. 34. in fi. de ſolut. Neque correo
qui æque in ſolidum obligatus erat, quamuis ipſi
quoque ſolutio profuit, quoniam iuris regula eſt.
His ſolis condicendam eſſe pecuniam quibus quoquo-
modo ſoluta eſt, non item quibus ſolutio proficit, *leg. bis.*
ſolit. 49. de condict. indeb. l. eum cui. 13. C. de obligat. & actiō.
† Quod ſi cōdictionem eo prætextu dare velis quaſi ex 11
re correi qui totū ſoluit, locupletior factus ſit is qui ni-
hil ſoluit cùm partē pecuniæ creditæ accepiſſet, *argu. l.*
ſi eum ſeruum. 23. D. de reb. cred. Dicam ne hanc quidem
poſſe competere, quoniā licet locupletior factus videa-
tur qui ab obligatione liberatus eſt, non tamen princi-
paliter hic liberatus eſt, ſed tantùm per conſequentias,
id nimirum agente correo qui totum ſoluit vt ſeipſum
duntaxat non etiā vt correum liberaret, vtq; ea ſolutio-
ne locupletior ipſe nō etiam correus fieret, quippe qui
nō minus debebat ſolidum quàm ſi ſolus obligatus ex-
titiſſet. Alioqui poſſis eadem ratione concludere ſi plu-
res ſint inopis cuiuſdam debitoris fideiuſſores, & ex iis
vnus totum ſoluerit dandam ei aduerſus confideiuſſores
cæteros conditionem tanquam factos ex huius qui ſol-
uit pecunia locupletiores: quod tamen diſertè negat
Modeſtinus in *l. vt fideiuſſor. 19. de fideiuſſ.* cùm generali-
ter & indiſtinctè ſcribit fideiuſſori aduerſus confideiuſ-
ſorem dandam actionem non eſſe. † Atqui, inquies, ne- 12
gari non poteſt quin locupletetur eum aliena iactura
correus qui creditæ pecuniæ partem accepit, nullam re-
ſtituit. Imò verò, inquam, permittendum eſt vt locu-
pletetur cum iactura correi, quoniam æquè cum ipſius
iactura locupletari correus poterat ſi hunc potiuſquā
illū eligere creditor voluiſſet. Videtúrque id tacitè in-
ter eos actum vt damni huius periculum ſpe paris lucri
vnoſquiſque ſubiret. Quare imputet ſibi qui prior con-
uentus totum ſoluit, cur tanquā correus potius quā alio
contractus genere obligari voluerit, cur indemnitatem
ſibi pro parte repromitti non curauerit, cùm partem
duntaxat pecuniæ mutuam acciperet, cur denique cùm
ſolueret non adegerit creditorem vt ſibi aduerſus cor-
reum actiones mandaret. Quibus de cauſis negare etiā
audacter poſſum damnum ei vllum infligi, vt conſe-
quens fiat neque ex ipſius iactura correum locupletari,
quia quod quis ex culpa ſua factóque proprio damnum
ſentit nec ſētire videtur, vt habet vulgata iuris regula.

Capvt IX.

Correo qui totum ſoluit actionē aduerſus cor-
reum ex interuallo cedi non poſſe. Ad l. Mo-
deſtinus. 76 D. de ſolut. l. 1. de contr. iudic. tu-
tel. l. cùm alter 11. C. de fideiuſſ. l. vt fideiuſſ.
39. D. eod. Et emendatio leg. cùm is. 36. eod.

SVMMARIA.

1 *Molinei ſuper hac quæſtione ſententiam legibus contra-*
riam eſſe.

2 *Imaginaria*

2 *Imaginariæ æquitatis obtentu à certiſſima legum ſententia non eſſe recedendum.*

3 *Quanam æquitatis ratione motus Molinæus crediderit correo qui totum ſoluit actionem aduerſus correum ex interuallo cedendam eſſe.*

4 *Molinæi reſponſio & interpretatio ad* l. Modeſtinus ff. de ſolut. *euertitur.*

5 *Solutionem in ſpecie dicto legis à contutore eodémque debitore, non ab extraneo factam eſſe.*

6 Legem 1. C. de contrar. iudic. tutel. *de tutela, non de iudicati actione tractare.*

7 *Verba illa* d. l. 1. hæredes iudicati poteris conueni-*re, quomodo intelligenda ſint?*

8 *Quibus rationibus moti Imperatores in* d. l. 1. *dãnato cõtutori ceſſionẽ actionis aduerſus cõtutorẽ denegauerint?*

9 *An non æquum ſit creditorem qui ſuum ex iudicato aut alia ratione conſecutus eſt, iudicati aut priſtinæ tutelæ actionem ei cedere, a quo ſolutionem accepit?*

10 *An deterior ſit conditio tutoris non condemnati & ſolutionem pro contutore vltrò offerentis, quàm ſi condemnatus eſſet?*

11 *An tutori non condemnato ſoluenti, aduerſus iam condemnatum contutorem iudicati actio cedenda ſit?*

12 *Quæſtio & ſententia* l. cùm alter C. de fideiuſſorib. & l. vt fideiuſſor. 79 ff. eod. tit.

13 *An actio quæ ceſſa eſt ante ſolutionem aut in ipſo ſolutionis actu, aut quam præcedente pacto cedi conuenerit, ſecuta ſolutione ſubſiſtat?*

14 *Reſtituuntur quædam verba in* l. cùm is. 36. ff. de fideiuſſorib.

1 RIdicula † aut ſuperuacua videri poſſet hæc diſputatio, & vt noſtri loquuntur, de indubitabili, niſi dubiam faceret, & noſtro dignã tractatu autoritas Carol. Molinæi qui dum ſubtilẽ agit in Dolanis prælectionibus ad *l. Modeſtinus. 76. D. de ſolut.* nouã induxit opinionem prorſus antea inauditam. Vt plurib. factis correis debendi ſi vnus totum creditori ſoluerit, licet nec impetrata nec petita ceſſione vlla contra correum, poſſit tamen creditor etiã poſt ſublatam ſolutione obligationẽ cogi præſtare correo aduerſus correum itémque fideiuſſori aduerſus debitorem actiones. Quæ ſententia pugnat apertiſſimè cum *d. l. Modeſt. 76. D. de ſolut. l. 1. C. de contr. iudic. tutel. l. cùm alter. 11. de fideiuſſ. l. vt fideiuſſor. 39. D. eod.* ſed apertius cum ipſiſſima & certiſſima iuris ratione cuius præcipua ſemper autoritas eſſe debet. Nã cum ſolutione per vnũ ex correis facta omnis obligatio perimatur, ita vt non tantùm correus ipſe qui ſoluit, ſed etiam alius correus liberetur, *l. 1. & paſſ. de duob. reis.* quomodo fieri obſecro poteſt, vt vel ſuperſit actio aliqua quæ cedi queat perempta iam obligatione, vel cedi poſſit actio, quæ nulla ſupereſt amplius? † Nam quod
2 Molinæus perpetuò nugatur, iniquum eſſe eum qui coactus & bona fide totum ſoluerit nullum à legib. remedium habere ad ſuum pro parte correi conſequendum. Quam leue & inane ſit conſtare ſatis arbitror ex iis quæ in ſuperiorib diſputauimus, conſtabitque euidẽtiùs ex iis quæ in ſequentib. ſubiiciemus. Sed quænam rogo temeritas & amẽtia iſta eſt, neſcio cuius æquitatis imaginariæ & vt noſtri vocant, cerebrinæ obtentu certiſſimam iuris rationem conuellere, leges corrumpere, nihil non audere? Fuit hoc familiare Molinæo, nimiũ ſanè ingenio ſuo cõfidenti, paſſimque iſtiuſmodi æquitatis cõmento abutenti, ſed cui tamen adeò ſua feliciter ſucceſſit temeritas, vt etiamnum apud ſupremas pleraſque curias (quarum ſingulare ius eſt vt æquitatem ſtricto iuri præferre ſemper debeant) præcipua vigeat gratia, non ſolùm ſi contra leges legúmque rationem ſentiat, ſed etiam quod in tanta ſeculi noſtri infelicitate magis mirum videri debeat, ſi quando recedat à receptiſſimis interpretum omnium ſententiis, quas cæteri quantumcunque eruditi iuris magiſtri ne cogitatione quidem audeant laceſſere. Quæ me res mirum in modum offendit, & exagitat. Quis enim controuerſiarum inter nos finis erit, ſi vnicuique liceat pro arbitrio æq... res iſtas comminiſci quæ à iuris ratione prudentúmque reſponſis abhorreant? Neſcio autem an nimio impudentiæ iſtius odio factum ſit, vt in hunc vſque diem vix vllam Molinæi ſententiam aut interpretationem probare potuerim, ex iis omnibus in quibus placet ille ſibi tantopere ſuámque oſtentat æquitatem. Sed ad rem. † Mouetur ille non iuris ratione aliqua (ne- 3
que enim vera iuris ratio pugnare ſecum vnquam poteſt) ſed æquitate tantùm illa, quæ minùs diligenter intuenti plauſibilis videri queat, quòd in damno morari non debeat qui ex correis partem duntaxat pecuniæ mutuatus totum debitum ſoluit, correúmque liberauit ad quem alia pecuniæ pars peruenerat. Leges tamen permultas congerit quibus probet etiam facta debiti ſolutione actionem nihilominùs cõpetere, adeoque & interdũ cedi debere Ex ſunt, *l. 9. nunc tractemus. de tutel. & rat. diſtr. l. 2. in fi. C. de cont. iud. tutel l. Stichum aut Pamphilum 95. §. ſi mandato de ſolut. lex ſi res obligata 57. in fin. de legat. 1. l. dominus Sticho. 23. de pecul. legat. l. Papinianus. 28. alias Pomponius D. mandat l. ſi minoris 25. in fi. de admin. tutor. l. cum pupillus. 11. de tutel. & ration. diſtr. l. in fraudẽ. 45. §. qui pro alio de iur. fiſc. l. cum poſſeſſor. 5. in princ. de cenſib* De quibus ſingulis dicendum nobis erit ſequẽtibus capitibus, quò plenior ſit & diſtinctior diſceptatio. Nunc videndum eſt quid ad ſupradicti iuris locos qui pro communi noſtraq; ſententia tam aperti ſunt, aduerſarius reſpondeat. † Ac primùm quod perti- 4
net ad *l. Modeſtinus, de ſolut.* reſpondet intelligi eam debere de ſolutione pro tutore facta non à tutore ſed ab extraneo. Vt idem ſit ſenſus qui & *legis nulla 5. C. eod.* Solui quidem poſſe pro extraneo ignorante adeóque inuito, *l. ſoluere. 53. D. eodem l. ſoluendo. 39. de negot. geſt.* ſed non poſſe cogi creditorem vt actionibus ſuis cedat, niſi ante factam ſolutionem ita conuenerit. Nec ſi cedere velit ex interuallo nulla præcedente conuentione, quicquam eum agere quoniam tota actio ſolutione extincta ſit, nec enim quiſquam pro alio ſoluendo alienã ſibi comparat actionem. Sed interpretatio hæc quicquid ille glorietur, tota commentitia eſt & à Modeſtini ſenſu aliena. † Nam verba illa, *poſt ſolutum ſine vllo pa-* 5
cto omne id quod ex cauſa tutelæ debebatur, à quo potiùs ſolutionem factam eſſe demonſtrant quam ab ipſo debitore hoc eſt à contutore? Aut cur ab extraneo factam ſolutionem diuinamus ſi extranei nullomodo lex meminit? Ratio autem illa qua Modeſtinus mouetur, *cùm nulla actio ſuperfuerit.* an non æquè locũ habet ſi ſolutio non ab extraneo, ſed ab ipſo tutore eodémque debitore facta ſit? Nam ſi ſolutio per extraneum facta, alieno nomine liberat debitorem, quantò magis liberabit ſolutio, quam debitor ipſe fecerit? *lege manifeſti. 17. C. de ſolut.* Cur non igitur eo quoque caſu idem iuris obtineat, quo eadem maiórque ſit ratio. *Vulg. l. illud. 32. ad legem Aquil. l. 3. §. vnde etiam de inoff. rupt.* Idq; nominatim & disertè cautum eſt in *d. l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* quæ tam apertè loquitur de tutore ſoluente pro contutore condemnato vt cauillationi nullus relictus locus videatur.
† Et tamen cauillatur adhuc homo, ſi Diis placet, non 6
inſubtilis, & reſpondet eam legẽ non tractare de actione tutelæ, nec proinde negare quin cedi ea quandocunque poſſit & debeat, ſed de actione iudicati quæ ex iudicato competit, vt conſtare ait ex illis verbis, *Quod ſi nomen emiſti in rem tuam* (ſic enim legendum eſt, non *ſuam*) *procurator datus, heredes iudicati poteris conuenire:* Hanc verò alterius ait eſſe conditionis quam priſtinam tutelæ, quòd hanc creditor ſuo ſumptu & opera ſine facto & auxilio condẽnati quæſierit, quódque poſſit eſſe durior & grauior. Ideóque nec cogendum ipſum ea ce-

dere, ſicuti nec vti ſententia pro ſe lata, *l.euidenter* 16. *de except.rei iudic.l.ſi iudex.*28.*de minor.* qua tamen, inquit, hoc ipſo quod cederet vteretur, ex Paul. Caſtren. *in l. ſi actionem.C.de pact.* Præſertim cùm tutor efferens ſolutionem pro contutore non potuerit cogi ex ſententia aduerſus contutorem lata, nemo autem poſſit cogere eum pro quo ſoluit niſi illo ipſo officio quo ſoluere cogitur, *l.cùm vendente.*4.*C.vbi cauſ.fiſcal.vel diuin.dom. agant.* vbi Salic & Caſtr *l. minor.*25.*ann.*§.9. *D.de euic.* Quam ob cauſam in fideiuſſore de iudicato ſoluendo ſpecialiter receptum eſt, addit ille, vt iudicati actio ei cedi debeat etiamſi in ſecunda vel tertia inſtantia obtenta, vt idem ipſe notat ab Alexand.*conſ.*109.*lib.*7. & probari exiſtimat *ex leg.cùm apud Sempronium penult. D. iudic.ſolui.* Nempe quia ex iudicato actio competit abſque nouo proceſſu, vt noſtri loquũtur, contra fideiuſſorem de iudicato ſoluendo. *Gloſſ.Cyn.Bartol.& cæteri ad l. fi.C.de vſu.rei iud.Guid. Pap.queſt.*29.*n* 1.*& queſt.*215.*n.*8. Has atq; alias eiuſdem ponderis rationes conquirit miſer innouator, vt opinionem ſuam tueatur. Non animaduertens verba illa, *nullum iudicium tibi contra pupillum competit vt delegetur tibi aduerſus liberatum actio.* tam eſſe generalia vt nõ poſſint eſſe generaliora, vt perinde cõplectantur tutelæ actionem, atque eam quæ competit

7 ex iudicato. † Nec verò ſpecialiora ſunt quæ ſequuntur, *heredes iudicati poteris conuenire.* Non enim ad iudicati actionem pertineat (Deus bone quæ infantia ne dicam amentia in re tam aperta cæcutiiſſe!) ſed *iudicati* lex ait pro *condemnati* vt & in princip.*ſi pro tutore iudicato*, id eſt *condemnato* vt ſignificet tutorem qui pro condemnato contutore ſoluerit, ſi nomen emerit poſſe

8 condemnati hæredes mandatis actionibus conuenire. † Sed & illud obſeruare Molineus debuit, Imperatores quorum id reſcriptum eſt non iis rationibus motos fuiſſe quas ille comminiſcitur ad denegandam ceſſionem actionis, ſed ex eo potiſſimùm quòd damnatus contutor pro quo contutor ſoluerat, ipſo iure liberatus eſſet per ſolutionem. Is enim ſenſus eſt illorum verborum quæ ſunt præcipuè ponderanda *aduerſus liberatum.* Atqui non minùs ab actione tutelæ liberatus erat, quàm ab actione iudicati. Vnica ſiquidem actio ſufficit ad vtramque tollendam actionem, quoniam vtriuſque vna tantùm & eadem cauſa eſt, cùm nec nouum ſit vt vna numeratio ſufficiat in varias cauſas, *lege in numerationibus* 44.*de ſolut.* Eadem igitur ratio quæ impedit ne delegari poſſit ex interuallo poſt ſolutionem iudicati actio, faciet ne delegari poſſit actio tutelæ. Adde quòd actio iudicati nouat priorem contractum, & actionem quæ ex eo competebat, *d.l.fin.verſic.ſi enim nouatur.C.de vſu.rei iudic.l.ſi fundum.*16 §.*ſi creditor,&* §.*pluris. D.de pignor.l.vlt.iudic ſolui.iunct.leg.*1.*de Prætor.ſtipul.* de cuius ſententia ſcripſi lib.3.cap 1. Quomodo igitur cedi poterit actio quæ iam per nouationem perempta fuerit? *arg. legis prima de nouat.*

9 † Denique quid obſecro intereſt creditoris qui ſuum ex iudicato aut alia ratione conſecutus eſt actione iudicati aut priſtina tutelæ cedere ei à quo accipit ſolutionem? Aut cur non hic locum habeat æquitas illa de qua in *l.creditore.*58. *D.de euict.l. quaſitum.*30.§.*ſin verò filius. D.pecul.* Id eſt, Cui non æquũ videri debeat, vel hoc ſaltem conſequi ſoluentẽ debitorẽ,

10 quod ſine creditoris diſpendio ſit futurum? † Alioqui ſi nec primam tutelæ actionẽ poteſt cedere creditor quia nouata eſt, nec iudicati propter eas rationes quibus ſeipſum Molineus vltrò decipit, ſequetur, nullo remedio ſuccurri poſſe contutori qui & totũ ſoluere velit, & ſibi rectè proſpicere vt in contutorem vllam actionem habeat, qui tamen fatentibus omnibus actionem haberet ad cogendum pupillum, vt ſibi tutelæ actionem delegaret, ſi nondum eſſet illa per iudicatum perempta. Atque ita fieret deterior condicio ſoluentis contutoris ex facto alieno contra iuris regulas, id eſt propter ſententiã aduerſus contutorem latam. Imo & deterior erit condicio tutoris non condemnati, & vltro ſolutionem offerentis quàm ſi eſſet condemnatus. Soluens enim ex condemnatione vtique impetrare poſſet ceſſionẽ actionis iudicati, nec ei imputaretur, quod iſti Molineus imputat, cur ſoluat poſt contutoris condẽnationem qui ex ea condemnatione vrgeri non poterat. Quod ſi ita eſt permittendum illi erit vt creditorem pupillum cogat contra ſe agere (quod etiam aberrat à iuris regulis tit.*nemo inuit.ager. cog.*) Vt cũ etrat cõdemnatus impetret ceſſionem actionis iudicati aduerſus contutorem æquè cõdemnatum. Hoc verò quanam obſecro nititur ratione cùm non plus creditor ab eo per iudicem conſecutus ſit quàm ipſe ſine iudice offerat? *ex l.iudicatum ſolui ſtipulatione.*16.*D.iudi.ſ.l.l.ſi reus.*73. *de procurat.* Aut ſi huic contutori licuit ſoluere pro contutore iam conuento necdum condẽnato cur non æquè poterit poſt ipſius condemnationem? An in eo facta videbitur deterior conditio creditoris quòd vicerit, vt ea re deterreatur contutor à ſolutione facienda, ac non potius ad ſoluendum excitetur? † Atquin dici ſolet ne- 11

minem litis conteſtatione deteriorem ſuam facere condicionem, *l.aliam.*29.*D.de donat.* Sed & quamuis iudicati actio, adeóque litis conteſtatio nouet priorem actionem, *l.delegare.*11 *eodem tit.l.ſolutione.*23.*de ſolut.l.*7.§.*idẽ ſcribit.D.de pecul.* abſurdum tamen ſit idcirco exiſtimare nullam ampliùs cedi poſſe actionem. Alioqui dicendum eſſet exceptionem cedendarum actionum opponi nunquam poſſe in executionem iudicati, quod tamen manifeſtè falſum eſt. *l.ſi fideiuſſores.*§ 1.*de fideiuſſ.l.*1.§.*nõ tantum.*18.*l.cùm pupillus.*21.*D.de tutel.& ratio.diſt.* At ſi cedi poteſt condemnato eique ſoluenti actio iudicati aduerſus contutorem non condemnatum, quæro cur non faciliùs cedi poſſit tutori non condemnato aduerſus iam condemnatũ contutorem? Itémque ſi tutor condemnatus habet exceptionem cedendarum actionum, ſi non cedatur illi actio iudicati contra non condemnatum, quantò facilius habere debet is qui condemnatus non eſt aduerſus condemnatum? Taceo quàm futilis ſit ratio illa non cedendæ actionis iudicati, quòd eam creditor ſuo ſumptu & opera ſine facto & auxilio condemnati quæſiuerit. Nam & hæres rogatus de reſtituenda hæreditate non eò minus cogitur actionibus cedere propria ſtipulatione quæſitis quòd eas ipſe opera ſua acquiſierit: quamuis in hoc differant ab hæreditariis quod hæ ipſo iure tranſeunt in fideicommiſſariũ, in illis ceſſione opus eſt, *l.ſi heres pecuniam.*73.*D.ad S.C. Trebell.* Ex quibus ſatis ſupérque refutata ſit Molinei interpretatio ad *d.l.*1.*C.de contr.iudic. tutel.* Cætera enim quæ confirmandæ ipſius gratia ille congerit ex *l.* 2. *eo. tit.* & ex *l.*1.§.*nunc tractemus.de tutel.& ration.diſtr.* poſtea refellimus cap.11. † Illud ſubinde videndum reſtat, quid 12

ille reſpondeat ad *l.vt fideiuſſor.*79.*de fideiuſſ. D.& ad l. cum alter.*11.*C.eo.* Neque verò hic cunctatur, ſed ait tractari quidem iis locis de actione principali, non quæ ex iudicio naſcitur. At non de illo quæri, an cedi illa ex interuallo poſſit, ſed an ſine ceſſione competet, quod, inquit, vtraque lex negat. Verum apparet ſatis in *d.l.cùm alter*, conſultum fuiſſe Imp. non de illo ſolùm, An ſine ceſſione poſſit fideiuſſor aduerſus confideiuſſorem agere (iam enim ad id reſponſum fuerat primis illis legis verbis, *cùm alter ex fideiuſſoribus in ſolidum debito ſatisfaciat, actio ei aduerſus eum qui vna fideiuſſit non competit.*) Sed de illo etiam, An ex interuallo, & poſt ſolutionem ea ceſſio fieri poſſet. Ad id verò reſpondet Imperator ſequenti illo verſiculo, *Petiiſti ſanè cum fiſco ſoluere desiderare vt ius pignoris quod fiſcus habuit in te transferretur, & ſi hoc ita factum eſt, ceſſis actionibus vti poteris.* Sic innuens non obſcurè ſi ita factũ non ſit, hoc eſt ſi fideiuſſor cùm fiſco ſolueret non deſiderauit vt in ſe ius pignoris trãsferretur, nullomodo fieri poſſe ampliùs vt

ceſſis

coſſis actionibus fideiuſſor vtatur, id eſt vt ei actiones
cedantur, Quæ etiam ſententia eſt, *d.l.vt fideiuſſo.* in qua
non ſolùm negat Modeſtinus actiones vllas competere
fideiuſſori aduerſus confideiuſſorem, ſed etiam tempus
indicat quo cedi eas oporteat vt vtiliter cedantur, nimi-
rum *cum alter electus à creditore totum exſoluet.* Ergo poſt-
quam exſoluerit, ſera erit ceſſio tametſi facta ſit à volen-
te. Multò magis igitur ſera poſtulatio eius qui petet ceſ-
ſionem quo tempore nulla ampliùs ſupererit actio quæ
cedatur. Idque adeò clarum eſt vt nullo iuris loco videas
Iureconſultos dubitare an actio quæ ſolutione perem-
pta eſt cedi debeat aut poſſit ex interuallo (quis enim
præter Molineum id vnquam putaret? ſed de illo potius,
14 † An quæ ceſſa eſt ante ſolutionem aut in ipſo actu ſo-
lutionis, aut quam pacto præcedente cedi conuenerit, ſe-
cuta ſolutione ſubſiſtat. Videbatur enim intercidere cùm
ſecuta quandocunque ſolutio plenam debitori vt dixi-
mus liberationẽ afferat, quod fieri non poteſt quin obli-
gatio extinguatur. Sed ſubtiliſſimè obſeruarunt iuris au-
thores non tam hoc caſu videri peremptam ſolutione
obligationem, quam venditum debitoris nomen ſolu-
túmque venditionis pretium ab eo qui pro alio ſoluere
coactus fuerit. Quod remedij loco inductum videtur vt
iis ſuccurreretur qui pro aliis obligati ſolutionem recu-
ſare, non poſſunt, *l.fideiuſſoribus.16.l. cùm is.36. D.de fi-
deiuſſ.* in cuius fine verba vt puto ſunt inuerſa, ſícque
meo iudicio reſtituenda, *& ideo quia habet actiones tene-
tur ad hoc ipſum vt præſtet actiones ex l. quod debetur. 51.
D.de pecul.l.quòd ſi in diem.16.§ vlt.l.item veniunt.20.§.
ait Senatus placere.17.de petit.hered. l. 2. §. perueniſſe de
hered.vendit.l.heredem.14.l.Papin. 28. D.mand.* Idque
eſt quod Modeſtinus tractat, *in dict.l. Modeſtinus de ſolut.
& Pap.in l.cùm pupillus.21.de tutel.& ration. diſtr. & in
l.cùm poſſeſſor.5.in princ.D.de cenſib.* Manet ergo veriſſi-
ma & inconcuſſa iuris ſententia, Actionem quæ ſolutio-
ne perempta ſit ex interuallo cedi non poſſe. Videamus
iam quid ad eas leges reſpondendum ſit quibus abutitur
Molineus vt errorem ſuum pluribus & grauioribus im-
plicet erroribus.

CAPVT X.

Emendatio & explicatio l. Stichum aut Pamphilum.95.§.ſi mandato de ſolut. l. ſi minoris, 25. de admin.tut. l. ſi res obligata. 57. de lega. 1. l. cùm pupillus. 21. de tut & rat. diſtr.

SVMMARIA.

1 *Generaliter reſpondetur ad leges à Molinæo pro ſua ſen-
tentia allatas.*

2 *Cur mandatori, cuius iuſſu pecuniam credidi, ſoluta pe-
cunia actiones aduerſus debitorem etiam ex interual-
lo præſtare teneatur?*

3 *Cur dicto mandatore ſoluente debitor non liberetur?*

4 *Cur ſoluente tutore qui pupillo condemnatus eſt, ob id
quod ipſius pupilli debitorem non exegerit, debitor non
liberetur?*

5 *De cedenda actione curatoribus qui minori pecuniam
ex eo ſoluere parati ſunt, quòd eorum culpa eiuſdem
pupilli tutores minoris quàm oportuerat fuerant con-
demnati?*

6 *An illis curatoribus, poſtquàm iudicatum fecerunt, mi-
norationes mandare cogi debeat?*

7 *Emendatur* l.ſi minoris.25.ff.de admin.tutor.

8 *Appellationem interdum permitti, etiam quum appel-
lanti aliter ſuccurri poteſt.*

9 *Fideicommiſſario, cui res pignori obligata per fideicom-
miſſum relicta eſt, debitum ſoluente, pignus, non au-
tem debitoris hæredes liberari.*

10 *Ratio dubitandi ad* l.2. ff.quib. mod.pig. vel hypot.
ſoluit.

11 *Cur in ſpecie* l.ſi res obligata.57.de legat.1. *actionum
ceſſio ex interuallo admittatur?*

12 *Reſpondetur ad* l. Dominus Sticho.23. de pecul.leg.
l.5.ff.de cenſib. *à Molinæo pro ſententia ſua defen-
ſione allatas.*

13 *Ratio dubitandi in* d.l.5.

14 *Deeſſe negationem in* l.cum pupillus.21. ff.de admi-
niſt. tutor.

15 *Ceſſionem peritam in ſpecie*, l.in fraudem. §. qui pro
alio. ff.de iure fiſci. *in ipſo ſolutionis actu petitam
intelligi.*

16 *Quænam inter fiſcum & priuatos differentia ſit, quum
de actionum ceſſione agitur?*

AD † eas omnes leges quas ſuperiore capite à Mo- 1
lineo allatas diximus, vt probet ſublata per ſolu-
tionem obligatione poſſe nihilominus ex interuallo ce-
di actionem, vna eadémque reſponſio ſufficere poſſet:
Tractari ſcilicet in omnibus de cedẽda actione quæ per
ſolutionem extincta non ſit. Idque veriſſimum eſt, ſed
tamen paulò obſcurius, niſi ad ſingulas aliqua adhibea-
tur interpretatio.† Primum verò occurrit, *l.Stichum, aut* 2
Pamphilum.95.§.ſi mandato de ſolut. vbi tractat Papinia-
nus de mandatore cuius iuſſu tu pecuniam Titio credi-
deris, Et ait, etiam poſteà quam pecunia ſoluta eſt
præſtare te debere actiones mandatori contra debito-
rem, vt ei ſatisfiat: Nempe quia, vt ille ſcribit, manda-
tore conuento & damnato quamuis pecunia poſtea ſo-
luta ſit, non tamen debitor liberatur, ideoque iuris ratio
non ſolum patitur, vt ex interuallo quantocumque fiat
ceſſio, ſed etiam te obligat vt mandatori qui tibi ſol-
uit actiones cedas, quòd alioqui futurum ſit, vt nulla ei
pro repetitione contra debitorem actio competat. Ne-
que mandati cùm nihil ille mandatori tuo manda-
uerit; neque negotiorum geſtorum, quandoquidem
non poteſt videri mandator vtiliter geſſiſſe negotium
eius quem non liberauit, *arg. à contrario ſenſu, l.quan-
quam.7.ad SC.Velleian.* Idque & Vlpianus ex eodem Pa-
piniano tractat in *l.Papinianus.28. D.mandat.* † vbi ra- 3
tionem etiam reddit, cur ſoluente mandatore debitor
non liberetur. Quoniam, inquit, non tam debitoris no-
mine ſoluit quàm ſuo, & propter mandatum ſuum. Eſt
enim perpetuum vt quod quis ſuo nomine ſoluit nun-
quam alium liberet ſi plures numero licet de eadem re
fuerunt obligationes. *l. ſi quid poſſeſſ. 31. de petit.hæred.
l.ſi pœna. 19. §.1. de condict. indeb. l.cùm quis. 38.de pe-
cul. l.Paulus reſpondit. 101. in princ. de ſolut.* † Eadém- 4
que ratio eſt vt ibidem Papinianus ait tutoris qui pu-
pillos condemnatus eſt ob id quòd ipſius pupilli debito-
rem non exegerit. Quantumuis enim ſoluat ille pupillo
quod alius debuit, non tamen liberat debitorẽ quia non
pro debitore ſoluit, ſed pro ſeipſo, hoc eſt ex cauſa pro-
priæ condemnationis quam non pro debitore, ſed pro ſe-
ipſo ſolo, & ob tutelam à ſe geſtam ſubiit. Ideóque ſolum
illud remedium ei ſupereſt, vt tutelæ actione contraria
cogat pupillum actionibus ſuis cedere aduerſus debito-
rem, *d.§.ſi mandatu.* vbi apertum eſt legendum eſſe *nos
feciſſe comparationem*, non quomodo vulgò legitur *non fe-* 5
ciſſe. † Idem iuris eſt in illa quoque ſpecie quam idem
Vlpianus ex Papiniano proponit *in l.ſi minoris.25.de ad-
miniſtra.& peric.tutor.* de minore qui contra ſuos curato-
res egit ob id quòd eorum culpa eiuſdem pupilli tuto-
res, minoris quàm oportuerat fuerant condemnati. Nam
ſi curatores hi parati ſint ſoluere ex condemnatione
quanti intereſt pupilli, ſed tamen petant mandari ſibi
actiones contra tutores, Papiniano placet (cuius ſen-
tentia extat *in l. alterius 20. §.1. de tutel.& ration.diſtr.*)

poſſe aos & debere id conſequi per doli exceptionem,
quoniam actio priſtina quæ beoeficio reſtitutionis in
integrum ſalua eſſe poterat pupillo contra tutores, &
cedi & mandari adhuc poteſt. Sed ſi ia n ſecerint iudi-
catum curatores, prodeſt, inquit, ea res tutoribus quo-
niam nihil minori abeſt qui de præda magis quàm de
damno ſolicitus videbitur, ſi poſtquam à curatoribus
ſuis indemnitatem conſecutus eſt pergat velle aduerſus
tutores in integrum reſtitui. Quæ ratio demõſtrat aper-
tiſſimè ſolutionem à curatoribus factã non eo prodeſſe
tutoribus, quod ipſo iure ſint liberati, ſed hactenus dun-
taxat vt oppoſita doli exceptione repellant minorem
qui contra bonam fidem captat prædam ex damno alie-
no, biſque idem vult conſequi, Nam proculdubio ſi ſtri-
ctum ius inſpicias ſalua manet pupillo aduerſus tuto-
res actio, etiam poſtea quam à curatoribus ſolutionem
acceperit, quòd non pro tutoribus ipſi ſoluerint, ſed pro
ſeipſis ex cauſa curationis non bene geſtæ condemna-
tis. Inde igitur fit quod Vlpianus ex Papiniano ſobiicit,
vt mandare actiones ſuas curatoribus etiam poſt ſolu-
tionem & ex interuallo pupillus poſſit, neque id habet
6 dubitationem. † Sed an mandare cogi debeat diffici-
lius eſt. Sic enim Papinianus loquitur quaſi in minoris
arbitrio id poſitum ſit. Et ſane imputari curatoribus po-
teſt cur iudicatum fecerint non oppoſita doli exceptio-
ne per quam conſecuturi erant vt ſibi mandarentur
actiones Nec facilè video quænam ipſis ex iure aut ex
æquitate actio ſupereſſe poſſit in minorem poſtquã ſa-
tisfecerant iudicato. Non enim ſimile eſt quod idem Vl-
pianus ſcribit *in l. ſi res obligata. 57. de legat. 1.* in illis ver-
bis, *quod quamquam ſuo tempore non fecerit, tamen per iu-
riſdictionem Preſidis prouinciæ id ei præſtabitur.* Ibi nam-
que multò minùs imputari poteſt fideicommiſſario qui
conuentus hypothecaria ſoluit creditori hæreditario,
nec petiit exhiberi ſibi actiones contra hæredes, ad quos
liberandi prædij onus pertinere teſtator voluerat legẽ-
dum enim eſt *voluerit*, non vt vulgò *noluerit.*) Nimirum
quia vt eadem lex ponit non ſatis apertè de ea re ſen-
tentiam ſuam teſtator expreſſerat. Itaque nonnulla
ſuberat quæſtio voluntatis defuncti quæ ſicut facti eſt,
l voluntatem 7 C. de fideicommiſſ. ita facilè prudẽtiſſimum
quemque poteſt fallere, *l. 2. D. de iur. & fact. ignor.* At ni-
hil eſt quod excuſare queat imperitiam curatorum qui
iudicatum fecerunt non petita aduerſus tutores ceſſio-
ne præter correum iuris, cum proprij facti ignorantiam
non poſſint prætendere, *l. 3. eod. d. l. quamquam 7. D. ad
S.C. Velleian. l. cum putarem. 36. D. familiæ erciſc.* Errorem
porrò iuris nocere certum eſt, *lege regula 9. de iuris & fa-
cti ignor.* tantum abeſt vt prodeſſe poſſit ad acquiren-
dam in alios actionem, *lege iuris ignorantia ſeptima. eodẽ
titulo.* Nulla igitur curatoribus qui ſoluerunt ſupereſſe
poteſt actio in pupillum vt actionibus ſuis cedat, quam-
uis ſi vltrò cedere ipſe velit, nihil ſit quod ceſſionem
7 impediat. † Cæterum illud quoque obſeruandum eſt
quod in *dicta lege ſi minoris*, Vlpianus ita ſcribit *poſſe
prouocantes per doli exceptionem conſequi vt eis mandentur
actiones.* Sic enim videtur innuere, non eſſe audiendos
curatores ſi poſt condemnationem quæ tranſierit in rẽ
iudicatam, petant mandari ſibi actiones, ſed cogendos
eos prouocare à ſentẽtia vt in cauſa appellationis poſ-
ſint ipſi exceptionem doli opponere. Atqui conſtat poſ-
ſe etiam in executione iudicati exceptionem doli obii-
ci ad extorquendam actionis ceſſionem, vt & cæteras
exceptiones omnes quæ non impugnant iudicatum *l. 1.
§. non tantum. 18 lege cum pupillus. 11. de tutel. & ration. diſtr.
l. ſi fideiuſſores. 41. §. 1. de fideiuſſ.* Cur ergo prouocandi
neceſſitas curatoribus iniungatur? Præſertim cum diffi-
cilius permittatur appellatio iis caſibus quibus non eſt
neceſſaria, vtputà ſi apud eundem iudicem qui iam co-
gnouit, poſſit in executione iudicati proponi exceptio
quæ ante condemnationem propoſita non fuit, *l. cum
nono die. 6. l. vltim. C. quando prouoc. non eſt neceſſ.* Itaque
fit mihi probabile ſic potius legendum eſſe apud Vlp.
poſſe prouocantes aut per doli exceptionem conſequi. vt po-
nat ille in arbitrio curatorẽ an prouocare velint à ſen-
tentia, an potiùs, quod ſanè & tutius eſt, per doli exce-
ptionem conſequi vt mandentur ſibi actiones in execu-
tione iudicati. † Neque enim nouum eſt vt interdum 8
appellatio quoque permittatur, etiam cum aliter ſuc-
curri poteſt, vt cum minor ex condemnatione læſus eſt.
Poteſt namque appellare ſi velit vti iure communi, nec
eò minus tamen reſtituitur ſi malit contra ſententiam
*leg. Præſes quadrageſima ſecunda de minor. iunct. leg. ſi pater.
8 C. quand. prouoc. non eſt neceſſ.* Et verò Papinianum cu-
ius reſponſum ab Vlpiano relatum extat, vt diximus
in *d. l. alterius 20. §. 1. de tut. & ration. diſtra.* prouocatio-
nem nullam requirit ad opponendam doli exceptionẽ,
aut ad petendam actionum ceſſionem ſed ſola doli ex-
ceptione curatoribus ſuccurri poſſe ait. † Iam vero 9
quod pertinet ad *l. ſi res obligata. 57. de leg. 1.* vt intelli-
gas non probari ex eo loco Molinei ſententiam, ſcire
te oportet, Cum alicui per fideicommiſſum res relicta
eſt quæ alieni pignoris viculo tenebatur, ſi fideicom-
miſſarius ſoluat debitum quod ad hæredis vnius pertine-
re teſtator voluerat, liberari quidem pignus, ſed tamen
non liberari hæredes debitoris; quia non eorum nomi-
ne ſed ſuo proprio ſoluit fideicommiſſarius putans luẽ-
di pignoris neceſſitatem ſibi incumbere. Cuiuſque rei
argumento eſt, quòd creditori qui hypothecaria vſus
litis æſtimationem conſecutus eſt à poſſeſſore, actio ta-
men ſupereſt ſtricto iure contra debitorem vt ab eo
debitum poſſit exigere quamuis doli exceptione repelli
poſſit, quòd bis idem velit conſequi. *l. ſicut 8. §. vlt. quib.
mod. pign. vel hypot. ſolui.* † Quæ dubitandi ratio eſt ad 10
l. 2. eod. tit. in qua non videbatur debitor rem ſuam vin-
dicans cogẽdus offerre debitum poſſeſſori qui litis æſti-
mationem creditori Seruiana agenti præſtiterat, quan-
do eiuſmodi præſtatione non eſſet debitor à creditore
liberatus Sed decidendi ratio eſt, quòd licet non ſit ille
ipſo iure liberatus attamen tutus eſt doli exceptione, *d.
§. vlt.* Proinde indemnem ſeruare debet eum cuius be-
neficio exceptionem illam quæſitam habeat, haud ſecus
ac ſi ipſo iure liberatus eſſet, *arg. l. ſi pecunia. 77. de le-
gat. 1.* Aliud ergo eſt liberare pignus, aliud verò libera- 11
re debitorem. † Quod ſi ita eſt vt ſolutione per fidei-
commiſſarium facta non liberentur hæredes debitoris,
quis miretur fieri poſſe vt etiam ex interuallo ipſi man-
dare actiones creditor poſſit, quas adhuc integras ha-
beat; Vt verò etiam cogatur illa ratio facit, quam ſupra
attigimus, quòd nihil imputari poſſit ei qui in obſcura
interpretatione voluntatis defuncti non ſatis expreſſæ,
errauerit. † Eodem modo reſpondendum eſt, *ad legem* 12
dominus Sticho. 23. de pecul. legat. valere in illius legis ſpe-
cie ceſſionem factam ex interuallo poſt ſolutionem,
adeoque eum cui ſolutum fuerat cogi actionibus ſuis
cedere, qui per ſolutionem factam animo reddendarum
rationum potiùs quàm liberandorum debitorum gra-
tia non fuerant debitores liberati: quod apertè Scæuola
docet illis verbis *Manentibus debitoribus pro quibus ipſe
pecuniam hæredibus patroni refuderat.* Cur non ergo ce-
datur actio, quæ quoniam ſupereſt cedi commodè po-
teſt? *l. l. in creditore. 38. de euict. l. cùm ie. 3. in fin. de fideiuſſ.*
Ad *l. cùm poſſeſſor. 5. de cenſib.* facilis reſponſio eſt, tracta-
ri eo loco de ſolutione facta poſt actionum ceſſionem,
ſicque intelligenda verba illa, *nec inutiliter actiones præ-
ſtantur, tametſi fiſcus pecuniam ſuam recuperauerit*, vt ſe-
cutam non præcedentem recuperationem ac ſolutionẽ
demonſtrent. Id enim probat ratio quæ ſubiicitur, *quia
nominum venditorum pretium receptum videtur.* Nam cũ
poſt ſolutionem totius tributi pro prædio debiti nulla
fiſco ſuperſit actio, nec in perſonam eum nulla eo no-
mine perſonalis vnquam competierit, nec in rem quæ
liberata eſt, fieri ſanè nequeat vt venditum videatur
nomen quod in rerum natura nullum eſt. † Dubitandi 13
autem

autem cauſa illa fuit quam in ſuperioribus perſtrinximus, quòd etiam cùm ante ſolutionem ceſſio facta eſt, videatur tamen actio ſecuta quandocunque ſolutione intercidere. Quod apparet manifeſtiùs ex alio eiuſdem Papiniani loco *in d. l. cum pupillum. 21. de tutel. & ration. diſtr.* in illis verbis *quamuis poſtea iudicatum fiat,*
14 *tamen actio data non intercedit.* † Eadem enim decidendi ratio ſequitur, *quia pro parte condemnati tutoris non tutela reddita, ſed nominis pretium ſolutum videtur.* In quibus tamen verbis non dubito quin deſit negatio, potiúſve legendum ſit *pro parte non condemnati.* Proponebatur enim illo loco facta ſolutio totius debiti per vnum ex tutoribus condemnatum in ſolidum, eique ceſſa actio pro parte ſcilicet in tutorem non condemnatum. Illud ergo ſibi vult Papinianus, pro parte tutoris non condemnati, non tam tutelam redditam quã nominis pretium ſolutum videri, ideóque actionem quæ ante ſolutionem ceſſa fuerat, non intercidere ſecuta quandocunque poſtea ſolutione: facit *l. ſoluitur. 5. §. ſi conuenerit. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu.* At pro parte ipſius condemnati tutela ſanè reddita dicenda eſt, non pretium nominis ſolutum, cùm pro ea parte nulla in contutorem actio cedi potuerit, *l. ſi plures. 38. de admin. & pericul. tutor. l. quæſitum. 30. §. 1. verſic. ſin verò filius. D. de pecul.* nec rurſus ipſi condemnato in ſemetipſum. Cæterùm probat manifeſtè ratio illa ne quidẽ tutori aduerſus contutorem vllam actionem ex interuallo cedi poſſe, cum de illo magis Papin. dubitet, An quæ ceſſa fuerat ante ſolutionem poſteà interci-
15 derit. Non leuior eiuſdem Molinæi error ille eſt quòd pro ſe obiicit Paulum *in l. in fraudem. 45. §. qui pro alio de iur. fiſc.* vbi ſcriptum eſt eum qui pro alio conuentus à fiſco totum debitum exſoluit, non iniquè poſtulare perſecutionem bonorum pro quo ſoluit, in eóque adiuuari etiam per officium ſolere. Illa enim verba *exſoluit, ſoluit,* quibus lex vtitur non in præteriti temporis vt ipſe putat, ſed in præſentis ſignificatione accipienda ſunt, hoc eſt de ceſſione quæ petatur in actu ipſo ſolutionis. Nullam ſiquidem hac parte differentiam eſſe inter fiſcum & priuatos conſtat ex *d. l. cùm alter. C. de fideiuſſ. Item ex l. ſi cùm pecuniam. 4. & l. vlt. C. de priuil. fiſc.* quibus etiam idipſum apertiſſimè probatur, quod volumus, ita demum vtiliter cedi poſſe actiones ei qui pro alio ſoluit fiſco, ſi ante ſolutionem, aut ſaltem in ipſa ſolutione ceſſio petatur & præſtetur, aut de præſtanda
16 ea pactum interueniat. † Quod ſi qua inter fiſcum & priuatum hac parte differentia eſt, in eo tantùm elucere poteſt, quòd in priuatorum cauſis ſi pignoris liberandi gratia vnus ſoluerit quod alius debebat, ſupereſt aduerſus debitorem perſonalis actio quæ cedi quandocunque poteſt, *d. l. ſi res obligata.* In cauſa verò fiſci qui in debitorum bonis ius habet taciti pignoris ſi fiſco ſolutum ſit etiam pro alterius parte nulla prorſus obligatio aut actio ſupereſt quam cedere fiſcus ex interuallo poſſit, quippe qui nec aliam vllam actionem habebat quam quæ coniuncta eſſet cum perſecutione bonorum eius qui tributo præſtando erat obnoxius. Quomodo enim aliam merè perſonalem haberet contra eum qui neque ex contractu vel quaſi obligatus eſſet, neque ex delicto vel quaſi delicto? Nam & ideò induci neceſſe fuit vt taciti pignoris ius fiſco accommodaretur ne alioqui actio ei omnis deficeret bonis alienatis pro quibus tributum pendi debuerat, hinc ita cùm de tributo aliíſque eiuſmodi cauſis fiſcalibus tractatur. Si enim fiſcus pecuniam crediderit aliréve cum priuato contraxerit, iure communi vtitur, nec deterioris conditionis eſſe debet quàm priuatus.

* *
*

Capvt XI.

Ad §. nunc tractemus l. 1. D. de tutel. & ration. diſtr.

SVMMARIA.

1. *Conuenientia* l. 2. de contrar. iudic tutel. *cum* d. § nunc tractemus.
2. *Vno ex tutoribus totum debitum ſoluente alios contutores liberari.*
3. *Præcipua dubitatio dicti* §. nunc tractemus.
4. *In d. §. non de actione ceſſa agi, ſed de vtili quæ citra ceſſionem competit.*
5. *Cur vtilis illa actio introducta ſit, & ex quo iure originem trahat?*
6. *Negotiorum geſtorum actionem vtilem, non directam contutori in ſpecie d. §. competere potuiſſe.*
7. *Non competiiſſe ſi ex communi geſtu, ſed ex ſolo facto tutoris conuentus aut condemnatus tutor ſoluiſſet.*
8. *Vtilem actionem in* d. §. nunc tractemus, *de vtili tutela, non de negotiorum geſtorum actione intelligendam eſſe.*
9. *Quo iure inductum fuerit vt contutores diuiſionis beneficium habeant?*
10. *Aliis rationibus probatur vtilem tutelæ actionem in ſpecie d. §. competere.*
11. *Non ſemper illam vtilem actionem tutori qui ſoluit aduerſus tutorem competere.*
12. *Non ſi ex dolo communi tutor ſolidum præſtiterit.*
13. *Ex ſola æquitate hanc vtilem actionem inter curatores à Diuo Pio introductam & accommodatam eſſe.*
14. *Quænam ſit ratio illius æquitatis, differentia inter fideiuſſores, & contutores alióſque adminiſtratores?*
15. *Soluitur argumentum ex* d. §. nunc tractemus *à Molinæo petitum.*

VNus † hic tantùm iuris locus eſt qui pro Molinæi 1
errore quem nos exagitamus nonnihil ſcrupuli iniicere poſſe videatur. Sic enim Vlpianus ſcribit, Si fortè quis tutor ex facto alterius tutoris condemnatus aliquid præſtiterit vel ex communi geſtu, nec ei mandatæ ſint actiones, conſtitutum eſſe à Diuo Pio, & ab Impp. Seuero & Antonino, vtilem actionem tutori aduerſus contutorem dandam. Cui conuenit *l. 2. C de contr. iudic. tutel.* quæ eſt Imp. Antonini, in illis verbis *actiones aduerſus contutores tuos mandari tibi à pupilla deſiderabis vel vtili actione vteris.* Nec reſponderi illud 2
poteſt quod ad alias Molinæi obiectiones ſuperiore capite reſpondimus, Poſſe hoc caſu cedi actionem poſt ſolutionem ideò quòd ſolutione extincta non ſit obligatio. Cùm certiſſimi iuris ſit vno ex tutoribus ſoluente alium contutorem liberari, *l. 1. C. eod. tit. de contr. iudic. tutel. l. Modeſtinus. 76. de ſolut.* Neque mouet quòd tutor hic qui totum ſoluit, ſoluerit proprio nomine, qui ſcilicet proprio nomine in ſolidum tenebatur, *l. cùm interdicta. 6. in fin. C. arbitr. tutel. l. 2. in fin. C. de diuid. tutel.* Nempe quoniam vna eadémque cauſa eſt quæ tutores omnes obligat videlicet tutelæ, & conſequenter vna omnium eadémque obligatio, *l. vlt. D. rem pupil. ſaluam fore.* nec tam propter contutorem quàm propter tutelam ſoluit, qui ſolidum præſtat quod ex cauſa tutelæ debeatur, cùm ſingulis tota adminiſtratio iniuncta videatur. *l. 1. C. ſi ex plurib. tutor. vel curat. l. decreto. 24 §. 1. de adminiſt. tut.* niſi quibuſdam duntaxat à magiſtratu conceſſa fuerit cæteriſque prohibita, *l. 3. §. apparet & per totum eo. tit. l. l. legitimos. 5. §. in legitimis de legit. tutor.* Et tamen ei qui ſolidum ſoluit non eo minùs compe-
tit

tit ſepetitio pro parte contutoris, qui æque vel admi-
niſtrauerit vel in adminiſtrando negligens fuerit Ni-
mirum quia pro ea parte ſolutum fuit propter contu-
toris factum aut culpam: quod non contingit in man-
datore qui ſoluit propter mandatum ſuum, *l. Papinianus.*
28. D. mandat. Nec in correis aut confideiuſſoribus, qui
totum ſoluūt propter propriam ſingulorum promiſſio-
3 nem. † Illa igitur manet dubitatio, cùm vno ex tuto-
ribus ſoluente cæteri liberētur, qua ratione fieri queat
vt ei qui ſoluit vtiliter cedi poſſit actio ex interuallo
aduerſus contutores. Id enim eſt quod Molineus defen-
dit & ex locis ſupradictis probari putat. Ego verò per-
petua illa ratione moueor, vt putem non magis hoc
caſu quam alio vllo valere ceſſionem actionis factam
ex interuallo, quod fieri nullomodo queat vt cedatur
actio quæ amplius nulla eſt, qualis illa, quæ ſolutione
prorſus extincta fuit, idque tam apertè ſcriptum eſt, *in*
d. l. 1. C. de controu. iudic. tutel. & in d. l. Modeſtinus, vt ni-
4 hil ſcribi potuerit apertius. † Neque verò ſi benè in-
ſpicias contrarium probatur *ex d. Ɖ. §. nunc tractemus*, in
quo, manifeſtum eſt non de actione ceſſa agi, ſed de
vtili quæ cura ceſſionem competit. Quæ enim ceſſa &
mandata eſt, directa dici debet non vtilis, cùm ſit illa
ipſa quæ penes cedentem erat, eáque vtatur ceſſiona-
rius non ex perſona ſua ſed ex perſona cedentis tan-
quam procurator in rem ſuam conſtitutus *dict. l. 1. l. omi*
5 *ſtipendia. 9. C. de procurat.* † Ea porò vtilis actio non alia
ratione introducta eſt quàm quòd poſt factam ſolu-
tionem directæ locus eſſe ampliùs non poſſit. Introdu-
cta autem fuit non tam ex iuris ratione aliqua quam ex
æquitate idque ex reſcriptis Imperatorum cùm Iure-
conſultorum authoritas non ſufficeret. Etſi enim ple-
riſque caſibus iuris authores introduxerūt vtiles actio-
nes, iis ſcilicet quibus directa actio deficiebat, ſiue
quòd legis vel edicti Prætorij verba manca eſſent, ſiue
quòd ſtricta iuris ratio deficeret, ſolaque æquitas dari
actionem ſuggereret, quoties tamen æquitati iuris ratio
prorſus obſtitit, vix reperias vnquam auſos eos fuiſſe
actionem dare. Tunc enim fuit neceſſaria Imperatoris
authoritas, *l. 1. C. de legibus*, quomodo contigit in ea ſpe-
cie de qua tractamus. Nam cùm ipſo iure tutor in ſoli-
dum teneatur vt diximus ex contutoris adminiſtratio-
ne perinde atque ex ſua, & cōſequenter ſoluiſſe videa-
tur pro obligatione propria quicquid ſoluit ex facto &
pro parte contutoris (quamuis habeat beneficium diui-
ſionis exemplo fideiuſſoris ſi contutor præſens ſit &
ſoluendo, *d. §. nunc tractemus.*) fieri certè non poterat
vt actionem tutelæ vtilem ei accommodarent Iurecon-
6 ſulti in contutorem. † Fateor potuiſſe negotiorum ge-
ſtorum actione conueniri eum ex cuius facto contutor
quid præſtitiſſet, quod & in Collegis magiſtratibus ob-
tigebat, *l. ex facto 30. de neg. geſt.* Sed nego cum Accurſio
quicquid garriat Molineus ad *d. l. Modeſtinus num. 5.*
fuiſſe eam directam actionem (quo enim iure directa
competeret ei qui ex propria perſona obligatus erat vt
ſolueret?) Dico fuiſſe vtilem, ſicut & eam quam Papi-
nianus dat in ſpecie *l. liberto. 31. eod. tit. ad exemplum in-*
ſtitoria, vt probat l. idémque. 10. §. idem Papinianus. D. mā-
dat. Dico eam actionem vtilem non aliter competiiſſe
quàm cùm ex ſolo facto tutoris condemnatus aut cō-
uentus contutor ſoluiſſet, non etiam ſi ex communi
geſtu. Ideò autem competiiſſe quia damnum à contuto-
re ſolutum, non tam ex cauſa tutelæ quàm ex mala con-
tutoris adminiſtratione proceſſerat: vt ſuprà docuimus
c. 7. ex illis Iuliani verbis, *id vt ei ſaluum eſſet quod eius*
cauſa damnum cepiſſet. Proinde in alios omnes caſus qui-
bus actio illa vtilis negotiorum geſtorum aut locum
habere nequeat, puta ſi ex communi geſtu negligen-
tiáve condemnatus vnus ex tutoribus totum ſoluerit,
aut inutilis futura ſit fortè ob inopiam debitoris quæ
poſt ſuſceptam tutelam ſuperuenerit, cum neque actio
negotiorum geſtorum naſcatur ante ſolutionem factam
pro alio, *l. 1. & vlt. de neg. geſt.* neque priuilegium vllum
habeat tacitæ hypothecæ, *l. pen. C. eo.* † Neceſſarium & 7
æquiſſimum fuit introduci vtilem illam actionē de qua
Vlp. in *d. §. nunc tractemus.* Quæ proculdubio vtilis tu-
telæ non negotiorum geſtorum actio intelligenda eſt,
vt contra Accurſium & cæteros Molineus diſputat poſt
Azonem, cum quo & ego hac parte ſentio: cùm eam
competere ex reſcriptis Imperatorum Vlpianus dicat
eo quoque caſu, quo vtilem negotiorum geſtorum Va-
lerius Seuerus & Iulianus iam dederant in *d. l. ex facto:*
quos conſtat ſub Hadriano floruiſſe annis aliquot an-
te Antoninum Pium qui Hadriano ſucceſſit † Vnde il- 8
lud etiam eſt quod in ſpecie *d. l. ex facto*, nullā illi dant
exceptionem ordinis aut diuiſionis contutori conuen-
to ex facto contutoris, quæ tamen hodie proculdubio
competit Nempe quòd ius illud nondum inductum eſ-
ſet per epiſtolam Hadriani aliáſque poſteriorum Im-
peratorum conſtitutiones, de quibus in *l. tres fratres. 55.*
§. non ſolum. de admin. tut. l. vlt. C. de diuid. tutel. 1. & 2. C.
ſi tut. vel curat. non geſſer. Nam quod obtinet vt contu-
tores habeant beneficium diuiſionis receptum eſt non
lege aliqua ſpeciali, ſed exemplo fideiuſſorum, *d. § nunc*
tractemus. In fideiuſſoribus verò ipſum conſtitutum
fuit per epiſtolam Hadriani. Et ſi enim iam ante Ha-
drianum idem Prætoribus placuiſſe teſtatur Paulus *lib.*
1. ſentent. tit. 20 non fuiſſe tamen in vſu ius illud Præto-
rium vel ex eo maximè conſtat quod iureconſulti paſ-
ſim ad epiſtolam Hadriani hoc beneficium diuiſionis
referunt, *l. inter fideiuſſores. 26. & l. ſeq. §. præterea. D. de fi-*
deiuſſ. itémque Iuſtin. in *l. vlt. C. de conſti pecu. & in §. ſi*
plures. Inſtit. de fideiuſſ. † Ergo ne a propoſito aberre- 9
mus vtilis illa actio de qua in *d. §. nunc tractemus*, de vti-
li tutelæ non negotiorum geſtorum actionē omnino
intelligenda eſt, quod & non obſcurè innuit text. *d. l. 2.*
C. de contr. iud. tut. & non malè quis fortaſſe probet, ex
l. 1. §. in Republica. de admin. rer. ad ciuit. pertin. vbi idem
Vlpian. ſcribit actionem quæ pro facto collegæ in col-
legē decerni ſolet ei qui pro altero dependit, ex æqui-
tate competere. Nimirum vt ego quidem exiſtimo, pro-
pter reſcriptum illud Antonini Pij, quod licet de con-
tutoribus tantum loquatur, prudentum tamen inter-
pretationes ad alias perſonas & cauſas ſimiles tractum
eſt trahique potuit. Alioqui iuris ſanè ratio obſtaret
quominus eadem actio quæ in Collegam decernitur ei
quoque daretur qui pro collega quid dependiſſet ſi
nulla ceſſio facta proponeretur, neque ex ſola æquitate
ita reſpondere Iureconſulti potuiſſent: eo præſertim ca-
ſu quo nulla ſuberat neceſſitas competente iam vtili
negotiorum geſtorum actione, vt diximus ex *d. l. ex fa-*
cto. † Sed neque vtilem illam tutelæ actionem exiſti- 10
mandum eſt omni caſu competere tutori qui ſoluit ad-
uerſus contutorem. Quid enim ſi plures tutores ideò
teneantur quod tutelæ ipſis iniunctæ adminiſtrationē
ſuſcipere noluerint? Habebunt quidem nihilominùs
beneficium diuiſionis ſi omnes ſoluendo ſint: ſed ſi ex
iis quidam non ſint idonei, cæteri ita onerantur vt ne
quidem adigere pupillum poſſint ad cedendas in con-
tutorem actiones. Qua enim fronte id deſideraturi ſint
cum propria quiſque contumacia puniatur? Inquit Pa-
pin. in *l. ſi plures. 38. de admin. & peric. tutor.* Igitur nec
tacitam illam vtilem habebunt. Cuius ſcilicet dandæ
ratio alia non eſt quàm vt in eius quæ mandari debuit,
nec mandata eſt locum ſubſtituatur † Quam ob cauſā 11
nec eo caſu competet quo quis ex dolo communi ſoli-
dum præſtiterit, *d. §. nunc tractamus, verſ. planè ſi ex dolo:*
quamuis competat ſi ob ea quæ cùm geri deberēt omiſ-
ſa ſunt, vnius ex tutoribus condemnatio facta ſit. Huic
enim condemnationi neque dolus cauſam dat neque
contumacia, ſed lata culpa quæ cùm fuit communis pe-
riculum eius ad vtrumque ſpectare æquum eſt, *d. l. 2. ſi*
tut. vel curat. non geſſer. licet aliàs dici ſoleat latam cul-
pam dolo comparari, *l. quod Nerua. 32. D. depoſit.* in eo-
que

que erit etiam generalior actio vtilis tutelæ quam vtil illa negotiorum geſtorum de qua *d.l.ex facto*: quæ indicio meo non poteſt hoc caſu competere illi qui totum ſoluerus, propriæ non alienæ negligentiæ pœnas luit. An enim poteſt hic videri alterius geſſiſſe negotia? Nō magis vtique quàm ſi ſolueret ob alteriùs fraudem cuius particeps ipſe fuerit, *dict.l.ex facto*, in illis verbis, *ita tamen ſi non ſit conſcius fraudis*.
13 † Vt verò Molinei obiectioni ſatisfaciamus, illud videndum ſupereſt. Cur vtilem hanc tutelæ, actionem inter contutores Imperator Pius induxerit, eiúſque exemplum ſicuti poſtmodum alij Imperatores. An ex iuris ratione aliqua? Minime: ſed ex ſola æquitate cui ratio ipſa iuris penitus repugnabat, *d.l.2.§.ius reipub. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* At qua æquitate? An ob id ſolum quòd cùm periculi ſocietas inter contutores inita videatur, vt Papin. loquitur in *d.l.ſi plures*, æquum ſit quòd vnus pro alio ſoluerit, id eum eadem actione repetere? Atqui eadem æquitas facere deberet vt in confideiuſſoribus pluribus idem ius admittendum eſſet, quod tamen nuſquam eſt proditum. Nam fideiuſſori qui totum ſoluit, nec aduerſus confideiuſſorem actionem ſibi mandati curauit nulla actio danda eſt, *l. vt fideiuſſor. 39. de fideiuſſ.* id eſt nec directa nec vtilis. Neque ad eos tractum eſt interpretationem reſcriptum Diui Pij quomodo ad collegas ma-
14 giſtratuum cæteróſque Reip. adminiſtratores. † Alia ergo æquitatis ratio quærenda eſt quæ ad ſolos tutores, curatores, magiſtratus, alióſque qui ſunt ſimiles adminiſtratores pertineat. Illa autem eſſe videtur, quòd hi omnes non ex voluntate, ſed ex neceſſitate obligantur. Cogente quippe lege vel iudice cum inuiti quoque tutelam ſuſcipere cogantur niſi afferant excuſationē. Fideiuſſores verò non niſi vltro & ex propriæ voluntatis arbitrio obligantur. Quò minus iis ſuccurrendum eſt cùm ſe in eam neceſſitatem ipſi coniiciant, *arg. l.ſi fideiuſſor. 7. § ſi neceſſaria. D. qui ſatiſd. cogant.* tutoribus verò cæteriſque adminiſtratoribus multo facilius, ne iis tam damnoſum ſit officium quod ex neceſſitate ſuſceperint, *arg. l. videlicet. 28. ex quib. cauſ. mai.* Vnde illud etiam eſt, quod fideiuſſoribus hactenus ſuccurritur, vt ei qui ſoluit cogatur creditor vendere cæterorum nomina, *l. fideiuſſoribus 17.ff.de fideiuſſ.* Tutoribus autem ita ſuccurritur, vt electionem habeant an actionis ceſſionem petere, an vtili tutelæ iudicio experiri malint, *d.l.2.C.de contra.iud tu.* Nec eò magis repelletur pupillus, quòd nullas fortè actiones, tutori ſoluente mandare poſſit, cùm alia ratione, id eſt vtili illa tutelæ actione liceat ſoluenti tutori à contutore conſequi indemni-
15 tatem. † Igitur vt ad Molineum redeamus errat ille turpiter cum ait, Facta ſolutione per vnum ex tutoribus supereſſe aliquam actionem: Ideò, inquit, quòd ipſo iure vtilis tutelæ competat contra collegas etiam ſi nihil actum ſit de ceſſione. Quaſi plus ſit competere vtilem ipſo iure quàm mandati directam & cedi poſſe. Nam imò verò nulla ipſo iure actio competit, neque directa ſine ceſſione, neque vtilis: ſed tamen ex æquitate vtilis accommodatur, nō alia, vt prædiximus ratione quam quòd directa cedi amplius non poſſit: In damno autem morari tutorem, qui totum ſiue coactus ſoluerit ſiue vltrò cùm poſſet implorare beneficium diuiſionis, iniquiſſimum certe videatur. Vtilis porrò accommodatur non ex edicto Prætoris aut prudentum interpretatione, ſed ex Imperatorum authoritate, ſine qua non magis tutori in collegam, quàm fideiuſſori aduerſus confideiuſſorem daretur actio.

* *
*

CAPVT XII.

Correo qui totum ſoluit non competere vtilem actionem aduerſus correum. Et obſeruata Triboniani manus in lege alterius. 20. in princip. ff. de tutel. & ratio. d. ſt.

SVMMARIA.

1 *Verba illa in* d. l. alterius, ſed æquitatis ratione ſuadente per vtilem actionem, *&c. Triboniani non Papiniani eſſe.*
2. *Non eandem eſſe in ſpecie huius legis æquitatis rationem, qua in ſpecie* d. §. nunc tractemus.
3 *Singularis caſus quo diſtinctio perſonarum facit, vt ex vno debito alterius cautionem ſumi oporteat.*
4 *Indicatur Tribonianiſmus in* l. quidam. ff. ad S. C. Vellcian.
5 *Prætorem non poſſe in eas res quæ nec expreſsè, nec tacitè obligata ſunt, quaſi Seruianam dare.*
6 *Noua emendatio & lectio* dict. l. quidam eiuſque ſenſus.
7 *Difficilius eſſe inducere vtilem actionem ex ſtipulatione rem pupilli ſaluam fore, quam vtilem tutelæ actionem.*
8 *Caſus ſingularis, in quo quis præciſè ad ſolutum cogitur ob id ſolum vt poſtquam ſoluerit, agere cum eo poſſit.*
9 *Vtilem tutelæ actionem inter contutores à prudentibus induci non potuiſſe.*
10 *Cur inter correos debendi vtili actioni locus eſſe non poſſit, & quæ ſit differentia inter correos & contutores.*
11 *Quæ ratio diuiſionis beneficium inter contutores olim induxerit?*

NOn † eſt ſuperioribus contrarium quòd aduerſus genuinam iuris rationem videtur Papinianus vtilem introducere in ſpecie *l alterius. 20. in prin. de tutel. & ration. diſtra.* vbi cum ille ſcripſiſſet: Si alterius curatoris hæres minor, vt maiore pecunia condemnatus in integrum reſtitutus ſit ex eo tamen non dari materiam litis aduerſus alium curatorem instaurandæ quaſi minore pecunia condemnatus, ſi non ſit eius ætatis actor cui ſubueniri oportet, Subiicit, *Sed æquitatis ratione ſuadente per vtilem actionem ei ſubueniri in quantum alter releuatus eſt oportet.* Dicam ingenuè quod ſentio. Videtur mihi totus hic verſiculus eſt Triboniani potius quàm Papiniani, non ſolum quod verborum contextus ipſe minus ſit elegans quàm vt Papiniano tribui debeat, ſed etiam quia iuris ratio prorſus impediat ne in ea ſpecie vtilis vlla actio accommodari poſſit. Neque enim reſtitutio in integrum impetrata aduerſus vnum caput ſententiæ prodeſſe poteſt contra cætera eiuſdē ſentētiæ capita ſi ea pars litis in qua reſtitutio in integrū admiſſa eſt cæteris ſpeciebus non cohæreat, nec ſi inter eaſdē perſonas agatur, *l. etiam. 29. §. 1. l. inter. 47. §. vlt. de minor.* Multò minus igitur ſi adſit perſonarum aduerſitas, quæ ſane fieri non poteſt, vt capitum ſententiæ connexitatem nō impediat, vt in ea ſpecie quam Papinianus tractat, in *d. l. alterius.* Cæterùm nihil ea quæſtio commune aut ſimile habet cum quæſtione *§. nunc tractemus. l. 1. eod. tit.* de qua proximo capite diximus. † Nec eadem æquitatis ratio ſua- 2
det, vt apud Papinianum admittamus vtilem actionem contra eum qui pro ſe habeat rem iudicatam aduerſus quam nulla amplius proponi queat in integrum reſtitutio: Non magis quàm vt creditori cui ex eiuſdem pecuniæ debitoribus quidā plus parte ſua ſoluerint, quidam minus, liceat indebiti ſoluti condictionem impedire prætextu debiti ab aliis non ſoluti, *leg. Paulus reſpondit. 101.*

de

ſatio in adminiſtratione:ideóque cùm alij ex aliorum facto aut negligentia quid præſtant, perinde pro alio præſtare dicendi ſunt, atque ſi alieno tantum non etiam proprio nomine obligati eſſent: Et conſequenter æquiſſimum eſt diuidi inter eos actionem ac ſi eſſent fideiuſſores quibus ob hanc cauſam Vlpianus eos comparat in dies, §. *nunc tractemus*, non etiam correis debendi. Iſque ſenſus videtur, *l. vlt. ff. rem pupill. ſalu. fore.* in illis verbis, *nam æquitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam iuris deſideraſſe.*

Capvt XIII.

Cogendum eſſe creditorem ei ex correis qui totum ſoluit actione ſua, aduerſus alium cedere ſi ante ſolutionem aut in ipſo actu ſolutionis ceſſio petatur.

SVMMARIA.

1 *Contraria Bartholi & aliorum ſententia, eiuſque fundamentum.*
2 *Rationibus & legum authoritate firmatur noua authoris opinio.*
3 *Eliciuntur duo axiomata ex* l. rem hæreditariam. ff. de euictionib.
4 *De ſentenia* l. cùm apparebit. 47. ff. locat.
5 *Reſpondetur ad* l. in lege. 62. ad Falcid. *pro Bartholi ſententia allatam, & differentia proponitur inter plures correos, & eum qui ſit correus & hæres correi.*
6 *Diſtinguendum eſſe; an correi ſint ſocij necne.*

1 REfutato † errore Molinei exiſtimantis creditorem qui ab vno ex correis debendi ſolutionem acceperit cogendum eſſe, vt ei aduerſus alium cedat ſuis actionibus etiã ex interuallo, altera nobis planè cõtrarius nec tamen leuior noſtrorum error diluendus eſt qui putant vulgò poſt Bartolum ad *l. Modeſtinus. 76. de ſolutio.* non poſſe cogi creditorem vt vni ex correis ſolidum ſoluenti vllas præſtet in correum actiones. Fatentur poſſe cedere ſi velit, ſed negant cogendum ſi nolit. Moti tantùm ex *l. in lege. 62. D. ad legem falc.* vbi Vlpianus ex Iuliano ſcribit ſi duo rei promittendi fuerint vel duo rei ſtipulandi, ſic in lege falcidia ſeruandum eſſe, vt ſi quidem ſocij ſint, in ea re diuidi inter eos debeat obligatio, atque ſi ſinguli partem pecuniæ ſtipulati eſſent vel promiſiſſent, ſed ſi ſocietas inter eos nulla fuiſſet in pendenti eſſe in cuius bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi. Quid enim inquiunt, intereſſe videretur, An correi ſocij eſſent necne, quomodo lex illa diſtinguit, ſi ita ius eſſet vt ceſſionis remedio ſuccurri poſſet ei qui totum ſoluiſſet: Nec ſanè leuis obiectio eſt minus acutè intuenti. Nos tamen & facilè & more noſtro apertè reſpondebimus ſi prius nouam opinionem noſtram probauerimus, quæ illa eſt vt correo qui totum ſoluit, cogendus ſit creditor præſtare ſuas in correum actiones. 2 † Ac primum iuris & æquitatis ratio hoc ſanè euincit. Cui enim non æquum videtur vel hoc ſaltem conſequi correum qui ſoluit, quod ſine diſpendio creditoris futurum eſt? Inquit. *l. in creditore. 58. ff. de euict. l. penult. ff. de diſtract. pign. l. cùm is. 36. ff. de fideiuſſ.* Dolo facit vtique creditor qui ſolutionem petens recuſat præſtare actiones quas nullo ſuo incommodo præſtare poſſit: ob idque per doli exceptionem cogendus eſt, vt præſter, vt omnium apertiſſime Papinianus probat in *l. rem hæreditariam. 65. ff. de euict.* in illis verbis, *nec remedio locus eſſe videbatur vt per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit præſtarentur: quia non duo rei*
3 *facti proponerẽtur.* † Qui locus nõ ſolum illud docet quod voluimus, Quoties duo correi debendi facti proponuntur cogendum creditorem oppoſita doli exceptione, vt ei qui ſoluit cedat ſuis actionibus, ſed etiam, quod nos tota iſta diſputatione præcipuè agimus, Correo qui totum ſoluit nullam prorſus actionem contra correum competere niſi quæ ceſſa ſit. Illa namque verba *nec remedio locus eſſe videbatur*, oſtendunt manifeſtè hoc vnum remedium correo ſupereſſe, qui certè remedio non egeret ſi quam ſuo iure aduerſus correum haberet actionem pro ſoluti repetitione. Sed & idem ille locus probat optime quod nos contra Molineum proximè diſputauimus, non aliter valere ceſſionem illam quàm ſi ante ſolutionem aut in ipſo actu ſolutionis facta vel promiſſa ſit, cum non niſi per doli exceptionem extorqueatur, cui tum demum locus eſt cùm agitur ad ſolutionem non poſteaquàm facta ſolutio eſt, & ſolutione prorſus extincta obligatio.
† Nec aliud Marcelli iudicium eſt in *l. cùm apparebit.* 4
47. ff. locat. vbi tractat proculdubio de correis debendi ex cauſa locationis vel venditionis (nam & ex iis cauſis ſicut ex cæteris correi fieri poſſunt, *l. item quæritur. 13. §. duo rei. eodem titul. l. eandem. 9. ff. de duobus reis*) & ait ſi emptor conductórve pluribus vendent, vel locant (id eſt vendentibus vel locantibus, quomodo legendum eſt, non vt vulgò *vendentem vel locantem*) ſingulorum in ſolidum perſonam intuitus probetur, poſſe quidem tentari non niſi ad præſtationem partis ſingulos eſſe compellendos ſi conſtabit omne eſſe ſoluendo. Sed tamen iuſtius & conſtantius dicendum eſſe. Etiamſi ſoluendo omnes erunt, electionem conueniendi quem velit non auferendam actori, ſi inquit, actiones ſuas aduerſus cæteros præſtare non recuſet. Ergo ſi recuſet ei præſtare à quo ſolidum exigit, non erit permittendum vt ſolidum exigat; oppoſita nimirum doli exceptione.
† Quid ergo reſpondebimus ad Vlpianum & Iulianum 5
in *d. l. in lege*? Nempe tractari eo loco de correo debendi qui non ſolùm ſit correus, ſed etiam correi hæres. Aliam verò planéque diuerſam rationem eſſe plurium correorum, aliam eius qui & correus ſit & hæres correi. Hoc enim caſu licet vna eadémque perſona duas, id eſt duorum obligationes ſuſtineat, quia cùm vtraq; par eſt & æqualis, dici non poteſt vtra vtram abſumere debeat, *l. ſi res 13. de duob. reis.* fieri tamen nequit, vt aliqua fiat ceſſio, cùm ſibi contra ſeipſum cedere nemo poſſit, non magis quàm ſibiipſi aut pro aliquo apud eundem eſſet obligatus, *l. tutor pupilli. 19. ff. ad S.C. Velleian. l. hæres a debitore. 21. §. ſeruo tuo. l. Granius. 71. ff. de fideiuſſ.* Cùm verò plures ſũt correi, nihil eſt, quod prohibeat vni cedi actionem contra alium, *dict. l. rem hæreditariam. dict. l. cùm apparebit.* Et hoc ſanè caſu quo ceſſio facta ſit fateor nihil referre, an correi ſocij ſint necne, quia tantundem præſtat ceſſio, quantum ſocietas. † Sed non ideò tamen mi- 6
nus vtilis eſt illa diſtinctio, An correi ſint ſocij necne, vt ſciatur quid iuris ſit ſiue ceſſio facta non fuerit, fortè nõ petita per imperitiam aut negligentiam correi ſoluentis, ſiue fieri etiam non poſſit obſtante ratione illa, vt ita dixerim incompatibilitatis, quæ occurrit in ſpecie, *dict. l. in lege.* His enim caſibus longè alia ratio eſt correorum ſociorum alia non ſociorum, vt in ſequentibus diſputabimus, *cap. 16.*

Capvt XIV.

Si correo nulla actione cedere creditor poſſit, an cedendarum actionum exceptione repellatur, & an pro parte, an in ſolidum fieri vllo caſu ceſſio debeat.

SVMMARIA.

1 *An creditor, qui, quas habebat actiones, facto ſuo amiſit,*

*exceptione cedendarum actionum à correo totum ſol-
uente repelli poſſit?*

2 *Quibus, & quando ea cedendarum actionum exceptio competat?*

3 *Differentia inter exceptionem cedendarum actionum, & exceptionem doli mali.*

4 *An exceptione cedendarum actionum repelli poſſit creditor, qui cum vno ex confideiuſſoribus pactus de non petendo ſolidum nihilominus ab alio exigit?*

5 *Diſſimilitudinis ratio inter correum debendi & mandatorem.*

6 *Ceſſionem, quum fit à creditore vni ex correis, pro parte duntaxat fieri debere.*

7 *Confideiuſſoribus, contutoribus & mandatoribus actionem duntaxat pro parte cedi ſolere.*

8 *Correos debendi iure vetere beneficium diuiſionis inuito creditore non habuiſſe.*

9 *An poſt renunciationem beneficio diuiſionis à fideiuſſoribus factam, fideiuſſori qui totum ſoluere paratus eſt creditor actionum in ſolidum cedere poſſit contra eum quem fideiuſſor ex cæteris confideiuſſoribus eliget?*

10 *Qui abſurdi ſequeretur ſi fideiuſſori totum ſoluenti, aduerſus eum quem vellet ex confideiuſſoribus actio in ſolidum à creditore cederetur?*

11 *Quo caſu doli exceptio correo accommodetur aduerſus creditorem recuſantem præſtare actiones quas habet?*

12 *Reiiciuntur exceptiones duæ à Molinæo allatæ, quibus correo aduerſus correum actionem in ſolidum cedi poſſe putauit.*

13 *Caſus quibus refert cui ex correis pecunia numerata ſit, & cuius culpa ſtipulatio commiſſa ſit.*

14 *Caſus quo correo totum ſoluenti non cogitur creditor vllas in correum, ne quidem pro parte præſtare actiones.*

1 QVod † proximè diximus, Correo qui totum ſoluere
paratus eſt, competere remedij loco exceptionem
doli aduerſus creditorem ſi recuſet ille præſtare actiones
quas aduerſus correũ habeat, ſuadere videtur, vt ſi quas
habebat facto ſuo amiſerit, quod contingere multis in
modis poteſt, multò magis ea exceptione repellatur:
Finge abſolutum correũ à iudice propterea quòd in eum
creditor ineptè egiſſet, *vt in l.1.§.ſi apud duos. D.depoſ.*
Finge tempore liberatum aut exceptione pacti conuẽti
de non petendo tutum eſſe. *vt in l.idem in duob.25.ff.de
pact.* aut denique alia qualibet ratione perſonam ipſius
obligatione exemptam fuiſſe, *vt l.in Granius.71.de fide-
iuſſ.l.vlt.ff.de duob.reis.* Ego tamen probabilius arbitror,
vt non cogatur creditoris actionibus cedere quas am-
plius non habeat, quia nec aliam ob cauſam tenetur, vt
eas præſtet quam quòd eas habeat, arg. *l.cùm is.36. l. vt
fideiuſſ.39.de fideiuſſ.l. Modeſtinus.76.de ſol.* Neque igi-
tur exceptione cedendarum actionum repellendus erit.
2 † Cõpetit quidem huiuſmodi exceptio aduerſus eos om-
nes qui quas præſtare coguntur actiones præſtare nolũt,
vel non poſſunt ſi eas fortè ſuo facto amiſerint. Sed ita
tamen ſi omnimodo eas præſtare teneantur, non item ſi
vt in correis euenit non alia ratione præſtare eas tenean-
tur, quàm quòd habeant. Indéque eſt quod Papinian. *in
l.rem hereditariam 65.de euict.* non ita loquitur, vt dicat,
creditorem qui ab vno ex correis ſolidum exigit ceden-
darum actionum exceptione repellendum eſſe, ſed tan-
tùm oppoſita doli exceptione cogendum, vt quas habet
3 aduerſus correum actiones eas præſtet. † Multùm verò
differt exceptio cedendarum actionum ab exceptione
doli. Fieri ſiquidem poteſt vt quis actiones quas prius
habebat amiſerit, adeóque facto ſuo, citra dolum ta-
men. Quo caſu, id eſt dolo nullo interueniente, vti-
que doli exceptionem nemo deferat. Et ſanè eſt, quod
imputare ſibi debeat correus qui conuenitur, cur ab
initio ſibi melius non proſpexerit, atque indemnitatem
à correo ſtipulatus non ſit, cùm ſciret obligationem à
ſe ſuſcipi eius pecuniæ nomine quæ tota ad correum
erat peruentura. Nam cum potuerit, creditor vno pro-
miſſore contentus eſſe, cur non ei liceat alterius per-
ſonam liberare ſaluo tamen ipſius obligationis iure? *l.
eandem.9.§.1.l.vlt.de duob.reis.d.l.Granius.71. de fideiuſſ.*
Alioqui prodeſſet correo liberatio correi, ſiue per ſenten-
tiam ſiue per pactum de non petendo, ſiue qua alia de-
nique ratione contigiſſet: quod tamen negatur ſupradi-
ctis locis, niſi cum correi ſunt ſocij, *d.§.ſi apud duos.d.l.
idem in duob.l.3.§.nunc de effectu duob.leg.* † Quæ ratio fa- 4
cit, vt quod nemo fortaſſe hactenus dixit affirmare au-
deam, neque iſta exceptione cedendarum actionũ repel-
li creditorem, qui cum vno ex confideiuſſoribus pactus
de non petendo ſolidum nihilominus ab alio exigat. Nã
& in fideiuſſoribus idem conſtitutum eſt, quod in correis,
vt vnius pactum alteri non proſit, *l.fideiuſſoris.27.ff.de
pact.* Prodeſſet verò ſi faceret, vt pro parte repelli poſſet
agens creditor ob id ſolum quòd pro ea parte nulla ce-
dere actione poſſet. In eóque minus verſatur periculum
fideiuſſoris, qui licet nullam ex ceſſione habeat actionem
aduerſus confideiuſſorem, habiturus tamen eſt ſuo iure
contra principalem debitorem aut mandati, ſi manda-
tum aliquod interuenerit, aut negotiorum geſtorum, ſi
nullum, *l.ex mandato.20.§.1.ff.manda.* Solis mandatori-
bus hac parte ſuccurri oportuit, *l.Stichum aut Pamphi-
lum.95.§ pen ff.de ſolut.* quia ſcilicet non alia quàm ceſſa
actione poſſent repetere quod pro alio ſoluiſſent, vt ſe-
quenti capite pluribus dicemus. † Quod cum ita ſit, mi- 5
rari fortaſſe quis ob hoc ipſum poſſit, Cur non manda-
tori potius quàm fideiuſſori correum comparemus cùm
tam ſæpe dixerimus, Correo debendi qui totum debitum
ſoluit nullam aduerſus correum ex perſona propria com-
petere actionem aduerſus correum pro partis repetitio-
ne, ſed tantummodò ſi qua ceſſa ſit? Verum diſſimilitu-
dinis ratio euidens illa eſt, quòd correus qui totum ſol-
uit licet alium liberet, pro ſe tamen non pro alio ſoluit,
cùm ſit ille non interceſſor, ſed æquè principalis debitor
ac ſi ſolus deberet, *l.2.l.3.§.vbi duo l.duos reos.6.d.l.ean-
dem.9.§.1.& paſſ.de duobus reis.l.ſi duo 128.de V.O.* Man-
dator verò tametſi propter mandatum ſuum ſoluat, ideó-
que nec debitorem ipſo iure liberet, hoc ipſum tamen
quod mandauit fecit quaſi intercedens pro debitore,
qui poſtea principaliter obligatus eſt, ob idque in dam-
no morari eum certè iniquiſſimum eſſet, *d. l. Stichum.
§.penultim.de ſolut.iunct.l. Papin.28.ff.mand.* Quomodo
dicimus filiumfamilias qui conſtituit ſe ſoluturum &
ſoluit quod pater debuit, licet pro ſe videatur ſoluiſ-
ſe, quia conſtituit, in rem tamen patris vertiſſe exiſti-
mandum, *l.ſi filiusfamil.15.ff. de in rem verſ.* † Sed il- 6
lud hic videndum ſupereſt, cùm ceſſio fit à creditore vni
ex correis an pro toto debito an pro parte duntaxat fie-
ri debeat. Etſi enim magis commune placuit ex Accur-
ſij ſententia ad *l. 1. Cod. de duobus reis*, non niſi pro ea
parte virili fieri debere, ſunt tamen qui contra ſentiant,
ratione illa quòd cum ex correis à quo nihil creditor exi-
git, poterat ipſe ſi voluiſſet in ſolidum conuenire. Quaſi
hac etiam in re diſpar conditio ſit correorum & confi-
deiuſſorum. † Nam ſi vnus ex confideiuſſoribus totum 7
ſoluat debitum, fatentur omnes non poſſe actionem ei
cedi in ſolidum contra cæteros fideiuſſores, ſed pro eo-
rum duntaxat portionibus, nimirum quoniam habitu-
ri ſint illi beneficium diuiſionis aduerſus confideiuſſo-
rem agentem, non ſecus ac contra ipſum creditorem
iure ſcilicet iis quæſito antè ceſſionem creditoris, quòd
proinde nec ſi per ſecutam ceſſionem iis adimi potuit.
Quod & de contutoribus tractari poteſt quoniam ha-
bent illi quoque beneficium diuiſionis exemplo fideiuſ-
ſorum, *§. nunc tractemus. de tutel. & ration. diſtr. l. ſi
plures 38.de adm. & peric. tut.* Et ſimiliter de mandato-
ribus, *l.penult de fideiuſſ. tut.* Quomodo accipi omnino
debet quod Modeſtinus reſpondit, in *l.ſi fideiuſſor. 41.
§.1.*

§. 1. *de fideiuſſ.* Si in ſolidum condemnatus ſit vnus ex
mandatoribus poſſe eum deſiderare cum iudicati conue-
niri cœperit, vt aduerſus eos qui idem mandauerunt
actiones ſibi mandentur, ſcilicet in ſingulos pro virili
8 cuiuſque portione. † At correi, vt ſæpius diximus non
habebant iure veteri beneficium diuiſionis inuito credi-
tore, *l. reos 11. de duob. reis. ſi duo. 16. D. de conſt. pec. l. 2. l.*
C. eo. Nec ſi Principis reſcriptum in eam rem impetra-
retur, *l. 2. C. de duob. reis.* quamuis omnes quoque ſoluen-
do eſſent, *l. cum apparebit. 47. l. loc.* Poterat igitur credi-
tor, inquiunt iſti, contra eum quem ex correis elegiſſet
pro arbitrio agere, & ita actionem cedere cui & contra
quē voluiſſet, vt per omnia ſimilis eſſet extraneo: quan-
doquidem inter correos ipſos qui inuicem non cauerūt
nullū negotiū geſtum videri poteſt, nō magis quàm in-
ter extraneos, id eſt diuerſis obligationibus deuinctos:
Quod in fideiuſſore diuerſum eſt, qui non ſemper ex-
traneo comparatur, *l. ſi mandato. 59. §. 1. D. mandat.* Sanè
poſtquàm Iuſtiniano placuit, vt fideiuſſorum exemplo
correi quoque beneficium diuiſionis habeant Nouell.
99. non eſt qui neget idem prorſus iuris hodie in correis
quod in fideiuſſoribus etiam quod ad actionis ceſſionē
9 pertinet obſeruari debere. † Sed cùm vt plurimùm &
correi & fideiuſſores ita accipi ſoleant, vt beneficio di-
uiſionis nominatim renuncient, conſequens fit, vt ea
renunciatione adhibita, quod ad correos attinet, ius ve-
tus ſequi oporteat, quod autem ad fideiuſſores, non ma-
gis ei prodeſſe poſſit, quod ex epiſtola Hadriani bene-
ficium diuiſionis habere potuerint, quàm ſi nunquā ha-
buiſſent, cùm hodie no habent propter renunciationē.
At ſi ita eſſet, licet ei ex fideiuſſoribus qui totum ſolue-
re paratus eſſet petere, vt mandarentur ſibi à creditore
actiones in ſolidum contra eum quem ipſe confideiuſ-
ſor vellet ex cæteris fideiuſſoribus, vt ab eo quē elige-
ret totum conſequeretur nulla facta confuſione aut de-
ductione pro ea parte quam ſoluens ipſe debuiſſet ſi ab
initio creditor ſingulos in viriles conueniſſet. Quo ad-
miſſo, quæro qua ratione poſſit hic fideiuſſor qui ſolidū
repetit, recuſare quominus ei qui cōuenitur eaſdem quo-
que actiones in ſolidum præſtet: cùm vtriuſque auferi
ri ei non poſſit beneficium quod habet exceptionis ce-
dendarum actionum. Ita ergo fiet vt contra hunc ipſum
fideiuſſorē qui nunc agit poſtea acturus ſit is, qui nunc
conuenitur. Eóq; tandem per circuitū deduci rem opor-
tebit, vt vel perpetuis litium anfractibus fideiuſſores in-
quietentur, vel inter omnes ſi reus non ſit ſoluendo to-
tius debiti onus diuidatur. At reli ōdebunt fortaſſe hunc
fideiuſſorem qui ceſſas habeat à creditore actiones in
ſolidum contra cæteros confideiuſſores, cogendum non
fore, vt cedat contra ſeipſum, ſed tantum aduerſus
alios. Erit ergo, inquam, venale hoc caſu benefi-
cium, non tantùm creditoris, ſed etiam confideiuſſoris ſi
vni ex confideiuſſorib. magis quam alteri fauere velit,
vt beneficio hæredis ſcripti proditum eſt in ſpecie *leg.*
filium. 10. D. de bonor. poſſ. contr. tab. Atqui nullo vſpiam
iuris loco ita ſcriptum reperias, quod tamen ſi verè &
ex iuris ratione diceretur non erat prætermittendum.
10 † Sed & illud etiam abſurdi ſequetur, vt ſi reus princi-
palis ſit non ſoluendo aut difficilioris conuētionis quod
plerumque euenit cùm aduerſus confideiuſſores agitur:
totum fideiuſſionis onus & periculum ei incumbat qui
poſtremo loco conuenietur, meliorq; conditio futura ſit
eius qui prior conuentus fuerit ob id ſolùm quòd prior
conuentus ſit: quæ res abhorret ſanè à naturali intel-
lectu. Quare concludendum eſt ſiue de confideiuſſorib.
agamus, ſiue de correis [idem. n. hac parte tractatus eſt.]
ei qui in ſolidū cōuenitur nū niſi pro virilib. portionib.
in cæteros mandari actionem oportere. Nam & ſi ab
initio creditor correos ſingulos aut cōfideiuſſores ex
æquis partib. conueniſſet (quod vtique facere poterat,
d. l. reos 11. D. de duob. reis) qua fronte aut contra quē po-

tuiſſet illi actionis ceſſionem poſtulare? † Neque verò 11
...... autores doli exceptionem actōne ant
...... aduerſus creditoré recuſanté præſtare actiones
quas habeat niſi vt ab illo quo in ſolidū conueniatur à
creditore, *d. l. cum apparebit. 57. D. loc. l. rem hæredita iam*
65. D. de eui. Itaque licet non in correis debēdi, in aliis
tamen, quorū cadē ratio eſt, pleriſq; prudentū reſpōſis ita
ſcriptū legimus, *d. l. ſi plures. 38. d. adm. & per. tut. l. cum*
pupil. 21. de tut. & rat. diſtr. l. quæſitū 30. §. 1. ver. ſin vero fi-
lius ſit de pec. cum poſſ. ſeq. 5. de cenſib. † Nec admitten- 12
das puto quas Molineus, ad *l. Modeſtin. de ſol. n. 25.* ſub-
iicit exceptiones: quarū prior illa eſt, Niſi, inquit, totū
negotium ad aliū ſpectet, *vt in l. ſi non ſinguli. 5. C. ſi cert.*
pet. & in l. propter. 4. de duob. reis. Poſterior illa: Niſi pro-
pter ſolam correi culpam correus ſoluerit, *arg. d. l. ſi plu-*
res. 38 de adm. tut. l. 1. §. planè ſi ex dolo a contr. ſenſ. & d.
l. cum pupillus. 11. de tut. & rat. d. ſtr. Nam his quoq; caſib.
verum eſt vtrumq; correum æquè principaliter obliga-
tum eſſe, & aduerſus vtrumque pro virili cuiuſque por-
tione agere creditorem potuiſſe, ita vt neutri in alterū
præſtare actionem cogeretur. Qua ergo fronte poſſit is
qui in ſolidum conuenitur petere vt ſibi contra correū
mandetur in ſolidum actiones? † Neq; enim cùm de cor- 13
reis agitur quicquam refert cui pecunia numerata ſit,
d. l. ſi non ſinguli, & d. l. propter. Sicut neque ex vtriuſque
culpa commiſſa ſit ſtipulatio Niſi vno eo caſu quo ſunt
ſocij, quia ſocietatis iudicio poteſt correus correo repu-
tare damnum, quod ex ipſius culpa ſenſerit, *l. cancem.*
9. in fin. de duob. reis. Cui alius etiam addi poteſt ſi ſpeciali
conuentione inuicem correi de indemnitate cauerint:
Extra hos caſus imputari ſingulis poteſt cur correorum
iure obligari voluerint: ſibique melius non proſpexerit:
Adeò vt nec correo cui tota pecunia numerata fuit,
nocere debeat quòd in ipſum creditor actionem in ſo-
lidum mandauerit correo qui totum ſoluit. Tantum
abeſt vt ad cedendas in ſolidum actiones adigi creditor
poſſit. † Planè vno etiam caſu fieri poteſt, vt correo qui 14
totum ſoluit non cogatur creditor vllas in correum ne
pro parte quidem præſtare actiones. Nimirum ſi ſoluen-
tis culpa interuenerit, quæ cauſam dederit committen-
dæ ſtipulationi, *d. l. ſi plures in fin.* Si tamen ſolventi cede-
re creditor velit, non eò minus vtilis erit ceſſio, vt ne-
que per doli exceptionem repellatur is qui in culpa
fuit, cum non ſuo, ſed creditoris iure agat & ex ipſius
perſona qui nulla exceptione repelleretur.

CAPVT XV.

Non magis fideiuſſori quàm correo competere exceptionem cedendarum actionum, Ad l. ſi ſtipulatus 15. §. 1. de fideiuſſ. Et de differentia correorum confideiuſſorum & mandatorum.

SVMMARIA.

1 *Rationibus noua authoris ſententia firmatur.*
2 *Textus expreſſus in eam adducitur.*
3 *Cur in ſpecie* l. ſi ſtipulatus. 15. §. 1. de fideiuſſor. *Iulianus neget ſummouendum vlla exceptione creditorem?*
4 *Illam legem à Iuliano ſcriptum fuiſſe ante dictatam ab Hadriano epiſtolam, qua fideiuſſoribus diuiſionis beneficium conceſſit.*
5 *Cedendarum actionum exceptionem fideiuſſori in illa lege denegari.*
6 *Quanam exceptione creditor tota vigenti à fideiuſſore petens in ſpecie dictæ legis repellatur?*
7 *An iniquitatis aliquid habeat, quod non magis fideiuſſo-*

ri quàm correo exceptione cedendarum actionum ſuc-
curratur?
8 *Fideiuſſorem pro principali debitore ſolo, non pro cateris*
fideiuſſoribus fideiubere.
9 *Pluralitatem fideiuſſorum diuiſionis beneficium quidem*
induxiſſe, ſed non actionum cedendarum exceptio-
nem peperiſſe.
10 *Creditorem cui à fideiuſſore integrum debitum ſolutum*
eſt nòn teneri nomina vendere quæ non ſint amplius in
rerum natura.
11 *Quòd creditor fideiuſſori totum ſoluenti actiones quas*
habet vendere & præſtare cogitur, ex ſola æquitate
introductum eſſe.
12 *Caſus quo vnus ex fideiuſſoribus creditorem doli exce-*
ptione repellere poteſt.
13 *Vno ex pluribus fideiuſſoribus à creditore liberato, cæte-*
ris non eo minus diuiſionis beneficium competere.
14 *Cur ſi ex pluribus fideiuſſoribus creditor vnũ liberauerit*
qui ſoluendo non erat, melior ſit conditio confideiuſſoris
qui obligatus manet quàm ſi alius liberatus non eſſet?
15 *Explicantur quædam in* l ſi plures. 27. ff. de fideiuſſo-
ribus.
16 *Caſus ſingularis quo actionum quæ cedi non poſſunt, ce-*
dendarum exceptio fideiuſſori accommodatur.
17 *Confideiuſſoribus diuiſionis beneficio renuntiantibus ce-*
dendarum actionum exceptionem inutilem fore fide-
iuſſori, qui in ſolidum conuenitur.
18 *Vno tantùm caſu, fideiuſſores qui beneficio diuiſionis*
non renuntiauerunt, actionum ceſſione indigere.
19 *Cur mandatori cæteriſque qui ex propria perſona ſic ſol-*
uunt, vt tamen pro alio ſoluant, cedendarum actio-
num exceptio competat?
20 *An quod in* l. Stichum aut Pamphilum 95. §. pen. de
ſolut. *de mandatore ſcriptum eſt, ad fideiuſſorem ſit*
extendendum?

1 ERit † hoc παράδοξον apud eos omnes, qui inuetera-
tos noſtrorum interpretum errores pro Delphicis
oraculis amplectuntur. Nemo enim ad hunc vſq; diem
vnquam dixit, quod nos hoc capite diſputandũ probã-
dúmque proponimus, Fideiuſſori ſiue ſolus ſit, ſiue con-
fideiuſſores habeat, exceptionem cedendarum actionũ
competere non poſſe. Imò verò inter alia pleraque
beneficia quæ fideiuſſorum fauore introducta ſunt vel
hoc vnum maximum & præcipuum eſt, ſi noſtris in-
terpretibus credimus quod illi appellant, exceptionis
cedendarum actionum. Mouet me primũ quod in toto
iure locus nullus eſt qui probet huiuſmodi exceptio-
nem fideiuſſoribus accommodandã eſſe. Quod appare-
bit manifeſtè, cum ad eos omnes reſponderimus quibus
mouentur noſtri vt contra ſentiant. Deinde quod nos
proximo capite iam attigimus, Pactũ de nõ petendo fa-
ctum cum vno ex fideiuſſoribus aliis confideiuſſoribus
non prodeſſe, ſiue in perſonã ſiue in rem conceptum
ſit, *l. fideiuſſoris 23. D. de pact.* Nam prodeſſet vtique ſi
facere deberet, vt ob eã creditor repelleretur, quòd pro
parte eius cum quo pactus fuiſſet nullã præſtare poſſet
actionem. Quid enim refert, an tale pactum proſit cor-
reo hactenus, vt pariat exceptionem pacti de non petẽ-
do, aut in factum ſubſidiariam, an vt præbeat exceptio-
nem cedendarũ actionum? Cùm vtriuſque exceptionis
idem effectus futurus ſit, ille nimirum vt creditor ſum-
2 moueatur. † Sed ne idipſum nobis obiiciatur quod nos
aliis obiicimus, textum habemus quẽ non video quo-
modo effugere Doctores poſſint. Is eſt in *l. ſi ſtipulatus.*
15. §. 1. *de fideiuſſ.* vbi Iulianus ſcribit, Creditorem qui in
viginti acceperat duos fideiuſſores, ſi ab vno quinque
acceperit ne ab eo quicquã peteret, tum ab alio petat
quindecim nulla exceptione ſummoueri poſſe. Ergo
neque exeptione cedendarum actionum. Et tamen con-
ſtat non poſſe in ea ſpecie cedi actionem vllam aduer-
ſus confideiuſſorẽ qui tutus eſt exceptione pacti de non
petẽdo, Siquidẽ paria ſunt, nulla prorſus actione cedere,
Et ea cedere quæ ſit inutilis & inefficax propter com-
petentem reo exceptionem: maximè verò cùm ex pa-
cto factóque cedentis proficiſcitur ius exceptionis quæ
actionem eneruat & debilitat. † Quanquam illud mi- 3
rari quis fortaſſe nec abs re poſſit quòd in hac ſpecie Iu-
lianus negat ſummouendum vlla exceptione creditorẽ.
Cur nõ enim liceat fideiuſſori à quo quindecim petun-
tur, exceptionem & beneficium diuiſionis obiicere, vel
inuito creditore qui ſponte & accepta vltrò pecunia
alium ex fideiuſſoribus liberauit? Nam qui ex fideiuſſo-
ribus aliqua exceptione tutus eſt, nõ ei ſimilis videri de-
bet qui nihil habet vt cõfideiuſſori beneficium diuiſio-
nis eripiat, ſed illi potiùs qui ſatisfecit: cùm habeat quod
obiiciat petitori: quemadmodum in eo qui tẽpore libe-
ratus eſt, eleganter Papinianus reſpondit, *in l. ſi pupill.*
45. *de admi. & peric. tut.* † Ac ſanè fatendum eſt meo iu- 4
dicio, Iulianum qui Hadriani temporibus floruit, ita
ſcripſiſſe ante dictatã ab Hadriano epiſtolã illam quæ
fideiuſſoribus beneficium diuiſionis dedit. Alioqui nec
tam celebrem conſtitutionẽ ignoraſſet vir prudentum
omnium conſultiſſimus, & Imperatori chariſſimus, quo
ſcilicet iubẽte perpetuum Prætoris edictum compoſuit,
neq; contra ius aperiſſimum, & æquiſſimum reſpondiſ- 5
ſet. † Planè quod ad cedendarum actionum exceptionẽ
pertinet, nec negare quiſquam poteſt quin eã Iulianus
fideiuſſori deneget cùm ait creditorem nulla poſſe ex-
ceptione ſummoueri, nec mirari cur ita reſpõdeat quã-
do alia nulla iuris parte exceptio illa fideiuſſori accom-
modatur. Quòd ſi tota viginti creditor petat à cõfide-
iuſſore, exceptio ei oberit in quinque vt Iulianus ſubii-
cit: † Exceptio inquam, nõ pacti (neq; enim pactũ vnius 6
ex confideiuſſoribus alteri prodeſt, vt diximus) ſed doli,
quia in dolo ſit creditor qui contra bonã fidẽ velit bis
idem conſequi. Nam licet non ſint ſoluta illa quinque
tanquã pars debiti, ſed ob hoc ipſum ne quicquã ab eo,
qui ſoluebat peteretur (quæ dubitandi cauſa erat) cum
tamen petendi aut ſoluendi alia ratio non fuerit quàm
quia debebatur, perinde eſt ac ſi in diminutionem de-
biti quinque illa ſoluta eſſent. Exemplo eius quod di-
cimus, Mulierem quæ pecuniam tuo creditori promiſit
ne pro te intercederet hoc ipſo interceſſiſſe videri, pe-
rindeque ac ſi interceſſiſſet Velleiano adiuuari, *l. debi-*
trix. 19. in princip. D. ad Senatuſconſ. Velleianum. Et hæc
ad Iulianum obiter adnotaſſe ſufficiat. † Ne quis autẽ 7
iniquum eſſe putet ius illud quod nos inducimus vt nõ
magis fideiuſſori quàm correo ſuccurratur exceptione
cedendarum actionum, obſeruandum eſt multò minus
iniquum videri id debere in confideiuſſore quàm in
correo: ſiquidem correus nullam prorſus in correum
niſi ex ceſſione habet actionem vt indẽnis ſeruetur, ſi
fortè nihil aut non totum ad eum peruenerat. Fideiuſ-
ſor verò etſi aduerſus confideiuſſorem agere nullomo-
do poteſt, habet tamen paratam actionem mandati ad-
uerſus debitorem principalem ſi mandatum interuene-
rit, ſin minus negotiorum geſtorum, *l. ex mandato. 20. §.*
mandat. qua actione abunde illi ſuccurſum eſt vt indẽ-
nitatem conſequatur. † Nec mouere debet quòd fide- 8
iuſſoris intereſſe poſſit priſtinam potius habere credi-
toris actionem fortè propter priuilegium cauſæ, vel tẽ-
poris, vel hypothecæ. Itémq; vt agat aduerſus confide-
iuſſorem ſi principalis debitor aut egenus ſit aut diffici-
lioris conuentionis. Hic enim locum ſibi vindicat ea
ipſa ratio quam nos in correis debendi vſurpauimus,
quòd imputare ſibi debeat qui pro tali debitore & qui-
dem ſolo non etiam pro confideiuſſoribus fideiuſſerit,
quique cautius non ſit negotiatus. Aliud enim eſt fide-
iubere pro debitore principali, aliud pro fideiuſſore aut
cõfideiuſſore, *l. ſi plures. 27. §. vlt. de fideiuſſ.* Et cùm plures
fideiubent pro eodẽ debitore, creditor quidẽ omnium
fidem

fidem æquè ſequitur: At fideiuſſores non alter alterius, ſed ſinguli ſolius debitoris fidem intuiti videntur. Ex quo illud naſcitur vt ei ex fideiuſſoribus qui totum ſoluit nulla fiat iniuria ſi nulla illi actio datur aduerſus confideiuſſorem de quo ſibi obligando nunquam ille cogitauerit. † Dices fortaſſe plures confideiuſſores qui ſe pro eodem ſimul obligauerint periculi ſocietatem iniiſſe videri, vt Papinianus loquitur, in *l. ſi plures. 38. de admin. & peric. tutor.* & quò plures fuerunt eò facilius ad ſubeundam fideiuſſionis aleam acceſſiſſe, quaſi tantò minore futuro periculo quanto plures eſſent illi inter quos diuidendum foret. Nam & inde fit vt beneficium diuiſionis inter eos locum non habeat qui non ſunt confideiuſſores, hoc eſt qui ſimul non fideiuſſerunt, & alter alterius contemplatione, licet pro eadem ſumma & apud eundem creditorẽ interuenerit, *l. ſi a Titio. 47. l. ſi Titium. 48. de fideiuſ.* Sed reſpondeo rationẽ hanc diuiſionis quidem beneficium inducere, & ob id Papinianum in *d. l. ſi plures* ita loqui vt *periculi ſocietatem excipere* dicat elegantiſſimè pro eo quod vulgò dicimus *obijcere exceptionem diuiſionis*. At cum cedendarũ actionum exceptione nihil cõmune habere: cuius ſcilicet longè diſpar & diſſimilis ratio eſt, quippe quam fideiuſſores non tam ex propriæ obligationis cõditione quàm ex creditoris per-
10 ſona & iure ſibi velint acquirere. † Fateor hactenus ſuccurrũ eſſe fideiuſſoribus vt ei qui ſoluit cogatur creditor vendere cæterorum nomina. Eóq; nimirũ pertinẽt leges ferè omnes quas noſtri congeſſerũt vt iſtã cedendarũ actionũ exceptionẽ adſtruant, *l. fideiuſſor. 17. l. cum is. 36. l. vt fideiuſſor. 39. D. de fideiuſ.* Sed vt cogatur creditor vendere omnia quæ amplius non ſint in rerũ natura forte ſi cum debitore ipſo fecerit pactum perſonale de non petẽdo, aut ſi alios confideiuſſores gratis aut aliquo accepto liberauerit, aut vt, quia vendere non poteſt nomina quæ proprio facto nullit, propriam quoque admittat actionẽ contra hunc qui nõ eſt liberatus, nullibi certè ſcrip-
11 tum reperias. † Nam in eo caſu quo ſaluas habet creditor actiones quas præſtare poteſt in fideiuſſores cæteros quod placuit cogendum illum actiones eas præſtare & vendere, nõ tam ex neceſſitate aut ratione iuris aliqua introductum eſt, quàm ex æquitate illa, quòd inhumanum videtur non cogi creditorem id ſaltem præſtare quod ſine vllo ſuo diſpendio aut incommodo præſtare poſſet, *l. in creditoris. 38. l. rem hereditatis. 65. D. de euict. l. quæſitum. 10. §. ſin verò filius de pecul.* Idque verbũ ipſum *ſuccurrendi* demonſtrat quo paſſim iuris autores vtuntur, cùm tractant de remedio quod iure deficiente ex ſola æquitate ita introducatur, vt vni proſit nec obſit alteri. Hoc enim eſt quod dici ſolet, quæ vni proſunt nec alteri nocent facilè concedi debere. Atqui noceret creditori remediũ de quo agimus, ſi quoniã aduerſus liberatos confideiuſſores nulla cedere actione poſſet, ſuã quoque amitteret. Eaque res non tantùm à iuris ratione abhorreret, ſed etiam ab æquitate, qua tamen ſola exceptiones omnes nituntur. An verò ea ſaltẽ ſubiicietur admiratio, ſi non appareat dolo malo feciſſe creditorem, quominus fideiuſſori à quo ſolidũ exigit actionibus vllis cedere poſſet? Si quidem in toto ferè iure ita comparatũ eſt, vt parum interſit an quid habeas an dolo malo deſieris habere, & pro poſſeſſione dolus eſt vulgata iuris regula. Verùm nõ video qua ratione dici poſſit dolo malo quicquã facere eum qui iure ſuo vtitur, *l. ſi duo-*
12 *rum. 42. D. de actio. empt.* † Niſi forte proponas tam euidentem dolum vt debiti iactura non immerito coercendus ſit. Finge poſt oblatã creditori ab vno ex fideiuſſoribus ſolutionem petitámque ceſſionem maluiſſe creditorem alium fideiuſſorem liberare, ab iſto deinde totũ debitũ exigere. Quidni exceptione doli repellatur? Extra hunc caſum imputari poteſt fideiuſſori à quo ſolidum petitur, non ſolùm cur ſibi melius non proſpexerit vt antè diximus, ſed etiã cur non fuerit diligentior in

ſoluendo priuſquã liberati eſſent confideiuſſores. † Nec 13
ſimile eſt quòd ſi vnũ ex pluribus confideiuſſoribus creditor liberauerit, non eò minus cæteris competet beneficiũ diuiſionis, *l. ſi pupillus. 45. de adm. & peric. tut.* Id enim habent illi iure ſuo & ex diui Hadriani epiſtola, adeóq; inuito creditore nõ ex ipſius creditoris perſona, *l. inter fideiuſſores. 27. D. de fideiuſſ. l. vlt. C. de conſt. pecun.* Ideóq; nec æquũ eſt, vt vllo creditoris facto iis adimatur. At competentem creditori actionem à quo alio habere poſſint quàm ab ipſo creditore? Rurſus contra creditorem ad hoc ipſum agere vt actione cedat, quo iure poſſunt priuſquam debitum & quidem totum obtulerint? *d. l. cum is. 36. d. l. fideiuſſor. 17. De fideiuſ. l. cũ alter. 11. C. eod. d. l. Modeſtinus. 76. de ſolut.* Ergo ſi quid antea creditor fecerit per quod actionem quam aduerſus alios fideiuſſores habebat amiſerit, totum id inculpatũ eſt, nec eo nomine quicquam ipſi imputare fideiuſſor poteſt, à
quo ſolidum exigitur. † Illud magis mirum videri poſſit, 14
quod tamen ego veriſſimum arbitror, ſi ex pluribus fideiuſſoribus vnum creditor liberauerit, qui iã tum ſoluendo non erat, melioris conditionis fore confideiuſſorem qui obligatus manet quàm ſi alius liberatus non eſſet. Habiturum enim diuiſionis beneficium quod non haberet, ſi inanem cõfideiuſſoris obligationẽ ſola ipſius inopia faceret, *d. l. inter fideiuſſores.* Hæc ideò tam variè quoniam eo quoq; caſu quo vnius ex fideiuſſoribus inopia cæteris confideiuſſoribus æquitatẽ diuiſionis eripit, iis tamen hactenus ſuccurrẽdum eſt vt quoad eius ſine creditoris incommodo fieri queat, indemnitatis ſaltẽ ſpe non fraudentur. Quid enim ſi is qui nunc inops eſt fiat poſtea ditior? Cur non perinde cogatur fideiuſſoriæ obligationis periculum præſtare atque ſi eo tempore diues fuiſſet, quo creditori ſolui oportuit; Neque enim præcedens inopia actionem peremerat aut extinxerat, ſed tantùm inanem & inefficacem reddiderat, *l. nam is. 6. C. de dolo.* Id verò non aliter euenire poteſt quàm ſi eam actionem quæ in fideiuſſorem inopem competit creditor transferat in confideiuſſorem ſoluentem, vt quæ nunc inanis eſt propter inopiam, fieri poſſit vtilis & efficax ſuperuenientibus quãdocunque facultatibus. Alioqui nec ditior fiat qui nunc inops eſt vlla tamen
actione tenebitur, *d. l. vt fideiuſſor. 39. de fideiuſſ.* † Atque 15
ita accipiendum puto quod ſcriptum eſt in *l. ſi plures. 27. eod. reſtituendã actionem in pure acceptum*, Id eſt, ita tamẽ vt illi purè accepto cedatur actio he competenti aduerſus confideiuſſorem conditionalem qui in eo tempore reperitur non ſoluẽdo. Proinde ſi per creditorem ſtet quominus ea cedatur actio ſiue quòd nolit ille cedere, ſiue quod cedendi poteſtatem ſibi præripuerit, non eſt ei permittendum vt aduerſus alium confideiuſſorem agat in ſolidum, ne ita fiat vt ipſi adimere videatur be-
neficium diuiſionis quod ille non dederit. † Itaque ſin- 16
gularis hic caſus eſt in quo actionũ quæ cedi non poſſint cedendarũ exceptio fideiuſſori accommodanda eſt: Nimirum propter coniunctum beneficium diuiſionis, quod licet creditori obiici nequeat pro partibus fideiuſſorum qui nõ ſunt ſoluẽdo, *d. l. inter fideiuſſor. l. 1. § tractemus. de tut. & ration. diſtr.* inter ipſos tamen fideiuſſores ſaluum eſſe debet, in eum ſaltem caſum, quo alter ab altero pro eius parte conſequi indemnitatem aliquando poſſit. Id námq; neceſſario exigit periculi ſocietas, quæ ab initio inter fideiuſſores contrahitur, *d. l. ſi plures. 38. de admin. tut.* Ita fit vt inopia vnius ex fideiuſſoribus cæteris confideiuſſoribus noceat in eo quod creditori totum exigenti æquitatem diuiſionis obiicere non poſſunt, totiúſque debiti ſolutionem repræſentare coguntur: ſed non tamen in eo nullam ſpem habere debeant repetendæ quandocunque partis à fideiuſſore inope qui ſi diues eſſet partem debiti agnoſcere & ſoluere teneretur. Deniq; inopia vnius nocet quidem à quo interea ſolidũ exigitur, ſed non prodeſt inopi vt omnino li-

beretur, verùm hactenus duntaxat vt non fruſtra cum
17 eo nunc agere creditor velit. † Ergo ſi confideiuſſores
vt fieri aſſolet beneficio diuiſionis renunciauerint cedé-
darum actionum exceptio inutilis erit fideiuſſori qui in
ſolidum conuenitur aduerſus creditorem, quando bene-
ficium diuiſionis ſolum illud eſt, vt diximus. quod cedé-
darum actionum exceptionem vtilé adeóque neceſſa-
18 riam facere potuit † Qui non renunciauerunt aut non
indigent ceſſione ſi in ſolidum conueniantur, cum Ha-
driani epiſtolam pro ſe habeant [ſiue à confideiuſſore
exigi pars poſſit, ſiue ideò non poſſit quòd cum creditor
liberauerit.] Aut ſi quo caſu indigent ceſſione, vno ni-
mirum illo quo propter vnius inopiã totum fideiuſſio-
nis onus ad cæteros deuoluitur, ceſſionem fieri æquum
eſt, & conſequenter exceptione cedendarum actionum
repelli creditorem ſi aut nolit cedere, aut ideò nó poſ-
19 ſit quòd fecerit etiam citra dolum ne poſſet. † *In manda-
tore*, & cæteris qui ex propria perſona ſic coguntur ſol-
uere, vt tamen pro alio ſoluant nec in eum vllam ha-
beant actioné, contrarium non immeritò reſponſum eſt
vt ſi per creditorem factum ſit ne actionibus ſuis iiſque
ad vincendum efficacibus poſſit cedere exceptione illa
ſummoueatur ſiue proponas ideò nó poſſe cedere, quòd
ob litẽ ineptè inſtitutam fuerit condemnatus, ſiue quòd
cum principali debitore pactum fecerit de non petendo
in perſonam conceptum Ratio eſt ne facto culpáve cre-
ditoribus in damno moreretur ij qui fidem ſuam [quam
intercedendi potius quàm donandi animo pro alio ob-
ſtrinxerunt] bona fide liberare parati ſunt: Quod ſané
contingeret ſi nulla ipſis actio præſtaretur: quippe cùm
ex perſona propria nullam habeant, qui ſcilicet propter
ſuam propriam obligationem ſoluerunt, nec alium ipſo
20 iure liberauerũt. † Idque eſt quod Papinianus reſpondit
in *leg. Stichum aut Pamphilum. 9. §. pe. de ſolut.* qui locus
cùm diſertè de mandatore loquatur non debet trahi ad
fideiuſſorem quomodo a noſtris incautè, ne dicam im-
peritè tractus eſt. quaſi ex rationis vt loquuntur iden-
titate. Aperrtiſſima enim illa eſt aduerſitas & diuerſitatis
ratio, quòd fideiuſſori qui totum ſoluit optimè conſul-
tum eſt etiam citra ceſſionem, cum proprio iure & ex
natura geſti negotij obſtrictum habet debitorem actio-
ne mandati vel negotiorum geſtorum ſicuti diximus. At
mandator qui pro debitore principali ſoluit nullam ha-
bet in eum actionem niſi quam a creditore ipſo acce-
perit. Quòd ſi dicas mandatori huic idipſum imputari
poſſe quod nos in ſuperioribus & fideiuſſori & correo
imputari poſſe diximus, cur ſibi melius non proſpexerit;
Reſpondebo imputari etiam poſſe creditori cur ſuam
aduerſus reum actionem facto ſuo amiſerit aut ineffica-
cem fecerit, cùm ſciret aut ſcire deberet æquum fore
vt quandocunque ſoluenti mandatori, cui alio remedio
conſultum non eſſet, ea cedere cogeretur.

Capvt XVI.

Quantum interſit an correi debendi, aut ſtipulandi ſocij ſint necne, Ad l. in lege 62. D. ad leg. falcid.

Svmmaria.

1 *Quid ſit effectum ſocietatis inter correos?*
2 *Quid attendendum quum quæritur in vtrius reorum debendi, aut ſtipulandi bonis computari oporteat id quod debetur, aut ex cuius bonis detrahi?*
3 *An ſi correi ſocij non ſint, & alteruter eorum ſit incapax liberationis, liberato capace incapax liberetur, vel liberato incapace capax liberationem conſequatur?*
4 *Molinei opinio refutatur, non diſtinguentis an correi ſocij ſint necne, quum de cedendis actionibus agitur.*
5 *Eiuſdem explicatio ad d. l. in lege, reiicitur.*
6 *Multum in ſpecie dictæ leg. intereſſe, an correi debendi, vel ſtipulandi ſocij ſint necne?*
7 *An in dict. ſpecie in arbitrio heredis correi debendi poſitum ſit ex qua cauſa ſoluat, vel in arbitrio heredis correi ſtipulandi ex qua cauſa ipſi ſoluatur?*
8 *Reiiciuntur Bartholi, & aliorum ad ſuperiorem legem diſtinctiones.*
9 *An quod vnus ex correis ſtipulandi à debitore conſecutus eſt, cæteris communicare cogatur?*
10 *Bartholi diſtinctio ad hanc quæſtionem remouetur.*
11 *Diſtinguendum eſſe an correi ſtipulandi ſocij ſint, necne.*
12 *Reſpondetur ad Bartholi obiectionem.*
13 *Nihil commune habet ius ipſum liberationis quæ ſolutione acquiritur, cum iure acquiſitionis quæ fit ex accepta ſolutione.*
14 *Adiectum ſolutionis duntaxat cauſa nullam omnino ius in obligatione & acquiſitione habere.*
15 *In quo differat correus ſtipulandi ab eo qui ſolutionis tantùm cauſa obligationi adiectus eſt, & in quo item ambo conueniant?*
16 *An nullum remedium ſuperſit correo credendi, vt à correo cui totum ſolutum eſt indemnitatem conſequatur.*

QVantum † referat correi debendi aut ſtipulandi ſo- 1
cij ſint necne ex eo apparet, quòd quoties ferè de
correis prudentes diſputant hac vna paſſim vtuntur di-
ſtinctione: vt puta, cum quæritur an conuentio facta
cum vno ex correis debendi proſit alteri. Nam ſi ſocij
ſint, prodeſt: ſi minùs non prodeſt, *l. idem. nob. 25. D. de
pact. l. eandem 9. § vlt. & ſeq. D. de duob. reis* Item cùm di-
ſputant An creditor qui vni ex correis debendi hæres
extitit in ſolidum agere contra alterum poſſit. Si enim
ſocij fuerint non poteſt, ſi non fuerint poteſt, *l. Generaliter
71. verſ. cum altero autem de fideiuſſ.* † Denique ne ſingu- 2
la recenſeamus: cùm quærunt in vtrius reorum debendi
aut ſtipulandi bonis computari oporteat id quod debe-
tur, aut ex cuius bonis detrahi, Nempe ſi ſocij fuerũt in
vtriuſque bonis id computatur, aut ex vtriuſque bonis
detrahitur pro partibus ſocietatis, ſin ſocij non fuerunt
computatur in bonis aut detrahitur ex bonis duntaxat
eius qui ſoluitur aut qui ſoluit. *l. in lege. 62. D. ad leg. falc.*
Ratio eſt quia cùm ſocietas inter correos vt inter cæte-
ros bonorum omnium communicationem inducat, *l. 1.
§. 1. pro ſocio.* quicquid correus præſtat licet ex propria
obligatione dummodò nó ex culpa propria id ſocio re-
putat iudicio ſocietatis, *l. 3. §. ſed quid ſocij de lib. legat.
iuncl. l. ſi communis 9. & l. ſi ex duobus 17. D. de noxal. act.*
Et viciſſim quicquid correus credendi conſecutus eſt
cogitur communicare correo ſocio etiam incapaci, *l. ſi
is qui duos 29. de liber. legat.* Vnde noſtrorum illud bro-
cardicum vulgate deſumptum eſt, incapacem fieri capa-
cem per capacem † Quòd ſi correi ſocij non ſint, & 3
alteruter ſit incapax liberationis, puta ſi duos habeam
reos debendi Titium & mulierem quam poſteà vxorem
duxerim, & velim Titium per acceptilationem liberare
donandi animo, non ideò tamen liberabitur mulier quæ
Titij ſocia non eſt, ſed ſolus Titius ſi ipſi non mulieri
accepto tulerim. Neuter verò ſi in perſona mulieris cõ-
cepta ſit acceptilatio, quoniam ab initio non tenuit, *l. ſi
ſponſus, . §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* Non enim com-
mixta Titij extranei perſona facere poteſt vt pro parte
mulieris donatio valeat, cùm non idcirco cauſa vtriuſ-
que ſic commixta ſit quin ſeparari poſſit, vt ibidem Vl-
pianus ſubiicit in § *generaliter*, quod vtiq; ſecus eſſet ſi
ſocij proponerentur, & Titio non mulieri acceptum fe-
ciſſem. Eadem igitur ratione ſi vtriq; dummodò nó mu-
lieri ſoli, *d. l. ſi is qui duos.* Quæ ratio omniũ maximè mo-
uet vt ſententiã Correo qui ſocius non eſt totum ſoluit
nullã prorſus contra correum actioné competere Quid

enim

enim obiecto intereſſe an pro ſocio an qua alia actio-
ne correus in correum ageret vel à correo conuenire-
tur, ſi vtriuſque actionis idem foret effectus. Et conſe-
quenter quò pertineret illa diſtinctio, An correi ſocij
4 eſſent an non?† Tanti autem momenti eſt hæc ratioci-
natio vt Molineus qui correo in correum actionem
omni caſu dandam putauit, quemadmodum à nobis in
ſuperioribus tractatum diſputatum eſt, coactus fuerit
eò vſque progredi amentiæ vt dixerit nihil hac parte
5 referre an correi ſocij ſint necne.† Quod quoniam pu-
gnat apertiſſimè cùm d. *l. in lege*, comminiſcitur ille,
ſubtiliter ſi Diis placet, verba illa Vlpiani, *in pendenti
eſſe, &c.* non reſpicere electionem ſoluendi aut petendi
in qualitate vt ille loquitur hæreditaria aut propria
quomodo cæteri omnes interpretes rectiſſimè intelli-
gunt, ſed reſpicere ius ipſũ obligationis, hoc eſt eò per-
tinere vt quæratur pro qua parte in hæredis bonis com-
putari aut ex ipſis detrahi oporteat id quod debetur.
6 † Quaſi nihil interſit An correi ſocij ſint vel non: Sed
tantum An ex ſocietate appareat pro qua parte ſocij
ſint, Vt ſocietatem requirat Vlpianus exempli loco po-
tiùs quàm quòd in correis non ſociis aliter reſponden-
dum exiſtimet. Quo ſanè ſtultius nihil dici poteſt, cùm
hoc vno totam vim diſtinctionis conſiſtere Vlpianus
moneat, An inter correos ſocietas aliqua fuerit necne:
quod & aliis omnibus locis ſuprà citatis mirificè con-
gruit. Sed & verba illa *in vtriuſque bonis computari*, nul-
lomodo hanc admittunt interpretationem, vt perinde
ſit ac ſi ſcriptum eſſet quomodo explicat *pro qua parte
in vtriuſque bonis computari oporteat.* Id enim proculdu-
bio Vlpian. ſibi vult in alterutrius duntaxat bonis cõ-
putandum eſſe, aut ex alterutrius bonis detrahẽdum id
quod debetur, prout ex propria vel hæreditaria perſo-
na ſoluetur id aut exigetur: nec fieri poſſe vt in vtriuſ-
que bonis cõputetur aut ex vtriuſque bonis detrahatur.
Niſi cum partim ex propria, partim ex hæreditaria per-
7 ſona ſolutio fiet aut exactio. † Neque verò vt æquè
inſubtiliter idem Molineus putat, in arbitrio hæredis
correi debendi poſitum eſt ex qua cauſa ſoluat. Si enim
ex propria perſona conueniatur, vtique ſoluere non
poterit tanquam hæres correi: ſin ex hæreditaria, non
poterit ſoluere ex propria. Erit ergo id in arbitrio cre-
ditoris *l. reos. 12. de duob. reis l. inter* [illegible] *51. §. duo rei. D. de
fideiuſſ.* Et ex contrario ſi correus ſtipulandi correo
hæres fuerit, poteſt eſſe in arbitrio debitoris vtrum ei
ſoluat tanquam correo ſtipulandi, an potiùs tanquam
hæredi alterius correi *l. 1. lege 3. §. vbi duo de duob. reis.*
Rectè igitur Vlpianus concludit in pendenti eſſe in
vtrius bonis computari oporteat id quod debetur, aut
ex vtrius bonis detrahi, hoc eſt quouſque appareat ex
qua cauſa ſolutum ſit, ſi modò correi non fuerunt ſocij.
Nam ſi ſocij fuerint nihil eſt in pendenti, ſed pro iiſ-
dem portionibus diuiſio debiti facienda eſt ex quibus
fuerunt ſocij, ac proinde ex æqualibus & virilibus ſi aliæ
non appareant. *l. ſi non fuerint 20. D. pro ſocio.* Valeat
ergo Molineus cum ſuis iſtis inſipidis ſtupidiſque ſub-
8 tilitatibus † Sed valeant etiam Bartoli cæterorúmque
Interpretum non minùs futiles & commentitiæ illæ
diſtinctiones, an correi per ſtipulationem facti ſint an
alio quouis contractus genere: item an ex cauſa lu-
cratiua an oneroſa. Nunquam enim Iureconſultus ita
diſtinxiſſe reperias, ſed id ad tãtùm reſpexiſſe, an correi
ſiue debendi, ſiue credendi ſocij aut non ſocij propo-
9 nerentur † Itaque in quæſtione illa quæ nobis hoc lo-
co breuiter tractanda eſt, an quod vnus ex correis ſti-
pulandi à debitore conſecutus eſt, cogatur communica-
re cæteris, etſi ſcio improbatam vulgo optimaque ratio-
ne ſententiam Accurſij qui ad *l. ſi Titio & Seio. 16. de
legat. 2.* ſcripſit communicationi locum eſſe indiſtinctè
inter eos quoque qui ſunt correi credendi ex cauſa
10 lucratiua.† non tamen perſuaderi vt diſtingui oporteat
quomodo Bartolus diſtinguit, *ad l. ex duob. de duob. reis,*

an obligationis cauſa lucratiua fuerit an oneroſa, vt poſ-
terior caſu fiat communicatio, *d. l. ſi in re commun. 19.
D. de nox. act. l. ſi & me & Titiũ 32. de reb. cre.* Prętore nõ
niẽ ex *d. l.* [illegible] *ad leg. falc.* præter quàm inter [illegible]
l. Granius 17. de fideiuſſ. l. eandẽ 9. § pen. de duob. reis. † Mihi et
enim probabilius ſemper viſũ eſt meliorem eſſe occu-
pantis conditionem occupantis, ex *l. 1. l. 3. §. vbi duo. D. eod. l. ſi
rem alienam. 31. §. 1. D. de nouat* nec aliter cogendũ exa-
ctore communicare quod accepit quam ſi correi ſtipu-
landi ſocij proponantur, *d. l.* [illegible] *in duob. reis 25.
de pact.* [illegible] *de effect. de liber legat.* Neq. enim cor-
reus ſtipulandi qui occupauit rectè comparatur ei qui
ex perſona ſerui communis quid perceperit, de quo
agitur *d. l. ſi in re commun.* Cùm hic iure dominij quod
cõmune eſt, ille verò iure proprio egerit & obtinuerit;
argum. l. licet. 17. D. depoſ. Sicut & refert multum An
pecunia tua ad me peruenerit ſine cauſa, quæ res locũ
facere ſolet condictioni *d. l. ſi & me & Titium 32. de reb.
credit.* an verò pecunia eius cui tu credideras, & à quo
paſſus fueris me tecum & totum ſtipulari. Fere nam-
que eſt vt mihi donaſſe videaris ſub ea conditione ſi
prior exigerem *arg. item ſi* [illegible] *alias leg. ſed Iulianus §. nam
ſolum D. ad S. C. Maced.* Id enim eſt quod dici ſolet,
donatum videri quod nullo iure cogente conceſſum
eſt. *l. donari 19. D. de donat. l. d.* [illegible] *iuris.* † Ne- 12
que contrariũ eſt quod nonnulli pro Bartolo obiiciunt
ex *d. l. 3. §* [illegible] *de duob. reis* [illegible] *hominem 34. §.
1. de ſolu.* [illegible] qui hominem duobus correis ſtipulandi
debeat [illegible] partem eiuſdem hominis vni partem
alteri ſoluere. Non enim ex eo ſequitur quod illi in-
ferunt, Ad vnum quemque ergo ex ſtipulatoribus par-
tem hominis pertinere debere: cùm imò verò ideò re-
ceptum id ſit, Papinianus dicat, quia vni ſolutum vi-
detur quod pluribus correis ſtipulandi ſolutũ eſt † Por- 13
rò nihil commune habet facultas ſoluendi aut ius ipſum
liberationis quæ ex ſolutione acquiritur cum iure obli-
gationis aut acquiſitionis quæ fit ex accepta ſolutione:
Nam etſi ſeparatim correi ſinguli ita ſtipulati eſſent, *ſi
illi non dederis, mihi dare ſpondes*, nemo dubitauerit quin
ſi vni ſoluerit debitor ab altero quoque liberetur. Id
enim facit conditio ſtipulationis, *l. ſi Titius 9. de verb.
obligat.* Neque tamen ideò quiſquam dixerit quod vni
ſolutum eſt alteri quoque quæſitum eſſe † ſic etiam di- 14
cimus adiecto ſolutionis cauſa perinde ac ſtipulatori
ipſi vtiliter ſolui poſſe adeóque inuito ſtipulatore *l. ſi
quis ſtipul. ſibi. 57. §. 1. de ſolu.* Et tamen conſtat eum qui
nõ niſi ſolutionis cauſa obligationi adiectus eſt nullum
omnino ius habere in obligatione multò minùs in ac-
quiſitione quæ fit ex cauſa illius obligationis. Ob id-
que nec petere poteſt nec nouare, ſed tantùm ſolu-
tionem quæ offeratur accipere. *l. cui rectè. 10. D. de nou.*
† Etſi autem non ignoro, minùs rectam eſſe compara- 15
tionem correi ſtipulãdi & adiecti ſolutionis cauſa quo-
niam vterque correus ſtipulãdi ad obligationem poni-
tur, non ad ſolutionem, & quod correo ſtipulandi ſolui-
tur, non alterius nomine ei ſoluitur, ſed ſuæ obligatio-
nis cauſa, adeò vt nec valeat ſolutio ſi in ipſius perſona
obligatio non conſtiterit quemadmodum eleganter
Paulus tractat, *in l. ſi duo 118. de verb. oblig.* Hactenus ta-
men valere poteſt comparatio vt intelligamus, Non ſi
quod vni ex correis ſoluitur alteri ſolutum videtur ad
acquirendam ſolutioni liberationem, ideò ſtatim con-
ſequens eſſe, vt quod is cui ſoluitur ſibi acquirit, correo
quoque nõ ſocio acquirere exiſtimetur. Eadem quippe
ratione inferri poſſet, quod adiecto ſoluitur ipſi acqui-
ri quandoquidem parit ea ſolutio liberationem, † An 16
igitur remedium nullum ſupererit correo credendi ad
quem negotium aut in totum aut pro parte pertinebat
vt à correo cui totum ſolutum eſt, indemnitatem con-
ſequatur, Nullum penitus. Nam remedio ceſſionis
quod inter correos debendi neceſſarium eſſe diximus
ſup. cap. 13. ibique locus eſſe non poteſt, vt facilè qui-

Hh 4 uis

uis intelligit. Reſtat vt imputare ſibi debeat qui cum
rem ſuam ſiue in ſolidum ſiue pro parte ageret, correum
adhibuit ad ſtipulandum nec ſibi cauit diligentiùs. Pla-
nè cùm totum negotium ad eum ſolum ſpectat ex cor-
reis credendi qui totum exegit, nec Bartolus ipſe negat
correo nullam actionem competere vt quod alteri ſolu-
tum eſt ſibi communicetur. Qua enim fronte id deſide-
raret. Cæterùm ille ſemper caſus excipiendus eſt niſi cor-
rei ſint ſocij. Tunc enim haud dubiè ſocietatis iudicio
inuicem ſibi tenentur: nec quiſquam dubitat quin hoc
caſu pro ſocio actio inter correos ſiue debendi, ſiue creden
di locum habeat.

Capvt XVII.

Nullam prorſus actionem correo debendi qui totum ſoluit competere aduerſus correum non ſocium. Et obſeruata interpretis aut Triboniani manus in l. 1. quæ aliàs 2. C. de duob. reis.

Svmmaria.

1 *Ratio propoſitæ ſententiæ.*
2 *Dictam l. 1. alias 2. Interpretibus in propoſita quæſtione dubitandi cauſam præbuiſſe.*
3 *Legem primam* tit. C. de duob. reis *ab Accurſio & aliis tanquam ſubditițiam reiectam fuiſſe.*
4 *Verſiculum* & ideò ſi probaueris &c. *d. l. 2. cum primis eiuſdem legis verbis non conuenire.*
5 *Non rectam eſſe illationem in dicto verſiculo factam.*
6 *Authenticam ſequentem non poſſe ad dictum verſiculum accommodari.*
7 *Alia ratione probatur illum verſiculum ſuppoſititium eſſe.*
8 *Non poſſe quemquam condemnari niſi conueniatur, nec conueniri ſine actione.*
9 *An deficiente actione ordinaria extraordinaria aut ſubſidiaria officio iudicis mercenario vel nobili locus eſſe poſſit.*
10 *An iniquum ſit totum onus debiti communiter contracti ad alterum correum ſolum pertinere.*
11 *Cur in fideiuſſoribus diuiſionis beneficium inductum ſit?*
12 *Cur iure vetere fideiuſſoribus potius quàm correis ſuccurſum fuerit, quid item inter eos commune olim fuerit, & nunc ſit?*
13 *Quando inter correos vel confideiuſſores dandæ inuicem actionis ratio vel æquitas ſubſit?*
14 *Alia ratio propter quam correo qui totum ſoluit actio aduerſus correum non ſocium non competat?*
15 *Refutatur præcipua ratio propter quam correo totum debitum ſoluenti actio cedenda videtur?*

1 QVæ † hucuſque toto ferè libro diſputauimus eò
pertinent vt appareat, quod nos hoc capite con
cludimus, Nullam prorſus actionem correo debendi qui
totum ſoluit competere aduerſus correum non ſocium
pro ſoluti repetitione. Nam ſi neque mandati agere po-
teſt, neque negotiorum geſtorum, neque de in rem ver-
ſo, neque condictione vlla, neque directa aut vtili cre-
ditoris actione citra ceſſionem, an non omnino conſe-
2 quens eſt, nullam prorſus habeat. † Neque puto quiſ-
quam ex noſtris interpretibus de eo dubitaſſet niſi te-
nebras omnibus offudiſſet, quod in *l. 1. quæ alias 2. C. de
duob. reis* apertiſſime contra ſcriptum eſt his verbis,
*Et ideo ſi probaueris te conuentum in ſolidum exſoluiſſe,
rector prouinciæ iuuare te aduerſus eum, cum quo commu-
niter mutuam pecuniam accepiſti, non cunctabitur.* Fate-
bor ingenue. Locus mihi ſuſpectiſſimus eſt, neque du-
bito quin totus hic verſiculus ſit ineptitius, ſiue Tribo-
niani, ſiue quod fortaſſe probabilius fuerit, score cuiuſ-
dam interpretis eſſe velis. Nam vt ea taceam quæ in ſu-
perioribus ex vera rectaque iuris ratione diſſeruimus, &
illud præſertim quòd correus qui totum ſoluit idipſum
ſoluit quod proprio debebat nomine, tametſi correum
quoque liberet. Item quòd ſoluenti correo remedium
ceſſionis neceſſarium eſſe dicitur, *in l. cùm apparebit. 47.
D. locat. & in l. rem hæreditariam. 56. D. de euict.* † Me il- 3
lud non parum monet quod iam video totam legem pri-
mam illius tituli quæ Accurſio & veteribus gloſſatori-
bus ignota fuit ſubdititiam eſſe nec niſi interpreti ad-
ſcribi poſſe, eique non minus imperito quam audaci, cùm
rectam ſententiam nullam habeat, vt nouiſſime docuit
Iacob. Cuiacius Obſeruat. 5. cap. 35. † Sed illud magis vr- 4
get quòd verſiculus hic de quo diſputamus nullomodo
conuenit prioris legis ſententiæ. Nam ex eo quòd pri-
mum lex ait creditorem prohiberi non poſſe quominus
debitum exigat a quo velit, cum duo ſunt eiuſdem pe-
cuniæ rei promittendi, non video qua ratione inferre
poſſis quod ſequitur, *& ideo ſi conuentus vnus ſolidum
ſolueris ſuccurrendum ei aduerſus correum.* Quid enim
hoc cum illo commune habet. Aut quid vetet ſolidum
exigere poſſe creditorem a correo debendi, nec tamen
vllam ſoluenti actionem ſaluam eſſe in correum: finge
ex correis enim qui non ſoluit obligari ab initio vtiliter
non potuiſſe *vt in l. duos 5. l. ex duob. 1. in princ. & §. 1.
D. eo. de duob. reis* Vel cùm ab initio vterque correus vti-
liter acceptus eſſet, alterius tamen perſonam obligatione
exemptam aut per deportationem, *vt in l. vlt. eod.* aut per
confuſionem, *vt in l. Grattius. 71. D. de fideiuſſ.* aut per ſẽ-
tentiam iudicis *vt in l. 1. §. ſi apud duos. 43. D. depoſit.*
Quis dixerit alterum correum idcirco liberari. Id enim
negant Iureconſulti ſupradictis locis. † Atqui ſi recta 5
eſt illatio iſta *& ideo &c.* id vtique prorſus cõſequens eſ-
ſet, quandoquidem omnibus illis caſibus euenit vt cor-
reo qui totum ſoluit nullo remedio ſuccurri poſſit ad-
uerſus correum qui ſolutionis tempore iam erat libera-
tus, ex ratione poſita, *in l. & ancillarum. 27. in fin. D. de
pecu. quia nec liberare vllomodo ære alieno, eum intelligi-
tur. l. idem erit 14. verſ. certe vbicunque. D. de inſtit. action.*
† Sed & obſeruandum eſt Authent. hoc ita, quæ ſtatim 6
ſequitur, non poſſe ad poſteriorem hanc legis partem ac-
commodari, ſed tantum ad priorem, vt non temere ſuſ-
picari liceat poſteriorem quam nos ineptitiam eſſe cõ-
tendimus in Irnerij libro defuiſſe. Nam verba illa *hoc ita*
demonſtrant ſatis, voluiſſe Irnerium accommodare ſuo
more Nouellam Iuſtiniani ad id quod proxime & im-
mediatè præcedebat. † Poſtremò me illud omnium ma- 7
ximè monet quod quiſquis verſiculum hunc ſuppoſuit
cùm nec ſciret nec ſcire poſſet quænam actio correo ad-
uerſus correum competere deberet, non auſus eſt, neque
verò potuit exprimere quamnam competere putaret,
ſed ſimpliciter & obſcure ita loqui maluit, *rector pro-* 8
uinciæ iuuare te non cunctabitur. An vero rector prouin-
ciæ ex officio ſuo condemnauit correum nulla in illum
propoſita actione? Minime. Neque enim poteſt quiſ-
quam condemnari quin conueniatur nec rurſus con-
ueniri ſine actione. *l. ſi pupilli. 6. §. videamus de neg. geſt.*
An autem ex officio ſuo & ex æquitate dabit vtilem
actionem? Fateor nõ eſſe id nouum, eo demum caſu quo
ordinaria actio non competit, vt in ſpecie *l. nam & Ser-
uius 21. eod. l. quædam 9. in princ. D. de edend.* † Sed & 9
ſcio propoſita actione competenti multa venire officio
iudicis quæ iure actionis peti non poſſunt; *l. qui per col-
luſionem 49. §. 1. de action. l. centum 8. de eo quod cert. lo.*
At ſi actio nulla ſit aut ordinaria aut extraordinaria vel
ſubſidiaria, nego poſſe locum eſſe officio iudicis merce-
nario, vt noſtri vocant, id eſt quod ſubſeruit actioni. No-
bili fortaſſe locus eſſe poſſit, & ex eo interdũ ſequi con-
demnatio nulla quoque propoſita actione, vt aliquid
noſtris largiamur: At non eo caſu quo ius reſiſtat &
actionem

actionem naſci prohibet, *arg. l. obligationem 27. de obligat. & action.* Id verò contingit cùm qui ſuum reuera geſſit
negotium nec ſibi alium obligare voluit. Tunc enim
nec iuris nec æquitatis ratio patitur vt ex eo actu alius
obligetur, ne videatur actus operari vltra intentionem
agētis, quod ex vulgari noſtrorum brocardico fieri nunquam poteſt, *l. non omn. 19 de reb. cred. l. 1. §. cum qui.
D. de conſt. pecun.* Nec rurſus ignoro interdum contingere vt ſi quis ſuo tempore non petierit actiones ſibi exhiberi, quarum exhibitionem petere poterat, id ei per
iuriſdictionem præſidis prouinciæ ex interuallo quoque
præſtetur, *vt in l. ſi res obligata 57. de legat. 1.* Sed iam ſupra decu. cap. 10. longè aliam rationem eſſe fideicommiſſarij de quo agitur in *d. l. ſi res obligata. & correi debendi*, quod pertinet ad impetrandam ex interuallo ſiue
actionis iure ſiue officio iudicis actionum quæ cedi de-
10 buerunt exhibitionem. † Verùm, inquies, An non iniquiſſimum ſit cuiuſquam onus debiti quod ob pecuniam mutuam communiter acceptam contractum eſt ad alterum
ſolum pertinere? Ita ſanè rudi & imperito cuique videatur. Nam & ob hanc cauſam Iuſtinianus Nouell. 99. *de
duob. reis.* beneficium diuiſionis inter correos exemplo
fideiuſſorum introduxit, vt conſtat ex illis verbis, *& non
commune debitum proprium cuiuſpiam fieri onus.* Quæ res
ſuadere forſitan poſſit vt verſiculum quem tollimus *ex
l. 1. C. de duob reis.* non tam interpreti adſcribendum quis
putet, quàm Triboniano, ad Iuſtiniani conſtitutionem
vt facere ſolet reſpicienti: ſed ſi ita eſt, nihil dici poteſt
Triboniano imperitius. Nam quòd Iuſtinianus æquitate
iſta motus correis beneficium diuiſionis concedendum
putauit, oſtendit manifeſtè ita ius eſſe, vt correo qui totum ſoluit nulla prorſus in correum actio dari debeat.
Alioqui quid erat neceſſe beneficium diuiſionis inducere ad hoc ne, vt ait conſtitutio, commune debitum
proprium cuiuſpiam onus fieret ſi iam antè ad indemnitatem conſequendam actio aliqua aut etiam ſi voles
11 officium iudicis competebat? † Neque verò in fideiuſſoribus quoque aliam ob cauſam inductam eſſe credendum eſt, vt habeant exceptionem diuiſionis, quàm vt ei
occurreretur iniquitati quæ ſingulos confideiuſſores ad
totius debiti exſolutionem nulla indemnitatis ſpe relicta obligabat. Cæterùm quemadmodum non poſſis ex
eo inferre confideiuſſorem qui totum ſoluerit ſiue diuiſionis beneficium vltrò omiſerit ſiue qua ratione amiſerit, indemnitatem à confideiuſſore conſequi debere,
[*obſtat enim l. vt fideiuſſori 39. de fideiuſſ.*] Ita neque
poteſt æquitas illa facere vt correus debendi qui totum
ſoluit aliquam aduerſus correum habere debeat actionem. Nam ante Iuſtinianum iuris ratio prohibebat, ne
correi fideiuſſoribus comparari poſſent quod pertinebat
ad beneficium diuiſionis, quoniam non alieno, ſicuti fideiuſſores, at proprio nomine ſinguli obligantur. Poſt
Nouellam verò Iuſtiniani abſurdum ſanè fuerit hoc
ipſo meliorem facere conditionem correorum quàm fi-
12 deiuſſorum quod parem eam Iuſtinianus fecerit. † Nam
vel inuito Iuſtiniano ea ſemper manſit iuris veteris ratio quæ ſuaderet ſuccurrendum magis eſſe fideiuſſoribus quàm correis, quod remedio & auxilio digniores
ſint qui alieno nomine ſunt obligati, quàm qui ſuo. Illud ſane vtriuſque communi fuit iure vetere, ac etiamnum eſt vt nullam inuicem actionem habeant niſi quæ
ceſſa ſit vtiliter & ſuo tempore, quoniam & actiones &
obligationes omnes pendent ex negotio contracto, *l. 5.
§ conuenti* [illegible] *verb oblig.* negotium autem inter
correos [illegible]ſſores nullum geritur, cùm non inuicem c[illegible] ſed correi quidem debendi cum ſolo
creditore [illegible]iuſſores verò etiam cum debitore ſi
mandatum interuenit, alioqui quaſi contractus eſt, qui
inducit actionem negotiorum geſtorum, *l. ex mandato
13 20. §. 1. D. mandat* † Nulla igitur inter correos & confideiuſſores ipſos dandæ inuicem actionis ratio aut æquitas
ſubeſt. Niſi proponas ex ea cauſa factos correos aut confi-
deiuſſores qui ipſi ſacerere poſſit vt alter alteri præſtare
indemnitatem debeat. Illud namque ſemper inſpiciēdum
eſt quænam ſit cauſa debiti, *arg. l. tutor 69. ff. de fideiuſſ.*
Sed ſi aliud nihil ſit quod correo in correum, aut fideiuſſori in confideiuſſorem dari actionem ſuadeat, niſi quòd
correi, aut confideiuſſores fuerunt, imputet ſibi qui ab
initio cautius negotiatus non ſit, indemnitatemque à
correo, vel confideiuſſore non fuit ſtipulatus, quique ex
poſt facto cum ſolidum ſolueret petierit vt mandarentur ſibi aduerſus obligationis ſocium actiones quod ſuo
iure & poſtremi remedij loco facere poterat, *d. l. cum ap-
parebit 47. locat. d. l. l. rem hereditariam 65. de eui t.* 14
† Quibus iuris & æquitatis rationibus illa etiam addi
poteſt, quòd qui ex correis debendi prior conuentus &
ſolidum ſoluere coactus fuit, poterat non conueniri ſi
alterum correum creditor elegiſſet, ab eóque ſolidum
exigere maluiſſet, Quod ſi euenißet, damnum vtique
ſolus ille alius ſentiret, quod nunc ſentit is à quo exactum fuit. Eſt itaque quòd de ſe potiùs ſinguli conqueri
debeant qui mutuum hoc actionis periculum quod effugere poterant vltrò incurrerint. Nec eorum quiſquam
audiendus eſt ſi petat id quod in contrarium euentum
non erat poſtulaturus. *l. penult. C. de ſolut.* † Præcipua illa
ratio affertur quæ actionis æquitatem ſoluenti correo
indulgere videatur, quòd verum ſit eius pecunia correum liberatum eſſe ſed iam ſæpius in hoc tractatu monuimus non ex eo fieri vt qui totum ſoluit pro correo
ſoluiſſe videri debeat, quia cùm eſſet ipſe in ſolidum
obligatus, proprio nomine ſoluere debuit, perinde ac ſi
ſolus debuiſſet, neque correum habuiſſet. Quod autem
correus qui æquè ſolidum debebat æquè liberetur, fit
per conſequentias quoniam vna tantùm numero fuit
correorum omnium obligatio, *d. l. vbi duo de duob. reis.*
quam proinde ſolutione ab vno facta totam extingui neceſſe eſt, *l. ſi ex pluribus 16. de acceptilat.* Quò etiam
pertinet quod ſcriptum eſt *in l. nihil intereſt 12. §. vltim.
de inoff. teſtam.* filium teſtatoris qui cum Titio eiuſdem
pecuniæ reus fuerat, liberatione Titio legata per acceptilationem Titij liberatum ab inofficioſi actione non
ſubmoueri. Id enim aliā rationem non habet, quàm quod
acceptilatio facta Titio non videatur facta filio correo;
tametſi liberationis, & acceptilationis commodum perinde filius conſequatur, ac ſi ſibi ipſi facta eſſet, aut Titius
totum debitum ſoluiſſet. Alioqui ſi acceptilatio Titio
facta filio quoque facta videretur ſummouendus vtique
eſſet filius à querela inofficioſi teſtamenti quaſi qui lucrum ex teſtamento ſenſiſſet. *d. l. nihil intereſt l. ſi pars 10.
§. vlt. & pat. eod. tit. de inoff. teſtam.* Quæ cùm ita ſint non
puto dubitandum quin audaciori & imperitiſſimo interpreti tribuendum ſit quod in *d. l. 1. C. de duob. reis.* ſcriptum legimus, Eum ex correis qui conuentus in ſolidum exſoluerit, à rectore prouinciæ iuuandum eſſe aduerſus eum cum quo mutuam pecuniam communiter
acceperat Idque luce meridiana clarius ex ſuperioribus
liquere arbitror.

Capvt XVIII.

An pactum vnius ex correis credendi, aut debendi proſit noceátve alteri. Et de emendatione l ſi vnus 27. D. de pact. & l, ſi duo 34.
D. de recept qui arbitr.

SVMMARIA.

1 *Pactum vnius correi debendi alteri correo ſocio in totum prodeſſe debere.*

2 *Modo pactum illud ſit in rem, non in perſonam conceptum.*

3 *Pactum vnius ex correis debendi, excepta cul-*

pa

pâ & dolo, cæteris correis etiam non ſociis nocere.

4 *Cur pactum vnius ex correis difficilius proſit correo non ſocio, quam noceat?*

5 *In correis ſtipulandi meliorem eſſe occupantis & ſolutionem accipientis, conditionem.*

6 *Adeo vt ſi ex pluribus correis ſtipulandi vnus ſolutionem exigere cœperit, ne quidem aliis ſoluere debitor poſſit.*

7 *An communem obligationem vnus ex correis ſtipulandi inſcio altero nouare poſſit?*

8 *Venuleij ſententia, & rationes.*

9 *Neratium, Atilicinum, Paulum & alios à Venuleio diſſenſiſſe.*

10 *Reiicitur Roberti emendatio* ad l. ſi vnus, ff. de pact. *& Cuiacij ad principium eiuſdem legis interpretatio.*

11 *Nihil intereſſe correorum ſtipulandi vtrum correus nouationem donandi animo, an verò in rem ſuam fecerit: & cur hæc diſtinctio admittatur in filio cui peculij adminiſtratio conceſſa eſt?*

12 *Compromiſſum ab vno ex correis ſiue debendi, ſiue ſtipulandi factum cæteris non nocere niſi ſocij ſint.*

13 *Emendatur* l. ſi duo. 34. de recept. qui arbitr. & l. ſi vnus in princ. ff. de pact.

PLuribus *conſtitutis correis debendi, aut credendi
eleganter quæri ſolet an pactum factumve vnius al-
1 teri prodeſſe debeat, vel nocere. † Et quod ad correos
quidem debendi pertinet, conſtat ſane eatenus prodeſſe
debere quatenus intereſt paciſcentis *leg. idem* in duobus*
25. cum præcedentibus. ff. de pact. Intereſſe verò tum ma-
xime videri ſi ſocij proponantur. *l. Grauius 71. de fideiuſſ.*
l. eandem 9. §. pen. de duob. reis. cum *l ſeq.* cùm quod ab
vno exigetur, ſit ille ſocietatis iudicio pro parte a ſocio
repetiturus, *leg. 3 §. nunc de effectu. ff. de liber. legat. l. in le-*
ge 62 ff. ad leg. falcid. Ideóque correo ſociu prodeſſe pa-
ctum correi neceſſe eſt, non pro ea duntaxat parte quam
à ſocio correo repetere poſſet, verùm etiam in totum
nequicquam repetat: Alioqui eueniret vt quantulum-
cunque eſſet quod exigeretur à correo qui pactus non
fuiſſet, id ille pro parte à correo eſſet repetiturus *d. l. 3. §.*
nunc de effectu. Proinde partis conſideratio facit vt pactũ
2 correi prodeſſe correo debeat in totum. † Adhibita ta-
men ſemper diſtinctione illa an pactum in perſonâ con-
ceptum ſit an in rem. Nam cùm merè in perſonam con-
ceptum eſt, non magis prodeſſe debet correo quantũuis
ſocio, quàm ſi ſocietas nulla interueniret. Et ſi enim hoc
etiam caſu paciſcentis maximè intereſt propterea quòd
correus non eò minùs regreſſum aduerſus eum habitu-
rus ſit iudicio ſocietatis. Tamen non tam vtilitas debito-
ris hac parte intuenda eſt quàm vtrinſque paciſcentium
voluntas. Quemadmodum ſi cum debitore pactum per-
ſonale factum ſit de non petendo non poteſt ea res pro-
deſſe fideiuſſoribus, tametſi actionem habituri ſint,
& repetitionem aduerſus debitorem qui pactus fuit,
l. niſi hoc actum. 22. cum ſeqq. ff. de pact. Semper enim &
in omni conuentionum genere ſequimur id quod actum
3 eſt. † Factum ſanè vnius ex correis debendi nocet cæ-
teris etiam non ſociis, *l. penult. D. de duob. reis. l. vlt. D. eod.*
præterquam ſi agatur de mora per dolum vel culpam al-
terius contracta, ſuam enim vnicuique culpam, & mul-
tò magis dolum nocere æquum eſt, non etiam alteri,
l. mora. 32. §. ſed ſi duo. D. de vſur. l. in condemnatione. 173.
§. vnicuique. de regul. nec diſtinguimus an correi ſocij
ſint necne, *l. eandémque. § pen. de duob reis.* Nam ſocietas
vniuerſalis bonorum quidem omnium communicatio-
nem inducit, *leg. 2. D. pro ſocio.* ſed culpam quæ ſit vnius
ex ſociis non ideirco communem facit, *l. 1. §. ſi apud*
duos 43. D. depoſit. & d. l. eandem. §. pen. in illis verbis, *ſi*
4 *communis culpa interſit de duob. reis.* † Quod ſi quis mi-
retur quamobrem pactum vnius ex correis difficilius
proſit correo non ſocio quam noceat: Reſpondebo id
fieri quia per liberam perſonam nihil nobis acquiri po-
teſt, niſi quatenus intereſt paciſcentis, *l. & licet. 15. ff. de*
conſtit. pecun. l. ſi quis ſolutionis. 24. §. vlt. de vſur. l. 1. in
princ. quod vi aut clam. l. ſtipulatio iſta. 38. alteri de verb.
oblig. Dices nec in poteſtate alterius eſſe debere condi-
ctionem meam deteriorem facere, *l. 1. § vlt. & l. 2. ff. quod*
vi aut clam. l. ſoluendo 39. de negot. geſt. l. ne in poteſtate 26.
de recept. qui arbitr. l. de pupillo. 5. §. ſi plurium de oper. no-
ui nunciat. Sed hæc non ſunt ſimilia Imputari namque
poteſt correo qui nihil fecit cur hoc ipſum ſaltem fe-
cerit quod cum alio impudentiore ſe obligauit: ſiquidem
ſciuit, aut ſcire debuit, ex iuris ratione illam obligationis
conditionem futuram, vt ſibi nocere poſſet factum cor-
rei, vt proinde quod ex facto correi damnum ſentit ex
propria culpa ſentire videatur, *§. pen. Inſt. quib. mod. re*
cont. oblígat. §. vlt. Inſtit. de ſociet. facit l. ſi Titius. 48. ff. de
fideiuſſ. † In reis verò ſtipulandi ſic comparatum eſt vt 5
ſcientia vnius alteri noceat, *l. item ſi. 7. alias. l. ſed Iulia-*
nus. § non ſolum. ff. ad SC. Maced. meliórque ſit conditio
occupantis, hoc eſt eius qui prior in iudicium rem dedu-
xerit, *l. 2. ff. de duob. reis. l. ſi rem aliquam. 31. §. 1. de noua.*
aut ſolutionem acceperit adeoque debitum acceptum
tulerit, *d. l. ſi rem. §. 1. de nouat. l. & per iuſiurandum. 13.*
§. vlt. l. ſi ex plurib. 16. de acceptilat. [Acceptilatio ſiqui-
dem ſolutioni comparatur. *l. in diem 5. eod. tit. l. non ſolum.*
7 §. 1 de liber. legat. † Idque adeò verum eſt vt ſi ex plu- 6
ribus correis ſtipulandi vnus agere cœperit, ne quidem
ſoluere aliis debitor poſſit, *l. ex duob. 16. de duob. reis.* ac ſi
ſeparatim ſinguli ſtipulati eſſent. *Si illi non dederis mihi*
dare ſpondes. l. ſi Titius 9. de verb. oblig. aut ac ſi correus
ſtipulandi ſolutionis tantum cauſa adiectus fuiſſet. *leg. ſi*
quis ſtipulatus 57. §. 1. de ſolut. licet in cæteris recta non
ſit correi & adiecti comparatio vt diximus 116. *ex l. ſi*
duo. 128. de verb. oblig. † De illo certè dubitatum fuit 7
inter iuris autores, an communem obligationem nouare
vnus ex correis inſcio altero poſſit. Nam Venuleius, in
d. l. ſi rem aliquam. 31. §. 1. de nouat. generaliter ſcribit,
vnumquemque ex correis ſtipulandi perinde ſibi acqui-
ſiſſe ac ſi ſolus ſtipulatus eſſet. Excepto eo, inquit, quòd
etiam facto eius cum quo commune eſt ius ſtipulatio-
nis, amittere debitorem poteſt. † Ex quo infert ille, ſi 8
vnus ab aliquo ſtipuletur, nouatione quoque liberari
eum ab altero poſſe, cùm id ſpecialiter agitur vt fiat no-
uatio. Præſertim quod eam ſtipulationem quæ nouatio-
nis cauſa fit ſolutioni ſimilem eſſe exiſtimemus, *l. 1. l. no-*
uatione. 18. eod. Alioquin, ait, quid dicemus ſi vnus dele-
gauerit creditori ſuo communem debitorem, iſque à de-
bitore ſtipulatus fuerit? Aut mulier fundum iuſſerit doti
promittere viro, vel nuptura ipſi cum doti promiſerit?
His omnibus caſibus putat ille debitorem ab vtroque
liberari. Pro qua ſententia facit etiam iuris regula quæ
habet eum cui rectè ſoluitur etiam nouare poſſe, præ-
terquam ſi quis ſolutionis cauſa adiectus proponatur,
l. cui rectè. 10. eod. tit. l. reſcriptum. 10. §. vlt. cum ll. ſeqq. ff.
de pact. † Sed tamen aliud viſum eſt Neratio Atilicino, 9
Proculo & Labeoni, quos vt in quæſtione dubia fieri
ſolet, Paulus refert, & ſequitur *in l. ſi vnus. 27. in princ.*
eod. tit. Vt pactum vnius ex argentariis etiam ſociis,
itémque ex correis ſtipulandi, aliis non noceat, nec ſi in
rem pactus ſit, adeóque nec nouare alius poſſit, quamuis
ei rectè ſoluatur: Quibus verbis potiſſimam Venulei ra-
tionem deſtruit, non enim cuicunq[illegible] poteſt ei &
nouare licet. Nam & his, inquit, qu[illegible] poteſtate
ſunt rectè ſoluitur quod crediderun[illegible] n nouare
obligationem poſſunt, *l. non ideo, 25* [illegible] ſicut nec
is qui non niſi ſolutionis cauſa adiectus eſt, *d. l. cui rectè.*
Denique placet Paulo, illud tantum ſtipulanti permit-
tendum eſſe, vt ſolus poſſit ſolidum petere, item vt ei ſoli
totum debitum ſolui poſſit. † Itaque fruſtra laborant 10
noſtri in iſtis conciliandis quos vltrò diſſentiiſſe aper-
tiſſimum

tiſſimum eſt. Ridendúſque neſcio an culpandus magis Ioannes Robertus qui *lib.1.Senten.cap.25.*Paulo manus infert vt duobus locis reponat *donare* pro *nouare*. Nec felicior Iacob.Cuiacius qui Paulum intelligit de nouatione donandi animo,vel per pactum de non petendo: quod inquit,pactum non ſit legitimus modus tollendæ obligationis,*d.l.ſi vnus §.pactus ne peteret.* Quaſi verò poſſit aut potuerit vnquam fieri nouatio per pactum quam vtique conſtat non niſi per ſtipulationem fieri poſſe vnquámve potuiſſe *d.§.pactus.l.1.& paſſ.de nouat. ff.& C.*Aut quaſi quicquam interſit correorum ſtipulandi,vtrum nouationem correus fecerit donandi ani-
11 mo,an rem ſuam propriam vt in iis exemplis quæ Venuleius proponit. † Quod autem diſtinctio hæc adhibetur in filio cui adminiſtratio peculij permiſſa eſt, *l. vlt.ff.de nouat.*aliam rationem habet, quia plus iuris habet filius in peculio cuius liberam nactus eſt à patre adminiſtrationem quam habeat correus in communi obligatione.Omnino ſiquidem filio videntur permiſſa, niſi vt donet,quoniam donare perdere eſt,*l.filiusfamilias.7.ff.de donat. l.contra.28.§.ſi filius.ff.de pact. l.1. §.1. ff.quæ res pignor.oblig.poſſ.* vbi ſcriptum eſt nec pignori dari pro alio poſſe à filiofamilias rem peculiarem, licet adminiſtrationem peculij liberam habeat, quòd ea ſit ſpecies quædam donationis licet pro ſe aut pro parte obligare eam poſſit adeóque alienare,*l.ſi conuenerit. 18.*
12 *§.vlt.cum l.ſeq.ff.de pign. act.* Illud verò tam ſtipulandi aut potius credendi quàm debendi correis commune, eſt quod ab vno ex iis factum compromiſſum non aliter nocet cæteris quàm ſi ſint ſocij,*l.ſi duo.34.ff.de recep. qui arbitr.*Ideo fortaſſe quòd proximè accedat ea res ad culpam, ob idque nec procuratori conſtituto ad rem petendam permiſſum eſt de lite compromittere, ſicut nec tranſigere.niſi aut ſpeciale mandatum habeat aut generale cum libera adminiſtrandi poteſtate,*l.procura-*
13 *tor.62.ff.de proc.* Cæterum obſeruandum eſt quod meo iudicio apertiſſimum videtur,in *d.l.ſi duo*,erratum eſſe, legendúmque *nec à te petitur quod ego peto*, vt recta ſit & accommodata ratio ad id quod Paulus tractat. Apparet etiam ex eo loco mendum aliud ſubeſſe, in *d.l.ſi vnus.27.in princ.de pac.* falsúmque eſſe quod ibi ex eodem Paulo traditur de argentariis ſociis. Nam proculdubio vnius ex argentariis ſociis pactum nocet cæteris,*d.l.ſi duo*.itémque prodeſt, quomodo idem Paulus prædixerat in *d.l.duob.25.eod. titul.de pact.* Quare nec dubito quin dictio illa *Socijs* in textum irrepſerit ex gloſſa imperiti alicuius interpretis non animaduertentis,poſſe plurium argentariorum nomina ſimul ire, & conſequenter vni ex iis exactionem in ſolidum competere, licet non ſint ſocij, *dict. l. ſi duo.* Idque euidentius ex eo intelligitur, quod ibidem Paulus ſubiiciens idem in duobus reis ſtipulandi obtinet quod de argentariis dixerat, non loquitur de correis ſtipulandi ſociis,nec ea actio *ſocijs*,quam nos in legis principio tollimus,ibi repetita eſt.

CAPVT XIX.

De correis teſtamento factis, itémque de ſententia & emendatione l. eandem. 9. l. ſi id quod in fin. de duob. reis. & veterum iuris authorum obſeruata diſſenſio.

SVMMARIA.

1 *Quando plures correi ſiue credendi ſiue debendi fieri intelligantur?*

2 *Correos conſtitui nõ poſſe,ſi perſonarum aut rerum quæ in obligationem deducuntur, qualitas aut conditio repugnet, vbi tria repugnantiæ exempla afferuntur.*

3 *Triboniani manus notatur* in l.ſi id quod. ff.de duob. reis.

4 *Illam Triboniani additionem iuris rationi repugnare.*

5 *In ſpecie* d.l.ſi id quod. *Titium & Seium qui ſtipulati ſunt decem aut fundum qui ſit Titij,correos ſtipulandi non eſſe.*

6 *Quibus verbis correi debendi in teſtamento conſtituantur? vbi de ſententia* leg. eandem, ff. eod. tit.

7 *Reijcitur emendatio ad illa* d.l. verba Titius & Mæuius Sempronio decem dato.

8 *Alienatiuos creditores vel debitores correos conſtitui non poſſe.*

9 *Refutatur opinio Molinæi exiſtimantis correos difficilius fieri teſtamento quam contractu.*

10 *Pro qua parte ſinguli heredes conueniri oporteat quum correi teſtamento facti non ſunt?*

DVorum pluriúmve correorum debendi credendíve conſtitutio an hodie poſt Iuſtiniani Nouel.99. eodem modo fiat quo fiebat olim, iam ſatis ſupérque diſputauimus in ſuperioribus cap.4.† Illud tantùm hîc 1
repetendum eſt non aliter plures correos ſiue debendi ſiue credendi quàm ſi hoc agatur,*l.1.l.3.§. ibi duo.l. duos reos.6.l.his verbis.8.& paſſ.ff.de duobus reis.*Agi verò toties intelligendum eſt quoties aut ex conuentionis verbis,aut ex habito tractatu aliiſve rerum argumentis conſtat creditorem plurium debitorum fidem in ſolidum ſecutum eſſe,vel debitorem pluribus creditoribus in ſolidum fidem ſuam obſtrinxiſſe, *l.eandem.9.in princ. ff.de duob.reis.l.1.§.ſi apud duos.43.ff.depoſiti..creditor.60. §.duob.mand.l.ſi vt certo.5.§.vl.cum ſeqq.ff.commod.l.eum apparebit.47.ff.locat.l.ſi ex duob.13.de tutel.& rat.diſtrah.* Alioqui non ex eo ſolo quòd vel vnus pluribus vel vni plures nominatim promiſerint correi conſtituti videbûtur,ſed in viriles portiones obligationis executio di-
uidetur,*l.reos.12.§.cum tabulis de duob.reis.*† Sed & illud 2
præterea requiritur ad correorum conſtitutionem,vti ne perſonarum aut rerum quę in obligationem deducuntur, qualitas aut conditio repugnet,*l.ſi id quod.15.eo.ti.*vbi tria huiuſmodi repugnantiæ exempla Caius ponit.ſi vſusfructus nomine qui vni relictus fuerat plures ſtipulentur: ſi dos promittatur marito & alteri maritus nõ ſit,deniq; Titius& Seius ſtipulẽtur decem vel rem quæ ſit Titij.His enim caſibus ideò non fiunt plures correi ſtipulandi quòd in vtriúſque perſona ſubſiſtere non poſſit obligatio propter naturam & qualitatem rei quæ deducitur in ſtipulationem.Nam & vſusfructus & dotis ius perſonale eſt, & rem ſuam ſtipulari nemo poteſt vulgar.
iurib. † Quod cùm ita ſit non abs re quis miretur, cur 3
vltima legis ſententia corrigatur finalibus iis verbis,*Sed dicendum eſt,vt ſi decem alteri ſoluantur ab altero liberetur.*Et hîc quoque videor mihi non obſcurè Triboniani manum, & cerebrinam æquitatem agnoſcere, cùm & parum eleganter contexta ſit additio [debuerat enim ſcribere , *Sed dicendum eſt liberari.* non quomodo ſcriptum eſt , *vt liberetur*] & omnino repugnet germanæ iuris rationi.† Nam ſi in illa ſpecie,cùm Titius & Seius 4
ſtipulati ſunt decem aut fundum qui ſit Titij , non ſunt Titius & Seius duo correi ſtipulandi [non eſſe verò fatendum eſt neque Tribonianus ipſe negaret] fieri ſanè non poteſt vt ſolutio vni facta liberet ab alio debitorem præſertim ipſo iure. Saltémque debuerat potius ſubiici tuendum debitorem exceptione doli ſi poſt ſolutionem vni factam ab alio vrgeatur, vt in *l.ſi ſtipulatus.15.§.1. de fideiuſſ.* & aliis ſimilibus. † Alioqui nec illud admittendum erit quod Papinianus ſcribit in *d. l.eandem.9.§.1.*Non fieri duos reos depoſiti ſi ex duobus penes quos res depoſita ſi vni remittatur culpa, non etiam

etiam alteri. Quo enim id obſecro pertinet, niſi vt ſciamus vno ex ipſis liberato alium nihilominus in obligatione remanere? Nam quis alius effectus eſſe poteſt illius quæſtionis, an ſint duo correi debendi, necne? At neque iuris ratio patitur vt diuidatur ſtipulatio ac in ſpecie propoſita Titius & Seius correi ſint ſtipulandi quod ad decem attinet, non etiam quòd ad eam rem quæ iam ſit Titij, vt propter adiectam Titij perſonam idem ſit acſi ſola decem in ſtipulatum deducta eſſent. Cur enim auferatur promiſſori electio quam ſibi ſaluam eſſe voluit ſoluẽdi rem Titij, id eſt eius æſtimationẽ ſi id
6 malet? † In correis teſtamento conſtituendis idem iuris obtinet. Nam ſi vel à pluribus hæredib. benè meritis perſonis legatum aut fideicommiſſum relictum fuerit, conſtat non fieri plures reos debendi credendive niſi hoc ipſum teſtator voluerit, ſuámque voluntatem aut expreſſerit aut non obſcuris argumentis confirmauerit. Quæ ſententia eſt *d.l.eandem in princip.* vbi Papinianus ſcribit teſtamento fieri duos reos debendi ſi teſtator ita dixerit, *Titius & Mæuius Sempronio decem dato.* Nam verbum illud *dato* cùm ſit ſingularis numeri, vtrumque ſingulariter, hoc eſt ſingulos in ſolidum obligat: nec admittit contrariam interpretationem de legati debito in viriles diuidendo. Cui vtique locus fieret ſi ita ſcriptum proponeretur, *Titius & Mæuius Sempronio decem date.* Tunc enim ſinguli partes dare iuſſi viderentur. † Quod
7 minùs diligenter obſeruatum fuit ab iis qui apud Papinianum legendum putant *Titius aut Mæuius Sempronio decem dato.* Certum enim eſt correos debendi hoc modo fieri teſtamento non poſſe, quemadmodum nec duos reos collegatarios ſi ita ſcriptum ſit, *ille aut ille fundum habeto, l.ſi Titio aut Seio.16 l.cùm quidam. 24.de leg.1.* His enim ſpeciebus non ſolùm vnum legatum eſt, ſicut & cùm illud aut illud legatum eſt, *l.ſi illud aut illud 27.eod.* [quod vtique pluribus etiam conſtitutis correis ſimiliter contingeret, *l.3.§.vbi de duob. reis*] ſed etiam ab alterutro duntaxat non ab vtroque hærede, aut alterutri tantùm, non item vtrique legatario relictum vi-
8 deri debet. Si quidem in alternatiuis debitoribus non vterque debet ſed alteruter, & in alternatiuis creditoribus non vtrique debetur, ſed alterutri, quemadmodum & in debitis alternatiuis non vtrumque eſt in obligatione, ſed alterutrum duntaxat, *l.plerumque.11.§.vlt. de iur.dot.* cum ſimilibus. Id verò à conſtituendorum correorum ratione prorſus alienum eſt, quorum ea conditio eſt vt vterque in ſolidum obligationem in ſe ſuſcipiat aut ſibi acquirat, *d.l.2.3.& paſſ.de duob.reis.l.ſi duo. 128.de verborum obligat.* Ideóque in *l.ſi ex toto.8.§ ſi ita ſcriptum de legat.1.* ita ſcriptũ eſt, *quaſi ſi duo rei promittendi*, &c. vt appareat in ea ſpecie correos propriè non
9 eſſe. † Neque leuior error eſt Caroli Molinæi qui ad *l.in leg.62.D.ad leg.falcid.* ſcripſit difficilius fieri correos teſtamento quam contractu, nec in dubio preſumendum teſtatorem voluiſſe correos facere. Id enim abſurdiſſimè dicitur & cõtra Papiniani ſententiam in *d.l.eandem.* Leges autem quibus ille nititur vt probet in dubio viriles partes deberi aut hæreditarias, nec à ſingulis hæredibus poſſe in ſolidum exigi [ſunt verò penè innumeræ] ad eos caſus pertinet quibus plures hæredes generaliter onerati ſint, non ad eum quem Papinianus tractat, cùm vnuſquiſque in ſolidum oneratus eſt: Nimirum cùm teſtator ita dixit, *Titius & Mæuius Sempronio decem dato.*
10 † Planè eo caſu quo correi teſtamento facti non ſunt, elegans quæſtio eſt, Pro qua parte ſingulos hæredes conueniri oporteat, id eſt, an in viriles, an in hæreditarias. Papinianus enim magis probat deberi viriles, in *l. nonnunquam.24.ff.ad Senatuſconſultum Treb.* quod & iam antè Papinianum Neratius ſenſerat in *l.ſi heredes.124.de leg. 1.* Ea fortaſſis ratione quod cùm hæredum perſonæ ſiue omnes ſiue non omnes nominatæ & enumeratæ ſunt, videantur hæredes onerari non tam quaſi hæredes [quæ res in duceret diuiſionem in partes hæreditarias] quàm quòd nominati ſint, proindéque virilium portionum rationem haberi voluiſſe teſtator credendus Paulus contra poſt Atilicinũ Sabinũ & Caſſium magis eſſe putat vt inducantur hæreditariæ portiones omni caſu, propterea quòd hæreditas ea ſit quæ hæredes obligat, *l.ſiue à certis.17. ff.de duob. reis.* At Põponio in *l.turpia.54.§.vlt.de leg.1.* media quædam ſententia placuit, vt ſi non omnes hæredũ perſonæ nominatæ ſint, viriles partes debeant qui nominati ſunt, ſint omnes hæreditarias: Itaq; ridiculi ſunt, noſtri qui tãtopere laborant in iſtis malè conciliandis, quos vltrò diſſentiiſſe manifeſtiſſimum eſt, Pomponij tamen ſententia vt media ita probabilior fortaſſe videri poteſt.

Capvt XX.

Omiſſam exceptionem cedendarum actionum non magis quàm exceptionem ordinis aut diuiſionis locũ facere condictioni. & de differentia correorum, fideiuſſorum & mandatorum. Ac emendatio l.2.C.de fideiuſſ.tutor. l.penul.ff.eod l.vlt.C.de conſtit. pecun.

SVMMARIA.

1 *Quibus iuris locis & rationibus Molinæus probauerit correo, qui cedendarum actionum exceptionem per iuris errorem omiſit, condictionem competere.*
2 *In quo differat exceptio cedendarum actionum ab illa quæ competit ad impenſas deducendas, aut retinendam ſeruitutem.*
3 *Eum qui exceptione perpetua tutus ſoluit, indebiti condictionem habere.*
4 *Reſpondetur ad* l.hæres.21.ff.ad S.C.Trebell. *à Molinæo obiectam.*
5 *Omiſſionem exceptionis cedendarum actionum non impedire quin ex ſolutione ſequatur liberatio.*
6 *Retorquetur contra Molinæum argumentum quo probare voluit correo qui totum ſoluit actionem ex interuallo cedi poſſe.*
7 *An exceptio non factæ excuſſionis vel diuiſionis omiſſa condictioni locum faciat?*
8 *An ſi vnus ex pluribus fideiuſſoris heredibus totum ſoluat, condictioni indebiti ſit locus.*
9 *Emendatur* l.pen.de fideiuſſ.tut.& l.vlt.C.de conſtit. pecun.
10 *Alia æquitatis ratione exceptionem diuiſionis, alia condictionem indebiti inductam fuiſſe.*
11 *Fideiuſſores, qui beneficio diuiſionis renuntiauerunt plures ſimul in ſolidum conueniri poſſe, ita tamen vt vno ſoluente cæteri liberentur.*
12 *Conuento in ſolidum vno ex correis cæteros interea inquietari non debere.*
13 *Creditorem qui in vnum ex correis pro virili expertus parti ſolutionem accepit, contra alium poſtea in ſolidum agere non poſſe.*
14 *Aliud hac parte in fideiuſſoribus vetere iure obtinuiſſe.*
15 *Emendatur* l.2.C.de fideiuſſ.tut.
16 *Cur olim creditori permiſſum non fuerit, vt reum & fideiuſſorem ſimul in ſolidum conueniret?*
17 *Aliam mandatoris aliam fideiuſſoris eſſe rationem.*

SI † cui credendarum actionum exceptio competebat 1
omiſſa ea per errorem iuris [vix enim eſt vt error facti in hanc ſpeciem cadere poſſit] ſimpliciter ſoluerit, putãt noſtri perinde locum eſſe condictioni, ac ſi quod ſolutum eſt fuiſſet indebitum. Sic enim Molinæus, ad *l. Modeſtinus.76.num.18.ff.de ſolut.* poſt gloſſ. magnam à Bart. & cæteris probatam, *ad l.cùm is.ff.de fideiuſſ.ex l.ſed etſi me putem.22.§.1.& l.qui exceptione 40.§. ſi pars.ff.de condict. indeb.*

indeb.l.heres.21. D.ad S.C.Trebel quibus locis datur con-
dictio ei in ſeruum prædium tradidit ſine ſeruitute, aut
domum ſine deductione impenſarum: itémque hæredi
qui non deducta falcidia totam hæreditatem ex fidei-
commiſſo reſtituit quaſi plus debito hi omnes ſoluerint,
arg. *l.ſi is cui.45. de cond. indebit.* Mihi contra videtur.
2 † Neque enim dici poteſt omiſſam exceptionem facere
vt indebitum ſit quod re vera fuit debitum, cùm exce-
ptio talis eſt quæ ius perſonæ tantum reſpiciat non etiam
ius ipſum debiti, *l quod nomine 8.cum trib.ſeqq. eo.tit.* in
quo ſane differt exceptio cedendarum actionum, de qua
diſputamus, ab illa quæ competit ad impenſas deducen-
das aut retinendam ſeruitutem, ſi quidem prædium quod
tradi debuit ſeruitute retenta, ſi ſine ſeruitute traditum
ſit indebitum fuiſſe videri poteſt. Adeò vis ſeruitutis
rem ipſam afficit. Quid enim aliud ſunt iura prædio-
rum quam ipſa prædia qualiter ſe habentia? vt ait *lex
quid aliud de verborum ſignific.* Quemadmodum & im-
penſæ in rem alienam factæ ſi tales ſint quas deduci
æquum ſit rem ipſam ita afficiunt vt ob eas retineri res
quodammodo pignoris iure poſſit, licet reuera pignus
3 nullum eo nomine contrahatur. † Proinde nec mirum
eſt condictioni locum eſſe ſi ſine vlla impenſarum de-
ductione fundus traditus ſit qui ex ea cauſa poterat re-
tineri, quandoquidem exceptione doli tutus eſſe po-
terat is à quo fundus ſine impenſarum deductione pe-
tebatur, *l.plane.38. D. de hered pet.* Quæ exceptio doli
perpetua eſt, *l.pure.5.§.vlt.de dol.excep.* qui autem exce-
ptione perpetua tutus ſoluit, habet proculdubio indebiti
4 condictionem, *d.l.qui exceptionem.* † Nec rurſus ſimile
eſt quod noſtri obiiciunt *ex d.l.heres.21. D.ad S.C. Tre-
bell.* Loquitur enim illa lex de eo qui cùm poſſet falci-
diam retinere totam hæreditatem reſtituit per errorem
facti, exiſtimans forte ſatis ſibi pro quarta ſuperfuturum
vt oſtendunt verba illa, *nec cauit ſibi ſtipulatione propo-
ſita.* Nam ſtipulatio, ſi plus quàm per leg. falc. de qua
textus ille ſentit, tunc neceſſaria eſſe poteſt cum in facto
incertum eſt an legi falcidiæ locus futurus ſit necne, *l.1.
ill. tit.* Nos verò de illo loquimur qui omiſit exceptio-
nem cedendarum actionum, per errorem non facti, qui
in hanc ſpeciem vix cadere poteſt vt prædiximus, ſed iu-
5 ris. † Quem condicere nullomodo poſſe ex eo apparet
euidentius, quod non impedit ea omiſſio quin ex ſolutio-
ne ſequatur liberatio, *ad l. Modeſtinus.76.de ſolut.l.1.C.
de contr. iudic.tutel.leg.cum alter.11. eod.de fideiuſſ.* Nam
ſi locus eſſet condictioni, vtique impediretur liberatio,
quemadmodum ex contrario ſecuta liberatio impedit
condictionem. *leg.ſi pœna.1.2.19.leg.ſi fideiuſſ.39.de con-
dict. indebit.l.vltim. D.de tribut. act.&.l. qui hominem.34.
§.vltim.l.cum quis.38.§ 1.de ſolution.* præterquam in ſin-
gulari caſu, *l.Neratius.63.de condic.indeb.* quam nos *ſupr.
6 li.2.* explicauimus. † Atque ita fortiſſime retorqueri con-
tra Molinæum poteſt argumentum quo ille potiſſimùm
nititur, *ad dict.l. Modeſtinus, numer.18.* vt probet ei cui
competebat exceptio cedendarum actionum ſi ſoluerit
cedi etiam ex interuallo actionem poſſe. Quoniam, in-
quit, condictioni indebiti locus eſt ſi actio non cedatur.
Imò verò actio nulla ſupereſt quæ cedi poſſit, cum ſolu-
tione quæſita ſit liberatio, ob idque nec competit con-
7 dictio. † *De exceptione* non factæ excuſſionis, an ſi omiſ-
ſa ſit faciat locum condictioni eadem quæſtio eſſe po-
teſt, ſed minus dubia. Etſi enim non deſunt qui putent
locum facere poſt glo. *ad d.l.ſi reus.20. de condict.indeb.
& Ca renſ.in d.l ſi pœna.19.§.vltim.eod.* Bartolus tamen
negat in *l. Iulianus eodem titulo.* Et rectè. Neque enim
exceptio illa ius ipſum debiti reſpicit, ſed perſonam eius
qui conuenitur quam huius beneficij fauore dignam eſſe
viſum eſt. Idémque, ſed multò apertius obtinet ſi de ex-
ceptione diuiſionis quæratur. Nam cùm non ipſo iure
competat, ſed beneficio epiſtolæ Hadriani, vt ſæpius mo-
nuimus, ita ſi opponatur, conſequens eſt, vt ſi vnus ex
confideiuſſoribus totum ſoluerit licet confideiuſſor ſue-
rit ſoluendo, repetere tamen non poſſit, vt eleganter
Papinia. tractat in *l. ſi teſtamento.49.§. prin. D. de fide-
iuſſ.* † vbi addit quod magis mirum videri queat, idem 8
quoque admittendum eſſe in vno ex pluribus fideiuſſo-
ris vnius hæredibus totum ſoluente. Etſi enim conſtat
ipſo iure & ex lege duodecim tabularum diuidi obliga-
tionem inter cohæredes, ea tamen diuiſio quæ ex mul-
tiplicatis hæredum perſonis inducitur facere non poteſt
vt indebitum videri debeat quod in perſona defuncti
reuera fuit debitum, *leg.2.§.ex his de verborum obligatio-
nib.* Nec quæ ratio æquitatem diuiſionis inducit inter
confideiuſſores aliáſque ſimiles perſonas vt ei ſuccurra-
tur qui pro alio ſoluere cogitur, poteſt etiam inducere
condictionem indebiti. † Fateor diuerſam ſpeciem 9
actionis non excludere diuiſionis æquitatem, *l. pen. D.
de fideiuſſ. tutor.* Sic namque eo loco legendum videtur,
*ſi enim quod datur pro alio ſoluitur, cur diuerſa ſpecies
actionis æquitatem diuiſionis excludit.* Quò etiam per-
tinet, *l.vltim. Cod. de conſtitut.pecun.* in qua nec dubito
quin legendum ſit ex *d. l.penult. æquitatis enim rationem
diuerſa ſpecies actionis excludere nullomodo debet.* Sed
non poſſis ſimiliter dicere, æquitatem diuiſionis, ſpecies
actionum diuerſas admittere debere, aut vt melius lo-
quar condictionem inducere, quandoquidem condictio
indebiti prorſus diſtat ab exceptione diuiſionis, neque
cum ea quicquam commune habet. † Et licet vtraque 10
ſumma nitatur æquitate, alia tamen æquitas eſt quæ di-
uiſionem inducit, alia quæ condictionem. Nam qui obiicit
exceptionem diuiſionis, aut vt Papiniani verbis vtar, *in
l.ſi plures.38.de admin. tut.* qui periculi ſocietatem exci-
pit fatetur ſe etiamnum debitorem: Qui condicit, negat
ſe vnquam debuiſſe. † Inde fit vt ſi fideiuſſores beneficio 11
diuiſionis renunciauerint, quod hodie paſſim fieri aſſo-
let, plures ſimul in ſolidum conueniri poſſint, exemplo
correorum qui Iuſtinianeæ Nouel.99. beneficium ab-
iecerunt, itémque mandatorum de quibus in *l. creditor.
60.§. duobus. D. manda.* Scilicet dummodo proteſtetur
creditor nolle ſe plus debito conſequi, ſed vnica ſolu-
tione contentum fore, arg. *l.1.§.quia autem. D.quod legat.*
Adeò verum eſt à ſingulis debitum eſſe quo ab omni-
bus in ſolidum exigi poteſt. Quin etſi ea proteſtatio
omiſſa ſit, non eò minus ſequi poterit condemnatio, ſed
ita tamen vt vno ſoluente cæteri quoque liberentur. Id
ipſum enim officio iudicis continetur, & actioni tacite in-
eſt, *l.& hac diſtinctio.35.§.vltim. D.locat.l.in omnibus.43.
l.Stichum aut Pamphilum.95.§.naturalis de ſolut.* Tametſi
pluribus ſimpliciter condemnatis qui in ſolidum ſinguli
conuenti fuerant non niſi pro virilibus ex iudicato con-
ueniri quiſque poſſit, *l.1.& 2.C.ſi plur.vna ſentent.condem.
fuer.l.ſi mandatu Titij.59.§. Paulus reſpondit vnū. D.man-
dat.* † Obſeruandum tamen eſt in eo diſparem eſſe condi- 12
cionem correorum, confideiuſſorum & mandatorum vt
hoc corollarij loco ſubiiciamus, quòd conuento in ſoli-
dum vno ex correis debendi cæteri interea non ſunt in-
quietandi, ſed quæ in illos actio creditori competit, in id
tantùm ſupereſt quod à conuento ſeruari non potuerit:
neque enim vnius electione alij liberantur, ſed ſolutione
duntaxat, *l.1.§ ſi apud duos.47.depoſit.leg.ſi quis alicui.27.
§.vltim.mandat. leg.ſi mandatu.13. D.de fideiuſſ.leg.ſi ex
toto.8.§.1.de leg.1.l.reos.23.C.de fideiuſſ.* Eáque ſententia
eſt, *l.ſi per imprudentiam.§.final.de euict.leg.quoties.47.§.ſi
creditor de pecul.* nec hac parte quicquam differt ius nouū
à vetere. † Sanè nemo dubitat, quin liberum ſit creditori 13
actionem quam in plures correos habet ita diuidere vt
aduerſus vnumquemque pro virili experiatur, *l.reos.11.ff.
de duob.reis, l.inter eos.51.§.duo rei.ff.de fideiuſ.* quod ſi fe-
cerit, ſubinde pœnitere, & contra vnum ex iis in ſolidum
agere poſtea non poteſt. † In fideiuſſoribus equidem 14
nouo iure idem obtinet poſtquam Iuſtiniano placuit in *l.
vltim. C.de fideiuſſ.* vt vno ex fideiuſſoribus electo cæteri
non liberentur. Sed iure vetere aliter obſeruabatur, ſo-
la namque vnius ex fideiuſſoribus electione cæteri li-

berabantur, adeóque ipſe debitor multóque magis debitoris ipſius electione, fideiuſſores, *leg.ſi mandatu.*45.§.*vlt.ff.mand. Paulus.lib.*2.*Sentent.tit.*17.§.*vlt.*quod nos pluribus tractauimus,*lib.*1.*cap.*17.ad *l.hæres.*12.§. *quod ſi ſtipulator.ff.de fideiuſſ.* vbi ob hanc cauſam legendum eſſe diximus, *æquè dicendum eſt fideiuſſorem non manere obligatum.* Niſi quis vulgatæ lectionis tuendæ gratia magis probet,vt electio bonorum debitoris non liberauerit perſonam fideiuſſoris, aut contra, ſed tantum electio perſonæ,quod nec obſcurè innuere Papinianus videtur in *l.* 3. *de ſeparat.* itémque quod ſcriptum eſt in
15 *l.cùm quis.*38.§.*de peculio.l.egiſti.*84. *de ſolut.* † Eodem pertinet,*l.*2.*C.de fideiuſſor.tuto.*in cuius principio verba illa,*& ſoluente*,proculdubio ſunt irreptitia,ſiue à Triboniano addita putes,ſiue ab imperito aliquo interprete reſpiciente ad Iuſtiniani conſtitutionem,in *d.l.vlt.C.de fideiuſſ.*potius quam ad ius illud quod Alexandri,cuius ea lex eſt, temporibus obtinebat.Inanem enim faciunt & ridiculam illius loci ſententiam: Quæ certè illa eſt,ſola rei electione liberari fideiuſſorem. Quantò magis igitur ſolutione per eum facta? Prius ita ſi ſimpliciter acceptus ſit fideiuſſor.Nam ſi vel indemnitatis nomine fideiuſſerit,vel quod idem eſt rem pupilli ſaluam fore promiſerit,vtique poterit etiam poſt condemnatum & exactum reum conueniri, in id nimirum quod à reo ſeruari non potuerit.Certè exceptio illa quæ ponitur in *verſicul.planè.*non poteſt accommodari ad regulam conceptam de reo electo & ſoluente,ſed ad regulam de reo electo nec ſoluente.Et tamen dici ſolet exceptionem de regula eſſe
16 debere. † Hinc etiam illud eſt quod placebat olim,non eſſe permittendum creditori vt reum & fideiuſſorem ſimul in ſolidum conueniret, *l.*1.*eod.titul.* Nempe quoniam ita ius erat vt alterutro in ſolidum electo alter liberaretur,niſi fideiuſſor fuiſſet indemnitatis, vt diximus aut iudicio ſiſti.Nam & hic lata dumtaxat ſententia non etiam electione liberabatur,*l.*1.*vbi Accurſ.ff.ſi ex noxal.cauſ.agat.*conſtat ſanè fideiuſſionem huiuſmodi non durare in executione ſententiæ,*l.grae.*8.§ *& poſt litem.ff.de fideiuſſ.* vbi diſtinguit Vlpianus an iudicati actionis nomine fideiuſſor acceptus ſit,an litis exercitationis vt hoc caſu poſt ſententiam iuuandus ſit exceptione, illo non item.Exceptione inquam, quia liberatio non contingit ipſo iure,cum non ad eum finem feratur ſententia vt condemnati fideiuſſor liberetur.Multò minus durabit fideiuſſio in cauſa appellationis,arg. *l.cum apud Sempronium*,vbi Bart.*iudic.ſolui.*Sed etſi non ſit lata ſententia, ac perempta dumtaxat inſtantia,vt nouam inchoari neceſſe ſit,non tenebitur fideiuſſor quoniam alia inſtantia eſt Gloſſ.in *l.penult.C.de fideiuſſ.*† Mandatoris longe alia 17
ratio eſt.Nam ſi cum creditor ex mandato conuenerit, ſiue nondum condemnatio ſecuta ſit, ſiue condemnatus ille prouocauerit, ipſe etiam debitor conueniri & olim poterat & hodie poteſt, *dict.l. Stichum.§.ſi mandatu de ſolut.dict.l. creditor.* 60. *in princip. ff. mandat.* quia nec ſoluente mandatore debitor tamen ipſo iure liberatur, *leg.Papinianus.*28.*eod.* vbi ratio illa redditur, quia quod mandator ſoluit, proprio nomine ſoluere intelligitur, ac propter mandatum ſuum, potius quàm debitoris liberandi cauſa.Eſt autem generale & perpetuum, quod nos in ſuperioribus monuimus ſæpius vt quod quis ſuo proprio non debitoris nomine ſoluit non liberet debitorem,*l.ſi quid poſſeſſor* 31.*de hered.petit.l.ſi pœna.*9.§.1.*de condict.indeb.l.cùm quis.*38.§.*de pecul.in fin. leg.Paulus reſpondit.*101.*de ſolut.*

ANTONII FABRI I.C.

SEBVSIANI, SEREN. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, & in Supremo Sabaudiæ Senatu Præſidis Primarij.

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS LIBER DVODECIMVS.

CAPVT PRIMVM.

Diuiſio debiti an & quando ex partis petitione inducatur, & obſeruata Triboniani additio in l.inter eos 51. §.1. D. de fideiuſſ.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris Doctorum diſtinctio in hac quæſtione.*
2 *Reiecta diſtinctione probatur actionis diuiſionem ex partis petitione,vel ſolutione nunquam præſumi,niſi ſolutio vel petitio ad partem eius qui ſoluit expreſſis diſertiſque verbis referatur.*
3 *Tribonianiſmus obſeruatur in* d.l.inter eos.ff.de fidei.
4 *Quam vim habeat vox* conuenit *Papiniano familiaris?*
5 *Soluta parte debiti ab vno ex confideiuſſoribus non inducendam idcirco debiti diuiſionem.*
6 *Differentia inter beneficium diuiſionis, & actionis diuiſionem.*
7 *Creditorem qui actionem aduerſus fideiuſſorem diuiſit poſſe vſque ad litis conteſtationem pœnitere.*
8 *Plus eſſe*, confideiuſſorem aut correum pro ſua parte & perſona ſoluere vel conueniri,*quam* ſuo nomine ſoluere.
9 *Facta diuiſionis interpretationem non ex iure, ſed ex coniectura voluntatis creditoris,ſumendam eſſe.*
10 *Reſpondetur ad* l.vlt.C.de fideiuſſor.
11 *Actionis diuiſionem non fieri per ſolam conteſtationem, ſiue ſinguli in ſolidum,ſiue nulla ſolidi,aut partium mentione*

mentione facta fideiuſſores conueniantur.
12 *Quid agere debeat creditor qui partem petit vel accipit ab vno ex fideiuſſoribus, ne actionē diuiſiſſe videatur?*

QVÆRI ſolet ab interpretibus, An qui ab vno ex pluribus correis debendi aut confideiuſſoribus partem debiti extrà iudicium ſolutam accepit, aut per iudicem vt ſolueretur petiit, actionem ſuam quam in ſolidum contra ſingulos paratam habebat, diuiſiſſe cre-
1 dendus ſit. † Et vulgo magis probata eſt illa diſtinctio quam tradunt noſtri, *ad leg. ſi creditores.* 18. *C. de pact.* An pro parte tantùm vnus ex pluribus iudicio conuentus fuerit, an verò ſinguli pro partibus. Hoc enim poſteriore caſu non etiam priore factam videri diuiſionem, *ex. l. liberum.* 17. *l. reos.* 23. *C. de fideiuſſ. iunct. l. inter eos.* 53. §. 1. *ff. eod.* Solutione verò extra iudicium facta ſiquidem beneficio diuiſionis locus eſſe non poterat propter renũciationem aliàmve cauſam, puta quòd ita concepta eſſet ſtipulatio, *ſolidum aut partē virilem dari*, vt in *d. l. inter eos in princ.* diuiſam intelligi actionem, *d. l. ſi creditores*, prætèrquã ſi ex teſtamento debitum proponatur, *l. ſi ex toto* 8. §. 1. *de leg.* 1. *l. ille aut ille.* 25. *de leg.* 3. Sin autem diuiſionis exceptio obiici poterat, elegiſſe potius quam diuiſi-
2 ſſe creditorem exiſtimandum, *d.* §. 1. *l. inter eos.* † Mihi cõtra probabilius ſemper viſum eſt, vt nunquam actionis diuiſio præſumatur ex partis ſolutione vel petitione, nec ſi ſuo nomine ſe ſoluere correus aut confideiuſſor dixerit, niſi ſolutio vel petitio ad partem eius qui ſoluit vel conuenitur, non tantùm tacitè fortaſſis ex ſolutæ vel petitæ quantitatis cum virili comparatione, ſed expreſſim diſertiſque verbis referatur. Mouet me primum quod Pomponius ait, in *d. l. ſi ex toto* §. 1. ſi ita ſcriptum ſit, *Lucius Titius heres meus aut Mæuius heres meus decem Seio dato*, cùm vtro velit Seium acturum, ſed ita tamen vt ſi cum vno actum ſit & ſolutum alter liberetur. Quaſi inquit, duo rei promittendi in ſolidum obligati fuiſſent: Sed etſi ab altero partem petierit, liberum ei eſſe ab alterutro reliquum petere: idémque fore etſi alter partem ſoluiſſet. Qui locus cùm de legato loquatur, & quid in illo iuris ſit conſtituat, ex comparatione obligationis correorum promittendi, an non apertiſſimè ſubuertit noſtrorum diſtinctionem, ex qua parte ſeparant hae in re vltimas voluntates à contractibus? Mouet me rurſum, quod in *d. l. inter eos.* §. 1. Papinianus diſertè ſcribit eum ex confideiuſſorib. qui ſoluit partem pecuniæ debitæ nõ liberari quin poſſit de reſiduo cõueniri, & quidem in ſolidum ſi cæteri confideiuſſores non ſint ſoluẽdo, pro parte verò ſint ſoluendo Subditque rationem perelegantem his verbis, *eam enim quantitatem in eos qui ſoluendo ſunt diuidi conuenit quam litis tẽpore ſinguli debẽt.*
3 † Quod ſi ita eſt, vt eſt, Triboniani certè potius quàm Papiniani erunt ſequentia illa quæ interpretes noſtros fefellerunt, *Sed humanius eſt & ſi alter ſit ſoluendo litis conteſtationis tempore per exceptionem ei qui ſoluit ſuccurri.* Nam non ſolum præcedentem ſententiam deſtruunt optima iuris ratione ſubnixam, verum etiã ei repugnant euidentiſſimè. Sunt enim hæc prorſus contraria, Eum fideiuſſorem qui partem pecuniæ ſoluerit non debere ſolutionem reſidui recuſare, aut in ſolidum aut pro parte ſecũdùm ſupradictam diſtinctionẽ, & poſſe eum vti exceptione. Poterat quidem ita ſcribi, Actionem pro reſiduo ſupereſſe cõtra eum qui partem ſoluerit, ſed iuuandum eum exceptione [Illud enim ad ius ſtrictum, hoc ad æquitatem ipſam referretur.] At vt recuſare ille non debeat reſidui ſolutionẽ, quomodo Papinianus loquitur, & vt exceptione iuuari debeat, cõtraria omnino & repugnantia ſunt: in quo Papinianũ prudentũ omniũ prudentiſſimum impegiſſe quis vnquam ſibi perſuadeat.
4 † Accedit quod vſurpat verbũ illud ſatis ſibi familiare *conuenit*, quo ſignificare ſolet non quod inter omnes cõſtat, vt imperitè quidam exiſtimant, ſed quod ille non minus æquitati quàm iuri congruum arbitretur. Tribonianus contrà humanitatis verbo paſſim abutitur quoties inhumanas & impias illas ſuas manus veterum pru-
dentium ſcriptis infert. † Cæterùm quamuis ea additio 5
Tribonianea perinde legis vim habeat acſi eſſet Papinianea, non tamen inde poſſis colligere quod interpretes volunt, ſoluta parte debiti ab vno ex confideiuſſoribus inducendam idcirco debiti diuiſionem. Aliud enim eſt competere fideiuſſori qui partem ſoluit beneficium diuiſionis, quod Tribonianus voluit, aliud verò ſola partis ſolutione diuidi actionem, quod illi affirmant, nos
negamus. † Siquidem beneficium diuiſionis hactenus 6
tantùm nocet creditori vt reſiduum cogatur ab illis petere qui nihil ſoluerunt, ſed ita tamen ſi ſint ſoluendo tempore litis conteſtatæ non etiam ſi ſint egeni & inopes. At diuiſio actionis cùm ſit vſque adeò nocet creditori, vt quamuis cæteri ſoluendo non ſint, nequeat tamen de reſiduo aduerſus eum agere à quo partem debiti vel petiit vel accepit *d. leg. liberum*, 10 illis verbis *peti-
tionem diuiſam redintegrari iure non patitur.* † Quod ta- 7
men ita videtur intelligendum ſi litem conteſtatus ſit creditor. Nam vſque ad litis conteſtationem poſſe eum pœnitere qui actionem diuiſerit probant non malè eiuſdem contextus verba illa *antequam lis aduerſus omnes fideiuſſores conteſtaretur*, item ſequentia, *at nunc poſt litis conteſtationem.* Mouet me denique textus apertiſſimus *d. leg. ſi creditores* 18. *Codic. de pact.* cuius tota ratio pendet ex iis verbis *pro ſua perſona ſoluentem*, vt illa oſtendunt, *ſi probaueritis*, ne quis dubitare poſſet quin ita demùm diuiſiſſe debitum creditor videretur ſi partem peteret pro parte & perſonas debitoris conueniri, aut partem acciperet pro parte & perſona debitoris ſoluentis.
† Plus enim eſt confideiuſſorem aut correum pro ſua 8
parte & perſona ſoluere vel conueniri quàm ſuo nomine ſoluere, vt conſtat ex *d. leg. inter eos* §. *primo.* vbi agitur de fideiuſſore qui ſoluit ſiue ſuo ſiue rei promittendi nomine, & tamen negat Papinianus, ideò diuiſam videri actionem, quæ ſanè diuiſa eſſet ſi pro ſua parte aut perſona fideiuſſor ſoluiſſet, *d. l. creditores. Iunct. d. l. ſi
ex toto*, §. 1. *de leg.* 1. † Eius iuris ratio aperta illa eſt quæ 9
mouere interpretes debuit, quod factæ diuiſionis interpretatio non ex iure ſumitur, ſed ea coniectura voluntatis creditoris, qui ſicut cogi non poterat vt actionem diuideret ita nec diuidere voluiſſe facile credendus eſt, ſed eo demum caſu quo voluntatem ſuam aut expreſſerit, aut non obſcuris indiciis declarauerit, quod tum cõtingit cum partem petiit vel accepit pro parte & perſona conuenti vel ſoluentis debitoris Illo enim caſu diuiſionis factæ interpretationem ea ratio inducit, quòd ſi pro reſiduo vrgeretur qui iam pro parte & perſona ſua ſoluiſſet vel conuentus eſſet, iam pro alio vrgeri videretur Idque eſt quod ait *d. lex ſi creditores ne alter pro alte-
ro exigatur* †Nec ad hunc caſum pertinet Iuſtiniani cõ- 10
ſtitutio in *l. vlt. C. de fideiuſſ.* vbi cautum eſt, vt non ſola electione aut conteſtatione ſicut anteà fideiuſſor liberetur. Aliud enim eſt litem conteſtari, vel vnum ex fi-
deiuſſoribus eligere, aliud verò actionē diuidere. †Non 11
igitur per ſolam conteſtationem fiet diuiſio ſiue ſinguli in ſolidum, ſiue nulla ſolidi aut partium mentione facta conueniantur: qui ſenſus eſt illorum verborum, *actione diuiſa quidam poſt litem conteſtatam.* &c. apud Papinianũ. in *d. leg. cum inter.* § *cum inter* Quamuis enim dici ſoleat in iudicio quaſi contrahi. *l.* 3 § *idem ſcribit. de pecul.* non ſolet tamen qui petit litémque conteſtatur, ſuam condicionem ex eo facere deteriorem, *l. aliam* 29. *De nouat.* Planè ſi ante litis conteſtationem facta ſit diuiſio *vt in d.* §. *cùm inter.* hactenus nocebit ſecuta conteſtatio vt redintegrari petitio nõ poſſit, ratione illa optima, quòd in iudiciis quaſi contrahatur Eáque ſententia eſt *d. l. li-
berum & d.* § *cùm inter* † Illud vtique non improbo 12
quod pragmatici ſuadent, vt proteſtetur creditor qui partem petit aut accipit nolle ſe actionem diuidere, vel

ob hoc ipſum ne locus dubitationi relinquatur: Proteſta-
rioois nimirum poteſtate quæ priſtinum ius proteſtan-
tis ſaluum tuetur, *l. Neſennius 34. de neg. geſt. l. 1. §. ſcien-
dum. ff. de eribus. act. l. pro herede 20. ff. de acquir. hered.* Id
enim eſt quod dici ſolet ea quæ dubitationis tollendæ
gratia ex abundanti adiiciuntur ius commune non læ-
dere, *l. quæ dubitationis 81. de regul. iur. l. qui mutuam 56.
D. mandat.*

CAPVT II.

An confeſſio pactúmve cedentis noceat ceſſionario ad l. 1. Cod. de oblig. & action. & l. cùm maritus 29. §. vlt. D. de pact. dotal.

SVMMARIA.

1 *Ceſſione debitoris citra delegationem facta, actiones directas penes cedentem remanere, nec in ceſſionarium transferri poſſe.*
2 *An debitor, ſi ceſſionem ſciuerit, cedenti ſoluere, aut cum eo paciſci poſſit?*
3 *Dato nomine in ſolutum, & ex ea cauſa ceſſis actionibus directas & vtiles actiones ceſſionario competere.*
4 *Si cui pro alio ſoluenti mandata ſint actiones in debitorem, ac poſtea mandator ſine herede deceſſerit, illi mandatario vtilem actionem competere.*
5 *Refutatur Cuiacij interpretatio ad* l. 1. C. de obligat. & action.
6 *Dictam legem de vtili actione, quæ ceſſionario contra debitorem competit, accipiendam eſſe.*
7 *Cur in eiuſdem legis ſpecie ex ſolo mandato directarũ actionum non transferantur vtiles, ſiue viuo mandatore, ſiue poſt eum mortuum relicto herede?*
8 *Mandatore ſine herede mortuo directam actionẽ deficere, & vtilem mandatario ex æquitate dandam eſſe.*
9 *An illa vtilis actio mandatario competat, ſi mandator vel eius heres in rerum quidem natura ſit, ſed ob abſentiam facilè cedere non poſſit?*
10 *Creditore actiones quas aduerſus debitorem habebat alij creditori ſuo ſolutionis tantùm gratia mandante, ceſſionario directas tantum actiones ex perſona cedentis competere.*
11 *Debitorem qui ceſſionem quoquo modo ſciuit cum cedente paciſci, vel tranſigere non poſſe, quum ceſſionario vtilis actio ex contractu competit.*
12 *Excipe niſi ceſſio in ſolius cedentis cõmodum facta ſit.*
13 *Diuerſa hæc eſſe,* fieri ceſſionem ad alicuius commodum, & fieri eius periculo.
14 *An poſſit cedens facere, ne poſſit debitorem ceſſum gratis liberare.*
15 *Explicatur* §. vlt. l. cum maritus. ff. de pact. dotal.
16 *Si ceſſionario directa tantùm actio competat, tam pactum quàm confeſſionem cedentis ceſſionario nocere, licèt debitor ceſſionem ſciuerit.*
17 *Quatenus ceſſionis ſcientia cedenti vel debitori noceat?*

1 CEſſione † citra delegationem facta certum eſt non
liberari debitorem quominus à cedente creditore
conueniri poſſit, *l. pupilli 96. §. ſoror de ſolut. l. ſi cum em-
ptore 16. ff. de pact. l. 3. C. de nouat.* Directis nimirum actio-
nibus, quæ penes cedentem vel inuitum remanent, nec
in ceſſionarium transferri vllomodo poſſunt. Adeò nn-
ſtris adhærent oſſibus vt interpretes loquuntur *d. l. 3. l. ſi
hæres 70. ff. ad S. C. Treb.* Inde fit vt ceſſus debitor ceden-
ti ſoluere non prohibeatur ſi modò ceſſionem ignorane-
rit, *l. nomen 4. C. quæ res pign. oblig. poſſ.* Ergo & debito pa-
ciſci vel tranſigere cùm cedente poterit vt agenti quan-
docunque ceſſionario pacti exceptionem queat obiicere,
l. vlt. ff. de re iud. † Sed ſi ceſſionem debitor ſciuit 2
priuſquam ſolueret aut paciſceretur, multiplici diſtinctio-
ne opus eſt. Primùm enim refert valdè, An datum ſit no-
men in ſolutum ex eáque cauſa ceſſæ actiones fuerint,
An verò creditor creditori actiones quas aduerſus pro-
prium debitorem habebat ſolutionis tantùm gratia man-
dauerit. † Priore caſu competunt ceſſionario actiones 3
non ſolùm directæ ex perſona cedentis, ſed etiam vtiles
ex propria, *l. vltim. C. quand. fiſc. vel priuat. debit. ſui debit.
conuen. poſſ.* ſicut & ei cui nomen venditum eſt, *dict. leg. ſi
cum emptore 16. ff. de pact. l. emptor. 5. C. de hered. vel act.
vendit. aut legatum l. ex legato 18. C. de legat. aut pignori
datum l. ſi conuenerit 18. ff. de pign. act. l. nomen 4. C. quæ
res pignor. oblig. poſſ.* Cui etiam is comparatur cui pignus
nominis venditum eſt. Perinde namque vtiles actiones
emptori huic competunt atque ipſi creditori cui nomen
pignori datum fuerat, *l. poſtquam 7. l. ex nominis 8. C. de
hered. vel action. vendit.* Idem eſt ſi debitoris nomen ali-
cui in dotem datum ſit, *l. 2. C. de oblig. & act.* † Aut ſi cui 4
pro alio ſoluenti mandatæ ſint actiones in debitorem, ac
poſteà mandator ſine hærede deceſſerit, de quo agitur,
in l. 1. C. eod. Non tam quòd emptoris loco hic habendus
ſit [ita enim fieret vt ſuperſtite quoque mandatore aut
eius hærede vtiles actiones habere deberet, quod ta-
men lex negat iis verbis, *quaſi iuſſum*] quàm quia
æquum non ſit poſt extinctam ſola iuris poteſtate dire-
ctam actionem omni auxilio & remedio deſtitui eum
qui non aliter ſoluturus fuerat, quàm ſi mandatas habe-
ret actiones quique diligenter ſibi proſpexerat. *arg. l. 3.
ff. de ſeparat.* † In quo turpiter ſane lapſus eſt Cuiacius 5
qui *lib. 2. Obſer. cap. 31.* legem illam accepit de actione
mandati competere aduerſus mandatorem, Quaſi ſenſus
ſit, mandatum quod in rem mandatarij factum eſt non
finiri morte mandatoris *d. leg. illa 31. C. de donat.* tametſi,
inquit, mandator ſine hærede deceſſerit. Rogo enim,
mortuo mandatore ſine hærede, contra quem poteſt
competere vtilis illa quàm lex dat, mandati actio; † Eſt 6
igitur omnino ea lex intelligenda de actione vtili con-
tra debitorem ipſum danda pro quo ſoluerat mulier cre-
ditori, & in quem creditor ipſe actiones mandauerat
mulieri non vt eſſent pretij loco, quemadmodum Cuia-
cius exiſtimat, ſed vt lex ait, in vicem debiti, quòd eo ca-
ſu mulier quæ nomen emere poterat ſi voluiſſet, atque
ita vtiles quoque actiones ſibi comparare, maluerat dire-
ctarum actionum ceſſione contenta eſſe quas habebat
creditor, ſine qua ceſſione nullam ei ſolutio actionem
ex perſona creditoris dediſſet, *l. nulla 5. C. de ſolut.* † Por- 7
rò cùm ex ſolo mandato directarum actionum non
transferantur vtiles, fieri certè nequeat, vt ex ea ceſſio-
ne vtilis vlla actio mulieri competat, ſed directa tan-
tum ſiue agat viuo mandatore, ſiue poſt eum mortuum
relicto hærede. Nam ex perſona hæredis mandatoris pe-
rinde competere poteſt directa actio atque ex perſona
ipſius mandatoris, cùm directæ quoque actiones ſicut 8
cætera defuncti iura omnino in hæredem tranſeant. † At
ſi mandator ſine hærede deceſſerit eo demùm caſu dire-
cta actio deficit & euaneſcit, nulla nimirum ſuperſtite
perſona in qua poſſit conſiſtere, *l. Stichum aut Pamphi-
lum 95. ff. in princip. de ſolut. l. poſtquam 5. in princip. ff.
vt legat. nomin. caueat.* Ob idque nimirum ex æquitate
danda neceſſariò eſt vtilis, quæ & aliàs competere ſolet
quoties iuris ratio deficit quæ directam dare poſſet, vr-
gétque æquitas quæ aliquam dari ſuadeat. Neque enim
poteſt mandatarius directam exercere ex perſona pro-
pria, ſed agere illum neceſſe eſt ex perſona alterius, qui
porrò nullus ſupereſt cùm mandator ſine hærede deceſ-
ſit. † Quare nec illud probo quod ad eam legem Bal- 9
dus tradidit, non aliud iuris fore ſi mandator eiúſve hæ-
res aliquis in rerum quidem natura ſit, ſed abſens ita
vt cedere facilè non poſſit, *ex l. penult. ff. ad S. C. Trebell.*
Tractamus enim caſum illum quo mandata ſit ſoluen-
ti directa in debitorem actio, & quidem in ipſo actu
ſolutionis

ſolutionis aut incontinenti,ne alioqui poſt ſolutionem
nulla ſuperſit actio quæ mandari queat, vt ſuperiore li-
bro diſputauimus. Cùm verò id factum eſt ſuperuacua
fit deceſſione quæſtio, nec quicquam cauſæ eſt cur cre-
ditoris præſentiam requirat. Niſi proponas fortaſſe fa-
ctam ſolutionem nullis mandatis actionibus ſed tantùm
præcedente tractatu & pacto de iis mandandis [quod
ſufficit vt mandari quandocunque poſſint. *l. Modeſtinus 76 de ſolu.*] Subinde verò abiiſſe creditorem priuſquàm
vllas mandaret & eo tempore ita abfuiſſe vt manda-
re nullas poſſit. Eo ſanè caſu Baldi ſententiam non li-
10 benter admitterem. Sed ad rem. † Alia ſuperioris diſtin-
ctionis pars eſt, ſi quas actiones creditor aduerſus debi
torem habebat, eas alij tum creditori ſolutionis tantùm
gratia mandauerit, in qua ſpecie dico nullas ceſſionario
competere actiones vtiles, neque ex perſona cedentis
qui ſcilicet directas tantùm habuit cum quibus nó poſ-
ſunt vtiles in eadem perſona concurrere, *v. l. 1. C. de oblig. & act. dict. l. 3. C. de nouat. dict. l. vlt. § quand. fiſc. vel priuat.*
[directæ ſiquidem cùm ſint pleniores & principales
tollunt vtiles tanquam acceſſorias & minores, argum.
l. ſi reus 13. ff. de cond. ind. l. ſi duo 93 ff. de ſolut.] Neque ex
perſona propria, quoniam actiones tantùm mandare nó
etiam nomen ipſum in alium transferre cedens voluit,
dict. l. prim. in fin. l. ſecund. C. de oblig. & action. Illud igitur
ſupereſt vt directas ſolummodo, & quidem ex perſona
11 cedentis exercere poſſit. † Ex ſuperioribus autem inſe-
to, iis omnibus caſibus quibus diximus vtilem actionem
ceſſionario ex contractu competere, non eſſe permit-
tendum debitori vt cum cedente paciſcatur vel tranſi-
gat, ſi ceſſionem ſciuit, vndecunque tandem ſciuerit, *d. l. vlt. ff. de tranſact.* Ne alioqui actionem alteri contra ſe
competentem facto ſuo perimere illi liceat, aut alterius
conditionem facere deteriorem contra receptiſſimas
iuris regulas, *l. ſi ſeruum 91. § nunc videamus. de verb. oblig. l. ſi partem 19. § 1. quom. ſeruit. amitt. l. facta 63. § ſi hæres. ff. ad Senatuſconſultum Trebell. leg. Titio centum 71 § vlt. de*
12 *condic. & demonſtr.* aliiſque vulgaribus. † Vnus tantùm
caſus excipiendus eſt, ſi ceſſio facta ſit in ſolius commo-
dum cedentis. Tunc enim quodlibet cedentis factum
nocere ceſſionario æquum eſt, quia nec quicquam ceſ-
ſionarij intereſt, vt Paulus Caſtrenſis tractat ad *dictum § ſi hæres.* Non idem erit ſi ceſſio facta ſit ad commo-
dum ceſſionarij licet periculo cedentis. Ad quatenus
enim ceſſionarij intereſt, tametſi ſoluendo ſit qui ceſſit,
13 ne alieno facto ſuum amittat debitorem. † Obſeruan-
dum autem eſt, longè hæc diuerſa eſſe, fieri ceſſionẽ ad
alicuius commodum, & fieri eius periculo. Euenit enim
plerumque vt ceſſio fiat commodo cedentis & periculo
14 tamen ceſſionarij, & contra. † Caue etiam ne te decipiat
quod plerique iactitant ex Baldo *ad rub. C. de reuoc. his quæ in fraud. cred.* Non poſſe cedentem, in præiudicium
debitoris ceſſi facere ne poſſit eum gratis liberare. Id
enim omnino falſum eſt, vt conſtat ex *d. l. 3. C. de nouat. & dict. leg. ſi cum emptore C. de pact.* niſi ad eum caſum
reſtringatur, quo facta ſit ceſſio non ſolùm periculo ce-
15 dentis, ſed etiam ad eius ſolius vtilitatem. † Quod ta-
men nonnulli vt Balduinus reſellant, obiiciunt *§ vlt. l. cum maritum 29. de pact. dotal.* vereor ne parum ſubtiliter fa
ciant, Nam quod eo loco reſpondetur, maritum qui vxo
ris ſuæ fratri dotem ſtipulanti in caſum illum ſi in ma-
trimonio ſoror decederet, ſpoponderat, non eò minùs
teneri quòd ipſi marito quaedam res mulier legauerat,
non illam rationem habet quòd in illa ſpecie donatum
fuiſſet fratri inter viuos, vt putat Accurſ. [Stipulatus
enim fuerat frater in caſu mortis] nec rurſus, quòd non
liceuiſſet vxori ius fratris qui ſtipulatus fuerat lædere: ſed
quia vxor marito legauerat, atque ita non fratrem à quo
nihil legare potuerat, ſed hæredem ſuum onerauerat.
Certum enim eſt iure vetere, nec à legatario, nec à do-
natario mortis cauſa, nec ab ipſo debitore, nec ab alio
denique quàm ab hærede legari potuiſſe, ſed tantum fi-
deicommitti, *leg. ſecun. in fin. Cod. commun. de legat. Tit. de ſingul. reb. per fideicomm. relict. in princ.* Idque eſt quod ait
l. Titio 9 §. olim. cùm etiam hæredes defuncti à tam legatarius quàm hi creditibus obnoxia ſint. Ideóque ſi fideicommiſſi
verbis vſa fuiſſet teſtatrix quæ fratrem ſtipulari donan-
di animo permiſerat, valeret vtique fideicommiſſum,
quod à mortis cauſa donatario relictū eſſet, *l. Seia 11. ff. de dot. prælег.* Quod ſi mādante ſorore frater ſtipulatus eſſet
non quod ei donatum ſoror vellet, dicendum eſſet man-
dati actione ſororis hæredibus eū teneri & idcirco exce-
ptione repellendum eſſe *d. leg. Seia.* Etſi enim dici ſolet
non eſſe repellendum exceptione illum qui petit quod
non ei à quo petit, ſed alij reſtituturus eſt. *leg. ſi ſocer 44. § Lucius. ff. ſolut. matrimon.* cum tamen ſi alter ſit debitor
mulieris ex cauſa mandati, poteſt à marito vltrò etiam
conueniri ex fideicommiſſo poſt epiſtolam Diui Pij, de
qua *in leg. ſi pecunia 77. de legat. prim. leg. cum quis 37. § nuptura in fin. de legat. 3.* Illud ſanè verum eſt quod no-
tat Baldus, *ad leg. ſecund. Cod. de hæred. action.* nec de dote
mulierem teſtari poſſe quando alij applicata eſt dos vi-
gore contractus, quem non reuocari eius intereſt cuius
lucro cedere dos debeat. † Enim verò vt ad diſtinctionē 16
noſtram reuertamur, ſi ceſſionario vtilis actio ex con-
tractu nulla competat, ſed tantùm directa quæ manda-
ta fuit ſolutionis cauſa, magis eſt vt tam pactum quàm
confeſſio cedētis noceat ceſſionario tametſi ceſſionem
debitor ſciuerit adeóque ab ipſo ceſſionario. Nam
cùm non niſi ex cedentis perſona poſſit ceſſionarius
hoc caſu experiri, conſequens eſt, vt ex qua perſona
agit, eius factum præſtet, *l. ex qua perſona 149. de regul. iur.* Probatúrque hæc ſententia manifeſtè ex *d. leg. 3. C. de nouo*, quæ ait poſſe cedentem agere & debitum exi-
gere quandiu is cui ſolutionis gratia mandatæ ſunt actio-
nes, nec litem conteſtatus eſt, nec debitori denunciauit,
nec debiti partem accepit. Quomodo enim peruenì-
ri poteſt ad litis conteſtationem, quin ſaltem per li-
belli oblationem & editionem aliáque præparatoria
conteſtationis, debitor ceſſionem ſciat à ceſſionario.
† Non igitur quælibet ceſſionis ſcientia, quamuis ab 17
ipſo ceſſionario cauſam habeat nocet cedenti, aut de-
bitori cum cedente contrahere volenti, ſed ea demum
quæ per litis conteſtationem ſuperuenit. Nempe quo-
niam conteſtationis effectus ille eſt, non ſolùm vt ſcien-
tiam inducat ceſſionis, ſed etiam vt eo tempore ceſſio-
narius cum debitore contrahere videatur, *l. 3. § idem ſcribit ff. de pecul.* Idem erit effectus denunciationis ſi ceſſio-
narius debitori denunciauerat ne creditori ſolueret. Aut
etſi partem debiti acceperit. Ita volgò noſtri ſentiunt,
idque innuere videtur textus *d. l. 3.* Sed aliud tamen
probandum eſt, vt nos ad eam legem docebimus cap. 6.
hic ſimus longiores.

CAPVT III.

Solutionem factam cedenti etiam poſtquam debitor ceſſionem reſciuit, dummodo non ab ipſo ceſſionario, prodeſſe indiſtinctè debitori ne à ceſſionario conueniri poſſit.

SVMMARIA.

1 *Quo pertineat diſtinctio ſuperiore capite allata?*
2 *Debitorem qui mandatas actiones aut ceſſionem nominis ſui factam eſſe ignorans creditori cedenti bona fide ſoluit liberationem conſequi.*
3 *Rationes facientes contra debitorem qui ceſſionem factam ſciens alteri ſoluit quam ceſſionario, cui ex nominis ceſſione vtilis actio quæſita eſt.*
4 *Duplici ratione oſtenditur ſolutionem cedenti factam à debitore, qui à quouis alio quam ceſſionario ceſſionem*

ſcint, dicto debitori prodeſſe, & liberationem parere.
5 *Debitorem, ſi cedens oblatam ſolutionem recuſet, obligatione ac ſolutione liberari.*
6 *Debitorem, qui poſt factam à ceſſionario ceſſionis denunciationem creditori cedenti ſoluit, non verò creditori ſoluiſſe videri.*
7 *Meliorem eſſe conditionem debitoris cedenti ſoluentis, quàm cum cedente tranſigentis.*

1 QVæ † à nobis ſuperiori capite allata probatáque eſt
diſtinctio, An ex qua iuſta cauſa ceſſum ſit nomẽ
debitoris vt ceſſionarius ex ſua quoque perſona vtiles
actiones habeat, an vero ſolutionis tantum gratia man-
datæ ſint actiones, ad eam quæſtionem pertinet quam
tractauimus, An cõfeſſio pactúmve cedentis noceat ceſ-
ſionario. Sed hæc alia quæſtio eſt, vtrum ſolutio facta ce-
denti per debitorem poſtquam reſciuit ceſſionem, libe-
ret debitorẽ faciátque ne à ceſſionario conueniri poſſit.
2 † Addo *poſtquam reſciuit ceſſionem* Nã ſi ignorauerit, non
habet res dubitationem quin ex ſolutione bona fide fa-
cta proprio creditori, cõſecutus ſit plenam, ſecurámque
liberationem. Idque omnino conſequens eſt ei quod di-
ximus proximè, poſſe fieri vt debitor ſciuerit mandatas
contra ſe à creditore ſuo actiones, adeóque id ipſum à
mandatario ſciuerit, neque tamen eò minus cum man-
dante paciſci poſſit aut tranſigere, ſicut & ab eo conue-
niri, niſi quid aliud interuenerit ex iis quæ requirũtur,
in l. 3. C. de nouat. Multò igitur magis admittendũ ſit poſ-
ſe eum creditori ſuo ſoluere atque ita conſequi libera-
tionem, ſi mandatas ignorans actiones, aot nominis ſui
3 ceſſionem factam eſſe, bona fide ſoluerit. † At cùm re-
ſciuit priuſquam ſolueret, plena diſputationis eſt quæ-
ſtio an debeat liberari: præſertim eo caſu quo ex nomi-
nis ceſſione vtilis actio quæſita ſit ceſſionario. Illa enim
ratio contra debitorem viget maximè, quòd ei imputa-
ri poſſit cur ceſſionẽ factam ſciens alteri ſoluerit quàm
ceſſionario. Item quòd neque cedẽtis cui ſoluitur, neq;
debitoris ſoluentis facto ius quæſitum ceſſionario auferri
æquum ſit, vt nos capite ſuperiore diſputauimus, hac
vna ratione defendentes nec pactum nec confeſſionem
cedentis nocere debere ceſſionario, qui vtilẽ ex ceſſio-
4 ne habuit actionem. † Verius tamen eſſe puto vt ſiue no-
men venditum vel in ſolutum datum, aut aliter tranſla-
tum ſit, ſiue mãdatæ actiones, ſolutionis cauſa liberetur
debitor, qui cedenti ſoluit etiamſi ceſſionem ſciuerit dũ-
modò non ab ipſo ceſſionario: idque eſſe quod ſcriptum
eſt, *in l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Si verba illa
perpendas, *nondum certior à te factus*. Ratio duplex eſt,
vna iuris, altera æquitatis. Iuris illa eſt, quod negari non
poſſit quin etiam poſt ceſſionem remaneat creditor is
qui ceſſit, ſcilicet penes quem directa ſubſiſtat actio ex
qua conuenire debitorem adhuc poteſt ſi ceſſio citra
delegationem facta ſit, *l. pupilli 96. §. ſervor. de ſolut. leg. ſi
cum emptore 16. ff. de pact. leg. ſi heres 70 ff. ad Senatuſcon-
ſultum Trebellian.* Cur non ergo ſolutio vero creditori
facta liberabit debitorem? Aot quomodo fieri poteſt vt
ſolutione tollatur directa actio de quo nemo dubitat
quin vtilis quoque perimatur; Titium enim eſt ſolutio-
ne omnem omnino tolli obligationem. *Tit. quib. mod. tol-
lit. obligat. Inſtit. l. in numerationibus 44. & paſſ. de ſolut.*
Æquitatis etiã ratio illa ſubeſt, quòd quandiu debitor
ceſſionem neſcit ab ipſo ceſſionario, licet aliunde ſci-
uerit, ignorare probabiliter poteſt an futurum ſit vt
ceſſione vti ceſſionarius quandoque velit, qui necdum
5 vtitur. † Neque verò hoc caſu poteſt obiici quod no-
uatione aut confeſſione aut tranſactione facta euenire
diximus, fieri iniuriam ceſſionario ex facto cedentis. Nã
licet factum ipſum interueniat cùm ſolutionẽ accipit,
tamen factum tale eſt, quod etiamſi non interueniret
nihilominus acquiri poſſet debitori liberatio: cùm ipſo
etiam cedẽte ſolutionem recuſante perinde obligatio-
ne ſolutione debitor liberaretur. *l. obſignatione 9. C. eod.
de ſolut. l. acceptam 19. C. de vſur. l. qui mutuam 56. § fide-
iuſſor. ff. mandat.* Neque enim poteſt lex interdicere
debitori ne ſoluat ei qui directa actione manet obliga-
tus, ob idque denũciatione aut alio hominis facto opus
eſt ad elidendã hac parte legis poteſtatem *d. l. 3. C. de
nouat. l. heres 21. ad Senatuſconſultum Trebel. l. aliud eſt 106.
ff. de ſolut.* vt in dolo conſtituatur debitor ſi ei poſteà
ſoluat quem potuit oppoſita doli exceptione ſummoue-
re. *argum. l. ſi procurator 28. ff. de procurat. l. ſi pecunia 77.
de legat. 1.* † Ex quo apparet quàm facilè reſponderi poſ- 6
ſit ſi quis obiiciat cùm facta eſt denunciatio adeóque
ſecuta litis conteſtatio, manere tamen penes cedentem
directas actiones, æquè acſi nec denunciatio nec con-
teſtatio vlla facta eſſet. Quamquã enim ita eſt, fiunt ta-
men directæ illæ actiones inutiles & inefficaces propter
acquiſitã debitori exceptionem doli aduerſus cedẽtem,
qui etiam poſt certioratum à ſe debitorem de facta ceſ-
ſione nihilominus pergat debitum ab eo petere. Et ideò
nec æquum eſt liberari debitorem qui cedenti mala fi-
de ſoluit vt ceſſionario noceret, cui ſi ſoluiſſet perinde
liberationem conſequi potuiſſet. Feréque eſt vt nec ve-
ro creditori ſoluiſſe dicendus ſit. Non enim verus credi-
tor videri poteſt, qui ſi debitum petat, exceptione ſum-
moueri queat. Vnde illud quoque fit vt ſi ſolutionem ac-
ceperit non minùs indebiti condictione teneatur, quàm
ſi ipſo iure indebitum fuiſſet quod ſolutum eſt, *leg. qui
exceptionem 40. ff. de condict. indeb.* cum ſimilibus. † Igi- 7
tur melior eſt conditio debitoris cedenti ſoluentis,
quàm cum cedente tranſigentis. Vel in hoc ſaltem
quòd tranſigẽdi nocet ſi ceſſionem ſciuerit, vndecum-
que tandem ſciuerit quoties nomen venditum aot da-
tum in ſolutum, aut aliter tranſlatum eſt, *l. vlt. ff. de tran-
ſact.* Soluenti verò non nocet quod ceſſionem ſciuerit
niſi ab ipſo ceſſionario de ea certior factus ſit *d. l. nomen
C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Simile quidam eſt, *in l. Titio
centum 1. §. vlt. de cond. & demonſtr.* vbi imputatur mulieri
dotis ſolutio facta viro, licet vir iure non ſit ſoluendo
cum ei quoque legata dos eſſet, non tamen imputatur
factũ viri ſi is vitio ſuo cauſa ceciderit, ſicut nec impu-
taretur meo iudicio ſi vir de dote trãſegiſſet. Diſtinctio-
nes hic noſtri pleraſque afferunt, ſed omnes futiles &
inanes, vt ex ſequentibus intelligetur.

CAPVT IV.

An & quibus caſibus etiam poſt ceſſionem agere cedens poſſit, aut exceptione repellendus ſit. Et emendatio. §. vlt. l. 27. D. de procurat.

SVMMARIA.

1 *Bartholi in hac quæſtione diſtinctionem à Baldo reprehenſam fuiſſe.*
2 *Ceſſionem cedentis ſimul & ceſſionarij gratia & periculo fieri interdum poſſe.*
3 *An debitor liberetur qui cedenti ſoluit cum ceſſio ceſſionarij periculo aut commodo facta eſt?*
4 *Bartoli ad hanc quæſtionem diſtinctio reprobatur.*
5 *Quando cedens, qui in præiudicium ceſſionis debitum exigit, doli exceptione à debitore ſummoueri poſſit?*
6 *Nullam alienationem magis fieri commodo & incommodo acquirentis quàm eam quæ fit per hereditatis venditionem.*
7 *Reſpondetur ad* l. in cauſæ 17. §. vlt. & l. ſeq. ff. de procurat. *pro Bartoli diſtinctione allatam.*
8 *Interdum & citra ceſſionem domino ex facto procuratoris vtilem actionem competere.*
9 *An in ſpecie dictarum legum vtilis actio domino ex procuratoris ceſſione competat?*

10 *Verba*

10 *Verba illa d.l.27.§ vltim.* directa penitus tollenda, *Tribaniani, non Iureconſulti eſſe.*

11 *Directam actionem quæ procuratori quæſita fuerat in ſpecie d.l.27. non penitus tolli.*

12 *Aliud eſſe elidi actionem, aliud tolli.*

13 *Procuratorem ex ſtipulatu inuito vel ignorante domino agentem etiam citra ceſſionem repelli, licet directa actio penes eum remaneat.*

14 *Creditorem cedentem actionem directam, eam inuito ceſſionario exercere poſſe, ſi ceſſionarius debitorem de ceſſione certiorem non fecerit.*

15 *Aliud obtinere ſi ab alio quàm ab ipſo ceſſionario ceſſionis ſcientiam debitor habuerit?*

16 *Ceſſionarium in agendo cum cedente concurrentem, cedenti præferri.*

17 *Nomine pignori dato creditorem qui dedit ſolutionem & exigere & accipere poſſe quandiu creditor de huiuſmodi pignoris obligatione certior factus non eſt.*

18 *Reſpondetur ad vltimam rationem pro Bartoli ſententia allatam.*

19 *Aliam eſſe rationem venditæ hæreditatis, aliam reſtitutæ.*

20 *Differentia inter exceptionem reſtitutæ & exceptionem venditæ hæreditatis.*

21 *Ceſſione facta commodo ſolius cedentis, debitorem etiamſi ceſſionem à ceſſionario ſciuerit, cedenti tamen ſoluere poſſe.*

22 *An dictus debitor, ſi malit, poſſit ceſſionario ſoluere à quo certioratus eſt.*

23 *Quid iuris, ſi pactum inter debitorem & ceſſionarium interuenerit.*

1 VVlgaris † eſt Bartoli diſtinctio ab interpretibus
noſtris crebriore calculo comprobata *ad l. facta.*
63.§.ſi hæres ſcriptus.ff.ad S.C.Trebell. Vtrum ceſſio facta
ſit ad commodum periculóque ſolius cedentis, an verò
commodo & periculo ſolius ceſſionarij, Vt priore caſu
ſolui etiam poſt ceſſionem cedẽti poſſit, noceátque ceſ-
ſionario factum quodlibet cedentis. Poſteriore non itẽ.
Baldus verò ad *l. 1. C. de oblig.& action.* hanc eandem
quæſtionem tractans rectè notat mancam eſſe & im-
2 perfectam Bartoli diſtinctionem,† propterea quod fie-
ri poſſit ceſſio non tantùm gratia & periculo cedentis,
vt in l.ſi item ſi res §.Pedius, aliàs l.non ſolum. ff de alien.
iudic. mutat. cauſ. fact. aut ceſſionarij, *vt in d. §.ſi*
hæres ſcriptus, ſed etiam interdum gratia vtriuſque, puta,
ſi conuenerit vt quod exigit creditor meus à meo debi-
tore ſibi in ſolutum imputet, ex qua cauſa conſtat hu-
iuſmodi ceſſiones vt plurimum fieri ſolere, *l.ſi conuene-*
rit.20.ff de pign.act aut vt in dotem habeat, *l.ſi pater fi-*
liæ 44 §.quæ debitorem ff.de iur.dot.† Quo caſu quid ſen-
3 tiendum ſit Bartolus non aperit, quanquam non obſcu-
rè coniici poteſt ſic eum exiſtimaſſe, vt quoties ceſſio-
narij commodum aut periculum verſatur nihil in eius
præiudicium facere cedens poſſit. Idem verò Baldus, di-
ſtinguendos eſſe ait tres caſus, quorum duo, inquit, ſunt
indubitabiles, tertius ſolus dubitabilis. Indubitabilẽ il-
lum eſſe ſi debitor cedenti ſoluerit, ignorans ceſſionem.
Tunc enim omnimodo liberari, *leg.vlt.ff.de tranſact.* Itẽ
illum ſi ſoluerit ſciens ceſſionem, & iura directa quæ
penes cedentem manſerant ſint eliſa. Eo ſiquidem caſu
non liberari *arg.d.l.vlt.à contrario ſenſu.* Tertium dubi-
tabilem hunc eſſe, ſi cùm eliſa non eſſent iura directa
debitor ſoluerit ſcienter ſunt enim qui hoc caſu exiſti-
ment liberationem non contingere, *poſt gloſſ.in d.l vlt.*
Alij contra, ſecuti gloſſ. *in leg.nomen.4. C. quæ res pignor.*
oblig. poſſ. quæ vult non aliter impediri liberationem,
quàm ſi aut litis conteſtatio aut ceſſionarij denunciatio
aut debiti ſiue in totum ſiue pro parte perceptio ſecuta
ſit, *ex l.3.C.de nouat.* Vtra autem opinio verior ſit Bal
dus non aperit. Adeò ſibi viſus eſt parùm hoc ſcire, qui
dicitur nihil ignoraſſe.† Ego verò vt diſtinctionẽ pro- 4
bare non poſſim ex eo moueor, quòd etiam cùm fa a
eſt ceſſio ad commodum ſoliùs ceſſionarij ciúſque pe-
riculo, directæ tamen actiones non eò minùs remanẽt
penes cedentem, *d.l.vlt. ff. de tranſact. l. ſi cum emptore.*
16.de pact. l.vlt.C.quand.fiſc.vel priuat.l.pupilli 96 § vx.
de ſolut. ob idque ex cedentis quoque perſona agere
ceſſionarius poteſt *d.l.vlt.l.poſtquam l.emptor.C.de hæred.*
vel act.vendit. Quidni ergo ei ſolui poterit, niſi ab ipſo
ceſſionario debitor ſciuerit factam eſſe ceſſionem? vt
proximo capite diſputauimus Nec enim repelli poteſt
cedens quaſi ſine fictione experiatur, *l.ſi pupilli.6.§. vi-*
deamus de neg.geſt. quandoquidem, vt prædixi, directam
habet, eámque talem quæ non ſolùm de ſtricto iure cõ-
petat, ſed ita etiam vt nulla exceptione poſſit excludi,
præterquàm vno illo caſu ſi cum ceſſionario pactus ſit
debitor priuſquàm cedens directam exerceret. † Tunc 5
enim ſubmouendus eſt cedens exceptione doli ſi debi-
torẽ priuare velit commodo pacti cum eo initi, cui ab
ipſo cedente ius paciſcendi, adcóque debiti exigendi
datum eſt, *d.leg.ſi.cum emptore.* Quia cùm ait poſſe ven-
ditorem repelli exceptione doli, ob pactum per debi-
torem conuentum cum emptore hæreditatis, hoc ipſo
probat euidenter Nullo igitur pacto intercedente non
ex eo ſolo repelli poſſe venditorem ſi negat quòd iura
ſua in emptorem tranſtulerit, quamuis emptor habeat
ex propria perſona vtilem actionem Alioqui & citra
pactum doli exceptio prodeſſet aut actio denega-
retur, *argum. l. ſed ſi tantum 13. ff. de pact l ſi.ut 8.§.*
ſi procurator.ff quib.mod.pign.vel hypoth.ſoluit. † Nec di- 6
ci poteſt quod quidam tentant ea ratione id fieri quòd
venditæ hæreditatis periculum aliquo modo ſpectet ad
vẽditorem, ideò, inquiunt, quòd teneatur docere ſe hæ-
redem, adcóque interdum de euictione rerum ſingula-
rum ſecundum Accurſ. *in l.1.verb. in ſingulis C.de euict.&*
in l.2.in princ.in verb de euictione ff.de hæred.vel act.ven-
d. Nam imò verò ſi qua alienatio vſquam fit periculo
& commodo incommodóve acquirentis, ea ſanè eſt
quæ fit per hæreditatis venditionem, niſi venditoris
dolus aliquis arguatur *d.l.1 Cod.de euict.d.l 2.& paſſ.de*
hæred.vel act.vendit.ff.&c. In eóque iam olim Baldus er-
rauit, *ad d.l.1.C.de oblig.& act.* a Caſtrenſi meritò nota-
tus *ad d.§ ſi hæres ſcriptus d.l.facta.63 ff.ad SC.Trebel.*
vbi paulò ante finem ſcribit ille, Vendita hæreditate
ceſſiſque ex ea cauſa actionibus cenſeri factam ceſſio-
nem in commodum, non vtriuſque vt Baldus putabat,
ſed ſolius emptoris, vt pote penes quem res ipſa vendi-
ta remaneat, quamuis & pretium ad venditorem perue-
niat & mutua ex contractu obligatio naſcatur. † Mi- 7
nùs verò ad rem facit *in cauſa 27.§.vlt.& l.ſeq.ff.de pro-*
curat. quibus locis mouetur Bartolus, & quotquot Bar-
toli diſtinctionem ſequũtur. Tractant enim de actione
directa ab initio quæſita procuratori tanquam procu-
ratori, hoc eſt alienum negotium gerenti. Quam vel
hoc ipſo minùs efficacem eſſe neceſſe eſt, quod pro-
curator ea cedere cogitur iudicio mandati, *leg poſſeſſio*
49.§.vlt.ff.de acquir.poſſ.† Item quòd & citra ceſſionem 8
competit interdum domino ex facto procuratoris vtilis
actio, vt puta ſi fuerit præſens, *l.ſi procuratori 79.de verb.*
obl. & ſi ex re domini ſtipulatus ſit procurator manda-
to non refragante, *l.quod procurator 68. ff. de procur.*
Vtrũque enim coniunctim requirit Cuiacius ad *d.l.79.*
[verène an non alio loco videbimus Rurſum in om-
nibus prætoriis ſtipulationibus, cauſa tamen cognita;
l.in omnibus 3.de prætor.ſtipulat. de quibus nimirum tra-
ctatur in *d.§.vlt.l.27.& l.28.de procur.*† Ac proinde ni- 9
mis incauti ſunt, ne dicam ridiculi, qui ſcribunt compe-
tere iis locis vtilem actionem domino ex ceſſione, *arg.*
d.l.49 §. vltim. de acquir.poſſ. Quaſi verò fieri poſſit vt
vtilis actio cedatur à procuratore qui non niſi directã
habet. Quinimò ſupradictis locis ſcriptum eſt dandam
domino vtilem actionem etiam inuito procuratore,

adeóque quod magis mirandum ſit, directam quæ ipſi
10 procuratori competit penitus tollendam. † Quanquam
ſi quis dixerit Triboniani eſſe non Iureconſulti verba
illa *directa penitùs tollenda*, adeoque penitus tollenda,
in meo iudicio, id quod eſt dixerit. Nam vt taceam quod
aliàs à me obſeruatum memini iſtorum ablatiuorum
abſolutorum vſum Triboniano magis quam prudenti-
11 bus noſtris familiarem eſſe, † quæro quomodo fieri poſ-
ſit vt directa illa actio quæ procuratori haud dubiè fuit
quæſita tollatur penitus, ſi verum eſt quod ait, *d.l. 49. §
vlt. de acq. poſſ.* cedi eam à procuratore debere? An cedi
poterit quæ aut ſublata iam ſit, aut tollenda? Deinde an
non illud quoque omnino repugnat quod ſcriptum eſt
in *d.l. 28.* poſſe procuratorem agere inuito domino ſū-
mo iure, ob idque neceſſarium eſſe ad eum repellen-
dum doli exceptionem. Qua enim ratione liceat procu-
ratori agere qui directam duntaxat actionem habuit, ſi
directa illa penitus tollenda eſt? aut cur neceſſaria ſit
exceptio ad eludendam actionem quæ iam ſit ſublata.
12 † Aliud ſiquidem eſt actionem elidi, aliud tolli. Eliditur
enim illa demum, quæ competit & ſubſiſtit. Denique
nec fieri poteſt vt ſemel nata actio vnquam tollatur, niſi
iis modis quibus obligationes iure tolli poſſe placuit,
cum dicatur velut infixa oſſibus, vt noſtri loquũtur, *ex*
13 *l. quia ergo. 26. ff. de pecul. l. 3. ff. pro ſocio.* † Sed quoniam
directæ illius actionis quæ procuratori competit totum
commodum peruenire ad dominum neceſſe eſt, vt ef-
fectu ipſo ſolius domini actio eſſe videatur, parum fuit
Triboniano iniuriam Iureconſulto iuriſque rationi fa-
cere dũmodò non faceret procuratori, vt vt ſit non pro-
bat textus, *d.l. 28. de procur.* eum qui poſt ceſſionem agat
repelli poſſe exceptione ceſſionis à ſe factæ. Ibi enim
procurator repellitur etiam citra ceſſionem. Repellitur
autem non ſolùm ſi agit inuito domino vt malè qui-
dam ſupplent, ſed etſi eo ignorante, omni denique ca-
ſu prætérquàm ſi domino conſentiente: Nempe quòd
nec in rem ſuam datus, nec ad eam rem procurator fa-
ctus ſit, ſed tantum ad ſtipulandum. Quod Vlpianus
probat eius quoque procuratoris exemplo qui agit iu-
14 dicati. Nam & hic exceptione repellendus eſt. † At lon-
gè alia ratio eſt creditoris cedentis actionem directam
quam ſibi ab initio quæſitam habuit. Hic enim eandem
ſibi nihilominus actionem retinet, cum ex eius quoque
perſona poſſit ceſſionarius ipſe agere, eámque propo-
nere poteſt vel inuito ceſſionario: dummodo nondum
ceſſionarius ipſe debitorem de facta ceſſione fecerit
certiorem. Sufficit namque ſcientia illa ad cedentem
ſummouendum, *d.l. nomen*, tametſi nec litis conteſtatio,
nec denunciatio non ſoluendi, nec denique partis de-
biti perceptio ſubſecuta ſit vt infrà docebimus, cùm no-
uam interpretationem *l. 3. C. de nouat.* quæ obſtare vide-
15 tur afferemus. † Non idem erit ſi ab alio quàm ab ipſo
ceſſionario ſcientiam ceſſionis habuerit debitor. Nec
enim idcirco prohibebitur cedẽti ſoluere paciſci tamē
aut tranſigere, vt ſuprà diximus, prohibebitur, *d.l. ſi cũ
emptore. 16. de pact. iunct. d. l. 2. & 3. de tranſact.* Ita fiet vt in
debitoris arbitrio futurum ſit vtri velit ſoluere, ceden-
tine an ceſſionario, non etiam cum vtro paciſci velit
16 aut tranſigere. † Planè ſi cum cedente in agendo con-
currat ceſſionarius, non eſt dubitandum quin ceſſio-
narius præferatur. Et hoc nimirum eſt quod Paulus
ſcribit *in l. ſi conuenerit 18. de pignor. act.* Si conuenerit
vt nomen debitoris mei tibi ſit pignori, ita tuendam
eſſe à Prætore conuentionem vt & te in exigenda pe-
cunia, & debitorē aduerſus me tueatur ſi cum eo expe-
riar: eodem ſcilicet tempore quo tu ab eo pecuniam
17 exigis. † Alioqui conſtat nomine pignori dato poſ-
ſe creditorem qui dedit & exigere ſolutionem, & mul-
tò magis accipere quandiu debitor, cuius nomen pi-
gnori datum fuit, certior factus non eſt à creditore
ſui creditoris de huiuſmodi pignoris obligatione, *d. l.
nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Quo etiam perti-
net, quod Vlpian. ſcribit, *in d.l. 28. & l. procuratoris.
5. de procurat.* Procuratori in rem ſuam dato præferen-
dum non eſſe dominum in litem mouendam, vel pe-
cuniam accipiendam. Qui enim, inquit, ſuo nomine
vtiles actiones habet ritè eas intendit, nec propria lite
carere debet, *l. quæ omnia. 25. verſicul planè ſi dicat eod. l. ſi
ſe non obtul. 4. de re iudic. d. l. 1. §. in propria cauſa ff. quand.
appell. ſit.* Quin etſi is qui directas tantùm actiones ha-
bebat egerit & obtinuerit, tùm in executione iudica-
ti concurrat is qui habet vtiles, hic præfertur, vt no-
ſtri tractant *ad d. l. 3. C. de nouat.* Sic & olim concur-
rentibus dominis bonitario, vt veteres dicebant, &
Quiritiario, potior erat bonitarij quàm Quiritarij cau- 18
ſa, vt Vlpianus docet in fragm. Inſtit. † Obiicitur po-
ſtremo loco pro Bartoli ſententia quod ſcriptum in *l. ſi ea
tamen. 17. §. qui ex Trebelliano ff. ad Senatuſconſultum
Trebellianum* repelli poſſe hæredem exceptione reſtitu-
tæ hæreditatis, ſi poſt reſtitutionem à ſe ex Trebelliano 19
factam agat contra debitorem hæreditarium † Sed
reſpondendum eſt aliam rationem eſſe venditæ hære-
ditatis, aliam reſtitutæ, quoniam quod ad fideicõmiſſa-
riæ hæreditatis reſtitutionem attinet, Senatuſconſulti
autoritate ſpecialiter prouiſum eſt & hæredis indem-
nitati ne adeundæ hæreditatis periculo deterritus
adire recuſaret, & fideicommiſſarij vtilitati, vt cuius
periculo adiretur hæreditas ſolus is actiones hæredita-
rias vtiliter exercere poſſet, *l. prim. §. primo & §. quam-
quam. iunct. l. 4. eod. titul.* At hæreditate vendita aliterve
facta ceſſione licet in commodum ſolius ceſſionarij
nulla lege prouiſum eſt ne liceat cedenti etiam poſt
ceſſionem agere cõtra debitorem, quia nec fuit neceſſe,
cùm iis qui contraxerunt indemnitas ex ipſo contractu
ſalua eſſe poſſit, aut ſi minus, imputare ſibi debeant cur 20
melius ſibi non proſpexerint. † Indéque illud etiam fie-
ri videtur vt reſtitutæ hæreditatis exceptio ſicut hæredi
nocet ſi agat, ita eidem proſit ſi a debitoribus hæredi-
tariis conueniatur, *dict. l. §. qui ex Trebelliano.* Exceptio au-
tem venditæ hæreditatis non proſit venditori ſi a cre-
ditoribus hæreditariis vrgeatur, *l. 2. C. de hæred. vel act.
vend.* Non enim niſi volens emptor iis reſpondere co-
gitur, tametſi ex natura contractus venditorem indem-
nem ſeruare teneatur, *l. 2. C. de pact.* Concludamus igi-
tur contra Bartolum aliam cauſam eſſe fideicommiſſa-
rii, aliam ceſſionarij cuiuſlibet etiam cuius ſolius com-
modo & periculo ceſſio facta ſit, nec vlla exceptione
repelli cedentem poſſe ſi aduerſus debitorem agat, niſi
ceſſionarius aut cum debitore pactus fuerit, *d. l. ſi cum
emptore*, aut debitorem de ſuo iure certiorauerit, *d. l. 4. C.
quæ res pignor.* quo vno caſu tres illi continẽtur de quib.
in *d. l. 3. C. de noua.* Idémque prorſus iuris eſt ſi ceſſio in
vtriuſque tam cedentis quam ceſſionarij gratiam facta
proponatur. † Sed ſi ad commodum periculóque ſolius 21
cedentis facta ſit, quod contingit quoties quicquid exi-
gitur in cedentis vertitur vtilitatem, *d. l. 1. §. in propria cau-
ſa. ff. quand. appell. ſit.* minor quidem dubitatio eſt quin
cedenti ſoluere debitor poſſit, etiamſi ceſſionem ſciue-
rit ab ipſo ceſſionario cuius ſcilicet nihil intereſt. † Sed 22
quæſtionis eſſe poteſt ſi malit ſoluere ceſſionario a quo
certioratus eſt, cedentíque obiicere exceptionem doli,
an audiendus ſit, maximè verò ſi pactum cum ceſſio-
nario fecerit. Verius tamen eſt non poſſe prohiberi
cedentem cuius commodo & periculo ceſſio facta eſt
quominus iure ſuo vtatur, nec ſi ceſſionarius quoque
contradicat, cuius etiam nil interſit. † Sed ſi pactum 23
inter debitorem & ceſſionarium interuenerit, quoniam
vtriuſque iam intereſſe incipit vt pactum quod bona
fide conuentum eſt ſeruetur, non puto dubitandũ quin
vtilis futura ſit debitori contra cedẽtem doli exceptio.
Eadem enim hic militat ratio qua Vlpianus mouetur
in *dicta leg. ſi cum emptore*, illis verbis, *ex quo reſcri-
ptum eſt à Diuo Pio vtiles actiones emptori hæreditatis dan-
das.* Non affert rationem illam quòd ceſſio facta per

venditionem hæreditatis ſolius emptoris commodo & periculo cederet ſed quòd ex reſcripto Diui Pij emptor vtiles actiones haberet. Atqui fieri facilè poteſt, vt actiones vtiles emptor habeat, nec tamen eius periculo facta venditio ſit, vt puta ſi conuenerit vt nominum hæreditariorum rerúmque ſingularum periculum ſpectet ad venditorem. Eiuſmodi námque conuentionem valere ſeruandámque eſſe certum eſt, neque tamen minus cõpetituras emptori vtiles actiones. Ergo nocebit omnimodo cedenti pactum initum cum ceſſionario, ſi modo vtiles ex ſua perſona actiones ceſſionarius habuit.

CAPVT V.

Reprobantur aliæ noſtrorum diſtinctiones & interpretationes ad §. ſi hæres ſcriptus. l. facta. 63. ff. ad S. C. Trebell. & ad §. quod ſi is. l. 4. de dol. mal except.

SVMMARIA.

1 *Reprobatur Pauli Caſtrenſis diſtinctio, an ſponte ceſſio facta ſit, an ex neceſſitate.*

2 *Non ſemper per ceſſionem ex neceſſitate factam elidi prorſus & inutilia fieri omnia iura quæ erant penes cedentem.*

3 *Cur in ſpecie d. §. ſi hæres ſcriptus, reſtituta per hæredem ſcriptum hæreditate, ſi poſtea ille hæreditatis controuerſiam paſſus, victus ſit aut lite ceſſerit, durent tamen actiones in fideicommiſſarium ſemel translatæ?*

4 *Sententiam quæ ante reſtitutionem lata ſit aduerſus hæredem colludentem, non nocere fideicommiſſario, nocere autem ſi colluſio nulla probetur.*

5 *Procuratorem, qui actionem ſibi alieno nomine mandatam domino cedere cogitur, directam tamen actionem retinere.*

6 *Cedentem qui non niſi vtiles habebat actiones nihil poſſe in præiudicium ceſſionar. facere.*

7 *Reiicitur alia Molinæi diſtinctio.*

8 *Ceſſione ad commodum ceſſionar. facta cedentem ſi ex directa actione quam penes ſe retinuit ſolutionem debiti fuerit conſecutus, totum id cedendum ceſſionario reddere.*

9 *Ceſſione facta cedentis commodo & periculo, quicquid cedens poſt ceſſionem fecerit ceſſionario nocere.*

10 *Reiicitur exceptio à Bartholo ſubiecta, & alia adhibetur.*

1 SIc † euerſa Bartoli diſtinctione, illa quoque nobis exploranda eſt quam Paulus Caſtrenſis tradidit ad §. *ſi hæres ſcriptus*, An ſponte ceſſio facta ſit, an ex neceſſitate, vt ſi ſponte obtineant ea quæ ſuprà diximus: ſin ex neceſſitate nihil prorſus iuris penes cedẽtem remaneat. Etenim ſi ex Trebelliano reſtituatur hæreditas habet quidem ceſſio cauſam neceſſariam, *d. l. 1. §. 1. & d. l. ita tamen. 27. §. qui ex Trebelliano ad S. C. Trebell.* Sed nihilominus directæ actiones penes cedentem manent, eæque interdum efficaces, *leg. ſi hæres. 70. in princ. eodem titul.* vbi Pomponius ſcribit, ſi hæres inſtitutus rogatus fuerit hæreditatem Titio reſtituere, & iuſtius hæredi Titius poſt tempus, ſufficere hæredi directas actiones, nec vlla re-
2 troceſſione opus eſſe. † Non igitur abſolutè verum eſt quod Caſtrenſis affirmat, Per ceſſionem ex neceſſitate factam elidi prorſus & inutilia fieri iura omnia quæ erant penes cedentem. Idem probatur ex *d. §. qui ex Trebelliano*, vbi ſcriptum eſt eum qui ex Trebelliano hæreditatem [illegible] petere poſſe & conueniri, ſed exceptione reſtitutæ hæreditatis aut adiuuari aut ſubmoueri. Adde quod & contingere poteſt vt aduerſus hæredem agentem poſt reſtitutam hæreditatem, non ſit locus exceptioni, veluti ſi res vrgeat, & metuendum ſit ne fortè per abſentiam fideicommiſſarij dies actionis exeat, *l. cum hæreditas. 49. eod.* Directæ ergo actiones durant etiam poſt reſtitutionem, eæque ad agendum efficaces, licet non ſemper ad exigendum. † Nec eſt contrarium 3
quòd in *d. §. ſi hæres ſcriptus*, Caius reſpondit, reſtituta per hæredem ſcriptum hæreditate ſi poſtea hæreditatis controuerſiam paſſus ille mortuúſque ſit aut lite ceſſerit durare tamen actiones in fideicommiſſarium ſemel tranſlatas. Habet enim id duplicem rationem, vnam quod poſt hæreditatis reſtitutionem fideicommiſſarius in omnibus & per omnia hæredis loco habeatur, vt proinde aduerſus eum non aduerſus hæredem ipſum exerceri lis debuerit, *d. l. 1. & paſſ. eod. tit. §. reſtituta. Inſt. de fideic. hæred.* Alteram, quam nec Caſtrenſis ipſe ignorauit, quòd cùm ea reſtitutio fiat ex neceſſitate, actus voluntarij etiamſi præcederent reſtitutionem, puta confeſſio aut colluſio hæredis, non deberent nocere fideicommiſſario, cui tamen noceant ſi ſubſequens illa tranſlatio & alienatio quæ fit per reſtitutionem eſſet voluntaria, *l. ſi ſuperatus. 3. §. vlt. ff. de pign. act. & l. Præſes. 5. C. eod.* † Hinc dicimus quod 4
& ibidem Caſtrenſ. tractat ſententiam quæ ante reſtitutionem lata ſit aduerſus hæredem colludentem non nocere fideicommiſſario: Nocere autem ſi colluſio nulla probetur, *argu. d. l. cum hæreditas.* Quoniam colluſio hæredis actus voluntarius eſt, ſententia verò actus neceſſarius, cum reddatur etiam in inuitum, *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Sicut & reſtitutio hæreditatis fit ex neceſſitate propter voluntatem defuncti & authoritatẽ Senatuſconſulti: cum tamen ſi cum actore colluſiſſet atque ita ſuccubuiſſet, is qui hæreditatẽ ad ſe reuera pertinentem poſtea vendidiſſet, noceret haud dubiè colluſio illa emptori, quoniam & actus eſſet voluntarius & voluntaria quoque venditio quæ ſequeretur. Non igitur iuuat locus ille Caſtrenſis diſtinctionem. † Quam & ex iis re- 5
fellere licet quæ nos proximè de procuratore diximus. Procurator enim qui actionem ſibi alieno nomine mandatam cedere cogitur, ac proinde ex mandati neceſſitate transferre, *l. poſſeſſio. 49. §. vl. de acqu. poſſ.* tametſi poſtponatur domino cui etiam citra ceſſionem vtilis actio competit, *l. in cauſa. 27. §. vlt. cum l. ſeq. de proc.* directã tamẽ actionem retinet, adeóque ex ea agere poteſt vel inuito domino, vt ob eam cauſam doli exceptio ad eũ repellendum neceſſaria ſit, *d. l. 28. eo.* † Illud ſanè conſtat ſi 6
facta ceſſio ſit ab eo qui nõ niſi vtiles habebat actiones nihil poſſe cedentem facere in præiudicium ceſſionarij, quippe cum hoc caſu nihil prorſus iuris cedẽs in re ceſſa habeat, quòd & Bart. tractat, *in l. ex aſſe. 28. ff. ad S. C. Treb. ex l. 1. §. de illo. ff. eo. l. pen. in fin. C. eod.* Exemplo eius quod dici ſolet ſi emphyteuta qui vtile duntaxat dominium habebat alij emphyteuſin conſtituerit, nihil omnino iuris penes eum remanere, notatur in *l. vlt. C. de iur. emph.* † At nec illa rurſum diſtinctio probabilis eſt, quã 7
tamen magis communiter probatam eſſe probandamq; ait Molin. ad Alex. *conſ. 46. 2. dub. vol. 5.* An aduerſus cedentem regreſſum habiturus ſit ceſſionarius necne, Vt priore caſu ipſi noceat factum cedentis, poſteriore non itẽ. An non enim ceſſionarij intereſt non ſoluere potius quam ſolutum repetere? *l. 3. ff. de compenſ. l. ſi debitor. 11. de lib. leg. l. ſtipulatus. 15. in prin. ff. de fideiuſ.* Itaq; eo caſu quo admittas iniquum eſſe, damnum ſentire fideicommiſſarium ex facto cedentis, non ideò facilius pati debes vt præiudicium ei fiat, quòd habiturus ille ſit regreſſum ad repetitionem quandoquidem hoc ipſo fit ei iniuria, quòd interea ſoluere cogitur. Et ex contrario quo caſu admitti poteſt in eo fieri iniuriam ceſſionario quòd ex facto cedenti ſoluere compellatur poſtea repetiturus, illud etiam admitti neceſſe eſt, Poſſe cedentis facto damnum

num ei inferri tametſi nullus ſupetſit tegieſſus , quia
licet hoc caſu eueniat vt maius damnum ſentiat ceſſio-
narius , eadem tamen iuris tatio vtroque caſu militat,
8 quæ ex damni quantitate immutari non poteſt.† Illud
ſane non improbo quod noſtris placet , præſertim Ca-
ſtrenſi, ad *d § ſi hares ſcriptus.l.facta. 63.ad Trebell.* Ceſ-
ſione facta ad commodum ceſſionarij , ſi cedens egerit
ex directa actione quam penes ſe retinuerit, atque ita
ſolutionem fuerit conſecutus totum id cogendum illum
ceſſionario reddere. Id enim planè conſequens eſt ei
quod ponimus in ſolius ceſſionarij commodum factam
eſſe ceſſionem. At quod in eam rem Caſtrenſis citat,
l.apud Celſum. 4.§.quod ſi is ff.de dol.mal.except. non pro-
bo, tractat enim illo loco Iurec. de eo qui ſciens emit
nomen quod iam debitor ſoluerat , mandato tamen
ipſius debitoris qui ſoluerat, & interpoſita ſtipulatione.
Ait autem ſi emptor ex ſtipulati agat, non idcirco re-
mouendum eum exceptione doli quòd ſciuerit ſolu-
tum nomen, niſi ſit paratus venditor reddere quod ce-
perit. Eſt enim ille §. iungendus præcedenti, in quo dici-
tur, eum qui ſciens emit ſeruum fugitiuum ab illo , qui
ſpecialiter cauit fugitiuum non eſſe, non eò minus poſ-
ſe ex ſtipulatu agere. Agitur ergo ibi de venditione no-
minis facta poſt exactionẽ nos diſputamus de exactione
9 facta poſt nominis venditionem † Veriſſimum quoque
illud eſſe arbitror quod ſupradicto loco Caſtrenſis ſcri-
bit, Ceſſione facta in cedentis commodum eiuſque pe-
riculo perinde nocere debere ceſſionario, quicquid ce-
dens poſt ceſſionem fecerit atque ſi ante feciſſet, quia
10 nec ceſſionarij quicquam intereſſe videri poteſt.† Ne-
que verò ſubiicienda eſt exceptio quæ Bartoli placuit,
aliud exiſtimanti ſi concurrat vnum de tribus poſitis
in *l. 3. C. de nouat.* id eſt ſi ceſſionarius litem conteſta-
tus ſit cum debitore, aut ei denunciauerit ne ſolueret,
aut debiti partem acceperit Non enim de nominis ceſ-
ſione intelligi lex illa debet , ſed de mandatis actio-
nibus & quidem in ceſſionarij quoque non in ſolius
cedentis vtilitatem , vt proximo capite dicemus. Illa
potius exceptio placere Bartolo debuit, quam nos in ſu-
perioribus attulimus , niſi conuentio aliqua iam inter
debitorem, ceſſionarium præceſſerat, cuius ratione dici
poſſit alterutrius intereſſe ne nocere debeat quod ac-
cedente poſt ceſſionem geſtum eſt: Nam cùm ceſſione
in ſolius cedentis commodum facta illa ratio faciat vt
valere debeat quicquid à cedente geſtum eſt quod ne-
que ceſſionarij interſit neque debitoris, conſequens eſt
vt ſi alterutrius vel minimum interſit , aliud omnino
iuris conſtitui debeat.

CAPVT VI.

Interpretatio noua & vera lege 3. Cod. de nouat.

SVMMARIA.

1 *Dictam legem 3. bene acceptam nihil pro Bartoli ſen-
tentia ſuperius refutata facere.*
2 *Ceſſionem in ſpecie dicta legis nec inſolutum , nec in
ſolius cedentis commodum percuſimus factum
eſſe.*
3 *Eum cui vtilis actio ex nominis ceſſione competit, debi-
tori factam ceſſionem denunciando cedentis perſecu-
tionem inhibere poſſe.*
4 *Cur in* d. l. 3. *ad impediendam cedentis perſecutionem
litis conteſtatio præcisè requiratur?*
5 *De quo procuratore intelligendum ſit quod dicitur, pro-
curatorem qui in rem ſuam datus eſt tea demum poſſe
vti compenſatione, ſi vice mutua conueniatur poſt li-
tem conteſtatam.*
6 *Verba illa* d.l. 3. ſolutionis cauſa mandauerit actio-
nes , *quomodo ſint intelligenda?*
7 *Mandato directa actione vtilem competere.*
8 *Multum intereſſe an mandatæ ſint actiones ſolutionis
gratia , an verò ceſſum aut datum ſit nomen in ſolu-
tum.*
9 *Aliud eſſe* mandare actionem , *aliud nomen ce-
dere.*
10 *Creditorem qui actiones ſuas procuratori ſine ceſſione
mandauit, non prohiberi eaſdem exercere.*
11 *Excipe, niſi procurator litem conteſtatus ſit, vel denun-
tiauerit ne mandatori ſolueret, vel debiti partem iam
acceperit.*
12 *Aliud iuris eſſe, ſi creditor nomen debitoris vendiderit
aut in ſolutum dederit, & debitor de facta ceſſione à
ceſſionario certior factus fuerit.*
13 *Debitorem qui aliunde quam à ceſſionario ceſſionem
ſciuit non poſſe creditorem cedentem & debitum exi-
gentem vlla exceptione repellere.*
14 *An parte debiti ſoluta mandatario , mandator à debi-
tore nihil amplius poſſit exigere?*
15 *Sententia* l. 4. C. de nouat.
16 *Cur in ſuperiore quæſtione plus poſſit litis conteſtatio
aut denunciatio à procuratore facta, quam partis de-
biti perceptio?*
17 *Ceſſio vel in ſolutum dato nomine , partis debiti ceſſio-
nem debitori ſufficere, vt creditorem reſiduum peten-
tem exceptione repellat.*
18 *Dictum* l. 3. *de mandatis actionibus, non de ceſſione no-
minis intelligendam eſſe.*
19 *Delegatione interueniente debitorem à priſtino credito-
re liberari.*
20 *Caſus quo ceſſionario vtiles actiones habenti directa
quoque à creditore mandandæ ſunt.*

ADuerſus † ea quæ in ſuperioribus contra Barto- 1
lum cæteroſque interpretes diſputauimus, valde
vrgeret *l. 3. C. de noua.* ſi eam interpretationem admit-
teret quæ hactenus frequentiſſimis omnium vocibus
probata eſt: ſed cùm dici non poſſit quicquam ab Imp.
Alex. reſcriptum fuiſſe quod abhorreat à vera rectaque
iuris ratione qua potiſſimum nitimur , nec de illo quo-
que dubitare debemus, quin alia eius loci interpreta-
tio quærenda ſit.† Mihi videntur omnes quotquot vi- 2
dere aut legere contigit interpretes in eo errare: quod
exiſtiment accipiendam eam legem de nominis ceſſio-
ne facta vel in ſolutum, vel in ſolius cedentis commo-
dum eiuſque periculo : quorum tamen neutrum dici
commodè poteſt. Nam quod lex ait, eum qui credito-
ri ſuo mandauit actiones in debitorem ſolutionis cauſa
poſſe vi directarum agere vtiliter , id eſt inuito etiam
debitore , tametſi obiiciat ille de ceſſione alteri facta,
dummodo nec lis conteſtata. ſit, nec debitum pro par-
te ſolutum, nec debitori denunciatum ne ſoluat, vtique
falſum eſſe in eo qui nomen debitoris ſui in ſolutum
dediſſet.† Siquidem certiſſimi iuris eſt, ei cui vtilis actio 3
ex nominis ceſſione competit, cuiuſmodi ille eſt cui
nomen in ſolutum datum fuit, *l. vl. C. quæ d. fiſc. vel pri-
uat. debit. ſui debit. conuẽ. poſſ.* ſufficere ad inhibendã cedẽ-
tis perſecutionem vt debitorem de facta ſibi ceſſione
certiorem faciat, *l. nomen 4. C. quæ res pign. oblig. poſſ.* nec
proinde requiri litis conteſtationẽ, cùm vel ipſa libelli
oblatio tãtundẽ præſtet ad hoc vt ceſſionẽ ſciat debitor
ab ipſo ceſſionario. Quam porro præcedere neceſſe eſt
moueriq; controuerſiã priuſquã ad litis cõteſtationem
perueniatur, *l. ſed et ſi l. 25. §. ſi ante de hered. petit.* † An
in ſpecie *d. l. 3.* requiritur præcisè litis conteſtatio , nec
ſatis eſt motam eſſe controuerſiam, quia ſolius conteſta-
tionis non etiam obligationis libelli effectus ille eſt,
vt in iudicio quaſi contrahi videatur *l. 3. §. idem ſcrib. ff.
de pecul.* Item vt qui procurator erat fiat dominus litis,
ita vt alium procuratorem ab eo tempore poſſit ſubſti-
tuere,

tuere, nec ſine cauſa reuocari poſſit, adeóque nec morte
mandantis, *l. ab executore. 4. §. vlt. de appell. l. neque tut. 11.*
5 *l. procuratoribus. 22. & ſeqq. C. de procurat.* † Cui ſimile il-
lud eſt, quod ait *lex, in rem ſuam. 18. ff. de compenſ.* eum qui
in rem ſuam datus eſt procurator, ita demùm poſſe vti
æquitate compenſationis ſi vice mutua conueniatur poſt
litem conteſtatam. Quod tamen de illo accipi proculdu-
bio debet, qui directæ tantùm actionis exercitium habuit
non etiã vtilem ſuo nomine & ex propria perſona. Huic
namque cur denegetur compenſandi ius etiam ante li-
tem conteſtatam cùm proprio nomine paratam habeat
actionem? in quo vereor ne hallucinatus ſit Caſtrenſis ad
6 eum locum. † Ergo quod ſcriptum eſt *in dict. leg. 3. ſolu-
tionis cauſa mandaueris actiones*, non de ceſſo aut in ſolu-
tum dato nomine intelligendum eſt, vt noſtri volunt, ſed
vt verba ſonant de mandatis actionibus in eam cauſam,
vt quod creditor exigeret ſibi in ſolutum imputaret: Eo-
dem prorſus ſenſu quo in *l. ſeq.* ſcriptum eſt, *Si cùm ei
mandaſſes exactionem pecuniæ.* Neque enim hac parte
quicquam referre arbitror an procuratori nudo mandatæ
ſint actiones ad exigendam à debitore pecuniam credi-
toris nomine, an verò creditor mandatoris exactam
alieno nomine pecuniam ſibi ipſi ſoluat. Vtroque enim
caſu poteſt mandatarius directam actionem exercere ex
perſona mandantis, neutro vtilem ex propria, quia nec
7 habet. † Quis námque dicat ob id ſolùm quòd directa
actio mandata ſit competere vtilem? aut mandari etiam
vtilem poſſe ab eo qui cùm directam habeat, hoc ipſo
vtilem habere non poteſt? Nam vt alio loco monuimus,
non poteſt vtilis cum directa concurrere in vna eadém-
que perſona, vtpote quæ nec ſit neceſſaria, nec paris
dignitatis, *leg. ſi reus. 13. de duob. reis. l. ſi duo. 93. de ſolu.*
8 † Sed hoc ego contendo, multum intereſſe an mandatæ
ſint actiones ſolutionis gratia, an verò ceſſum ſit, aut
quod idem eſt datum nomen in ſolutum. Hoc enim po-
ſteriore caſu actiones vtiles ex ceſſione competunt. *d. l.
vlt. C. quando fiſc. vel priuat.* idque ipſo iure ita vt ſpecia-
li ceſſione opus non ſit, quæ nec prodeſſet ad transfe-
rendas vtiles actiones quas cedens ipſe non haberet, qui
directas tantùm habet vt diximus, quam ob cauſam ne-
ceſſarium fuit reſcriptum Diui Pij ad inducendum vt
haberet ceſſionarius ex perſona propria quod ex perſona
cedentis habere non poterat, *l. ſi cum emptore. 17. ff. de
pact.* Priore verò caſu fieri nequit, vt ex mandato dire-
ctarum vtiles competant, ſed directæ tantùm: quæ cùm
ſint mandatæ, competunt proculdubio vi & poteſtate
ſolius mandati, nec nouæ ceſſioni locus vllus relinqui-
tur, *l. ſi procuratorem. 8. in fi. l. heredem. 14. ff. manda. l. em-
ptori. 6. l. filiusfamilias. 14. l. venditor. 24. de hered. vel act.*
9 *vendit.* † Quod non ſatis obſeruandum eſt à Baldo ad
l. 1. C. de oblig. & act. vbi poſt alios diſputat, an vtilis actio
tranſeat ſine ceſſione, an verò ſpecialis ceſſio neceſſaria
ſit de quo item Caſtrenſ. dubitat poſt Accurſ. in *l. ex le-
gato. C. de lega.* In eóque tam imperite tot tantóſque vi-
ros erraſſe tantò magis miror, quòd video non ignoraſſe
illos, Aliud eſſe mãdare actionẽ longè aliud, nomẽ cede-
re. ſic enim Cinus, Baldus & alij docent poſt gloſ. *ad l. 1.*
10 *in verb. mandatas. C. de oblig. & act.* † Illa igitur Imperato-
ris Alexandri quæ & noſtra ſentẽtia eſt, ſi creditor actio-
nes ſuas duntaxat mandauerit procuratori ſiue nudo, ſiue
in rem ſuam conſtituto, nulla tamen nominis ceſſio fa-
cta, non eſſe prohibendum creditorem eundémque man-
datorem quominus eaſdem actiones quas mandauit
exerceat: quia cum ſint directæ non potuerunt ita tranſ-
ferri ex cauſa mandati, vt non in mandantis perſona
perpetuò remanſerint, *l. quis ergo. 16. ff. de pecul. l. 3. ff.
pro ſocio.* neque verò id actum eſt à creditore cùm eas
procuratori mandauit vt illas amitteret, ſed potius vt
earum fructum & emolumentum facilius conſequere-
tur, procuratore nihil niſi miniſterium exhibente, &
ex ipſius mandantis perſona agente, ſiue ſolius mandan-
tis, ſiue ipſius quoque mandatarij gratia mandatæ
actiones proponantur, id eſt ſiue nudus procurator ſit
is cui mandatæ fuerunt, ſiue in rem ſuam conſtitutus.
† Sed hoc ita tamen ſi neque dum litem conteſtatus ſit 11
procurator, neque denunciauerit debitori ne mandatori
ſolueret, neque debiti partem acceperit. Nam ſi quid
horum factum ſit, non eſt permittendum creditori vt de-
bitorem vrgeat, & ab eo debitum exigat, ne alioqui eue-
niat vt ex mandatoris facto hactenus deterior fiat con-
dicio debitoris, vt vel litis, vel pecuniæ iacturam poſſit
incurrere, ſi qui vnius tantùm creditoris debitor fuit
duobus aduerſariis reſpondere compellatur. † At ſi cre- 12
ditor non tantùm actiones mandauerit, verum etiam no-
men ipſum debitoris vendiderit, aut in ſolutum dederit,
difficilius ei permittitur vt debitum exigat, quamuis nec
dum ceſſionarius litem conteſtatus ſit, nec debitori de-
nunciauerit ne ſolueret, nec debiti partem vllam perce-
perit, quia licet æque directas penes ſe habeat actiones,
minus tamen ſunt efficaces ad exigendum debitum pro-
pterea quòd vtiles habet ceſſionarius ex ſua perſona, ob
idque ad inhibendam cedentis perſecutionem, ſufficit vt
debitor probet ſcire ſe à ceſſionario factam illi ab acto-
re ceſſionem: quandoquidem ſi poſteaquam id reſciuit
ſolueret proprio creditori quem poteſt doli exceptione
ſummouere, non liberaretur, vt ſuprà diximus, *cap. 2. &
3. ex d. l. nomen. C. quæ res pignor. obligat. poſſ.* † Quòd ſi 13
nondum ſciuerit ab ipſo ceſſionario, licet aliunde ſciat,
quemadmodum ſi cedenti ſolueret liberaretur, ita ſi à
cedente conueniatur nullam habere poteſt exceptionem
ex perſona & iure ceſſionarij, quia ius illud tertij eſt, nec
excluſiuum iuris agentis, vt & Baldus fatetur, in *leg. ſi pa-
ter. C. mandat.* licet aliis pleriſque locis ſibi parùm con-
ſtans aliter atque aliter diſtinguat. Non addo hic exce-
ptionem illam quam probaui in ſuperioribus niſi debi-
tor pactus ſit cum ceſſionario priuſquam à cedente cõ-
ueniatur. Neque enim fieri poteſt vt paciſcatur cum ceſ-
ſionario quin ab eo ipſo reſciat ceſſionem: Itaque ex-
ceptio illa ſufficit, *niſi ceſſionarius debitorem de ſibi facta
ceſſione certiorauerit*, vt non illi ſolùm caſus comprehen-
dantur, de quibus in *d. l. 3.* ſed alij quoque omnes in qui-
bus ſuccurrendum ſit & debitori & ceſſionario. Cum
aliis pleriſque modis poſſit contingere vt de ceſſione
debitor factus ſit certior ab ipſo ceſſionario. † Alius nec 14
leuior noſtrorum error eſt quòd putant ſoluta mandata-
rio parte debiti perinde extinctum eſſe ius mandatoris
vt nihil amplius à debitore poſſit exigere ac ſi mãdata-
rius litem conteſtatus eſſet, aut debitori denunciaſſet ne
mandatori quicquam ſolueret, quaſi hoc ipſum diſertè
expreſſum ſit in *d. l. 3. C. de nouat.* vbi tamen nihil aliud
conſtituitur quod ad hanc rem pertinet, niſi vt ſi is cui
mandata actio eſt, partem debiti perceperit, non liceat
priſtino creditori eique mandatori debitam quantitatem
petere ſcilicet integram. Relato nimirum debiti verbo
ad tempus mandati, vt ea quantitas ſignificetur quæ
mandati tempore debebatur. Quod ius habet ſum-
mam æquitatem adeóque rationem, quia per ſolutionẽ
mandatario factam parta ſit debitori liberatio, *leg. vero
procuratori. 12. ff. de ſolu.* Cæterùm quemadmodum ex ea
ſolutione non niſi pro qua parte ſolutum eſt contingere
liberatio potuit, ita nec ratio vlla eſt propter quam cre-
ditor qui actiones mandauerit reſiduum exigere non
poſſit, ſi neque dum litem conteſtatus ſit procurator,
neque debitori denunciauerit ne ſolueret. † Idque quòd 15
ait lex, *non abſtulit. 4. C. de nouat.* Eum cui mandata erat
actio ad exigendam pecuniam ſi partem debiti accepe-
rit, non idcirco poſſe debitorem pro reliquo liberare aut
mandatori auferre facultatem reſidui exigendi, qui ta-
men vtique vel inuito mandatore poſſet reliquum exi-
gere, ſi litem conteſtatus eſſet, aut ſi debitori denunciaſ-
ſet ne mandatori ſolueret *d. l. 3.* † Plus igitur poteſt litis 16
conteſtatio aut denunciatio quàm partis debiti perce-
ptio, quoniam litis conteſtatio itemque denunciato ſicu-
ti totum ius debiti reſpiciunt, ita mandatori in totum
noceut

nocent, Partis debiti perceptio non item, quia nec totum
debitum afficit, ſed eam tantum partem quæ ſoluta eſt.
17 † Planè ſi non mandata actio, ſed nomen ipſum ceſſum
proponatur, admittam facile ſufficere partis debiti ſolu-
tionem ad hoc vt ſi reſiduum petat cedens repellatur ex-
ceptione doli, Nempe quoniam ex ca u de illo tantum
quærendum eſt, an debitor ceſſionem ſciuerit ab ipſo ceſ-
ſionario. Fieri autem nequeat vt neſciuerit, qui debiti
partem ipſi ceſſionario perſoluit. Non enim quod plus
minúſve ſoluerit, facere poteſt vt ceſſionem magis mi-
18 núſve ſciuerit. † Ex his appareat quàm ridiculi ſint, qui
ad illos tres caſus quos Alex. Imp. enumerat in *d. l. 3.*
quartum adeunt quo cedens nec agere poſſit nec exige-
re: ſi, inquiunt, in inſtrumento ceſſionis appoſita ſint
verba illa quæ hodie ex notariorum ſtylo paſſim appo-
nuntur, *ponendo & ſubſtituendo ceſſionarium in locum ſuum.*
Nam præter id quòd clauſula illa facere non poteſt quin
directæ actiones maneant penes cedentem, qua ſola ratio-
ne mouetur Imp. in *d. l. 3.* fru ſtra de c ſ.o nomine diſpu-
tes in interpretatione illius legis quæ non niſi de manda-
19 ta actione loquitur, vt diximus. † Sane cum delegatio in-
teruenit, nemo dubitat quin à priſtino creditore debi-
tor liberetur & conſequenter directæ actiones nullæ ſo-
perſint penes delegantem, vt diſertè ſcriptum eſt in *d. l.*
20 *3.* † Reſtat vnum hoc addendum & obſeruandum, Poſ-
ſe fieri vt etiamſi vtilem actionem ceſſionarius habeat
ex perſona propria poſt reſcriptum Diui Pij, eius tamen
interſit directam potius habere, cùm aliquando eueniat
vt directa alium maiorémque effectum habeat nec eaſ-
dem patiatur exceptiones, *l. minor. 39 §. 1. ff. de euic. Ca r.*
ad l. qui ſtipendia n. 4. C. de procur. Hoc verò cùm accidit
datur actio ceſſionario aduerſus cedentem ad hoc vt di-
rectas illas mandet actiones, neque vlla exceptione repel-
latur, quaſi eius nihil interſit ob id quod vtiles iam ha-
beat. Verum enim eſt ipſius intereſſe.

Capvt VII.

Ceſſi nominis periculum an ad cedentem ſpe-ctet an ad ceſſionarium, ad §. ſoror. l. pupilli. 96. ff. de ſol.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio à Doctoribus adhibita inter periculum præ-ſens & futurum.*
2 *Subdiſtinctio inter nomē ſimpliciter ceſſū, & æſtimatū.*
3 *Reiecta diſtinctione & ſubdiſtinctione oſtenditur ceſſi nominis periculum nullo cedentis dolo vel culpa interueniente, omni caſu ad ceſſionarium pertinere.*
4 *Reſpondetur ad* l. ſi conuenerit. 18. ff. de pignor. act. & l. nomen. 4. C. quæ res pignor.
5 *Quo pertineat illud quod dici ſolet, non idem eſſe actionem cedere & ſoluere?*
6 *Aliud eſſe non liberari cedentem, aliud verò ceſſi nominis periculo vrgeri.*
7 *Mandatas actiones mandantis periculo eſſe debere.*
8 *Differentia inter mandatarium actionum & ceſſionarium nominis.*
9 *Confirmatur ſuperius axioma ex* l. 3, C. de nouat.
10 *Nomen in ſpecie* d. l. 3. *in ſolutum datum non fuiſſe, & Multum intereſſe an datum ſit nomen in ſolutum vel quauis alia ratione ceſſum, an verò ſolutionis gratia mandatæ ſint actiones.*
11 *Caſtrenſis interpretatio ad* d. §. ſoror. *reijcitur.*
12 *Ceſſione nominis ſimpliciter facta & præſens & futurum periculum ad ceſſionarium pertinere.*

EST † hæc quæſtio ſuperioribus conſequens, Vtrum
ceſſi nominis periculum ad cedentem ſpectet an ad
ceſſionarium. In qua vulgò noſtri diſtingunt periculum
præſens vt illi vocant a futuro, id eſt, an ceſſus debi-
tor iam tum cum cedebatur adeò inops eſſet vt ab eo
exigi debitum non poſſet, an verò poſt ceſſionem ino-
pia ſuperuenerit. Nam cum inopia ſuperuenit nemo du-
bitat quin ceſſionarij ſit periculum, *ex leg. pupilli. 96.*
§. ſoror. ff. de ſolution. quem locum ita Bartolus ibidem 2
explicat & ad *leg. Mæuia. 49. ff. ſolut. matrimon.* † Cùm
verò iam ipſo ceſſionis tempore minus idoneus erat de-
bitor, ſubdiſtinguunt, An nomen ſimpliciter ceſſum ſit
an æſtimatum, vtputa pro legato aut debito certæ
quantitatis. Si ſimpliciter ceſſum ſit ſiue in ſolutum ſiue
ſolutionis exigendæ gratia, magis probatur vt pericu-
lum ſit cedentis, hoc eſt, vt ſi ceſſionarius vel nihil
vel minus a debitore ceſſo exegerit: totum id cedentis
damno ſit ex *leg. ſi conuenerit. ff. de pignor. action. leg.*
nomen. 4. Cod. quæ res pignor. oblig. n. poſſ. Si verò æſti-
matum, placet periculum non minus præſens quàm fu-
turum ad ceſſionarium pertinere, ex *dict. §. ſoror.* Quem
Imola, Alexand. Caſtrenſ. & alij plerique non de fu-
turo periculo intelligunt quomodo Bartolus ſed de præ-
ſenti, at eo tamen caſu quo nomen æſtimatum propo-
natur hoc etiam addito, Nihil hac parte intereſſe an de-
bitorem ce.ſum inopē ſciuerit ceſſionarius, an ignora-
uerit. † Ego contra indiſtinctè verius arbitror ceſſi no- 3
minis periculum omni caſu ad ceſſionarium pertinere,
dummodo cedentis nec dolus, nec culpa vlla interue-
nerit: ex *dict. §. ſoror*, qui locus de inope debitore ge-
neraliter loquitur, non adhibita ea diſtinctione an ino-
pia illa poſt ceſſionem ſuperuenerit necne: nec illa
rurſum, an ſimpliciter ceſſum ſit nomen, an æſtima-
tum. Idem probat *leg. ſi nomen. 4. cum leg. ſequent. ff.*
de hæred. vel action. vendit. vbi ſcriptum eſt, quod
rationis loco eſſe poteſt, Eum qui nomen ceſſit cauſa
venditionis [idem verò eſt ſi ex alia cauſa qualibet
præterquam dotis, vt ſequenti capite dicemus] ad hoc
ſolùm teneri vt præſtet verum debitorem & ſine exce-
ptione, non etiam vt præſtet locupletem. Quod &
ſcriptum eſt *leg. ſi plus vel minus. 74. §. vltimo. ff. de eui-*
ction. lege apud Celſum quarta §. quod ſi n. ff. de dol. ex-
cept. Neque verò vlla lex aut iuris ratio eſt quæ repu-
gnet. † Nam qui obijciunt, *leg. ſi conuenerit. 18. ff.* 4
de pignorat. action. & leg. 4. Codice quæ res pignorat. vt
probent, præſens periculum nominis ſimpliciter ceſſi
ad cedentem ſpectare, faciunt ſane parum ſubtiliter,
cùm nihil afferant ex quo poſſit coniici textus illos lo-
qui de inope debitore, & ſequenter de periculo no-
minis. † Neque rurſus contrarium eſt quod dici ſo- 5
let, non idem eſſe actionem cedere & ſoluere, *vt Ac-*
curſ. notat ad l. legatum. 25. de liber. legat. Id n. eo pertinet,
vt qui nomen cedit non idcirco ſoluere videatur, ob id-
que nec liberetur, *d. l. pupilli. 96. §. ſoror. de ſolut.* Nempe
quia rem ceſſam non facit plenè accipientis: Directam
ſiquidem actionem vel inuitus penes ſe retinet vt ſupe-
riore c. diximus, ex *l. ſi cū emptore. 16. ff. de pact. l. vltim. de*
tranſact. leg. vltim. C. quand. fiſc. vel priuat. debit. ſui de-
bit. conuen. poſſ. iuris autem regula eſt ſolutione eius
quod debetur ita demum liberationem contingere ſi
id quod ſoluitur fiat pleno iure accipientis, *leg. Nera-*
tius. 63. de cond. indeb. Sed aliud longè eſt, non liberari 6
cedentem, aliud verò ceſſi nominis periculo vrgeri, vt
apertè Papinian. reſpondit in *d. §. ſoror*, in cuius ſpecie
negat liberatum eſſe debitorem, quoniam delegatio non
interuenerat, nec eò minus tamen periculum ceſſi no-
minis ad ceſſionarium pertinere reſpondet. Sic dicimus
rei venditæ periculum ſtatim atque nudo conſenſu per-
fecta venditio eſt ad emptorem pertinere, *§. cùm au-*
tem Inſt. de empt. & vend. l. 1. C. de peric. & commo. rei
vend. cum ſimilibus, quamuis non niſi ſecuta traditione
adeóque ſoluto pretio aut habita de eo fide dominium
nanciſcatur, *§. vendita Inſt. de rer. diui. l. quod vendidi. 19.*
de contr. emp. Nimirum quia in ipſius poteſtate eſt nan-

ciſci

nancī[illegible] dominium rei cum velit, vt contra Ciracium diſputauimus *l. 2. [illegible] 4.* Sed & in ceſſionarij poteſtate eſt, non ſolùm, vt debitorem [illegible] cogat vel litem conteſtatur, vel debitori [illegible] ne ſoluat, ſed vt ſaltem certiorem debitorem de facta ſibi ceſſione: quod vnum ſufficere probauimus in ſuperioribus ad hoc vt inutilis & inefficax fiat directa illa actio quæ penes cedentem remanſerat. Illa ſane diſtinctio perpetuò neceſſaria eſt quam noſtri non obſeruarunt. An ceſſio nominis facta ſit, an vero

7 mandatæ duntaxat actiones. † Hoc, n. caſu licet in rem ceſſionarij mandatæ proponantur, periculo tamen cedentis eſſe debent ſiue nihil omnino ſiue minus exigatur, dummodo procuratori in rem ſuam conſtituto culpa nulla arguatur: id eſt dum non fuerit ille negligens in exigendo debito poſtquam litem conteſtatus eſt, aut debitori denunciauit ne ſolueret. Alioqui qua fronte obſecro poteſt is qui mandauit actionem, imputare mandatario cur mandatum non exercuerit, cum nec ipſe egerit qui proprio iure agere poterat ſi debitorem exigere voluiſſet?

8 † Atqui, inquies, Vendito quoque nomine aut in ſolidum dato directa actio penes cedentem remanet, neque tamen [illegible] periculum ad eum pertinet. Verùm ſunt iſta longè diſſimilia, [illegible] qui nec inuito ceſſionario agere potuit, vtiles actiones ex perſona ſua habente, neque a debitore, cuippe ceſſionem ab ceſſionario ſciente ſolutionem accipere, longè minus imputari poteſt cur non egerit, quàm ei cuius ſolius propria actio fuit, & ex cuius tantum perſona non etiam ex propria mandatarius agere potuiſſet. Denique ceſſionarius vtiles ſuo nomine actiones habet, tantumdémque iuris ad rem exigendam, quantum ſi directa quoque haberet, ob idque recuſare minus poteſt quominus exactionis periculum in ſe ſuſcipiat: mandatarius proprias nullas habet, ſed alienas exercet. Cur ergo ad eum ſpectabit periculum ſi nihil ſit quod

9 illi imputetur? † Probatur autem hæc ſententia non ineleganter *ex d. l. 3. C. de noua.* Nam quod in poſteriore eius parte ſcriptum eſt periculum non pertinere ad mandantem, ſed ad eum in quem tranſlatæ fuerant actiones propter factam delegationem, an non oſtendit manifeſtè, in priore ſpecie ex contrario pertinere, quia non erat facta delegatio, ſed tantùm mandatæ actiones ſolutionis gra-

10 tia? † Ex quo apparet euidentius, quam verum ſit quod nos ſuperiori capite contra omnium interpretum ſententias docuimus, non ſatis [illegible] ſpecie datum nomen in ſolutum, multùmque referre, an datum ſit nomen in ſolutum aut qua alia ratione ceſſum, an verò mandatæ ſint ſolutionis gratia directæ actiones. Nam ſi de nomine in ſolutum dato ageremus pertineret periculum ad ceſſio-

11 narium nulla etiam facta delegatione *d. [illegible] ſoror.* † In cuius etiam interpretatione errat Caſtrenſis quàm maxime, qui liberationem [illegible] ideo non contingere exiſtimat quod ceſſum a fratre nomen ſoror ſimpliciter accepiſſet, non in ſolutum. Quaſi ſi in ſolutum accepiſſet aliud reſpondere [illegible] debuiſſet. Nam imò verò accepta etiam in ſolutum nominis ceſſione, non ideò liberatum cedens ipſo iure quouſque ſolutio ſecuta ſit, ſed tamen [illegible] & pacti, [illegible] Papinianus loquitur [illegible] debitum ab ipſo pet[illegible]. Ra[illegible] quam attulimus quod qui cedit nomen [illegible] venditionem aut alia [illegible] non fac[illegible] Directam ſiquidem [illegible] retinet actionem, quam [illegible] amittat ne quid [illegible] delegatio [illegible] omnino nec [illegible]. In [illegible] Caſtrenſis [illegible] quod ille [illegible] periculum ad ceſſionarium perti[illegible] in ſolutum facta ſit [illegible] ſimpliciter

12 [illegible] non [illegible] quidlibet [illegible] vult, ſed [illegible]. Eo enim eandem [illegible] quam [illegible] rationem [illegible] parte conſtitue[illegible] ſimpliciter ceſſio [illegible]. Nam ſi in ſolutum [illegible] nec Caſtrenſis dubitat quin præſens quoque periculum ſpectet ad ceſſionarium. Si enim liberationem hoc caſu ipſo iure contingere voluit, An non prorſus conſequens eſt vt periculum quodlibet ceſſi nominis ad ceſſionarium ſpectare multò magis crediderit? *arg. d. l. 3. in fi. D. de noua.* Quamquam illud male, vt diximus, hoc bene, & longe rectius quàm qui volunt non aliter præſens periculum nominis ad ceſſionarium pertinere quam ſi nomen ceſſum fuerit æſtimatum.

CAPVT VIII.

In quo diſpar ſit conditio mariti cui dotis cauſâ nomen ceſſum eſt, & alterius cuiuſlibet ceſſionarij. Ad §. ſi à debitore. l. promittendo. 41. D. de iur. dot.

SVMMARIA.

1 *Maritum cui dotis cauſa nomen ceſſum eſt nec præſens nec futurum ceſſi nominis periculum ferre teneri.*
2 *Quænam ſit hac parte ratio diſſimilitudinis inter maritum, & quemlibet alium ceſſionarium*
3 *Multum intereſſe an venditio ſimplex fiat an dotis cauſa.*
4 *An & quando mariti periculum ſit ſi facta delegatione aut expromiſſione dos promiſſa viro ſit à debitore mulieris, aut alterius pro muliere dotem dantis?*
5 *Quis delegatus, quis item expromiſſor dicatur?*
6 *An in ſuperiore quæſtione expromiſſor a delegato ſit diſtinguendus?*
7 *Reijcitur Bartholi & Caſtrenſis diſtinctio ad l. Mœuia ff.* ſolut. matrimon. *& vera ſententia* dict. §. ſi à debitore.
8 *Maritum qui delegatione facta prudens & ſciens ſecutus eſt nomen debitoris mulieris, eius periculum ferre teneri, ſi ab initio debitor pro muliere dotem promittens ſoluendo non fuerit.*
9 *Non eſſe eo caſu diſtinguendum an debitoris inopiam vir ſciuerit, an ignorauerit.*
10 *Creditorem qui fideiuſſorem minus idoneum ſemel admiſit, non poſſe alium idoneum a debitore petere.*
11 *Excipe, niſi præſtandæ fideiuſſionis neceſſitas ex iudicis officio proficiſcitur.*
12 *In quo diſpar ſit conditio mariti, & alterius cuiuſlibet ceſſionarij.*
13 *In cæteris perſonis nihil intereſſe inter ſimplicem ceſſionem nominis, & delegationem, nec inter ceſſionem nominis æſtimati, & non æſtimati.*

ET ſi † maritus cui mulier debitoris nomen in dotem dedit comparari ſolet emptori nominis hactenus vt vtilem quoque actionem ſuo nomine habeat, & exercere poſſit, *lege 2. Cod. de oblig. & action.* non tamen in cæteris omnibus eiuſdem eſt conditionis, maximè cum de nominis ceſſi periculo ad quem pertineat diſputatur: iniquum enim fuerit mariti periculo eſſe nomen quod in dotem datum eſt, ſi forte aut iam tùm cùm cedebatur idoneum non erat, aut poſteà citra ipſius culpam ſoluendo eſſe deſierit, *lege Mœuia. 49. vbi Bart. & Caſtrenſ. & cæteri ff. ſolut. matrim.* 1
† Eiuſque diſſimilitudinis ratio illa videtur afferri poſſe, quod, cùm dos datur, id agi intelligitur vt ſoluto quandocumque matrimonio ſi ita caſus ferat dos reſtituatur nec quicquam ex dote commodi præter fructus penes maritum, vt nec incommodi remaneat *lege quoties 16. de iur. dot.* vbi propter hanc cauſam eleganter Vlpianus ait, † multùm referre an venditio ſimplex fiat, an dotis cauſa. Hoc enim caſu ſi quid forte vir ab 2

vxore propter euictionem rei dotalis conſecutus ſi, le-
bere id eum ſoluto matrimonio vxori reddere. Quo-
niam, inquit, non debet maritus lucrari ex damno mulie-
ris, ſufficitque indemnem illum præſtari vt neque dam-
num neque lucrum ſentiat, *l. iure ſuccurſum 6. §. vlt. l. ſi res*
æſtimata 12. §. ſi mulier. & l. non ſolum 52. eod. tit. Tametſi
dici ſoleat eo animo votóque dotem dari, vt perpetuò ſit
4 penes maritum *l. 1. eod.* † Non idem eſt ſi quis proponat
facta delegatione aut expromiſſione promiſſam fuiſſe vi-
ro dotem ab eo, qui mulieris debitor erat, aut alterius pro
muliere dotem dantis. Tunc enim ſiue quandam nomi-
nis æſtimationem factam dicas, ſiue delegationem aut
expromiſſionem, eſt quod imputare ſibi vir debeat qui
ſciens & prudens debitoris nomen vltrò ſecutus ſit, *l.*
promittendo 41. §. ſi a debitore. ff. eod. tit. vbi Paulus docet
periculum eſſe viri, ſi à debitore mulieris ſub condi-
tione dos promittatur, & iam tum debitor cùm ſub con-
ditione promitteret ſoluendo non fuit: Ita demùm au-
tem pertinere ad mulierem, ſi cùm initio obligationis
eſſet ſoluendo, poſteà pendente conditione ſoluendo
eſſe deſierit. Nec enim videri maritum nomen ſecutum
eo tempore quo exigere non potuerit, ſed tale dunta-
xat quale initio obligationis fuit. Quò etiam pertinet
textus elegans & ſubtilis, *l. cum vir 53 eod.* Etſi verò
non ait Paulus factam delegationem, hoc ipſum tamen
ſatis exprimit cùm loquitur de mulieris debitore pro
5 ipſa muliere dotem promittente. † Quid enim aliud
eſt delegare quàm vice ſua alium reum dare? *l. delegare*
11. ff. de nouat. Niſi malis quod & puto verius debitorem
hunc pro expromiſſore haberi potiùs quàm pro delega-
to, *vt & in leg. debitor 56. de iur. dot.* Neque enim poni-
mus fuiſſe mulierem priùs obligatam marito dotis no-
mine. Expromiſſor potiùs propriè dicitur qui pro non
obligato ſe obligat. *l. & eleganter 7. §. ſeruus ff. de dolo. l. ſi*
quis accepto 4. de condict. cauſ. d. l. ol. quando 13. in princ.
ad S C. Velleian. l. ſi verò 64. §. ſed etſi reum. ff. de ſolut. ma-
6 *trim. l. qui libertinus 33. §. vlt. de oper. libert.* † Sed quod
ad hanc rem pertinet non differt expromiſſor à delega-
to, vtroque enim caſu creditor cui fit expromiſſio aut
delegatio, ſequitur nomen debitoris ſiue expromiſſoris,
ſiue delegati, perindéque per expromiſſionem fit atque
per delegationem vt obligatus non ſit is pro quo fit aut
7 expromiſſio aut delegatio † neque diſtinguendum ar-
bitror quomodo Bart. Caſtr. & cæteri ad *d. l. Mænia.* ſo-
lent diſtinguere an maritus cui mulieris debitor dotem
promiſit ſciuerit eum iam ipſo promiſſionis tempore
inopem fuiſſe, an ignorauerit, vt eo duntaxat caſu quo
ſciuit præſens inopiæ periculum ad eum ſpectet, non
etiam ſi ignorauit, quaſi id ſibi velit Paulus *in d. §. ſi à*
debitore, iis verbis *quòd ſciens tale nomen ſecutus videtur.*
Eſt enim illius loci longè alia ſententia. Illa nimirum,
Imputari ſemper poſſe ei qui prudens & ſciens ſecutus
eſt nomen debitoris tale quale ab initio obligationis
fuerit. Tametſi námque debitorem inopem eſſe igno-
rauerit, hoc ipſum tamen ſciens & prudens fecit vt qua-
le nomen eſſet eius qui delegaretur aut expromitteret,
tale illud ſequeretur. Nam & in cæteris omnibus perſo-
nis id iuris admittunt noſtri, *ex l. ſi nomen 4. cum l. ſeq. ff.*
8 *de hered. vel action. vendit.* † Cur non ergo idem & in
marito? An quia, vt illi putant, ſpeciale ius eſt dotis vt
neuter coniugum ab alio decipi debeat? *d. l. iure ſuccur-*
ſum 6. §. vlt. & d. l. ſi res æſtimata 12. §. 1. de iur. dot. quod in
cæteris licet bonæ fidei contractibus ſecus eſt, *l. in cauſa*
16. §. idem Pomponius de minor. l. item ſi pretio 21. §. vlt. ff.
locat. Atqui non poteſt videri deceptus qui iure com-
muni vſus eſt, *l. inter eos 51. §. non inter. ff. de fideiuſſ. l. nihil*
conſenſui 116. §. 1. de reg. iur. l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor.
Porrò ius commune illud eſt vt quiſquis expromiſſo-
rem accipit aut delegatum, tale nomen quale eſt ſecu-
tus videatur idque ſciens & prudens, hoc eſt vltrò, cùm
priùs inquirere noluerit quod facere poterat ſi voluiſ-
ſet, an ſoluendo eſſet debitor nécne, *d. §. ſi à debitore.*

Niſi in hoc ipſo quod delegatio aut expromiſſio facta
eſt dolus interuenerit. *vt in l. ſi cum dotem 22. §. ſi mulier.*
ff. ſolut. matrim. Sequi enim debitoris nomen nihil aliud
eſt quam proprio ſuo periculo ab eo ſtipulari, *l. ſi man-*
datu 45. § pen. ff. de mand. Sed & facit contra Bartolum
quod fatetur ille ad *d. l. Mæni*, nominis in doté dati pe-
riculum ad virum pertinere ſi ipſe nomen æſtimatum
acceperit, non adhibita ea diſtinctione an idoneum ſci-
uerit necne, propterea quòd vt ille ait & verum eſt,
æſtimatio faciat emptionem, *l. plerunque 10. de iur. dot. l. 1.*
§. æſtimatio. ff. de æſtimat. actio. Quidni igitur & facta de-
legatione idem admitteretur? Nam ſi hac parte priui-
legium aliquod dotis eſſet, vtique ſubſiſteret, etiam
contracta per æſtimationem nominis emptione. illa
enim non ſimplex venditio eſſet, ſed dotis cauſa *vt iam*
diximus ex dicta l. quoties 16. de iur. dot. † In eóque rectè 9
meo iudicio Caſtrenſis reprehendit Bartolum quòd aliud
iuris ipſe conſtituit in nomine æſtimato, aliud in dele-
gato. Sed malè, in eo quod vult vtroque caſu diſtin-
guendum eſſe an debitoris inopiam vir ſciuerit, an igno-
rauerit, cùm ex contrario dicere debuerit neutro caſu
diſtinctioni huic locum eſſe. Nullus ſanè iuris locus eſt
quo probare illam poſſis. Ratio verò iuris prorſus repu-
gnat, ſiquidem bonum nomen facit creditor quiſquis
admittit debitorem delegatum aut expromiſſorem, *leg.*
inter cauſas 26. §. abeſſe ff. mand. † Nec alia quoque fide- 10
iuſſoris cauſa eſt. Nam cùm quis fideiuſſorem minùs
idoneum accepit, comprobaſſe videtur tanquam ido-
neum, *l. ſi ab arbitro 10. §. 1. qui ſatiſd. cogant. l. 3. ff. de fide-*
iuſſ. ob idque ſibi imputet. l. 1. item quæritur. ff. de ſepar.
Neque actio vlla ſupereſſe poteſt aduerſus eum qui fi-
deiuſſorem idoneum dare debuit ſiue ad hoc vt det
alium, quod & Bart. ipſe fatetur, ſiue ad id quod intereſt,
niſi dolus interuenerit debitoris affirmantis idoneum fi-
deiuſſorem, qui non eſt idoneus, vt benè Caſtrenſis diſ-
putat ad *d. l. 3. in fin.* contra Bart. ibidem aliter ſentien-
tem poſt Accurſ. *in l. ſi quis ſtipulatus 122. §. vlt. de verbo-*
rum obligat. Adeò autem verum eſt admiſſione fideiuſſo-
ris non idonei liberari eum qui idoneum dare debuit,
vt etſi idoneus ab initio datus ſoluendo eſſe deſierit,
non idcirco tamen alium dari oporteat, vt ſupradicto
loco defendit Bartol *ex dict. l. ſi nomen 4. de hered. vel act.*
vend. & l. pupilli 96. §. ſoror. de ſolut. † Niſi cùm ex officio 11
iudicis præſtandæ fideiuſſionis neceſſitas proficiſcitur,
inquit ille *ex dict. l. ſi ab arbitro. §. 1. l. ſi is à quo 3. §. vlt. &*
l. ſeq. vt in poſſeſſ. legat. l. Prætor ait 20. §. pen. de operis noui
nunciat. Quòd ſi hæc in fideiuſſore obtinent, quantò ma-
gis obtinebunt in expromiſſore, aut debitore delegato,
vt imputetur creditori ſi minùs idoneum nomen vltro
ſecutus ſit? † Itaque in eo diſpar erit, conditio mariti 12
& alterius cuiuſlibet ceſſionarij, quòd in marito cum de
nominis in dotem dati periculo quæritur, illa diſtinctio
neceſſaria eſt, an delegatio aut expromiſſio interuene-
rit necne, vt ſi interuenerit, periculum ſpectet ad mari-
tum & quidem tam præſentis quàm futuri temporis, ſin
minùs, vtrumque ad mulierem, quoniam qui debitoris
nomen ſimpliciter in dotem accipit, dicendus non eſt
illud ſequi aut idoneum facere, ſed tale accipere quale
eſt, ipſius ſcilicet mulieris periculo, in cuius etiam domi-
no dos remanet licet ſit in bonis mariti, *vt ait l. quamuis*
75. de iur. dot. † At in cæteris perſonis nihil intereſt in- 13
ter ſimplicem ceſſionem nominis, & delegationem ſicut
nec inter ceſſionem nominis æſtimati, & non æſtimati.
Omni ſiquidem caſu & præſens & futurum ceſſi nomi-
nis periculum pertinet ad ceſſionarium vt ſuperiore ca-
pite probauimus *ex d. l. pupilli 96. §. ſoror de ſolut. iunct. d.*
l. nomen 4. & ſeq. de hered. vel act. vend. niſi aliud conue-
nerit Non enim dubitandum eſt quin conuentione fie-
ri poſſit vt periculum ad cedentem ſpectet etiam cum
delegatio interuenit, *l. ſi mandatu 5. §. vlt. ff. mandat.*

CAPVT

Capvt XI.

An exceptio compenſationis, aut alia quæ obſtaret cedenti obſtet ceſſionario.

SVMMARIA.

1 *Ceſſionario vel mandatario vtilibus actionibus proprio nomine experienti obſtare exceptionem in rem, quæ cedenti obſtaret.*
2 *Exceptionem vero in perſonam non ſemper.*
3 *Ceſſionario mandatis actionibus ex cedentis perſona experienti eam exceptionem obſtare quæ in cedentis perſonam ob ci poſſet.*
4 *Adhibita tamen diſtinctione, an ceſſionarius factus ſit procurator in rem ſuam, an in rem cedentis.*
5 *Quid iuris in vtraque parte ſeruetur?*
6 *Compenſationis exceptionem in rem, non in perſonam eſſe.*
7 *Quibus rationibus Bartolus probauerit ceſſionario compenſationis exceptionem obijci non poſſe, ſi ceſſa ſit actio priuſquam cedenti compenſatio obijceretur?*
8 *Supradictam exceptionem perinde ceſſionario ac ipſi cedenti nocere.*
9 *Sed cæterarum exceptionem exemplo opponendam eſſe.*
10 *Compenſationis exceptionem per facti errorem omiſſam conditionem indebiti inducere.*
11 *An compenſatio propriè exceptio ſit?*
12 *Singularis caſus quo exceptio quæ obſtatura erat cedenti, indiſtinctè ceſſionario obſtat, quamuis vtilem ſuo nomine actionem exercenti.*

APparet ferè ex ſuperioribus quid reſponderi poſ-
ſit ad quæſtionem illã toties in ſcholis & foro agi-
tatam, Vtrum exceptio quæ obſtaret cedenti obſtet ceſ-
1 ſionario.† Nimirũ diſtingui oportere. An vtilibus actio-
nibus proprio nomine, an mandatis ex cedentis perſona
ceſſionarius aut mandatarius experiatur. Priore caſu ob-
ſtabit tantùm ea exceptio quæ ſit in rem, vt puta pacti
iuriſiurandi, ſimulationis, rei iudicatæ, & ſimiles de qui-
bus, *in leg. apud Celſũ. 4. §. pen. ff. de dol. mal. except. l. in hoc
iudicium 14. §. ſi inter ſocios. ff. commun. diuid. l. idémque.
16. §. vlt. ff. pro ſocio. l. ſi ſuperatus 3. §. per iniuriam. ff. de pi-
gnor. l. fin. de except. rei vend. l. exceptiones quæ perſonæ 7. ff.
de except. l. iuratus 156. §. plerumque de regul. iur. l. vlt. §. 1.
ad S.C. Velleian. l. doli. 19. vbi Bart. ff. de nouat. Idem Bart.
& cæteri in l. ſi quis in rem. ff. de procurat. & in l. eius. Cod.*
2 *de compenſat.* † Quæ verò in perſonam competit exce-
ptio qualis eſt doli mali (ex parte nimirum eius cui ob-
iicitur licet in rem quoque ſit ex parte obiicientis, *l. 2.
§. 1. l. apud Celſum 4. §. pen. de dol. except. Imò. d. l. exce-
ptiones. 7. de exc.*) ita demùm obſtabit ceſſionario ſi cau-
ſam habeat lucratiuam, non itẽ ſi onero ſam, *d. l. apud Cel-
ſum. §. ſi quis autem. & §. authoris. leg. purè. 5. §. pen. in illis
verbis, nec enim hic debet exceptione ſubmoueri qui ſuo no-
mine agit. eo.* Niſi oneroſa illa in fraudẽ debitoris ceſſi ca-
ptata ſit, *d. §. authoris. & dict. l. ſi quis in rem. 54. de procur.*
& quidem dolum participante ceſſionario. Hoc enim
omnino requiritur, alioqui fraus cedentis non deberet
nocere ceſſionario quoties habuit ceſſio cauſam oneroſã.
*d. §. authoris & §. ſi cum legitima eiuſd. leg. vbi etiam Bart.
& in d. l. ſi quis in rem, ex l. & eleganter. 7. §. pen. ff. de dolo*
3 *l. quid enim 14. eo. l. ſi procuratorem. 8. §. 1. ff. mandat.* † Po-
ſteriore autem caſu, id eſt cùm mandatis actionibus, &
ex cedentis perſona ceſſionarius experitur, haud dubiè
obſtat ceſſionario ea quoque exceptio quæ in
perſonam cedentis obiici poſſet: Nã qui ex alterius per-
ſona agit, eaſdem pati debet exceptiones ſicut & qui ex
alterius perſona excipit eaſdẽ replicationes, *Bald. poſt Iac.*

dict. in l. qui ſtipendia. C. de procur. Niſi ratio quæ facie-
bat, vt huiuſmodi exceptio cedenti obſtaret, non habeat
locum in perſona ceſſionarij: Id enim aliquando euenit.
*l. vlt. in prin. C. de iur. dot. Caſtrenſ. ad l. Modeſtinus. 76. n. 1.
in fi. ff. de ſolut.* † Nec diſtinguemus an ceſſionarius pro- 4
curator factus ſit in rem ſuam, an in rem cedentis, niſi
hactenus vt ſi in rem ſuam ea demùm perſonalis exce-
ptio ei noceat, quæ ex ipſo negotio de quo agitur profi-
ciſcitur: ſi in rem cedentis indiſtinctè noceat quælibet.
Etſi enim qui directas actiones exercet tanquam procu-
rator in rem ſuam, petere poteſt & debet ſibi dari non
etiam cedenti vt poſt Accurſ. & Bart. vulgò noſtri tra-
dunt, *ad d. l. qui ſtipendia. & d. l. ſi quis in rem ſuam.* Cogi-
tur tamen in narratione, cedentis perſonam exprimere,
ob idque factum & dolum quoque cedentis ipſi nocere
æquum eſt, arg. *d. l. apud Celſum. §. de authoris. verſ. ſi an-
tem acceſſione. ff. dol. mal. excep. l. ex qua perſona 149. de reg.
iur.* † Eôque pertinet quod tractat Bartol. *ad dictum §. ſi* 5
cum legitima. exceptionem banni vt ille loquitur, & ex-
communicationis, quæ obſtaret cedenti, non obſtare
ceſſionario tametſi lucratiuam quoque cauſam habenti.
Quoniam, inquit, non reſpicit actionem, ſed quid aliud
extrinſecum & merè perſonale. At cùm in rem ceden-
tis agitur, nocet quælibet exceptio perſonalis, etiamſi
ex ipſo negotio de quo agitur minimè proficiſcatur.
Ratione illa, quòd quis agendum inhabilis eſt, non
magis per procuratorem agere poſſit quàm per ſeipſum.
Loquimur enim de illo exule qui per ſe ideò agere non
poteſt quòd ſit inhabilis, non de illo qui ideircò tan-
tùm agere nequeat quòd abſit, de quo in *l. Papinianus
exul. ff. de minor.* Atque ita Baldus quoque & Caſtrenſ.
tractant ad *d. l. qui ſtipendia.* De compenſationis exce-
ptione dubitatio nonnulla eſt, an quæ obiici poterat ce-
denti obiici poſſit ceſſionario: † Non quòd quiſquam 6
neget quin in rem ſit non in perſonam, nam & ob
eam cauſam competit fideiuſſori ex perſona debitoris,
leg. 4. & 5. ff. de compenſat. quæ non competeret ſi perſo-
næ non rei cohæreret, *d. l. except.* ſed quia, vt Caſtren-
ſis diſputat, *ad l. eius. C. de compenſ. poſt Bart. in l. ſi cum
dos. ff. rer. amot.* non tam actionem ipſam afficit, quàm
exactionem. † Qua ratione defendit ille, non poſſe ceſ- 7
ſionario hanc exceptionem obiici ſi ceſſa ſit actio priuſ-
quàm cedenti compenſatio obiiceretur, quia nec priùs
actionem elidat, quàm ſit oppoſita. Item quòd nec ſit
nouum vt actio quæ inutilis erat penes cedentem, ſit
tamen vtilis penes ceſſionarium, ceſſante ſcilicet ratio-
ne inutilitatis, *d. l. vlt. C. de iur. dot.* † Verius tamen eſt 8
quòd magis communiter noſtris placet, perinde ceſſio-
nario ac ipſi cedenti poſſe obiici compẽſationem, cùm in
rẽ ſit non in perſonam, ideóq; afficiat proculdubio actio-
nem. Quomodo enim afficeret exactionem ſi non ipſam
quoque actionem afficeret ex qua fit exactio? Nam & id-
circo dicimus compenſationem ipſo iure minuere actio-
nes, *§. in bonæ fidei. Inſt. de act. l. vlt. C. de compenſ.* † Fateor 9
etiam poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *dict. l. vlt.* quæ
ius & poteſtatem compenſationis valde auxit, ſuper-
eſſe illud ex iure vetere, vt exceptionem hanc opponi
ſit neceſſe. Exceptio námque eſt proinde opponenda ex
natura exceptionum omnium, *l. 2. ff. eo. l. 11 quoniam 10.
C. eo. l. 2. l. exceptio 21. ff. de except.* Sed non facit ea res
quominùs actionem ipſam afficiat & minuat, cæteróſ-
que effectus ſuos exerat ipſo iure, *l. ſi conſtat 4. C. de
compenſ. l. ſi ambo 10. l. poſtquam 21. ff. eo.* Quod etſi non
eſſet, non eò minùs tamen ceſſionario nocere hæc ex-
ceptio deberet, Exemplo cæterarum exceptionum, quas,
cùm in rem ſunt, ceſſionario quoque obiici poſſe dixi-
mus, licet non priùs actionem elidant, quàm ſint op-
poſitæ, *d. l. 2. & d. l. exceptio. 21. de exc.* Accedit quòd com-
penſatio ſolutionis vim obtinet, *dict. l. ſi conſtat 4. &
l. ſeq. l. Iminicem. 12. & paſſ. C. de compenſ. dict. l. ſi ambo 10.
ff. eo.* † Vnde illud etiam ſit quod in *d. l. ſi ambo. §. ſi quis* 10
igitur, ſcriptum eſt, exceptionem hanc ſi per facti erro-

rem omiſſa ſit, inducere condictionem indebiti. *l. qui inuicem 30. l. qui exceptionem 40. §. ſi pars de condict. indeb. l. quod dicitur 5. §. penult. de impenſ. in reb. dotal. fact.* Quamquam ſcio noſtros vulgo hac in re diſtinguere poſt gloſſ. & Bart. *ad d. l. qui inuicem.* an compenſatio fiat ipſo iure, an ipſo facto: vt ſi ipſo iure, condictionem inducat, ſin ipſo facto, non inducat. Sed omninò malè, vt ego quidem exiſtimo, non ſolùm quod hodie diſtinctio illa ſublata ſit per ſupradictam Iuſtinian. conſtitutionem in *d. l. vlt. C. de compenſat* qua factum eſt vt in omnibus actionibus compenſatio locum habeat ipſo iure, ſed etiam quia iuris regula eſt, Eum qui perpetua exceptione fauorabili tutus erat, ſi ſoluat, poſſe repetere *d. l. qui exceptionem.* atqui exceptio compenſationis eſt perpetua & fauorabilis, cùm ideò detur quòd interſit noſtra non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere, *l. 3. D. de compenſ. l. ſi ſtipulatus 15. D. de fideiuſſ.* Cur non igi-
11 tur condictionem indebiti perpetuò induceret? † Nec me mouet quod Bart. *ad d. l. qui inuicem* ſcribit, compenſationem non eſſe propriè exceptionem, ſed potiùs actionem cùm dicatur petere quiſquis compenſat. *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* adeò vt neque permittendum ſit excommunicato compenſare quamuis poſſit excipere Sic enim Bald. *ad l. quoniam Alexandrum. C. ad l. Iul. de adulter. poſt Canoniſtas in c. cum inter Ext. de excep.* Nam reſpondeo, imò verò ſi compenſatio actio eſt, multo magis exceptionem dici debere. Non enim aliam ob cauſam dicitur actio, quàm quòd qui compenſat, excipiendo petat, ac proinde agat Cæterùm prius eſt vt excipiat, quàm vt agere & petere videatur. Idque ex eo apparet, quod ſi tale ſit debitum cuius nulla petitio competat, puta quod naturaliter tantùm debeatur, nihilominus compenſari poteſt *l. etiam quod natura 6. ff. de compenſat.* Quin & ſi ſolutum fuerit condicetur, vt & Bartol. ipſe fateri cogitur *ad l. qui inuicem in fi.* Cur non ergo & condici poterit quod compenſari poterat tametſi ciuiliter quoque debebatur? An non abſurdum ſi fauorabiliore iure cenſeri debitum cuius nulla fuit petitio, quàm quod peti potuit? Eadem igitur in omnibus ratio eſſe debet compenſationis, & aliarum exceptionum quæ in rem ſunt, & fauorabiles, vt & indebiti condictionem inducat, & quod ad inſtitutam diſputationem pertinet, ceſſionario
12 æque ac cedenti obiici poſſit. † Vnus ſanè caſus eſt, quo exceptio quæ obſtatura erat cedenti, omnino & indiſtinctè obſtat etiam ceſſionario, quamuis vtilem ſuo nomine actionem exercenti, nimirùm cum ceſſionis & exactionis totum commodum reuerſurum eſt ad cedentem. Caſtrenſ. in *d. l. qui ſtipendia 9. C. de procurat. ex notat. in l. fi. eo. & per Bart. in leg. facta §. ſi hæres ſcriptus. D. ad S.C. Trebell.* Nam qui agit ſuo nomine ad alienum commodum, perinde habendus eſt acſi alieno nomine ageret, *l. non ſolum 39. §. ſed interdum. D. de procurat. Idem Bart. in d. l. ſi quis in rem 34. eod.*

CAPVT X.

An in cauſa reconuentionis cogatur ceſſionarius cedentem defendere. Emendata l. ſi quis in rem 34. de procur.

SVMMARIA.

1 *Doctores in hac vt ſuperiore quæſtione diſtinxiſſe & ſubdiſtinxiſſe.*
2 *Doctorum interpretatio ad* l. ſeruum 33. §. vltim. ff. de procurat.
3 *Eorundem exceptio ad ſubdiſtinctionem.*
4 *Verba illa* d. l. ſeruum §. *fin.* niſi ex cauſa onerosa procurator factus ſit *Quomodo à Doctoribus accepta ſint?*
5 *Bartol, & Accurſij ad illa verba interpretatio.*
6 *Exemplum procuratoris ex neceſſitate facti interueniente cauſa lucratiua, à Caſtrenſe allatum.*
7 *Bartoli interpretatio excuſſa.*
8 *Vera ſententia* l. ſi quis in rem ſuam 34. ff de procurator. *& diſtinctio in propoſita quæſtione adhibenda.*
9 *Cur factus procurator in rem ſuam, ſi procuratorio nomine agat, mandantem defendere teneatur?*
10 *An in rem ſuam procurator ex neceſſitate factus cedentem defendere cogatur?*
11 *Quid iuris ſi proprio nomine agat in rem ſuam procurator factus?*
12 *Emendatur* d. l. ſi quis in rem ſuam. *& pro procuratorio legitur* procurator proprio.
13 *Vlpianum in* §. vlt. d. l. ſeruum. *de procuratore in rem ſuam facto ex cauſa lucratiua non tractare.*
14 *Cur Vlpiani contextus intertexta fuerit* d. l. ſi quis *quæ Caij eſt?*
15 *Ratio ſuperioris emendationis, & cur locus ille de procuratore proprio nomine agente ſit accipiendus.*
16 *Illatio ex diſtinctione à Caio propoſita in* dict. l. ſi quis in rem.
17 *Procuratorem in rem ſuam factum, & procuratorio nomine agentem, ex legum diſpoſitione ad ſuſcipiendam cedentis defenſionem obligari.*
18 *Vera ratio* l. pater. 70. ff. de proc.
19 *Obſeruantur quædam, ad dictam legem.*
20 *Differre in ſpecie* d. l. pater. *legatum, & fideicommiſſum nominis.*
21 *Dictam legem de fideicommiſſo nominis, non de legato loqui.*
22 *Reſpondetur ad* § ſi cum legitima. 28 l 4. dol excep. *pro Doctorum ſubdiſtinctione ſuperius refutata allatum.*
23 *Quando locum habeat diſtinctio illa, an procurator in rem ſuam factus ſit ex cauſa lucratiua, an verò ex onerosa?*
24 *An non aliquid interſit quum agitur procuratorio nomine, verum lucratiua cauſa interuenerit, an onerosa?*
25 *Textus* §. vlt. d l. ſeruum. *ad eos qui ex cauſa lucratiua in rem ſuam procuratores facti ſunt non eſſe coarctandum.*

QVæ † à nobis adhibita diſtinctio eſt in quæſtione 2
illa, an exceptio quæ obſtaret cedenti obſtet etiam ceſſionario, eandem ferè noſtri adhibent cùm quæritur, an in cauſa reconuentionis cogatur ceſſionarius cedentem defendere. Nam ſi ceſſionarius vtili actione experiatur, & proprio nomine placet, non eſſe cogendum cedentem ferre, *leg. ſi quis in rem. 34. vbi Bartol. & cæteri. D. de procurat.* niſi ceſſio in fraudem facta proponatur, dolum fraudemque participante ceſſionario. Quis enim patiatur communem cedentis & ceſſionarij dolum debitori ceſſo fraudi eſſe? *l. & eleganter. 7. §. penultim. leg. quid enim. 14. D. de dolo. l. ſi procuratorem. 8. §. 1. D. mandat* At ſi mandatis actionibus & procuratorio nomine ceſſionarius experiatur, ſubdiſtingendum putant, Cauſamne habeat lucratiuam ceſſio an onerosam, vt ſi lucratiuam, vtque cogatur defendere, *l. apud Celſum. 4. §. ſi cum legitima. D. de dol. mal. excep. l. ſeruum. 33. §. vltim. D. de procurat.* † Sic enim locum illum vulgò intelligunt, vt proce- 3
dat in ceſſione facta ex cauſa tantùm lucratiua, Ne obſtet quod in *l. ſequent.* Caius ſcribit [quæ altera ſubdiſtinctionis pars eſt.] Si quis in rem ſuam procuratorio nomine agat veluti emptor hæreditatis, non debere eum defendere venditorem qui actiones mandauit. Cui interpretationi videtur conuenire, *l. pater. 70. eod. tit. & quod in d. §. ſi cùm legitima*, Vlpianus apertè diſtinguit cauſam lucratiuam ab onerosa. † Sed exceptio
tamen

tamen vtrique ſubdi[illegible] ſectionis parti a noſtris ſubi[illegible]
Priori quidem illa *dūmodo ce[illegible] on[illegible] non ex nece[illegible] tate*
factus ſit in rem ſu[illegible]m procurator, d. § vlt. l. ſeruum. Poſte-
riori verò niſi in fraudem geſtum negotium proponatur,
d. l. ſi quis in rem. [illegible] 4. in illis verbis *ſi bona fide, non in fraudem eorum qui inuicem agere vellent geſtum ſit negotium.*
4 † Nondum tamen conſtat inter eos quid ſibi Vlpianus
velit, in *d. § vlt. l. ſ[illegible]ruum.* cum ait, *niſi fortè ex neceſſitate*
fuerit factus. Fecit illis dubitationem quòd, vt proximè
dixi, cum locum intelligunt de eo procuratore cui man-
datæ ſunt actiones ex cauſa lucratiua, ne alioqui Vlp. cū
Caio pugnet At difficile eſt dare exemplum procurato-
ris ex neceſſitate facti interueniente cauſa lucratiua.
5 † Quam ob cauſam ſic pleríque verba illa accipiunt, ac
ſi ſcriptum eſſet, *niſi ex cauſa oneroſa procurator factus ſit.*
Atque ita ſentire videtur Accurſ. & poſt eum Bart. exē-
plum afferens non inelegās ex *l. 3. ff. famil. ercisc.* vbi agi-
tur de creditorum & debitorum hæreditariorum diuiſio-
ne, quam ſic faciendam eſſe ait, vt iudex ſingulis pro ſo-
lido alia aliis tribuat. Quod cùm fecerit, non tamen il-
lud eueniret, vt quis ex hæredibus ſolus totū debeat, vel
totum alicui ſoli debeatur: ſed vt ſiue agendum ſit partim
ſuo partim procuratorio nomine agat: ſiue cum eo aga-
tur partim ſuo partim procuratorio nomine cōueniatur.
6 † Caſtrenſis verò ad Vlpianum putat exemplum dari
poſſe in eo cui donata ſint centum, deinde ex neceſſita-
te ceſſum nomen Titij qui donatori centum quoque
debebat. Hoc enim caſu, inquit, licet donatarius cauſam
habeat lucratiuam initio inſpecto, quia tamen in rē ſuā
procurator ex neceſſitate factus eſt, non cogitur donato-
rem eundémq; cedentem defendere. Sed hoc ego ridicu-
lum arbitror, & falſum, quoniam initium ſemper inſpi-
7 ciendum eſt, *l. ſi procuratorem. 8. in prin. ff. mand. l. 3. §. ſciẽ. in fin. ff. de minor.* † Facit tamen contra Bartholum, quòd
contractus omnes etiam, quod noſtri oneroſos vocant,
inſpecto initio ſunt voluntatis, nulli neceſſitatis præter-
quam ex poſt facto, *l. ſicut. 4.* [illegible] *de oblig. & act.* Niſi fortè
quis pro Bartolo reſpondeat videri factum ex neceſſita-
te procuratorem in rem ſuam, cum qui ex cauſa onero-
ſa contraxit: ſiue quòd vix ſit vt alienas mandatáſque
actiones velit exercere qui alio modo ſibi poteſt conſu-
lere, ſiue quod interueniente cauſa oneroſa neceſſe ſit
ceſſionatium aut agere aut in damno morari verùm vtrá-
que interpretatio durior eſt quàm vt mihi poſſit ſatisfa-
8 cere. † Dicerémque libenter ſi auderem corruptum vide-
ri textum, *d. l. leg. ſi quis in rem ſuam*, longeque aliā Vl-
piani & Caij ſententiā eſſe quam vulgò exiſtimetur. Il-
lam nimirum, vt diſtingui oporteat, an qui in rem ſuam
procurator factus eſt proprio nomine agat, an procura-
torio: ſiquidem fieri poteſt vt agat proprio etiam nomi-
ne, ſi contractus talis proponatur ex quo vtilem quoque
habeat actionem vt contingit in emptore hæreditatis
aliíſque ſimilibus perſonis de quibus ſupra diximus cap.
9 5. † Cùm agit procuratorio nomine, illa ſemper ratio fa-
cit vt mandantem defendere debeat, quod perinde ſit
ac ſi ille ipſe qui mandauit, experiretur. Quid enim in-
tereſt, an quis per ſeipſum agat an per aliū? Eáque Præ-
torij edicti ratio eſt, quam Vlpianus quoque eleganter
exprimit, cum ait æquum Prætori viſum eſſe. Eum qui
alicuius nomine vt procurator experitur, eiuſdem etiam
defenſionem ſuſcipere. Imputet enim ſibi qui mandatis
actionib. & alieno nomine experiri maluit, cùm ex pro-
pria perſona potius agere propriòque nomine ſi voluiſſet
10 potuiſſet. † Cui conſequens eſt, vt ſi ex neceſſitate pro-
curator in rem ſuam factus ſit, id eſt, ſi coactus fuerit
mādatas actiones impetrare & exercere, propterea quod
vtiles aliquid fortaſſe impediebat, quod aliquando eue-
nire diximus ſupra ad fin. cap. 6. non ei debeat nocere
quod alieno nomine experitur. Semper enim ſuccurrē-
dum illi eſt quem neceſſitas cogat aliter agere quam
vellet, *l. cum reus. 14. ff. de fideiu. l. 3. ff. de ſeparat.* Præſer-
tim cum in rem ſuam procurator factus ſit, certétque de
damno vitando: quod incurreret ſi eum cuius non ine
experiri vel inuitus cogitur etiam defendere eo g[illegible] te[illegible].
† At ſi proprio agat nomine aliud eſt. Neque enim [illegible] 11
nocere debet quod procurator quoque ſit, cum non pro-
curatorio, ſed proprio nomine agat & ad ſuum commo-
dum, ſi modò bona fide nec in fraudem eorum qui inui-
cem agere vellent geſtum ſit negotium, vt Caius ſcribit
in d. l. ſi quis. † In qua non dubito quin legendum ſit *pro-* 12
curator proprio, pro eo quod legitur *procuratorio*, nato for-
taſſis errore inſcitia exſcriptoris cum ita ſcriptum eſſet
proc. proprio, & exſcriptor ille vnicam dictionē eſſe puta-
rat, eámque nullius ſenſus, pro qua ſcribi deberet *procu-*
ratorio, & ſane ſi receptam lectionem tueare nunquam
facies quin Vlpianus à Caio diſſentiat in ea re de qua
certum & exploratum ius fuiſſe nec dubitandum videa-
tur. † Nihil enim eſt apud Vlpianum in *§. vlt.* legis præ- 13
cedentis, ex quo poſſit coniici, tractare eum de procura-
tore in rem ſuam facto ex cauſa lucratiua quomodo no-
ſtri intelligunt, potiùs quàm ex cauſa oneroſa, cum ver-
ba illa *ſi quis in rem ſuam procurator interueniat*, ſint om-
nino generalia, & eò magis ad procuratorem ex cauſa
oneroſa, coarctanda, quod in rem ſuam procurator con-
ſtitui ex ea cauſa ſoleat frequentius quàm ex lucratiua.
Item quòd ſecundum noſtrorum interpretationem fa-
tendum ſit Vlpianum eum caſum prætermiſiſſe qui præ-
cipuè tractandus erat, ſi procurator in rē ſuam ex cauſa
oneroſa interueniret Nec dici poteſt, ideò ſupplendam
Vlpiani ſententiā ex Caio in *l. ſeq.* Apparet n. tam ex præ-
cedentibus quam ex ſequentibus id agere Vlpianum, vt
ea omnia diligenter explicet quæ pertinent ad interpre-
tationem edicti de procuratore alieno nomine agente:
Quis ergo credat fuiſſe mancum aut tam obſcurum in
eo quod erat vel maximi momenti. † Planè non ſolùm 14
accommodatum fuit, ſed etiam penè neceſſarium, Vlpia-
ni contextum interpolare, & ex Caio interſerere quod
ſcriptum eſt in *d. l. ſi quis*, nō eſſe verū generaliter quod
Vlpianus dixerat, ſi quis procurator in rem ſuam factus
ſit, eum debere defenſionem illius ſuſcipere cuius nomi-
ne agit. Id enim fallere ſi non procuratorio ſed proprio
nomine agat, vt puta emptor hæreditatis qui poſt Diui
Pij reſcriptum vtiles ex propria perſona actiones habet,
leg. ſi cum emptore 26. de pac. Hoc verò Vlpianus præ-
termiſerat, non quòd ad rem non faceret, ſed quo-
niam interpretabatur verba edicti ad eum tantùm ca-
ſum pertinentia, quo procurator alieno nomine expe-
riatur. Sic enim habent, *cuius nomine qui actionem ſibi*
dari poſtulabit. d. l. ſeruum §. ait Prætor. † Sed me omnium 15
maximè illud mouet, quòd in emptore hæreditatis Ca-
ius exemplum ponit. Quid enim erat neceſſe potius,
quàm in ſimplici nudóque mandatario licet in rem ſuam
conſtituto, ſi de illo tātùm agebat qui in rem ſuam pro-
curator eſſet cōſtitutus? Nā & is cui mādatæ ſunt actio-
nes à debitore ſuo ad exigendam ſolutionem, æquè dici-
tur procurator in rem ſuam conſtitutus vt agere poſſit
procuratorio nomine ex cauſa oneroſa, tametſi ceſſio
nominis nulla facta ſit, vt docuimus ſupra *c. 6. ad l. 2. C. de nouat.* Et tamen in eo differt ab illo cui nomen ceſ-
ſum & in ſolutum datū eſſet, quòd ille non tantùm pro-
curatorio ſed etiam proprio ſi mallet nomine agere poſ-
ſet. Igitur quod Caius nominatim loquitur de emptore
hæreditatis, oſtendit ſatis tractare illum de procuratore
in rem ſuam dato qui alio quàm procuratorio, nomine,
id eſt ſuo proprio & agere poſſit, & agat. † Accedit quòd 16
etiam in hæreditatis emptore diſtinguendum ait Caius,
an negotium geſtum ſit in fraudem eorum qui inuicem
agere vellent, an non. Atqui non eſſet ea diſtinctio
neceſſaria ſi poneres emptorem non niſi procuratorio
nomine agere. Hoc ipſum enim ſufficit vt cogatur
venditorem defendere, tametſi fraus nulla interuenē-
rit, cùm agens procuratorio nomine, agat ex perſona
venditoris, licèt in rem ſuam, ideóq; verbis edicti teneа-
tur, *d. §. ait Prætor. & §. vlt.* Tum demùm igitur de fraude

quærendum eſt cùm ſtricta iuris ratio emptori fauet
ne venditorem defendere cogatur, id eſt cum proprio
nomine agit non procuratorio quo caſu ratio verbáque
17 edicti ceſſant.† Denique nullus alius iuris locus eſt, quo
probari poſſit eum qui procurator in rem ſuam factus
eſt, licet ex cauſa oneroſa, ſi agat procuratorio nomine
cogendum non eſſet vt authoris ſui defenſionem ſuſci-
piat ſed quotquot leges ſunt quæ de huiuſmodi procu-
ratore loquuntur, obligant eum ad ſuſcipiendam defen-
ſionem, non adhibita ea diſtinctione, an lucratiua cauſa
18 interuenerit, an oneroſa.† Præſertim *d.§.vlt.l.ſeruũ, & l.
pater.70.eod.* quæ licet tractet de mandata actione ex
cauſa legati, aut fideicommiſſi quæ lucratiua eſt, non ta-
men illam habet rationem ſed longè aliam quam Scæ-
uola ſuo more in proponenda quæſtione iis verbis per-
ſtringit, *cùm tamtutelæ actio quã pecunia credita ex hæredi-
tate S.mpronij deſcendãt.* Ex qua infert nõ aliter mandatã
actionem ei dari debere quàm ſi defendat hæredes à qui-
19 bus mandata fuit. † Obſerua autem non ita loqui Scæ-
uolam vt dicat, non eſſe permittendum legatario aut ſi
deicommiſſario nominis vt agat contra debitorem quin
defendat hæredes, ſed non eſſe ferendum vt agat man-
data actione id eſt procuratorio nomine. Nam ſi pro-
prio agere vellet, id eſt vtili actione propoſita, quæ ho-
die poſt reſcriptum Diui Pij competit, *dict.l.ſi cum em-
ptore 16.de pact.iunct.l.ex legato 18 C.de leg.* poſſet vti-
que, nec hæredes defendere cogeretur, ſi non in frau-
dem actionis tutelæ factum eſſet legatum aut fideicom-
miſſum. Hæc enim exceptio addenda eſſet, *arg.d.l ſi quis.*
20 † Niſi fortè quis dicat quod ego arbitror probabilius,
licet à nemine adhuc obſeruatum, fuiſſe hac in re diffe-
rentiam inter legatum & fideicommiſſum nominis, quod
ex legato nominis vtilis actio competere poſſit legata-
rio, non item fideicommiſſario ex fideicommiſſo, quia
toto iure vetere fideicommiſſi natura illa fuit vt accipi
deberet per manus hæredis, nec quicquam iuris in eo
haberet fideicommiſſarius antè traditionem, vt docui-
mus lib.6.cap 1. Porrò in nominibus quæ ſunt iura & in
corporalia, nihil eſt quod traditionis loco eſſe poſſit pre-
terquàm ſi actio mandetur quæ aduerſus debitorẽ com-
petebat, quemadmodum in ſeruitutibus conſtituendis
dicimus patientiam pro traditione haberi *l.3.§.ſi iter. D.*
21 *de act.empt.* † Ideoque ni fallor Scæuola in *d.l.pater.* de fi-
deicommiſſo loquitur non de legato, At contra, lex ex
legato de legato nominis non de fideicommiſſo. Nec
quod iam olim obtinebat vt per omnia exæquata eſſent
legata fideicommiſſis ſingularibus. *l.1.de legat.*1.ad rem
pertinet. Id enim longè diuerſam habet interpretationẽ,
22 quam nos attulimus dict. c.1. † Neque rurſum pugnat
quod Vlpianus in *d.§. ſi cum legitima,* ſeparat euidenter
ceſſionem factam ex cauſa lucratiua ab ea quæ facta ſit
ex cauſa oneroſa. Separat enim in quæſtione illa quam
nos proximo capite agitauimus, An exceptio doli aliáve
ſimilis quæ obiici poſſet in cedentis perſonam, obiici
poſſit ceſſionario: non autem in illa, quam nunc tracta-
mus, an in cauſa reconuentionis cogatur mandatarius
actionis in rem ſuam conſtitutus mandantem defendere.
Quæ quæſtio tantùm ab illa differt quantùm reconuen-
tio diſtat ab exceptione. Sed neque ſeparat Vlpianus eo
loco cauſam lucratiuam ab oneroſa, in illum caſum de
quo quærimus, id eſt cùm ceſſionarius mandatis actioni
bus, & ex perſona cedentis experitur Iam enim ſuperio-
ri capite diximus, tùm cogi ceſſionarium eaſdem om-
nino pati exceptiones quas cedens ipſe pateretur, ſiue
ex lucratiua cauſa ſiue ex oneroſa ceſſio facta ſit. Eadem
prorſus ratione, qua nos nunc contendimus cogi procu-
ratorem qui mandatas licet in rem ſuã exercet actiones
mãdatorem defendere, quòd non ſuo ſed mandati agat
23 nomine.† Tum igitur locũ habet illa diſtinctio an cau-
ſa lucratiua interuenerit an oneroſa cùm ceſſionarius
ſuo nomine & vtilibus actionibus experitur: Quo ta-
men caſu fatentur noſtri omnes, nõ eſſe cogendum pro-
curatorem in rem ſuam; vt tutoris ſui defenſionem ſu-
ſcipiat, ne ſi lucratiuam cauſam habeat, niſi fraus inter-
uenerit, vt initio capitis retulimus. Omnes inquam hoc
fatentur, excepto Caſtrenſi qui ex contrario ſcripſit ni-
hil intereſſe directámne actionem ceſſionarius exerceat
an vtilem, ſed tantum an lucratiua cauſa fuerit ceſſionis,
an oneroſa: quo ineptius dici nihil potuit. Ratio autem
diuerſitatis meo iudicio illa eſt, quòd facilius ſit, vt quo-
quomodo conuento reo excipiendi, quàm reconuenien-
di facultas detur. Eſt enim reconuentio noua actio, licet
per reum proponatur: nec vlla ſit actori iniuria cùm
iiſdem exceptionibus repellitur, quibus repelleretur à
quo cauſam habet, licet ſuo non authoris ſui nomine
agat: fieret verò ſi eum quoque defendere cogeretur.
Quam ob cauſam factum etiam putem vt nullo Præto-
ris edicto opus fuerit ad inducendum, vt exceptio quæ
contra cedentem competitura erat, ceſſionario, licet
in rem ſuam & ſuo nomine agenti, poſſet obiici. At
opus fuit, vt illo etiam caſu quo nec in rem ſuam nec
ſuo nomine ageret, ſed alieno & procuratorio, manda-
torem defendere cogeretur. † Quid ergo, inquies, an 24
nullomodo intererit cum agetur procuratorio nomine,
vtrum lucratiua cauſa interuenerit an oneroſa? Imò
intererit, non quòd ad regulam quæ illa eſt, vt quiſ-
quis procuratorio nomine agit, quauis in rem ſuam co-
gatur mandatorem defendere: ſed quòd ad exceptio-
nem illam quam Vlp. ponit *d.§. vlt.l.ſeruum, niſi fortè
ex neceſſitate factus fuerit.* Nam & qui ex neceſſitate fa-
ctus eſt in rem ſuam procurator, id eſt, vt ſupra inter-
pretati ſumus, qui non aliter ſuum conſequi potuit quàm
ſi mandatas ſuſciperet & exerceret actiones, ſi lucrati-
uam cauſam habuit omnimodo cogendus eſt authorem
ſuum defendere: Nempe quia initio inſpecto nec videri
poteſt procurator in rem ſuam factus *ex neceſſitate,* cùm
neque in eum conferri liberalitatem, neque collatam
ipſum agnoſcere fuerit neceſſe. Eiúſque rei argumen-
tum & exemplum apertiſſimum extat in *d.l.pater 70.de
procurat.* vbi agitur de fideicommiſſario nominis, cui ad
fideicommiſſum conſequendum neceſſe fuit ab hæredi-
bus creditoris mandari actiones aduerſus debitorem,
cùm vtiles ex propria perſona nullas haberet, quemad-
modum diximus, nec eò minùs tamen placet Scæuolæ
cogendum illum hæredes creditoris, qui & tutor debi-
toris fuerat in tutelæ actione defendere. † Ex quo ma- 25
gis apparet quàm ineptè noſtri faciant, qui regulam ab
Vlpiano traditam verbis illis generalibus, *ſi quis in rem
ſuam procurator interueniat, adhuc erit dicendum debere eum
defendere.* ad eos ſolos procuratores coarctant, qui ex
cauſa lucratiua non etiam ex oneroſa in rem ſuam ſint
conſtituti: cùm tamen ſubiecta exceptio, *niſi forte ex ne-
ceſſitate fuerit factus,* quæ de regula eſſe deberet, nonni-
ſi ad eos accommodari poſſit, qui ex cauſa oneroſa man-
datas ab aliis actiones ſuſceperunt. Planè tametſi de iis
expreſſim Vlpianus tractaſſet duntaxat, qui ex cauſa
oneroſa alienæ actionis exercendæ mandatum ſuſce-
piſſent, ineptè tamen faceres ſi ex eo inferres. Aliud er-
go illum exiſtimaſſe in iis procuratoribus qui lucrati-
uam cauſam haberent. Nemo enim dubitat, vel tacente
Vlpiano, quin longè maiori ratione cogendi ſint iſti vt
eum defendant, cuius nomine experiuntur. Et hæc qui-
dem dixiſſe ſufficiat de quæſtione iſta in qua nihil no-
ſtros vidiſſe videbit quiſquis eos videre volet, deceptos
nimirum corrupta lectione vnius illius loci quem nos
emendamus, nec animaduertentes fieri non poſſe, quin
ſi locus eo quo diximus modo non emendetur, futurum
omnino ſit, vt Caius non ſolùm cùm iuris ratione ver-
biſque edicti pugnet, ſed etiam cum Vlpiano in *d.§ vlt.
l.33. proximè præcedenti.*

CAPVT XI.

Exceptio quæ obſtabat deleganti an & quando obſtet ei cui facta eſt delegatio. Et emendatio §.apud Iulianum l.4.ff.de dol. except.

SVMMARIA.

1 *Duplex differentia inter ceſſionem nominis, & delegationem.*

2 *Cur delegatus nulla omnino exceptione aduerſus eum cui delegatus eſt vti poſſit, licèt ei per ignorantiam promiſerit?*

3 *An eadem ſit cauſa ceſſionarij quæ eius cui facta delegatio eſt, ſi citra delegationem ceſſio nominis facta ſit ſciente & conſentiente debitore?*

4 *Solam ceſſi nominis ſcientiam expreſſo conſenſu deſtitutam debitorem non priuare beneficio exceptionis aduerſus cedentem, ſi ageret, competitura.*

5 *Debitorem qui exceptionem ſibi competentem ignorans ceſſioni expreſſim conſenſit, illius exceptionis beneficio non cadere.*

6 *Nec eo caſu diſtinguendum eſſe an probabilis ignorantia fuerit, necne.*

7 *Eum cui delegatio facta eſt nulla exceptione repelli poſſe.*

8 *Duplex circa hanc rem Interpretum diſtinctio reijcitur, & reſpondetur ad locos pro ea allegatos.*

9 *Caſus quo Dynus exiſtimauit exceptionem quæ competebat aduerſus delegantem ei quoque nocere, cui delegatio facta eſt.*

10 *In ſuperiore quæſtione diſtinguendum eſſe, an exactionis quæ ex delegatione fiet commodum ad delegantem reuerſurum ſit, necne.*

11 *A mendo repurgatur* d.§.apud Iulianum l.4.ff.de dol. except.

12 *Verba illa d. §.* dos enim quam maritus ab hærede ſoceri petit &c. *an de marito poſt diuortium an verò conſtante matrimonio dotem exigente ſint accipienda?*

13 *Vera quæſtio & ſpecies* d.§.apud Iulianum.*quænam ſit.*

14 *Superuacuam in d.§.non eſſe illam quæſtionem, vtrum maritus ex mulieris dolo repelli debeat, ſi ex ſuo proprio repelli poſſit.*

15 *Non dubitaſſe Iulianum quin de ipſius mariti dolo excipere liceret.*

16 *Ratio dubitandi & decidendi in illa ſpecie.*

HVcuſque diximus de nominis ceſſione: Nunc de delegatione aliquid ſubiiciendum eſt quod ab in-
1 ſtituta diſputatione non ſit alienum † conſtat autem in eo differre ceſſionem nominis à delegatione quòd delegatio debiti niſi conſentiente & ſtipulanti promittente debitore iure perfici non poteſt. Nominis autem ceſſio ſiue per venditorem ſiue qua alia ratione fiat, & ignorante & inuito eo aduerſus quem actiones mandantur contrahi ſolet, *leg.prima, Codice de nouat.* Qua ex differentia illa etiam naſcitur, vt qui inuitus aut ignorans ceſſus eſt, ſaluas pleruмque habeat exceptiones contra ceſſionarium, quas aduerſus cedentem ipſum erat habiturus, non ſolùm ſi agat ceſſionarius ex perſona cedentis, ſed etiam ſi ex propria vtili úſque actionibus ſibi poſt reſcriptum Diui Pij competentibus, ſecundùm eam tamen diſtinctionem, quam nos ſu-
2 prà expoſuimus capit 9.† Qui verò delegatus eſt, nulla omnino exceptione vti poteſt aduerſus eum cui facta eſt delegatio, quamuis aderſus delegantem anteà vti potuiſſet, *l.ſi quis delegauerit.12.ff.de noua.& delegat.* vbi rationem Paulus reddit, quòd qui ſe paſſus eſt delegari cùm ſciret competere ſibi exceptionem, videatur ſimilis ei qui donat, quoniam exceptionem remittere intelligitur. Sed etſi per ignorantiam promiſerit creditori, idem eſſe ait vt nulla exceptione iuuari debeat aduerſus creditorem, quia ille ſuum recepit, cùm delegatio ſolutionis locum & inſtar obtineat, perindeque liberet delegantem qui erat debitor, acſi verè ſoluiſſet, *l.3.in fin.C.eod.l. quamuis.8.§.interdum .ff.ad.S.C. Velleian.* Iuris enim regula eſt repetitionem nullam eſſe ab eo qui ſuum recepit licet alius ſoluerit quàm qui debebat, *l.repetitio.44.de cond. indeb* † Quid ergo ſi citra 3
delegationem ceſſio nominis facta ſit ſciente & conſentiente debitore? Siquidem fieri poteſt vt ceſſioni conſentiat debitor, neque tamen delegatus videri debeat, quoniam delegationem non conſenſus facit, ſed ſtipulatio *dict.l.niſi ſi fari delegans non poſſit*, quòd cùm euenit ſcripturam nutúmve interueniſſe ſufficit, *l. delegare.17.ff.eodem.* An eo caſu eadem erit cauſa ceſſionarij qui eius cui facta delegatio eſt, vt nulla exceptione repellendus ſit? Erit vtique ſi exceptionem ſibi competere debitor non ignorauit. Eadem enim ratio hîc locum habet quam Paulus probat facta delegatione, quòd qui ſe cedi conſenſit cùm ſciret tutum ſe exceptione remiſiſſe exceptionem videatur ſi modò ceſſionarius talis eſt qui vtilem ex ſua perſona actionem exercere poſſit. Videtur enim conſenſus ille, cum expreſſus eſt, id operari debere vt debitori commodum priſtinæ exceptionis eripiat, quaſi quodam contractu inter debitorem ceſſum & ceſſionarium interpoſito. Ne alioqui aut fruſtrà, aut fraudandi ceſſionarij gratia conſenſus ille debitoris expreſſus videatur, cùm ſit credibile creditoris creditorem eundemque ceſſionarium qui debitoris ceſſi conſenſum habere voluit non aliter fuiſſe cōtractuum, nominiſque ceſſionem agniturum, verentem fortaſſe ne qua exceptione repelli poſſet. † Sanè ſo- 4
la ceſſi nominis ſcientia expreſſo conſenſu deſtituta non vſque adeò debitori nocebit vt exceptionis aduerſus cedentem ſi ageret competituræ beneficium ei adimat: quia & regulare eſt vt plus operetur conſenſus quam nuda ſcientia, *l.ſicut.8.§.non videtur.ff.quib.mod.pig. vel hyp.ſoluit.* Præſertim in ea re quæ fieri potuiſſet inuitò quoque & ignorante eo cui ſciuiſſe proponitur. Id enim eſt quod dici ſolet eum qui ſciens tacet non videri conſentire, ſi contradicere non potuit quominùs etiam inuito ſe fieret quod fieri ſciuit, *l.Caius Seius.39.ff.de pign. act.l.Titius.8.in fin.ff.de reſcin.vendit*, quamuis ſibi noceat ſi expreſſim conſentiat, *l.fideiuſſor.26.§.1 in fi.ff.de pign. l.apud Celſum.4.§.quæſitum.1 ff.de dolo except.* † At ſi ex- 5
ceptionem ſibi competentem ignorauit debitor, cùm ceſſioni expreſſim conſenſit, non eſt æquum vt eodem iure cenſeatur, quo ſi facta eſſet delegatio, quia cùm per eiuſmodi ceſſionem etiam conſentiente debitore ceſſo factam, non ſit liberatus cedens à ceſſionario qui ſaluam in cedentem habet priſtinam actionem, conſequēs eſt vt hîc locum non habeat ratio illa qua mouetur Paulus cum delegatio facta eſt, *quia ille ſuum recepit.* Qua ratione ceſſante facit pro debitore ceſſio qui per ignorantiam ceſſioni conſenſit, quòd eius facilitatem & imprudentiam circumueniri non oporteat. † Adeò 6
vt nec diſtinguendum ſit meo iudicio an probabilis ignorantia fuerit, necne, hoc eſt an ex proprio an ex alieno facto deſcendat, cùm ſatis ſuperque ſit iuris rationem facere pro ceſſo debitore, nec in damno vllo morari creditorem. † Quemadmodum ex contrario fa- 7
cta delegatione nec ſcientiam ab ignorantia diſtinguimus, nec ignorantiam probabilem ab improbabili, ſed omnimodo tuemur eum cui delegatio facta eſt, vt nulla exceptione repelli poſſit † In quo mirī ſunt noſtri 8
interpretes, diſtinguentes, vt in ceſſione, an delegatio facta ſit ex cauſa lucratiua an ex oneroſa Item an delegatus ſciuerit exceptionem ſibi competere an igno-

 rauerit

tauerit. Sic enim Dynus diſtinguebat, quem Bart. refert & probat *ad l.doli.19.ff.de nouat.ex l.2.§. aliud iuris. ff. de donat.leg.Iulianus.7.1.reſponſ.ff.de dol.except.* Qui tamen loci non de verò debitore delegato tractant de quo nos diſputamus, ſed de putatiuo, vt Bartolus fatetur ad *d.l.ſi quis delegauerit.* At longè alia putatiui alia veri debitoris delegati ratio eſt. Facilius enim ſuccurritur delegato qui nullomodo debitor fuit, quam ei qui reuera fuit licet haberet exceptionem. Item tractant de delegatione facta donandi animo, id eſt ei cui delegans donare volebat, & conſequenter qui nódum erat creditor ne quidem ex cauſa lucratiua cùm necdum vlla eſſet donatio. In quo non poteſt locum habere ratio qua Paulus monetur, *quia ſuum recepit*, ſiquidem fieri nequeat vt ſuum receperit qui creditor non fuit. Nam & ſub conditione facta videtur illa donatio ſi debitor ſit qui donandi animo tanquam debitor delegatur, *arg.leg.ſi ſic.75.§ 1. de*
9 *leg.1.l.legati.25.in fin.de liber. legat.* † Addebat Dynus poſſe exceptionem quæ competebat aduerſus delegantem ei quoque nocere cui facta eſt delegatio ſi eadem cauſa ſit concedendæ aduerſus vtrumque exceptionis, vt puta ſi mulier quæ pro alio interceſſerat iuuarique Velleiano poterat delegari ſe paſſa ſit. Nam & aduerſus creditorem ex delegatione agentem eadem ipſi exceptio proderit, *dict.l.doli.§.diuerſum.& l.quamuis.8.§.ſi mulier. ad S.C.Velleian.* vbi ratio redditur, quoniam in ſecunda quoque promiſſione interceſſio eſt. Sed hoc ad rem non pertinet. Nam quemadmodum duplex illo caſu interceſſio eſt, ita & conſequens ſit vt alia ſit exceptio quæ competebat aduerſus delegantem, alia quæ nunc competit aduerſus eum cui facta fuit delegatio: quamuis eadem
10 ſit genere, quod nec Bartolus prætermiſit. † Illa tantum diſtinctio probari poteſt, An exactionis quæ ex delegatione fiet commodum ad delegantem reuerſurum ſit necne, vt ſi reuerſurum ſit vno illo caſu, nec alio præterea vllo noceat ei cui delegatio facta eſt, exceptio quæ deleganti erat nocitura. *Ex l.apud Celſum.4.§.apud Iulianum 22. & l.ſequ.§.penult.ff.de dol.mal.except.* Ratione illa, quod qui agit ſuo nomine ad alienum commodum perinde habendus ſit ac ſi alieno nomine ageret, *l.non ſolum.39.*
11 *§.ſed interdum.de procurat.* † Obſerua tamen in *d.§.*apud Iulianum mendum ſubeſſe in poſtremis illis verbis, *licet videatur dos nulla filiæ, vt ait, quæri.* Non enim *nulla* legendum eſt, ſed *illa*, vt apertiſſimũ eſt, & præcedẽtia omnino probant quæ ſic habent, *dos enim quam maritus ab herede ſoceri petit, intelligitur, inquit, filiæ acquiri cùm*
12 *per hoc dotem ſit habitura.* † Ex quib. verbis, vt hoc etiam addamus apparet errare Bartolum, Zaſium, & cæteros quotquot Accurſium ſecuti eum locum intelligunt de marito poſt diuortium dotem exigente. Maritum enim & dotem cùm ſimpliciter dicimus conſtante matrimonio intelligimus, quippe quo ſoluto nec maritus amplius nec dos dici debeat. At neque verum eſſet quod eo §. ſubiicitur, etiam de dolo mariti excipi poſſe, Nam cùm poſt diuortium dos petitur cur noceat mulieri dolus mariti, qui nullum amplius in dote ius habet? Atqui, inquies, Apertè iniquum & falſum eſt ſi maritus dotem petat conſtante matrimonio nocere ipſi exceptionem doli ex perſona mulieris, vt in *§.præcedente* Vlpian. dixerat, rationem afferens *ne mulier indotata fiat*, id eſt ne iniuria fiat marito, qui dotem petit, non ducturum vxorem niſi dotem accepiſſet. Sic enim ratio illa explicanda eſt ex Paulo in *d.l.1 §.pen.eod.* non quomodo volunt, qui putant cogitaſſe Vlpianũ de damno mulieris quod ipſa incurreret ſi indotata conſtitueretur. Cur non enim ei imputari oporteat ſi ex dolo ſuo damnum ſentiat? Verùm reſpondeo tum verè id dici cùm de ſolius mulieris dolo contra maritum exciperetur. Quem caſum Vlpian.
13 tractat in *d.§ præced.* & Paulus in *d.§.pen.* † At in *§.apud Iulianum*, quæſtio illa proponitur, ſi hæres ſoceri à quo dos peteretur, exciperet de dolo mariti & mulieris cui pecunia quæreretur an obſtatura eſſet exceptio ex perſona mulieris. Tractabat igitur Iulianus eam facti ſpeciem in qua non de ſolius mulieris, ſed etiam de mariti dolo excipiebatur, quo caſo ceſſat fauor ille mariti ſuo nomine dotem exigentis, cum is ipſe dolum commiſerit, vt nec mirum videri debeat ſi non tantum ex proprio, ſed etiam ex mulieris dolo per exceptionem repellatur. † Di- 14
ces ſuperuacuam fore quæſtionem illam vtrum ex mulieris dolo repelli debeat ſi ex ſuo proprio repelli poſſit. Imò verò, inquam, vtilis eſt, & neceſſaria, non vt magis condemnetur maritus ex dolo mulieris ſi iam ex proprio fuit condemnandus, ſed quia de admittendis, aut reiiciendis exceptionibus tum quærendum eſt, cùm proponuntur, priuſquam de facti veritate cognitum ſit, & ad condemnationem veniatur. Proinde intereſt mariti cui exceptio doli non tantum ex propria, ſed etiam ex vxoris perſona obiicitur, illud primum ſciri, an ea exceptio ex perſona mulieris admittenda ſit, ne inanibus oneretur ſumptibus quos ad eiuſmodi exceptionem refellendam fieri neceſſe eſſet, in illa facti quæſtione diſcutienda dolúmve mulier commiſiſſet necne. † Quod cum ita ſit illud quoque mirari ſubit, quòd 15
Vlpianus miretur Iulianum non explicaſſe an & de dolo mariti excipi poſſit. Nam ſi Iulianus eum caſum tractabat, vt diximus, quo excipiebat hæres ſoceri de dolo mariti vxoriſque coniunctim adeoque non dubitabat quin propter concurrentem mariti dolum de mulieris quoque dolo admittenda exceptio eſſet, an dubitare poterat, quin de ipſius mariti dolo multo magis excipere liceret; † Illa enim dubitandi ratio quòd filiæ 16
dos quæri videretur, facere non poterat vt eò minus repelli deberet maritus agens ſuo non vxoris nomine, præſertim cum vxoris quoque dolus interueniſſet: ſicuti quod maritus conſtante matrimonio dotem petens agit ſuo nomine ſuúmque gerit negotium, non facit quin doli exceptione ſit repellendus etiam ex perſona mulieris cùm ipſe quoque dolum admiſit, Itaque ea additio Vlpiani, *puto autem hoc ſentire vt etiam de dolo mariti noceat exceptio*, vera quidem eſt ſed tamen parum ſubtilis, neceſſaria verò nullo modo. Similiſque eſt pleriſque notis Pauli ad Iauolenum & Papinianum quas reprehendendi ſtudio potius quam ratione vlla vt plurimum expreſſas eſſe apparet, & nos ſi meminimus, alio loco monuimus.

Capvt XII.

Anaſtaſij conſtitutionem in leg. per diuerſas 22. C. mandat. non pertinere ad indubitatas obligationes, & quænam illæ ſint.

SVMMARIA.

1 *Confirmatur ex ipſis conſtitutionis verbis propoſita interpretatio.*
2 *Refutatur Doctorum interpretatio ad verſiculum* cùm certum ſit pro indubitatis, *&c.*
3 *Verba illa dicta conſtitutionis,* licet inſtrumento ceſſionis venditionis nomen inſertum ſit, *quomodo accipienda?*
4 *Cur aliena & incerta litis redemptori non liceat agere niſi ad concurrentem vſque quantitatem pretij reuera ſoluti, eiúſque vſurarum?*
5 *Hoc ius à natura venditionis abhorrere.*
6 *An per hanc Anaſtaſij conſtitutionem ſublatus ſit titulus de actione vendita?*
7 *Quomodo Doctores* indubitatas *actiones interpretati ſint?*
8 *An titulus* de litigioſis *ad actiones non pertineat?*

9 *Multum*

9 *Multum intereſſe an actio quæ venditur litigioſa ſit neene.*
10 *An dicta conſtitutione generaliter improbatæ ſint omnium actionum, quæ nondum fuerunt in iudicium deductæ venditiones?*
11 Indubitata *actio quænam dicatur?*
12 *An titulus* de litigioſis *ad actiones indubitatas pertineat?*
13 *Actionem ex inſtrumento obligatorio guarentigiato competentem indubitatam cenſeri, ac proinde vendi poſſe.*
14 *Niſi debitor allegatione ſua dubitatam faciat actionem.*
15 *Cur indubitatæ actionis venditio valeat & permittatur.*
16 *Quibus perſonis Anaſtaſius in dicta conſtitutione nocere voluerit?*

1 PErcelebrem † hanc Anaſtaſij conſtitutionem quæ
de improbandis actionum venditionibus facta eſt
non pertinere ad indubitatas actiones, etſi noo eſt ex
interpretibus qui fateatur, tamen ipſa Conſtitutionis
verba non obſcurè præ ſe ferunt, expoſita enim per
Anaſtaſium initio legis ratione propter quam nouum
ius hac parte conſtituendum putauerit, nimirom vt
multorum non fraudibus ſed malitiis occurreret qui
alienis rebus fortuniſque inhiantes, ceſſionem aliis competentium actioonum ambiunt, eóque modo diuerſis vexationib. perſonas litigatorom afficiunt, ſubiicit in hæc
verba, *cum certum ſit pro indubitatis obligationibus eos
magis quib. antea ſuppetebant iura ſua vindicare quam ad
alios ea transferre velle*. Quæ verba ſic omnino accipienda exiſtimo, vt ſeoſos ſit, dubitandum non eſſe quin ſi
quis ius nbligationis & actinnis ſibi cõpetens adeò certom & indubitatom crederet, vt nullam eo nomine litẽ
vereretur, magis vtique debitum ipſe exigere quàm alij
exigendum mandare vellet: ſibi enim quilq; magis quam
alij fauere & ſolet, & debet. Quoties igitur qui actionẽ
ſuam vẽdit alteri, credendom eſt, inquit Anaſtaſ. id eum
agere vt aduerſarij quem velut futurum litigatorem iam
oderit, perſonã grauiori afficiat vexatione. Ergo ſi proponas obligationem & actionem quæ vẽditi titulo ceſſa
eſt, adeò certã & indubitatã fuiſſe vt litis periculum nullũ fuerit, cauſa nulla eſt cur ceſſãte legis Anaſtaſiæ ratio-
2 ne conſtitutionem illã locum habere quis putet. † Noſtri
autem eodem illo verſiculo mouentur, vt prorſus contraria interpretatione non niſi de indubitatis actionibus Anaſtaſium ſenſiſſe arbitrentur. Quaſi ſenſus ſit,
eos qui indubitatas vendunt actiones id potius agere
vt ſua iura per interpoſitam ſimolatè emptoris perſonam vindicent, quàm vt ea in alio transferant. Itaque
venditiones iſtas non alio quàm ſimulatinnis prætextu
ab Anaſtaſio improbari exiſtimãt, ac ſi vẽditionis color
in huiuſmodi cõtractibus quęreretur ab iis qui nihil minus cogiteot, qoàm vt vendant, hoc vnũ potius animo
agitantes vt per ſimulationem ſuppoſito emptore aduerſariũ graoius inquieteut, & excrucient. Quod tamen
quàm ridiculè ab iis dicatur, vel ex eo maximè conſtat,
quòd non odio venditorum mouetor Anaſtaſios, ſed
emptorum, quos & alienarum litium redemptores vocat, & alienis rebus fortuniſque inhiantes. Idem quòd
in tota lege de ſimulatione argumentum ne vnum qui-
3 dem. † Nam verba illa quæ noſtros, ni fallor, fefellerunt, *licet inſtrumento ceſſionis, venditionis nomen inſertum
ſit*, non eo ſenſu accipi debent ac ſi ſcriptum eſſet venditionis nomen hoc caſu ſimulatè inſertum intelligi, ſed
ita potius vt quamuis vera ſit actionis venditio, quæ inſpecto iore omnino valere debeat, *Tot.tit.de hered. vel
act.vend.ff.& C.* non tamen ex ea licet emptori agere
niſi ad concurrentem vſqoe quantitatem pretij re vera
4 ſoluti eiúſque vſuratum. † Nempe qood redemptiones
iſtas mala mente & alterius vexandi gratia extortas
æquum ſit ita reſtringi, non vt omnino improbentor,
ſed vt eatenus tantùm probẽtur quatenus abeſt emptori, ne ex improba negotiatione quicquam lucri conſequatur. Ita enim poſito iure vix eſt vt alienam litem
redimere velit. qui nihil ex ea commodi ſperare poſſit.
†Quanquam abhorret manifeſtè ius hoc à natura ven- 5
ditionis, quæ iſta eſt vt ius omne quod fuit penes venditorem transferat in emptorem licet multò pluris res
vendita quàm quanti conuento pretio æſtimata eſt.
Id enim eſt quod dici ſolet, In emendo & vendendo licere contrahentibos naturaliter ſe decipere, *l.in cauſa.
16.idem Pomponius.ff.de minor.l.ſi voluntate* § *Cod.de reſcind. vend.* Sed vt coërceatur iſtiuſmodi redemptorum
audacia, ponatúrque non fraus quæ nulla hîc ſubeſt,
ſed malitia, æquiſſimum fuit ita ius conſtitui vt à cæterarum venditionum regulis hac parte recederetur.
† Ex quo etiam apparet quàm imperitè faciant qui ea 6
conſtitutione Anaſtaſiana ſublatum putant titulum de
action. vendi. Neqoe enim prohibuit Anaſtaſius vendi
actiones, ſed prohibuit emi animo redimendarum alienarum litium: quod quoniam non aliter fieri poteſt
quam ſi minus iuſto pretio empta ſit actio, vetuit ne
ſuprà quam pretij nomine ſolutum eſt poſſit emptor
exercerę actionem. Cæterum quin ad eam vſque quantitatem exercere poſſit, & quidem emptoris iure, non
Prohibuit. Ergo nec fecit quin eatenus valeat venditio, emptióque quatenus prætium reuera numeratum
eſt. † At nihil eſt quod tam abſurdum noſtrorum er- 7
rorem magis detegat, quàm quod indubitatas actiones ipſi interpretantur quæ in iudicium nondum ſint
deductæ, ita exiſtimantes non eſſe conſtitutioni locom
ſi vendatur actio quæ in iudicium iam deducta ſit, non
quòd ea venditio magis valeat, ſed quia tractatus ille
de litigioſa actione vendita pertineat potius ad titulom
de litigioſis. † Sont qui reprehendant, ſed ineptiore ra- 8
tione, quòd, inquiunt, titulus ille *de litigioſ.* ad actiones non pertineat. Omnino malè. Pertinet enim idque
ex Conſtantini, Gratiani & Iuſtiniani conſtitutionib in
l.2.3. & 4. C. ill. tit. † Multùm verò intereſt an actio 9
quæ venditur litigioſa ſit necne. Nam cum litigioſa eſt
nullo titulo alienari poteſt, *l.vlt.C.eod.* cùm nondum eſt
litigioſa alienari quocumque titulo poteſt, & conſequenter vendi, ſed ad concurrentem vſque duntaxat vt diximus conuenit pretij quantitatem. An igitur
in omnibus iis actionibus quæ in iudicium adductæ non
ſunt ſi venditæ proponantur locus erit legi Anaſtaſianæ vt vulgo creditur; Atqui non eò minus dubia eſt
actio quod nondum in iudicium deducta ſit, vt puta ſi
ex ambiguo chygrapho competat, de in *l.3. C.de litig.*
Ergo non omnis actio quæ in iudicium deducta non ſit
indubitata dici poteſt. Ac proinde ſi pertinet ea lex ad
indubitatas tantum obligationes & actiones, impone
vendentur quocunque precio illa, quæ competet ex ambiguo chyrographo. Quod tamen quàm ridiculum ſit
nemo non videt. Si quo enim caſu, hoc vno certè quo
venditur actio competens ex chyrographo, imputari
poteſt emptori cui emerit, quia litem potius redemiſſe
qoamuis nondum inſtitutam, quam actionem comparaſſe videatur. † At rurſum prorſus improbabile eſt, 10
quod noſtri volont improbatas eſſe generaliter actionum omnium quæ nondum fuerint in iudicium deductæ, venditiones, Alioqui cùm neceſſe ſit omnes quæcumque vendi poſſunt vel in iudicium deductas eſſe
vel non eſſe, conſequens fiet vt nullæ vnquam vendi
poſſint obſtante nimirum vel Anaſtaſiana lege vel iis
conſtitutionibus quas ſub *tit. C.de litig.* diximus collocatas. Porrò nimis illud durum eſt, nec ſolùm à iuris ratione, ſed etiam ab Anaſtaſij conſilio & mente alienum, vt earum qooque actionum venditio reſtringatur quæ ſint indubitatæ, id eſt, vt ego quidem interpretandum eſſe arbitror, quæ ſunt adeò certæ & exploratæ
vt de iis nulla lis timeri poſſit. In iis namque ceſſat ratio illa Anaſtaſij, quàm non poſſit non ſuſpecta eſſe
venditori obligatio & actio quam ipſe mallit vendere
quam

11 quam exercete. † Cum indubitata eam intelligamus quæ ne ſuſpecta quidem eſt, & de qua litis periculum nullum vereri venditor poteſt. Exemplum eſto, ſi debitor confeſſus ſit ſe debere, nec quicquam alleget propter quod non debeat ſoluere. Indubitata enim eſt hæc actio non tantum ſi extra iudicium talis confeſſio facta ſit, ſed etiam & multò magis ſi in iure & apud iudicium, quia coofeſſus in iure pro iudicato habetur, *l. 1. & 3. l.*
12 *certum 6. §. vlt. de confeſſ.* † Nec exiſtimandum eſt titulum de litigioſis ad huiuſmodi actionis alienationem pertinere poſteaquam per debitoris confeſſionem lis indubitata facta eſt, quandoquidem nec lis vlla cum confeſſo eſſe intelligitur, ſicuti nec cum condemnato. Idem erit ſi venditio fiat actionis iudicati, cum nulla amplius poſt iudicatum quæſtio ſupereſſet. Nam & ea quoque actio adeò indubitata eſt vt ſuper ea neque tranſigi neque iuſiurandum deferri poſſit. Niſi de hoc ipſo dubitetur an iudicatum ſit aut an à ſententia appellatum ſit, vel appellari adhuc poſſit. Quibus caſibus ſicut metu futuræ litis tranſigi adhuc poteſt, *l. & poſt rem. 3. l. poſt rem. 11. D. de tranſact. l. ſi cauſa cognita. 31. C. eo eleganter. 27. §. 1. D. de condict. indebit.* ita nec putem valituram ceſſionem venditionémque actionis iudicati,
13 quia non ſit indubitata, *dict. leg. eleganter. §. 1.* † Poſſit etiam quis non malè meo iudicio dicere indubitatam quoque actionem eſſe ac proinde quocunque prætio vtiliter & impunè vendi poſſe præſertim nondum mota lite, eam quæ competit ex inſtrumento obligatorio vt pragmatici vocant guarentigiato, quoniam ſentẽtiæ & condemnationis vim eiuſmodi inſtrumento obtinet non iure communi, ſed ex autboritate ſtaturi quo vtimur.
14 † Quamuis hoc ita putem accipiendum ſi debitor qui de venditione conquæritur, nihil alleget quod dubitatam faciat actionem. Nam ſi vt quotidie fit, aliquid ſit quod litis euentum dubium conſtituat, pertinebit hic etiam caſus ad legem Anaſt. ſianam. Quamquam eius litis quæ per iniuriam aut calumniam poteſt emergere, verius eſt rationem haberi non oportere, *l. in ſumma. 65.*
15 *§. 1. de cond. indeb. l. eo. tempore. 50. D. de pecul.* † Idcirco autem indubitatæ actionis venditionem valere dicimus, non ſolùm quòd hoc caſu iuſta lis nulla metui poſſit, ſed etiam quòd plerumque contingat non eſſe debitori totius debiti numerationem in expedito ad ſoluendum creditori qui præſenti fortaſſis pecunia indigeat, fortè quia vel non ſit idoneus debitor vel abſit, *argu. l. ſi dubitet. 10. D. de fideiuſſ.* quod cùm euenit, vtique ignoſcendum eſt creditori, ſi minore etiam pretio indubitatam vendat actionem? Emptori verò etiam in conſequentias, ne iniuria fiat venditori ſi ex iuſta cauſa venditurus emptorem inuenire prohibeatur: vel eò magis quòd non poteſt videri alienam litem redemiſſe qui eam actionem emit cuius nomine nec vlla lis ſit, nec
16 eſſe poſſit. † Atqui ſiue prima ſiue poſtrema legis Anaſtaſianæ verba inſpicias, non niſi alienarum litium redemptoribus nocere Anaſtaſius voluit. Ideóque & eas perſonas, & eos caſus excepit quibus redemptæ litis præſumptio locum habere non debeat: nimirum tum etiam cùm lis aliqua eſt, eáque non dubitata. Quod addo, ne quis hunc caſum quo actio indubitata eſt prætermiſſum putet, quem & ipſius verbis legatis ſatis expreſſum iam probauimus, & ſi prætermiſſus eſſet ſuppleri tamen ex iuris ratione & Anaſtaſij mente debuiſſe.

Capvt XIII.

Emendatio leg. ſi à te. 9. D. de except. rei iudic.

Svmmaria.

1 *Species & quæſtio* d. l. ſi à te.

2 *Cur exceptionis locus non ſit primo caſu, quum ſcilicet is à quo hæreditatem petebam abſolutus eſt, quia nihil poſſidebat, deinde poſſidere cœpit.*

3 *An ſi iudicatum fuerit hæreditatem meam eſſe, cùm tu nihil ex ea poſſideres, hæreditatem rurſus à te petere poſſim, ſi poſtea poſſidere cœperis?*

4 *Quid Vlpianus ad hanc quæſtionem in* d. l. 4. *reſpondeat, & quomodo illud accipiendum ſit?*

5 *Rei iudicatæ exceptionem mihi non nocere, ſiue pronuntiatum ſit hæreditatem meam eſſe, ſiue abſolutus ſis, ſi vtroque caſu nihil ſententiæ tempore poſſidebas, nunc vero poſſides cum hæreditatem peto.*

6 *Reijcitur veterum gloſſatorum ad* d. l. 4. *interpretatio & additio.*

7 *Verba illa eiuſdem legis,* ſiue iudicatum fuit hæreditatem meam eſſe, *cum negatione in fine legenda eſſe.*

8 *Si pronunciatum fuerit hæreditatem meam non eſſe, & rurſus petam hæreditatem quum aliquid hæreditarium poſſidere cœperis, cur non ſubmoueat exceptione rei iudicatæ?*

9 *Occurritur obiectioni.*

10 *Quid Accurſium in contrariam ſententiam impulerit?*

11 *Ab eo qui dolo malo & ſciens ſe nihil poſſidere liti ſe obtulit, licet nihil poſſideat, hæreditatem tamen peti poſſe.*

12 *Differentia inter petitionem hæreditatis, & rei vindicationem.*

13 *In quo durior ſit conditio eius contra quem pronuntiatum eſt hæreditatem ad ipſum non pertinere, quam eius cuius aduerſarius abſolutus eſt, quia nihil ex hæreditate poſſidebat?*

14 *Quid iuris obtineat, ſi reus qui plurimum rerum nomine conueniebatur petitione hæreditatis abſolutus ſit pro ijs quas tum poſſidebat?*

15 *Multum intereſſe an pronunciatum ſit hæreditatem meam non eſſe, an verò tuam eſſe.*

16 *Explicatur* l. ſi mater. 11. ff de except. rei iudic.

SI † à te inquit Vlpianus, hæreditatem petam cùm 1
nihil poſſideres, deinde vbi cœperis aliquid poſſidere rurſus hæreditatem petam, quæſtionis eſt an mihi noceat exceptio rei iudicatæ, & putem, inquit, ſiue iudicatum fuit hæreditatem meam eſſe, ſiue aduerſarius quia nihil poſſidebat abſolutus eſt, non nocere exceptionem. † Ac quidem quod ad eum caſum pertinet quo ab- 2
ſolutus ſis quia nihil poſſidebas, in promptu ratio eſt cur exceptioni locus eſſe non debeat. Nimirum, quoniam licet eandem nunc hæreditatem petam quam petij alio iudicio in quo ſuccubui, aliud tamen ius eſt aliáque cauſa vincendi, cùm tu non tam viceris quam abſolutus ſis, quia nihil poſſidebas, qui vtique fuiſſes condemnatus ſi quid poſſediſſes, *l. ſi rem meam. 17. eo. tit.* Idque eſt quod in *l. ſi quis. 18* idem Vlp. ait, ſi quis ad exhibendum egerit, deinde abſolutus fuerit aduerſarius, quia non poſſidebat, & dominus iterum agat nacto aduerſario poſſeſſionem non eſſe locum exceptioni, *quia* inquit, *alia res eſt, l. cùm quæritur. 12. & ſeqq. l. cum de hoc. 27. eod.* † Sed illud 3
difficilius eſt quod ad alium caſum pertinet, quem Vlp. tractat, ſi iudicatum fuerit hæreditatem meam eſſe cùm tu nihil ex hæreditate poſſideres. Quænam enim dubitandi ratio excogitari poteſt, cur hæreditatem rurſus à te petere non poſſim, ſi quid poſtea cœperis poſſidere? An eò minus licere mihi debet hæreditatem petere, quod iam cognitum ſit, & pronunciatum hæreditatem meam eſſe? Imò tantò magis mihi permittendum eſt vt ius meũ perſequar de quo poſt ſententiam nec dubitari amplius poſſit. Dicat aliquis potuiſſe dubitari num poſt ſententiã pro me redditã obiici mihi deberet exceptio rei iudicatæ, quia licet dici ſoleat, euidenter iniquũ eſſe rei iudicatæ exceptionem ei proficere contra quem iudicatum eſt, *leg. euidenter. 16 eod.* ea tamen ratio replicationẽ inducit aduerſus exceptionem, potius quàm vt exceptionem impediat,

impediat, vt apparet *ex §.1. huius legis, & ex § venditor.*
4 *l.ſi fundus. 15.ff. de pignor* † At reſpondeo Vlpianum hîc
non ita loqui vt dicat exceptionem rei iudicatæ com
petere quidem, ſed ita tamen vt per replicationem eli
di poſſit: quinimo ait non nocere. Quod ego hîc omni-
no accipiendum exiſtimo vt oppoſita non noceat, quia
nec competit, vt & in *l.ſi in iudicio. 21. hoc titul.* in illis
5 verbis, *quia enim non competit, nec oppoſita nocet.* † Et ſa-
nè fatendum eſt ſiue pronunciatum ſit hæreditatem
meam eſſe, ſiue abſolutus ſis cum vtróque caſu nihil
poſſideres ſi poſtea poſſidere cœperis & rurſus hæredi-
tatem petam planè aliam rem eſſe, quæ nunc in iudi-
ciũ deducitur: ideóque nec exceptioni locum eſſe poſ-
ſe, *d. l. ſi quis.* Eandem enim aut diuerſam rem cauſamve
facit origo petitionis potius quàm formula ſententiæ,
l.ſi mater. 11. §. eandem. eod. tit. At initio petieram à te hæ-
reditatem cùm nihil poſſideres, nunc, peto, cùm poſſi-
des: alia ergo petitio eſt: Nã ſi quis hæreditaté petit ab
eo qui nihil ex hæreditate poſſidet, nihil petit. Qui verò
hæreditatem petit ab eo qui aliquid ex hæreditate poſ-
ſidet, hoc ipſum petit quod reus poſſidet. Atqui ſunt
iſta prorſus diſſimilia & diſparata nihil petere, & ali-
quid petere. Nihil ergo hac parte intereſſe poteſt, quod
ad exceptionem rei iudicatæ denegandam pertinet, an
pronunciatum ſit hæreditatem meam eſſe, an abſolutus
ſis, ſi vtróque caſu nihil poſſidebas ſententiæ tempore,
6 nunc verò poſſides cum hæreditatem peto. † Niſi quod
longè minor, imò nulla prorſus dubitandi ratio eſt eo
caſu quo pronunciatum ſit hæreditatem meam eſſe.
Quam ob cauſam vetus gloſſator ſic locum hunc in-
telligebat, vt ponendum eſſet te cùm hæreditatem meã
eſſe pronunciatum eſt, res quaſdam ex hæreditate poſ-
ſediſſe, vt dubitandi ratio illa afferri poſſet, quòd tu ea-
rum rerum nomine quas tum poſſidebas condemnatus,
in aliis omnibus abſolutus videreris. Quo quid ineptius?
Nam præter id quod Vlpianus apertè contra ponit pe-
tiiſſe me abs te hæreditatem cùm tu nihil poſſideres,
quænam obſecro amentia iſta eſt ſic ratiocinari, vt
quoniam earum rerum nomine quas poſſidebas con-
demnatus fuiſti, abſolutus videare illarum etiam nomi-
ne quas non poſſidebas? Aut cur magis tibi prodeſſe
debet quòd pro quibuſdam rebus quas poſſidebas fue-
ris condemnatus, quàm ſi nullomodo condemnatus eſ-
7 ſes, cùm nihil omnino poſſideres? † Itaque non dubito
quin locus ſit corruptus. & ita reſtituendus, vt addita
negatione legamus: *ſiue iudicatum fuit hæreditatem meã
non eſſe.* Nam quemadmodum de illo tantùm Vlpianus
quærit an mihi noceat rei iudicatæ exceptio, ita faten-
dum eſt non alium ab eo caſum tractari quam quo ad-
uerſus me iudicatum ſit. Poteſt autem duobus modis fie-
ri vt contra me iudicetur, ſi hæreditatem petam à te
qui nihil ex hæreditate poſſides. † Aut ita vt abſolua-
ris, quia nihil poſſides, aut ita vt pronuncietur hæredi-
tatem meam non eſſe: vtróque caſu placet Vlpiano idẽ
iuris conſtitui debere, vt ſi poſtea hæreditarium aliquid
poſſidere cœperis, & rurſus petam hæreditatem, non
ſubmoueat exceptione rei iudicatæ. Ratione illa vide-
licet, quam ſupra attulimus, quòd alia res ſit, quæ nunc
9 in iudicium deducitur. † Atqui inquies, eadem manet
cauſa vincendi: non enim qui rem hæreditariam poſſi-
det, ob id ſolùm condemnandus eſt quòd poſſidet, ſed
ita demum ſi hæreditas ad actorem pertineat. Alioqui
in pari cauſa melior eſſe deberet conditio poſſidentis,
hoc ipſo quo poſſideret, *l. vltim. C. de rei vind. l. vlt. ff. de
acq. poſſ.* proinde cum pronunciatum eſt hæreditatem
meam non eſſe, parum referre videtur an quid poſtea
cœperis poſſidere an nihil, cùm prius ſit vt hæreditas
10 mea ſit quàm vt hæreditatem poſſim à te petere. † Et
hoc ſanè eſt quod Accurſium fefellit, vt dixerit obſta-
re mihi debere exceptionem rei iudicatæ ſi pronun-
ciatum ſit hæreditatem meam non eſſe. Fefellit etiam
cæteros, vt mendum quod nos indicamus & corrigi-
mus, animaduertere non potuerint, ſed Caſtrenſem ma-
ximè, qui alio etiam caſu nociturani mihi ait exceptio-
nem iſtam, ſi inquit, abſolutus fueris ſimpliciter non
adiecta illa cauſa, *quia nihil poſſidebas.* At cogitare om-
nes debuerunt, nec his quidem caſibus nocere poſſe
exceptionem rei iudicatæ, quia cum tu prioris iudicij
tempore nihil omnino poſſideres, tametſi ego hæredi-
tatem petierim, nihil tamen in iudicium deductum vi-
deatur, nec tam ego rem aliam ab ea quam nunc peto;
quam nullam omnino petiiſſe. Quid enim poſſit peti
ab eo qui nihil poſſideat nec dolo deſierit poſſidere?
Itaque ſententia contra me lata, qua pronunciatum
eſt hæreditatem meam non eſſe, aut qua tu ſimpliciter
abſolutus es, non magis parere poteſt exceptionem
rei iudicatæ quàm ſi non eſſet lata, cum eo tempore
quo lata eſt, nihil inter nos eſſet de quo diſceptarẽ
poſſemus. Eum ſi quidem qui petitione hæreditatis ſi-
cut & qui vindicatione conuenitur, poſſeſſorem eſſe
neceſſe eſt ſaltẽ ſentẽtiæ tẽpore vt ſententia ſiue pro eo,
ſiue contra eũ ritè ferri poſſit, *l. ſin autẽ. 27. ff. de rei vin-
dicat.* † Niſi dolo malo & cum ſciret ſe non poſſidere 11
liti ſe obtulerit ſiue interrogatus fuerit an poſſideret
ſiue non, *leg. is qui ſe obtulit. 25. eod.* (poteſt enim fieri vt
liti ſe reus offerat licet ab actore non interrogetur, in
quo etiam Caſtrenſis errauit) Quo caſu etiam ſi nihil
poſſideat hæreditas tamen ab eo peti poteſt, quia vt
habet iuris regula dolus pro poſſeſſione eſt *l. nec ullam
13. §. non ſolùm ff de peti. hæred.* Quamquam nec ad aliud
teneri tunc reus poteſt quam vt præſtet quanti acto-
ris intereſt deceptum non eſſe, *l. penultim. ff. de do. mal.* non
etiam vt quid reſtituere teneatur qui nihil habeat.
Cæterùm non hunc caſum Vlpianus tractat, quo tu
qui nihil poſſidebas liti te obtuleris dolo malo acſi poſ-
ſediſſes, ſed illum potius quo negabas teneri te peti-
tione hæreditatis quòd nihil poſſideres. † In eo nam- 12
que differt petitio hæreditatis à rei vindicatione, quòd
vindicatio in rem ipſam proponitur, non in perſonã,
nec alius in iudicio vindicationis reus eſt ſi veterem iu-
diciorum ritum ſpectes, quàm qui reuera poſſidet, aut
dolo deſiit poſſidere, aut ſe vltrò liti offert vt fundum
defendat tanquam poſſeſſor. At petitio hæreditatis in
perſonam proponitur licet in rem ſcripta ſit, ob idque
longi temporis præſcriptione remouetur, *leg. hæreditatis
7. Cod. de petit. hæredit.* Ideóque faciliùs in petitione hæ-
reditatis euenit vt is conueniatur, tanquam aliquid
poſſidens hæreditarium, qui neque poſſidet quicquam,
neque dolo deſiit poſſidere, neque dicit ſe poſſeſſorẽ.
† Poteſt etiam fieri per iudicis imperitiam, aut ita fe- 13
rente litis ordine vt non tantùm abſoluat iudex poſ-
ſeſſorem qui hæreditatis petitione perperam conuen-
tus eſt cùm nihil poſſideret, ſed etiam pronunciet, hæ-
reditatem petitoris non eſſe. Quod cum ſit, durior qui-
dem eſt petitoris ſententia, ſed non tamen in eo vt fa-
ciliùs repelli debeat exceptione rei iudicatæ ſi poſteà
petat hæreditatem, cùm idem aduerſarius hæreditarium
aliquid poſsidere cœperit. In illo tantum durior vide-
ri poteſt, quòd ſi is qui res hæreditarias quaſdam poſſi-
debat, ſed non omnes quæ petebantur, non ſolùm ab-
ſolutus ſit earum nomine quas non poſſidebat, ſed
etiam obtinuerit pro iis quas poſſidebat, pronuncian-
te iudice hæreditatem actoris non eſſe, danda illi erit
exceptio ſi rurſum ob alias res quas poſt ſententiam
poſſidere cœperit conueniatur petitione hæreditatis.
Neque enim alia res in ſequens iudicium deducta vide-
ri poteſt ob id duntaxat, quod nunc earum rerum no-
mine agatur quas reus non poſſidet, anteà verò non
poſſidebát. Semper ſiquidem verum eſt hæreditatem
peti, quæ iam fuerat petita, nec poſſe actorem quic-
quam iuris habere in ea hæreditate, quam pronuncia-
tum ſit ſuam non eſſe. † Aliud erit procul dubio ſi ponas 14
reum qui plurium rerum nomine conueniebatur peti-
tione hæreditatis, abſolutum fuiſſe pro iis quas cùm
non

non poſſidebat. Nam ſi eaſdem poſteà cœperit poſſide-
re, tantum abeſt vt proficere illi debeat rei iudicatæ
exceptio, vt potiùs perinde nunc condemnari debeat,
atque iam fuit condemnatus ob res eas quas prioris ſẽ-
tentiæ tempore poſſidebat. Cùm quæ priùs abſoluendi
cauſa fuit, nunc ſublata ſit, eadem contrà manente cau-
15 ſa condemnandi.† Planè multum intererit, an pronun
ciatum ſit hæreditatem meam non eſſe, an verò tuam
eſſe, aut quod hac parte idem eſt, res illas quarum no-
mine petitionem hæreditatis inſtitueram, ad te pertine-
re. Hoc enim poſteriore caſu omnimodo nocebit mi-
hi exceptio, adeòque tametſi nouum ius peruenerit ex
quo poſſim contendere hæreditatem aut res illas iure
ad me ſpectare. Nempe quia non meum tantùm ſed
cæterorum quoque omnium ius in iudicium deductum
& per ſententiam extinctum intelligitur, hoc ipſo quo
pronunciatum eſt hæreditatem tuam eſſe, cùm res illa
iudicata pro veritate habeatur, fieri autem nequeat vt
vllius alterius ſit quod tuum eſt, *l. ſi inter me.* 15. vbi
16 eſt textus elegans, *ff. hoc tit.* † Nec ſimile eſt quod in *l. ſi
mater.* 11. *eod.* idem Vlpianus noſter ſuccurrendum eſſe
matri quæ filij ſucceſſionem ab inteſtato vindicauit ad-
uerſus eum qui ſe dicebat ſubſtitutum, victáque, quia
patris teſtamentum ruptum non erat, eandem hæredi-
tatem vindicat apertis pupillaribus tabulis ex quib. ap-
paruit victorem non fuiſſe ſubſtitutum: Illa enim ratio,
quia vnam tantùm cauſam egit rupti teſtamenti, ideò tan-
tùm recta eſt & accommodata, quia etſi mater victa
fuerit, non tamen pronunciatum erat hæreditatem ad
ſubſtitutum pertinere, ſed tantùm teſtamentum ruptum
non eſſe, quo primùm colore filij ſucceſſionem mater
ab inteſtato vindicabat.

CAPVT XIV.

Explicatio §. 1 d. l ſi à re 9. de except. rei iudicat.

SVMMARIA.

1 *Triplex Accurſij ad d. § 1. interpretatio reijcitur.*
2 *Vltima præcipuè impugnatur.*
3 *Quomodo accipiendum ſit quod dicit Vlpianus in* d. §. 1. ſecundùm petitorem iudicatum fuiſſe.
4 *An ſententia lata contra poſſidentem tanquam non poſſidentem, ſi de nouo cœperit poſſidere, mandanda ſit aduerſus eum executioni?*
5 *An in ſpecie* d §. 1. *reus qui petitum fundum defendit condemnatus ſit priuſquam emeret, & emptionis cauſa poſſidere inciperet?*
6 *In illa ſpecie de proprietate non de illa poſſeſſione iudicatum fuiſſe.*
7 *Cur in ea ſpecie poſſeſſionis mentionem fieri neceſſe fuerit?*
8 *Ratio propter quam poſſeſſio ante condemnationem ſuperueniens in illa ſpecie non impedit quin exceptioni rei iudicatæ locus ſit.*
9 *Remouetur dubitandi ratio in h. §. ab Interpretibus allata.*
10 *Reijcitur formula exceptionis emptori eidémque condemnato à Doctoribus adſtricta & accommodata.*
11 *Solam rei iudicatæ exceptionem emptori competere.*
12 *Perperam à nonnullis in verbis illis* exceptio rei iudicatæ *pro* iudicatæ *reponi* venditæ.
13 *Vlpianum in* d § 1. *de exceptione rei iudicatæ tractare.*
14 *Æquum eſſe aduerſus exceptionem rei iudicatæ emptori competentem dari replicationem actori de re ſecundùm ſe iudicata.*
15 *An verba illa actori iterum petenti de priſtina actione ab actore iterum in iudicium deducta accipienda ſint?*
16 *Quid actori fundi reſtitutionem petenti agendum incumbat, quum reus de re iudicata excipit?*
17 *Quænam ſint iudicis partes quum reus qui nullam exceptionem obijcit, reſtitutionem recuſat?*
18 *An creditori qui hypothecaria egit aduerſus poſſeſſorem & obtinuit, hypothecaria denuo agens exceptionem rei iudicatæ replicatione eludere poſſit?*

VLpiani † verba hæc ſunt: *Si quis fundum quem* 1
*putabat ſe poſſidere defenderit, mox emerit, re ſecun-
dum petitorem iudicata, an reſtituere cogatur? Et ait Nera-
tius, ſi actori iterum petenti obijciatur exceptio rei iudicatæ
replicare eum oportere de re ſecundum ſe iudicata.* Noſtri
poſt Accurſium tres afferunt interpretationes. Primam
illam vt qui fuit condemnatus fundi nomine quem non
poſſidebat, ſi poſt condemnationem fundum emerit
perinde cogatur eum reſtituere atque ſi condemnatio-
nis tempore poſſediſſet, nec iuuare ſe poſſit exceptione
rei iudicatæ, cùm ſit condemnatus. Secundam, vt reus
ille tanquam poſſeſſor conuentus cùm non poſſideret
abſolutus, poſtea verò poſſeſſor ex cauſa emptionis fa-
ctus tandem condemnatus fuerit. Tertiam, vt iudex ea-
dem ſententia & reum abſoluerit, quia non poſſidebat
& actoris rem eſſe pronunciauerit. Secundam Bart. im-
probat, vt falſam, nec immeritò. Apertè. n. Vlpian. ponit
iudicatum fuiſſe ſecundum petitorem. Accurſ. contra,
priorem illam neſcio quam ſententiam comminiſcitur
pro eo redditam aduerſus petitorem: Alias probat. † Mi- 2
hi omnes improbabiles videntur, ſed vltima præcipuè,
quia non video qua ratione fieri poſſit, vt per eandem
ſententiam & abſoluatur reus tanquam qui non poſſi-
deat, & nihilominus actoris rem eſſe pronuncietur.
Nam cùm in iudicio vindicationis vt in cæteris omnib.
reum aliquem eſſe neceſſe ſit, alius autem eſſe non poſ-
ſit, quàm qui poſſidet habetque reſtituendi facultatem,
l. officium. 9. & paſſ. de rei vend. an non fatuus ſit iudex ſi
nullo exiſtente contradictore velit pro actore pronun-
ciare rem eius eſſe? † Et verò dubitandum non eſt, quin 3
quod Vlp. ponit ſecundum petitorem iudicatum fuiſſe,
ita omnino accipi debeat, vt eadem ſententia reus con-
demnatus ſit, non abſolutus. † Prima videtur magis 4
placuiſſe Bartolo, qui textum hunc litteris aureis ſcri-
bendum dixit ad hoc vt probetur, ſententiam latam
contra non poſſidentem tanquam poſſidentem ſi de
nouo cœperit poſſidere, mandandam aduerſus eum exe-
cutioni. Quod tamen non puto verè dici poſſe. Senten-
tia. n. prorſus nulla eſt, ideòque nec tranſire poteſt in
rem iudicatam quæ contra non poſſeſſorem tanquam
poſſeſſorem lata eſt, præſertim in iudicio vindicationis,
cuius effectus ille, vt res actori reſtituatur. *d. l. officium*,
quod fieri non poteſt ſi nec poſſeſſor ſit qui conueni-
tur nec pro poſſeſſore habendus. Adeò vt etiamſi acce-
pti iudicij & conteſtationis tempore poſſideret, omni-
modo tamen abſoluendus ſit ſi eo tempore quo iudica-
tur, amiſerit ſine dolo malo poſſeſſionem, *d. l. ſin autem.
27. in princ. ff. de rei vend. l. pen. ff. de dolo.* Tritum autem
illud eſt, Sententiam quæ ſit nulla & contra ius reddita
nunquam tranſire in rem iudicatam nec executioni
mandandam eſſe, *leg. ſi cùm nulla.* 58 *ff. de re iudic.* † Er- 5
ror noſtrorum in omnibus iſtis interpretationibus ille,
quòd putant tractari ab Vlpiano caſum illum quo reus
qui petitum fundum defendit, condemnatus ſit priuſ-
quam emeret, & ex emptionis cauſa poſſidere inciperet.
Cùm tamen contextus ipſe verborum qui præcipuè at-
tendi debuit, oſtendat factum eum fuiſſe emptorem &
poſſeſſorem antequam condemnaretur, Sic enim Vlp. *Si
quis fundum quem putabat ſe poſſidere defenderit, mox eme-
rit, re ſecundum petitorem iudicata*, &c. Nam quid obſecro
verba illa ſibi volunt, *defenderit, mox emerit*, niſi quòd

ſtatim

ſtatim poſt ſuſceptam defenſionem, & conſequenter
fundu emerit & poſſidere cœperit is qui antea nó poſ
ſidebat, tametſi poſſidere ſe putaret. Atqui nec ſecú
dum petitoré in vindicationis iudicio pronunciari po-
tuiſſet reo nó poſſidente tum cùm ſententia ferebatur
Vnde illud etiam meo iudicio eueniret vt re ſecundùm
petitorem iudicata ſi actor poſt acquiſitam condemnato
ex cauſa emptionis poſſeſſionem, iterum peteret, nullus
ex ea ſententia exceptioni rei iudicatæ, nullus etiam re-
plicationi locus eſſe deberet, propterea quòd ſententia,
6 vt diximus, penitus nulla eſſet † Errât igitur toto cœlo
qui putant in ea ſpecie de ſola poſſeſſione actum fuiſ-
ſe & iudicatum, non etiam de proprietate, moti tan-
tum ex iis verbis, *non putabat ſe poſſidere* Nec animad-
uertentes verba illa, *ſi quis fundum defenderit*, proprieta-
tis non poſſeſſionis defenſionem ſignificare, ſicut nec
fundi appellatione poſſeſſio, ſed proprietas demonſtra-
7 tur † Poſſeſſionis tamen fieri mentionem neceſſe fuit,
quia vt ſuperiore capite diximus, aduerſus vindicantem
fundum is demum poteſt defendere qui poſſidet, aut pro
poſſeſſore habetur, non item qui poſſidere ſe putat nec
poſſidet. Nam qui putat ſe poſſidere cum reuera non
poſſideat, non poteſt videri dolo malo facere licet ſe li-
ti offerat, ideóque nec pro poſſeſſore habendus eſt, vt
contra eum illa exerceatur actio, quæ non niſi contra
poſſeſſorem exercenda eſt. Nec igitur condemnandus.
8 † Sanè superueniens poſſeſſio ante condemnationem
ſicut facit, vt contra eum ferri ſententia poſſit actore
probante, aut pro eo ſi actor non probet. Ita non im-
pedit quin excipi poſſit de re iudicata, quamuis nouus
emptionis titulus acceſſerit de quo nec defenſionis tem
pore cogitabatur. Nempe quoniam actore probante
ſuum eſſe fundum quem petit, fieri nequeat vt eius fue-
rit qui reo vendidit, non magis quam ipſius rei cùm duo-
rum eodem tempore & in ſolidum eſſe nó poſſit. Quare
nec dubitat Vlp quin exceptioni rei iudicatæ locus ſit,
cui vtique locus non eſſet ſi propter poſſeſſionem quæ
ex nouo emptionis titulo ſuperuenerit de iure actoris
iterum quærendum eſſet, quia & alia res, & aliud ius in
iudicium deductum nunc videretur, *l.cum quæritur 12. &
9 ſeqq.ff.h.t.* † Itidem errant qui dubitandi rationem il-
lam afferant, quòd condénatus reus empti titulum po-
ſtea quæſiuiſſet paratúmque eſſet de ipſa proprietate li-
10 tigare. Hoc enim iam refutauimus. † Sed errant longe
grauius cum exceptionis formulam illam adſtruunt
quæ emptori eidem qui condemnato accommodetur,
*Secundum te rectè iudicatum eſt, cùm non eſſem verus poſſeſ-
ſor, nunc empti titulo ſum factus, adeóque ſententia in vti-
litatem tuam lata ad hanc meam & præſentem poſſeſſionem
non extenditur.* Quid enim commune habet ea exceptio
cum exceptione rei iudicatæ de qua nominatim Vlp.
loquitur. Replicatio illa dicenda eſſet potius aduerſus
exceptionem rei iudicatæ ſi emptori res iudicata obii-
11 ceretur. † At contra ponit Vlpianus emptorem ipſum à
quo poſt ſententiam iterùm fundus petatur obiicere ex-
ceptionem rei iudicatæ non actorem, quia nec exceptio
actori accómodatur ſed reo. Alia porrò exceptio nulla
reo accómodari poterat, quia ſenténtia ſuper domino &
proprietate pro actore reddita contra eum qui ſenten-
tiæ licet non conteſtationis tempore poſſidebat, non
tantum poſſeſſoris rei ius extinxerat, ſed etiam vé.dito-
12 ris a quo ille poſt conteſtatam liné fundú emiſſet † Er-
rant quoque qui in illis verbis, *ſi alteri eorum petenti ob-
ycietur exceptio rei iudicatæ*, pro *iudicata* reponunt *ven-
ditæ*, quaſi exceptio rei venditæ potius prodeſſe debeat
emptori, qui fuit condemnatus, quàm rei iudicatæ. Nam
exceptio illa rei venditæ & traditæ non niſi aduerſus
venditorem eiúſve hæredem aut alium qui ab eo cauſâ
habeat cópetit, *l.1.& tot.tit.de exc.rei vend* non item ad-
uerſus verum dominum rem ſuam vindicantem quæ à
non domino ſit vendita. Rem.n ſuam a quocunque poſ-
ſeſſore vindicare, auferre & euincere dominus poteſt,

rem alienam 28.ff.de cont.empt.& tot.tit.de euict. Sed &
cùm, vt diximus, emptio illa ante ſententiam facta fuiſ-
ſet, & emptoris condemnationi viam aperuiſſet, ab-
ſurdum ſit poſt ſententiam dari exceptionem rei ven-
ditæ illi qui nec aliam ob cauſam cóndemnatus fuerit niſi
quòd emerit, reíque emptæ poſſeſſionem nactus ſit. † Er- 13
go de exceptione rei iudicatæ Vlpianus omnimodo in-
telligendus eſt, quæ haud dubiè reo competit licèt con-
demnato, cùm idipſum in iudicium deducitur de quo
iam fuit pronunciatum, ne litium modus multiplicatus
ſummam atque inexplicabilem faciat difficultatem, vt
Paulus loquitur in *l.ſingulis hoc tit.* néve inanibus ſum-
ptibus vexetur, ſi iterum condemnetur qui iam conde-
mnatus eſt. † Sed tamen quia euidenter iniquiſſimum eſt 14
proficere exceptionem rei iudicatæ illi contra quam iu-
dicatum eſt: *l.euidenter 16.eod.* æquiſſimum ex contrario
eſt aduerſus huiuſmodi exceptionem rei iudicatæ dari
replicationem actori de re ſecundum ſe iudicata † Ma- 15
lè etiam noſtri omnes ea verba, *actori verum petenti*, ſic
accipiunt, vt priſtinam actionem actor in iudicium de-
duxerit. Id.n falſum eſſe probant illa præcedentia, *nec
reſtituere cogatur*, oſtendúntque poſt redditam ſuper pro-
prietate ſententiam nihil aliud egiſſe victorem niſi vt
ſibi res ſua reſtitueretur. Quam in rem fundum peti &
vindicari neceſſe eſt, non vt de litigatorum iure iterùm
cognoſcatur [Sic.n.res abiret in infinitum] ſed vt eò ci-
tius fundus reſtituatur quéſciat iá condénatus ad acto-
rem pertinere, vtique ſi victo poſſeſſor non reſtituat
reſtituere à iudice iubeatur. Nó n qui in vindicationis
iudicio cognoſcit, cùm pronunciat, ita fert ſententiá vt
iubeat rem actori reſtitui, ſed illud tantùm pronunciat
rem eſſe petitoris: quo facto petitur reſtitutio, & qui-
dem per vindicationem potiùs quam ex iudicato ne ſibi
victor præiudicet ſi in perſonam agere malit, quam in
in rem. Nec negari poteſt, quin etiam poſt ſententiam
priſtinum ius vindicandi duret. Quádiu.n.dominus ma-
net qui vindicare vult, tandiu ius habet vindicandi. Ac
ſententia quæ rem ipſius eſſe pronunciauit, etſi non fa-
cit eum magis dominum ſi iam antea dominus fuit, fa-
cit tamé ne dubitari ampliùs poſſit quin re vera ſit do-
minus, cùm pro veritate habeatur, illo etiam caſu, quo
reuera dominus antea nó fuiſſet Facit igitur, vt eo ma-
gis vindicandi fundi ius victor habeat. † Tum verò libe- 16
rum eſt condemnato, vt vel reſtitutionem offerat, vel
excipiat de re iudicata Si reſtitutionē offerat, bené eſt,
nec ampliùs partes ſuas iudex interponit. Sin excipiat
de re iudicata, quod facere ſummo iure poteſt, replicare
victorem oportet. *At ſi non ſecundum me res iudicata ſit.*
Atqui ita iudex reſtitutionē fieri iubebit. † Sin reus ſciens 17
nil ſibi profuturam exceptionem rei iudicatæ propter
replicationem quæ actori competet cùm ſit ipſe con-
demnatus, nullam exceptionem obiiciat, nolit tamen
reſtituere, rectè iubendus eſt, vt reſtituat. Quod ſi reſti-
tuere iuſſus iudici non paret contendens non poſſe re-
ſtituere, cùm ſiue poſſideat, ſiue dolo malo, aut citra do-
lum deſierit poſſidere, ea omnia ſeruanda ſunt quæ idé
Vlpianus in hanc rem tractat in *l.qui reſtit. 68.de rei
vind* Idem ferè iuris eſt in creditore qui hypothecaria
egit aduerſus poſſeſſorem, & obtinuit. Hic.n cùm vindi-
care fundum non poſſit tanquam dominus quia nec do-
minus eſt, ruſum hypothecaria agere cogitur atque ita
præbere condemnato poſſeſſori facultatem obiiciendæ
exceptionis rei iudicatæ, quam tamen elidi æquum eſt
per replicationem cùm non ſecundum poſſeſſorem iu-
dicatum ſit, ſed ſecundum creditorem, *l.ſi fundum 15.
§.creditor. ff. de pign.* Si poſt ſententiam pro creditore
in hypothecaria redditam poſſet ille rem vindicare,
non noceret ei exceptio rei iudicatæ, quoniam alia eſ-
ſet actio, nec proinde replicationem obiici oporteret.
At qui vindicauit fundum & obtinuit omnimodo repel-
litur exceptione rei iudicatæ, niſi iuuetur replicatio-
ne, quia iterum vindicare cogitur, nec aliam

habet quam æquè commodè poſſit exercere, quia dominus eſt. Proinde omnino neceſſaria illi eſt replicatio de re ſecundum ſe iudicata.

Capvt XV.

Emendatio §. Item Iulianus l. ſi mater eod. tit. de except. rei iudic. & l. 4. C. de dot. promiſſ.

SVMMARIA.

1 *Quid ſibi velit Vlpianus illis verbis*, nam etſi ante eandem partem petiſſem, &c.
2 *Quomodo verba illa emendanda ſint?*
3 *Eorum verborum ſenſus.*
4 *Rei iudicatæ exceptionē à perſona authoris ad emptorem tranſire, ab emptore verò ad authorem non reuerti.*
5 *An ſi voluntate dotantis plura in dotali inſtrumento ſibi tradita eſſe maritus ſcripſerit, quàm ſuſceperit, de his quæ deſunt petendi pactū videatur conſecutū?*
6 *Quò pertineat illud quod dici ſolet, non aliàs contingere liberationem per apochā, quàm ſi pecunia ſoluta ſit?*
7 *Negotio additur in* d. l. 4. C. de dot. promiſſ.
8 *Ad quid proſit ſolutionis profeſſio quum de pecunia ſoluta agitur quam aliquando reſtitui oporteat.*
9 *Duplex eius ſcripturæ vſus, qua vir plus ſibi dotis nomine numeratum eſſe profitetur, quàm reuera accepit.*
10 *Cur illa ſolutionis profeſſio pactum de reſiduo petendo non poſſit inducere?*
11 *Dotem ex tacito vnde pacto etiam poſt Theodoſij conſtitutionem exigi non poſſe.*
12 *Verbum* intelligis *in d. l. 4. quam vim habeat?*
13 *Cur voluntas dotantis in illa ſcriptura conficienda in d. l. 4. requiratur?*
14 *Confirmatur emendatio d. l. 4.*

1 NOn † eſt difficile obſeruare quod tamē nemo adhuc obſeruauit, ſubeſſe mendum non vnum, *in § item Iulianus. l. ſi mater. 11. de exc. rei iud.* in illo verſiculo, *nam etſi ante eandem partem petiſſem, & agerem familiæ erciſcundæ obſtaret exceptio. Quòd res iudicata ſit inter me & te.* Vult.n iis verbis Vlpianus rationē reddere eius quod ex Iuliano dixerat, Si cùm ego & tu Titio hæredes extitiſſemus, tu partem fundi quem totum hæreditarium dicebas à Sempronio petieris & victus fueris, mox eādem partem à Sēpronio emero, agēti tibi mecū familiæ erciſcundæ exceptionē obſtare debere, quia res iudicata
2 ſit inter te, & venditorē meum. † Conſequēs igitur erat vt in ſequentibus ita ſcriberet, *nam etſi à me eandem partem petiſſes, & ageres familiæ erciſcundæ obſtaret exceptio, quòd res iudicata ſit inter me & te.* Neque dubitari meo iudicio oportet quin ita legendum ſit. Quis enim Accurſij interpretationem probet vt tam citò támque ineptè Vlp. perſonas mutauerit? Natus error eſt ex eo quod vbi ſcribendum erat *à me* facilè imperitus librarius lapſus ſit vt ſcriberet *antè* quomodo & hodie in Pand. Florent. legitur. Tum ex dictione illa *antè*, factum eſt æquè facilè vt legi cœperit *à te* quæ vulgatior lectio eſt. Ea verò admiſſa neceſſe fuit pro *petiſſes & ageres*, reponere *petiſſem & agerem*. Quomodo enim tu à te petiſſes? Ita ex mendo vno eóque ſatis leui multa conflata ſunt. Coniecturam iuuat quod etiamnum in pleríſque libris legitur *exceptio mihi obſtaret*, pro eo quod Florentiæ, *obſtaret exceptio*. Apparet enim ex eo non ſibi temperaſſe interpretem quin ad hunc locum manus admoueret. Vt taceam quod monui ſæpius, frequentiſſimum illud mendum eſſe, & paſſim occurrere vt *ſ* pro *m*
3 ſcribatur, & contra. † Senſus autem erit apertus, nocere tibi debere exceptionem rei iudicatæ mihi competentē ex perſona mei authoris aduerſus quem egeras, quia etſi tu à me petiiſſes & nunc ageres, mihi ex perſona mea prodeſſet: nihil autē refert an ex mea an ex authoris mei perſona competat, cùm æquum ſit emptorem hac parte, vt in cæteris ferè omnibus vti iure venditoris.
† Id enim eſt quod in *§. vlt. & l. ſi à te, eod. tit.* idem Vl- 4
pianus eodem Iuliano dixerat, rei iudicatæ exceptionē à perſona authoris ad emptorem tranſire debere, quamuis retrò ab emptore ad authorem reuerti non debeat.
† In *l. ſi voluntate. 4. C. de dot. promiſſ.* aut multò grauius 5
mendum eſt, aut longè periculoſius fallimur. Nec enim puto vlla iuris aut æquitatis ratione defēdi poſſe quod lex ait, & noſtri omnes ex ea lege ſentiunt, ſi voluntate dotantis plura in dotali inſtrumēto ſibi tradita eſſe maritus ſcripſerit quàm ſuſceperit, de his quæ deſunt petendis pactum videri conſecutum. Nam quomodo pactus videri poteſt de omnibus quæ deſunt petendis qui omnia ſibi iam tradita fuiſſe ſcripſit? Fateor maritum non plus cogi reddere iudiciū de dote quàm acceperit, quia dotem numeratio facit non ſcriptura, *l. 1. C. de dot. caut. non numer. l. 3. C. de donat. ant. nupt. l. maritus dotem. 32. ff. ſol. matrim.* Sed poſſe eum idcirco agere vltrò vt quod ſolutum ipſe profeſſus eſt ſibi ſoluatur, id verò
nego & pernego. † Nec ſimile eſt quod dici ſolet, non 6
aliàs contingere liberationem per apocham quàm ſi pecunia ſoluta ſit, *l. ſi acceptilatum. 19. §. 1. de acceptil.* Id enim eò pertinet, vt per exceptionem vel replicationem non numeratæ pecuniæ elidi poſſit ius apochæ ſed non vt ex apocha detur actio ad ſoluendum id quod re vera ſolutum non eſt: Alioqui inducta ad liberandum prodeſſent ad obligandum quod iuris ratio non
patitur. † Itaque ſi quid mei iudicij eſt, puto deeſſe ne- 7
gationē, legendumque *de his quæ d[illegible] non petendis*. Pactus namque de non petendo facile & vel ex ſolis coniecturis inducitur, vt puta ſi debitori meo reddiderim cautionem, *l. 2. ff. de pact. l. creditorem. 7. C. de remiſſ. pig.* Atqui pecuniæ ſolutæ profeſſio collata inſtrumēto maiorem rei geſtæ probationē continet quàm ſi chyrographum acceptæ pecuniæ fuiſſet redditū, *l. pecuniæ. 14. C. de*
ſol. † Ergo ſi pecunia ſoluta talis ſit quam aliquando re- 8
ſtitui oporteat, ea ſolutionis profeſſio licet nō ſufficiat ad probandā ſolutionē vt inducatur obligatio reſtituēdi, proderit tamen ad hoc ſaltem ne id quod defuit peti vnquam poſſit, Multò magis quàm ſi maritus promiſſæ dotis inſtrumentum reddidiſſet: Quæ tamen redditio ad inducēdum vt diximus pactum tacitum de non petēdo ſufficeret, quamuis non ad obligandum maritum vt iudicio de dote conuentus plus red[illegible] quàm accepiſſet, nam quod lex ait de pacto, haud dubie de tacito intelligi debet, cùm expreſſum nullum ſit de his quæ deſūt petendis. De non petēdis interceſſiſſe expreſſum videri poteſt & reuera interceſſit, hoc ipſo quo ſcriptū eſt omnia tradita. At tacitū pactū ex eo quod expreſſum eſt induci debeat, fatendum eſt, vtiq; quod expreſſū eſt plura tradita fuiſſe quàm reuera fuerit, longè facilius inducere debere vt pactum tacitum interueniſſe videatur
de his quæ deſunt nō petendis quàm de petendis † So- 9
let enim eiuſmodi ſcripturæ duplex vſus eſſe, vnus ille vt probetur ſolutio & quæſita per ſolutionem liberatio: Alius ſuperiori conſequens vt quod ſolutum eſſe creditor profeſſus eſt petere ampliùs non poſſit. Prior nullus eſt cùm reuera non eſt numerata pecunia præſertim in cauſa dotis. Nam vt dixi dotem facit numeratio non ſcriptura, & iure ita comparatum eſt vt liberatio per ſolam ſolutionem acquiratur, aut per id quod fit vice ſolutionis, non item per ſolam ſolutionis confeſſionem quantumuis ſcriptam, ſicut & vt re obligatio contrahi non poſſit niſi quatenus res interuenerit, *l. cum vltra. 9. C. de non num. pec. l. ſi tibi. 18. ff. de pact.* Poſteriorē apochæ vſū nihil eſt quod poſſit impedire quia non ex iure pendet, ſed ex ſola creditoris voluntate, quæ porro iis ipſis verbis declarata quibus declarari poſſet ſi
numeratio

numeratio vera interueniret, cur non æquè proſit debi-
tori hactenus ſaltem ne ab eo peti amplius quicquam
poſſit? Tametſi ad liberationem ipſo iure acquirendam
non ſufficiat, multóque minùs ad inducendam reſti-
10 tuendi obligationem. † Certè quamuis tibi eſſe admitte-
rem vt ex ea ſcriptura tacitum de non petendo pactum
nullum induci poſſet, illud tamen nunquam poſſim ad-
mittere, contrarium pactum de petendo induci faciliùs
debere. Eſſet alioquin iſta omnium accommodatiſſima
ratio debitoris obligandi qui non niſi partem debiti ſol-
ueret, vt quod deeſſet eò magis ſoluere tenetur fateri
creditorem totum ſe debitum accepiſſe. Quod tamen
quàm ridiculè dicatur, quis non videat? ſed & quis vn-
quam audiit agi vlla lege de tacito pacto de petendo?
Aut quis eius pacti effectus eſſe poteſt, cùm ex nudo
pacto nunquam agatur? At contrà pacti de non pe-
tendo vſus eſt maximus & efficaciſſimus, quia pro-
deſt ad excipiendam elidendámque actionem, *leg.*
11 *ſi vnus 27. § pactus ne peteret. D. de pact.* † Nec eſt
quod quis fauorem dotis obtendat. Nam neque fa-
uore dotis agi olim potuit ex nudo pacto etiam expreſ-
ſo, multò minus autem ex tacito. Primus Theodo-
ſius fuit qui in *l. ad exactionem 6. C. eod. tit.* conſtituit, vt
ad exactionem dotis quam ſemel præſtari placuit qua-
liacunque verba ſufficiant, ſiue ſcripta fuerint ſiue non,
etiam ſi ſtipulatio in pollicitatione rerum dotalium mi-
nimè interuenerit. Sed tamen nec poſt eam Theodoſij
conſtitutionem poſſis dicere tantum eſſe fauorem dotis
vt ex tacito pacto nudo exigi dos poſſit, illud verò mul-
to minus vt tacitè videatur pactus de tota dote ſoluen-
da, qui partem duntaxat ſoluens apocham totius ſolutæ
12 à marito extorſit. † Denique quod Imperatores ita reſ-
pondent *intelligis, &c.* oſtendit ſatis apertè meo iudicio
aduerſus conſulentem eos reſpondere non pro conſu-
lente. Conſulens autem quærebatur quòd cùm partem
tantùm dotis accepiſſet, totam tamen ſibi ſolutam fuiſſe
profeſſus eſſet. Conſequens igitur eſt vt Impp. reſpon-
derint intelligere eum debere hoc ipſo pactum videri
conſecutum, & quidem tale quod expreſſum potius
quàm tacitum dici oporteat de iis quæ deeſſent non pe-
tendis. Neque enim plus petendi animum creditor ha-
bet, vt nec debitor plus ſoluendi, cùm vtriuſque con-
ſenſu ſcriptura fit, quæ totius debiti ſolutionem factam
13 eſſe præ ſe ferat † Ideò autem lex requirit dotantis vo-
luntatem in ea ſcriptura conficienda interueniſſe, quia
neque expreſſum neque tacitum pactum vllum eſſe po-
teſt, niſi quod duorum conſenſum habeat, nec proinde
fieri inter abſentes, ſed inter præſentes duntaxat poteſt.
14 † Sed & obſeruandum eſt, quod emendationis noſtræ
coniecturam omnino confirmat, tractari eo loco de pro-
feſſione totius dotis ſolutæ ſcripta in ipſo dotali inſtru-
mento in quo dos dicta & promiſſa fuerat, Quid igitur
egebat maritus tacito illo pacto de petenda dote cùm
eo nomine paratam haberet ex contractu actionem?
Pactum ſanè de petendo tametſi expreſſum fuiſſet ad
aliud prodeſſe non poterat quàm ad producendam re-
plicationem, ſi qua fortè exceptio aut pacti aut alia do-
tanti prodeſſe potuiſſet, *d. § pactus ne peteret.* Atqui nihil
eſt in tota ea lege ex quo poſſit coniici exceptionem
aliquam dotantis competiiſſe, propter quam marito ne-
ceſſaria fuerit replicatio. Niſi ex profeſſione iſta totius
dotis ſolutæ pactum illud de non petendo inducas, quod
nos inducendum contendimus. At ſi hoc admittas iam
nihil ſupererit ex quo poſſis contrarium pactum de pe-
tendo inducere. Neque enim fieri vllomodo poteſt, vt
ex vna eademque numero ſolutæ dotis profeſſione pa-
cta iſta duo tam contraria inducantur de non petendo,
& de petendo: Aut quod idem eſt, vt vnum idemque
pactum proſit debitori ad excipiendum & creditori ad
replicandum. Concludamus igitur deeſſe negationem
quam nos reſtituimus, nec niſi de pacto de non peten-
do intelligi legem debere.

Ant. Fabri. de Coniect.

CAPVT XVI.

Tribonianiſmi quidam.

SVMMARIA.

1 *Verba illa* l. ſi debitori 21. de iudicum competenti cautela, *Triboniani eſſe.*
2 *In actionibus perſonalibus debitorem qui ante iudicium acceptum ſolutionem offert, cautione onerandum non eſſe, in realibus aliquando ſatiſdare teneri.*
3 *Ratio huius diſſimilitudinis.*
4 *Cur actio de eo quod certo loco arbitraria ἰμφατικῶς dicatur?*
5 *In perſonalibus actionibus quæ arbitrariæ non ſunt, non poſſe regulariter arbitrio vel officio iudicis ſatiſdandi onus debitori iniungi.*
6 *Alia Triboniani verba in* d. l. ſi debitori & l. ſi plures 14. ff. depoſ.
7 *Emendata* d. l. ſi plures, *& pro adierit legitur* aderit.
8 *Obſeruatur eiuſdem Triboniani manus in* l. 1. § ſi pecunia in ſacculo 36. ff depoſ.
9 *De pluribus heredibus eius qui pecuniam in ſacculo ſignato depoſuerat, eandem pecuniam repetentibus.*
10 *Totam* l. ſi defunctus 15. de procurat. *Triboniani eſſe.*
11 *An defuncto ante litem conteſtatam domino, qui procuratore præſente aut ſciente iudicatum ſolui ſatiſdederat, procurator cogendus ſit pro eo iudicium accipere?*
12 *Satiſdationem iudicatam ſolui pro ſciente & patiente procuratore interpoſitam non impedire quin mandatoris morte re integra mandatum finiatur.*
13 *An ſi pro abſente & ignorante procuratore dominus iudicatum ſolui ſatiſdederit, tum ante litem conteſtatam defunctus ſit, committatur ob rem non defenſam ſtipulationis clauſula?*
14 *An ſi reus poſtquam iudicatum ſolui promiſit, demens factus ſit, committatur ſtipulatio ob rem non defenſam?*
15 *Sola conteſtatione litem conſtitui.*
16 *Stipulationem iudicatam ſolui non prius commiſſam videri quam lis fuerit conteſtata.*
17 *Verba Triboniani obſeruatur in* l. defunctus 15. § fin. ff de procurat *& oſtenditur eum qui vnius ex ſociis procurator eſt, duplicis cautionis & ſatiſdationis onere grauari debere.*
18 *Duplicem ſatiſdationem in illa ſpecie neceſſariam non eſſe.*
19 *Quid à Triboniano additum ſit in* l. ſi reus 73. ff. de procurat.
20 *An reus qui procuratore agente ante litem conteſtatam pecuniam ſoluere paratus eſt iudicium accipere cogendus ſit?*
21 *Diſtinctionem à Triboniano in ſuperiore lege & quæſtione allatam inutilem eſſe.*
22 *Quo ſenſu dicatur, iudicia omnia abſolutoria eſſe?*
23 *Emendatur* d. l. ſi reus. *& dubitandi in ea ratio proponitur.*
24 *Remedium deponendæ in æde ſacra pecuniæ à Triboniano in d. l. propoſitum creditori potius quàm debitori nocere.*
25 *Pecuniæ oblatæ obſignatio quando ſolutionis loco ſit?*
26 *Procuratorem in ſpecie dicta legis pecuniam accipere poſſe quam debitor creditori non obtulerat.*
27 *Procuratorem in d. l. intelligi non ad lites datum, ſed eum cui negotiorum omnium adminiſtratio mandata eſt.*
28 *Cur in eiuſdem legis ſpecie ad obſignationis remedium recurrere non ſit neceſſe?*

25 *An de eo Paulus in d.l. tractet qui ſe tantùm paratum dicit ſoluere, an verò de eo qui pecuniam in ſacculo offert?*

QVam ſæpe Tribonianus pro arbitrio ſuo prudentũ
reſponſa corruperit immutatis, additis detractiſq;
non verbis tantùm, ſed etiam ſententiis integris, appa-
ret ex iis locis quos ſuperioribus libris indicauimus, ſed
cõſtabit euidẽtiùs ex his quos hoc capite ſubiiciemus.
1 † *In l. ſi debitori* 21. *ff. de iudic.* verba illa, *cum competenti*
cautela proculdubio ſunt Triboniani, cui video tam eſſe
familiaria quàm maximè ſunt à iuris ratione in propo-
ſito aliena. Nam quoties debitor fatetur ſe debere para-
túmque ſe dicit ſoluere, diem duntaxat petens ad expli-
candam ſoluendámque pecuniam, cur non audiatur, ta-
metſi cautionem, vel vt Tribonianus barbarè loquitur,
cautelam nullam offerat? Neque enim vt lex ſubiicit
magnum damnum eſt in mora modici temporis. Modi-
cum ſiquidem tempus hîc accipiendum eſt, vt eadem lex
2 ait, quod poſt condemnationem reis indultum eſt. † Ex
quo magis apparet debitorem qui ante acceptum iudi-
cium velit ſoluere nulla cautione onerandum eſſe qua
nec oneratur qui iam eſt cõdemnatus: quem tamen ne-
mo dixerit melioris eſſe debere conditionis, quam qui
nondum condemnatus eſt. Fateor ſi ad dictam diem de-
bitor non ſoluerit cogẽdum eum captis pignoribus, quæ
poſtmodùm ſi pecunia intra duos menſes non ſoluatur
vendi poſſint, *l. debitoribus* 31. *ff. de re iud.* Sed vt nõ aliter
dilationem debitori dari oporteat quàm ſi caueat dato
fideiuſſore aut pignore, nuſpiam ſcriptũ eſt. In actione
in rem aliquando euenit, vt poſſeſſorem ſatiſdare opor-
teat de re quæ petitur vbi petitur aut vbi iudicatur re-
ſtituenda, *vt in l. ſi malis.* 11. *ff. de rei vind.* §. *etſi in rem Inſt.*
de off. iud. At in actionibus in perſonam euenire id nũ-
3 quam poteſt. † Et diſſimilitudinis ratio illa eſt, quòd in
actione in rẽ reſtitutio fit arbitrio iudicis, ideóq; actio-
nes huiuſmodi dicuntur arbitrariæ, ſicut & illæ quæ
cùm ſint perſonales, tamen in rem ſcriptæ ſunt, de qui-
bus *in* §. *præterea, Inſtit. de action.* Arbitrium autem iudi-
cis plerumque ex cauſa tale eſſe neceſſe eſt, vt ſatiſdari
actori oporteat. Contrà verò actiones merè perſonales
quæ ex contractu vel quaſi contractu deſcendunt, ſi-
cut vim ſuam ex obligatione accipiunt ita iudicis arbi-
4 trium neque requirunt neque admittunt † excepta illa
ſola, quæ dicitur de eo quod certo, loco: quam idcirco
κυριωτάτως arbitrariam appellamus, quoniam ſimilem
aliam nullam habet, id eſt quæ ſit & merè perſonalis &
arbitraria. Ideò autem arbitraria eſt, quia contra eũ qui
certo loco dare promiſit fieri non poteſt vt ex vi & na-
tura obligationis alio loco agatur, vnde fieret vt deficiẽ-
te obligationis poteſtate debitor qui ad locum ſolutio-
ni deſtinatum nunquam accederet nuſquam conueniri
poſſet niſi arbitrium iudicis creditori ſuccurreretur da-
ta illi actione ad extorquendam à debitore quocunque
loco ſolutionem, cum condemnatione eius quod credi-
toris intereſt ſolui deſtinato loco. † In aliis igitur actio-
5 nibus perſonalibus, quæ cùm nunquam ſint arbitrariæ
nunquam arbitrio iudicis reguntur, ſiue bonæ fidei ſint
ſiue ſtricti iuris, fieri non poteſt vt arbitrio vel officio
iudicis ſatiſdandi onus debitori iniungatur, præter-
quàm in ſpecie *l. in omnib.* 41. *ff. de iud.* id eſt, cùm antè
quàm præſtandæ pecuniæ dies venerit aliquid incidit
eiuſmodi, propter quod verendum ſit, vt ad diem exigi
pecunia non poſſit: quod certè non contingit in eo, qui
6 ſe fatetur debitorem, dicítque paratum ſoluere. † Ergo
verba illa *d. l. ſi debitori cum competenti cautela*, Tribo-
niani ſunt non Vlpiani. ſicut & illa *prius idonea caute-*
la a debitore, pro indemnitate præſtanda, *in l. quamuis* 6.
ff. de pign. act. quemadmodum alio loco monuimus. *Et*
in l. ſi plures. 14. *in princ. D. depoſ. cautela idonea reddenda.*
7 † vbi tamen obſerua mendum aliud ſubeſſe in illis ver-
bis, *ſi maior pars adierit*, legẽdúmque *aderit*. Nam priora
illa, *ſi plures heredes extiterint*, oſtendunt ab omnibus hę-
redibus aditam fuiſſe hæreditatem, quia nec teſtamen-
tarij nec legitimi heredes, nec alij denique quàm ſui,
priùs exiſtunt hæredes quàm adierint. Sequentia verò
reſtituendam rem præſentibus demonſtrant eum caſum tra-
ctari quo pars tantùm hæredum adſit petátque depoſi-
tum. † *in l.* 1. §. *pecunia in ſacculo.* 36. *eod. ti.* quis nõ fatea- 8
tur ab illis verbis, *veniat repetens*, vſque ad fin § omnia
eſſe Triboniani Plena ſcilicet diſtinctionibus & ablati-
uis abſolutis, itémque græciſmis, ne dicam ſolœciſmis.
Illa námque poſtrema verba, *& omni actione depoſita-*
rium liberari, quã rogo conſtructionem poſſunt admit-
tere, cùm nihil ſit in præcedentibus quod regere debeat
infinitiuũ? Nã ſi referre velis ad verbũ, *debebit* [quod ta-
men nec commodè facere poſſis] debuerat ergo ita ſub-
iici, *res in æde deponi, & omni actione depoſitarius liberari.*
Sed cum Imperatorem ageret Tribonianus, ſic ille ſcri-
pſit ac ſi adiectum aut ſupplendum eſſet verbum, *iube-*
mus, vel *præcipimus* taléve aliquid. † Quod ſi legis ſentẽ- 9
tiam iuriſque rationem reſpicias digna ſanè eſt Tribo-
niano magis quã Vlpiano tota illa diſtinctio, Cùm enim
plures hæredes ſũt eius qui pecuniam depoſuerat in ſac-
culo ſignato, indiſtinctè dici poteſt quod Caius ſcri-
bit *in d. l. ſi plures*, reſtituendam eſſe præſentibus & pe-
tentibus ſi maior eorum pars aderit, quoniam hoc caſu
indiuidua ſit depoſiti obligatio, propterea quòd reſigna-
re ſacculũ depoſitarius nec poſſit nec debeat, niſi præ-
ſentibus omnibus quorum intereſt. At ſi ſacculus ſigna-
tus non eſſet, diuidi commodè poſſet depoſiti obligatio,
& ſicuti non niſi partem ſuam hæreditariã petere quiſ-
que ex hæredibus poſſet, ita eã duntaxat partẽ ſingulis
reſtituere depoſitarius deberet, neq; cautionis remediũ
neceſſarium eſt cùm indemnitati depoſitarij ſatis con-
ſultum ſit ex eo, quòd maiori parti hæredum ſacculum
ſignatum reſtituerit, indemnitati verò cohæredum,
quòd habituri ſint familiæ erciſcundæ iudicium aduer-
ſus cohæredes qui totum depoſitum repetierunt. † *In* 10
l. ſi defunctus. ff. de procurat. nihil video quod non ſit Tri-
boniani. Quis enim Iureconſultorum ſic vnquam locu-
tus eſt, *iudicatum ſolui ſtipulatione pro ſuo procuratore da-*
ta, pro eo quod Tribonianus ducere voluit, *facta pro-*
miſſione de iudicato ſoluendo, Illa item quæ ſequuntur, *ſatis*
inciuile eſt, an non Triboniani manum produnt apertiſ-
ſimè? ſolet enim ille frequenter ita loqui. *ſatis inciuile, ſa-*
tis abſurdum, ſatis inhumanum. † Deinde quænam obſe- 11
cro iuris conſtitutio illa eſt, vt defuncto ante litẽ conte-
ſtatam domino qui pro procuratore præſente aut ſcien-
te iudicatum ſolui ſatiſdederat, cogẽdus ſit procurator
iudicium accipere? An non verum eſt procuratorem nõ
niſi poſt litem conteſtatam fieri dominum litis? *l. ab exe-*
cutore 4. §. *vlt. ff. de appell. l. nulla* a 3. *C. de procur.* Rurſum,
morte mandatoris ante litem conteſtatam re integra
nondùmque effecto domino procuratore finiri manda-
tum? *l. ſi præcedente* 18. *in princip. ff. manda.* Cur ergo co-
gatur is qui ampliùs procurator non eſt procuratorio
nomine iudicium accipere? An quia conſenſerat viuo
domino, vt pro ſe iudicatũ ſolui à domino ſatiſdaretur?
Atqui ponimus ſatiſdediſſe dominum pro eo tanquam
pro procuratore. Euaneſcere igitur vim ſatiſdationis, &
neceſſitatem accipiendi iudicij neceſſe eſt finito man-
dato morte mandatoris. † Neque enim ſatiſdatio iudica- 12
tum ſolui proſciente & patiẽte procuratore interpoſita
perpetuum facere poteſt mandatum, vt ne mandatoris
quidem morte re integra finiatur, quicquid noſtri ſen-
tiant, qui in eo ſuaues ſunt, quod aiunt textum hunc eſſe
ſingularem ad probandum ſatiſdationis eam eſſe vim
& poteſtatem, vt impediat ne mandatum quaſi re inte-
gra morte finiatur: licet cogantur fateri non eandem il-
lius ſatiſdationis vim eſſe quæ eſſet conteſtationis. Non
nego procuratorem ſicut & alium defenſorem quemli-
bet cùm ſatiſdedit domini loco habendum eſſe, *l. mu-*
tus 43. §. *vlt. l. Titius* 76. *de procurat.* Sed nego eam ſa-
tiſdationem

ſatiſdationem facere ne morte mandatoris finitum man-
datum videatur, ſicut nec impedit quominus reuocare
quandocumque poſſit. Nego etiam eodem iure cenſeri
debere procuratorem cuius nomine dominus ſatiſde-
derit tametſi ſciuerit ille & paſſus ſit. Hic enim domini
loco habendus non eſt cùm non ipſe ſed dominus ſatiſ-
dederit. Proinde non poteſt ea ſatiſdatio impedire quo-
13 minùs mandatoris morte mandatum finiatur: † ſed illud
quàm ridiculum & iniquum eſt quòd Tribonianus con-
ſtituit, ſi pro abſente & ignorante procuratore dominus
iudicatum ſolui ſatiſdederit, tùm ante litem conteſtatam
defunctus ſit committi ob rem non defenſam ſtipulatio-
nis clauſulam: Cur enim committatur ſi rem defendere
neque procurator cogitur, quia ſtipulationi non con-
ſenſit, neque dominus quia defunctus eſt? Neque enim
vir bonus arbitrabitur indefenſam eſſe rem de qua Præ-
tor iudicium accipere non cogat, *l. non cogendum* 45. §. t.
de procurat. l. vir bonus 18. *iudic. ſolui*, cogere autem Præ-
tor neque procuratorem poteſt finito iam mandato,
neque dominum vita functum. Nam & ſi mandatum fi-
nitum eſſet reuocatione & prohibitione procuratori
facta ne defenderet, non committeretur ſtipulatio, quia
vt committatur non ſufficit cum ea perſona accepta eſſe
iudicium, quæ ſtipulatione comprehenſa eſt, ſed oportet
eandē perſonæ cauſam eſſe quæ ſtipulationis tempore
fuit vt Caius ſcribit in *l. ſi ante.* 7. *D. eo.* Atqui negari non
poteſt quin & procuratoris cauſa mutata ſit finito man-
dato, & domini poſt ſtipulationem, & ante litem conte-
14 ſtatam defuncti. † Quam ob cauſam de illo etiam dubi-
tatum legimus, Si reus poſtquam iudicatum ſolui pro-
miſit demens factus ſit, an ſtipulatio committatur ob
rem non defenſam, & quamuis placuerit magis eſſe vt
committatur ſi nemo eum defendat, *l. 3. §. ſi reus eo. tit.*
alia tamen hac parte dementis, alia defuncti ratio eſt,
quia dementem per alium defendi nihil prohibet ſicut
& eum qui in magiſtratu eſt nec in ius inuitus vocari
poteſt, de quo in *l. ſi reus* 12. *eod.* mortuus verò ſicuti iam
nullus eſt, ita defendi ampliùs nec poteſt nec debet.
15 †. Parúmque refert, an lis mortua ſit, an defunctus is qui
litem nondum fuerat conteſtatus cùm non magis nul-
la ſit lis quæ mortua eſt aut finita, quam quæ nunquam
fuit conteſtata, ſiquidem conteſtatio ſola eſt quæ litem
conſtituit, *l. ſed etſi lege* 25. §. *ſi ante de petit. hered. l. vnic.*
C. de lit. conteſt. At cùm lite mortua aut finita nulla am-
pliùs res ſit, conſtat ſtipulationem iudicatum ſolui com-
mitti non poſſe *l. 2 eod. tit.* Ergo nec committetur mor-
tuo ante conteſtationem eo, qui ſi viueret litem conte-
16 ſtari cogeretur. † Idque eſt ni fallor quod Vlpianus ait
in *l. cum quærebatur* 13. *eod.* ſtipulationem iudicatum ſol-
ui non priùs videri commiſſam quàm lis fuerit conte-
ſtata Et quidem ex ipſa ſtipulatione iudicatum ſolui, vt
nimirum ſeipſam committat, eáque conteſtatio faciat ne
mora purgari ampliùs poſſit, *vt & in l. nuda* 5. *C. de contr.*
& commit. ſtipul. In ead. leg. ſi defunctus §. 1. *de procurat.* po-
tuit quidem Vlpianus ſcribere, eum qui in communi
diuidundo iudicio procurator datus eſt ad agendum, ad
defendendum quoque datum videri, nempe quoniam
iudicium communi diuidundo duplex eſt in quo ſcilicet
vterque actor eſt, & reus, *l. iudicium communi diuidundo*
10. *D. fin. regund. l. actiones* 37. §. *mixta de oblig. & action.*
17 † Sed quod ſequitur, *duplici cautela interponenda* ſine
dubio eſt Triboniani, adeóque ineptum. Et ſi enim iu-
dicium communi diuidundo duplex eſſe dicitur, non ideo
tamen fit, vt qui vnius ex ſociis procurator eſt duplicis
cautionis & ſatiſdationis onere grauari debeat. Nam
qua parte procurator eſt actoris, ſi de mandato non du-
bitetur non cogitur ſatiſdare datam rem dominum ha-
biturum, *d. l. vnic. C. de ſatiſ. d. l. 1. C. de procurat.* Iudicatum
verò ſolui multò minùs. Ea namque cautio à reo præſta-
ri ſolet cuius eſt rem defendere, non ab actore: vt ex eo
intelligi poteſt quòd iudicatum ſolui ſtipulatio tres clau-
ſulas in vnam collatas habere dicitur, de re iudicata, de
re defendenda, & de dolo malo, *l. 6. D. iudic. ſolu.* Sanè
qua parte procurator hic defendere actorem cogitur, li-
cet non niſi ad agendum datus eſſet, certum eſt cogi
eum ſatiſdare iudicatum ſolui ſtipulatione, quod non
contingeret, ſi ad defendendum procurator datus fuiſſet.
Tunc enim ſtipulatio illa etiā æquè eſſet neceſſaria, ab
ipſo tamen domino non à procuratore interponi debe-
ret, vt Modeſtinus tractat in *l. ſi ad defendendum* 10. *eod.*
tit. Sed vna hæc ſatiſdatio eſt nō duplex. † In quo errant 18
noſtri, vulgò exiſtimantes duplicem ſatiſdationem hic
neceſſariam eſſe, vnam per quam procurator caueat de
defendendo in cauſa reconuētionis tanquā actoris pro-
curator. Alteram per quam de iudicato ſoluendo, tan-
quam rei procurator. Probabilius dici poterat duplicem
cautelam, vt Triboniani verbo vtar, hìc interponen-
dam, non ex parte vnius eiuſdémque procuratoris, ſed
vnam ex parte procuratoris, alteram ex parte aduerſarij,
vtramque autem de iudicato ſoluendo, vtramque ex par-
te rei quia & vterque litigator reus eſt. Quamquam Tri-
boniani verba præ ſe ferunt duplicem illam cautelam
ab vno eodemque interponendam, cùm ipſius interpo-
nendæ rationem hanc afferre videatur, quòd qui procu-
rator fuerat conſtitutus ad agendum, idem etiam conſti-
tutus eſſet ad defendendum. † In *eo. l. in. de procur.* mihi 19
valde ſuſpectum eſt quod ſcriptum lego in *leg. ſi reus* 73.
ſed hoc conſtat vt ante litem conteſtatam P aſci iubeat in æde
ſacra pecuniam deponi. hoc enim fit & in pupillarib. pecu-
niis: quod ſi lis conteſtata eſt hoc iuris iudicis officio dirimen-
dum eſt. neque dubito quin Triboniani verba ſint non
Pauli, qui in præcedentibus ſatis apertè, declarauerat
quid de propoſita quæſtione ſentiret. † Nimirum ſi reus 20
paratus ſit ante litem conteſtatam pecuniam ſoluere
procuratore agente, iniquum eſſe cogi eum iudicium ac-
cipere: nec ad rem pertinere, quòd ſuſpectus videri poſ-
ſit qui præſente domino pecuniam non obtulerit. Quid
enim inquit, ſi tunc facultatem pecuniæ non habuit? Quis
dicat cogi eum debere iudicium accipere? Quid item ſi
famoſa ſit actio? Quis æquum putet periclitari famam
eius qui ſine iudice paratus eſt id dare, quo non ampliùs
aduerſarius eius per iudicem ab eo ſit conſecuturus? ex
l. iudicatum ſolui ſtipulatione 16. *ff. iudic. ſolui.* † Triboni- 21
anus verò quaſi indeciſam quæſtionem Paulus reliquiſſet,
diſtinctionem illā de ſuo adiecit an lite conteſtata nécne
pecuniam debitor offerat. Quæ diſtinctio à Pauli verbis
prorſus aliena eſt. Caſum enim illum tractabat quo antè
conteſtationem oblata eſſet pecunia. Nempe quia poſt
litem conteſtatam & accepto iam iudicio dubitationi
locus nullus relinquetur, quin omnimodo condemnari
debeat qui fatetur ſe debere. Ceſſat enim hic ratio illa
æquitatis, quæ non patiebatur iudicio diſtringi aut ad
inficiationem compelli eum qui paratus ſit ſoluere, *dict.*
l. 16. iud. ſolui l. ſi debitori 21. *de iudic.* Adeò vt neque offi-
cio iudicis locus eſſe poſſit, cùm poſt litem conteſtatam
confeſſus debitor habeatur pro condemnato, nec aliæ
iudicis partes eſſe poſſint, niſi, vt debitorem condem-
net, *l. 1. 3. 6. & pen. & paſſ. ff. de confeſſ.* † Nam quod dici 22
ſolet iudicia omnia eſſe abſolutoria, non eò pertinet vt
abſolui debeat reus qui ſe fatetur debere paratúmque di-
ci ſoluere quomodo intellexiſſe Caſtrenſis videtur, ſed
accipiendum eſt de reo qui ſatis fecit §. *vlt. Inſtit. de per-*
pet. & tempor. act. Satisfecit porrò qui iam ſoluit, aut quid
aliud fecit, quod ſolutionis inſtar habeat non eui tātùm
faſſus eſt ſe debitorem obtulítque pecuniam. *l. ſi reus* 9. §.
omnis de pign. act. Illud quoq; auſim dicere, cùm fortè Pau-
lus ita ſcripſiſſet, *ſi reus paratus ſit ante litē conteſtatam pe-*
cuniā ſoluere procuratore agente, iniquū eſt, &c. Tribonian.
vt diſtinctioni ſuæ viam strueret de ſuo intexuiſſe verba
illa, *quod fieri oportet? nam.* † De illo minùs dubito, quin eo 23
loco, *propter quod ſuſpectus videri poteſt*, legendum ſit, *pro-*
pterea quòd, vt his verbis dubitādi ratio ſignificetur, pro-
pter quam videbatur non eſſe permittendum debitori
qui præſenti creditori pecuniā offerre noluit vt eam of-

ſcrat procuratori, quaſi videri poſſit in fraudem credi-
toris & per colluſionem cum procuratore habitam di-
lata oblatio in id vſque tempus quo procurator ipſe age-
ret. Eáque res Triboniano anſã præbuit Pauli reprehen-
dendi aut ſupplendi, neceſſitate debitori irrogata depo-
nendæ in æde ſacra pecuniæ, ne ſi debitor & creditoris
procurator inuicem colludant damnum vllum credito-
24 ri infligatur. † Quo remedio videamus ne creditori no-
ceatur potiùs (cui tamen procuratoris fides fuit explo-
rata) quàm debitori, qui eiuſmodi depoſitione & obſi-
gnatione pecuniæ in æde ſacra perinde liberatur acſi
procuratori ſoluiſſet, cùm tamen ſi ſuſpecta eſſet eius
oblatio tanquam alieno tempore & per colluſionem fa-
cta, dicendum potiùs eſſet audiri eum non debere, ſed
iudicio diſtinguendum, aut ad inficiationem compel-
lendum, propterea quòd imputare ſibi deberet qui non
ſuo tempore, nec bona fide pecuniam obtuliſſet. Sed &
ratio illa Triboniani, *hoc enim fit & in pupillarib. pecunia*
25 prorſus ridicula eſt. † Tunc enim admittimus obſigna-
tionem in pupillaribus pecuniis loco ſolutionis, cum
nemo eſt cui ſolutio fieri poſſit: idque non in pupillari-
bus tantum debitis, ſed in cæteris quoque omnibus obti-
net, ſiue non ſit cui ſolui poſſit, ſiue ſolutionem recuſet
qui accipere poſſet ſi vellet *l. acceptam. C. de vſur. l. obſi-*
26 *gnatione 9. C. de ſolut.* † At nos cum Paulo eam ſpeciem
tractamus in qua adſit procurator qui ſolutionem acci-
pere & vult & poteſt. Alioqui ſi ob id ſolum quòd præ-
ſenti creditori debitor pecuniam non obtulit, non licet
procuratori poſt eam moram conſtituto ſolutionem ac-
cipere propter ſolam ſuſpicionem colluſionis. Quid ob-
ſecro creditori profuerit procuratorem ad exigendam
ſolutionem conſtituiſſe? Aut quomodo poteſt videri de-
bitor oblationem præſente creditore diſtuliſſe, vt cum
procuratore colluderet ſi eo tempore nondum procura-
tor erat conſtitutus. Præſertim cum fieri facilè poſſit, vt
nec tum pecuniam habuerit in numerato quemadmo-
dum eleganter Paulus diſputat, ſic apertè docens non
eſſe eam ſuſpicionis cauſam ſufficientem ad impedien-
dum ne audiri debeat debitor ſolutionem offerens agen-
te quandocunque procuratore. Tantum abeſt, vt dubi-
tet an ſolutionem accipere hic procurator poſſit. Quam
tamen ſi accipere poteſt, quid cauſæ eſt cur in æde ſacra
27 pecuniam deponi oporteat? † Quod cum ita ſit quis non
rideat nudis dentibus interpretes noſtros diſputantes hic
poſt Accurſium de iudicis ordinarij, & delegati poteſta-
te? Aut quis illud probet, quod commiſcuntur tractare
Paulum de procuratore ad lites dato cui nec ſolui poſſit,
l. hoc iure 86. de ſolut. Nam imò verò tractat de procurato-
re ſimpliciter, & conſequenter de eo cui negotiorum
omnium adminiſtratio mandata eſt, cui nemo negauerit
ſolui poſſe, *l. verò 12. eodem.* Nunquam enim iuris auto-
res procuratorem abſolutè vocant eum, qui ad litem
duntaxat datus ſit, ſed vel procuratorem litis vel ad li-
tes, vel ad agendum, vel ad rem de qua agitur petendam,
vt ex *tit. de procur.* intelligi poteſt. Et verò quænam du-
bitandi ratio eſſet, num audiri deberet reus offerens ſo-
lutionem procuratore agente & domino abſente ſi talis
procurator eſſet, qui ſolutionem accipere non poſſet?
Aut quid hoc caſu refert, an imputari aliquid poſſet de-
28 bitori néc ne? † Rurſus quis diuinare poſſit tractare Pau-
lum de eo creditore qui conſtituto procuratore aufuge-
rit, vt eius copiam ad ſoluendum habere debitor non
poſſet? Poni quidem procuratorem agere eo tempore
quo dominus non adſit, ſed tamen non ponit tam pro-
cul abeſſe dominum, vt ei ſolui non poſſit, neceſſeque
ſit ad obſignationis auxilium confugere, quia neque id
ad rem pertinebat cum de eo procuratore tractaret, qui
vt diximus perinde ac dominus ſolutionem accipere po-
terat, quare nec aliam dubitandi cauſam Paulus affert
propter quam videretur non audiendus debitor, niſi
quòd ſuſpectus videri poſſet hoc ſolo quòd præſenti
creditori pecuniam non obtuliſſet. De quo tamen quæri
nihil attinebat. ſi ſoluendi facultatem ea ratio impedie-
bat, quod neque procurator ſolutionem accipere poſſet
defectu mandati, neque dominus quia tunc abeſſet. Idem
namque contingeret etiamſi dominus ſolutionem nun-
quam petiiſſet. † Sed & illud obſeruandum eſt, in quo 19
etiam noſtri errant poſt Tribonianum, non de illo Pau-
lum tractare qui ſic paratum ſe dicat ſoluere, vt pecu-
niam in ſacculo afferat, quod Caſtrenſis neceſſariò re-
quirit, ſed de illo tantùm qui ante litem conteſtatam pa-
ratum ſe dicit ſoluere. Et ait audiri eum debere nec co-
gi iudicium accipere: Quod perinde eſt ac ſi diceret ne-
que cogendum eum, vt litem conteſtetur, neque vt ſta-
tim ſoluat. Hîc enim illud repetendum eſt quod nos ini-
tio capitis monuimus, ex *l. ſi debit. l. 21. ff. de iud.* Debitori
qui fatetur ſe debere, paratúmque dicit ſoluere dandum
diem ad ſoluendam pecuniam, quod & ſcriptum eſt in
dict. l. debitoribus 31. de re iud. Quod cùm ita ſit fruſtrà
ineptéque Tribonianus ſuam illam ſententiam quaſi
remedij loco ſubiecit de obſignando in æde ſacra debi-
to. Cum non de eo Paulus quæreret, an aut quomodo
ſolui debitum ſtatim poſſet, ſed de illo tantùm, an audi-
ri deberet reus qui fateretur ſe debere paratúmque di-
ceret ſoluere, & conſequenter an dari ei dilatio ad ſol-
uendum deberet: Intra quam diem nihil vetabat redire
dominum, & adeſſe vt ipſi præſenti ſolui poſſet, tametſi
poneres procuratorem non niſi ad lites datum eſſe, ei-
que proinde ſolui non potuiſſe.

Capvt XVII.

Alij Tribonianiſmi.

SVMMARIA.

1 *Quo ſenſu dicatur ſtipulationem ob rem non defenſam ſemel tantùm committi?*

2 *Triboniani manus obſeruatur in* l. vlt. in fin. ff. iudic. ſolui.

3 *Ex duplici ſtipulatione in ſpecie* d. l. *actum eſſe, ex ſtipulatione ob rem non defenſam, & ex ſtipulatione iudicatum ſolui.*

4 *An ex ſententia Triboniani in* d. l. vlt. *ſola rei iudicatæ clauſula committatur & præualeat etiam in vnius eiuſdémque perſona?*

5 *Stipulationem ſemel commiſſam nunquam reſolui.*

6 *An domo empta quam emptor & venditor combuſtam ignorabant aliquid veniſſe intelligatur, & pecunia ſoluta condici poſſit?*

7 *Duplex Triboniani diſtinctio in hac quæſtione.*

8 *Vtraque rationibus impugnatur.*

9 *An emptore ſolo domum exuſtam ſciente ad repetendum pretium, iam ſolutum actio ei detur, vel ſi non ſolueris ad pretij conuenti ſolutionem cogi poſſit?*

10 *Venditore & emptore domum combuſtam ſcientibus an viciſſim aliqua inter eos actio competat?*

11 *Pauli locum in* l ſi ſeruum 91. & verb. oblig *à Triboniano noua diſtinctione interpolatum eſſe.*

12 *Tribonianum in* l ſed ſi mors 13. §. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. *manum ſuam adhibuiſſe.*

13 *An donatio à marito in vxorem mortis cauſa collata, ſecuta deportatione valeat?*

14 *An eiuſmodi donatio iure vetere ante Conſtantini legem valuerit?*

15 *Quam vim habeat dictio* proinde *in* d. l. ſed ſi mors. §. 1?

16 *Quid in eiuſmodi donationibus à Conſtantino fuerit inductum?*

17 *Deportationem iure vetere quibuſdam caſibus morti comparari, quibuſdam non.*

18 *In* l. ſi alius. 7. §. belliſſimè ff. quod vi aut clam. *Tribonianum nonnulla de ſuo ſubieciſſe.*

19 *Cur*

19 *Cur Prætor ipſe olim interdixerit, nec in eam rem iudices dederit?*
20 *Extraordinariæ actiones quænam olim dictæ fuerint?*
21 *Alij Tribonianiſmi indicantur in* l. vlt ff de curat. furioſ. & l. 1. in fin. ff de pen. legat.
22 *Species & quæſtio* §. vlt. l. qui ducenta 13. ff. de reb. dub.
23 *Tribonianum illam quæſtionem quaſi indeciſam decidere voluiſſe.*
24 *Tribonianum in* l. cùm acutiſſimi. C. de fideic. *pietatis coniectura abuſum fuiſſe.*
25 *Hæreditatem relictam ſeruo hæreditario ex cauſa fideicommiſſi reſtituendo nec dum reſtituto, non debere fideicommiſſario reſtitui.*
26 *An eo caſu diſtinguendum ſit cuius contemplatione ſeruus ille hæres inſtitutus?*
27 *An aliud obtineat quum hæres fiduciarius iuſſus eſt hæreditatem cum incremento reſtituere?*
28 *Vera diſtinctio in hac quæſtione adhibenda.*
29 *An ſi filio ſeruóve legatum ſit à patre dominóve, & pendente conditione filius emancipatus aut ſeruus manumiſſus ſit, ſatiſdationem à patre dominóve legati nomine exigere poſſint?*
30 *Regula perpetua & generalis in legatis conditionalibus obſeruanda.*
31 *Non opus fuiſſe in* l. filio. ff. vt legat. nom. caueat. *propoſitam quæſtionem per mediocritatem dirimere.*
32 *Paulum in ſpecie* d. l. filio. *ſatiſdationis onus patri vel domino remittere non potuiſſe.*
33 *Quæſtionem illam à Paulo in d. l. deciſam fuiſſe.*
34 *Iudicato faciendo tempus modò longius modò breuius iudicantis arbitrio condemnatis olim conceſſum fuiſſe.*
35 *Tempore ad ſoluendum per ſententiam præſcripto intra illud ſoluendum eſſe.*

1 IN † *l. vltim. ff. iud. ſolui.* proponitur ex Scæuola, ſi vnus
ex fideiuſſoribus ſtipulationis iudicatum ſolui conuentus ſit ob rem non defenſam deinde poſteà res defendatur, alterum fideiuſſorem ob rem iudicatam conueniri poſſe, & ſimiliter ſi reus promittendi duobus hæredibus relictis deceſſerit, alter rem defendat, alter non defendat, eum qui non defendat ob rem non defenſam conueniri poſſe, illum qui defendat, ob rem iudicatam, *quoniam*, inquit Scæuola, *in vnius eiuſdémque perſona non poſſe committi has duas clauſulas creditur.* Id eſt, quoniam quod dicitur ſtipulationem hanc ſemel tantùm committi quaſi quæ vnam tantùm clauſulam ob rem non defenſam & ob rem iudicatam in ſe habeat, vt Vlpianus loquitur. in *l. cùm quærebatur. 13. eod. tit.* tum demum verum eſt cùm de ſtipulatione in vnius eiuſdémque perſona committenda tractatur: non item cùm in plurium perſonis. Nihil enim vetat ſæpius committi, dum
2 ne ſæpius in eadem perſona. † Quod ſi ita eſt quis credat Scæuolam ſcripſiſſe quod ſequitur in *d. l. vlt. & nos dicimus ſemper præualere rei iudicatæ clauſulam eámque ſolam committi.* An non id omnino pugnat cum præcedentibus totámque Scæuolæ ſententiam & corrigit & deſtruit? Deinde quis vnquam ex prudentibus ſic locutus eſt *& nos dicimus.* Aut quo contextu poſſis hæc verba ſuperioribus coniungere? Imò verò nec poteſt verum eſſe quod Tribonianus cæteríque compoſitores dicunt, ſemper præualere rei iudicatæ clauſulam eámque com-
3 mitti. † Nam in propoſita ſpecie ponimus priùs actum eſſe ex ſtipulatione contra vnum ex fideiuſſoribus aut expromiſſoris hæredibus ob rem non defenſam, deinde ab alio ex fideiuſſoribus aut rei ſucceſſoribus rem defendi cœptam, mox pro actore iudicatum: quia nec poſt commiſſam clauſulam ob rem iudicatam committi ampliùs alia poteſt ob rem non defenſam. Siquidem omnino prius eſt vt res defendatur vel non defendatur quàm vt iudicetur. Quæro ergo an vno ex fideiuſſoribus aut promiſſoris hæredibus rem non defendente non committatur ſtipulationis clauſula ob rem non defenſam? Quidni verò? cùm verum ſit rem defenſam non eſſe.
† At cùm alius fideiuſſor defendere cœperit & iudicatũ 4
erit pro actore, quæro an quia rurſus committitur ſtipulatio ob rem iudicatam [nam & id fatetur Tribonianus] fiet vt eò minus commiſſa videri poſſit prior clauſula quæ reuera iam commiſſa eſt? Atqui dici ſolet factum pro infecto haberi non poſſe, nec vnquam iure noſtro auditum illud eſt vt ſtipulatio ſemel commiſſa adeóque ex qua actum eſt vtiliter ſecuta etiam condẽnatione pro non commiſſa habeatur, ob id ſolùm vt ex alia clauſula committi poſſit. Præſertim cùm nec actoris quicquam interſit vtrum ex hac an ex illa clauſula committatur cum vtróque caſu conſecutus ſit tantundem, ſcilicet quantum iudex pronũtiauerit. Habet enim hæc ſtipulatio expeditam quantitatem vt Vlpianus ait in *leg. 9. hoc tit.* Non igitur fieri poteſt vt ſemper præualeat rei iudicatæ clauſula eáque ſola committatur, ne quidem in vnius eiuſdémque perſona. Nam ſi is qui prius fuit negligens & contumax in defendendo, ex eáque cauſa ex ſtipulatu conuentus & condemnatus ob rem non defenſam. poſtea defenderit, fuerítque pro actore pronunciatum, eadem ratio quæ in pluribus fideiuſſoribus aut promiſſoris hæredibus à nobis vſurpata eſt, hoc etiam caſu locum habet, vt ob rem non defenſam committatur ſtipulatio, ſiue poſtea iudicetur ſiue non, dummodo ex ea ſtipulatione lis conteſtata ſit, *d. l. cùm quærebatur*, commiſſa autem non ex eo reſoluatur quòd poſtea reus condemnetur. † Nunquam enim 5
ſtipulatio commiſſa reſoluitur, maximè ſecuta conteſtatione, abſurdúmque eſſet ad reſoluendam ſtipulationem iam commiſſam prodeſſe reo quòd ſit condemnatus, *argum. l. 3. ff. de vſur. l. euidenter. 16. ff. de except. rei iudicat.* Itaque tantum abeſt vt verum eſſe poſſit quod Tribonianus voluit ſolam committi clauſulam rei iudicatæ, & præualere, vt ex contrario committi non poſſit poſteaquam ſemel commiſſa eſt ſtipulatio ob rem non defenſam in vnius eiuſdémque perſona, vt hac ipſa lege ſcribit Scæuola & Vlpianus in *d. l. cum quærebatur.* † *In* 6
l. domum emi. 57. ff. de contr. empt. ab illis verbis, *& Neratius ait hanc quæſtionem multum intereſſe*, vſque ad finem legis nihil eſt quod nõ prodat manũ Triboniani abutẽtis nomine & authoritate Neratij vt ſuas nobis pro bonis venditet diſtinctiones. Abhorret enim illa diſtinctio non ſolùm à iuris ratione, ſed etiam à Pauli diſputatione. Nam Paulus eum caſum tractat, quo domum emerim quam ego & venditor combuſtam ignorabamus. Et ait ex Neruæ Sabini & Caſſij ſententia nihil veniiſſe quãuis area maneat, pecuniámque ſolutam poſſe condici. Nempe quia non aream emere volui, ſed domum, quæ
porrò nulla eſt poſt combuſtionem. † Tribonianus au- 7
tem, ac ſi Paulus diſtinctioni locum reliquiſſet, diſtinguit an domum combuſtam venditor ſciuerit an ignorauerit, & an maior pars domus exuſta ſit an minor. Quod ego miror non fuiſſe animaduerſum à tot tantíſque interpretibus, præſertim à recentioribus qui tam acriter & ad conuicia vſque de illius loci lectione &
ſententia quaſi pro aris & focis dimicarunt: † ſanè ſi po- 8
nas venditorem ſciuiſſe domum combuſtam, atque ita fuiſſe in dolo, multò magis fatendum ſit nullam eſſe emptionem, cum venditoris dolus hoc ſuadeat, licèt fortè interſit emptoris valere contractum vt quod ſua intereſt conſequatur. Non enim quemadmodum dolus pro poſſeſſione eſſe dicitur, ita & pro re vendita eſſe poteſt ſi res illa venditionis tempore nulla fuit. Rem enim eſſe oportet quæ veneat vt venditio aliqua eſſe intelligatur, *l. 1. ff. de hered. vel action. vend.* Idque Tribonianus ipſe fatetur ſi ante venditionem tota domus exuſta fuit. Aliud tamen exiſtimans ſi quantacunque

pars ædificij remanſerit. Omnino ineptè. Nam ſi propter dolum venditoris hoc admittamus, cur diſtinguimus an nulla prorſus an aliqua ædificij pars remanſerit? Sin venditionem vtilem illud facit quod non tota domus exuſta ſit, cur non æquè dicimus eam valere quantacunque ædificij pars remanſerit, illo etiam caſu quo venditoris dolus nullus interuenerit? Et tamen prima illa Triboniani diſtinctio eſt, an maior minórve domus portio exuſta ſit, æquè autem inepta. Cur enim parte duntaxat exuſta cogatur emptor venditionem adimplere, vt abſurde Tribunianus loquitur, [ſiquidē venditoris eſt implere venditionem non emptoris, *l. ſi quis alienam. 45. ff. de act. empt.*] cùm qui totam domum emit non perinde fuerit partem empturus; *l. ſi quis aliam. 46. ff. de ſolut.* An non ſufficit ignorantiam venditoris hactenus ei prodeſſe vt ad id quod emptoris intereſt non teneatur? vtique enim tenetur cùm ſciuit, & quidem actione de dolo cùm in dolo fuerit: Quominus neceſſe eſt vt eam ob cauſam dicamus venditionem valere ad venditorem in id quod emptoris interſit, condemnan-
9 dum. † In eo planè etiam à Triboniano diſſentio quod ſi emptor ſolus ſciuit domum exuſtam, nec dubitandum puto quin multò minus valeat emptio, quam ille vult ſtare. Semper enim verum eſt non eſſe in rerum natura rem venditam, ſiue domus tota ſiue pro parte exuſta ſit, quia non pars domus, ſed tota empta eſt. Neque tamen vllam idcirco emptori actionem dari volo ad repetendum pretium, ſi iam ſoluerit quia ſeipſum decepit, videtúrque donandi animum habuiſſe qui ſciens indebitum ſoluit, ex qua cauſa conſtat ceſſare condictionem. Sed ſi non ſoluerit non puto cogendum eum ad pretij conuenti ſolutionem. Qua enim actione cogatur ſoluere, aut qua fronte venditoris nullam rem tradentis? Si facto venditoris exuſta eſſet domus, dici poſſet haberi eam pro tradita, ſed ob hoc ſolùm quod emptor exuſtam ſciuit adeò eum puniri vt ſine actione cogatur pretium vltro ſoluere venditori qui nihil præſtet, non puto quemquam ex iuris authoribus fuiſſe reſponſurū. vtique enim dici non poteſt ſolum donandi animū ſufficere ad obligandum emptorem ſi neque traditio, neque ſtipulatio ad implendam donationem interuenerit. Quamquam nec ſufficeret ſtipulatio in venditione, vt fit, appoſita quia pendet ex negotio contracto habétque naturam venditionis hactenus vt ex ea agens venditor non alio caſu audiendus ſit quam quo audiretur agens ex vendito, ac proinde ſi prior contractum ex parte ſua impleuiſſet, *l. 3. §. 1. l. ex empto. 11. in princ. l. Iulianus. 13. §. offerri de actio. empt. l. 4. D. de vſur. l. ſtipulationem. 5. de*
10 *verb. oblig.* † In hoc vno mihi conuenit cum Triboniano, quod ſi domum combuſtam eſſe tam emptor quàm venditor ſciuit, apparet nihil actum eſſe, neque vllam viciſſim inter emptorem & venditorem actionem competere, ſed vtrímque vt ille ait dolum compenſandum
11 eſſe. † Non valde diſſimile eſt quod in *l. ſi ſeruum. 92. in princ. de verb. oblig.* Tribonianus poſtquam noua ſua diſtinctione Paulum fœdauit vſque ad verſic. item ſi homo, vt nemo non videt, cùm nec conſtrui commodè textus poſſit illo loco *conſiderantibus verum, &c.* ſubiicit ingenioſè ni fallor magis quam verè *quàm diſtinctionem & Iulianus ſequitur.* vt Iuliani eſſe eam putemus nō Triboniani. Sed & apparet Paulum tota ea lege non niſi de homine promiſſo per promiſſorem occiſo tractare voluiſſe, non itē de fundo ſacro vel religioſo facto. De quo tamen Tribon. etiam neſcio quid interſerit cum ſuis illis verbis, *ſi quidem, ſin autem:* quæ quoties in Pandectis lego, toties mihi videor conſtitutionem aliquam Iuſtiniani aut alterius ex poſterioribus Imperatoribus legere: ſolent enim Iureconſulti dicere, *& quidem ſi, ſin*
12 *verò,* aut potius *ſi verò:* vix vnquam *ſin autem.* † *In leg. ſed ſi mors. 13. §. 1. de don. inter vir. & vxor.* iampridem obſeruauit vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius manum ſuam adhibuiſſe Tribonianum & quædam vt ipſe loquitur attexuiſſe ex lege Conſtantini quæ extat *in l. res vxoris 14. C. de donat. inter virum & vxorem.* Ego autem totum locum dico eſſe Triboniani ab illis verbis *an donatio valeat videamus* vſque ad *§. cùm quis.* In illa enim quæ- 13
ſtione quæ ex Vlpiano proponitur, An ſi vxori mortis cauſa maritus donauerit, & deportationem paſſus ſit donatio valeat, dubitandum non fuit Vlpiani temporibus quin non valeret, quia in alium caſum videlicet mortis facta eſſet. Quemadmodum nec donatio facta in caſum diuortij confirmatur ſecuta morte quia in alium caſum facta eſt vt in eiuſdem legis principio Vlpianus ait. Nec ad rem pertinet ratio illa qua mouetur Tribonianus, quòd aliàs in caſum deportationis facta donatio valeat perinde ac in caſum (ſic enim apud Tribonianum legendum eſt non *in cauſam*) diuortij. Non enim ea res facere poteſt vt donatio in caſum mortis facta valere debeat in caſum diuortij cùm alius caſus
ſit, vt diximus. † Et ob id nimirum neceſſaria fuit lex 14
Conſtantini vt mulieri ſuccurreretur ne donationis in ſe à viro mortis cauſa collatæ commodum admitteret. Ad quam Conſtantini legem quam & Iuſtinianus probaſſe ſe dicit Nouell. 22. proculdubio reſpexit Tribonianus, vt apparet non ſolum ex ſtylo ipſáque iuris ratione quæ repugnat, ſed etiam ex contextu ipſo verborum. Nam cum Vlpianus dixiſſet donationem factam in caſum diuortij non confirmari ſecuta morte, ſubiicit *Proinde etſi mortis cauſa vxori donauerit & deportationem paſſus eſt.* Conſequens igitur erat vt ſcriberet, *dona-*
tio non valebit. † Illa namque dictio, *proinde*, ſignificat 15
identitatem iuris & rationis acſi ſcriptum eſſet, *& conſequenter.* Et verò donationem factam in caſum mortis non cōfirmari ſecuta deportatione ex eo apparet, quòd etiam à deportato reuocari poteſt, quandiu viuit, adeóque quod magis mirum eſt licet in ciuitatem nunquam
reſtitutus ſit, vt & Tribonianus fatetur. † Itaque non 16
tam à Conſtantino hac parte inductum eſt vt confirmetur donatio, quàm vti ne omnino per deportationem intercidat, & vt ſolo ſilentio confirmata intelligatur ſi in eadem voluntate maritus decedat, licet mortem deportatio præceſſerit, perinde denique acſi nulla deportatio interueniſſet. Quod haud dubiè ſecus obſeruabatur iure vetere, propter quæſitum ius fiſco per deportationem, vt poſtrema illa Conſtantinianæ legis verba probant, *fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum com-*
munionem habituro. † Denique iure vetere caſus quidam 17
erant, quibus deportatio cōparabatur morti, *l. 1. §. filium de bonor. poſſ. contr. tab. l. ſi neſcem. 4. §. ſi deportatus de bon. libert. l. verum. 63. §. penult. D. pro ſocio. l. ex facto. 17. §. ex facto ad S.C. Treb.* Alij erant quibus non comparabatur, *l. cum pater. 77. § hæreditatem de leg. 2. l. intercidit. 59. de cond. & demonſt. l. ex ea parte 121. §. in inſulam de verb. obl.* In hoc autem caſu de quo tractamus deportatio nec pro morte habetur, quia tunc omnimodo per deportationem ſicut per mortem confirmaretur donatio mortis cauſa facta, neque reuocari ampliùs poſſet quod falſum eſt, nec pro caſu alio à morte, alioqui donatio infirmaretur quaſi in alium caſum facta. Quid ergo? Suſtulit Conſtantinus impedimentum deportationis, voluitque nullam prorſus deportationis rationem haberi, acſi nec contigiſſet. Hoc verò quis putet Vlpianum pro ſua authoritate reſpondere potuiſſe? vtique non magis quam illud facere vt ex deportatione bona mariti fiſco non vindicarentur, quæ ſi vindicarentur equidem intercidere donationem neceſſe eſſet, quippe quæ ante donatoris mortem perfecta videri non potuerit, *l. non videtur*
32. de mort. cauſ. donat. † *In l. ſi alius 7. §. belliſſime. D. quod* 18
vi aut clam. cum Vlpianus ex Iuliano ſcripſiſſet ei qui ex interdicto, *quod vi aut clam.* conueniatur prodeſſe debere exceptionem, *quod non tu vi aut clam feciſti.* Tribonianus neſcio qua ratione motus de ſuo ſubiecit, *quod non aliter procedere debet niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſa. Alioquin hæc omnia officio iudicis celebrari oportet.*

ſolet

ſolet namque Tribonianus omnia referre ad officium
iudicis etiam vbi Iudicis officio locus nullus eſt, vt ſupe-
riore capite docuimus, *ad l. ſi reus 73. de procur.* 11. ſed
19 non potuit ineptiùs facere quam in hoc Vlpiani loco
de quo agimus. † Nam vt ex omnium interdictorum ver-
bis appatet, Prætor ipſe interdicebat, non in eam rem
iudices dabat, quòd cauſæ omnes de poſſeſſione eſſent
quaſi momentaneæ, fauorabiles citóque expediendæ:
quam ob cauſam comparantur interdicta extraordina-
riis actionibus, aut potius interdictis extraordinariæ
20 actiones quæ pro iis competunt, *l. 1. C. de interd. §. vlt. In-
ſtit. eod.* † Extraordinariæ enim actiones illæ erant quæ
apud Prætorem ipſum extra ordinem exercebantur cùm
21 ordinarium eſſet vt Prætor non cognoſceret, ſed lite
conteſtata iudices daret † *In l. vlt. ff. de curat. furioſ.* ver-
ba illa, *niſi ex magna vtilitate furioſi hoc cognitione iudicis
faciat*, apertum eſt, Triboniani eſſe ineptéque ſubiecta
ſuperioribus, in quibus de illo tantum tractatur an poſ-
ſit curator furioſi res pro ſua authoritate alienare. Quis
enim dubitet quin poſſit ſi ita faciat iubente iudice?
Sed & quomodo fieri poteſt vt magna furioſi vtilitas
exigat donationem rerum ipſius à curatore fieri? Nam
neque mera veráve donatio eſt quæ aliam cauſam ha-
bet quam donantis liberalitatem, neque ſanè video qua
ratione poſſit quis donando fieri locupletior. In *l. 1. in fi.
de penult. legat.* non dubito quin etiam Triboniani ſint
verba illa, *puto tamen ſic voluntatem ſequendam teſtatoris
vt tota ſumma illico poſtquam ceſſauerat hæres dare penum
vxori præſtetur, hæredis in deuotione coercenda.* Quis enim
22 vnquam ex Iureconſultis *indeuotionem*, dixit pro mora
aut contumacia? † In *l. ſi is qui ducenta. 13. §. vltim. de reb.
dub.* tractat Iulianus ſpeciem illam non inelegantem, ſi
paterfamilias teſtamento ita ſcripſerit, *ſi quis mihi filius
aut filia gignetur hæres eſto, ſi mihi filius aut filia hæres non
erit Seius hæres eſto* Et ait non ſatis voluntatem ſuam de-
claraſſe videri teſtatorem, an non aliter extraneum hæ-
redem eſſe vellet, quàm ſi neque filius neque filia hæ-
res eſſet. Hoc enim modo, inquit, concipi conditionem
oportuit, *ſi mihi neque filius neque filia hæres erit* Poteſt
autem, ait ille, interdum ſuperior ſcripturæ eſſe neceſſa-
ria, id eſt eo modo quo à teſtatore dictatam ponimus,
ſi quis cùm filium & filiam habeat vtrúmque hæredem
inſtituere velit, ſed ſiue alter hæres futurus ſit, extraneũ
hæredem miſcere, ſiue neuter extraneum hæredem ſub-
ſtituere. Quibus verbis an non apertè Iulianus ſentit,
ex ea ſuperiore ſcriptura omnimodo admittendum ex-
traneum aut in totum, aut in partem? Quidni enim eũ
23 ſenſum habeat ſcriptura ad quem exprimendum ſit ne-
ceſſaria? Ea tamen quaſi nihil dum Iulianus decidiſſet,
Tribonianus de ſuo adiecit, *Sed procliuior eſt teſtatoris ſẽ-
tentia ſic interpretanda vt ſiue filius ſiue filia nati ei fue-
rint, extraneus non admittatur niſi ſpecialiter hoc teſtator
expreſſerit.* Fefellerunt Tribonianum verba illa Iuliani
non ſatis voluntatem ſuam declarauit, quæ ille ſic accepit
vt coniecturæ locus relinqueretur. At non ita ſimplici-
ter Iulianus ſcribit nõ ſatis apparere in propoſito quid
teſtator ſenſerit, ſed ex contrario ait non ſatis eum de-
claraſſe nõ aliter extraneum hæredem eſſe vellet quàm
ſi neque filius neque filia nati eſſent. Cui conſequens
eſt vt hoc ipſo dicendum ſit ex verborum poteſtate à
quibus in dubio recedendum non eſt, vocari extraneum
cum fatendum ſit non aliis verbis teſtatorem eum vo-
caturum fuiſſe ſi vocare voluiſſet. Id enim eſt quod ſe-
24 quitur in verſic. *poteſt autem interdum ſuperior ſcriptura
eſſe neceſſaria* † Mouit etiam fortaſſe Tribonianum con-
iectura illa pietatis de qua in *l. cùm acutiſſimi Cod. de fi-
deicommiſſ.* quòd nemo credendus ſit alienas ſucceſſio-
nes vt eo loco Iuſtinianus loquitur, propriis antepo-
nere voluiſſe. Sed id procedit in dubio, non cùm ſa-
tis apertè expreſſa eſt voluntas teſtatoris. Peſſiméque
Tribonianus etiam in ſpecie *dict. l. cùm acutiſſimi*, ea ra-
tione abutitur vt docuimus lib. 7. cap. 14. *ad l. cum auũ*
102. de condic. & demonſtrat. † *In leg. facta. 63. § ſi hæ-* 25
res ante D. ad Senatuſconſultum Trebell. cùm Caius ex
Iuliano ſcripſiſſet ſic hæres ante reſtitutam hæredita-
tem ſeruum hæreditarium ab aliquo hæredem inſtitu-
tum iuſſerit adire, non debere hanc hæreditatem reſti-
tui quoniam de eo rogatus non eſſet, ſubiecit Tribo-
nianus de ſuo ſubtiliter, ſi diis placet, *& hoc eſt fatẽ-
dum. Requirendum tamen & illud eſt num cùm incremento
hæres reſtituere rogatus ſit hæreditatem. Si enim hoc fuerit
ſubſecutum etiam cum hæreditatem reſtituere cogitur, niſi
euidentiſſimis probationibus fuerit ab hærede approbatum
contemplatione ſui ſeruum eſſe hæredem inſtitutum.* Prorſus
ridiculè. Quis enim dubitat hæreditatem relictam ſeruo
hæreditario licèt ex cauſa fideicommiſſi reſtituendo, dũ-
modò nondum ſit reſtitutus contemplatione hæredis
grauati relictam eſſe? An non potiùs onerandus eſt pro-
batione fideicommiſſarius ſi negare velit? Neque enim
quicquam iuris habet in hæreditate reſtituenda, nec
proinde in ſeruo hæreditario ante reſtitutionem, *dict.
l. facta in princip.* † Et diſtinctio illa cuius contempla- 26
tione ſeruus hæres ſit inſtitutus, locum habere tantùm
poteſt in ſeruo fructuario aliiſque ſimilibus in qui-
bus euenit vt vno eodémque tempore plures ius ha-
beant, *l. ſi ſerui 21. cum ſeq ff. de vſufruct.* quod in ſeruo
fideicommiſſario non contingit. Nam ante reſtitutio-
nem totus eſt hæredis grauati ſolius, poſt reſtitutio-
nem totus fideicommiſſarij ſolius, nunquam vtriúſque.
† Sed & cùm iuſſus eſt fiduciarius hæreditatem cum 27
incremento reſtituere, quid poteſt ea ad ectio facere
quod pertinet ad hanc hæreditatem? Eſtne illa incre-
mentum hæreditatis de quo teſtator ſenſerit? Aut quo-
modo potuit debuítve is qui ſeruum hæreditarium in-
ſtituit, an hæres dominúſque ſerui illius eſſet hæredita-
tem ſimpliciter reſtituere, an cum incremento, qui nec
vllo fortaſſe fideicommiſſo obſtrictum eum ſciebat? Cur
propter alieni teſtamenti verba huius voluntati fiat in-
iuria cuius intentio tota in hæredis grauati commo-
dum directa ſit? † Debuerat potiùs Tribonianus di- 28
ſtinguere an hæres ſuſpectam dixiſſet & coactus reſti-
tuiſſet, an verò ſponte adiiſſet. Nam cùm coactus adiit,
certum eſt nullum prorſus commodum retinere illum
debere non ſolùm ex hæreditate, ſed ne quidem occa-
ſione illius hæreditatis. *l. ita tamen 27. § qui ſuſpectam. &
§. ſi præceptis l. ſi patroni. 55. § quid ergo. D. hoc tit. ad S. C.
Trebel.* † *in l. ſtilo. 7. D. vt leg. nom. caueat.* dico Tribonia- 29
ni eſſe poſtremam illam clauſulam, *ſed melius eſt per me-
diocritatem cauſam dirimere vt cautioni tantùm cum hypo-
theca ſuarum rerum committamur.* Neque enim dubito
quin ad propoſitam quæſtionem Paulus in præcedenti-
bus reſponderit, quæ de illo erat, An ſi filio ſeruóve le-
gatum eſſet à patre dominóve, & pendente conditio-
ne filius emancipatus aut ſeruus manumiſſus eſſet, audiri
deberent ſi ſibi à patre dominóve ſatiſdari poſtularent.
Dubitandi cauſa illa fuit quod patris dominíve benefi-
cium non videretur ipſis oneroſum eſſe debere. Sed de-
cidendi ratio illa fortior eſt quod imputare ſibi debeant
qui dederunt eis poſtulandæ aduerſus ſe ſatiſdationis
facultatem. † Nam in legatis conditionalibus perpe- 30
tuum & generale eſt vt ſiue de perſonarum ſiue de re-
rum qualitate & conditione quærendum ſit, euenientis
conditionis tempus ſpectari, & ex eo ſtatu qui tunc ſit,
rem decidi oporteat, *l. ſi vxorem. 5. Cod. de condict. inſert.*
cum ſimilibus in quo differunt ſtipulationes à legatis,
*l. ſi filiusfamilias. 78. de verb. oblig. l. quæ legata. 18. de di-
uerſ. de regul. iur.* † Quod cum ita ſit, nihil neceſſe erat 31
per mediocritatem, vt Tribonianus loquitur cauſam di-
rimere, quæ iam ſatis & longè meliùs per ipſam iuris
rationem dirempta erat, deinde cùm edicti perpetui
forma illa ſit, vt legatorum conditionalium nomine ſa-
tiſdari oporteat cuiuſcunque dignitatis, & facultatum
quarumcunque hæres ſit, *l. 1. in princ. & § 1. eod. tit.* quis
putet voluiſſe Paulum aut verò potuiſſe temperamen-
tum

tum iſtud induecere cootra iuris rationem, formámqoe edicti, nolla præſertim cogente neceſſitate? Imperatoris fuit aut eius qoi Imperatorem ageret, non Iureconſolti id audete, nec ſimile eſt aliud illud temperamentum quod proditum eſt, *vt §. 1. l. poſtquam 5. cod.* ab illis verbis, *ſed ſi nec ipſi cauere poſſint.* vſque ad § *ſi dies* Nam quo caſu cautio nulla interponi poteſt propter inopiā eius qui cauere ex edicto deberet, vtique fuit neceſſe ab edicto tecedere aut potiùs edictum ſupplere & remedium exeogitare quo & hæredis & legatarij indem-
32 nitati conſuleretur, *l. 1. ſi frater. D. de collat. bonor.* † At ſatiſdationis onus remittere patri vel domino qui ex forma edicti ſatiſdare debeat, poſſitque ſi velit, neque fuit neceſſe, neque Paulus pro ſua authoritate facere potuit. Et verò ſi ratio illa valeret quæ pro parte dominiqoe facere videbatur, qoòd ipſorum beneficium iis oneroſum eſſe non debeat, facere etiam deberet vt nec pignoribus cauere illos æqnom eſſet Nam & onus eſt pignoribus, aut etiam hypotheca rerum ſuarum om-
33 nium cauere, *d. l. 1. §. iubet autem de collat. bonor.* † Lapſus Triboniani ille fuit quòd putauit non fuiſſe deciſam à Paulo quæſtionem, quòd ſententiam ſuam niſi per interrogationem quaſi dubitans modeſtiæ cauſa vt facere Iureconſulti ſolent, aperuiſſet. Quanquam veriſimile quoque eſt ſubiectum fuiſſe à Paulo *quod magis eſt* tale ve aliquid, ſed ſublatum à Triboniano, vt ſub Pauli nomine ſuam nobis inſinuaret opinionem. *In leg. 4. §. ſi quis condemnatus. ff. de re iudic.* vereor etiam ne Tribonia-
34 ni ſit tota illa diſtinctio. † Nam Vlpiani temporibus cuius ea lex eſt, videtur in arbitrio iudicantis fuiſſe quemadmodum & hodie eſt vt condemnato tantùm temporis ad ſoluendum daretur, quantùm pro cuiuſque facultatibus ſufficere videretur, ſicuti monuimus, *cap. 1. lib. 6. ex leg. 1. l. debitoribus 31. eod. l. ſi debitori 21. de iudic.* Neqoe enim hac parte quicquam intererat an debitor ante ſententiam paratum ſe diceret ſoluere, an eſſet condemnandus, *vt conſtat ex dict. leg. debitoribus*, in illis verbis, *Hi qui fatebuntur ſe debere, aut ex re iudicata neceſſe habebunt reddere.* Preinde tempus legitimum iudicato faciendo datum non aliter locum habere poterat) quam ſi aliud aut breuius aut longius iudex non præſtituiſſet: quamuis credibile ſit non fuiſſe ſolitos iudices ab eo tempore quod lex definiuerat præſtituendo facilè ac ſine cauſa receſſiſſe Vnde illud etiam eſt quod idem Vlpian. ait, in *l. certum 6. §. vlt. de confeſſ.* confeſſos vtique poſt confeſſionum tempora quaſi ex cauſa iudicati habere. Et ſanè abſurdom ſit quærere ſi quis intra certos dies ſoluere per ſententiam iuſſus eſt, vnde ei tempus actionis iudicati compotari oporteat? † Nam ſi ſententia valet, ei omnino ſatisfaciendum eſt, & conſequenter intra idipſum tempus quo iudex ſtatuit ſoluendum, ſiquidem paris ſententiæ & condemnationis illa eſt quæ tempos ſoloendi definit, cùm quo citiùs tardiúſve ſoluitur, eò plus minúſve ſolui videatur. Sed quid verbis opus eſt? Extant in hanc rem ipſiſſima Vlpiani verba, *in dict. l. 2. D. de re iudicat.* qoam tamen æquè Tribonianos corrupit, additis ni fallor iis verbis parùm elegantibus, *ſed perraro intra ſtatutum tempus ſententia exequentur velutis ſi alimenta conſtituantur, vel minori vigintiquinque annis ſubuenitur.* Oecorrunt enim iudicantibus millæ aliæ caoſæ ex quibus nunc hoc nunc illud tempos, nunc longiùs nonc breuius iudicato faciendo ſtatuendum eſt.

* * *

Capvt XVIII.

Emendatio §. qui ſeruum. l huiuſmodi 84. de legat. 1.

SVMMARIA.

1 *Tres caſus diſtinguendos eſſe, quum quæritur de iure legatarij actioneque illi competente ſi ſeruum ſibi legatum ab herede emerit.*
2 *Cur tertio caſu, quo ſcilicet iudicio ex empto actum eſt, maior ſit vis actionis ex empto, quam actionis ex teſtamento?*
3 *Actionem ex empto hoc caſu ſeipſam ſuperare, & aliquid præter naturam ſuam operari.*
4 *Sententia & emendatio d §.* qui ſeruum.
5 *Deletur & expungitur verſiculus integer è* d. §. qui ſeruum.
6 *Pretium quod ipſis teſtamenti verbis nullomodo relictum eſt, peti non poſſe.*
7 *Solam ex empto actionem in ſpecie d. §. ad hoc ſufficere vt & pretium reſtituatur, & legatus homo emptoris fiat.*

Cvm † quis ſeruum ſibi legatū ignorans ab hærede 1
emit, & quæritur de iure legatarij actioniqoe illi competentis, diſtinguendi ſunt tres caſus. Primus eſt ſi cognito legato ex teſtamento egerit, & ſeruum acceperit nondum ſoluto precio. Secundus, ſi precio iam ſoluto agere ex teſtamento inſtituerit Tertius ſi iudicio ex empto actum fuerit. Primo caſu cùm ex teſtamento ſeruum conſecutus ſit, nihil aliud petere poteſt, niſi vt actione ex vendito liberetur, nec pretium præſtet quod alioqui venditori præſtare cogeretur. Id verò conſequitur actione ex teſtamento nec ei neceſſaria eſt ex empto actio, quia iudicium hoc quo ex teſtamento agitur bonæ fidei eſt, *l. 3. in princ. l. vſura. 34. de vſur.* & ideò continet in ſe doli exceptionem, *l ſed etſi 21. ff. ſolut. matrim.* Dolo autem malo facit venditor qui petit precium eius rei quam actoris ex cauſa lucratiua facere teneatur. Secundo caſu datur quidem ei actio ex teſtamento ad hominem conſequendum: ſed quoniam ea actio manca eſt ad ſoluti pretij repetitionem neceſſaria eſt ex empto actio perinde acſi ſeruus euictus fuiſſet, quod vtiq; fruſtrà diceretor ſi actioni ex teſtamento ad recuperandum pretium locus eſſe poſſet. Tertio caſu hoc eſt ſi pretio iam ſoluto emptor idemque legatarius aut fideicommiſſarius ex empto agere maluerit cùm ex teſtamento agere poſſet: ex empto, inquam, ad precij reſtitutionem reique venditæ traditionem, non aliter abſolui hæredem oportebit quàm ſi & precium emptori reſtituerit, & hominem ipſius fecerit. † Maior ſiquidem hoc caſu vis 2
eſt actionis ex empto, non ſolùm quàm ſit actionis ex teſtamento, ſed etiam qoàm eſſe ſoleat actionis ex empto. Nam cùm actio ex teſtamento ad id tantùm competat, vt res relicta detur, non etiam ad pretij reſtitutionem, ideoqoe pro precio recuperando neceſſaria ſit ex empto actio, hæc tamen ad vtrumque conſeqoendum ſufficiens eſt, quia ſui natora competit ad rem habendam: ad precium autem conſequendum qoaſi re euicta ex quo incipit res non emptionis ſed teſtamenti iure deberi exiſtente relicti condicione. Cur non enim perinde hoc caſu detur ex empto actio ad preciom recuperandum, atque daretur, ſi ad habendum hominem ex teſtamento actum eſſet? † In eo autem actio empti ſeipſam 3
ſuperat, quòd cùm non ſoleat competere ad hoc vt venditor emptoris rem faciat, ſed tantùm vt vacuam eius poſſeſſionem tradat, *l. 1. 3. & 11. de action. empt.* hic tamen competit

competit ad hoc vt venditor emptoris rem faciat, id ſcilicet poſtulante bona fide propter coniunctum ius teſtamenti, quódque alienum non ſit à natura venditionis vt venditor obligetur non tantùm ad tradendum ſed et ſ addandum. Quid enim ſi in vendendo id actum eſſet? Quid verò intereſt an in vendendo id actum ſit an ex iure ſuperueniente idipſum æquitas iuriſque ratio ſuggerat; Actionis autem ex teſtamento poteſtas ideò minor eſt vt prætij repetitionem competere nequeat, quòd licet ſit bonæ fidei, tamen extendi non poteſt vltra id quod teſtamento relictum eſt: iámque vires ſuas conſumpſiſſe intelligenda eſt, hoc ipſo quod fecit vt per legatum aut fideicommiſſum relictus ſeruus emptoris fieret.

4 †Atque hæc, meo iudicio, Iuliani ſententia eſt, §. *qui ſeruum. l. huiuſmodi* 84. *de leg.* 1. qui tamen locus, ſi ita eſt, valde corruptus & mendoſus eſt, in eo primũ quod vulgata lectio ſic habet, *quod ſi iudicio ex empto factum fuerit.* Legendum enim eſt quomodo in emendationibus nonnullis ed. *actum* pro *factum.* Alioqui vulgata lectio nullius ſenſus eſt. Nã ſi ſic intelligas vt iudicio ex empto recuperatum ſit prætium, quod ſanè præcedentia omnino ſuadere videntur, non congruent ſequentia illa. *non aliter abſolui debebit quam ſi pretium reſtituerit,* quibus verbis oſtendit Iulianus eum ſe caſum tractare, quo prætium nondum reſtitutum ſit. Ponit ergo iudicio ex empto actum fuiſſe ad differentiam caſus præcedentis in quo poſuerat legatarium ex teſtamento egiſſe. Id enim docere vult, vtrámque quidem actionem legatario aut fideicommiſſario, eidémque emptori competere, ex teſtamento ſcilicet & ex empto cum iam ſoluit prætium, needum rem ſibi relictam conſecutus eſt, ſed tamen multum referre vtra prius actione egerit.

5 †Sed aliud multò grauius & periculoſius mendum eſt in eo quod apud Iulianum ſequitur, *& tunc compererit actor legatum ſibi hominem eſſe & agat ex teſtamento.* Illa námque verba præ ſe ferunt prius egiſſe emptorem ex empto ad prætium recuperandum, quàm hominem ſibi legatum comperiſſet. Quod ſi ita eſt, quæro quo iure aut qua fronte ex empto agere potuerit? Quandoquidem hanc empti actionem illud tantum inducit quòd exiſtẽte legati conditione res ad emptorem pertinere incipiat ex cauſa legati non emptionis, *l.* 4. *ff. ad leg. falcid. l. cui res* 29 *de action. empt.* Proinde totum illum verſiculum delendum arbitror & inepto interpreti potiùs quàm Iuliano tribuendum

6 †Mouet me illud maximè, quòd iuris ratio procul dubio non patitur vt ex teſtamento petatur prætium, quod ipſis teſtamenti verbis nullomodo relictum eſt. Ponimus enim relictum fuiſſe hominem non hominis æſtimationem, etſi non ignoro interdum contingere eo quoque caſu quo prætium relictum non ſit vt ex cauſa præſtari poſſit, *vt in l. fundum per fideicommiſſum* 91. *de legatis prim. d. leg. vlt. in §. vlt. de legatis ſecũdo leg. quidam* 25. §. *ſi quis filium. ff. ad Senatuſconſultum Trebell.* Sed vt ex teſtamento peti poſſit, fieri nunquam poteſt.

7 † Interpretem fefellit, quòd non putabat fieri poſſe vt ſola empti actio ſufficeret ad hoc vt & pretium reſtitueretur, & legatus homo emptoris fieret, quaſi in hanc rem perinde neceſſaria eſſet actio ex teſtamento, atque præcedente caſu agenti ex teſtamento ad hominem conſequendum neceſſaria eſt ex empto actio ad precium recuperandum. Verum quàm ſint hæc diſſimilia ſatis apertè vt nobis videmur explicuimus. Quod nos nondum bene perceperamus cùm ſcribebamus de ſententia & emendatione d. l. *leg. cui res.* 29. *de action. empt. lib.* 5. *c.* 14. Cui capiti hoc coniungi volumus, ne iuris ſtudioſi ſe à nobis illo loco deceptos conquerantur. Quamquam minus turpe videri debeant, in Iuliani ſententia percipiẽda nos turpiter erraſſe cum Accurſij, Bartoli, aliorúmque omnium interpretum veſtigia ſequeremur, ex quibus nemo vnquam fuit qui mendum hoc obſeruauerit.

CAPVT XIX.

Defenditur recepta lectio leg. 3. & emendatur leg. 4. D. de regul. Caton.

SVMMARIA.

1 *Regulam Catonianam ad hæreditates non pertinere.*
2 *Cuiacij emendatio ad* l. 3. ff de regul. Caton.
3 *Duplex ratio propter quam regula Catoniana indiſtinctè ad hæreditates pertinet.*
4 *Ius nouum Catoniana regula inductum fuiſſe.*
5 *Aliam eſſe regulam iuris antiqui, qua vult inſtitutionem quæ ab initio non valuit ex poſtfacto non conualeſcere, aliam verò Catonis regulam.*
6 *Regulam iuris antiqui ad conditionales quoque inſtitutiones pertinere.*
7 *In extraneis hæredibus tria tempora inſpici, in ſuis vero vnum tantùm, faciendi ſcilicet teſtamenti tempus.*
8 *Inutilis inſtitutio ex quo æſtimetur?*
9 *In legatis, mortis teſtatoris, non autem teſtamenti tempus iure vetere inſpectum fuiſſe, quum de eorum validitate ageretur.*
10 *Ius aliud hac parte per regulam Catonianam inductum fuiſſe.*
11 *Legis Iulia Papia ferenda occaſio.*
12 *Regulam Catonianam lege Iulia & Papia antiquiorem fuiſſe.*
13 *Alijs rationibus probatur regulam Catonianam ad inſtitutiones non pertinere.*
14 *Cur regula Catoniana locum non habeat in legatis conditionalibus, neque in iis quorum dies nonniſi ab adita hæreditate cedit?*
15 *Neceſſario aliquo hærede inſtituto regulam Catonianã in iis quoque legatis locum habere quorum dies ab adita tantùm hæreditate cedit.*
16 *Reſpondetur ad* l. ſi primo. 8. ff. de liber & poſth. *à Cuiacio obiectam.*
17 *Alia fortior Cuiacij obiectio diluitur.*
18 *Aliorum reſponſio ad illam Cuiacij obiectionem petitam ex* l. 4 ff. de reg. Cat.
19 *Non ideò minus pura eſſe legata, quòd relicta ſint ab hærede ſub conditione inſtituto, vel quòd ſub ea conditione relicta ſunt, ſub qua inſtitutus hæres ſuit.*
20 *Emendatur* §. cùm ab eo. leg. cùm fine. ff. quando dies leg ced.
21 *Remouetur Bartoli diſtinctio ad* d. l. 4.
22 *Tollitur è* d. l. 4. *vox* conditionales.
23 *Differentia inter puras & conditionales inſtitutiones, quoad temporis inſpectionem.*
24 *Regulam Catonianam ad ius antiquum pertinere, nec ideò tamen iuris antiqui eſſe.*
25 *Conſtitutiones quadam regulæ Catonianæ in effectu ſimiles à Bartolo inuenta.*
26 *An regula Catoniana locus ſit ex quacunque cauſa legatum fuerit inutile.*
27 *Vera Catonis ſententia.*

PEſſimè † ab antiquis omnibus interpretibus accepta eſt ſententia regulæ Catonianæ, ſed multò peius 1
à recentioribus, præſertim à Goueano, Balduino, & Cuiacio, quibus viſum eſt pertinuiſſe regulam illam ad hæreditates, † contra quam apertiſſimè ſcriptum ſit, 2
in leg. 3. illius de regul. Caton. vbi propter hanc cauſam legendum putat Cuiacius, *libertates* non *hæreditates.* Minus ſibi vt credibile eſt ſatisfaciens in ea interpretatione

ne quam Balduinus & Goueanus attulerant, vt eo loco
Papinianus de iis taotùm hæreditatibus loquatur, qua-
rum dies non niſi ab adita hæreditate cedat, quales ſunt
quæ ex Trebelliano reſtituuntur, *l. 1. ff. d Senatuſconſul-
tum Trebellian.* aut quæ ſeruis legatis relinquontur, *l. 1. ni,*
3 *§. libertatibus. C. de caduc. tollend.* † Ego non dubito
quin generaliter & perperuò verum ſit quod indiſtin-
ctè Papinianus ait Catoniaoam regulam ad hæredita-
tes non pertinere, non illa ſolum ratione qua mouetur
Bartolus, & quam exagitat Cuiacius quòd de legatis
tantummndo locuta ſit, vt conſtat ex *leg. prim. eod. tit.*
ſed etiam quia nec de legatis quicquam cauit, adeóque
nec cauere potuit, niſi eo caſu quo teſtamentum vale-
ret, Alioqui fruſtrà de legato cauiſſet vt inutile fie-
ret, aut vt nunquam poſſet conualeſcere ſi teſtamen-
tum ab initio valuiſſet: id nimirum euincente ipſa iuris
communis poteſtate. Certum enim eſt iam inde à pri-
mis antiqui iuris Romani temporibus & ante regulam
Catonianam ita ius fuiſſe vt ſi teſtamentum non vale-
ret nihil quoque valeret eorum omnium quę teſtamen-
to continerentur, *l. 1. §. ſed ſi filiusfamilias de legat. 3.*
4 † At regula Catoniana ius nouum induxit, fecitque vt
non valeret legatum quod alioqui fuerat valiturum:
ſic enim deſinit: *Quod ſi teſtamenti facti tempore deceſſiſſet
teſtator inutile foret id legatum quandocumque deceſſerit
non valere.* Supple, quod neceſſariò ſupplendum eſt,
Quamuis alioqni inſpecto mortis ſubſecutæ tempore
5 valere debuiſſet. † Nec ſimile eſt quod dicimus inſtitu-
tionem quæ ab initio non valuit ex poſtfacto non con-
ualeſcere, *leg. penultim. de diuerſ. regul. iur. antiqui* aut vt
habet alia iuris regula, quod initio vitiuſum eſt tractu
temporis conualeſcere non poſſe: *leg. quod initio. 26. eo-
6 dem.* † Sunt enim illæ regulæ iuris antiqui non Cato-
nis, ideoque & ad conditionales quoque inſtitutiones
pertinent, in quibus non ſecus ac in puris ſpectatur præ-
cipuè tempus teſtamenti cùm quæritur an valeant: ita
vt ſi tum non valeant, non eo magis valere poſſint
quod euenientis conditionis tempore impedimentom
7 illud ſublatum ſit. † Id enim eſt quod dici ſolet in ex-
traneis hæredibus tria tempora inſpici, facti teſtamēti,
mortis ſi pura inſtitutio fuit, aut euenientis conditionis
ſi conditionalis, & aditæ hæreditatis, *leg. ſi alienum. 49.
§. in extraneis l. liber. homo 59 § ſi hæres de hæred. inſti. §. in
extraneis de hæred. qualit. & differ. inſtit.* quibus locis
quod de extraneis hæredibus tractatur ad differentiam
ſuorum non eò pertinet vt in ſuis hæredibus faciendi
teſtamenti tempus inſpici non oporteat, vt imperitè
quidam putant, ſed vt in iis nulla tertij temporis ratio
habeatur quod eſt aditæ hæreditatis, qooniam in ſuis
aditio nulla eſt, nec diſtincta ſunt tempora delatæ & ac-
quiſitæ hæreditatis, vt pluribus docuimus *lib 9.* Atquin
illi ipſi qui contendunt regulam Catonianam pertinere
ad hæreditates fatentur tamen non pertinere ad con-
ditionales inſtitutiones, *ex l. 4 eod titul. de regul. Caton.*
Fateantur ergo neceſſe eſt, aliam eſſe regulam iuris an-
8 tiqui, aliam verò eã quæ Catoniana appellatur. † De-
inde inſtitutionem inutilem non ex eo æſtimamos, quod
non valeret ſi teſtator eo tempore moreretur, ſed ex
illo tantùm qoòd teſtamentom inutiliter factum ſit, ſiue
propter umiſſas ſolemnitates, ſiue propter perſonam
aot teſtatoris aut hæredis quæ non habeat teſtamenti
factionem. Quod cùm euenit, verendum non eſt ne in-
ſtitutio quæ ab initio fuit inutilis poſtea conualeſcat
quia teſtamentum quod ex inſtitutione æſtimatur, ſi ab
initio fuit inutile, ex poſtfacto conualeſcere nunquam
poteſt: licet in teſtamentis quæ aliquando valuerunt,
ſed ex caſu ſuperueniente irrita facta ſunt, contra non-
nunquam receptum ſit, *l. ſi quis filio 6. §. penultim. de
9 iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt* † At in legato ſecus eſt. Quo-
ties enim valet teſtamentum, valent quoque omnia in
ipſo contenta, ſi iuris veteris rationem inſpicias, ta-
metſi teſtatore moriente teſtamenti tempore non fuiſ-
ſet valitur, quia in legatis quæ proprias vires nullas ha-
bent, ſed eas tantùm quas ex inſtitutione mutuantur
fruſtra inſpicias tempus teſtamenti, cùm teſtamen-
tum valet: mortiſque duntaxat inſpiciendū eſt, quippe
ab eo demum tempore dies legatorum cedit. † Ideoque 10
nimirum neceſſaria fuit regula Catoniana ne valerent,
& vt in iis non mortis ſolùm vt antea, ſed teſtamenti
quoque tempus inſpiceretur. Tantum abeſt ne verum
ſit, quod quidam volunt, per eam inductū eſſe vt legato-
rum dies cederet à die mortis. † Id. n iam ante legem Iu- 11
liam & Papiam iure antiquo obtinebat, cuius corri-
gendi gratia nouas leges ferri neceſſe fuit ne cederet
ante apertas tabulas: vt daret ea res materiam locuple-
tando fiſci ærario bellis ciuilibus exhauſto legati ca-
ducitate inducta ſi nondum apertis tabulis legatarius
decederet. † Quamquam ceſſante cauſa quæ legis Iu- 12
liæ & Papiæ iniquitatem induxerat ab hoc quoque
ſtatim receſſum eſt, abrogata quod ad hanc rem attinet
lege noua vt ad ius antiquum rediretur, *vt conſtat ex
tit ff. & C. quand. dies legat. ced.* aliiſque innumeris iuris
noſtri locis, quib. proditum eſt à die mortis teſtatoris
cedere diem legatorum purè relictorum, & verò non
eſſe abrogatam legem Iuliam reſtitutumque ius vetus
per regulam Catonianam ex eo apparet, quod regula
Catoniana quæ à Catone nomen ſumpſit lege Iulia an-
tiquior fuit, denique Catoniana regula pertinet ad le-
gata quæ alioqui valerent non ad ea quæ ab initio fue-
runt inutilia. Nam quod iam inutile eſt, magis inutile
fieri non poteſt. Ergo tametſi poneres eandem hac parte
te rationem eſſe inſtitutionis & legatorum, non poſſet
tamen ea regula pertinere ad inſtitutiones quæ ab ini-
tio inutiles eſſent. † Proinde quod habet iuris antiqui 13
regula, Inſtitutionem quæ ab initio non valuit ex poſt-
facto non conualeſcere, tantò magis probat fieri non
poſſe vt regula Catoniana pertineat ad inſtitutiones:
nā neque inſtitutio vlla fingi poteſt quę ab initio ſit ita
vtilis vt inutilis futura ſit ſi tunc teſtator morere-
tur, quandoquidem vt diximus præcipuè ſpectandum
eſt tempus teſtamenti quoties de inſtitutionis iure &
validitate diſputatur Et vt dicam apertius, Regula Ca-
toniana vult in legatis non tam mortis tempus ſpecta-
ri quàm conditi teſtamenti. At in inſtitutionibus per-
petuò obtinuit vt teſtamenti tempus inſpici deberet: er-
go in inſtitutionibus & hæreditatibus neque neceſſa-
ria fuit regula Catoniana, neque locum habere potuit.
Nam inſtitutionem, quæ caput eſt teſtamenti nihil po-
teſt confirmare ſi ea non valeat, nihilque eſt ex quo
poſſit ipſa vires accipere præterquam ex ſeipſa. Ideóque
ſpectandum neceſſariò eſt an ab initio vtilis fuerit, nec-
ne. Legatorum verò validitas pendet ex inſtitutione, &
idcirco vtili facta inſtitutione nihil cauſæ eſt cur de le-
gatis quæratur an valeant niſi eo demum tempore quo
debent incipiunt, id eſt quo dies eorū cedit, ſcilicet mor-
tis ſi pura ſint legata, vel conditionis exiſtentis ſi 14
conditionalia. † Vnde illud quoque fit, vt regula
Catoniana nō pertineat ad legata cōditionalia. *l. cætera.
41 §. 1 de leg. 1.* neque rurſū ad ea quorū dies non ab adita
cedit hęreditate, *d. l. 3. de reg. Cat* Nempe quoniam fruſtra
fingas mori teſtatorem tempore teſtamenti vt inutile
facias legatum de cuius viribus nondum quærendum
eſſet etiamſi iam tum teſtator decederet. Alioqui de-
buerat regula ſic concipi, *ſi teſtamenti facti tempore te-
ſtator deceſſiſſet aut adita eius hæreditas eſſet:* quod tamen
abſurdiſſimum vtique fuiſſet. Neque enim fieri poteſt
vt adeatur hæreditas eo tempore quo fit teſtamentum
cùm prius ſit teſtamentum factum eſſe quàm vt ex eo
hæreditas deferatur: itemque vt per teſtatoris mortem
deferatur ſucceſſio quàm vt delata acquiratur, niſi cum
de neceſſariis hæredibus agitur, in quibus non ſunt di-
ſtincta tempora delatæ & quæſitæ hæreditatis cum ipſo 15
iure hæredes exiſtant vt diximus, † & ob id euenit
etiam vt hoc caſu, id eſt cùm neceſſarius aliquis hæres

eſt,

eſt, locum habeat regula Catoniana in iis quoque lega-
tis quorum dies ab adita tantum hæreditate cedit, vt pu-
ta ſi quis ſeruo ſub conditione libertatem dederit, lega-
tum autem purè, *l. iulianus 86. in p. de condict. & demon. tr*
& elegantius in *l. ſi optio ſeruo. 11. ff. de opt. legat.* ex qui-
bus apparet regulæ Catonianæ rationem non ex volũ-
tate teſtatoris petendam eſſe vt noſtri exiſtimant, ſed
ex ſola illa iuris ratione quòd legatorum dies regulari-
ter cedat eo demum inſtanti quo teſtator moritur: Alio-
qui ad ea quoque legata pertineret quæ cedũt ab adita
16 duntaxat hæreditate, quod tamen falſum eſt. † Nec eſt
quod quis eam Cuiacio nobis obiiciat legem, *ſi promo.*
8. *de liber. & poſthu.* Nam quod lex ait *ſecundum ſententiã*
quæ vtimur, nõ pertinet ad regulam Catonianam, vt nos
ad eum locum docuimus *c. vlt. lib. 9.* licet non ignorem
regulam Catonianam ſententiam quoque dici in *d. leg.*
Iulian. Vnum illud valde obſtat ſuperioribus quod in *l.*
4 de regul. Caton. Vlpiano placet regulam Catonianam
ad conditionales inſtitutiones non pertinere. Ita
enim videtur Vlpianus innuere non obſcurè, nec du-
bitandum eſſe quin ad puras pertineat. Alioqui cur de
conditionalibus loqueretur? De quibus vtique dubitari
minus poterat cùm nec ad legata (de quibus regula no-
minatim locuta eſt) pertineat ſi ſint conditionalia, *d. l.*
cætera. §. 1.

17 † Atque ita Cuiacius rectiſſimè argumentatur,
& longe rectius quam qui obiectionem hanc ſic di-
luunt vt Vlpianus ſenſerit Catonianam regulam non
pertinere ad legata puta in eo teſtamento relicta quo
conditionalis inſtitutio contineatur. Sic enim veteres
omnes poſt Accurſium & Bartolum, quos ex recentio-
ribus ſecutus eſt Ioãnes Robertus in ſuis illis aduerſus
18 Cuiacium diſputationibus, prorſus ridiculè: † cùm fateri
cogantur quod & veriſſimum eſt, non eò minus purum
eſſe legatum eiúſque diem à morte teſtatoris cedere,
quod relictũ ſit ab hærede ſub conditione inſtituto, *leg.*
aliquando. 107. de condict. & demonſtr. l. hæredit. 7 §. penult.
l. ſi dies. 21. §. 1. ff. quand. dies lega. ced. vbi hoc ipſũ aper-
tè ſcriptum eſt non tantùm de legatis purè relictis, ſed
de iis etiam quæ ſub ea conditione relicta ſint ſub qua
inſtitutus hæres fuit, addita eleganti ratione illa quod
per hæredum conditionem legata incerta non fiant,
nec multum interſit an ita legatum ſit ſub hac potius
cõditione, *ſi hæres erit dato*, de qua nemo dubitat quin cõ-
ditionale legatũ non faciat quominus in legatarij hæ-
redem tranſmittatur, quaſi purum. Qua ratione cùm ab
eo mihi fideicommiſſum datum eſt cui ſub conditione
19 legatum eſt, fideicommiſſum purè datum eſt, † quemad-
modum ſi ab hærede inſtituto ſub conditione purè mi-
hi legetur, *l. cùm ſine. 19. § cùm ab eo ff. eod. tit.* vbi ſic le-
gendum arbitror, nc alioqui locus mãcus ſit & imperfe-
ctus, vt facilè perſpicere quis poteſt. Addita linea inte-
gra quam imperitus exſcriptor incautè prætermiſerat,
cùm fortè ſcriptum eſſet, *Cum ab eo mihi fideicommiſſum*
datum eſt cui ſub conditione legatum eſt, fideicommiſſum
purè datum eſt, quemadmodum ſi ab hærede inſtituto, &c.
Similes enim errores obſeruauimus, in *l. hoc iudicium*
14. ff. commun. diuid. & in l. Stichum, aut Pamphilum. 95. §.
quod vulgo de ſolut. lib. 2. & 8. Niſi malis legere quomodo
ſupplendi loci gratia vulgo ſcriptum eſt, *ita & quemad-*
modum. Sed ita emendatum eſſe locum ab aliquo inter-
prete potius quam à Iureconſulto ſcriptum, ex eo cõici
poteſt, quod in eiuſdem §. princip. addit ille dictionẽ *pu-*
rè. Sic enim vulgò legitur, *cùm ab eo purè mihi*: quod nil
erat neceſſe. Sufficit namque ſub conditione fideicõmiſ-
ſum datum non eſſe, vt appareat purè datũ. Negari certè
20 non poteſt quin Florentina lectio vitioſa ſit. † Cæterùm
diſtinctio illa Bartoli ad *d. l. 4.* An cõditio inſerta ſit toti
inſtitutioni an parti duntaxat, & an legatum præceſſe-
rit inſtitutionem, an ſubſecutum ſit, prorſus aliena eſt à
propoſito tractatu, neque confirmatur ex *l. auia. 77. de*
condict. & demonſtr. quæ regula Catoniana nec loqui-
tur, nec intelligi commode poteſt: vt non ſine cauſa vi-
deatur mihi Cuiacij aduerſus Accurſij & Bartoli ſecta-
tores hac in re oratiorum opera imploraſſe. Quid enim
abſurdius, quàm conditionalium inſtitutionum nomine
intelligere leg. ita purè ab hærede ſub conditione inſti-
tuto præſtanda? † Quid ergo? Dicam quod ſentio, & ha- 21
beo pro explorato. Puto delendam dictionem illam *con-*
ditionales, vtpote quæ in textum haud dubiè irrepſerit
ex gloſſa imperiti interpretis idipſum fortaſſe exiſtimã-
tis quod recentiores noſtri Regulam Catonianã ad pu-
ras inſtitutiones delatáſque ex iis hæreditates pertinere.
Nulla ſiquidem differentiæ ratio hac parte reddi poteſt
inter puras inſtitutiones, & conditionales: cùm apertè
falſa ſit illa quam reddit Cuiacius, quod in conditionali-
bus ſolùm exiſtentis conditionis tempus ſpectetur, ex
d. l. liber homo 59. §. ſi hæres. D. de hæred. inſtit. Nam imò
verò ex illo loco, *& ex l. ſi alienum. 49. § in extraneo. eod.*
tit. iam probauimus, nõ minus in conditionalibus quàm
in puris ſpectandum tempus teſtamenti, † eámque ſolã 22
inter has inſtitutiones differentiam eſſe quod in puris
præter tempus teſtamenti, ſpectamus etiam tẽpus mor-
tis: in conditionalibus verò præter tempus teſtamenti,
non mortis inſtans, ſed euenientis conditionis: In vtriſ-
que prætetea tempus aditæ hæreditatis ſi de extraneis
hæredibus agatur non de neceſſariis. Sublata verò di-
ctione illa quam tollimus idem ſenſus erit Vlpiani ſcri-
bentis non pertinere Catonianam regulam ad inſtitu-
tiones, qui Papiniani negãtis pertinere ad hæreditates.
Error omnium iſtorum ille eſt quòd non ſeparant
regulam Catonianam à regulis iuris antiqui. Fateor 23
Catonianam regulam pertinere ad ius antiquum nõ
ad leges nouas, *l. vltim. eodem titul.* ſed nego eſſe
ideirco regulam iuris antiqui cùm a Catone inducta
ſit. Nam quod dicimus pertinere illam ad ius anti-
quum, hunc ſenſum habet vt eam ferri neceſſe fue-
rit ad efficienda inutilia legata quæ alioqui ex iu-
re antiquo valuiſſent, quo cedebat dies legati à mor-
te teſtatoris non item ad efficienda inutilia ea quæ
nonniſi ex apertis tabulis cedunt per leges nouas Iu-
liam & Papiam. † Bartolus verò cæterique antiquio- 24
res etſi bene viderunt Catonianam regulam ad ſo-
la legata non item ad hæreditates pertinuiſſe alias
tamen neſcio quas conſtitutiones commenti ſunt,
Catonianæ inquiunt regulæ in effectu ſimiles; ad
quas referri oporteat, quod ſcriptum eſt in *d.*
leg. penult. de regul. iuris. Inſtitutionem quæ ab initio
fuit inutilis ex poſtfacto conualeſcere non poſſe, quem
errorem Robertus quoque non multo ſubtilior ſecu-
tus eſt. Cùm tamen non ex aliqua conſtitutione no-
ua, ſed ex mera ipſa iuris veteris ratione deſumpta ſit
regula *d. l. penult.* vt & cæteræ regulæ iuris antiqui, non
enim ad iuris regulam pertinere poſſunt, quæ antè
nouas conſtitutiones non obtinuerunt. † Sed & ve- 25
terum omnium perpetuus error ille fuit quòd exiſtima-
runt Catonianæ regulæ locum eſſe ex quacunque cau-
ſa legatum ab initio fuerit inutile, vt puta quòd factio-
nem teſtamenti teſtator aut hæres ſcriptus teſtamenti
faciendi tempore non habuiſſet. Quo ineptius ſanè ni-
hil dici poteſt. Nam cùm teſtamentum ab initio non
valet ſiue propter teſtatoris aut hæredis perſonam in-
capacem, ſiue propter omiſſas iuris ſolemnitates, non
poſſis regulæ Catonianæ vſum aliquem inducere, quia
nec facere poſſis, vt legatum valeat, nec proinde quic-
quam cauſæ fuit quamobrem hoc caſu Cato conſtitue-
ret, vt inutile efficeretur. † Catonis enim ſententia pro- 26
culdubio illa fuit, quam Iulianus expreſſit apertius, *in §.*
an ſeruo. Inſtit. de leg. vt quod inutile foret legatum ſi
ſtatim poſt factum teſtamentum teſtator deceſſiſſet, non
ideò magis valere debeat, quia teſtator diutius vixerit.
At quis obſecro ante Catonem vnquam dixerat, ve-

terum omnium perpetuus error ille fuit quòd exiſtimarunt Catonianæ regulæ locum eſſe ex quacunque cauſa legatum ab initio fuerit inutile, vt puta quòd factionem teſtamenti teſtator aut hæres ſcriptus teſtamenti faciendi tempore non habuiſſet. Quo ineptius ſanè nihil dici poteſt. Nam cùm teſtamentum ab initio non valet ſiue propter teſtatoris aut hæredis perſonam incapacem, ſiue propter omiſſas iuris ſolemnitates, non poſſis regulæ Catonianæ vſum aliquem inducere, quia nec facere poſſis, vt legatum valeat, nec proinde quicquam cauſę fuit quamobrem hoc caſu Cato conſtitue-
26 ret, vt inutile efficeretur. † Catonis enim ſententia proculdubio illa fuit, quam Iulianus expreſſit apertius, *in §. an ſeruo. Inſtit. de leg.* vt quod inutile foret legatum, ſi ſtatim poſt factum teſtamentum teſtato deceſſiſſet, non ideò magis valere debeat, quia teſtator diutius vixerit. At quis obſecro ante Catonem vnquam dixerat, teſtamentum quod ab initio nullum fuiſſet ob id magis valere poſſe quod teſtator vixiſſet diutius?

CAPVT XX.

Refutatur alius noſtrorum error in tractatu de regul. Caton. & indicatur inſigne Triboniani facinus in §. quando autem. l. 3. ff. de iur. fiſc.

SVMMARIA.

1 *Regulam Catonianam ad ea etiam legata pertinere, quæ ab initio & ipſo teſtamenti tempore fuerunt inutilia propter ſolam legatarij incapacitatem.*
2 *Reſpondetur ad* l. 3. §. quando autem. ff. de iur fiſc. *ſuperiori ſententiæ oppoſitam.*
3 *Etiam poſt exequata legatis fideicommiſſa maiorem manſiſſe fideicommiſſorum quàm legatorum fauorem.*
4 *Differentia inter tacitum & expreſſum fideicommiſſum in ſpecie d. l. 3. notanda.*
5 *In fideicommiſſis expreſſis Catonianæ regulæ locum eſſe.*
6 *Totum illum* §. quando autem. *Triboniani potius quàm Calliſtrati eſſe.*
7 *Queſtioni in d. §. propoſitæ locum nunquam eſſe poſſe.*
8 *Verba illa d.* §. & placuit exitum eſſe ſpectandum *ad partem quæſtionis ibidem propoſitæ accommodari poſſe.*
9 *Fraudem fieri ſi tacitum fideicommiſſum relinquatur ei qui teſtamenti tempore incapax pòſtea mortis teſtatoris tempore capax eſt.*
10 *Nullam fraudis ſuſpicionem eſſe in tacito fideicommiſſo, quod datum eſt capaci, qui poſtea incapax factus eſt.*
11 *Tacita fideicommiſſa quando in fraudem legis fieri dicantur?*
12 *Accurſij illationes & argumenta ex d. §. elicita.*
13 *Concluditur ex ſuperioribus.*
14 *Reſpondetur ad* l. ſi deportati. 7. ff. de leg. 3.
15 *Aliam eſſe quæſtionem vtrum legatum debeatur, aliam verò, cui debeatur.*

1 MAlè † etiam noſtri vulgo Catonianam regulã negant pertinere ad legata quæ ab initio & ipſo teſtamenti tempore fuerint inutilia propter ſolam legatarij incapacitatem, *ex l. 3. §. quando autem. D. de iur. fiſc.* vbi ſcriptum eſt valere relictum nec fiſco locum fieri, ſi qui fuit incapax tempore teſtamenti repetiatur capax tempore mortis vt non tam cõſiliũ quã exitus ſpectetur.
2 † Debuerant enim animaduertere tractari eo loco de fideicommiſſo tacito in fraudẽ legis relicto incapaci, nõ autem de legato, regulam porrò Catonianam de legatis tantùm locutam eſſe non item de fideicõmiſſis quæ nec Catonis temporibus vllum adhuc iuris vinculum habebant ante Auguſtum. † Quamquam autem conſummato fideicommiſſorum iure eadem illorum ratio eſſe 3
cœpit quæ legatorum *l. 1. de legat. 1.* maior tamen ſemper manſit fauor fideicommiſſorum, propterea quòd ex fide hæredis pendeant quàm præſtare ipſum æquum ſit, præſertim ſi velit, maximè verò fiſci odio & legum aduerſus incapaces latarum. Ex quo etiam receptum eſſe alibi diximus, vt contra iuris rationem inſtitui poſſit incapax in id tempus quo erit capax, *l. in tempus. 6 2. de hæred. inſtit.* quæ ait beneuolentiæ hoc eſſe vt iuris non eſſe intelligamus. † At illud quoque obſeruandum eſt, taciti 4
fideicommiſſi aliam hìc rationem eſſe, quàm expreſſi. tacitum enim fideicommiſſum cùm ex mera grauati fide pendeat nec exigi poſſit per eum qui aliàs probationes nullas habeat, aut qui ſi haberet, fiſco potius quàm ſibi lucrum victoriæ quæreret, non admittit quæſtionem illam de qua agimus an ex regula Catoniana ſit inutile. Cur non enim valeat, ſi malit hæres aut alius quiſquis tacitè rogatus eſt fidem à ſe datam exſoluere quàm iure ſuo vti, & fideicommiſſi tanquam inutilis ſolutionem recuſare? Inter fiſcum duntaxat & eum qui tacitam fidem accommodauit quæſtio eſſe poteſt ſi fiſcus fideicommiſſum auferre velit quaſi in fraudem legis relictum: rogatus autem malit relictum ad fideicommiſſariũ peruenire quàm ad fiſcum. † At cùm fideicommiſſum 5
expreſſum eſt, poteſt inter fideicommiſſarium ipſum & rogatũ naſci controuerſia, in qua nec dubito quin ſuccumbere debeat fideicommiſſarius qui teſtamenti tempore incapax fuit, licet mortis tẽpore capax reperiatur, ex poteſtate ſcilicet regulæ Catonianę quę proculdubio licet de legatis tantùm locuta ſit, in fideicommiſſis quoque ex identitatis ratione locum habere debet, niſi paratus ſit hæres vltrò ſoluere: quo caſu nullus, vt diximus quæſtioni fideicõmiſſo relinquitur, ſicut nec ſi legatum eſſet inutiliter, nec eò minus tamen hæres defuncti voluntatem agnoſcens legatario ſoluiſſet. † Mihi tamen 6
iterum atque iterum intuenti probabiliſſimum videtur, vt totus ille §. Triboniani ſit potius quàm Calliſtrati. Ad illam enim quæſtionem, quando intelligatur quis in fraudem legis fidem accommodaſſe iam ante Calliſtratus reſponderat initio eiuſdem legis, verſ. *quæri autem ſolere quando intelligatur quis in fraudem legis fidem ſuam accommodare*, ſed longè alio ſenſu quàm Tribon. in *d. §. quando autem.* vbi ob hanc cauſam ne hanc ipſam quæſtionem qui à Calliſtrato deciſa fuerat proponere videretur, quod iiſdem illis verbis vſus fuiſſet, *quando autem fraus interpoſita videatur agendum eſt*, ſubiecit, *id eſt, vtrũ exitus ſpectari debeat an conſilium.* Quaſi prior quæſtio ad modum comminiſcendæ fraudis pertineat, poſterior verò ad tẽpus quod ſpectandum ſit cùm de fraude quæritur. † Verum non video quomodo poſteriori huic quæ- 7
ſtioni locus eſſe vnquam poſſit. qualis propoſita eſt in *d. §. quandò autem*, illo loco, *fortè ſi tunc cum tacite fideicommittebatur non capiebat is cui reſtitui iubebatur, mortis vero tempore capere poterat, vel contra.* Nam cum is cui fideicommiſſum relictum eſt, capax fuit teſtamenti tempore, licet moriente teſtatore incapax reperiatur, fraudis tamen cõſilium nullum eſſe poteſt, ideóque nec dubitamus quin etſi fideicommiſſum deficiat, apud eum tamẽ qui reſtituere rogatus eſt remanere debeat, vt diſertè Caius ſcribit in *l. in fraudem. 10. §. D. de his quæ vt indign.* vbi rationem reddit, *quia nulla fraus eius interueniſſe videtur, niſi*, inquit *ſi in futurum caſum fidem accommodauerit, id eſt, vt licet capere legibus prohiberi cœperit, reſtituat.* Rogo igitur, qua ratione nullo fraudis conſilio interueniẽte locus eſſe poſſit queſtioni an conſiliũ ſpectari debeat an exitus. Et tamẽ quæſtio illa eſt quæ proponitur in *d. §. quando autem* iis verbis, *vel contra.* † Sed 8
& quod reſpondetur, exitum ſpectandum eſſe, ad neutram quæſtionis partem accommodari poteſt. Siquidem eo caſu quo fideicommiſſarius teſtamenti tempore

fuerit

fu[illegible], aut po[illegible] [illegible] ma[illegible] te[illegible] [illegible] vel [illegible] [illegible] non poteſt [illegible] tacita fi[illegible] [illegible] [illegible] pe-reat & [illegible] fideicommiſſum [illegible] rel[illegible], non rel[illegible] [illegible] hæ-[illegible] aut a[illegible] qui [illegible] eſt, ac omni[illegible]. Ea [illegible] fraus quan[illegible] exitum & eſſe [illegible] poteſt, [illegible] quo i[illegible] qui relictu[illegible] [illegible] non [illegible] ante ſubinde [illegible] [illegible] poſſit & capiat. [illegible] n[illegible] qu[illegible] capax ſit qui antea fuit, fraus n[illegible] hab[illegible] exitum [illegible] que fi[illegible] commiſſario datur [illegible] qu[illegible] retentio, [illegible] re[illegible] fiſco vindicetur. N[illegible] quis dicat deſinere frau-d[illegible] is qui [illegible] fuit i[illegible]capax reperitur n[illegible] capax. S[illegible] non ita eſt quia licet [illegible] tor [illegible] magis re[illegible] capaci quod incapaci reliquit, certum tamen eſt [illegible] fuiſſe eum [illegible] luntatem ſuam declaraturum ſi [illegible] tempore fraudi conſilium non in[illegible]ſſet. Proin[illegible] vindicari ſemper expedit quod in frau-dem legis factum eſt, nec æquum eſt ei ſuccurri, qui ſi fraus legibus facta non eſſet voluntatem [illegible] ſtatori[s] ho-[illegible] non haberet. † Rurſus in [illegible] caſu quo tunc [illegible] tac[illegible] fide committeba[tur] fideicommiſſarius fuit capax, mortis verò tempore incapax, ſi dicas ſpectan-dum exitum non in[illegible], conſequens fiet vt fiſco locus ſit, nec relictum penes eum qui rogatus eſt remaneat, ſiquidem quæſti[o] quæ proponitur in *d.§.quando autem.* non eo pertinet, vt [illegible] an ad fideicommiſſum ad-mitti debeat, qui mortis tempore incapax reperitur. Quis enim [illegible] admittere[illegible] ſed an eiuſmodi relictum fiſco quæri deb[e]at [illegible] qui [illegible] eſt remanere. Atqui reman[illegible] C[illegible] *[illegible] audem. ff. de his quæ vt [in]dign.* [illegible] fraudis ſuſpicio ſit in e[illegible] et poſtmo-dum fiat incapax [illegible] præuiſus [illegible] fi[illegible] dede[illegible]. Et [illegible] extra hun[c] caſum quomodo fieri poſſi[t] [illegible] teſtat[o]r de fidei[com]m[iſ]-

11 ſo relinquendo cogit[e]t. † Tacita [illegible] fideicommi-ſa tunc fiunt & quidem in fraudem legis, cum quis ne-que teſtamento neque codicillis rogatur, [illegible] domeſtica cautione vel chirographo ſe obl[igat] [illegible] præſtandum fi-deicommiſſum ei qui capere non poteſt, *l. in tacitis* 103. *de le[g].* I. Cùm ergo is cui relinquitur eo tempore capax eſt, nulla tac[iti] fideicommiſſi neceſſitas aut vtilitas eſſe

12 poteſt. † Denique leges omnes hic Accurſius congerit [illegible] ad [illegible] ſer[illegible]am pertinent[illegible] [illegible] quid in fraudem factam [illegible] au-[illegible] non p[illegible] pe[illegible] [illegible] act[illegible] quibus fra[illegible] [illegible] ſt, vt [illegible] R[illegible] [illegible]que eſt [illegible] quam [illegible] Caluſtat[illegible] [illegible] mitius proponit an fraudis conſilium [illegible] debeat, an exitus, cum fraus nulla facta eſt fid[illegible] ei re-licto qui teſtamenti [illegible] ve voluntatis tempore ca-pax fuit. Fraus enim non fit ſine conſilio fraudandi, & cùm de fraudis exitu tractamus, in ne[illegible] antece-dens [illegible] fraudem factam eſſe. Maneat igitur ce- 13
t[illegible] non poſſe ex illo loco probari noſt[illegible] ten[illegible] iam exiſtimantium regulam Catonianam non per-tinere ad ea relicta, quæ propt[illegible] aut fi-deicommiſſarij incapacitat[illegible] inutilia fu[t]ura eſſent, ſi tum cùm ſe inquererentur teſtator dece[ſſiſſe]t. † Qu[illegible] 14
verò in eandem rem aff[illegible] quo Vl[pianus] [illegible] bit in *l. ſi deportati de leg.* 3. fideicommiſſum [illegible] ſeruo ad[s]criptum eſt ad fiſcum [illegible] pert[illegible] tatus aut eum viuo teſtatore al[illegible], aut fuerit re-ſtitutus, multò minus mouere d[eb]et. N[illegible] in ea ſpecie ſi teſtator ipſe teſtamen[ti] [te]mpore [illegible], non eò minus valuiſſet fideicommiſſum, ſed a[illegible] tanquam ad ſerui, cui fideicommiſſum relictum erat, dominum perueniſſet, vt ideo Vlpianus ait. Proinde non pertinet illa ſpecies ad Catonianam [illegible] no-minatim legat[illegible] locuta eſt, [illegible] ſi teſtam[illegible] pore teſtat[or] deceſſiſſet. † Ac [illegible] 15
alia quæſtio [illegible], an teſtamenti aut mortis tempus inſpi-ciendum ſit, vt ſciatur cui quæri leg[a]tum debeat. Alia verò vtrius temporis habenda ratio ſit cum quæritur, an legatum vtile ſit, vt breuius dicam, Aliud eſt quærere vtrum legatum debeatur, aliud verò, cui de-beatur. Quod etiam referri debet, quod in *l. ſi co[g]natis.* 19. *D de reb. dub.* ex eodem Vlpiano proponitur ſi cognatis legatum ſit, & teſtamenti tempore cognatus non fuit, qui moriente teſtatore cognatus reperitur per adroga-tionem, hunc quoque legatum con[ſeq]ui debere. Nam ſi teſtator, qui cognatis legauit teſta[menti] tempore de-ceſſiſſet, non [eò] minus legatum valuiſſet, tametſi hic qui [illegible] non erat cum cognatis ad legatum ad-[illegible] nec Bartolus [illegible] licet alio-rum [illegible]. Denique cum quæritur, an legatum, [illegible] debeatur, regula Cato-niana vult in[illegible] tempus teſtamenti non mortis. Cùm quæritur cui debeatur, regulariter conſtitutum eſt, vt ſi verba minime repugnent, inſpici debeat tempus quo dies relicti cedit, quod ipſum plerumque mortis tem-pus eſt, *l. pen. D. de [le]gat. præſt.*

ANTONII FABRI I.C.
SEBVSIANI, SEREN. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS,
& in Supremo Sabaudiæ Senatu Præſidis Primarij.

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
LIBER DECIMVSTERTIVS.

CAPVT PRIMVM.

Retractata quæſtio, An dos profectitia ſoluto matrimonio reuertatur ad patrem ſuperſtitibus liberis, & an in huiuſmodi dote filiafamilias, aut emancipata habuerit olim, habeatve hodie hæredes [illegible].

SVMMARIA.

1 *Profectitiam dotem facit nomen patris, non iuris poteſtatis.*
2 *Vulgaris Doctorum diſtinctio inter filiamfamilias, & emancipatam filiam in matrimonio mortuam, & inter dotem profectitiam & aduentitiam.*
3 *Martini & Bulgari opinio de repetitione dotis profectitiæ, mortua in matrimonio filiafamilias ſuperſtitibus liberis.*
4 *Dotem profectitiam emancipatæ filiæ datam, mortua ea in matrimonio ſine liberis, ad patrem reuerti.*
5 *Quæ ſit dubitandi ratio in* l. ſi ab hoſtibus. 10 ff. ſolut. matrimon.
6 *Matrimonio morte mulieris ſublato dotem profectitiam indiſtinctè ad patrem reuerti.*
7 *Cur in* d. l. ſi ab hoſtibus. *dos profectitia ad patrem reuertatur?*
8 *Bartoli & aliorum reſponſio ad* l. vlt. vt legat. nom. cau. *&* l. illam 29. Cod. de collat. *pro Martini ſententia obiectas.*
9 *Quæ rationes authorem noſtrum ad Martini ſententiam ſuperius refutatam amplectendā aliquādo impulerint.*
10 *Reiicitur Cuiacij emendatio ad* l. poſt dotem. 40. ff. ſolut. matrim.
11 *An & quando in eius legis ſpecie pater ex ſtipulatu agere poſſit?*
12 *Rationes propter quas author a Martini opinione diſceſſit.*
13 *Explicatur* §. 1. l. inter 26. ff. de pact. dotal.
14 *Dotem vxoris quæ liberis ſuperſtitibus mortua eſt, mariti lucro totam olim ceſſiſſe, & nihil ex ea iure ad liberos inuito patre pertinuiſſe.*
15 *Quomodo iure nouo illud immutatum & reformatum ſit.*
16 *Cur iure vetere liberi ſuperſtites facere non potuerint, vt dotis profectitiæ repetitio mortua filia patri denegaretur.*
17 *Dotis ſemel rectè conſtitutæ dominium penes eum ſemper remanere* [illegible]
18 *An ratio* [illegible] *patri dat repetitionem dotis profectitiæ,* [illegible] *ſi ſuperſtitibus liberis de*[illegible]
19 *Fauor* [illegible] *patris* [illegible] *dotem profectitiam repetentis,* [illegible] *mariti eam retinere volentis.*
20 *Dotem propter liberos ſuperſtites penes maritum non remanſiſſe, niſi de eo pactum interpoſitum fuiſſet.*
21 *Quintas ex dote, vxore ſuperſtitibus liberis defuncta, in ſingulos liberos a marito etiam ſine pacto retineri potuiſſe.*
22 *Sextorum retentio quando & quatenus marito competierit.*
23 *Quintas non propter liberos præmortuos, ſed propter ſuperſtites à marito retineri potuiſſe.*
24 *Declaratio* l. quærebatur. 24. ff. ſolut. matr.
25 *Quintas & ſextas à Iuſtiniano ſublatas eſſe.*
26 *Pacto inito vt mortua filia dos penes maritum remaneret, dotem etiam nullis liberis ſuperſtitibus mariti lucro cedere.*
27 *Cur ſiue patre ſiue extraneo ſimpliciter ſtipulante dotem ſoluto matrimonio reddi, dos etiam ſuperſtitibus liberis reddenda ſit?*
28 *Reſpondetur ad illam pietatis coniecturam de qua in* l. cùm acutiſſimi. C. de fideic. *& in* l. cùm auus. 102. ff. de condit. & demonſtr.

SOLENT noſtri diſtinguere filiamfamilias ab emancipata, & profectitiam dotem ab aduentitia. † Etſi enim admit- 1
tunt, quod & verum eſt, ſiue in poteſtate ſiue emancipata ſit filia profectitiam dotem eſſe quæcunque à patre profecta eſt, quia profectitiam facit nomen patris non ius poteſtatis, *l. profectitia. 1. §. penult. ff. de iur. dot.* † Sic tamen vulgo 2
exiſtimant, mortua in matrimonio filiafamilias dotem à patre profectam ad patrem reuerti etiam ſuperſtitibus liberis, *l. dos a patre. 4. C. ſolut. matrim. l. ſi ab hoſtib. 10. ff. eod. l. 2. ff. ad* [illegible] *C. Maced. l. ſi pater 12. l. inter. 26. § cùm inter de pact. dotal. l. ſi ſocius pr*[illegible] *81. ff. pro ſocio. l. po*[illegible] *de euict. l. & ideo. 7. in fin. &* [illegible] *19. ff. de in rem verſ. l. fin. ff. rat. rem hab. l. etſi dotis. 3.* [illegible] *6. C.* [illegible] *iur. dot. l. 2. C. de bon. quæ liber. l. quod in vxorem. 23* [illegible] *negot. geſt.* quibus locis idipſum traditur indiſtinctè nulla liberorum facta mentione. Mortua verò emancipata hæredes habere nam in dote proprios libero[illegible] iure Pandectarum, vt defendit Bartolus in *l. 2. §.* [illegible] *ſi in patrie ſolut. matrim.* poſt [illegible]inum in *l. auia. 6.* [illegible] *de iur. dot.* In dote verò aduentitia non emancipata tan[illegible] taxat,

taxat, ſed filiã quoque familias hæredẽ iam olim habe-
re potuiſſe. Idem Bart in *l. poſt dotem. 40. num.* 26. & poſt
eum ibi idem cæteri. *ff. ſolut. matrim.* ac multò magis hodie
habere poſt Iuſtiniani *Nouellam Conſtitutionem.* 118 *de*
hæred. ab inteſt. venient. l. vlt. & ad S.C. Tertyl. l. vlt. C. com-
3 *mun. de ſucceſ.* † Quanquam autem in quæſtione illa De
repetitione dotis profectitiæ mortua in matrimonio fi-
liafamilias ſuperſtitibus liberis, celeberrima eſt Martini
opinio, & ipſo vſu ac de cõſuetudine, vt noſtri loquũtur,
recepta, vt non ad patrem dos reuertatur, ſed in filiæ li-
beros tranſmittatur ex *lib. vlt. §. 1. D. vt leg. nomin. caueat.*
d. l. poſt dotem. 40. ſolut. matr. l. illam 29. *C. de collat.* Ea po-
tiſſimũ ratione quod in ſucceſſione potior ſit, ſẽperque
fuerit deſcendentiũ cauſa quàm aſcendentiũ. §. 1. *Nou.*
de hæred. ab inteſt. venient. Contraria tamen Bulgari ſen-
tentia veterib. ferè omnib. ac recentioribus etiã pleriſ-
4 que verior viſa eſt † Ego verò illud primum non probo,
quod vno ore omnes clamant. profectitiam dotẽ eman-
cipatæ filiæ datam mortua ea in matrimonio ſine liberis,
ad patrem non reuerti Nam imò reuerti ſcriptum eſt
apertiſſimè in *d. l. pater. 71. de euict. l. ſi filia. 5. ff. de diuort.*
l. filia mea emancipata. 59. ff. ſolut. matrim. ad quã aliud non
poteſt reſpondere Bartolus; quam ibi interpoſitam fuiſ-
ſe ſtipulationem de dote patri reddenda, Quod planè
commentitium eſt. Et eleganter in *l. ſi ab hoſtib.* 10. *ff.*
eod. cùm filiafamilias quæ dotem profectitiam habebat,
capta eſſet ab hoſtibus conſtante matrimonio, ibique
deceſſiſſet, quærentibus An dos ad patrẽ reuerteretur,
reſpondit Pomponius, Perinde habendum eſſe, ac ſi de-
ceſſiſſet, ideóque dotem ad patrẽ reuerti, Quemadmodũ
inquit, & ſi nupta deceſſiſſet, quamuis extra poteſtatem
5 patris, ad illum reuerſa dos fuiſſet. † Dubitandi ergo ra-
tio apud Pomponium non illa erat, quòd per captiui-
tatẽ ſublata videretur patria poteſtas [nam etſi in ciui-
tate per emancipationem ſoluta fuiſſet, nil ea res patri
nocuiſſet.] ſed quia ſoluto per captiuitatẽ matrimonio,
l. 1. de diuort. l. in bello. 12. § ſed captiui. D. de pact. & poſtl.
videretur amiſſum patri ius reuerſionis, quod ſcilicet
ille non habet, cùm emancipata eſt filia niſi vno caſu,
inquit, *d. l. pater. 71. de euict.* id eſt vt ibidẽ I.C. interpre-
tatur, [licet vnũ illum caſum multi ex aliis legibus parũ
acutè conquirant] ſi in matrimonio mortua ſit filia. Nã
ſi aut diuortio aut mariti morte ſolutum ſit matrimo-
nium, dos ad ſolam filiam emancipatam pertinet, nec ei
& patri communis eſt de dote actio, quæ communis eſ-
ſet ſi filiam pater haberet in poteſtate; *d. l. 2. quod ſi in*
patris, l. ſi cùm dotem 22. §. eo autem tempore. l. Titia 44. ff.
ſolut. matrim. l. qui hominem. 34. § ſi gener. ff. de ſolut. In eó-
que aliam filiæfamilias, aliam emancipatæ rationem
6 eſſe planè fatendum eſt † At cùm morte mulieris ma-
trimonium ſoluitur, indiſtinctè verum eſt dotem profe-
ctitiam ad patrem reuerti, ſi nõ in contrarium ſtipulatio
interceſſerit. Idque eſt quod Pomponium mouit in *dict.*
l. ſi ab hoſtibus, cùm humanius ſit morti quam diuortio
comparari captiuitatem etiam prius quam apud hoſtes
filia moriatur, *l. ſi quis ſic ſtipuletur. § 6. eodem titul. ſolut.*
7 *matrimon.* † Ergo in ea ſpecie dos ad patrem reuer-
titur, non propter ſtipulationem, quæ nulla fuit, nec
per ſucceſſionem, quia Digeſtorum iure non poterat
pater ab inteſtato hæres eſſe filiæ emancipatæ vulg
iuribus nec per conſolidationem, vt noſtri loquuntur,
quoniam nullo caſu poteſt dos profectitia dici commu-
nis patri & filiæ emancipatæ, cùm tota pertineat ad fi-
liam quandiu viuit, ea verò defuncta, tota ad patrem
vt diximus: Nec iure etiam peculij, vt in Caſtrenſi pe-
culio contingit mortuo filio milite inteſtato, *l. 1. & 2.*
D. de caſtrenſ. pecul. Non enim poteſt emancipata filia
peculium habere à patre, *leg. 1. & tot. titul. Quand.*
actio de pecul. eſt annal. Sed quod dos à patre ipſo pro-
fecta ſit, Ne & amiſſæ filiæ & præterea pecuniæ dam-
num ſentiat, vt ait lex iure ſuccurſum, *6. D. de iur.*
dotal. Nec ſanè differentiæ ratio vlla afferri poſ-
ſit inter filiamfamilias & emancipatam. Cùm vtra-
que ſit & filia & dotis capax etiam viuo patre,
leg. Pomponius Philadelphus. 35. D. famil. ercis. eund.
de qua ſcripſimus capite 12. libro 7. Nec quia ex fi-
liafamilias naſcuntur liberi magis ſunt in aui materni
poteſtate quam ſi ex emancipata nati eſſent, *§. vltim.* 8
Inſtitut. de patr. poteſtat. † Hoc igitur, ſi ita eſt, vt
emancipata in matrimonio mortua dos à patre data ad
patrem reuertatur, intelligimus parum acutè facere
Bartolum & poſteum cæteros, qui, vt diluant ob-
iectionem quæ fit pro Martino ex *leg. vltim. D. vt le-*
gat. nomin. caueat. vbi ſuperſtite vel vno tantum filio
remanet dos penes maritum, nec ad patrem reuerti-
tur, licet is ab emancipata filia ſcriptus eſſet, Nihil
habent aliud quod reſpondeant quàm tractari eo lo-
co de filia emancipata Sed longè minus ferendum ſit;
quod eodem modo reſpondent *leg. illam 29. Cod. de*
collat. Cùm tamen nec legis verba loquantur de eman-
cipata magis quàm de filiafamilias, nec Imperato-
ris ſententia minus hanc quàm illam comprehendat:
† Quæ me res mouebat aliquando, vt Martini opinio- 9
nem veriorem arbitrarer, non in eo quod putabar dotẽ
profectitiam acquiri liberis tanquam hæredibus ma-
tris [hoc enim mihi ſemper abſurdum viſum eſt] ſed
in eo, quod negabar dotem ad patrem reuerti, pla-
cebàtque media ferè ſententia, vt penes maritum dos
remaneret propter liberos ſuperſtites cuiuſcunque
eſſent numeri. Propter præmortuos verò ita, vt in ſin-
gulos quintæ duntaxat retinerentur. ſicque intelligen-
dum, quod Vlpianus ſcribit *titul. De dotibus*, mortua
in matrimonio filia dotem profectitiam ad patrem re-
uerti, ſeruatis tamen penes maritum in ſingulos
liberos quintis. † Quam in ſententiam illud quoque 10
me trahebat, quod videbam Papinianum in *leg. poſt*
dotem. 40. ff. ſoluto matrimon. apertè ſcribere, Patrem
qui nonſolùm dotem filiæ dederat, ſed etiam ſtipula-
tus fuerat ſi voluntate filiæ diuortium fieret dotem
dari (ſic enim malo textum intelligere, quàm viri
doctiſſimi Iacobi Cuiacij emendationem admittere
qui libro 4. Obſeruation. cap. 21. ex libris Græcis, legen-
dum putat *ſine filiæ voluntate*) impleta ſtipulationis con-
ditione non prius tamen ex ſtipulatu agere poſſe, quàm
& filia deceſſerit, & præterea ſine liberis. Nam ſi li-
beri ſuperſtites liberationis vim remorantur, multò ma-
gis rei vxoriæ actionem impedient, quæ ſcilicet danti
dotem longè minus fauorabilis eſſe ſoleat, quàm ſtipula-
tio, *argument. leg. vnic. §. accedit. Codic. de rei vxor. action.*
dict. l. g. auia 6. Codic. de iur. dot. † Viua quidem filia fa- 11
teor in illa ſpecie non potuiſſe patrem agere ex illa
ſtipulatione, quàm interpoſuerit ſine filiæ voluntate
poſt dotem datã, & contractas nuptias, quemadmodum
lex ait, hoc eſt, vt rectè Accurſius interpretatur, ex
interuallo, cùm dotis actionem ſibi & filiæ iam com-
munem non potuerit filiæ auferre, ſibíque ſolidam
acquirere, niſi aut ab initio in ipſa dotis datione ſtipula-
tus ſit, aut poſtea ex ipſius filiæ voluntate, *l. quoties. 29.*
eodem tit. l. cum dos. 7. D. de pact. dota. Sed mortua filia, cur
illud Papinianus requireret, vt deceſſiſſet illa ſine libe-
ris, cùm nulla in ſtipulationis conditione facta eſſet
mentio liberorum, ſi ita ius erat, vt nulla interueniente
ſtipulatione dos ad patrem liberis quoque ſuperſtitibus
reuerteretur; Sic ergò videtur Papinianus ſenſiſſe. Poſi-
tos tacitè liberos in conditione ex coniectura illa pie-
tatis, quæ aliàs plerumque facit, vt quod filius à patre
reſtituere iubetur non aliter reſtituere debeat, quàm ſi
abſque liberis moriatur, vt in *l. cum auus. 102. de cond. &*
demonſtr. l. cum acutiſſimi. 30. C. de fideicommiſſ. l. generali-
ter. 6. §. cum autem. Cod. de inſtit. & ſubſtit. Atque ita nobis
aliquando videbatur, vt pluribus ſcripſimus lib. 1. cap.
16. noſtrámque hanc opinionem quamplurimis doctiſ-
ſimis viris non planè improbatã fuiſſe ſcimus. † Sed me 12
nunc in contrarium illud mouet, quod video, Quibus

caſibus dos penes maritum remanet, etiam propter liberos, non ideò tamen acquiri eam liberis ſiue viuo ſiue mortuo marito, ſed eius lucro ita cedere, vt & inter viuos, & in vltima voluntate poſſit de ea diſponere, fa-
13 uore etiam extranei neglectis liberis, ſi non pacto conueniſſet, vt ipſorum liberorum nomine retineretur, † vt in *dict. l. inter. 16. §. 1. ff. de pact. dotal.* vbi quod dicitur reſtitutionem à patre factam mulieri poſt diuortium, eius dotis quam filiæ cõmunis nomine poterat retinere ipſi filiæ non nocere. Nec ſi in ſolidum ſit illa hæres patri, & pro parte etiam matris, innuere videtur nõ potuiſſe patrem de dote quam ea pacto propter filiã lucratus eſſet, in præiudicium eius diſponere, Niſi dicas id fieri, Vel quia pactum in gratiam filiæ non mariti interpoſitum eſſet, vel potius quòd eam dotem vir vxori reſtituiſſet per errorem, vt lea ait, non donãdi animo. Sanè locum illum malè eaplicat Caſtrenſ. ad *l. ſi cum dotem numer. 8.*
14 *in fin. ff. ſolut. matrimon.* † Facit lea Bæbius. 30 *de pac. dotal.* in illis verbis *eſſe dotem ſi filium filiámve habuiſſet.* vt conſequenter nihil ad liberos ex dote matris inuito patre perueniat, Niſi quòd quò pater locupletior eſt eò
15 ampliorem legitimam ſint conſecutiri. † Sic enim iure vetere conſtitutum fuiſſe, ex illo apparet, quod Theodoſij primùm conſtitutione in *l. generaliter Cod. de ſecund. nupt.* factum eſt, vt quicquid ex morte mulieris ad virum peruenit, torum id liberis communibus ſeruare teneatur: Neque hoc tamen omni caſu, ſed illo duntaxat quo vir ad ſecundas conuolet nuptias. Itaque ſi à ſecundis nuptiis abſtineret, liberum illi erat communes liberos maternę dotis commodo defraudare, quomodo obtinuit toto iure codicis, & ad Nouellam vſque Iuſtiniani 98. cui titulus eſt, Neque virum, quod ex dote, vbi primùm cautum eſt, vt quod vir ex dote lucratur filiis cõmunib. omnimodo reſeruetur *Auth. vxore Cod. de ſecund. nupt.* quod ipſum tamen idem Iuſtinianus ſic poſtea temperauit Nouell. 127. vt fratr. filij cap. 3. Vt ſi pater à ſecundis nuptiis abſtineat virilem habeat cum liberis portionẽ proprietatis de qua pro arbitrio teſtari poſſit. *Auth.*
16 *ſi tamen abſtineat. Cod. eod. titul. de ſecundis nuptiis.* † Ex quo apparet non potuiſſe ſuperſtites liberos facere iure vetere, vt dotis profectitiæ repetitio mortua filia patri denegaretur. Quandoquidem ita poſito iure futurum erat, vt non filiæ liberis quorum fauore probabilis illa videri potuiſſet ſententia, ſed ipſi marito dos acquireretur. Non quidem ea cauſa hæreditatis & ſucceſſionis, quomodo intelligere videntur ij qui obiiciunt, non poſſe virum vxori aut vxorem viro niſi poſt agnatos & cognatos omnes ſuccedere, *l. vnic. Cod. vnde vir*
17 *& vxor.* † Sed quia iam inde ab initio per dotis conſtitutionem factus eſſet maritus dominus dotis, *leg. doce ancillam. 6. Cod. de rei iudic. leg. 3. leg. ſi prædium. 23. leg. in rebus 30. Cod. de iure dot. §. 1. Inſtitut. quibus alien. licet vel non.* Itaque eo animo & nutu illius qui dotẽ daret ſiue pater ille eſſet ſiue extraneus vt dotis dominium ſemper penes maritum remaneret, *leg. 1. ff. de iur. dot.* Vt proinde ſoluto quandocunque matrimonio, non de illo quærendum amplius ſit, An viro dos acquiratur, quæ cùm ſemel iam acquiſita ſit ei amplius acquiri non poteſt, *leg. non vt ex pluribus. 259. de regul. iur. § ſic itaque. 14. Inſtit. de actionib.* Sed an penes eum dos remanere debeat, quæ ſi non remanet proculdubio reſtituenda eſt. Inde verò fiebat vt aduentitia dos niſi eſſet receptitia, hoc eſt ab extraneo ſic data vt ſoluto quandocunque matrimonio morte mulieris, ſibi reſtitueretur, apud maritũ olim remaneret: Nec aduentitia, ſed etiam profectitia ſi mortua filia pater nõ eſſet cui redderetur, quẽadmodum Vlpianus diſertè ſcribit in *Tit. De dotibus.*
18 † Quod cùm ita ſit, illud ſanè conſequens eſt vt ratio illa quæ patri dat repetitionẽ dotis profectitiæ defuncta filia, nempe vt triſtitiæ ſuæ ſolatiũ hoc habeat, ne filiæ amiſſæ & pecuniæ damnum ſentiat, *d. l. iure ſuccurſum,* Non minus locum ſibi vendicet ſi ſuperſtitibus liberis defuncta ſit filia, quàm ſi nullis. Quod tamen non perinde eſſe ſi dos ad defunctæ liberos aut hæreditario aut alio ſucceſſionis iure peruenire poſſet. Non enim poſſes dicere amiſſam auo pecuniam quæ ad eius nepotes deueniſſet, quibus ille etiam in hunc caſum prædefunctæ filiæ, legitimam relinquere teneatur. Cùm ergo diſputamus, An dos profectitia morte filiæ ad patrem reuertatur necne, non in illa quæſtione verſamur, An aſcendentium melior cauſa eſſe debeat in ſucceſſione quam deſcendentium: ſed in illa potius, Patriſne an mariti meliorem conditionem eſſe oporteat. In quo etſi pro marito dici poteſt dotis cauſam eſſe perpetuam *a. d. 1. de iure dot.* ibique dotem eſſe debere vbi ſunt onera matrimonij, *l. ſi is qui. 56. § ibi dos eod.* ſuperſtitibus autem ex matrimonio liberis, quos alere pater ipſe debeat non auus maternus, partem hanc eſſe, nec minimam onerum matrimonij, *l. non quemadmodum. 8. de agnoſc. & alend. liber. leg. ſi conuenerit. 4. ff. de pact. dotal. leg. vbi adhuc. 29. Cod. de iur. dot.* vt videatur defuncta etiam vxore, adhuc tamen pendere matrimonium marito ſuperſtite, *§. 1. Nouell 98. neque virum quod ex dot. leg. vltim. Cod. de bon.*
mater. Longè tamen fauorabilior eſt cauſa patris in ea 19
ſaltem dote quæ ab eo profecta ſit, cùm nec niſi filiæ nomine ab initio dotem genero dederit, nec eo animo vt penes maritum ſemper remaneret niſi quandiu conſtaret matrimonium. Votum quidẽ illud eſt boni patris vt ſibi ſuperſtitem habeat filiam, & in bene concordãti matrimonio ſeneſcentem, Et conſequenter vt ſe viuo apud maritum ſemper dos remaneat, Qui ſenſus eſt dictæ *leg. . de iur. dot.* Sed ſi turbato mortalitatis ordine præmoriatur filia, aut diuortium fiat, non ideò pater ſibi eripit repetendæ dotis facultatem, maritóque imputari poteſt, cur ea lege vxorem duxerit, nec ſibi melius cauerit, vt ſaltem ſuperſtitibus liberis retinere dotem
poſſet. † Id enim pacto fieri potuiſſe certum eſt non 20
in eum quidem caſum quo ipſius mariti morte matrimonium ſolueretur, ne ita maneret mulier indotata, *leg. 1. ff. de pact. dotal. l. 3. Cod. de pact. conuent.* ſed ita ſi aut diuortio, *leg. 1. ff. de dot. præleg.* aut morte mulieris, *l. ſi viuer. 24. l. inter. 16. in princip. & §. cum inter. l. ſi pater. 12. in princip. D. de pact. dotal. l. ſi dotalis. 48. D. ſolut. matr.* quibus omnibus locis fruſtrà proponeretur interpoſitum pactũ, vt propter liberos ſuperſtites dos penes maritum remaneret, ſi ea iure communi & citra pactũ
idem obtinuiſſet. † Quamquam etſi pactũ nullũ interue- 21
niſſet, in eo conſulebatur patri à quo alẽdi eſſent liberi, vt in ſingulos quintam dotis partẽ retineret, idq; in infinitũ, vt Vlp. ſcripſit *Tit. De dotib.* hoc eſt in eum vſque numerum qui totam dotẽ abſorberet, ita vt ſi quinque pluréſve liberi ſupereſſent totã dotẽ maritus retineret,
nihil prorſus patri reſtituere. † Ad differentiam ſeata- 22
rum, quæ ſoluto per diuortium matrimonio retinebantur aduerſus mulierem, & quidẽ in ſingulos: ſed non in infinitũ, vt quintæ, verum vſque ad dimidiã tantùm dotis partẽ, Ne alioqui ſea liberis ſuperſtitib. mulier pror-
ſus indotata remaneret. † Sic enim exiſtimo quintas 23
illas de quarum retentione Vlpianus loquitur non propter liberos præmortuos vt aliquando putabam [niſi pactum interceſſiſſet vt in *d. l. inter. 16. in princip. de pact. dota*. ſed propter ſuperſtites retineri potuiſſe. Cur enim propter præmortuos retinerentur, ea quorum amiſſione non minorem mater quam pater dolorem ſenſerit, & propter quos nulla matrimonio ſoluto ferenda ſint patri onera? vt taceam nec minus luctuoſam eſſe auo mortem nepotis ex filia præſertim ſubſecuta ipſius quoque filiæ morte Denique cur admittamus viua quodammodo filia dotem diminui licet diminutionis damnum ad patrem non ad ipſam peruenturum ſit Abſurdum ſanè id fuerit Propter quam cauſam plerũque ſtipulabatur pater. Mortua in matrimonio filia etiã ſuperſtitib. liberis dotẽ ſibi reddi, vel deducta parte ter-
tia, vt in *l. pater pius, 13. de pact. dot.* vel ſimpliciter, † vt 24
in

in *l. cum quærebatur* 140. *de verb. ſign.* vbi quod Paulus ait,
id actum huiuſmodi pacto vt nullo caſu remaneret dos
apud maritum, ego ſic intelligo vt nec ſuperſtitib. libe-
ris remaneret, ſiue diuortio, ſiue morte ſolutum eſſet
matrimonium, Nec vllam aut quintarum aut ſextarum
deductionem dotis reſtitutio pateretur. † Quod in libris
15 noſtris clarius expreſſum eſſet ſi non quintas & ſextas
illas Iuſtinianus iuſtu iſſet, quomodo tamen ſuſtulit in *l.
vn. C. de rei vx. act.* Non mirum ſileat, qui non niſi de ſexta
rum retentione loqui videtur ſoluto per diuortium ma-
trimonio. [Quamuis generalis ſit illa ratio, quod ipſe
naturalis ſtimulus parentes ad liberorum educationem
ſatis horetur,] ſed in § accedit, Vbi ait tacitã ſe ex ſti-
pulatu actionem non mulieri tantùm cõcedere ſed etiã
parenti. interpoſita.n per patrẽ ſtipulatione *ſoluto ma-
trimonio dotem reddi*, nullo caſu dotem aut ex dote quic-
quam maritus retinebat, *d. l. cum quærebatur.* † Quemad-
16 modum ex contrario ſic inito pacto vt mortua filia dos
penes maritum remaneret, non tantùm ſuperſtitib. li-
beris mariti lucro dos cedebat, in eàmque rẽ vtile pa-
ctum erat, ſed etiam ſi liberi nulli interueniſſent *d. l. ſi
pater. 12. in princ. de pact. dot.* † Sic & extraneo qui dotẽ
17 dederat ſtipulante ſibi reddi ſoluto matrimonio reſti-
tuenda erat dos etiam ſuperſtitib. liberis, quod & hodie
obtinet, *l. vlt. de iur. dot.* Id.n faciebat vis & natura ſtipu-
lationis nulla liberorum mentione facta: Nec in ſtipu-
latione patris magis quam extranei ſubintelligebatur
conditio illa ſi ſine liberis filia decederet. Cum veriſi-
mile eſſet ſibi potius quam nepotibus cauere acquire-
re voluiſſe auum maternum, qui nec nolens iis ſtipula-
ri poterat, *l. Cum 45. De ſolut. matr.* Præſertim cùm ita
quoque concepta ſtipulatione, non nepotum, ſed ip-
ſius mariti lucro dos cederet, *d. l. ſi dotali & d. l. ſi pater.*
† Vnde ſumi poteſt reſponſio ad coniecturam illam pie-
28 tatis de qua in *d. l. cum auus. & d. l. cum acutiſſimi.* Toties
enim filius de reſtituendo grauatus ſub ea conditione
oneratus videretur ſi ſine liberis deceſſerit, quoties alio-
qui peruentura res eſſet ad alium quem auus in ea re
dilexiſſet minus quàm nepotem At nepotes ipſos, mul-
tò minùs verò generum plus ſeipſo auus diligit. Nihil
ergo eſt quod facere poſſit vt mortua filia dos ad pa-
trem non reuertatur, licet ſuperſint ex matrimonio li-
beri, ſi ſtipulatio interuenerit pro marito.

CAPVT II.

Ad l. vlt. D. vt legat. nomin caueat. & l. illam. 19. C. de collat.

SVMMARIA.

1 *Reſpondetur ad* §. 1. l. vlt. ff. vt legat. nom. cau.
2 *Dictio* filiafamilias *cur addita ſit in* l. dos à patre. 4. C. ſol. matr.
3 *Vera Scæuolæ ſententia in* d. l. vlt.
4 *Accurſij ad eum locum additiones.*
5 *An & quando filia emancipata poſſit cauere teſtamento, vt dos penes maritũ liberis ſuperſtitib. remaneat?*
6 *Cur filiusfamilias miles de dote vxoris quaſi de peculio caſtrenſi teſtari non poſſit?*
7 *Reſpondetur ad* l. illam. 19. C. de collat.
8 *Matrimonio per mortem viri, aut per diuortium ſoluti filiam emancipatam dotem profectitiam propriam habere.*
9 *Quid in* d. l. illam, *Iuſtinianus conſtituerit, & de qua quæſtione tractauerit?*
10 *Multum intereſſe an maritus dotem ex pacto exiſtentium liberorum lucratus ſit, an verò morte viri vel diuortio ſolutum ſit matrimonium, & eo tempore filia emancipata relictis liberis moriatur.*
11 *Anomali ſucceſſores qui dicantur?*
12 *Filiafamilias poſt maritum ſuperſtitibus liberis & patre defuncta, vtrum in repetenda dote patrior ſit aui quam nepotum cauſa?*
13 *Donata dos quænam dicatur?*
14 *An valeat inter patrem & filiamfamilias ex cauſa dotis donatio?*

RESpondendum † ſupereſt ad ea quæ pro Martini 1
ſententia in contrarium afferebamus, & melius ſi
fieri poterit quàm ab interpretibus hactenus reſponsũ
ſit. Nam quod pertinet ad *l. vlt. §. 1. D. vt legat. nom. cau.
& ad l. illam. 16. C. de coll.* Iam diximus non poſſe reſpõ-
deri quod vulgo dicitur. loqui eas de filia emancipata,
cum hac parte nihil interſit an filiafamilias ſit an emã-
cipata Vtroque ſiquidem caſu dos à patre profecta ad
patrem mortua filia reuertitur. † Et quòd in *l. dos a pa-* 2
tre. 4. C. ſol. matr. adiicitur dictio *filiafamilias* quam pleri-
que doctiſſimi viri ſubreptitiam tollendamque eſſe ar-
bitrantur, non ad emancipatæ differentiam factum eſt,
ſed quod in facti ſpecie filiafamilias proponeretur ea
quæ defuncta fuerat in matrimonio. † Rectius igitur di- 3
ci poteſt in il a *l. vlt.* non hoc Scæuolam dicere. Vnius
filij nomine debere totam dotem penes maritum rema-
nere, quod apertè Vlpianus ſupradicto loco negat *Tit.
de dotib.* (vnam enim duntaxat quintam eo iure mari-
tus retinere potuiſſet) Sed cùm ex facto proponeretur
dotem penes maritũ remanſiſſe, hoc ipſum obiter Scæ-
uolam notaſſe quòd ea res aliquomodo facere videre-
tur, vt tanto magis penes maritum remanere deberent
ea quæ viua mulier apud illum depoſuerat non exacta
depoſitionis cautione, de quorum tantùm non etiam de
dotis reſtitutione Scæuola conſulebatur. Itaque ad fa-
ctum non ad ius verba illa referenda ſunt. Ex facto
enim proponi potuit dotem penes maritum remanſiſſe,
cùm de ea re pactum fortaſſe initũ eſſet Quod & Ioan-
nes antiquus gloſſator animaduertit. † Sane quod ad eũ 4
locum de ſuo addit Accurſius, potuiſſe fieri vt emanci-
pata quæ teſtamentum feciſſet dotem iuſſiſſet remane-
re penes maritum, planè falſum eſt. † Non enim pote- 5
rat eo iure etiam materfamilias teſtari de dote viuo ma-
rito, tanquam de re ad ſe nil pertinẽte, nec in ea hære-
dem habere ab inteſtato, niſi aut non uiui maritus do-
tem exegiſſet (quo caſu non poterat eſſe dotis dominus
cùm ex nuda dotis promiſſione citra traditionem non
poſſit quæri marito dominium, vt in *l. nuptæ. 30 §. 1. ff ſo-
lut. matr.*) Aut prius ſtipulata eſſet dotem ſibi reddi, Vt
probat elegans textus in *l. ſi mulier dotem. 25. C. de iur.
dot. l. Lucius. 68. § filiam in fin ff. ad S.C. Trebell.* Ne alio-
qui de bonis mariti, in quibus & dos eſt, potiùs quàm de
ſuis teſtata videretur, *l. quamuis. 75. de iur. dot.* † quemodo 6
nec poſſet filiusfamilias etiã miles teſtari de dote quaſi
de caſtrenſi peculio, tametſi poſſit de vxoris hæreditate
teſtari, *l. dotem 16. de caſtrenſ. pecul.* vbi elegantem ra-
tionem Papinianus reddit, quod hæreditas aduẽtitio iu-
re quæritur, Dos autem matrimonio cohærens oneribus
eius ac liberis, qui ſunt in aui familia confertur. Vt in-
telligamus connexum ius vxoris adeóque aui facere ne
ea dote poſſit filiusfamilias teſtari. Eóque magis quòd
ante Iuſtiniani conſtitutionem in *l in rebus. 30. C. de iur.
dot.* ita ius erat, vt nec mortuo marito dominium dotis
ipſo iure ad maritum reuerteretur, ſed reſtitutione opus
eſſet, *l. 3. vbi Bart. ſubtiliter perill. text. cod.* Hodie verò
eo iure vtimur, vt dominium quidem reuertatur ex *d. l.
in rebus*, ſed non poſſeſſio, quàm ſanè ab hæredibus ma-
riti repetere mulierem neceſſe eſt, & ab iis in mulie-
rem transferri, *l. dotis actione. 6. C. ſolut. matrimon.* † Ad
legem illam. 19. *C. de collat.* reſpondeo conſtitutionem
eſſe Iuſtiniani. Cuius temporibus iam obtinebat ex le-
ge Theodoſij in *leg. generaliter. 5. Cod. de ſecund. nupt.* vt
dotem quam lucratus eſſet maritus, cogeretur com-
munibus liberis reſeruare ſi ad ſecundas veniret nu-

ptias,atque ita poterat dos matris etiam viuo auo ma
terno ad nepotes peruenire ex perſona patris. Aut etiã
immediatè ex perſona matris,ſi mater non tantùm ſui
8 iuris fuiſſet,ſed etiam marito ſuperuixiſſet. † Soluto.n
per mortem viri aut per diuortium matrimonio, filia
emancipata propriam ſibi habebat dotem profectitiam
vt ſuprà probauimus ex *l. 2. §. quod ſi in patris l. ſi cùm
dotem. 21. §. eo tempore l. Titia. 24. ff. ſolut. matr.* Niſi diuor-
tium in fraudem patris factum eſſet aut à filia in *l. ſi
filia 5. ff. de diuor.* aut à genero, vt in *l. ſi filia mea. 59. ſolut.
matrimon.* Vnde euenit vt ſi poſtea quam ſolutum eſt
matrimonium decedat illa ſuperſtitibus liberis, dos
eius cum cæteris bonis hæreditario iure tranſmittatur
in liberos. Cũ nec patris nec mariti connexũ ius vllum
amplius ſit, quo impediatur mulier hæredẽ in dote ha-
9 bere. † Obſeruãdum igitur eſt Iuſtinianum in *d. l. illam.*
non de eo tractare, An aut quibus caſibus mortua filia
in matrimonio dos ad patrem reuertatur aut non, Sed
quibus demum caſibus liberis acquiritur, conſtituere,
vt conferatur cæteris auo ſuccedentibus, quia ſcilicet
de ſubſtãtia aui profecta ſit. Cæterùm vt nepotibus ac-
quiratur, alterutrum neceſſe eſt. Nimirum vt vel mari-
tus dotem ex pacto exiſtentium liberorum lucratus ſit,
deinde ad ſecundas venerit nuptias. Vel morte viri ſo-
lutum ſit matrimonium, & in eo tempore filia fuerit
10 emãcipata. † Quo caſu vt diximus etiam viuo patre &
in dote profectitia hæredem habere poteſt ſiue conſtã-
te matrimonio, aut poſt eius diſſolutionem ante exa-
ctionem dotis emancipata fuerit, *d. §. quòd ſi in patris,
& §. eo tempore.* Siue iam emancipatæ dos data ſit, vt
Bartolus probat ad *d. §. quod ſi in patris arg. leg. ſi per te. 9.
& leg. acceptum. 19. C. de vſur.* Quamquam inter hos ca-
ſus differentia illa eſt, quòd cum mortuo marito aut di-
uortio facto emancipata moritur relictis liberis, ſunt il-
li hæredes matris, Priore verò caſu dos ad eòs pertinet,
licet nec patris qui ſecundas nuptias cõtraxit, nec ma-
tris hæredes eſſe velint, *d. l. generaliter, iunct. Authen. ha-
11 ret C. de ſecun. d. nupt.* † Vt non malè quis eos vocet ano-
malos ſucceſſores poſt Baldum in *l. 2. C. de hered. action.*
12 † Sanè ſi filiafamilias ſit, quæ poſt maritum defuncta eſt
ſuperſtitibus liberis, & patre, placet ferè omnibus, & iis
quoque qui Martini opinionem in contrario caſu am-
plectuntur, vt potior ſit aui cauſa quàm nepotum, Ra-
tione illa, quod certum ſit dotis actionem quæ viua filia
communis fuerat patri & filiæ conſolidari penitus in
perſona patris, Vt nec ſi in cæteris bonis filiæ hæredem
habere poſſet, vllum tamen in dote haberet. Ita Barto-
lus in *l. 1. num. 2. D. de dot. prælег. & in l. poſt dotem vbi etiã
Caſtrenſ. D. ſolut. matrimon.* Nec ferè eſt qui diſſentiat.
Quod ipſum tamen ſic vulgo noſtri intelligunt, ſi do-
tem pater filiæ ſimpliciter dederit, non etiam ſi dona-
13 uerit: † Donatam interpretantes dotem, quam pater ipſe
filiæ reddi ſit ſtipulatus, aut filiam ſibi ipſi ſtipulari per-
miſerit, aut in qua nihil ille iuris retinere voluerit. Sic
enim Bartolus in *d. l. poſt dotem num.* 27 ibidémque Ca-
ſtrenſ. *numer. 3. ex l. ſi cùm dotem. 22. in princip. eodem.*
vbi Vlpianus, ait ſi cùm dotẽ daret pater vel extraneus
pro muliere, iniquum caſum pepigit, ſiue mortis ſiue
diuortij, dicendum eſſe in alium caſum in quem non
pepigit eſſe mulieri actionem. item ex *l. inter. 29. §. cùm
inter de pact. dotal.* cuius illa ſententia eſſe creditor, vt ſi
pactum ſit ſiue expreſſum ſiue tacitè interpoſitum inter
ſocerum & generum vt mortua in matrimonio filia ſu-
perſtitibus liberis, dos penes virum remaneret, acqui-
ratur dos mulieri, & per eam quotieſcumque præde-
functa erit, liberis eius tanquam hæredibus. Idem Bar-
tolus in *dict. leg. ſi cùm dotem numero 8. & 10. vbi etiam
Caſtrenſ. numero 8. & 9. in fin. Baldus in dict. leg. 2. Cod.
de heredit. action. & in leg. quod ſcitis. 4. Cod. de bon. qua-
14 liber.* † Huius verò receptiſſimæ noſtrorum ſententiæ
ratio illa afferri ſolet, quod iure ſpeciali & fauore do-
tium valeat inter patrẽ & filiamfamilias ex cauſa dotis
donatio, propter *legem Pomponius Philadelphus. 35. ff. fa-
mil. erciſcun.* contra receptas iuris regulas, *l. 2. C. de inoff.
donat. l. donationes quas parentes. 25. Cod. de don. int. vir. &
uxor. l. ſi donatione 13. C. de collat.* Ego verò non poſſum
iſta intelligere, aut concoquere, qui video Papinianum
in *d. l. Pomponius*, aperte ſcribere donationem collatam
in filiamfamilias pro dote non valere. Sic enim locum
illum intelligendum eſſe iam docuimus lib. 7. cap. 12.
Quod autẽ obiicitur ex *d. l. ſi cùm dotẽ in prin. & ex d. §.
cùm inter*, quàm parum faciat ad rem, nunc oſtendemus.

Capvt III.

Ad l. ſi cum dotem. 22. in princip. D ſolut. matrimon. & ad §. cùm inter. 26. D. de pact. dotalib.

Svmmaria.

1 *Quis in* d. l. ſi cùm dotem *ſenſus ſit horum verborum* eſſe mulieri actionem.
2 *An qui ſtipulatus eſt dotem ſibi reddi finito quoquo modo matrimonio, in eum quoque caſum quo nuptiæ non ſequerentur per illam ſtipulationem ſibi proſpexiſſe intelligatur?*
3 *Quid in* leg ſi extraneus ff de cond. cauſ. dat. *ſuper hac quæſtione reſponſum ſit?*
4 *Quo ſenſu Vlpianus dicat eum qui in caſum finiti matrimonij dotem ſtipulatus eſt, in eum quoque ſibi proſpexiſſe videri quo nuptiæ non ſequerentur?*
5 *An pater dotem ſtipulando caſum vnum eligens alteri renunciaſſe cenſeatur?*
6 *Ratio* l. maritus 21. C. de procur.
7 *Cur extraneus dotem in vnum caſum ſtipulans in alium non expreſſum agere non poſſit?*
8 *Verba illa* d. l ſi extraneus, eſſe mulieri actionem, *licet tam ad patris quàm extranei ſtipulationem referantur, aliam tamen in patre, aliam in extraneo interpretationem admittere.*
9 *Extraneum poſſe nudo pacto propriam ſibi dotis actionem facere, patrem non item.*
10 *Mulierem in ſpecie* d. l. ſi cum dotem, *alio iure agere cùm pater, alio vero quum extraneus in vnum caſum pepigit.*
11 *Reſpondetur ad* §. cùm inter l. 26. ff. de pact. dotal. *eiúſque ſententia proponitur.*
12 *Maritum qui filia ſine liberis in matrimonio defuncta dotem patri reſtituere promiſit, exiſtentibus liberis eam retinere, nec liberorum vllam rationem haberi.*
13 *Dotem in ſpecie* d. § cùm inter. *liberis filia ſuperſtitibus non applicari.*
14 *Patrem in dicta ſpecie filia nec donaſſe nec ſtipulatum eſſe.*
15 *Quis in* d. §. *ſenſus ſit horum verborum*, vt do filias defuncta à marito retineatur.
16 *Cur in ſpecie* d. §. *pater filia poſt mortem ſtipulari non potuerit?*
17 *Filiamfamilias in dote ſibi à patre donata non potuiſſe iure Digeſtorum hæredem habere.*

IN † *l. ſi cùm dotem 21. in princip. D. ſolut. matrim.* illud 1
obſeruari volo, non ſic Vlpianum ſcribere vt dicat
Pacto per patrem aut extraneum dotantem facto de
dote in alterutrum caſum aut mortis aut diuortij reſti-
tuenda, in eum caſum qui non ſit pacto comprehenſus
propriam eſſe mulieris actionem, quomodo noſtri vul-
go & male intelligunt, ſed illud tantùm ait *eſſe mulieri
actionem*, quod planè nihil aliud eſt quàm poſſe h[illegible]
ſu mulierem agere de dote ac ſi nulla eſſet interpoſita
ſtipulatio, cùm poſſet dubitari an à caſu expreſſo ad
omiſſũ extẽſio fieri deberet, † Exẽplo eius quod ſcriptũ 2
eſt

[illegible] *extraneus* [illegible] ſi in ſtipulatione nomina[illegible] in [illegible] ſunt, [illegible] quæ [illegible] Ideo Vlpianus [illegible] non fauo[illegible] ex natura, & [illegible] ſtipulationi [illegible] quam verborum [illegible] ex verbis [illegible] *quique* [illegible]

5 *de* [illegible] † Nec in quæſtione dicta [illegible] *extraneus* [illegible] ſuiſſe putandum eſt. [illegible] enim non ſecutis nuptiis dos non [illegible] ex illa ſtipulatione *ſoluto quandocunque matrimonio* [illegible] conditione quaſi cauſa non ſecuta cùm non niſi nuptiarum [illegible] † Quod autem Vlpianus aut eum qui in caſum [illegible] ſtipulatus eſt in hunc [illegible] ſic accipiendum eſt quaſi hic [illegible] planè diuerſo aut potius contrario [illegible] ſed e contrario vt intelligamus non eſſe [illegible] vt qui dotem ſibi reſtitui pepigit ſolutis [illegible] nuptiis eam donaſſe mulieri videatur ſi nuptiæ [illegible] non eſſent. Idque ex ipſa ſtipulantis voluntate & [illegible] æquitate procedit, Non ex eo quod Bartolus [illegible] *d.l.ſi cum dotem*, minus fauorabilem eſſe dotis & mulieris cauſam nullo ſecuto matrimonio, [illegible] *ſi ego.9.D.de iur.dot.* † Nec video quid illud ſit, quod ibidem Bartolus tradit poſt Accurſium, Patrem ſtipulando diligentem caſum vnum cenſeri renunciaſſe alteri ex *l.maritus.21.C.de procurat.* cum illa [illegible] fateatur, quod & verum eſt, prouiſionem hominis non tollere ordinariam prouiſionem legis, ſed extraordinariam duntaxat *l.* [illegible] *habet.5.§.cùm quis.D.de prec.* [illegible] *C.de pact.conuen.*

6 [illegible] † Et quod in ſpecie dictæ legis maritus [illegible] propter tacitam prohibitionem vxoris, quæ hoc ipſo quod mandat maritum, vt de re aliqua agat, in cæteris omnibus ne agat prohibere cenſetur: alioqui ſuperuacuum & inutile eſſe mandatũ. At in propoſito non est [illegible] ſtipulatio patris in vnum caſum facta, etiamſi non includat donationem fauore mulieris in alterum [illegible] enim vt eo caſu quo ſtipulatione nominatim compr[illegible] ſolus pater agat, quin contra ſtipulatio[illegible] non niſi adiuncta filia agere potuiſſet. Alio caſu non prodeunt, manebitque res in diſpoſitione iuris communis, vt [illegible] Facit *l.ſi vero 64.§.de vi* [illegible]

7 † Planè in extraneo verum eſt ſtipulantem cum dotem in vnum caſum agere non poſſe in alium, [illegible] indicatur donatio, at non ex ſtipulatione, vt vult Bartolus, ſed ex ipſa donatione dotis, quia [illegible] extraneus dotem dare [illegible] tenetur ſi det ex liberalitate, donat vtique niſi in eum caſum [illegible] quem nominatim [illegible] ſtipuletur. Adeò vt Digeſ[illegible] ſi nulla [illegible] interueniſſet, mari[illegible] non mulieris locoque [illegible] cauſa [illegible] deſũcta ea in matrimonio [illegible] ſuprà ex Vlpiano diximus.

8 † Captiosum igitur eſt argumentum Bartoli, cùm ille contendit ex Vlpiano [illegible] *ſtipulationem* quemadmodum ad vtriuſque [illegible] patris & extranei ſtipulationem referuntur, ſic vna eadémque interpretatione [illegible] Nam quod ille ait, quando vna determinatio duo determinat, ſic debere eam intelligi vt vtrumque [illegible] quod vulgare noſtrorum brocardicum eſt ex [illegible] *& leg.* [illegible] *de* [illegible] *pupillarib.* [illegible] ſi [illegible] quod [illegible] diuerſa [illegible] ſi [illegible] vt [illegible] poſſent con[illegible] Pater [illegible] dat filiæ non animo [illegible] ſed ex officio [illegible] extraneus vero [illegible] poteſt [illegible] vt in ſuperioris capite [illegible] ex liberalitate [illegible] donare & poteſt, imo verò donat hoc [illegible] pacto inſpiciatur [illegible] propter pactum proprietas, aut per

9 ſtipulationem † At qui poſſis eodem ratiocinationis [illegible] probare ex iis verbis Vlpiani *in vnum caſum*

[illegible] niſi extraneus [illegible] contra [illegible] extraneo [illegible] ſuo [illegible] nouare niſi ſit [illegible] *dot.* Denique vt Bartolo aliquid largiar, [illegible] in ſpecie *l.ſi* [illegible] *dotem*, ſine patre [illegible] extraneus [illegible] caſum pepigit, æque [illegible] actione [illegible] Vlpianus ait, [illegible] quod idem eſt, [illegible] mulierem ag[illegible] extraneus in vnum caſum ſtipulatus ſit, [illegible] in alterum caſum [illegible] Sin pater [illegible] eam [illegible] cta perſona patris ac ſi nulla eſſet interpoſita ſtipulatio, *d.l.* [illegible] *ſi in patri.* [illegible] pro eadem Bartoli ſententia [illegible] nus in *l.inter.* [illegible] *§.* [illegible] cùm ex illo loco [illegible] tius quàm probabit. Sic [illegible] *inter* [illegible] *bere de* [illegible] *trahente* [illegible] *ſta dos retineatur.* Quoniam verò [illegible] non poteſt qui [illegible] vt ſuperſti[illegible] titum [illegible] ſe appare[illegible] dotem ex [illegible] commun[illegible] interrat [illegible] lus an ſimpliciter dotem maritus [illegible] nes eum de [illegible] quod non ſit. Papinianus loquitur vt dotem à marito propter liberos retineri dicat, [illegible] ſimpliciter. Non poteſt in propoſito vlla liberorum haberi ratio niſi tanquam in conditione po[illegible] ac ſi eo [illegible] eſſet vt pene[illegible] maritum dos [illegible] neret, [illegible] ex Aſia [illegible] *d.l.p.ter.* [illegible] *de pac* [illegible] ex ſtipulatio [illegible] quàm extra[illegible] *tut.matrimon.* [illegible] in illa Papinian[illegible] ſuperſti[illegible] tibus, qua [illegible] nis a [illegible] retineri [illegible] *C.d de bon. quæ liber.* ex [illegible] vulg[illegible] ctari ſolet [illegible] in con[illegible] ſeu vocatos [illegible] ſtantis voluntas ſufficeret, ex [illegible] *85. de hered.inſtitu.l.ſi ſub conditione.8.D.ſi quis omiſſ.cau.teſtam.* Multò minus igitur in diſpoſitione inter viuos, præſertim in ſtipulatione, quæ vt iam diximus [illegible] verborum obligatio eſt. Hoc verò ſi [illegible] planè non intelligo cur ipſi filiæ potius, quàm ei [illegible] patrem & ſtipulari voluiſſe interpretemur, Cum neque ipſa ſtipulationi [illegible] conditio exiſtere poſſit niſi mortua [illegible] Inde co[illegible] fit vt hoc caſu ſtipulatus [illegible] filiæ [illegible] dotem poſt mortem ipſius filiæ Quomodo ſane non niſi inutiliter ſtipulari poterat quia [illegible] mortem iam dari filia ipſa ſtipulari [illegible] *§.* [illegible] *Inſtitut. de inutilibus ſtipulat.* [illegible] *quodcunque.* 45. *ſi quis ita ſtipulatus de verborum obligationib.* [illegible] quantum ſi ea ſtipulatio ſub ea conditione quæ poſt [illegible] patris mortem eueniat, ſed ita tamen vt non in id tempus [illegible] & poteſtas obligationis conferatur *d.l.pater* [illegible] Præterea qui tam [illegible] eſt ei quid Papinianus ſcribit defuncta in matrimonio ſuperſtibus liberis filia dotem à viro retineri, qu[illegible] Bartolus, & poſt eum cæteri, dotem eo caſu [illegible] ri quaſi donatam à patre? Etſi cùm [illegible] mio coniuncta ſunt iura mariti & mu[illegible] 15

[illegible]

tam dotem pertinet, vt ſit quidem illa mulieris, ſed in bonis mariti, *dict. leg. quamuis* 85. *de iur. dot. l. in rebus* 50. *Cod. eod.* Soluto tamen matrimonio ita diſſoluuntur, vt nihil poſſit maritus retinere, niſi mulier aut alius cui reſtitutio facienda eſt, non poſſit petere. Denique reſtitutioni oppoſita eſt ex diametro retentio: cúmque nuptiis manentibus ſit maritus dominus dotis, ſi quando dicimus dotem penes eum remanere, nihil aliud ſignificare poſſumus, quam dotis dominium quod prius quæſitum fuit ei auferendum non eſſe, ita vt pleno iure & irreuocabiliter vt loquuntur fiat dominus, qui antea in eo erat vt ſoluto quandocumque matrimonio dominium illud reſtituere deberet. Et verò ſi apud Papinianum dos remanet penes virum propter liberos & in eorum commodum vt Bartolus putat, quomodo fieri poteſt vt ex huiuſmodi retentione dos mulieri acquiratur? Dicere igitur Bartolus remanere dotem penes maritum propter vxorem & in vxoris commodum, Quod tamen adeò dicere non potuit, quia ius iſtud retentionis non cœpit viro competere ex eo inſtanti, quo filia moreretur, quod inſtans vitæ computatur non mortis, *leg. 3. de condict. triticar. l. qui duos.* 1 S. 6. 1. *de manum. teſtam. leg. vlt. ff. de condict. infitiat.* ſed quo mortua eſſet filia, ac proinde poſt ipſius filiæ mortem, quo tempore nihil poteſt filiæ acquiri, præſertim per maritum, qui non magis poterat vxori ſtipulari quàm ipſe pater filiæ *leg. multum intereſt 6. Cod. ſi quis alteri vel ſibi. leg. dominus* 39. *de verbor. obligat. leg. 2. C. de contr. & committ. ſtipulat.*

16 † Sed etſi admitteremus permiſſum eſſe patri dotem ſtipulari filiæ ex cauſa donationis, ita vt filiæ propria eſſet actio, quod nos negauimus, inutiliter tamen ſtipularetur poſt mortem filiæ, quoniam filia ipſa eius voce in caſum inutilem ſtipulata videretur *dict. §. poſt mortem.*

17 † Poſtremo hæc Bartoli & cæterorum communis ſententia pro vero habet filiamfamilias in dote ſibi à patre donata potuiſſe Digeſtorum iure habere hæredem. Quod tamen ego falſiſſimum puto. Non illa ſolùm ratione quòd donatio non valuerit, de quo ampliùs non dubito, ſed quia etiamſi valuiſſet, ius tamen poteſtatis feciſſet ne in ea viuo patre hæredem habere potuiſſet. Imò nec alium ſucceſſorem quantumuis anomalum vt Baldus loquitur *in d. l. 2. C. de hered. actionib.* Neceſſe enim erat vt defuncta licet ſuperſtitibus liberis filia dos etiam donata ad patrem reuerteretur, aut tanquam profectitia, aut ſaltem peculij iure.

Capvt IV.

An in dote per patrem donata aut aduentitia potuerit filiafamilias hæredem habere.

Svmmaria.

1 *Filiamfamilias in eiuſmodi dote non plus iuris viuo patre habuiſſe, quàm filiam emancipatam, cui pater dotem ſimpliciter dediſſet.*

2 *Filiam emancipatam de dote ſibi ſimpliciter à patre data ſeu conſtituta teſtari non poſſe, ſi in matrimonio moriatur.*

3 *Donationem propter nuptias in filiumfamilias collatam ſoluto filij morte matrimonio ad patrem rediſſe, nec de ea filium teſtari potuiſſe.*

4 *Caſtrenſe peculium filijfamilias inteſtati ad patrem eius peculij, non hæreditatis iure totum olim deuolutum fuiſſe.*

5 *Non ſemper quicquid proprium filius aut filiafamilias habuit, in eo hæredem Digeſtorum iure inſpecto habere potuiſſe.*

6 *Patrem qui filiafamilias donandi animo dotem conſtituerit, non videri dotis repetendæ iuri renuntiaſſe quum filia in matrimonio moritur.*

7 *An ſoluto morte viri vel per diuortium matrimonio filiafam. dotem aduentitiam propriam ſibi retinet dicit.*

8 *Quantum referat an à patre, an vero ab extraneo dos profecta ſit?*

AN † enim plus iuris in huiuſmodi dote habebat 1 filiamfamilias, viuo patre, quàm emancipatus, cui pater dotem ſimpliciter dediſſet: minime verò. Nam & emancipata erat proculdubio donationis capax *l. 2. C. de ineff. donat. leg. ſiue emancipatus* 17. *Cod. de donat.* & ipſa dotis datio in emancipatam collata donatio dicitur *l. vlt. §. 1. ff. quæ in fraud. credit.* tametſi quod ad maritum pertinet dici ſoleat habere eum dotem ex cauſa onerosa non ex lucratiua, *l. ex promiſſione* 19. *de oblig. & action. l. fin. C. de iur. dot.* Denique ſi dos etiam quæ filiæfamilias à patre data eſt, proprium ipſius filiæ patrimonium dicitur *l. 3. §. ſed virum. ff. de minor. l. in eum* 16. *de relig. & ſumptib. funer. l. pater* 72. *de euict. l. pater filiam* 14. *ff. ad l. Falc. l. Filium* 4. *de colla. bonor. l. 1. §. vlt. & l. vlt. de dot. coll.* qui fieri poteſt vt emancipatæ filiæ vtilior ſit dotis donatio, quàm ſimplex datio? † Nam & dote ſimplici- 2 ter ei conſtituta fatentur omnes, & verum eſt, ſolius filiæ actionem eſſe, matrimonio ſoluto, Non ſolum ſi ab initio emancipatæ dos data fuerit, ſed & ſi poſt datam emancipata ſit *dict. l. 2. §. 1. l. ſi cum dotem* 22. *§. eo tempore. l. 7. iuncta.* 34. *filia l. mea* 59. *D. ſol. matr.* & tamen non facit ea res quominus defunctâ in matrimonio filiâ dos illa ad patrem reuertatur, adeò vt nec de illa teſtari emancipata poſſit ſi in matrimonio moriatur, vt omnium optime probat *d. l. filia mea & l. filia* 5. *Degeſt. de diuort.* Cur enim neceſſe eſſet filiam aut generum diuortij conſilium capere ad fraudandum dote patrem ſi de dote teſtari poterat emancipata? Nempe in profectitiæ dotis illud erat vt à patre profecta ad patrem neceſſariò in amiſſæ filiæ ſolatium reuerti deberet. † Idémque de donatione propter nuptias in filiumfami- 3 lias collata iuris erat, quam donationem veram fuiſſe nemo inficiari poſſit, niſi qui nomen ipſum neget. Nec eò minus tamen ad patrem reuertebatur ſi reuerſionis caſus contingeret ſoluto filij morte matrimonio vt apertè conſtitutum eſt *in l. 1. C. de bon. quæ liber.* Hoc cur ita? Nimirùm facilius erat filio vt ſibi proprium aliquid haberet ex ea cauſa quam lex approbaret, qualis eſt ſemperque fuit cauſa matrimonij ad replendam liberis hominibus ciuitatem, quàm vt ſibi in ea re hæredem habere poſſet. † Sed &, quod magis mirum eſt; ſi caſtren- 4 ſe peculium filiusfamilias habebat, de quo haud dubiè ex Imperatorum conſtitutionibus teſtari poterat, quòd in eo patrisfamilias vice fungeretur, *l. 2. ad S. C. Maced.* nec tamen de eo teſtatus fuiſſet, non poterat habere in peculio hæredem ab inteſtato filium, at ne ipſum quidem patrem. Imo peculij non hæreditatis iure totum id quantumcunque erat ad patrem deuoluebatur, *l. 1. & 2. ff. de caſtrenſ. pecul.* † Non igitur ſi ius Digeſtorum 5 ſpectes recta eſt ratiocinatio, ſi quis dicat quicquid proprium habuit filius aut filiafamilias in eo hæredem habere potuiſſe. Nam nec proprium quicquam habere potuit quod à patre profectum eſſet, ne volente quidem patre *d. l. ſiue emancipatus*, niſi ex cauſa donationis propter nuptias aut dotis *d. l. Pomponius* 35. *famil. ercisc.* Et quo caſu habere potuit non tamen data ei eſt poteſtas de dote teſtandi aut ab inteſtato hæredem habendi, quòd nec pater facere poteſt, cùm ſuccedendi ius vt alio loco ſcripſimus iuris publici ſit non priuati *l. 3. ff. qui teſt. facer. poſſ. l. vlt. ff. de ſuis & legit.* † Sed etſi ea res 6 in parentis arbitrio poſita eſſet patrem qui filiæfamilias donandi animo dotem dederit hoc eſt eius nomine ingeneto tradiderit [ſic enim Papinianum in d. l. Pomponius explicauimus] non ideo videri renuntiaſſe iuri quandoque competituro dotis repetendæ cum filia in matrimonio moritur *d. l. 2. C. de bon. quæ liber.* Id enim

ius repetende dotis non ex iure poteſtatis proficiſcitur;
ſed ex ratione miſerationis,*l.iure ſuccurſum.C.de iur.dot.*
cuius nullam haberi ab ipſa filia rationem impium cer-
7 tè ſit & inhumanum. † Quid ergo ſi filiæfamilias ad-
uentitia dos ab extraneo obuenerit?Certum eſt acquiri
filiæfamilias dotem conſtante matrimonio, & inuito
etiam patre,cùm & dotis acquirendæ capax ſit duran-
tibus nuptiis dict.leg.Pomponius, & in cæteris quæ ab
extraneo proficiſcuntur poſſit illa viuo patre ſibi ex
quacunque cauſa acquirere ſi modò, nolit pater ſibi
ipſi per eam acquiri *l.is qui hæres 13.§.vlt.de acquir.hæred.*
l.cogi.16.§.ſi pater filio 11.ad S.C.Trebell.l.1.C.qui admit-
ti ad bonor.poſſeſſ. Facilius ſiquidem eſt patri rei domi-
nium per filium non acquirere, quàm eius quæ iam
ſua ſit amittere, & in filium aut filiamfamilias trans
ferre,ſed an ideò petunt ſoluto morte viri vel per di-
uortium matrimonio propriam ſibi dotem illa retineat?
Minimè. Nam vt Vlpianus ſcribit Tit. De dotibus di-
uortio facto habet pater actionem rei vxoriæ adiuncta
filiæ perſona ſiue dos profectitia ſit ſiue aduentitia.
Nempe quòd vt ſæpiùs reperij,non ſit filiafamilias do-
tis capax niſi conſtante matrimonio d.l.*Pomponius*,Vt
proinde quo inſtanti matrimonium ſolutum eſt,de-
ficiente filiæ capacitate, ſuccedat ius patriæ poteſtatis.
8 † Quanquam non ex eo fit vt nihil tunc referat an à
patre an ab extraneo dos profecta ſit. Nam in dote
profectitia ius mariti quod ille ab ipſo patre habet,im-
pedit ius patriæ poteſtatis.In aduẽtitia ſecus. Inde illud
etiam maneat,quòd ſi patri ab inteſtato filia ſuccedere
velit cum fratribus aduentitiam non minùs quàm pro-
fectitiam dotem conferre cogatur,*l.filiæ dotem 4.C.de col-*
lat.l.1.§ ſi ſub conditione.ff.de dot.coll.t. quia filiæfamilias
data dote quæſitum fuit ius patri,vt ſoluto quandocum-
que ſe viuo matrimonio dumne per mortem filiæ,ea ſibi
vel propria, vel ſaltem cum filia communis dos eſſet
ſecundum eas diſtinctiones quas ſequenti capite affere-
mus.

CAPVT V.

Malè à recentioribus emendatum §. 1. leg. 2. ff. ſolut. matrimon. & ad leg. Caius 45.eodem.

SVMMARIA.

1 *Reſpondetur rationi quæ interpretes mouit vt exiſtimarent dotis aduentitiæ actionem non minus ſoluto quàm conſtante matrimonio filiæfamilias propriam eſſe.*
2 *Goueani & Cuiacij reſponſio & emendatio ad §* quod ſi in patris l.2. ff.ſolut. matrim. *& ab Interpretibus pro ſua ſententia allatum.*
3 *Alia authoris reſponſio, & dotis profectitiæ ab aduentitia diſtinctio.*
4 *Quomodo ab Interpretibus intellecta ſit* l.Gaius 45.ſolut.matrim.
5 *Cuiacij ad eandem legem interpretatio.*
6 *Cur in eius legis ſpecie ſtipulatio aui materni in perſona nepotis inutiliter concepta videatur?*
7 *Nec auo eiúſve heredibus in illa ſpecie ſtricto iure competere.*
8 *Quantum in d.l.interſit, an auus ſibi tantùm, an verò ſibi aut nepti ſtipulatus ſit?*
9 *An in ſpecie* dict. leg. Gaius *prorſus inutilis ſit dotis adiectio, in cuius perſona ſtipulatio concepta fuerat?*
10 *Dotem illius filiæ patri ſolui non poſſe, filiæ tamen ſolutam,patri iure patriæ poteſtatis acquiſitam iri.*
11 *Dictam legem Gaius à Triboniano interpolatam fuiſſe.*
12 *Triboniani manus in ea obſeruatur.*
13 *Patrem iure Digeſtorum potuiſſe quæſitam ſibi quoquo modo filiæ dotem pro arbitrio alienare.*
14 *Quid in ea dote obſeruatum fuerit, quæ rei vxoriæ actione repetebatur?*
15 *Cur pater in dote aduentitia plus iuris olim habuerit ſi morte viri, quàm ſi diuortio ſolutum matrimonium fuiſſet?*
16 *Cur in dote profectitia eadem diſtinctio non ſeruetur?*
17 *Actionis de inofficioſis dotibus introducendæ ratio.*
18 *Non iuris,ſed miſerationis ratione maritum à patre repetenda dote profectitia ſuperari,filia in matrimonio defunctâ.*
19 *Dotem aduentitiam eoipſo inſtanti quo filia in matrimonio moritur,marito non patri acquiri.*
20 *An aliqua eo caſu patri ſuperſit actio?*
21 *Examinatur ratio illa* dict.l.Gaius *ne commodo dotis mulier defraudetur.*

SEd quoniam in hoc etiam iuris veteris ignoratione
errarunt noſtri exiſtimantes dotis aduentitiæ actio-
nem propriam eſſe filiæfamilias non minùs ſoluto quàm
conſtante matrimonio,vt vulgo tradunt ad *d.l.2.§.quod*
*ſi in patris.l.poſt dotem 40.l.Caius 45.ff.ſolut.matrim.*ope-
ræ pretium erit vt ad rationes & leges quibus in eam
ſententiam mouentur reſpondeamus. † Ratio autem 1
alia non affertur,quàm quòd filiafamilias capax eſt do-
tis profectitiæ viuo etiam patre multò magis capax ſit
aduentitiæ Sed iam ſatis ſupérque à nobis reſponſum
eſt in ſuperioribus,ſcilicet filiamfamilias capacem eſſe
vtriuſque conſtante matrimonio, ſoluto neutrius, ob-
ſtante nimirum iure poteſtatis ſi legibus agatur, fa- 2
ciunt pro communi ſententia verba illa Vlpiani in *d.§.*
quod ſi in patris & dos ab eo profecta ſit. Sic enim acci-
piuntur,vt cùm Vlpianus dicat ſi in patris poteſtate ſit
filia & dos à patre profecta ſit,patris & filiæ dotem eſ-
ſe, ex contrario dicere videatur ſolius filiæ dotem eſſe
quæ à patre profecta non ſit.Et hæc obiectio tanti mo-
menti viſa eſt viris doctiſſimis Antonio Goueáno & Ia-
cobo Cuiacio vt auſi ſint dicere locum eſſe corruptum;
& ea verba quæ retulimus non tam Vlpiano tribuen-
da,quàm Triboniano reſpicienti ad ius nouum quo fa-
cti ſunt filij, filiæque familias aduentitiorum omnium
capaces *l.cùm oportet 6.& l.cùm non ſolùm 8.C.de bon.quæ*
liber. † Mihi verò probabilius videtur ita ſcripſiſſe Vl- 3
pianum,quia non ſit hac parte eadem prorſus ratio do-
tis profectitiæ & aduentitiæ.Profectitia ſoluto ſiue per
diuortium ſiue viri morte matrimonio communis eſt pa-
tris & filiæ,niſi eam ſibi reddi pater in alterum aut in
vtrumque caſum ſtipulatus ſit:*d.l.ſi cùm dotem.22.in pri.*
*& l.quoties 29.ff.eod.*Aduentitia verò non aliter quàm ſi
matrimonium diuortio ſolutum ſit, nec extraneus ſibi
reddi fuerit ſtipulatus.Soluto enim morte viri matrimo-
nio dotis actio ſolius erat patris vt paulò poſt probabi-
mus. Mortuâ verò filiâ dos profectitia tota eſt patris,
Aduentitia tota mariti vt idem Vlpianus ſcribit *Tit.*
de Dotibus Profectitiam perraró ſtipulabatur pater ſibi
reddi & difficilius,ita vt ſtipulatio interponenda eſſet,
nec pactum ſufficeret. Credo,quia ſatis ei cautum eſſet
rei vxoriæ actione, quæ illi communis futura erat cum
filia. Aduentitiam verò vix erat vt daret extraneus,
quin ſibi ſaltem per pactum conſuleret,ne alioqui pe-
nes patrem aut maritum dos remaneret.Pactum autem
ſufficere videbatur *l. auia 6.C.de iur.dot.* quòd iniquum
videretur periclitari eum ex ſua liberalitate,& ob non
interpoſitam ſtipulationem repetendæ dotis ius omni-
no amittere. Denique alius tractatus eſt de dote pro-
fectitia, alius de aduentitia, aliæ atque aliæ vtriuſque
leges & condiciones.Quod etſi non ita eſſet,non rectè
tamen ſumi poſſet argumentum à contrario ſenſu de
dote profectitia ad aduentitiam in eo, in quo eadem
vtriuſque

4 vtriúſque contrarij ratio ſit. † Adducitur etiam pro com-
muni ſententia reſponſum Pauli *in leg. Caius 45. ſol. matr.*
vbi cùm proponeretur datam nepti dotem ab auo ma-
terno interpoſita ſtipulatione ſi diuortium ſine mulie-
ris factum eſſet, dotem ipſi nepti aut auo materno reſti-
tui, ſecuto poſtea ſine culpa mulieris diuortio, dat Pau-
lus nepti dotis repetitionem ex ſtipulatu viuo etiam pa-
tre, in cuius erat poteſtate, nulla patri facta dotis aut
5 actionis portione. † Sic enim locus ille ab omnibus fe-
rè intelligitur, excepto Iacobo Cuiacio qui ad Vlpiani
Titulum de dotibus ſcripſit in ea quoque ſpecie com-
munem eſſe patri & filiæ dotis actionem: De patre ta-
men ideò nihil Paulum reſpondiſſe, quòd filiæ cautum
fuiſſet, non patri. Quia tamen locus ille non ſolùm
difficilis & obſcurus, ſed etiam non parum ſuſpectus
mihi ſemper viſus fuit, de illius quoque ſententia nunc
6 aliquid nobis dicendum eſt. † Illud primum Paulus reſ-
pondet, In perſona neptis inutiliter conceptam videri
ſtipulationem, quoniam auus maternus ei ſtipulatus pro
poneretur conſtat enim non eſſe neptem in aui mater-
ni poteſtate Ei autem quem quis in poteſtate non ha
beat, nec ſtipulari poſſe. Ex quo Paulus infert hæredi
ſtipulatoris quandocunque mulier diuerterit competere
actionem Non igitur competit patri neptis quia ſtipu-
latio non valuit. Ipſi autem nepti multo minùs, & quia
non valuit ſtipulatio, & quia tametſi valuiſſet, patri ta-
men per filiam actio ex ſtipulatu quæſita fuiſſet. † Sed
7 neque ſtricto iure videbatur auo aut eius hæredibus cõ-
petere, quaſi ille non tam obligationis quàm ſolutionis
cauſâ in ſtipulatione adiectus videretur. Stipulatus enim
fuerat *nepti aut ſibi l. obligationum ferè 44. §. acceſſio. ff. de
oblig. & action. l. ſi ſtipulatus fuero 11. l. ſi ita ſtipulatus 59.
de ſolut.* Sed cùm in perſona neptis inutiliter concepta
ſit ſtipulatio vt dictum eſt, Conſequens videtur, vt quod
ad obligationis & actionis vim pertinet, perinde ha-
beatur acſi ſibi tantùm ſtipulatus eſſet auus. Quo caſu
impleta quandocumque, licet poſt eius mortem ſtipula-
tionis cõditione, actio hæredibus eius haud dubiè com-
8 peteret. *leg. pater cum filia 11. D. de pact. dotalib.* † Diffe-
rentia tamen iudicio meo illa erit fortaſſe, quòd ſi ſibi
tantùm auus ſtipulatus eſſet, directa actio daretur illius
hæredibus, quia nullo iuris rigore impediretur. Cùm ve-
rò nepti aut ſibi ſtipulatus fuit, vt in propoſita ſpecie,
vix eſt vt directa poſſit competere, ſed vtilis potiùs,
cùm ſtipulationis verba repugnent, quæ ſolutionis ma-
gis quàm obligationis cauſâ perſonam aui adiectam præ
ſe ferũt, vt ex æquitate & interpretatione potiùs quàm
9 ex ſummo iure adiectio ipſa competat. † An igitur
prorſus inutilis erit neptis adiectio in cuius perſona
concepta fuerat ſtipulatio? Minimè. Sed quæ ad obliga
tionem inutiliter adiecta fuit, cenſebitur adiecta ſolu-
tionis cauſâ, vt perinde ſolui ei dos poſſit, acſi auus ſibi
aut illi dotem reddi ſtipulatus fuiſſet, nobis ex æquitate
10 ſtipulationem ſic interpretantibus Solui illius patri non
poterit, vt malè Cuiacius exiſtimat, quia non fit illa ſo-
lutio ex vi obligationis quæ adiecto ſolutionis cauſâ
nulla acquiritur, *l. Stichum aut Pamphilum 98. §. quæſi-
tum & §. 1 ſumſi uctum. de ſolut.* ſed ea facultate collata in
arbitrium, & electionem promiſſoris. Solutione tamen
nepti facta, non nego quod Cuiacius defendit acquiſi-
tam iri dotem patri iure patriæ poteſtatis, quæ ſanè ante
id tempus vires ſuas exercere non poteſt, nec conſtan
te matrimonio, quia eo tempore dotis capax eſt filia,
nec poſt diuortium, quoniam ante ſolutionem nihil ne-
ptis in ea dote iuris habere potuit Impediente ſcilicet
ſtipulatione vim & poteſtatem actionis rei vxoriæ, quæ
alioqui ſtatim poſt diuortium & patri & filiæ cõpetiiſ-
11 ſet. † Atque ita Paulum & ſcripſiſſe & ſenſiſſe non du-
bito, ſed interpolatum locum à Triboniano in eo pri-
mùm quod aui hæredibus dat actionem directam, quam
iuris ratio denegabat, vt diximus. Itemque in eo quod
ipſi nepti dat vtilem quæ proculdubio ei competere
non poteſt Nam ex ſtipulatione extranei nec directa
nec vtilis actio quæri poteſt, alioqui non eſſet morbis
ſtipulatio quomodo inutilem eſſe paſſim ſcriptum eſt
etiamſi fauore dotis facta ſit. *l. ſi genero. 16. C. de iur. dot.*
aut ſubſit ratio adiectionis perſonarum *vt in l. inter. 26.
§. pen de pact dot. leg. debitor 59. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.*
De quo plura ſcripſimus *lib. 5. cap. 4.* † Sed quis non Tri- 12
boniani manum & elegantiam agnoſcat in toto illo vl-
timo legis verſiculo *ſed permittendum eſt nepti ex hac ante-
ta conuentione ne commodo dotis defraudetur, vtilem actio-
nem.* Quis enim Iureconſultorum ſic vſpiam loquitur?
Quod verò ſequitur *fauore enim nuptiarum, & maximè
propter affectionem perſonarum ad hoc decurrendum eſt.* non
minùs ſane ineptum eſt, Cur enim fauor nuptiarum at-
tendatur ſoluto matrimonio, & eo tempore quo filia ſit
incapax dotis? An vt ſi nubat iterum, eandem dotem ha-
beat. Ne hoc quidem dici poteſt. † Pater enim Digeſto- 13
rum iure poterat quæſitam ſibi dotem filiæ, ſiue pote-
ſtatis ſiue pactionis iure quæſita eſſet, pro arbitrio alie-
nare. *leg. rem quam pater 22. § a contrario ſenſu C. de iur.
dot. ante Iuſtiniani Nouellam. 97. de æqual. dot. cap. 5.* quæ
cùm ius nouum faciat in eo quod hodie tenetur pater
filiæ dotem ſeruare ita vt nec diminuere poſſit, niſi
fortuita aliqua clades ſuperuenerit, oſtendit ſatis aliter
fuiſſe iure vetere comparatum. Quod & non malè pro-
batur *ex leg. vnica. §. & hoc ex rei vxoria. C. de rei vxor.
action.* vbi refert Iuſtinianus nihil olim iuris habuiſſe fi-
liam ſoluto matrimonio in dote quam ſibi reddi pater
ſtipulatus fuiſſet: † In ea verò quæ rei vxoriæ actione 14
repetebatur ita obſeruatum, vt non aliter ad filiam quaſi
proprium ipſius patrimonium reuerteretur, quàm ſi lite
nondum finita licet mota adeóque quod plus eſt conte-
ſtata pater deceſſiſſet. *Finita* enim eo loco, non *mota* le-
gendum eſt. Finita igitur lite mariróque cõdemnato aut
illius hæredibus, dos per rei vxoriæ actionem exacta to-
ta erat patris, eóque mortuo non ad filiam, ſed ad ipſius
patris hæredes tranſmittebatur, Idque vt diximus iure
poteſtatis, quæ non minùs locum habebat in dote aduẽ-
titia, quàm in profectitia cùm vtraque per rei vxoriæ
actionem à patre adiuncta filiæ perſona repeteretur,
teſte Vlpiano in dict. Titul. De dotibus, † vbi quod ait, 15
Diuortio facto nihil hac parte interfuiſſe an profectitia
dos eſſet, an aduentitia, cogit me ſuſpicari plus iuris
olim habuiſſe patrem in dote aduentitia ſi morte viri
quam ſi diuortio ſolutum matrimonium fuiſſet: Mortuó-
que viro dotis aduentitiæ repetitionẽ ſolius patris fuiſſe.
Ratione illa diuerſitatis, quod cùm extraneus dotem dat
filiæfamilias nec ſtipulatus ſibi reddi, donare eam videa-
tur patri, in cuius filia eſt poteſtate, niſi quandiu erit
filia ipſa dotis capax, id eſt conſtante matrimonio *§. 1.
Inſtitut. per quas perſon. nob. acquir. leg. filiofamilias. 41.
de condition. & demonſtrat.* Proinde morte mariti ſoluto
matrimonio, quemadmodum incipit filia dotis incapax
eſſe primo inſtãri poſtquam ſolutum eſt, ita dotis actio-
nem acquirit patri, adeò vt ne momento quidem tem-
poris habere illam cum patre communem poterit. Cùm
autem diuortium fit, etſi non minus incapax dotis eſt
filia, quam ſi vir eſſet mortuus, quando vtróque caſu
ſolutum eſt matrimonium, ferè eſt tamen vt facto præ-
ſertim culpa viri diuortio, videatur adhuc illa eſſe in
matrimonio, cùm per eam non ſteterit turſúſque re-
dintegrari poſſit aliquando matrimonium, quo caſu
futurum eſſet vt dos quoque tacitè redintegraretur,
etiamſi medio tempore alij mulier nupſiſſet, *l. dotem. 30.
l. Diuus. 40. l. poſt diuortium. 64. de iur. dot.* Neque verò
æquum eſt tam citò támque facilè nocere ei factum ma-
riti, cuius factum ſanè nocuiſſet. † Quòd ſi quis quærat, 16
Cur non ergo in dote profectitia ſeruetur eadem di-
ſtinctio, Aut cur non dos aduentitia patri acquiratur ſi
viua adhue filia eius ſit incapax quo inſtanti moritur
[ea námque mortua diximus ex Vlpiano dotem aduen-
titiam penes maritum remanſiſſe] Reſpondeo, minùs
hac

hac parte iuris habere patiē in dote profectitia quā in aduentitia, proptereà quòd profectitiæ dominus factus ſit maritus ab ipſo patre qui dotem ipſe tradiderit. Itaque ſi pater ſolus ageret mortuo marito viua filia, patré vinceret hæres mariti, iure dominij: ſicut & maritus ipſe ſi diuortio ſolutum eſſet matrimonium: Si quidem dominiū illud quod penes maritum fuit conſtante matrimonio nō ſtatim & ipſo iure reuertitur ad mulierem cuius nūquam fuit anteà. Nec conſequenter patri per filiam acquiri poteſt. Vnde euenit vt filiæ perſonā adiungi neceſſe ſit, quippe contra quam nihil habeat mariti
17 hæres aut maritus ipſe quod poſſit obiicere † Eaque ratio niſi me fallo cauſam dediſſe videtur actioni & l. II. C. *de inoffic. dotib.* Cùm neque inofficioſi teſtamēti, neque inofficioſæ donationis querela in eam rem aptari poſſet vt inofficiſa dos à patre in filiam collata & ipſi marito acquiſita ad legitimum modum etiam conſtantè matrimonio reuocaretur, quia licet reſpectu filiæ dos à patre data legitimæ loco videri poſſit, aut donationis iure cenſeri quatenus excedit eam quantitatem quam pro congrua dote à patre dare oportuit, tamen quod ad maritum pertinet qui ex matrimonij cauſa planè oneroſa dotem habet, neque legitimæ neque donationis inſtar
18 obtinere dos poteſt, quantumuis inofficioſa ſit. † Atqui, inquies, Si mortua eſſet in matrimonia filia pater ſolus ageret pro dote profectitia repetenda, maritùmque ſuperaret. Fateor. Sed non ratione iuris, at potiùs miſerationis. Ne alioqui pater & amiſſæ filiæ & dotis dānum ſētiret *leg. iure ſuccurſum. 6. ff. de iur. dot.* quæ cùm ait meritò ſuccurſum fuiſſe patri, innuit non obſcurè ſuccurrēdum ei fuiſſe, & niſi ſuccurſum ei fuiſſet, ſuperatū iri illum à marito. At cùm ſolutū eſt matrimonium ſiue morte viri ſiue diuortio quia viuit adhuc filia, ceſſat ratio illa miſerationis. Extingueretur ergo ius patris ſi non ageret adiuncta filiæ perſona. Quod in dote aduentitia ſecus eſt, cuius dominiū marito acquiritur ab alio quàm à patre: Vt proinde pater dotem etiā ſine filia ab hæredibus mariti repetens tanquàm per filiam
19 ſibi acquiſitam, non poſſit non vincere. † Moriente autem filia etſi eo ipſo inſtanti quo moritur ſit illa incapax dotis licet aduentitiæ, quia matrimonium ſoluitur: Dicimus tamen acquiri dotē marito non patri, quoniā ſolutione matrimonij nō ideo dotis dominiū, vt ſæpiùs inculcauimus, aufertur marito, ſed tātū eo ſoluto naſcitur actio ſiue ex ſtipulatu, ſiue rei vxoriæ vt dominiū illud reſtituatur. Vnde euenit vt eo inſtāti quo filia moritur, dotiſq; habēdæ ſit incapax nihilominùs remaneat maritus dominus dotis, & quidē ſolus, Quia nō quæ ratio, ſcilicet matrimonij, inducit dotis communionem inter virum & vxorem conſtante matrimonio, *l. quamuis. 75. D de iur. dot. l. in rebus. 30. C. eo.* facere eadem poteſt vt eo inſtanti quo matrimonium ſoluitur, commu-
20 nis fiat dos inter generum & ſocerum. † Sola igitur patri ſupereſſe poteſt dotis actio. Atqui non naſcitur ea actio illo ipſo inſtanti quo matrimonium ſoluitur, ſed quo iam ſolutum eſt, hoc eſt non moriente, ſed mortua filia, aut viro mortuo, aut facto diuortio. Inde ergo fit, vt per filiūfamilias dos aduentitia patri acquiri non poſſit. Nec quādiu viuit illa in matrimonio, quia toto illo tēpore dotis capax eſt, nec quo inſtanti matrimoniū ſoluitur, non ſolùm quod inſtans illud computetur matrimonio (nam quemadmodū viuus homo non mortuus moritur, ita nec matrimonium ſoluitur quod iam ſolutū eſt, ſed quod adhuc conſtat) verùm etiā propter ſubſiſtens ius dominij marito in dote competens necdum eo inſtanti extinctum. Multo minus verò acquiretur patri dotis actio, cùm matrimonium ipſius filiæ morte ſolutum eſt, quia per filiam familias iam mortuam nihil patri acquiri poteſt. Quo igitur caſu; Acquiretur dotis actio patri integra ſi morte viri ſolutum ſit matrimonium. Patri autem & filiæ ſi per diuortium Ipſa autem dos cùm exacta fuerit & ſoluta etiam ſoli filiæ, tamen acquiretur ſoli patri: nec minus in ſpecie dictæ legis Caius 45 ſolut. matr. licet ibi dos patri ſoli non perit. Sunt hæc ſanè ſubtiliſſima & à nemine, quod ſciā hucuſque tradita, ſed tamen ſi quid iudicij mei eſt veriſſima. & ex ipſiſſima iuris ratione deprompta. † Cæterùm, vt q 21
pertinent ad interpretationem dictæ legis Caius, expediamus, Dico ineptam quoque eſſe rationem illam Triboniani *ne commodo dotis mulier defraudetur.* Quātumuis enim valeret ſtipulatio concepta in perſona neptis vt ex ea nō vtilis tantùm ſed directa quoque daretur actio, non ideo tamen fieret quin auo etiam materno ſolui dos poſſet qui ſalutem ſolutionis cauſa adiectus cenſeretur. Eo autem caſu perinde maneret neptis indotata, acſi nec directam nec vtilem ex ſtipulatu actionem haberet aduerſus virum. Nulla enim illi competeret aduerſus auum, qui dotem à ſe profectam ex ſtipulatione recepiſſet. Igitur non facit illa vtilis actio quin ſit in poteſtate viri vt ſi velit dotis commodo mulierem fraudet. Quod ſi fraudare nolit, nec illud quidem neceſſe eſt, vt mulieri contra tritas iuris regulas ex alterius ſtipulatione vtilem actionem demus, quia & nulla actione data iam Paulus dixerat, marito liberum eſſe vt dotem mulieri ſoluat, Tribonianum ergo fefellit & iuris veteris ignoratio, & noui memoria, quo conſtitutum eſt vt aduentitiorum omnium capaces ſint filij filiæque familias *d. l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Obſeruatæ namque debuerat non idcirco factum eſſe vt pro ea cui dos datur poſſit extraneus ſtipulari. Manet ſiquidem etiam hodie intacta vetus illa iuris regula quæ non patitur alterum alteri ſtipulari *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri de verb. oblig. ne in dote quidem l. 1. D. de pact. dotal.*

CAPVT VI.

Filiamfamilias de dote etiam aduentitia ſine conſenſu & authoritate patris agere nullo modo poſſe?

SVMMARIA.

1 *Cur filiafamilias dotem aduentitiam repetenti patris conſenſus neceſſarius ſit?*
2 *An conſenſum illum tum demum adhiberi neceſſe ſit, quum de repudiando iure agitur, quod patri, ſi vellet acquiri poſſet?*
3 *Quis in* l. vlt. in fin. princ. C. de bon. quæ liber. *ſenſus ſit horum verborum,* ne ſine patris authoritate iudicium conſiſtere videatur?
4 *Filiumfamilias per ſe in iudicio agere non poſſe, ſed patris authoritatem adhibere debere ſiue filius agat, ſiue conueniatur.*
5 *Cur in ſpecie* §. ſin autem in ſecunda d. l. vlt. *patris conſenſus non requiratur?*
6 *Filiumfamilias in caſtrenſibus & beneficialibus poſſe etiam inuito patre agere.*
7 *De aduentitiis verò inquibus pater nec vſumfructum nec adminiſtrationem habet, teſtari non poſſe.*
8 *Quo ſenſu dicatur in* Nouella 117. *cap.* 1. *filiumfamilias quandocunque velit de eiuſmodi bonis poſſe diſponere?*

QVemadmodum autem communis noſtrorum error ille eſt, quòd putant rei vxoriæ actionem quæ pro dote aduentitia competit propriam eſſe filiæfamilias, cum nullo caſu propria ſit ſoluto quomodocunque matrimonio, Sicut & contrario errore decipiuntur Antonius Goueanus & Iacobus Cuiacius, qui ſemper eam communem eſſe volunt ſiue morte viri ſiue diuortio ſolutum ſit matrimonium, quorum prius vtique falſum eſt vt diximus. † Ita falli ferè omnes arbitror, & lōge grauius 1
in eo, quod exiſtimant poſſe filiamfamilias agere de dote

aduentitia abſque conſenſu & authoritate patris. Sic enim tradit Bartolus quem cæteri vulgò ſequuntur *in l.2.§.quòd ſi in patris & in l.poſt dotem 40.n.25.ff.ſol.mat.* poſt Accurſium in Aut.quod locum *C.de coll.& in l.vlt. C.de bon.qua lib.* Nã etſi vſque adeò propria eſſet filiæfamilias actio dotis aduentitiæ ſoluto matrimonio, vt nullum ex ea commodum ad patrem peruenire poſſet, conſenſus tamen patris eſſet neceſſarius & ſaltē iudicis imperio eliciēdus, vt agere filiæ liceret. Ex ratione illa quam Iuſtinianus affert *in d.l.vlt.§.1.verſ.neceſſitate ne*
2 *ſine patris authoritate iudicium conſiſtere videatur.* † Scio receptiſſimam eſſe Bartoli aliorúmque traditionem, vt conſenſum illum patris adhiberi neceſſe non ſit niſi in ſignum, vt loquuntur, repudiationis quoties id de quo agitur, tale eſt quod patri acquiri poſſet ſi vellet, Vnde inferunt poſſe filiamfam. & ignorante & inuito patre agere de iis omnibus quorum pater nec vſumfructum
3 nec adminiſtrationem habeat. † Sed longè alia mihi videtur fuiſſe Iuſtiniani ſententia. Nō ſolum quod ſupradicta ratio ad neceſſitatē validandi iudicij, potiùs quàm ad conſeruationē iurium paternorum referatur, ſed etiã quia eo loco tractat Iuſtinianus apertiſſimè de actionibus eius hæreditatis quæ à patre repudiata fuerit, & ex qua nullum ille commodum amplius ſperare potuerit, Nec eo minùs tamen requirit conſenſum id eſt authoritatem patris, ne iudiciũ abſque eiuſmodi authoritate, quæ prorſus neceſſaria eſt videatur conſiſtere. Nempe quoniam filiifamilias perſona non eſt integra, vt per ſe in iudicio ſtare poſſit, licèt tam ex cōtractibus quàm ex delictis in eum detur actio: *l.tam ex contractibus 57.ff.de iud.l.noxali 33.cum ſeqq.de noxal.actionibus.§.fin.Inſt.eod.*
4 *l.filiusfamilias 39.de obl.& act.* † Nuſquam autem reperias ei permiſſum eſſe vt per ſe agat, niſi vel cùm in mora periculum eſt vt expectari patris authoritas non poſſit, *vt in l.ſi longius 18 §.1.de iud.* aut cùm alia iuſta cauſa eſt, quod euenit certis caſibus à iuris pontificij gloſſatore enumeratis *in cap.fin.Extra de iudic.* Nec dicendum eſt in eo ius nouum facere Iuſtinianum, quia vt & Bartolus ipſe diſputat *in d.l.vlt.* lōgè plus iuris acquiſitum eſt filiis familias ex Iuſtiniani cōſtitutionibus quã anteà habuiſſēt. Imò verò cùm nec iis quoque caſibus quibus olim communis erat dotis actio patris & filiæ poſſet agere filia etiam conſentiente patre, ſed ipſi patri omnimodo agendum eſſet, ex voluntate tamen filiæ (quo ſolo reſpectu actio dicebatur communis *d.§.1. l.2.ſolut. matrim.*) hodie permiſſum eſt ex Iuſtiniani Nouella *De æqualit.dot.§.illud vnde ſumpta eſt Auth.quod locum. C.de collat.* vt poſſit pater permittere filiæ vt agat, quod & iã in cæteris aduentitiis fuerat conſtitutũ *d.l.vlt.C.de bon. qua lib.* Et ſanè patris authoritatem adhiberi quotieſcũque filiusfamilias aut agit aut conuenitur, non ſolùm publicè intereſt ad cōſeruandum ius patriæ poteſtatis, ſed etiam ipſius filij, cui ſi inconſulto patre ageret aut conueniretur, deeſſe poſſet patris conſilium ex quo tamen
5 non niſi commodi plurimum poſſit ei accidere. † Nec placet argumentum, quod Bartolus deducit *ex §.ſin autem in ſecunda d.l.vlt.* vbi ſi filiusfamilias minor ſit annis vigintiquinq;, nec res eius adminiſtrare pater velit, iubet Iuſtinianus hæreditati dari curatorem qui actiones exerceat, neque patris conſēſum prætereà requirit. Cur enim requireret eo caſu quo non ipſe filiusfam. agat, ſed curator, Curator verò non minoris nomine ſed hæreditatis in qua nihil prorſus iuris pater habeat. Hæreditati enim curatorem dari vult Iuſtinianus non minori, qui ſcilicet cùm in patris poteſtate ſit, curatorem ha-
6 bere nullo caſu poteſt. † Sanè in caſtrēſibus poteſt filius agere etiam inuito patre *l.miles 4.§.1.de caſtr.pec.* quia in illis habetur pro patrefamilias *l.1.ff.ad S.C.Maced.* idēq; in beneficialibus *d.c.fin.de ind.* Comparari enim caſtrenſibus commodè poſſunt beneficialia, quorum ſcilicet ra-
7 tione videatur filiusfamilias Deo militare, † Non etiam alia aduentitia quorum tametſi nec vſumfructum nec adminiſtrationem pater habeat, non ideò tamen dici poteſt omnino extinctũ quod ad illa bona pertinet ius patriæ poteſtatis, vt vel ex eo apparet, quod nec patre conſentiente de iis teſtari filiusfamilias poteſt. Sic enim Accurſius & eum ſecuti vno fermè ore cæteri veriſſimè *in d.l.vlt.§.filij autem familias in verbo duntaxat.C.de bon. qua lib.& in Nouell.* Vt liceat matri & auiæ §.1. *in verb. diſponere.* † Nam quod eo loco Iuſtinianus generaliter 8
cōſtituit vt de eiuſmodi bonis poſſit filiusfamilias quomodocunque velit diſponere, iuſta ciuiliſque interpretatione ad eas diſpoſitiones referendum eſt, quarũ alioqui capaces ſunt filijfamilias non ad eas quarum ſunt penitus incapaces. Perinde enim eſt acſi Iuſtinianus cōſtituiſſet, vt de iis bonis quorum patri interdictus eſt vſusfructus liceat filiofamilias diſponere pro arbitrio etiam citra conſenſum patris. Quibus tamen verbis nō poſſet videri data filiofamilias licentia earum diſpoſitionum, quas alioqui etiam volente patre condere non potuiſſet. Cuiuſmodi eſt teſtamenti factio quæ quoniã publici non priuati iuris eſt (competit enim ex lege ſola quæ & ad ius publicum ſpectat & de ſolis patribusfamilias locuta eſt) à patre non magis quàm ab alio priuato quolibet indulgeri filiofamilias poteſt, vt alio loco fuſius ſcripſimus.

CAPVT VII.

Ad auth. quod locum. C de collat.

SVMMARIA.

1 *Dictam authenticam cum textu Nouellæ non conuenire.*
2 *Filiamfamilias ex Nouell.97.* §.illud. *non poſſe dotem à matre datam ſine patris conſenſu exigere.*
3 *Quis in* d. §. illud. *ſenſus ſit verſic.* ſed ſi quidem pater.
4 *Quænam magna, quænam minor dos dicatur?*
5 *Filiamfam. poſſe vel inuito patre, ſi maritus ad inopiam vergat, dotem tam aduentitiam, quàm profectitiam conſtante matrimonio exigere.*
6 *Quid iuris ſi minor futura ſit pars filiæ in hæreditate, in qua collationi aliquando locus futurus eſt, quàm ſit dotis æſtimatio.*

SEd † neque Bartoli opinionē iuuat textus Authēticæ 1
Quod locum *C.de coll.* quæ ſic ab Irnerio concepta eſt quaſi filiæ tribus caſibus imputari poſſit, ſi dotem à viro ad inopiam vergente non exegerit, quorum primus ille ſit, ſi ſui iuris illa fuit & legitimæ ætatis, id eſt maior annis vigintiquinque: Minori enim ſubueniendum eſſet. Secundus, ſi mater aut ex aſcendentibus alia perſona quæ non habeat filiam in poteſtate dotem illi dederit quam in collationem venire oporteat. Tertius, ſi profectitiam dotem habenti & exigere volenti pater conſenſerit. Hunc.n Nouellæ cōſtitutionis ſēſum vulgo creditum eſſe apparet ex interpretum commentariis, nec reperio aut ex veteribus aut ex recentioribus quis diſſentiat. † Ego verò contrà puto. Ex contextu ipſo Nouellæ 2
Iuſtiniani 97. *de æqual.dot.§.illud*, vnde Irnerius deſumpſit, authenticã, manifeſtiſſimè probari filiamfamilias non poſſe dotem exigere à matre datam niſi patris conſēſus interueniat. Principio enim paragraphi tractat coniunctim illos caſus. Si vel pater vel mater dotem dederit. Tum poſteaquàm dixit eſſe rem expeditam ſi filia ſui iuris fuerit, & perfectæ ætatis, Imputari ſcilicet ei poſſe ſi conſtante matrimonio dotem non exegerit, ſubiicit *ſin autem ſub poteſtate eſt, & ſine voluntate patris hoc agere non poterat*, id eſt *dotem petere*, quæ verba clarum eſt non minùs ad aduentitiam, quam ad profectitiam dotem referri. † Nam quod ſequitur in verſiculo, *Sed ſiquidē patri in* 3

tal,bus

talibus caſibus obtulerit dotem, & de ſubſtantia eius futura eſt collatio, hoc valere. non ad neceſſitatẽ requiſiti antea conſenſus patris pertinet, vt putat Accurſius ſed ad id quod proximiùs dictum fuerat, Recuſante patre conſẽſum præſtare, & ob id filia dotem ob inopiã viri perdẽte liberari eam nuda collatione actionis, nec eo minùs competentẽ portionẽ illi deberi *ex bonis paternis.* Toties enim id verum eſt quoties de ipſius patris, non de matris aut alterius extranei hæreditate agitur. In cæteris autẽ cauſis nihil referre an pater an mater aut alia perſona ex aſcendentibus dotẽ dederit, diſertè conſti-
4 tuit Iuſtinianus in fine paragraphi. † Idque ab interpretibus noſtris animaduerſum non fuiſſe ſanè miror: ſed illud magis quod omnes putant, Iuſtinianũ ibidem diſtinguere an parua dos ſit an magna, Diſputantes vtrum magna dicenda ſit quæ eſt centũ librarum auri, vt putat Cuiacius ex *Nouell. 22. de nupt.* an quæ ſit amplior aut minor, De quo & Alciatus tractat libro quarto παρέργων, Quaſi poſſit filia magnam dotem etiam inuito patre exigere, paruam non poſſit Quo nihil dici
5 poteſt à Iuſtiniani mente alienius. † Id enim voluiſſe videtur vt poſſit filia vel inuito patre dotem exigere à viro inope conſtante matrimonio, quotieſcumque dos maior eſt portione competitura & quæ ſperatur ex hæreditate in qua locum habitura ſit collatio, Ne alioqui mulier periclitetur, & ex ipſa nudæ etiam actionis collatione damnum ſentiat Siue igitur magna, ſiue parua dos erit, ſiue profectitia, ſiue aduentitia, requirendus quidem eſt pater, vt vel agat ipſe vel conſentiat filiæ agere volenti: ſed ſi conſentire nolit, non ideò prohibebitur filia dotem exigere abſque conſenſu patris, ſi modò maior ſit dos quàm quæ ex collatione ſperatur hæreditatis portio, inſpectis ſcilicet facultatibus eius
6 temporis, cùm ex futuro nihil tũ decerni poſſit. † Quòd ſi cui minùs arridebit noſtra hæc interpretatio, eum fateri neceſſe eſt, relictum eſſe à Iuſtiniano indeciſum caſum illum, qui potiſſimùm & deciſione & remedio indigebat, ſi minor futura eſſet pars filiæ in hæreditate in qua collationi locus aliquando foret, quàm eſſet dotis æſtimatio. Neque enim mulieri ſatis conſultum videri poſſet ea eo ſolo quòd quandocunque mortua perſona quæ dotem dediſſet liberaretur mulier conferendo inanem dotis actionem, nec eo minùs hæreditariam portionem conſequeretur. Etenim quid ſi dos maior eſſet portione illa hæreditaria? An non iniquum foret ſentire filiam præſens damnum & irreparabile ex ſpe futuræ collationis? Id ſiquidem oſtendunt verba illa *& futuræ læſionis ex inopia viri adimere metum* Nam quæ obſecro metui poteſt læſio quantacumque ſit dos ſi dotis quantitati hæreditaria portio reſpondeat? Et ex contrario fac exiguam dotem quantum voles An non iuſtus eſt metus futuræ læſionis ſi minor adhuc ſperetur ex eius qui dotem dedit hæreditate portio? Aut quis inen collationis fructus erit? Quid ruſum proderit filiæ vt nihil niſi nudam & inanem dotis actionem conferre teneatur? Atqui hoc ipſũ Iuſtinianus apertiſſimè ſcribit, Nolle ſe eo caſu quo pater diſſẽtiat, damnum filiam pati aut ex collatione damnificari. Neceſſariò igitur diſtinguendum fuit, An plus minúſve ex dote quàm ex dotis collatione commodi ſperare mulier poſſit.

CAPVT VIII.

Ad l. Bæbius 30. ff. de pact. dotal.

SVMMARIA.

1 *Dotem in ſpecie* §. cum inter l. inter 16. ff. de pact. dotal. *filiæ non acquiri ex patris ſtipulatione, nec per eam ſuis liberis tanquam hæredibus.*

2 *Non potuiſſe liberos in dicta ſpecie facere quominus mortua in matrimonio filia, dos profectitia ad patrem reuerteretur, niſi pactum interueniſſet.*

3 *Superuacuum eſſe pactum illud quod in d. §. expreſſe initum proponitur.*

4 *Quid ex eo pacto Papinianus collegerit.*

5 *An quia ſuperuacuum fuit pactum expreſſum, tacitum quoque ſuperuacuum ſit?*

6 *Cur in* d. §. cùm inter *pater non potius expreſſim conuenerit, vt ſuperſtitibus liberis maritus dotem retineret?*

7 *Caſus* d. l. Bæbius.

8 *Soluto per mulieris mortem matrimonio, mortua iam patre, dotem profectitiam penes maritum iure veteri remanſiſſe.*

9 *Caſum non exiſtentium liberorum fauore mariti adhibitum, ad caſum exiſtentium trahendum eſſe.*

10 *Cur in ſpecie* d. l. Bæbius. *l. Ctus maritum repellendum dicat?*

11 *Caſum mortis ad caſum diuortii trahendum non eſſe, quum de retinenda à marito dote agitur.*

CONſtat igitur ex ſuperioribus, vt eò reuertamur vnde digreſſi ſumus, in dote profectitia ſiue data ſimpliciter ſiue etiã donata, nec filiãfamilias nec emãcipatam quæ in matrimonio moreretur, hæredem ex teſtamento aut ab inteſtato habere potuiſſe, ſed ad patrem reuerti debuiſſe dotem, liberis quoque ex matrimonio ſuperſtitibus: † Ac perinde parũ acutè noſtros 2
facere qui putant in ſpecie illa de qua iam ſuprà diximus, & quam Papinianus tractat *in d. l. inter 16 §. cum inter. de pact. dot.* acquiri ex patris ſtipulatione dotem filiæ, & per eam liberis tanquã hæredibus, cùm ex cõtrario diſertè Papinianus ſcribat remanere eã penes maritum. † Sanè ex illo loco optimè colligas pro Bulgaro 2
contra Martinũ, Non potuiſſe liberos facere quominùs mortua in matrimonio filia dos à patre profecta ad patrẽ reuerteretur, niſi pactũ interueniſſet, Alioqui fuiſſet ſanè ſuperuacuũ, careréque Papiniani reſponſũ omni prorſus dubitatione, quod ferendũ non eſt † Dices fortaſſe, ſed an nõ ſuperuacuũ eſt pactũ illud quod expreſ- 3
ſè initũ proponebatur, vt ſine liberis defuncta in matrimonio filia dos patri reſtitueretur? Si enim reſtituẽda erat etiam ſuperſtitibus liberis, an non multo magis ſi nulli ſupereſſent? † Ita ſanè eſt. Ideóque nimirũ Pa- 4
pinianus, cùm pactũ illud videret omnino ſuperuacuũ in eũ caſum qui nominatim expreſſus fuerat, ſubtiliter ex eo collegit huiuſmodi pacto id actũ intelligi debere, id eſt nihil aliud inter contrahentes actum videri potuiſſe, ſiquidem aliquid illi agere voluerunt, niſi vt mortua in matrimonio ſuperſtitibus liberis filia dotem maritus retineret, Cùm dici ſoleat diſpoſitionẽ reſtrictam ad vnum caſũ excludere caſum contrariũ *ex leg. vlt. ff. de coll. dot.* † Itaque non valet conſecutio ſi quis 5
pro Martino dicat ſuperuacuum fuiſſe pactũ expreſſũ. Ergo & tacitum, quod in expreſſo continetur. Nã imò verò vt expreſſum ſuperuacuũ nõ ſit, quomodo eſſet in caſu expreſſo, Neceſſe eſt vt in caſum contrarium includat tacitè pactũ etiam contrarium quod ſit vtile.
† Verũ illud quis mirari magis poſſit, Cur nõ potiùs 6
expreſſim cõuenisſet vt ſuperſtitibus liberis dotem maritus retineret, Niſi dicamus, quod & verum eſt, Non potuiſſe patrem niſi abſurdè & cõtra iuris regulas ſtipulari marito genero. Huiuſmodi autem cõuentiones ita vt plurimùm fieri ſolitas, vt pater ipſe aut eo iubẽte filia ſtipularetur à marito, nõ maritus à patre aut ab vxore. Eius enim erat legem dicere, qui dotem dabat, nõ eius qui accipiebat. Mariti autẽ illud tãtùm erat, vt caueret ne duriore quàm expediret lege dotem acciperet. Simile eſt quod in principio dictæ legis *inter*, Pactum proponitur, vt ſi filia moriens ſuperſtitem anniculũ reliquiſſet, dos ad virũ pertineret, vt intelligamus

nullo interpoſito pacto futurum non fuiſſe vt totã dotem
7 vnius filij ſuperſtitis nomine maritus retineret.† Quem-
admodum nec ſi pacto conueniſſet vt mortua in matri-
monio ſine liberis filia dos pro parte penes maritum re-
maneret, pro parte autem vxoris fratri reſtitueretur, id
actum dici poſſet vt ſuperſtitibus liberis tota dos à ma-
rito retineretur, qui caſus eſt legis Bæbius Marcellus 30.
ff. de pact. dot. ſecundum Baldi interpretationem. Sufficit
enim vt pactum poſſit eſſe vtile in eum caſum in quem
conceptum eſt. In caſum verò omiſſum nõ proderit, ſed
aut patri dos reſtituetur, ſi dos ab ipſo patre ſoluta ſit
[quod in ſpecie dictæ legis Bæbius eſſe non potuit pro-
pter illam conuẽtionem interpoſitam, Ne à viuo patre
dos exigeretur *vt in l. cùm pater* 1. *& l. auus praced. eod. tit.*]
aut ipſi mulieri patre mortuo, aut mulieris hæredibus, ſi
alios hæredes habeat illa quàm liberos, & diuortium fa-
8 ctum ſit.† Soluto enim per mulieris mortẽ matrimonio
ſi pater non eſſet, dos profectitia penes maritum rema-
nebat, vt refert Vlpianus *ti. de dotib.* niſi mulier ſibi reddi
ſtipulata eſſet, neque de ea dote teſtari mulier poterat,
licet ſui iuris effecta. Quamquam non valde aberrauerit
meo iudicio, qui dixerit in quæſtione dictæ legis Bæbius
reſpondendum fuiſſe pro marito ſi aut filia in matrimo-
nio deceſſiſſet, quæ ſtipulationis conditio erat, aut ſtipu-
latio ipſa in diuortij caſum fieri potuiſſet [fieri non po-
terat in caſum diuortij ſimul & non exiſtentium li-
berorum, quia pactis dotalibus non poterat fieri deterior
conditio dotis viua filia niſi liberis interuenientibus: *l.*
9 *2. ff. de pact. dot.*† Nam proculdubio fatendum eſt, ita pa-
cto interpoſito vt nullis quoque exiſtẽtibus liberis par-
tem dotis maritus lucraretur, id multo magis actũ fuiſſe
vt ſuperſtitibus liberis lucraretur, nec pro parte ſed to-
tam, cùm & totã lucretur ille qui promiſerat reſtitutu-
rum ſe dotem patri, ſi filia ſine liberis moreretur: *d. §. cùm
inter.* An non. n. melioris conditionis eſſe debeat maritus
10 illo caſu quàm iſto?† Itaq; non probat Iurecõſultus quod
apud Prætorem Marcelli filius, idémque hæres & patris
& ſororis pro dimidia, exceptione ſe vulgari pacti tueba-
tur, quaſi ex perſona mulieris, cui totam dotem pater re-
liquerat, cuiúſque ſolius ſi viueret intereſſet defẽdere do-
tem. Sed ea tantùm ratione repellẽdum ait maritũ, quod
facto diuortio malè ageret ille ex ea ſtipulatione cuius
conditio illa fuiſſet ſi filia in matrimonio moreretur. Nõ
enim valet argumentum à caſu mortis filiæ ad caſum
diuortij, licet vtroque ſoluatur matrimonium, quia diffi-
cilius fauetur marito etiam liberis interuenientibus,
cùm diuortium factum eſt. Ne ſcilicet mulier maneat
indotata: niſi pactum in eam rem expreſſum interceſſe-
rit: *d. l. 2. ff. de pact. dot. l. 1. ff. de dot. preleg.* Caſus igitur non
exiſtentium liberorum trahitur facilè ad caſum exiſtẽ-
tium, quoties fauore mariti adhibitus eſt, quia fauora-
bilior eſt maritus qui liberos habeat, quàm qui nullos.
11 † At caſus mortis non æquè trahitur ad caſum diuortij,
quia iſto minùs ille fauorabilis eſt vt ſalua mulieri dos
maneat. Et hæc mihi germana videtur eſſe ſententia
perobſcuræ illius legis, tametſi non ignorem longè ali-
ter viſum eſſe interpretibus non modò antiquioribus,
ſed etiam recentioribus, Antonio Contio, & Iacobo
Cuiacio clariſſimis inter cæteros Iureconſultis.

Capvt IX.

Explicata l. poſt dotem 40. ff. ſolut. matr. & in quo derogatum ſit iuri veteri cùm quæritur an in dote ſiue profectitia ſiue aduentitia hæredem habere filiafamilias aut emancipata poſſit.

S V M M A R I A.

1 *Diuortio culpa & voluntate mulieris facto, quid iure vetere circa dotis repetitionem vel retentionem fuerit obſeruatum, quid item iure nouo obtineat?*
2 *Species & ratio* d. l. poſt dotem.
3 *Quid in d. l. ſpecie reſpondendum ſit, ſi filia poſt diuortium deceſſiſſe proponatur?*
4 *Cur in d. l. Papinianus requirat, vt filia ſine liberis deceſſerit?*
5 *Ratio propter quam ſextarum retentionibus ex Iuſtiniani conſtitutione locus amplius non ſit?*
6 *Matremfamilias conſtante matrimonio de dote teſtari, & in dote aduentitia heredem ab inteſtato, iure nouo habere poſſe.*
7 *In dote profectitia filiafamilias de iure vetere nihil eſſe immutatum.*
8 *An* l. 2. C. de bo. quæ li. *per* l. 3. *eiuſdẽ tituli ſit immutata?*
9 *Filiamfamilias de dote aduentitia iure nouo teſtari non poſſe, ſed in ea tantum heredem ab inteſtato habere.*
10 *An filiamfamilias in aduentitia dote heredem ab inteſtato iure vetere habere potuerit?*

Dicendum nobis ſupereſt de ſentẽtia legis Poſt do-
tem 40. *ſolut. matr.* quoniam is præcipuè locus pro
Martini ſententia facere videtur in eo quod etiam im-
pleta illa ſtipulationis condicione *Diuortio facto dotem
reddi* non aliter tamen datur patri dotis profectitiæ re-
petitio, quàm ſi filia ſine liberis deceſſerit. Ne autẽ ſim
longior in noſtrorũ interpretationibus refellendis, quas
varias & ad octo vſq; commenti ſunt, dicam breuiter
quod mihi probabiliſſimum videtur.† Iã ſupra retuli ſic 1
comparatum fuiſſe ius vetus, vt voluntate & culpã mu-
lieris facto diuortio, poſſet maritus conuentus rei vxo-
riæ actione in ſingulos liberos qui eo tempore ſuper-
ſtites fuiſſent: ſextas retinere ad dimidiam vſq; partẽ do-
tis. Quod abrogauit Iuſtinianus in *l. vnic. C. de rei vx. act.*
Tranſlata nimirũ vi & poteſtate actionis rei vxoriæ in
actionem ex ſtipulatu, Cuius natura illa erat vt nullam
retentionem pateretur, faceretque: quod hodie ſemper
fieri Iuſtinianus voluit in *§. illo proculdubio obſeruando*, ne
vnquam mariti lucro dos cederet, niſi cùm pactum ea
de re factum eſſet. Nouabat. n. & perimebat ſtipulatio
actionem rei vxoriæ vt conſtat *ex l. auia 6. C. de iur. dot.*
Scilicet ita demum ſi ſtipulatio valeret. Inutilis. n. ſtipu-
latio nunquam nouat *l. 1. in fi. l. quoties 14. in fin. ff. de nou.*
† Finge igitur poſt dotem datam, & contractas nu- 2
ptias vt in *d. l. poſt dotem*, ac proinde ex interuallo
quemadmodũ ibi Accurſius certè interpretatur, ſtipula-
tum fuiſſe patrem ſibi dotem reddi, ſi filiæ voluntate di-
uortium factum eſſet. Non valet ſtipulatio, quia quoties
pater dotem dat & ſtipulatur, non aliter in ſuã perſonã
transfert de dote actionem, quam ſi ex continenti ſtipu-
letur. Nec enim poteſt filiæ conditionem in dote dete-
riorem facere ſi non ipſa conſentiat. *l. quoties 29. ſolut.
matr.* Ergo ſi viua filia pater per diuortium velit ex ſti-
pulatu agere, dubitandum non eſt quin exceptione om-
nimodo ſummouẽdus ſit, hoc eſt ſiue ex matrimonio li-
beri aliqui ſuperſint ſiue nulli. Non. n. liberaretur mari-
tus qui patri ſolueret, ſed à filia quandocunque ſui iuris
effecta conueniri rurſus poſſet: *l. 2. §. quòd ſi in patris eod.
tit.*† At quid ſi filia poſt diuortiũ deceſſerit? Diſtingue- 3
mus. an liberos ſibi ſuperſtites habuerit, an nõ. Si habue-
rit, mariti intereſt vt rei vxoriæ actione potiùs quàm ex
ſtipulatu cõueniatur, nempe vt propter liberos retinere
ſextas poſſit. Itaq; & hoc caſu impedire patrẽ poterit, ne
agat eſt ſtipulatione quæ perperam & inutiliter inter-
poſita fuerit. Sed ſi eo tempore quo pater agit nulli ſu-
perſint liberi [tempus. n. illud ſpectandum eſt non diuor-
tij, cùm & retentiones nõ niſi in iudicio fierent, & im-
putari marito poſſit, qui fortè diuortij tẽpore plures li-
beros habuerat, cur non citiùs dotem reſtituerit vt tãto
plus retineret] nõ erit impediendus pater quominùs ex
ſtipulatu agat, cùm neq; iam filiæ quicquam interſit quę
defuncta eſt neq; mariti cui nõ ſit ad aliquid ex dote re-
tinendum commodior futura rei vxoriæ actio. Poterat
quidem

quidem dubitari ex eo quòd ab initio non valuiſſet ſti-
pulatio, Sed conualeſcere eam mirum non eſt poſtquàm
& filiæ & mariti intereſſe deſiit, totúmque ius repeten-
4 dæ dotis in patris perſona conquieſcit. † Sane non ideò
Papinianum requirere vt filia ſine liberis deceſſerit,
quòd dos profectitia penes maritum propter liberos re-
manere debeat, vt Martinus putabat, ex eo apparet
quod diximus. Si ea patris ſtipulatio valuiſſet, futurum
fuiſſe vt aduerſus agentem illum ex ſtipulatu, nullas
5 maritus ſextas retinere potuiſſet. † Nam nec hodie ob
aliam cauſam retentionibus iſtis locus ampliùs nullus
eſt ex Iuſtiniani conſtitutione, niſi quòd ſemper tacita
de reſtituenda dote ſtipulatio fingitur interceſſiſſe.
Cuius vis illa eſt vt nec dotem totam, nec dotis partem
vnquam lucretur maritus niſi pactum interuenerit *d. l.*
6 *vnic. § illo proculdubio obſeruando .C. de rei vxor. act.* Vn-
de illud etiam fit vt hodie poſſit materfamilias de dote
teſtari etiam conſtante matrimonio, quia & olim eo de-
mum caſu poterat quo ſtipulata fuiſſet ſibi dotem red-
di *l. ſi mulier. 25 C. de iu. dot.* Item vt ab inteſtato hære-
dem habere poſſit in dote aduentitia, cùm tamen eiuſ-
modi dos olim ad maritum pertineret, niſi aut extraneus
ipſe qui dotem dabat, aut eo permittente mulier ſibi do-
tem dabat, aut eo permittente mulier ſibi dotem reſti-
7 tui pacta fuiſſet. † In filiafamilias quæ viuo patre mori-
tur nihil eſt de vetere iure immutatum, ſi profectitia
dos eſt Nam ad patrem reuertitur ſicut olim reuerte-
batur, cùm & patri ipſi ſicut filiæ Iuſtinianus priuile-
gium dederit, tacitæ ſtipulationis *§. accedit in fin. C. de rei*
vxor. act. & in profectitiis nihil ſit innouatum per le-
8 gem *Cùm oportet C de bon. quæ liber.* præſertim in dote &
donatione propter nuptias † de quibus textus eſt & cla-
rus & elegans *in l. 2. C. eod.* Quam ſi quis correctam di-
xerit per *l. quod ſcitis 3. eod.* is proculdubio errauerit. Nõ
enim niſi de aduentitiis poſterior lex loquitur, In qui-
bus apertum eſt non eſſe locum rationi poſitæ *in*
d. l. ſecund. ne minùs liberales futuri ſint parentes er-
ga liberos ſi ita ius conſtituatur, vt quod ab iis profe-
9 ctum eſt, ad eos non reuertatur. † Quòd ſi aduentitia
dos fuit, illud quidem ex iure vetere ſupereſt, vt de ea
teſtari filiafamilias non poſſit, ſicut nec olim poterat,
quemadmodum ex communi noſtrorum ſententia ſcri-
pſimus ſuprà *c. 6. in fi.* Sed ab inteſtato hæredes habere
poterit aut liberos, ſi qui ſuperſint, aut parẽtes, aut alios:
Non quidem *ex d. l. quod ſcitis*, quæ non niſi de iis loqui-
tur quæ per filiosfamilias præmorientes anteà acquire-
batur patri iure peculij, in quorum numero non erat
dos aduentitia, quæ vt diximus ad maritum pertinebat.
Sed ex Iuſtiniani *Nouell. 118. De hæred. ab inteſt. venien.*
§ 1. vbi conſtituitur vt in bonis omnibus quæ filiisfa-
milias aliunde quàm à patre acquiruntur, licet eorum
vſusfructus ad patrem pertineat, poſſint illi hæredem
habere ab inteſtato, ita tamen vt prima cauſa ſit deſ-
cendentium, ſecunda aſcendentium. In quo ſanè ius
nouum Iuſtinianus fecit non in cæteris tantùm aduẽ-
10 titiis, ſed quod ad dotem quoque aduentitiam ſpectat.
† Neque.n verum eſt quod ſcripſit Bartolus *in d. l. poſt*
dotem. habuiſſe olim filiamfamilias in dote aduẽtia hæ-
redem ab inteſtato: Cum nec haberet filiusfamilias in
caſtrenſi peculio tametſi de eo teſtari poſſet *l. 1. & 2. ff.*
de caſtr. pecul. Nec ad rem facit lex Auus 79. *de iur. dot.*
quam pro communi ſententia Bartolus adducit quaſi
eo loco pater, ad quem negat Labeo reuerti dotem ab
auo datã quaſi profectitiã, nihilominus eã habeat iure
hæreditario. Non enim dicit lex habere eum dotem fi-
liæ præmortuæ Sed negat tantùm ad eum reuerti, quòd
non ab ipſo ſed auo profecta eſſet. Ergo cùm nec ad ip-
ſum auum reuerti poſſit qui mortuus quoq; propone-
batur alioqui de patris qui & filiusfamilias eſſet, iure
fuiſſet quæreretur. Reſtat vt penes maritũ remaneat ſe-
cundùm ea quæ ex Vlpiano ſuprà diximus, idq; nõ hære-
ditario iure ſed dominij, ex cauſa dotis iam inde à quo
tempore matrimonium contractum eſt, acquiſiti. At ſi
nec maritus ipſe viueret, ad patrem certè perueniret
non tamen hæreditatis ſed peculij iure *arg. d. l. 3. C. de*
bon. quæ liber. Nec eſſet cur diſputaretur an dos ab eo
profecta videretur, néc ne. Qua in re diſſentit ſine du-
bio à Labeone Celſus *in l. dotem 6. De collat. bon.* & tam
apertè ac ex diametro, vt qui eos conciliare velit, huno
neceſſe ſit ab vtróque diſſidere.

Capvt X.

Defunctis ex præmortua muliere liberis verum profectitia dos ad auum maternum, an ad patrem reuertatur.

SVMMARIA.

1 *Fauorabiliorem eſſe aui materni quàm patris cauſam pro Bartolo contra Baldum diſputatur.*

3 *Reſpondetur ad* l. 4. C. quand dies legat. ced. *pro Baldi ſententia allatam.*

3 *Nepotibus ex filia ſuperſtitibus matris dotem non pleno iure, nec in perpetuum marito acquiri.*

4 *Auo paterno & materno in dotis petitione concurrentibus cuius melior debeat eſſe conditio?*

5 *Filiæfamilias quæ accepta dote à patre futuræ ſucceſſioni renunciauit, viuo patre & ſuperſtitibus liberis mortuâ dotem ad matrem non reuerti.*

Ex iis porro quæ hucuſque diximus apparetocioſã
eſſe quæſtionem illam quam Bald. tractat *in dict. l.*
quod ſcitis 3. C. de bon. quæ lib. An ſi mortua in matrimo-
nio filia ſuperſtitibus liberis profectitia dos penes vi-
rum remanſerit propter liberos, defunctis poſtea liberis
reuertatur dos ad auum, qui dedit, an ad patrem tanquã
proximiorem ſuccedendi. Nam ſi verum eſt quod pro-
bauimus in ſuperioribus, Profectitiam dotem etiam ſu-
perſtitibus liberis ad patrem reuerti, nullus planè quæ-
ſtioni locus ſupereſſe poteſt † Sed quoniam eo iure vti- 1
mur ex Martini ſententia vt liberorum potior ſit cauſa
quàm patris, magis probo in ea quæſtione ſententiam
Bartoli, qui pro auo materno, quam Baldi qui pro patre
reſpondit. Cur non.n. hoc ſaltem caſu defunctis liberis
reuertatur dos ad auum à quo profecta eſt, quæ liberis
quoque ſuperſtitibus iam moriente filia reuerti iure de-
buerat? An quia liberi illi nõ in aui materni, ſed in pa-
tris poteſtate ſint? At iam diximus non iure poteſtatis
fieri vt dos à patre profecta ad eum reuertatur, ſed po-
tiùs ratione miſerationis, ne pater & filiæ amiſſæ & pe-
cuniæ damnum ſentiat *leg. iure ſuccurſum. 9 ff. de iur. dot.*
Quis verò negauerit miſeratione digniorem eſſe auum
qui & filiã & ſuſceptos ex filia nepotes amiſerit, quàm
patrem qui filiam tantùm? An verò quòd ita ius ſit vt
in filij inteſtati ſucceſſione proximioris parentis potior
cauſa ſit, ſiue pater ille ſit ſiue mater, in iis etiam quæ ex
aliena linea ad filium peruenerunt? ſed longè alia cau-
ſa eſt ſucceſſionis inteſtati, alia dotis quæ ad patrem aut
auum reuerti poteſt iure profectitiæ, tametſi alius hæ-
res ſit, cum ſit extra cauſam hæreditaris, tanquam ius
ſeparatum *l. Neratius 20. l. veluti 21. l. ſic pro rata 27. cum*
ſeq. l. contra quoque 30. §. ſed ſi emanc. ff. de relig. & ſumpt.
funer. l. vlt. ff. vt legat. nom. cau. l. licet dos 27. C. de iur. dot.
Habet enim dos ſuas leges & conditiones ab hæredita-
riæ ſucceſſionis legibus & conditionibus ſeparatas.
† Nec pro Baldo facit lex cùm vxori 4. C. *quando dies le-* 2
gat. ced. quæ loquitur de legato vxori facto cùm liberos
habuerit, & poſtquam legati dies ceſſit ſemel ſuſceptis
liberis, negat obeſſe mulieri quod poſteà liberi deceſſe-
rint, Cui non diſſimile quidpiam ſcriptum eſt in *l. filius-*
familias 114. §. cùm quis rogatus de legat. 1. Id.n. rationem

illam habet quòd exiſtente legati conditione, aut ex
contrariu ſemel defecta conditiune iniuncti fideicom-
miſſi propter liberos ſuperſtites, pleuum ius quæſitum
ſit legatario, quod illi ex caſu poſtea ſuperueniente au-
3 ferri non debet. † At nepotibus ex filia ſuperſtitibus ne-
gandum eſt acquiri matris dotem pleuo iure, rametſi
opinio Martini obtineret, ſed eo tantùm iure quo pe-
nes matrem fuerat, ne plus illi iuris in dote matris ha-
beant, quàm mater ipſa habuiſſet: Ac proinde reuoca-
biliter in eum caſum quo ipſi viuo auo abſque liberis
morerentur. Eſt enim ius aut in ea dote anterius iure
patris, cùm illud ex ipſa dotis datione, hoc non niſi ex
die mortis liberorum, & ex ipſa mortis occaſione pro-
ficiſcatur. Denique in dubiu ſemper fauorabilior eſt is
à quo profecta ſunt bona de quibus contenditur arg. *l.*
ſi qua mulier. 4. §. vlt. C. ad S.C. Tertyll §. quod nobis. Inſtit.
per quas perſon. nob. acq. Imò & quod à filio ad patrem re-
uerſum eſt quaſi ab ipſo filio profectum, rurſus ad eum
poſt mortem patris aliquandò reuertitur. *l. vlt. C. comm*
vtriúſque iud. Et dos quam pater ex ſocietate ſumpſit vt
daret filiæ non ad patrem tantùm reuertitur mortua
in matrimonio filia, ſed etiam ad ſocietatem *l. ſi ſocius*
81 ff. pro ſoc. Baldi tamen ſententia magis communiter
ab interpretibus probata eſt, Adeò illi in toto hoc, De
4 dotibus tractatu cæcutierunt. † Planè ſi inter auos pa-
ternum & maternum diſputetur, vix eſt qui neget me-
liorem eſſe debere conditionem aui materni quòd cæ-
teris paribus cùm ſit æquè proximus in gradu ſuccedē-
5 di, hoc habet amplius quòd ab eo dos profecta eſt. † Il-
lud poſtremò adnotatione digniſſimum eſt, quod à Pau-
lo Caſtrenſi reſponſum ſcio, vt hodie fit, filia quæ do-
tē à patre accepit futuræ ſucceſſioni adeóque legitimæ
iurato renunciauerit propter dotem, deinde viuo patre
& ſuperſtitibus liberis deceſſerit, dotem eo caſu non
ad patrem reuerti vt olim nec penes maritum propter
liberos remanere ſiue ex iure vt Martini opinio fere-
bat, ſiue ex conſuetudine illa quam noſtri obtinuiſſe
dicunt, ſed ad liberos tanquā hæredes tranſmitti, Poſt-
quam placuit Pontificibus ſacroſanctis renunciationes
huiuſmodi iureiurando confirmari: *cap. quamuis de pact.*
in 6. & eam vim habere, vt viuo etiam patre filia por-
tionem hæreditariam quam alioqui ſperare ipſo mor-
tuo potuiſſet occupaſſe videatur, arg *l. cum qui 56. §. vlt.*
ff. ad l. Falc. Et hæc ſententia æquiſſima ſanè eſt vt ſicu-
ti filia per renunciationem ab hæreditatis paternæ ſpe
omnino excluditur. Ita pater reuerſuræ dotis duriorem
ſpem & malè ominoſam prorſus à ſe abdicet fauore
nepotum ex filia, quos præſertim ſciat imputaturos ſi-
bi in legitimam quicquid ab eo mater in dotem habue-
rit. Sed an id perpetuò verum ſit vt dos matris in legiti-
mam nepotum imputetur, quoniam perelegans & fre-
quentis vſus quæſtio eſt, accuratiùs tractemus.

Capvt XI.

An dos data filiæ imputanda ſit præmortua filia in legitimam nepotis.

Svmmaria.

1 *Quæſtionem propoſitam in ea verſari, an in dote nepos hæres matris ſitne, ne.*
2 *Quomodo ex iuris legumque diſpoſitione illa quæſtio decidenda veniat, quomodo item ex Martini opinione conſuetudine decidatur?*
3 *An eius conſuetudinis ea ſit vis, vt nepotes hæredes matris ſint in dote, an verò vt dotem auocet ab auo vt applicet nepotibus?*
4 *Bartoli ſuper hac quæſtione ſententia, & diſtinctio inter dotem filiæ ſimpliciter datam, & eam quæ donata eſt.*
5 *Dotem filiæfamilias donatam, ex communi Interpretum ſententia in legitimam nepotis imputandam non eſſe.*
6 *Bartolum perperam à Baldo hac parte reprehenſum fuiſſe.*
7 *Baldi de ſuperiore quæſtione ſententia.*
8 *Cur filia in ſpecie* l. Bæbius de pact dotal. *hæredes in dote habeat?*
9 *Profectitiam dotem, filia poſt patrem in matrimonio mortuâ, penes maritum remanere, non autem ad patris hæredem tranſire.*
10 *Baldi argumentatio contra Bartoli ſententiam.*
11 *Nullum ius nepoti in matris mortuæ dote viuo auo competere poſſe.*
12 *Examinatur ſententia Baldi exiſtimantis eam vim eſſe conſuetudinis vt nepotem in dote matris hæredem facere poſſit.*
13 *Argumentum pro contraria Bartoli ſententia.*
14 *Quo iure nepotibus dos matris acquiri poſſit, ſi non tanquam hæredibus acquiratur?*
15 *Dotem matris nonniſi hæreditario iure nepotibus competere contra Bartolum diſputatur.*
16 *Eiuſdem Bartoli ſubtilitas refutatur.*
17 *Vi conſuetudinis factum non eſſe, vt nepos in dote matris hæres ſit.*
18 *Quo ſenſu iure Pandectarum dicatur, liberos etiam qui in patris poteſtate ſunt, matris hæredes eſſe & viceſſim matrem liberorum?*
19 *An iure nouo, quo filius in matris dote hæres eſſe poteſt, fauorabilior ſit cauſa aui quam nepotum?*
10 *Cuius acquiſitionis capaces filiosfamilias Iuſtinianus ſua conſtitutione fecerit?*
21 *Dotem matris in legitimam à nepote in bonis aui petitam imputari debere.*
22 *Soluitur argumentum à Baldo contra hanc ſententiam allatum.*
23 *Quo ſenſu dicatur, ea quæ non conferuntur, nec in legitimam imputari?*
24 *Dotem matris conferendam eſſe ſi nepos velit ab inteſtato cum aliis nepotibus, auunculis vel materteris aui ſuccedere.*
25 *Non omnia imputari quæ conferuntur?*
26 *Reſpondetur ad tria Bartoli argumenta.*

Magnam † huic diſputationi lucem afferent ea, quæ
docuimus in præcedentibus. Nam qui quærunt.
An dos data filiæ ſubinde præmortuæ imputanda ſit in
legitimam nepotis, in eo verſari quæſtionem putant.
An in dote nepos hæres matris ſit, nécne. Si enim hæ-
res non ſit matris omnes conſentiunt in legitimam ſi-
bi imputare illum debere dotem, quam ab auo, non
à matre accipit. Si verò hæres ſit, placet pleriſque non
eſſe cogendum imputare in eam portionem quam ha-
bere debeat ex corpore bonorum aui, id quod aliunde
habeat, hoc eſt à matre non ab auo. Ita Caſtrenſis, Ale-
xander, Decius, & cæteri *ad l. illam 19. Cod. de collat.* poſt
Bartolum in *leg. poſt dotem 40. numero 32. ſolut. matr. & in*
leg. in quartam 91. numer. 12. ad leg. Falcid. De illo igitur
duntaxat inter noſtros conuertitur An filiæ præmor-
tuæ dotem nepos à matre habeat, an ab auo. † Si iure 2
& legibus res ageretur, iam ſuprà diximus dubitari non
poſſe quin mortua in matrimonio filia etiam ſuperſti-
tibus liberis profectitia dos ad patrem reuertatur ſi ni-
hil aliud conuenerit *l. dos à patre 4. Cod. ſolut. matrim.*
l. inter 16 §. cum inter. D. de pact. dotal. † Sed quo- 3
niam contraria Martini opinio præualuit, ipſóque vſu
recepta eſt, vt in ea dote potior ſit cauſa mariti propter
ſuperſtites liberos, quàm patris, Dubitatio illa naſci-
tur. An ex conſuetudine fiant nepotes hæredes matris
in dote quod Baldus credidit ad *d. l. illam*, An potiùs ea
ſit vis conſuetudinis, vt dotem quæ à filia ad patrem ip-
ſo iure reuertitur, auocet ab auo vt applicet nepotibus,

4 quomodo Bartolos exiſtimauit. † Illud tamen ante
omnia obſeruandum eſt, cùm ita Bartolus ſcripſit, ſen-
ſiſſe eum de dote ſimpliciter data filiæ, non etiam de
donata. Cùm enim omnibus placeat valere donatio-
nem non obſtante iure poteſtatis, idque fauore dotis
& matrimonij ex Papiniani reſponſo illo malè intel-
lecto in *Pomp. ut Phil. de plus 35. ff. famil. erciſ. un.* Vix
eſt ex interpretibus qui non exiſtimet poſſe filiamfa-
milias hæredes habere liberos in dote donata, idque
iam olim Digeſtorum iure obtinuiſſe ex *d. leg. poſt do-
tem ubi Bart. & cæteri. poſt Dinum.* Donatam verò do-
tem interpretantur quam ipſi filiæ reddi ſtipulatus ſit
5 pater, aut filia ſibi patre conſentiente. † Quibus caſi-
bus receptio noſtrorum ſententia eſt dotem filiæ im-
putandam non eſſe in legitimam nepotis, Quaſi eam
habeat ille iure aduentitio & ex corpore bonorum
matris potius quàm aui. Ita Caſtr. *in d. l. illam & in l.
quoniam Nouell. Cod. de inoff. teſtamen.* poſt Baldum ibi-
dem ne cæteros recenſeam. Hucuſque ſententiæ ratio
illa eſt quod certum ſit non imputari in legitimam ea
quæ iure aduentitio obuenerunt, & aliunde quàm ex
illius ſubſtantia de cuius hæreditate bonisve agatur,
*d. l. quoniam Nouel. 29. in fin. & l. ſcimus. §. repletionem.
Cod. de inoff. teſtamen.* Nullus ergo tantæ inter Bartolom
& Baldum contentioni locus relinquitur, niſi in dote
quam pater filiæ dederit duntaxat non etiam donaue-
6 rit. † In quo non poſſum facere, quin cum Paulo Ca-
ſtrenſi mirer cæcitatem Baldi, qui reprehendendi Bar-
toli ſtudio defendere voluerit nepotes hæredes eſſe
matris in dote eum hoc ipſum fateatur Bartolus in do-
te donata. In ea verò quæ donata non ſit, nec Baldus
ipſe neget in *l. 3. C. de bon. quæ liber. non poſſe filiam hæ-
7 redes ullos habere.* † Baldi itaque ſententia eſt, Non
eſſe cogendum nepotem imputare dotem prædefunctæ
matris in legitimam ſibi debitam ex bonis aui. Illa po-
tiſſimum ratione, quod habeat eam non ab auo, ſed à
matre, & tanquam hæres matris, *ex l. Bebius. 40. ff. de
pact. dotal.* vbi ſanè proponitur habuiſſe filiam hæredes
in dote, nec liberos tantùm ab inteſtato, ſed fratrem
quoque ex teſtamento, tametſi Caſtrenſis omnino ma-
lè contrà putet in *l. ſi cùm dotem. 22. num. 9. in fin. ff. ſolut.
8 matrim.* † Verùm animaduertere vterque debuerat ha-
bere in ea ſpecie filiam hæredes, non iure aliquo ſin-
gulari dotis aut ex vi interpoſitæ per patrem ſtipula-
tionis, ſed quia pater ipſe deceſſerat, atque ita ſui iuris
effecta filia fuerat vt neque teſtari impediretur, neque
9 poſſet dos ad præmortuum patrem recurrere. † Niſi
fortè Baldus credidit, profectitiæ dotis tale eſſe vt mor-
tua in matrimonio filia non ſolùm ad patrem ſi tum
ſuperſit reuerti dos debeat, ſed etiam præmortuo illo
ad eius hæredem. Quod tamen apertiſſimè Vlpianus
negat in *Titul. de actionib.*, vbi refert ſic olim obti-
nuiſſe vt ſi pater non eſſet, dos profectitia penes mari-
tum remaneret, dominij nimirum iure, cùm per
ipſam dotis dationem iam dominus factus fuiſſet. Nec
ſanè ratio illa miſerationis quæ fecit vt patri in ſola-
tium amiſſæ filiæ ſuccurri deboerit aduerſus mari-
tum, *leg. iure ſuccurſum. 6. D. de iur. dotal.* ſimiliter in
hærede vſurpari poteſt. Planè interueniente ſtipula-
tione nemo dubitat quin actio ex ſtipulatu quæ patri
ſi viueret competitura fuit ſicut cæteræ omnes in
hæredem tranſmittatur, *dict. leg. Bebius. l. 1. & tot. titul.
Codic. de hæred. action. l. ſi pactum. 6. D. de probat. l. auus.
10 10. D. de pact. dotal.* † Hoc verò ſi Baldus probare non
poteſt quod aſſerit habere nepotes dotem matris iure
hæreditario, nihil ſupereſt quod pro eius ſententia con-
tra Bartolum vrgere poſſit. Sic enim ille argumentatur,
viuo adhuc auo iam fuiſſe quæſitum ius nepoti in do-
te matris vt inferat, Non poſſe igitur inuitum aui fa-
cere vt ad nepotem dos magis pertineat, *leg. non vi-
detur ex pluribus. 159. de regul. iur. § ſic itaque Inſtitut. de action.*
multo minus mutare nepoti cauſam poſſidendi, quo-
modo mutaret ſi quod à matre nepos habuit cogeretur
in legitimam ex aui bonis debitam imputare *argumen.
l. 3. § quis fideicommiſſam. D. de hæred. inſt.* At negandum 11
eſt ius vllum nepoti competere in dote viuo auo, ſal-
tem iure hæreditario, cùm non potuerit filiafamilias
iure vetere, nec etiam hodie poſſit in profectitiis ha-
bere hæredem vt à nobis probatum eſt in ſuperioribus
ex *l. 2. & l. cum oportet. Cod. de bon. quæ liber. quod nobis
Inſtit. per quas perſon. nob. acquir.* Aut ſi quod ius in do-
te nepoti competit, fatendum eſt habere eum quicquid
illud eſt ab auo non à matre. † Videamus tamen ne 12
pro Baldo dici poſſit probabilius Eam eſſe vim & po-
teſtatem conſuetudinis vt hæredem facere poſſit, cùm
legis potiſſimùm autoritati ea res tribuatur *§. quos au-
tem Inſtit. de bonor. poſſeſ.* Quid enim aliud eſt conſuetu-
do, quàm lex non ſcripta? *l. de quib. 32. & ſeq. l. ſed & ea.
35. & ſeq. de legib.* Sed ego pro Bartolo reſpondeo Poſſe
quidem conſuetudine hæredem fieri eum qui aliàs hæ-
res eſſe non poſſet, ſi ita ferat conſuetudo. Cæterùm
conſuetudinem illam quæ Martini opinionem appro-
bauit non illud induxiſſe vt hæredem nomen acquire-
retur nepotibus, ſed ad effectum magis quàm ad no-
men reſpexiſſe, & hactenus tantùm obtinuiſſe vt do-
tem quæ ad auum ipſo iure reuerſa eſſe ab eo auoca-
ret, ac nepotibus applicaret: non hæreditario quidem
iure, ſed ex illa æquitate quòd in huiuſmodi dote quæ
ſemel à bonis patris abſceſſiſſet potior & fauorabilior
videretur cauſa mariti propter liberos ſuperſtites, quàm
patris. † Ac ſanè ſi fieri poteſt quod putat Bartolus, vt 13
dos ad nepotes alio iure perueniat quàm hæreditario,
non video cur conſuetudinem ita interpretari debea-
mus vt hæredes faciat nepotes in dote matris. Ita enim
fieret vt & rationem & legem vinceret conſuetudo,
quod tamen fieri poſſe negat lex 2. *Cod. quæ ſit long.
conſuetud.* Quid rurſum ſi filia præter dotem haberet
aliquid aliud profectum à patre? Quis admitteret ha-
bere eam in profectitiis pro parte hæredem, pro parte
non habere; Id enim eſſe prorſus conſequens, cùm ea
conſuetudo de cuius poteſtate tractamus ad dotis dun-
taxat cauſam pertineat, non etiam ad cætera bona quæ
à patre habere filia poteſt. Sic namque Martino placuit
dotem à patre profectam penes maritum propter libe-
ros ſuperſtites remanere debere. Quodnam verò mariti
ius eſſe poteſt in rebus vxoris niſi cùm de dote agitur?
† Sed tamen nec illud bene poſſum videre quo iure dos 14
acquiri poſſit nepotibus niſi tanquam hæredibus ma-
tris, ſi non confugias ad id quod proximè dixi, acquiri ex
æquitate potius quàm ex iure. Quod & ſenſiſſe vide-
tur, Alex. *ad dict. l. poſt dotem. num. 19. ff. ſolut. matrimon.*
vbi conſulit vt nepotes ne quæſtioni de imputatione
locus ſuperſit proteſtentur matre mortua nolle hære-
des eſſe matri, ſed malle dotem habere ab auo ex con-
ſuetudine Martiana. Quaſi habere illi poſſint matris
dotem ab auo & viuo & inuito, licet nec aui hæredes
poſtea ſint, nec matris. † Quod mihi ſanè attentius in- 15
tuenti non modò mirum, ſed etiam prorſus improbabi-
le ſemper viſum eſt. Conſuetudo enim non plus facere
poteſt quàm lex ſcripta, *dict. l. ſed & ea & dict. l. 2.
Cod. quæ ſit long. conſuet.* Lex autem quantumuis ſcripta
nunquam facit vt poſſit res vlla acquiri niſi aliquo iure
aut titulo præcedente; nec ſi traditio à vero domino
facta ſit, *l. nunquam nuda. 30. de acquirend. rerum do-
min.* Ergo nec conſuetudo faciet, vt dos nepotibus abſ-
que titulo & iure acquiratur. Porrò titulus alius eſſe
non poteſt quàm hæreditatis, Dotis enim, cuius capax
fuerat filia nullus ſupereſſe poteſt matrimonio ſoluto,
præſertim quod ad nepotes attinet, cum dos eſſe non
poſſit vbi non eſt matrimonium: *dotis appellata 3. ff. de
iur. dot.* † Præterea non intelligo qua ratione vera eſſe 16
poſſit ſubtilitas illa in qua ſibi tantopere placet Barto-
lus: vt conſuetudo illa Martini quam appellant, non
impediat quin dos à patre profecta ad patrem reuerta-

tur licèt ſuperſtitibus liberis, ſed reuerſam auocet ab
auo vt det illam nepotibus. Siquidem verum illud eſt
quod ſuprà ſæpiùs ac ſæpiùs monuimus dotem à patre
profectam ad patrem reuerti, non ex iuris ratione, quæ
in contrarium pro marito faciebat vt dotis dominium
quod ſemel quæſiuiſſet perpetuò retineret *l.1.eod tit.*
ſed ratione ſola miſerationis ne pater & mortuæ filiæ
& amiſſæ pecuniæ damnum ſentiret, in eámque rem
cùm ius patris deficeret, neceſſe fuit ei ſuccurrere vt
ſcriptum eſt *in l.iure ſuccurſum 9.eod.* vbi quod lex ait
iure non ad iuris rationem referri debet ſed ita accipi
vt meritò ſuccurſum ſit patri. Quorſum verò ſuccurra-
mus patri contra maritum atque adeò contra ipſiſſi-
mam iuris rationem ſuperſtitibus ex præmortua filia
liberis. Si ea conſuetudinis poteſtas eſt vti ne momen-
to quidem temporis dos filiæ ſtet in perſona aui, ſed
protinus ab eo auocetur & nepotibus acquiratur?
Quænam enim obiecto ita poſito iure miſerationis ra-
tio haberetur? aut quis huius miſerationis effectus re-
linqueretur? An non potiùs inducere debuerat conſue-
tudo vt dos non ab auo ſed à patre, penes quem illa
remanſiſſet auocaretur propter liberos? Cur enim auo
ſuccurramus vt dotem à genero repetat, quam ipſe ta-
men ſibi habere, & vel momento vno temporis reti-
17 nere non poſſit? † At nec rurſus verum eſſe vllo modo
poteſt quod Baldus voluit, Vi conſuetudinis factum eſ-
ſe vt in dote nepos ſit hæres matris. Omnes ſiquidem
fatentur erroneam illam Martini opinionem quæ con-
ſuetudini originem dedit, eo duntaxat caſu receptam
eſſe quo præmortua ſit filia non ſolùm relictis liberis,
ſed etiam ſuperſtite marito. Nam marito prædefuncto
deinde muliere etiam cum liberis, frequentiſſima no-
ſtrorum ſententia eſt dotem à patre profectam ad pa-
trem ſuperſtitem reuerti ex Bartolo *in l.1.nu.2. de dot.
præleg. & in l.poſt dotem*, vbi etiam Caſtrenſ. & cæteri
ff.ſolut.matr. Ratione illa vt puto, Non quòd marito
prædefuncto minùs fauorabiles ſint nepotes, quos con-
ſtat imò eſſe eo fauorabiliores quo ſunt miſeriores, amiſ-
ſo etiam patre, ſed quia vt prædixi Martinus ſcripſerat
dotem remanere non penes liberos ex præmortua filia
ſuperſtites, ſed penes maritum propter liberos, quo-
modo & ſcriptum eſt *in l.inter 16. § cùm inter de pact.
dot.l.ſi dotal.48.ff.ſolut.matr.l.vlt.vt legat.nomin. caueat.*
Atqui præmortua filia marito ſuperſtite ſi ita ius eſſet
ex conſuetudine vt dos ad patrem non reuerteretur,
ſed tranſmitteretur ad liberos conſequens fieret ac-
quiri eam non liberis, ſed per liberos patri in cuius
eſſent poteſtate: quod omnium apertiſſimè probat di-
cta lex Bæbius *de pact.dot.* in poſtremis illis verbis *Ma-*
18 *rullus per filiam hæres vxoris.* † Etſi enim Hadriani
Imperatoris conſtitutione factum eſt vt matris hære-
des ſint liberi etiam qui in patris poteſtate ſunt *l.ſa-
cratiſſ.9.D.ad S.C.Tert.* ſicut & mater hæres eſt libero-
rum ex S C. Tertylliano tametſi ſit illa filiafamilias
l.filij mater.6.eod. Id tamen ita intelligendum eſt vt hæ-
reditas Pandectarum iure non liberis ipſis aut matri-
bus, ſed per liberos aut matres parentibus in quorum
erant poteſtate acquireretur. Neque enim ante con-
ſtitutionem Theodoſianam *in l.vnic.Cod.de his qui ant.
apert.tabul.* poterat filius hæres eſſe matris aut mater
filij citra aditionem, cùm nec mater ſua hæres eſſet
filio, nec filius ſuus hæres matri *l.2. Cod.ad S.C.Orſ. l.
ſi auia 6.Cod.de iur.delib.Paul.lib.4.ſent.tit.10.§. vltim.*
Adire porro non poterant niſi iubente patre in quo-
rum eſſent poteſtate vt Iuſtinianus ipſe interpretatur
in §.1.Inſtit.de S.C.Tertyll. Ergo nec ſibi acquirere ſed
patri: *l.placet 79.D.de acquir. hæred .l.1.D.ſi a parent.
quis manum.* quod nec Accurſius ignorauit *ad dict.§.1,
in verb.iuſſu* Idque conſtat apertiùs ex poſteriorum Im-
peratorum conſtitutionibus quæ ſunt ſub titulo *Cod
de bon.matern.* quibus abrogatum eſt hac parte ius vetus
quod ad bona materna pertinet, ademptúmque pa-
rentibus dominium ſolo illis relicto vſuſfructu. Quæ
cùm ita ſint, apparet non potuiſſe conſuetudinem fa-
cere vt in dote matris hæres eſſet filiusfamilias, quippe
qui acquiſitionis omninò incapax erat quoties patieba-
tur pater ſibi per eum acquiri. † Etſi autem hodie ius 19
illud poteſtatis non impedit quominùs ſit filius hæres
matris in dote ſicut in cæteris bonis maternis *ex dict.
leg.1.& 2.Cod. de bon.matern.* niſi cùm dos iure profe-
ctitiæ ad patrem reuerti debet vt in præcedentibus di-
ximus. Non ideò tamen verior hodie eſt Baldi opinio
quia illud ex iure vetere ſupereſt vt miſerationis ratio-
ne æquè fauorabilis ſit hodie cauſa aui aduerſus ne-
potes, atque erat olim aduerſus generum Nec Iuſtinia-
ni conſtitutionibus inductum eſt vt in dote profecti-
tia faciliùs hæredem habere filiafamilias poſſit, quàm
olim emancipata habuiſſet, quæ cùm in cæteris bonis
hæredem habere poſſet, in dote tamen non poterat ſi
ſuperſtite patre in matrimonio moreretur *l.ſi filia.5.ff.
de diuort.l.pater filia 7..de condict.leg.filia m.a 59.ff.ſolut.
matrimonio.leg. contra quoque 30.§. ſed ſi emancipata.D.
de religioſ & ſum.ptib.funer* † Et vt dicam apertiùs, fecit 20
quidem Iuſtinianus capaces acquiſitionis filiosfami-
lias, inuitis etiam parentibus, in iis nimirum quorum
acquiſitio anteà per ius patriæ poteſtatis impedieba-
tur, idque in ipſorum parentum præiudicium: ſed in cæ-
teris quæ nec ipſis parentibus per liberos olim acqui-
ri poterat, cuiuſmodi fuiſſe dotem profectitiam ſæpiùs
diximus, nihil ſanè innouauit Ergo nec verum eſt quod
Bartolus voluit conſuetudinem illam Martini auocare
ab auo dotem matris vt applicet nepotibus, nec quod
Baldus hæredes ex ea fieri nepotes. Quid igitur Dicen-
dum omnino eſt, quod ſupra pluribus probauimus, ita
ius eſſe vt profectitia dos ad patrem omnimodo & cũ
effectu reuertatur. † Ex quo infertur neceſſariò, Impu- 21
tari ergo eam debere in legitimam quam habere velit
nepos ex bonis aui, nec conſuetudinem illam quæ ex
Martini error inualuit contrarium ius inducere poſſe,
ſiue ſui iuris fuerit filia ſiue emancipata. Quamuis in
emancipata vno ferè ore interpretes contrà ſentiant.
† Alterum Baldi argumentum eſt quòd quæ non 22
conferuntur ea nec in legitimam imputantur *leg. illud
20.C.de collat.* vbi regula traditur, Cõferri omnia quæ
imputantur, licet non ſic vice verſa verum ſit impu-
tari omnia quæ conferuntur. Atqui matris dos in ea
ſpecie quam tractamus, cum nepoti minus legitima re-
lictum eſt ab auo, alio hærede in ſolidum inſtituto non
fit collatio. Ergo, inquit ille, nec in legitimam nepotis
imputabitur. Sed reſpondendum eſt captioſam eſſe ra-
tiocinationem † Etenim ſupradictæ regulæ ſenſus ille 23
eſt, Ea quæ non conferuntur quoties collationis caſus
contingit, nec in legitimam imputari debere ſi de im-
putatione quærendum ſit. Ponendi enim ſunt vt vulgo
dici ſolet, termini habiles. Alioqui vix eſt vt eodem ca-
ſu concurrat de imputatione & de collatione quæſtio.
De imputatione enim potiſſimum quæritur, cùm teſta-
mentum factum eſt, & de inofficioſo agitur, ſi ius ve-
tus ſpectes, aut ad legitimæ ſupplementum, conditio-
ne *ex l.omnimodo 30.D.de inoffic.teſtam.* De collatione
verò, quo tempore promulgata eſt *d.l.illud.* & ante Iu-
ſtiniani nouellam conſtitutionem 18. *De trient. & ſe-
miſſ.c.6.§.illud quoque*, non poterat diſputari niſi cùm
ab inteſtato ſuccedebatur, *l.1.& paſſ.C.de collat.* † Quã- 24
uis igitur in propoſita ſpecie dos matris non confera-
tur à nepote, quia collationem petere non poſſit is qui
iam ex aſſe hæres eſt, ſufficit tamen quòd conferenda
ſit ſi ab inteſtato velit nepos ſuccedere, ſiue cum aliis
nepotibus, ſiue cum auunculis aut materteris, quem-
admodum diſertè conſtitutum eſt in *d.l. illam C. de col-
lat.* Ita demum enim potuiſſet Baldus dicere, dotem
hanc non imputari in legitimam ſi nunquam nulloque
caſu conferretur. † Sanè quod in contrarium argumen- 25
tatur Bartolus, dotem hanc imputari debere quia cõfe-

ratur,

ratur, æque leue eſt. Nam vt apertè Iuſtinianus ſcribit *in d.l.illud* non omnia imputantur quæ conferuntur. Cuiuſmodi erat dos ante legem *Quoniam Nouella.29. C.de inoffic.teſtamen.* Non enim imputabatur, vt probat illa lex quæ idcirco nouum ius hac parte conſtituit, & tamen conferebatur nec erat præcipua: *l.filia dotem.4. C.de collat.l.1. & tot.titu.ff. de dot. collat.* niſi teſtamentum factum eſſet: *l.Pomponius.15.ff.famil. erciſc.l.Theopompus 14.ff.de dot.praleg.* Sic & aduentitia conferebantur ante *l.vlt. C.de collat.* nec tamen imputabantur *l. cùm quaritur 6. & l.parentibus 8. C.de inoff.teſta.* Planè poſteaquam placuit vt dos & donatio ante nuptias imputentur *d.l.quoniam Nouella.* Itemque vt aduentitia non conferantur *d.l.vlt* dici facilè non poteſt quid hodie conferatur quod non etiam imputetur, Ceſſátque tanto magis ratio illa diſſimilitudinis quam Baldus
26 contra Bartolum ex iure vetere deducit. † Sunt qui pro Bartolo rationem aliam afferant quod legitima ſit debita portio ex eo, quod quis ab inteſtato habiturus eſſet: *dict.l.cùm quaritur & l.parentibus.* Ab inteſtato autem nepos ſuccederet auo computata dote matris *d.ct. leg.illam 19.Cod.de collat* Ergo, inquiunt, facto etiam teſtamento ſi ille minus legitima habuerit ex bonis aui, dotem maternam imputabit. Sed neque ratio hæc mihi probatur. Ita enim ſequeretur imputanda eſſe omnia quæ conferuntur ab inteſtato, idque iam vetere Digeſtorum iure obtinuiſſe: quod apertis verbis Iuſtinianus negat. *in dict.l.illud.* Quod rurſum Bartolus mouetur *ex dict.leg.omnimodo.§. imputari in verb.occaſione. Cod.de inoff.teſtam.* quaſi imputanda ſint in legitimam omnia quæ occaſione defuncti ad eum peruenerunt qui legitimam petit, in quorum numero videtur eſſe dos matris ab auo profecta, cum occaſione aui per filiam ad nepotem peruenerit, ad rem ſanè non pertinet. Rectè enim Baldus reſpondet tractare Iuſtinianum eo loco de occaſione rei ad rem, non de occaſione perſonæ ad perſonam, cuius longè diſſimilis ratio eſt: Cùm non tam de illo curandum ſit, quid, quàm ex cuius imputatione diſputatur. Nititur etiam Bartolus *d.l.quoniam Nouella*, vbi conſtituitur vt tam dos quàm donatio ante nuptias ſicut olim conferebantur, ita in legitimam imputentur facto teſtamento, ſi modò eadem aut donatio ante nuptias profecta ſit ex ſubſtantia eius de cuius hæreditate agitur. Sed reſpondet Balldus nec malè, imputari quidem in legitimam, at illi ipſi cui data eſt, non alij qui ab ipſo habeat iure aduentitio potiùs quàm à teſtatore Aduentitia enim vt diximus, ſicuti non conferuntur poſt *leg. vt liberis 17. & leg.vltim.Cod.de collat.* ita nec imputantur *dict.l.ſcimus.§.repletionem Cod.de inoff.teſtam.*

Capvt XII.

Dotem quæ ab auo per filiam ad nepotem peruenit profectitiam cenſeri debere non aduentitiam.

SVMMARIA.

1 *Dotem hanc ſi aduentitia ſit non debere imputari, ſi profectitia debere.*
2 *Argumentum quo Bartolus eiuſmodi dotem profectitiam eſſe probat.*
3 *Baldi ad hoc argumentum reſponſio refutatur.*
4 *Cauſam proximam & immediatam inſpiciendam non eſſe quum de imputatione quæritur, ſed ſufficere vt quod relictum eſt profectum ſit de bonis eius à quo legitima relinqui debuit.*
5 *Quando perſona mutatione bonorum quoque conditio mutetur?*
6 *Supradictam dotem nunquam ita filia fuiſſe vt non aliquid in ea iuris haberet pater.*
7 *Bartoli in propoſita quæſtione ſententia retinetur.*
8 *An dos rectè profectitia eſſe probetur ex eo quod conferatur?*
9 *Eam demum dotem etiam ante Iuſtiniani conſtitutiones conferri ſolitam fuiſſe quæ profecta eſſet de ſubſtantia eius de cuius hæreditate ageretur.*
10 *An ſi nepos illam dotem tanquam hæres matris haberet, non ideò minus tamen in legitimam imputare deberet?*

PRopoſitæ † igitur quæſtionis cardo in eo vertitur, vt ſciamus an dos iſta ſit nepoti profectitia an aduentitia reſpectu aui. Si aduentitia eſt, fatentur omnes non debere imputari, *dict §. repletionem.* Si profectitia, debere *d l. quoniam Nouella 29.C. de inoff.teſtam.* † Et profectitiam quidem eſſe probat Bartolus hoc ipſo argumento, quod eam nepos conferat, cùm auo ſuccedit ab inteſtato *d l.illam 19.C.de collat.* Aduentitia enim vt ſæpiùs repetij, non conferuntur *l.vlt.cod* Nec habet Baldus quid ad hoc reſpondeat, niſi quod proficiſcitur quidem dos illa ab auo originaliter vt ipſe loquitur, atque adeò ordinatiuè quod pertinet ad onus collationis, ſed non deriuatiuè quod ad imputationem, cum mater ſit cauſa proximior, quæ attendi, inquit, ſemper debet: *l.ſed etſi ſic 6.§.vlt. de leg.3.* Pro quo illud etiam facit, quod dici ſolet particulam *ex* poſitam in fine d.l. quoniam Nouella ibi. *ſi ex ſubſtantia eius profecta ſit* denotare cauſam proximam & immediatam: *l.cotemnere 50. in fin. De peccul.l. non dubium C.de legi.* † Sed ſi verum amamus non ſatisfacit hæc Baldi reſponſio. Cur enim minùs attendatur cauſa proxima in collatione quàm in imputatione, cùm aduentitia nullo modo conferātur? Aut an poteſt aliquid profectitium ſimul eſſe & aduētitium, aut medium inter vtrumque? Ego ſanè non animaduerto. † Sed neque verum iſtud eſt cùm de imputatione quæritur inſpiciendam omnino cauſám proximā & immediatam Sufficit enim vt quod imputandum eſt profectū ſit de bonis eius à quo legitima relinqui debuit, vt apertè Vlpianus ſcribit *in l.1.§.pen.de bon.libert.* vbi ait, Si patrono implende conditionis cauſâ datum aliquid ſit, imputari id debere in legitimam portionem ſi modò de bonis liberti ſit profectum Si enim cauſam remotam Baldus intellexit eam quæ non ex iudicio defuncti, ſed aliunde proficiſcatur, iuxta textum quem allegat *in d l.6.§.vlt.de legat.3.* Certum eſt id quod implendæ conditionis causâ capitur, licet conditio teſtamento adſcripta ſit, non capi iure teſtamenti, neque ex iudicio teſtatoris: *l.ſi quis 8.ff.ſi quis omiſſ. cauſ. teſta.l.id autem 78.l.in quartam 91.in fin.ff.ad leg. Falc.* neque ex bonis mortui vt idem Vlpianus diſertè ſcribit in *l. quod conditionis. 36. de mort. cauſ. donat.* Et tamen imputatur ſi de bonis eius profectum ſit, *d.§.penult.* Ergo de bonis profectum quid eſſe ſufficit vt imputetur, licet per mediam alterius perſonam non ab ipſo immediatè teſtatore accipiatur. † Nec me mouet, quòd perſonæ mutatione bonorum quoque conditio mutetur, *l.per eur.90. §.1.de acquir.hered.vlt. D.de inoff. teſtam.l.2.§.illud poteſt quæri. D.de her.vel act.vendit.l.ſed ſi plures.10.§.filio impuberi. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Id enim tum demum verè dicitur cùm ei perſonæ in quam fit mutatio acquiruntur ex noua cauſa & pleno iure bona, quæ prius erant alterius aut perſonæ aut conditionis vt in dictis locis, quod hic ſanè non contingit. † Nunquam enim dos adeò fuit matris, vt non aliquid in ea iuris haberet non ſolum iure poteſtatis ſi filiafamilias eſſet quæ dotem habebat, ſed etiam propter incertum futuræ reuerſionis. Quo vel reſpectu dici poteſt, non eſſe dotem omnino ſeparatam à bonis patris, à quo ſemel profecta eſt, cùm & eo nomine detur illi actio etiam conſtante matrimonio ſi fundus dotalis euincatur licet proponas filiam emancipatam

patam, *d.l.pater filiæ.71.ff.de euict.* & patre iubente co-
gi poſſit filia dotalem cautionem renouare, nouámque
doti legem dicere, *l.vlt.§.filia fideicommiſſit.* vbi eſt tex-
tus ſingularis *de legat.2.* quorum neutrum fieri poſſet ſi
7 dos filiæ data nullo amplius patris iure teneretur. † Ve-
rum ergo eſt, quod Bartolus dotem hanc ait eſſe profe-
ctitiam, nec filiæ tantùm cui immediatè data eſt, ſed
etiam nepoti cùm de aui bonis profecta ſit, nec vnquã
pleno iure fuerit matris. Non enim niſi patre mortuo
poteſt filia dotem habere iure proprio, idque ita ſi eam
nondum pater à marito repeteret, *l.pater filiam 14.ff.*
8 *ad leg.Falc.* † Sed quod Bartolus profectitiam eſſe pro
bat ex eo quòd conferatur, non caret dubitatione. Poſ-
ſet enim quis pro Baldo reſpondere, conſtitutionem Iu-
ſtiniani in *d. l.illam.* eſſe anteriorem ea quæ poſita eſt
in *d.l.vlt.C.de collat* ac proinde factam eo tempore quo
aduentitia quoque conferebantur, ſi quidem ante *d.l*
vlt. ita ius erat, vt aduentitia quoque conferrentur, *d.l.*
filio dotem.4.C.eod.l.1.§.ſi ſub conditione.7.ff.de dot.coll.
Quod ſi ita eſt, non poſſis cum Bartolo inferre dotem
filiæ datam eſſe nepoti profectitiam ex eo ſolo quòd à
9 nepote conferatur. † At obſeruandum eſt iam ante Iu-
ſtinianum, hoc ipſum quod ille conſtituit in omnibus
aduentitiis, *d.l.vlt.* conſtitutum fuiſſe in dote & dona-
tione ante nuptias à Leone in *l.vt liberis.17.C.eod.* Ni-
mirum vt ea demum dos & donatio ante nuptias con-
ferretur quæ profecta eſſet ex ſubſtantia eius de cuius
hæreditate ageretur. Itaque ſi dos filiæ data cenſenda
eſſet nepoti aduentitia non poterat Iuſtinianus in *d.l.*
illam conſtituere vt eam nepos conferre cogeretur, niſi
abrogata priùs, quod ad hanc rem attinet, Leonis con-
ſtitutione in *d. l. vt liberis.* Aut ſaltem fatendum eſſet
hodie poſt *l. vlt.* quæ aduentitiorum collationem pro-
hibet, abrogatam hac parte *d.l.illam*, quorum vtrum-
que falſum eſt nec ab vllo adhuc, quod ſciam, interpre-
te traditum Maneat igitur firma propoſitio, dotem hãc
nepoti non ſecus ac filiæ profectitiam eſſe, nec fieri
poſſe vt eam viuo auo nepos habeat à matre iure hæ-
10 reditario. † Sed etſi haberet tanquam hæres matris, non
ideò minus tamen in legitimam imputare deberet, vt
ego quidem ſentio. Ratio ne illa quæ perpetuò viget
quod ab ipſo auo dos profecta ſit, *d.l.quoniam Nouella*
in fi.C.de inoff teſt.iunct.d.l.3 §.pen.de bon.lib. Nam ſi pe-
nes ipſam filiam dos erat eo iure vt quandocunque
mortuo patre imputare ſibi illam deberet in legitimam,
cur non eodem iure tranſmittetur in nepotem de legi-
tima in bonis aui contendentem? Si enim præmortua
filia, nepotis ex ea ſuperſtitis legitima ſubſtituitur in
locum illius quam petere mater potuiſſet ſi ſuperuixiſ-
ſet [vtique enim deberi ſanè non poteſt, ſed aut filiæ
tantùm, aut nepoti ſoli, quemadmodum nec vterque ſi-
mul ab inteſtato poſſet ſuccedere, ſed aut ſola filia ſi ſu-
pereſſet aut nepos ſolus ea præmortua, aut vterq; in vna
tãtùm portione, *l cùm emãcipatus 13.§ 1.1.& 3.ff.de bon.*
poſſ.contr.tab.l.1.§.pen.de coniu g.cum emanc.lib.eius.] Cur
non æquum ſit nepotis legitimã ſubire hoc ipſum onus
imputationis quod ſubiiſſet legitima filiæ, in cuius lo-
cum illa ſubrogatur? Aut quomodo fieri poſſit vt dos
data filiæ tranſmittatur in nepotem, niſi cum eo ipſo
onere, quo viua adhuc matre iam effecta fuerat, vel
meliore conditione eſſe debeat nepos cui data dos non
eſt, quàm filia ipſa cui & data fuerat & debita. Qua
de cauſa Iuſtinianus in *d.l.quoniam Nouella*, ſic loqui-
tur vt generaliter & indiſtinctè dicat dotem & dona-
tionem ante nuptias ſiue filio aut filiæ ſiue nepoti aut
nepti data ſit imputàri debere in legitimam, non ad-
dito eo à quo imputari debeat, vt intelligamus imputa-
ri debere quoties de legitima quæritur, nec à filio tan-
tùm aut filia cui data ſit, ſed etiam à nepote aut à ne-
pte ſicut & confertur. Eandem enim conſtituit ratio-
nem imputationis & collationis, *vt & in l.vnic.§ videa-*
mus.C.de rei vx.act.

Capvt XIII.

Quid ſi filia quæ dotem accepit ſucceſſioni paternæ aut legitimæ cum iureiurando renunciauerit, & de aliis noſtrorum in propoſita quæſtione diſtinctionibus.

Svmmaria.

1 *Communi Interpretum calculo illam renunciationem valere & filiam excludi.*

2 *Et quidem in tantum, vt ſi filia viuo patre mortua ſit relictis liberis, dos illa in legitimam in aui ſui bonis nepotibus debitam imputetur.*

3 *Huius iuris ratio.*

4 *An ſi nepos non ſit hæres matris, cui dotem pater pro legitima dederat, ſed proprio iure ad aui hæreditatem veniat, dos illa nihilominus in eius legitimam imputanda ſit.*

5 *Nepotem qui non eſt hæres matris renunciantis deterioris conditionis eſſe, quam ſi eius hæres eſſet.*

6 *Quod remedium hoc caſu ei ſuperſit?*

7 *Dotem filiæ datam legitimæ nepotis imputandam eſſe, ſiue ille ſit hæres matris quæ renunciauit, ſiue non ſit.*

8 *Diſtinguendum hac parte non eſſe an nepos ille cum auunculis aut materteris, an vero cum aliis nepotibus in eodem gradu conſtitutis concurrat.*

9 *Retorquetur hæc Baldi diſtinctio aduerſus eius ſententiam.*

10 *Reprobatur Fulgoſij opinio, exiſtimantis ita demum cogi nepotem imputare dotem matris in legitimam ſi aliquis ex liberis ab auo inſtitutus ſit, non ſi extraneus.*

11 *Reiicitur alia Interpretum diſtinctio in hac quæſtione.*

12 *Euertuntur eius diſtinctionis fundamenta.*

13 *An bona auita à patre conſumpta in legitimam nepotis imputari debeant?*

SEd † finge filiam cui pater dotem dedit accepta dote, 1
vt fieri hodie ſolet, renunciaſſe paternæ hæreditati,
adeóque futuræ legitimæ interpoſito iureiurando, *vt*
cap.quamuis de pact.in 6. Placet omnibus valere renun-
ciationem & excludi filiam, non illa tantum ratione
quòd iurauerit, quamquam ſemper iuſiurandum neceſ-
ſarium eſt, ſed etiam quia hæreditariam portionem
quam mortuo patre ſperare poterat iam eo viuo acce-
piſſe & occupaſſe videatur. † Vnde illud etiam fit vt ſi 2
viuo patre mortua ſit illis relictis liberis, omnes con-
ſentiant eſſe liberos hæredes matris in illa dote, nec
tantùm in Martini conſuetudine, ſed ex ipſa etiam iu-
ris ratione: Quod nec ego improbo poſteaquam placuit
huiuſmodi renunciationes iureiurando confirmari vt
diximus ad finem c.10. Atqui eo caſu fatentur omnes
imputandam eſſe dotem in legitimam nepotis ratione
illa ne bis idem conſequatur: quomodo Caſtrenſis diſ-
putat in *l.pactum dotali.Cod.de collat.* atque ita Senatus
noſter ſæpius pronunciauit. † Hoc verò cur ita? Niſi 3
quod de bonis aui dos illa profecta ſit, nec tam de illo
quæri debeat. An filiæ quæ dotem habuit hæres nepos
ſit nécne, quàm illud obſeruari ne pro filia & nepote
ex ipſa ſuſcepto duplex legitima in vna eadémque hæ-
reditate detrahatur: quod perinde eſſet ac ſi admittere-
mus vtrumque ſeparatim & in ſolidum ſingulos auo ei-
démque patri ſuccedere: quod tamen certum eſt fieri
nullo modo poſſe, *l.quod contra.141.§.vni duo de reg. iur.*

cùm neque poſſint in viriles concurrere propter gra-
dus diſparitatem ſublato præſertim hodie ea Iuſtiniani
Nouell. 118. de hæred. ab inteſt. venient. edicto illo Præto-
ris *De coniung. cum emancip. liber. eius.* Quòd ſi nec in
ſolidum nec in viriles filia & ex ea nepos ſimul poſſunt
ſuccedere prorſus conſequens eſt vt nec legitimam ſi-
mul petere ambo poſſint, quando, vt ſæpius dictum eſt
in ſuperioribus, nihil aliud eſt legitima, quàm portio
legibus ſtatuta bonorum ab inteſtato contingentium,
4 *d. l. cùm quæritur. 6. C. de inoff. teſtam.* † Indéque nimirum
illud etiam inſero quod plerique negant, Si nepos non
ſit hæres matris, cui pater dotem pro legitima dederat,
ſed ex proprio iure & capite veniat ad hæreditatem
aui, quod illi non obſtante materna renunciatione licet,
non ideò minus imputandum eſſe in eius legitimam
quod mater habuit, qui quamuis hoc caſu non bis idem
conſequeretur nepos, bis tamen pro vna legitima hæ-
reditas aui grauaretur, eademque proinde ſubeſſet ini-
quitas non quidem ex parte nepotis, ſed propter nepo-
tem ex parte hæreditatis, quæ non niſi vnius legitimæ
munere fungi debet. Quam ob cauſam receptior no-
ſtrorum ſententia eſt, Eo caſu quo filia legitimam por-
tionem à viuo patre acceperit, non eſſe admittendum
nepotem ad aui ſucceſſionem tanquam excluſum per
ſucceſſionem potius, quàm per renunciationem filiæ,
niſi ita demum ſi paratus ſit conferre quod mater ha-
5 buit. † Cui planè conſequens eſt, vt nepos qui non eſt
hæres matris, quia dotem maternam conferre non po-
teſt, quam non habet, deterioris condicionis ſit, quod
6 mirum eſt quàm ſi hæres eſſet renuntiantis. † Quod ne
accidat aliud ei remedium non ſupereſt quàm vt quod
ille in commune conferre non poteſt ſibi imputet in
legitimam portionem, vt tanto minus conſequatur. Nã
& hæc collationis ſpecies quædam eſt, *l. 1. §. quamuis &
ſeq. D. de collat.* Nimirum ne filiæ renunciatio quæ illi
nocere non poteſt, auo noceat, qui citra renunciatio-
nem aut ſpem futuræ imputationis dotem filiæ non de-
diſſet, nec verò dare cogi potuiſſet. Cur enim cum auo
7 peius agatur mortua filia, quàm ſi ipſa viueret, † Omni
ergo caſu dos filiæ data in legitimam nepotis imputan-
da eſt, quamuis multo magis ſi hæres ille ſit matris quæ
renunciauit vt omnes fatentur. Quod ſi ita eſt cur ne-
gant imputari debere ſi dotem habeat nepos tanquam
hæres matris quæ non renunciauerit? Nam quæ obſe-
cro inter vtrumque caſum differentia eſt, niſi quòd cùm
renunciatio facta eſt, expreſſa conuentione fit vt in
eius cui dos data eſt, legitimam imputetur. Nulla verò
facta renunciatione, hoc ipſum fit non vi pacti, ſed ex
iuris interpretatione per Iuſtiniani cõſtitutionem in *d. l.*
8 *quoniã Nouella.* † Quare nec probare poſſum diſtinctio-
nẽ illã Baldi licet à pleriſq; probatam quam is ipſe fa-
tetur ex æquitate magis quàm ex iuris ratione ſubſiſte-
re in *d. l. illam. 19. C. de collat.* Vt ſi nepos ſit hæres ma-
tris, & de aui ſucceſſione contendat cum auunculis aut
materteris, imputet ſibi in legitimam dotem matris,
quaſi hoc caſu repræſentet ille matrem, nec plus iuris
habere ex illius perſona poſſit, quàm haberet illa ſi vi-
ueret, *arg. l. ſi viua matre. C. de bon. mater.* Si verò concur-
rat cum aliis nepotibus in eodem gradu conſtitutis,
non imputet, quia tum ex proprio iure, & capite
ſuccedat. Nam imò verò vtroque caſu ſuccedit ne-
pos ex proprio iure, nec ſi ſuccedat cum auunculis aut
materteris repræſentat perſonam matris, ſed gradum,
quemadmodum latiùs dicemus in Diſputationibus no-
ſtris forenſibus. Proinde non debet eo caſu deterioris
condicionis eſſe nepos, quàm ſi cum aliis nepotibus ad
aui ſucceſſionem vocaretur. Nec rurſum ſi ſuccedat
cum ſolis nepotibus plus iuris habere debet, quàm ha-
9 beret mater ſi viueret, ne alioquin ei qui in gradu re-
motior minuſque fauorabilis eſt magis faueamus. † Pro-
deſt tamen hæc diſtinctio vt ſupradictam Baldi pro ne-
pote ſententiam iniquiſſimam eſſe intelligamus. Nam ſi
fatetur ille iniquum eſſe vt nepos ſuccedens cum auun-
culis & materteris præcipuam habeat matris dotem,
licèt ſit etiam hæres matris, tametſi eo quoque caſu
veniat ille ad aui hæreditatẽ ex proprio capite, nil ob-
ſtante matris renunciatione, alioqui nullo modo ad-
mitti poſſet. † Cur non & iniquum ſit quamuis cum 10
aliis ſuccedat nepotibus? † Sed neque illud probabile
puto quod Fulgoſius ſcripſit in *d. l. quoniam Nouella,*
Ita demum cogi nepotem imputare dotem matris in
legitimam ſi ab auo inſtitutus ſit aliquis ex liberis, non
etiam ſi extraneus, *argu. l. fin. C. commun. vtriuſque iudic.*
Cùm enim hæc imputandi neceſſitas non minus ex ve-
ra iuris ratione quàm ex æquitate proficiſcatur, vt di-
ximus, non video cur vno caſu imputatio fieri debeat
potius quàm altero: licet non deſint qui eam diſtinctio-
nem ſumma niti dicant æquitate. Non eſt ſiquidem di-
cenda æquitas quæ legibus probata non eſt & infor-
mata, *l. bona fides. 31 ff depoſit.* Quare & Caſtrenſis ipſe
qui Fulgoſium refert in *d. l. quoniam Nouella,* eundẽ hoc 11
in re non immeritò reprehendit. † Denique conſtat ex
ſuperioribus fruſtra in quæſtione iſta ſolitos noſtros di-
ſtinguere, quibus verbis concepta ſit reſtituendæ dotis
ſtipulatio, An ſcilicet ſtipulatus ſit pater reddi filiæ do-
tem eiuſque liberis tanquam hæredibus, aut quod idem
eſt paſſus ſit filiam ſibi ſtipulari, Aut ſibi quidem
reddi pater ipſe ſtipulatus ſit, ſed in eum duntaxat ca-
ſum qui deſeruerit, ſi filia ſine liberis decederet. An ve-
rò ſibi ſoli in omnem caſum aut etiam nepotibus, non
quaſi matris hæredibus, ſed vt quibus prudenter ille
ac prouidè proſpicere voluerit pro ſua erga eos volun- 12
tate. † Nituntur enim diſtinctiones iſtæ duplici fun-
damento, Quorum vnum illud eſt Valere donationem
à patre collatam in filiamfamilias ex cauſa dotis, Al-
terum poſſe filiamfamilias habere hæredem in dote
ſibi donata. At vtromque falſiſſimum eſſe iam probaui-
mus in ſuperioribus, nec Digeſtorum tantùm iure de
quo minus dubitari poteſt, ſed etiam ex Iuſtiniani con-
ſtitutionibus, Nihil enim quod ad bona profectitia
pertinet, immutatum eſt, *l. cum oportet. C. de bon. quæ li-
ber.* præſertim quod ea quæ rationem aliam habebant
quam patriæ poteſtatis. Sed neque abrogatum illud
eſt, quod de donationibus parentum in filiosfamilias
collatis Iuſtinianus ipſe conſtituit in *l. donationes parenti-
bus. 25. C. de donat. inter virum & vxor.* vt ſcilicet non
prius valeant quam donatoris morte ſint confirmatæ. 13
† Planè ſi quæratur de bonis auitis à patre conſumptis,
verius puto non debere illa imputari in legitimam ne-
potis, licet non ignorem aliter viſum Carolo Molineo
conſ. 35. numer. 26. Mouetur enim falſa ratione, Quòd;
inquit, patrem nepos repræſentet. Id verò nos iam ne-
gauimus. Succedit namque nepos auo ex proprio iure
& capite, nec patris perſonam repræſentat; ſed dun-
taxat gradum: Longéque alia ratio eſt dotis quam ma-
ter habuit in eam nominatim cauſam vt futuræ ſuc-
ceſſioni renunciaret, aut ſaltem ſibi dotem illam quan-
doque in legitimam imputaret, non aliter vt diximus
habitura.

CAPVT XIV.

An quoties vltimo ex hæredibus aut legatariis aut fideicommiſſariis decedenti ſubſtitutio ſit, inducatur inter eos reciproca.

SVMMARIA.

1 *Eum cui vltimo ex pluribus hæredibus repudianti vul-
gariter ſubſtitutus eſt, perinde haberi ac ſi ſolus &
primo loco inſtitutus eſſet, & vniuerſam hæredita-
tem haberet.*

2 Reci

3

2 *Reciprocam tacitam ſubſtitutionem eo caſu inter cohæredes non induci.*

3 *Quando hæc ſubſtitutio reciproca tacita in commodum vltimi adeuntis inducatur?*

4 *Ratio à Ripenſi reddita propter quam non poteſt induci reciproca fauore eius cui vulgaris ſubſtitutio facta eſt.*

5 *Cohæredes inter quos ſit locus iuris accreſcendi inuicem vulgariter nonnunquam ſubſtitui.*

6 *Commodius aliquando eſſe ex ſubſtitutione quàm ex iure accreſcendi ſuccedere.*

7 *Cur hoc in propoſita initio quæſtione locum non habeat?*

8 *Tres circa propoſitam initio quæſtionem tractatus & caſus in pupillari ſubſtitutione excutiendi.*

9 *Quarto caſu, quo ſcilicet pupillaris ſubſtitutio facta ſit pluribus impuberibus inſtitutis, reciprocam nullam ſubſtitutionem induci.*

10 *Eo caſu, quo poſt inſtitutos plures impuberes vnus eſt ſubſtitutus datus eſt, ſubſtitutum non prius admitti, quàm impuberes omnes deceſſerint.*

11 *An ſi impuberum mater ſit in medio, ſubſtitutus in præiudicium eius & ſuperſtitum impuberum admittatur?*

12 *De primo caſu & quæſtione, an ſi vltimo decedenti ex pluribus impuberibus pupillaris ſubſtitutio facta ſit, reciproca pupillaris inter ipſos impuberes inducatur.*

13 *Quorundam Interpretum circa hanc quæſtionem diſtinctio, eiuſque ratio.*

14 *Dini ſententia & diſtinctio retinetur.*

15 *Differentia inter directam & fideicommiſſariam ſubſtitutionem.*

16 *In directa ſubſtitutione nec de caſu ad caſum, nec de perſona ad perſonam extenſionem ſine conſtitutione fieri poſſe.*

17 *Excutitur Bartoli reſponſio ad* l. vel ſingulis. ff. de vulg. & pupill ſubſtit.

18 *Pupillarem ſubſtitutionem fieri non poſſe quin totam pupilli hæreditatem complectatur.*

19 *In primo caſu & quæſtione totam patris hæreditatem ad ſubſtitutum pupillarem non magis peruenire ex tacita reciproca ſubſtitutione, quam ſi nulla induceretur.*

20 *Quid inde inferri poſſit, ſi ex ea ſubſtitutione tacitam reciprocam tam directam quàm fideicommiſſariam inducas?*

21 *Cur reciproca tacita, nec directa nec fideicommiſſaria ex eo ſolo induci poſſit quod vltimus decedens ex impuberibus ſubſtitutum habuerit in tota patris hæreditate?*

22 *An tacita reciproca pupillaris ad hoc vtilis eſſe poſſit vt ex ea fratres ſibi inuicem ſint hæredes neceſſarij.*

23 *Quoties nouiſſima ex impuberibus decedenti ſubſtituitur, fratres illos ex patris voluntate perinde ſibi inuicem ab inteſtato neceſſarios eſſe, ac ſi ex pupillari ſubſtitutione ſuccederent.*

24 *Confirmatur hæc ſententia iuris & legum authoritate.*

25 *Declaratur* leg. qui duos. de reb. dub. *& ex ea ratione ad confirmationem ſuperioris ſententia petuntur.*

26 *Tutorem non potuiſſe infantis nomine pro hærede gerere, ſed tantùm bonorum poſſeſſionem agnoſcere.*

27 *Baldi interpretatio ad* d.l. qui duos *reiicitur.*

28 *Alia Bartoli explicatio refutatur.*

29 *Fratres impuberes in ſpecie* d.l. qui duos. *inuicem ſubſtitutos non fuiſſe.*

30 *Vis pupillaris illius ſubſtitutionis quæ vltimo decedenti facta eſt.*

31 *Cur iure Pandectarum neceſſe non ſit primo caſu reciprocam tacitam ad hoc inducere, vt tota hæreditas ad nouiſſimum impuberem, deinde ad ſubſtitutum perueniret?*

32 *An nouo iure reciproca inducenda ſit ad excludendam matrem quæ in præmortuorum filiorum hæreditate concurreret, & impediret ne tota hæreditas ad ſubſtitutum peruenire poſſet.*

33 *Quando locum habeat illud quod vulgò dicitur, per tacitam pupillarem matrem à legitima non excludi, nec per eam quæ ſub compendioſa continetur?*

34 *Ratio propter quam Ripenſis exiſtimauit ad matrem prorſus excludendam reciprocam pupillarem per interpretationem induci debere.*

35 *Ratio in contrarium affertur.*

36 *Eum qui nouiſſimo tantùm impuberi ſubſtituit, non ideò minus videri voluiſſe vt mater illis qui ab inteſtato decederent cum ſuperſtitibus ſuccederet.*

37 *Non debere hac parte fauorabiliorem eſſe extranei quàm matris cauſam.*

IN † vulgari ſubſtitutione non poteſt locum habere 1
hæc diſputatio Nam ſi ponas pluribus hæredibus inſtitutis
puta Titio, Caio, Sempronio, vltimo ex eis repudianti
vulgariter ſubſtitutum Mæuium, Conſtat repudiantibus
omnibus ſuccedere Mæuium ex vulgari ſubſtitutione
tanquam ſolum inſtitutum, nec in portione tantùm ex qua
ſcriptus fuerat is qui vltimus repudiauerit, ſed in tota
hæreditate, quoniam & tota hæreditas vltimo repudianti
delata erat, cæteris portiones ſuas omittentibus: Et priore
inſtitutionum gradu per omnium inſtitutorum repudiationem
extincto reuocatur vulgaris ſubſtitutio ad intellectum
inſtitutionis, perindéque habetur ſubſtitutus ac ſi ſolus &
primo loco inſtitutus eſſet, *l. quidam teſtamento. 40. l. cum ex filio.
39. §. vlt. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* † Itaque cum reci- 2
proca tacita nũquam inducatur niſi vt qui vltimo ſubſtitutus
eſt totum habeat non aliter totam habiturus, *l. Titia
Seio. 87. §. Seia libertis de lega. 2.* fruſtrà induceretur
reciproca inter cohæredes ad hoc vt qui vltimo repudiãti
ſubſtitutus eſſet vniuerſam haberet hæreditatem. Sed etſi
reciproca facta eſſet expreſſim tamẽ ſubſtituto prodeſſe non
poſſet, quia vltimo inſtituto poſt aliorum repudiationem
adeunte ſiue ex reciproca, ſiue ex inſtitutione, vulgaris
ſubſtitutio euaneſceret, quæ non niſi repudianti vltimo facta
eſſet, *l. poſt aditam. 5. Cod. de impub. & alijs ſubſtit.* Non ergo
inducenda eſt tacita in eum caſum quo nec expreſſa valeret. † Quæ 3
ratio facit vt nec in commodum vltimi adeuntis induci
debeat. Nunquam enim inducitur propter commodum
eius cui ſubſtitutus datus eſt niſi velut in neceſſarium
antecedens maioris commodi quod ad ſubſtitutum peruenire
deberet, ſi ſubſtitutionis vltimo decedenti aut
repudianti factæ caſus contingeret. Cùm igitur fieri
nequeat, vt commodum vllum ex inſtitutione aut ſubſtitutione
reciproca ſiue expreſſa ſiue tacita perueniat
ad eum cui vulgariter ſubſtitutum eſt quin ſubſtitutio
ſtatim euaneſcat, nulla ratio eſt vt ex vulgari illa expreſſa
inducatur reciproca tacita in fauorem eius qui
non niſi in caſum repudiationis ſubſtitutum habuit.
Nec ſanè ratio alia huius propoſitionis quærenda eſt.
† Nam quod Ripenſis ſcripſit ad *§. cùm ita l. hæredes 4
mei. 57. ad S.C. Trebell.* non poſſe induci reciprocam fauore
eius cui vulgaris ſubſtitutio facta eſt, quia vt totam
hæreditatem habeat, ſatis illi conſultum ſit per
ius adcreſcendi ad rem nõ pertinet. Quid enim ſi mallet
ille ex ſubſtitutione, quàm ex inſtitutione ſuccedere?
Vtique ei permittendũ eſſet ſi reciproca induci poſſet
ſubſtitutio, *l. ſi tu ex parte. 76. ff. de acquir. hæred. l. Iulia- 5
nus. 26. in fin. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* † neque nouum
eſt aut abſurdum inuicem ſubſtitui vulgariter cohæredes,
inter quos ſit locus etiam iuri accreſcendi, *l. cohæ-*

redi

redi.41.in princip.& §.1.§.qui diſcretas §.qui patrẽ & poſſ D.de vulg.ſubſti.l.ſi ex pluribus.9. D. de ſuis & legit. quã-
uis & ipſum ius accreſcendi tacita quædam ſubſtitutio
6 dicatur *l. ſi Titio.61.§. Iulianus de legat.2.* † Imò & fieri
poteſt aliquando vt commodior ſit vni ex cohæredi-
bus ſubſtitutio, quã ius accreſcendi, puta ſi ex pluribus
cohæredibus quidam coniuncti ſint, quidam ſeparati.
Nam in iure accreſcendi præferuntur, qui ſunt coniun-
cti, *l. item quod Salinus 17.§.1.& l. heres ſine partibus.63.D.
de hæred.inſtit.* At coniunctis præferretur ſubſtitutus, *l.
a.§.ſi duo.D.de bon poſſ. ſecund. tabul.l vnic §. in primo &
ſeq.C.de caduc.tolle.* quamquam & reciproca ſubſtitutio
ſic in dubio interpretãda eſt vt qui coniũcti ſũt, primo
7 loco inuicem ſubſtitui videantur, *d.§. qui diſcretas* † In
quo tamen obſeruãdum eſt, hoc quod dicimus commo-
dius eſſe aliquãdo vt ſuccedatur ex ſubſtitutione quam
iure accreſcendi, non poſſe in caſu quæſtionis noſtræ
contingere. Ponimus enim repudiatam ab omnib. hære-
ditatem, præterquam ab eo cui vulgaris ſubſtitutus no-
minatim datus ſit. Non poteſt autem coniunctio ſicut
nec ius accreſcendi repudiãtibus prodeſſe; *l. vnic.C.quãd.
non petent.part.petentibus accreſc.l.ſi totã.83.de acquir.ha-*
8 *red.* † In pupillari ſubſtitutione multiplex quæſtionis
huius tractatus eſſe poteſt. Primus ille An ſi vltimo de-
cedenti ex pluribus impuberib. ſubſtitutio pupillaris fa-
cta ſit reciproca pupillaris inter ipſos impuberes indu-
catur. Secundus, An reciproca ſaltem fideicommiſſaria.
Poteſt enim fideicommiſſaria eſſe vtilis, non ſolùm ſi
negetur induci reciprocam pupillarem, quæ vt mox di-
cemus, inducitur difficilius, ſed etiam ſi fortè contingat
irritam fieri pupillarem illam reciprocam ſuperuenien-
te alterutrius ex impuberibus pubertate, *d.l.cohæredi.41.
§.cùm pater.in\&.l.iam hoc iure.4.§ 1.de vulgar. & pupil.
ſubſtit.* Tertius quæſtionis caſus eſſe poteſt ſi non dire-
ctè pupillaris facta ſit, ſed compendioſa, vt interpretes
vocant, quæ pupillarem quoque ſub compendio verbo-
rum contineat, & facta ſit vltimo decedenti, An indu-
cenda ſit reciproca aliqua ſiue directa ſiue fideicommiſ-
9 ſaria. † Taceo quartum illum caſum quẽ præſtantiſſimi
iudicij vir Didacus Couarruuias tractat ad *c.Raynutius.
§.8.n.5.* Si pupillaris ſubſtitutio facta ſit pluribus impu-
berib. inſtitutis. Nam ſiue facta ſit in tota hæreditate, ſi-
ue etiam ſub nomine collectiuo, certum eſt nullam in-
10 duci reciprocã, neque dubitationi locum eſſe poſſe, niſi
cùm ſubſtitutio facta eſt vltimo decedenti. † Quamuis
& eo caſu quo poſt inſtitutos plures impuberes vnus eis
ſubſtitutus datus eſt, non prius admittatur ſubſtitutus
quàm impuberes omnes deceſſerint. Seruatur enim in-
ter ipſos impuberes ordo ſucceſſionis ab inteſtato, quia
cenſentur prædilecti cùm ſint ex liberis. *leg. vel ſingulis.*
11 *37. vbi Bartol. & cæteri de vulg. & pupil. ſubſtit.* † Vnde
illud etiam fit, quod tamen mirum videri poſſit, vt ſi
impuberum mater ſit in medio, & talis quæ ſuperſtites
præmortuorum fratres excludat ab inteſtato, puta quod
ſint illi ex vno tantùm latere coniuncti, *Auth. defuncto.
C.ad Tertyl.* admittatur ſubſtitutus non tantùm in præ-
iudicium matris, quam certum eſt omnino excludi,
adenq; à legitima per pupillarem ſpecificam & expreſ-
ſam, *leg. Papinianus.8.§.ſ. d nec impuberis D.de teſtam.* ſed
etiam in præiudicium ſuperſtitum impuberum. Quibus
nimirum nulla fit iniuria ſi excludantur à ſubſtituto cũ
& à matre defuncti in ſucceſſionis inteſtati excinde-
rentur. Hanc enim receptiorem eſſe noſtrorum ſen-
tentiam refert Didacus ſupradicto loco poſt Baldum &
alios in *l.pen.C.de impuber. & alijs ſubſtitut.* licet dubiam
eſſe dicat. Sed in eo tamen quod dicimus ex huiuſmodi
ſubſtitutione quæ vltimo decedenti nominatim facta
non ſit, nullam induci reciprocam, non eſt qui diſſentiat.
Cæteri autem caſus quos diſcutiendos propoſuimus ſunt
12 ſanè perquam maximè controuerſi. † Nam quod pri-
mum pertinet, extat quidem Florentini Iuriſconſulti
ſententia in *d.l.* vel ſingulis, à Iuſtiniano repetita in *§. vel
ſingul s Inſtit.de pupill. ſubſtit.* Si pater qui plures liberos
impuberes inſtituerat, et qui nouiſſimus moreretur ſub-
ſtituerit Sempronium, non videri liberos inuicem pu-
pillariter ſubſtitutos, ſed eam potius voluntatem patris
fuiſſe vt inter eos conſeruaretur integrum ius legitima-
rum hæreditatum: is autem ſolus ſubſtitutum haberet
qui nouiſſimus moreretur † Sed tamen frequentior in- 13
terpretum opinio eſt, diſtinguendum eſſe An in tota pa-
tris hæreditate ſubſtitutus vltimo decedenti datus ſit,
an in portione tantum vltimi morientis Hoc enim caſu
conſentiunt omnes nullam induci reciprocam ſiue di-
rectam, ſiue fideicommiſſariam. Priore verò placet ple-
riſque induci reciprocam, adeoque directam & pu-
pillarem, *arg.d.l.Titia Seio.87. § Seia libert. de leg.2.* Ita
Didac.*in d §.8.nu.6. poſt Bart.Imol. Aret.* & alios *in d.l.
vel ſingulis. Rip.in d §.cùm ita num.21.* qui dicit hanc eſſe
veriorem magiſque reciprocam opinionem Cuius &
illam rationem reddit, quod non poſſit tota hæreditas
peruenire ad vltimum impuberem ſuperſtitem niſi per
pupillarem, ideoque videatur hoc etiam caſu ſubſiſtere
ratio dicti *§. Seia libertis* vbi Paulus inducit reciprocam
fideicommiſſariam inter collegatarios, quorum vltimus
decedens rogatus fuerat fundum legatum aliis quibuſ-
dam poſt mortem ſuam reſtituere, Non alia voluntatis
cõiectura, quam quòd aliter fieri non poſſet, vt fundus
ille totus à nouiſſimo legatario fideicommiſſariis reſti-
tueretur. † Mihi tamen contraria ſentẽtia verior ſemper 14
viſa eſt quæ fuit Diui in *d.§ Seia*, diſtinguentis hac parte
directam ſubſtitutionem à fideicommiſſaria: propterea
quod fideicommiſſaria facilius inducitur, quam directa.
† Fideicõmiſſaria enim ſolis coniecturis oriri poteſt, Di- 15
recta verò non niſi directis, & expreſſis verbis conſtitui-
tur, *l.cùm proponebatur.64.l. vnum ex famil.67.§.vlt. l. qui
ſoli.78.§.1.de legat. 2.l.fideicommiſſa.11.§ hæc verba.l.mutu.
23.de leg. 3.iunct.d.l.vel ſingulis.37.de vulg.& pup.ſubſt.l.
iubemus.29.C.de teſtam.* Fateor aliquando accidere vt di-
recta ſubſtitutio interpretationem recipiat ex coniectu-
ra voluntatis, vt in *d l.iam hoc iure.4.§.1.& l. quidam te-
ſtamento.30.de vulg.& pupil ſubſtit.* Sed nego, eam induci
vllo caſu per ſolas coniecturas, ob eamque nimirũ cau-
ſam opus fuit Imperatorum cõſtitutione vt caſus vulga-
ris trahi poſſet ad pupillarẽ, & contrà, pupillaris ad vul-
garem, *d.l.iam hoc iure in prin.* † Quòd ſi extenſio de ca- 16
ſu ad caſum ſine conſtitutione admitti non potuit, mul-
to minus admittenda erit de perſona ad perſonam: Hæc
enim difficilior eſt, *l ſi quis ita.16 §.pen. ff. de teſtam.tutel.*
Atqui fieret extenſio de perſona ad perſonã ex pupillari
ſubſtitutione facta vltimo ex liberis impuberibus dece-
denti, reciproca pupillaris inter ipſos impuberes indu-
ceretur, Ergo nec inducenda eſt. † Itaque contra Barto- 17
lum textus eſt apertiſſimus in *d.l.vel ſingulis.* Ad quam
aliud reſpondere non poteſt quàm quod reſpondent
quotquot opinionem eius ſequuntur, non proponi eo
loco factam vltimo ex impuberibus decedenti pupilla-
rem ſubſtitutionem in tota hæreditate Quod tamẽ qua-
le ſit non poſſum ego intelligere. † Nam quod vulgo 18
iactari ſolet poſt Caſtrenſem in *l.ſi pater impuberes.25.
D.de vul.& pupil.ſubſtit.* eum qui vltimo decedenti ſim-
pliciter ſubſtitutus eſt nõ niſi in vltimi portione ſubſti-
tutum intelligi, non pertinet ad pupillarẽ ſubſtitutionẽ
quæ ſanè fieri non poteſt, quin totã pupilli hæreditatẽ
cõplectatur, ſiue is à patre tantùm, ſiue aliunde etiã bo-
na habuerit *lege ſed ſi plures.10.§.ad ſubſtitut.eod.* nec alio-
qui videretur pupillus contra vulgares iuris regulas de-
cedere pro parte teſtatus pro parte inteſtatus. † Quod 19
ſi ponas vltimo ex impuberibus decedenti ſubſtitutum
Semproniũ in tota hæreditate patris, quomodo videtur
Bartolus intellexiſſe, Nõ video tamẽ, qua fieri ratione
poſſit vt tota patris hæreditas ad ſubſtitutum pupillarẽ
magis perueniat ex tacita reciproca, quàm ſi nulla in-
duceretur. Quid enim ſi ex impuberibus quidam præ-
mortuus ſit factus pubes ſuperſtite tamen impubere?

Nemu dubitat,quin quod ad eum ſpectat qui pubes de-
ceſſit pubertate finita & irrita facta ſit ſubſtitutio , *d.l.*
coharedi.41.§.cùm pater leg.in pupil.54 ff.eod. nec tamen
ideò minus admittetur ſubſtitutus ad hæreditatem no-
uiſſimi ſi modò impubes ille deceſſerit,*d.d.* §. *cùm pa-*
ter,reperiétque in hæreditate ipſius hæreditatẽ præmor-
tui puberis ſi teſtatus non ſit,At non ratione tacitæ re-
ciprocæ pupillaris quæ vt dixi extincta eſt, ſed propter
conſeruatum à pubete, qui teſtari potuerat , integrum
ius legitimæ ſucceſſionis. Idémque tractari poteſt etſi
pupillaris reciproca expreſſim facta proponatur vt in
20 *d.l.ſi pater.impuberes.*† Sed finge vt ei magis faueas qui
vltimo decedenti impuberi ſubſtitutus eſt in tota
patris hæreditate ex ea ſubſtitutione inducendã tacitã
reciprocã non modò directã,ſed etiam fideicommiſſariã,
Quid inde obſecro inferas? Nimirum pubertate alteru-
trius ex iis quorũ nouiſſimo decedenti ſubſtitutus datus
fuerat non eſſe finitam fideicõmiſſariam,*l.verbis ciuilib.*
*7.ff.eod.l.precib.in fin.C.de impub.& aliis ſubſtit.*Sed an idò
effeceris vt tota hæreditas patris ad ſubſtitutum pu-
pillarem perueniat , contingente in perſona nouiſſimi
caſu ſubſtitutionis;Minimè verò.Non enim faciet indu-
ctio reciproci fideicommiſſi quominus poſſit is qui pu-
bes factus eſt legitimam ſaltem detrahere,in qua ſcili-
cet certum eſt non potuiſſe eum grauari fideicommiſſo,
l.ſi adrogator.22 §.1. D.de adopt.d.l.coharedi.41.§. cùm fi-
*lia de vulg.lege ex tribus.16 C.de inoff teſtam.*Imò & præ-
terea Trebellianicam ex iuris Pontificij conſtitutione.
Ita igitur fiet vt neque hoc caſu tota patris hæreditas ad
pupillarem ſubſtitutũ perueniat,niſi fortè & hîc ponas
voluiſſe puberem decedere inteſtatum: quod cùm acci-
dit non tacita illa reciproca fideicõmiſſaria dat ſubſti-
tutu vniuerſã patris hæreditatem,ſed ordo ipſe ſucceſ-
21 ſionis inteſtati quæ plenior & vberior eſt. † Non ergo
poteſt induci reciproca tacita ſiue directa ſiue fideicõ-
miſſaria ex eo ſolo quòd vltimus decedens ex impuberi-
bus habuerit ſubſtitutum in tota patris hæreditate,cùm
ea teſtatoris voluntas non alio caſu effectum ſortiri poſ-
ſit , quàm illo ipſo etiamſi reciproca nulla eſſet idem
tamen contingeret,hoc eſt ſi liberi omnes inteſtati de-
ceſſerint ſolo ſuperſtite impubere cui ex pupillari ſuc-
22 cedatur.† Dices fortaſſe imò poſſe tacitã reciprocã pu-
pillarem vtilem eſſe ad hoc vt ex ea fiat fratres ſibi in-
uicem hæredes neceſſarij , *l.2.§. prius autem dict.l.ſed ſi*
plures.§.quos poſſum D.de vulg.& pupill.ſubſtit. cùm ab in-
teſtato non ſint niſi voluntarij,iiſque neceſſaria ſit adi-
tio ad acquirendam hæreditatem , *l.quoniam ſororem.7.*
*vbi DD.Cod.de iur.deliber.*Inde enim poſſe contingere
vt etiã inteſtati fratris præmortui hæreditas ad ſubſti-
tutum pupillarem nũquam perueniat,ſi fortè impubes
nouiſſimus qui ſubſtitutũ habuit prius deceſſerit quàm
fratris hæreditatẽ ſibi ab inteſtato delatam agnouerit:
quod non eueniret ſi pupillaris aliqua eſſet inter fratres
reciproca ſiue expreſſa ſiue tacita,per quã præmortuo-
rum ab inteſtato fratrum hæreditates fratri ſuperſtiti
23 ipſo iure acquirerentur. † Sed reſpondeo quod nemo
fortaſſe adhuc dixit,Quinimò quoties nouiſſimo ex im-
puberibus decedenti ſubſtituitur ſeruari quidem inte-
grũ ius legitimarum hæreditatum inter fratres. Sed ta-
men ex patris voluntate perinde eſſe illo ſibi inuicem
ab inteſtatu hæredes neceſſarios,ac ſi ſuccederẽt ex pu-
pillari ſubſtitutione. Ratione illa,quod alioqui certum
non eſſet euenturũ quod pater euenire omnino voluit
vt inter eos conſeruaretur integrum ius legitimæ ſuc-
ceſſionis, vtque per nouiſſimi impuberis perſonam tota
ipſius patris hæreditas ad ſubſtitutũ deuolueretur.Cùm
enim conſtet hîc de patris voluntate,de iure quærendũ
non eſt quippe quod ex ipſius parentis arbitrio conſti-
tuatur,*d §. quos poſſum.* Nam cur difficilius permittatur
patri vt faciat fratres fratribus & ab inteſtato hæredes
neceſſarios quò hæreditas ad nouiſſimum impuberẽ cui
pupillariter ſubſtituit,tota confluat,quã ſi eos inuicem
ſubſtitueret?An non eadem vtroque caſu patri volun-
tas eſt , niſi quod altero vult omnes decedere teſtatos,
altero ſolum eum qui vltimus impubes morietur? Cæ-
terùm effectu ipſo id ſanè vnum mente agitat vt ſi in-
teſtati omnes decedant ſolo ſuperſtite impubere,vniuer-
ſa ſucceſſio ad impuberem illum , deinde ab impubere
perueniat ad ſubſtitutũ.† Idque nimirum eſt quod Try- 24
phonius ſcribit in *l.qui duos 9.de reb.dub.*Si duos impu-
beres quorum nouiſſimo decedenti ſubſtitutus fuerat
Titius ſimul in naue perierint,ſed ordine tamen vt cõ-
ſtet alterum prius deceſſiſſe , Priori mortuo fratrem
qui ſuperuixit ab inteſtato hæredem eſſe , poſteriori
verò ſoli ſubſtitutum,ſed ita tamen vt in ea poſteriora
hæreditate etiam prædefuncti filij hæreditatẽ inueniat.
Quod & Papinianus ſenſit in *l.qui duos.42. de vulg.&*
pupil ſubſtit.& in *d.l.pater filium.14.§.vlt.D.ad l.Falcid.*
Quomodo enim fieri poſſet vt duobus impuberibus ſi- 25
mul licèt ordine in naui mortuis alter alterius hæres
eſſet,ſi non eſſet neceſſarius?Vtique enim conſtat non
poſſe pupillum adire hæreditatem ſine tutoris autori-
tate,*l.pupill.9. D.de acquir.hered.l.cùm in vna.17.§.tutor.*
de appel An ergo tutorẽ quoque in naui fuiſſe & priori
defuncto ſuperuixiſſe diuinabimus? At neque hoc ſatis
erit ſi non præterea diuinemus tutorẽ tam cito autori-
tatẽ præſtare voluiſſe pupillo vt hæreditatẽ adiret nulla
deliberatione præcedente:quod tamẽ de prudenti tuto-
re & patrefamilias nunquam facilè præſumendum eſt
propter periculum latentis æris alieni *l.4.D.ad S.C.Tre-*
belliar. Sed & diuinandum illud erit impuberes iſtos
non fuiſſe infantes ſaltem eum qui ſuperuixit. † Nam 26
nec infans adire poteſt nec pro hærede gerere etiam
tutore auctore,*d.l.pupillus.*Nec permittebatur olim tuto-
ri vt infantis nomine adiret aut pro hærede gereret an-
te Iuſtiniani conſtitutionem in *l.ſi infanti.18.Cod.de iur.*
*deliber.*ſed tantùm vt illius nomine bonorum poſſeſſio-
nem agnoſceret,*l.ſeruus 7.§.impubes.D.de bon.poſſeſſ.*quã
& agnoſcere quilibet alius poterat,*l.3.C.qui admitt. ad*
*bon.poſſeſſ.*agnitio autẽ bonorũ poſſeſſionis in naui fieri
non poterat præſertim ante *l.vlt.eod.* quæ ſolemnitates
ſuſtulit antea requiſitas. Reſtat igitur ● nullo modo
potuerit frater fratri hæres eſſe in naui quin fuerit ne-
ceſſarius & ipſo iure.† In quo ſanè parum ſubtilis fuit 27
Baldus qui in *d.l.ſi infanti*,ſcripſit ita intelligendã eſſe,
d.l.qui duos, vt nouiſſimus impubes non tam citò defũ-
ctus fuerit,quin fratris præmortui hæreditatẽ prius adire
potuerit. Non animaduertẽs tractari eo loco de impu-
bere qui nec volens per ſe vt dixi adire potuiſſet. Vt
illud taceam quod Baldus ipſe ibidem fatetur non eſſe
veriſimile periclitantem fratrẽ in naufragio deliberare
de fratris ante oculos iacentis hæreditate adeunda , ac
non potius de ſalute & vita cogitare. † Nec ſubtilior 28
Bartulus qui Iacobum de Aretio ſecutus defendit cõtra
manifeſtas iuris regulas & aperta legis verba,non fuiſſe
quidem in ſpecie *d.l.qui duos*, fratrem fratri hæredẽ ab
inteſtato,ſed tamen tranſmiſiſſe in ſubſtitutũ beneficiũ
impetrandæ reſtitutionis in integrũ ad adeundam præ-
mortui fratris ſucceſſionem. Quæ ſententia pugnat ex
diametro cum *d.l.ſi infanti,l.1.C.de reſtit.milit.* & ex iis
quæ alio loco in hanc rem dicemus clariſſimè refellitur.
† Quod verò Caſtrenſis ſcribit ad *d.l.qui duos de reb.dub.* 29
præmortui fratris hæreditatẽ non aditam non aliter re-
petiri poſſe in hæreditate nouiſſimi,quàm ſi ſint illi in-
uicem ſubſtituti prorſus falſum eſt, & contra legẽ ipſã,
quæ ſatis negat impuberes fuiſſe inuicem ſubſtitutos,
cùm ait fratrem fratri hæredem eſſe ab inteſtato.Facta
enim pupillari ſubſtitutione quæ teſtamentum eſt im-
puberis,frater ſubſtitutus non eſt ab inteſtato ſed ex te-
ſtamento hæres diceretur *leg.2. & paſſ. Digeſt. de vulg.*
& pupill.ſubſtitut.leg.mater.17.ff.ſi quis omiſſ.cauſ.teſtam.
& quidem neceſſarius *leg. Iulianus.42. alias l.ſi pupillus*
Digeſtis de acquir. hered. Et tamen lex ait , præmortui
fratris hæreditatem quæ nec adita ſit , nec adiri
potuerit

potuerit in nouiſſimi impuberis hæreditate reperiri. Illud
ergo neceſſariò relinquitur, quod volumus, in ea ſpecie,
hoc eſt quoties nouiſſimo ex impuberibus decedenti da-
tus eſt ſubſtitutus, fratrem fratri ab inteſtato hæredem
eſſe neceſſariũ, ſicut eſſet ex teſtamẽto neceſſarius ſi eſ-
30 ſent illi aut expreſſè aut tacitè inuicem ſubſtituti † Ea
namque vis eſt pupillaris illus ſubſtitutionis quæ vltimo
decedenti facta eſt, vt in ſucceſſione quoque inteſtati
fratrem fratri hæredem faciat neceſſarium. Ne alioqui
fraus voluntati patris, qui totam ſuam hæreditatem ex
perſona nouiſſimi impuberis ad ſubſtitutum peruenire
voluit, quãuis per viam legitimæ ſucceſſionis, Vt proin-
de aliud admitti debeat ſi ne nouiſſimo quidem ſubſti-
tutus datus ſit. Tunc enim fratris præmortui hæreditas
non acquiretur ſuperſtiti ipſo iure & citra agnitionem,
31 *d. l. quoniam ſororem. §. . de iur. delib.* † Atque hæc qui-
dem expeditum meo iudicio tractatum habent ſecun-
dum ius Pandectarum quo obtinebat vt in fratris con-
ſanguinei ſucceſſione nec mater cum filio, nec frater
vterinus tanquam qui eſſet extraneus, concurreret
cum fratre conſanguineo defuncti, *leg. ſi qua mulier. 4.
D. ad S.C. Tert. § 1. Inſtit. eod. § 1. Inſtit. de legit. agnat. ſuc-
ceſſ.* Inde ſiquidem fiebat, vt dato pupillari ſubſtituto ei
qui ex impuberibus nouiſſimus moreretur, nihil neceſſe
eſſet reciprocam tacitam inducere ad hoc vt tota hæ-
reditas ad nouiſſimum impuberem, deinde ad ſubſtitu-
tum perueniret. Nemo enim erat, qui legitimæ & neceſ-
ſariæ inter fratres ſucceſſionis ordinem poſſet interuer-
32 tere. † Sed cùm hodie iure illo vtamur ex Iuſtiniani cõ-
ſtitutionibus, vt cõcurrat mater in ſucceſſione filij cum
fratre qui vtrinque defuncto cõiunctus erat, & fratri
tantũ conſanguineo præferatur, *Auth. ceſſante Cod. de leg.
hæred. & Nouel. 118. de hæred. ab inteſt. venient. cap.* 1. dubi-
tari probabilius poteſt An neceſſariò inducenda ſit reci-
proca ad excludendã matrem quę alioqui in præmortuo-
rum filiorum hæreditate cum ſuperſtitib. vt dixit concur-
reret, atque ita faceret contra volũtatem patris ne tota
hæreditas ad ſubſtitutũ peruenire poſſet. Admiſſa enim
reciproca quamuis tacita, certum eſſet prorſus exclu-
di matrem etiam à portione legitima, fauore ſuperſti-
33 tum liberorum, eorundémque ſubſtitutorũ. † Nam quod
vulgo dici ſolet per tacitam pupillarẽ non excludi ma-
trem à legitima, at neque per eam quæ ſub compendioſa
continetur, licet expreſſam verbis generalibus ſecundũ
receptam Decij ſententiam in *l. precibus num. 26. C. de
impub. & aliis ſubſtitut.* toties locum non habet quoties
ſubſtitutus eſt ex liberis teſtatoris, vt taceant noſtri poſt
Accorſium in *d. l. precibus*, & ſimiliter in reciproca poſt
Bartolum in *l. Lucius. 4. de vulg. & pupil. ſubſt.* quam ſen-
34 tentiam Senatus quoque noſter ſequi ſolet † An ergo ad
matrem prorſus excludendam inducenda hodie erit per
interpretationem reciproca pupillaris. Sic putat Rip.
poſt cæter. in *dict. § cùm ita nu* 21. ratione illa quam di-
ximus, quòd non poſſet aliter tota patris hæreditas ad
35 vltimũ impuberem deuenire. † Sed in contrarium illud
perpetuò vrget quòd nunquã poſſit directa ſubſtitutio
induci ſiue reciproca illa ſit ſiue alia, niſi per verba dire-
cta, quæ ſi nulla ſint, ſola teſtatoris voluntas, quãtumuis
de ea conſtat, non poteſt inducere directam ſubſtitutio-
nem, ſed tantùm fideicommiſſariam, vt omnium elegã-
tiſſimè & apertiſſimè probat, *d. l. cùm proponebatur. 64. de
36 leg. 2.* quæ eſt de reciproca tacita ſubſtitutione. † Et que-
madmodum cùm ſubſtitutio fideicommiſſaria vltimo ex
impuberibus decedenti facta eſt in tota hæreditate, non
ideò fit quominùs detrahatur per legitimos nouiſſimi
impuberis hæredes & legitima & Trebellianica vt idẽ
Rip. fatetur *numero 22. in fine. poſt Aret. in lege poteſt. 36
in fin. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* per textum *in capit. ſi
pater de teſtamen.* 16. quamuis ea detractio faciat con-
tra voluntatem teſtatoris ne totam hæreditatem ſub-
ſtitutus ex fideicommiſſo habere poſſit, Nimirum
quoniam non potuit teſtator facere quin leges in ſuo
teſtamento locum haberent: *l. nemo. 55. de legat. 1. iuncta
l. iubemus. 6. cum ibi notat. C. ad Senatuſconſultum Trebel-
lianum.* Ita & admittendum eſt cùm teſtator nouiſſi-
mo tantum impuberi ſubſtituit licèt in tota ſua hære-
ditate, non ideò minùs videri eum voluiſſe conſerua-
tum inter liberos ius integrum legitimarum hæredita-
tum, quòd ſuperſit mater quæ partẽ ſucceſſionis abla-
tura ſit. Id enim ex ipſius patris voluntate potiùs ficit
credendum eſt, qui ſi matrem à luctuoſa liberorum ſuc-
ceſſione excludere voluiſſet, vtique liberos inuicẽ ſub-
ſtituiſſet, Nimirum ſciens fore vt illis qui ab inteſtato
decederent, ſuccederet illa cum ſuperſtitibus. † Ac ſa- 37
nè ſi frequentiſſimo noſtrorum ſuffragio receptum eſt
vt ſuperſtitis matris fauor directam ſubſtitutionem ali-
quando transformet in obliquam, itémque vt tacitam
pupillarem quæ alioquin ineſſet omnino excludat *l.
vlt. vbi Bartol. & cæteri C. de inſtit. & ſubſt.* quis admittat
ob ſubſtitutionem vltimo ex impuberibus decedenti
factam induci debere pupillarem reciprocam ad ex-
cludendam prorſus matrem, Cùm ſi mater in medio
non eſſet, nulla vt iam probauimus, reciproca pupil-
laris induceretur? Illud enim obſeruandum eſt eos qui
reciprocam iſtam inducunt non tam fauere nouiſſimo
impuberi ad quem tota hæreditas ea ratione perueniat,
quàm extraneo ſubſtituto, vt per impuberis perſonam
totum ille habeat, qui ſi reciproca nulla eſſet totum
non haberet. Fauor ſiquidem reciprocæ inter cohære-
des ſubſtitutionis vt iam antè diximus pendet omni-
no ex fauore eius qui poſtremus ſubſtitutus eſt, nec il-
lam cauſam habet *d. §. Seia libertis.* At quis dixerit fa-
uendum potiùs extraneo ſubſtituto quàm matri contra
id quod paſſim à noſtris traditum & receptum eſt *in d.
l. vlt. C. de inſtitut. & ſubſtitut. d. l. precibus. Codic. de impub.
& aliis ſubſtitution. l. centurio. 16. ff. eodem.* Præſertim
verò cùm & ſperandum potiùs ſit ſuperfore filium ma-
tri, eique aut ab inteſtato aut ex teſtamento ſucceſſu-
rum quàm matrem filio *l. nam etſi. 17. D. de inofficioſo te-
ſtamen. l. ſcripto. 7. §. vlt. vnde liber.* Et conſequenter non
modò abſurdum eſt, ſed etiam mali ominis, induci reci-
procam per interpretationem vt ſubſtitutio fucatur in
eum duntaxat caſum quo impuberes filij turbato mor-
talitatis ordine ſint ante matrem morituri, eámque ob
cauſam tanto minùs ea interpretatio capienda eſt *argu-
men. leg. cùm tale. 72. in principio. D. de condit. & demon-
ſtration.*

Capvt XV.

Si nouiſſimo ex pluribus impuberibus decedenti ſubſtitutio facta ſit, nunquam tacitam reciprocam induci neque pupillarem neque fideicommiſſariam.

Svmmaria.

1 *Fruſtra Ripenſem diſtinxiſſe, quibus verbis vltimo decedenti impuberi ſubſtitutio facta ſit.*
2 *Primum diſtinctionis caput examinatur.*
3 *Alterum quoque excutitur.*
4 *Alteram diſtinctionis partem non pertinere ad compendioſam ſubſtitutionem ſimpliciter factam, ſeu ad eam quæ facta ſit cũ hac adiectione,* in tota hæreditate mea,
5 *An, quum vltimo ex impuberibus decedenti facta eſt ſubſtitutio in tota patris hæreditate inducat tacitam fideicommiſſariam reciprocam inter ipſos impuberes.*
6 *Caſtrenſem & alios fideicommiſſariam admiſiſſe, eo caſu quo aliquis ex impuberibus puber decedat.*
7 *Cur fideicommiſſariam eo quoque caſu non admiſerint, quo liberi omnes pupillari ætate decedunt.*
8 *Contra ſuperiorem ſententiam contenditur ex pupilla-*

ri ſubſtitutione expreſſa fideicommiſſariam tacitam reciprocam induci non poſſe.

9 *Reſpondetur ad leges pro contraria ſententia allegatas.*

10 *Obſeruatio ad* l.cùm prupunebatur.ff.de leg.2.

11 *Superiorem Interpretum ſententiam iis aduerſari quæ ſcripta ſunt in* l. vel ſingulla de vulgar.& pupill. ſubſtit.

12 *Quid Interpretes ad eam legem reſpondeant, quid item ipſis replicandum ſit?*

1 APparet† autem ex ſuperioribus nun eſſe admittendam diſtinctionem Ripenſis *ad d.§.cùm ita. n.12.*
exiſtimantis mulrum intereſſe an vltimu decedenti impuberi ſubſtitutio facta ſit iis verbis, *ſi ambo filii mei deceſſerint.in pupillari ætate vltimo morienti ſubſtituo Seiū in tota hæreditate mea* an illis potius, *Inſtituo filios meos impuberes, & vltimo decedenti ſubſtituo Seium in tota hæreditate mea.*Priore caſu in pupillari expreſſa contineri
reciprocam tacitam pupillarem,poſteriore verò nullā,
facta ſcilicet cumpendioſa ſubſtitutione quæ pupillarē
non coutinet,niſi tacitam,ex tacita autē pupillari tacitam aliam reciprucam induci abſurdū videatur *ex l.ſer-*
2 *uum filii.44.§.vlt.vbi Bart.de leg.1* † Nam quod ad primum diſtinctionis cap. pertinet, fateor quidē poſſe ita
fieri ſubſtitutiunem pupillarē, Nec obſtare quòd eam
teſtator ad hæreditatē ſuā reſtrinxerit,quamuis per pupillarē non patri ſed impuberi ſuccedatur *l.2.ſed ſi plures.*
*10.§. ad ſubſt.l.cohæredi.41.§. cùm filia de vulg. & pupil. ſubſt.*Sufficit enim expreſſam eſſe figurā pupillaris ſubſtitutionis quæ ſanè præponderat vt Ripenſis loqoitur
*ad l.centurio 11.num. 100.per l.1.eod.tit.l.ſi ita ſcriptum.8.§. qui filio.vbi Bar.de bon.poſſ.ſecund. tab.l.pen.vbi Caſtren. Decius & cæteri.de impub.& aliis ſubſtit.*cùm etiam per
pupillarem factam filio inſtituto ſuccedatur patri licer
ſecondariò *l.ſi is qui.6.ff.eod.l. vlt.C. de hæred.inſtit.* Sed
nego in ea pupillari expreſſa cuntineri tacitā reciprocam pupillarem, præſertim verò iu odium & excluſionem matris,Ex iis quæ proximo capite hancin rem diſ-
3 putauimus.† Alterum autem diſtinctionis caput etſi iudicio meo verum eſt(nullo ſiquidem caſu patior induci
tacitā reciprucā pupillarē ex pupillari quantumcūque
expreſſa)nititur tamen falſa ratiune. Quories enim pupillaris comprehenditur in cōpendioſa, non tacita dicēda eſt quomodo illa quę in vulgari cōtinetur,ſed potiùs
expreſſa ſaltē verbis general.vt rectè Bartolus defēdit ad
*d.l.centurio.n.4.& 5.communiter à cæteris approbatus.*Itaq;
ſi vera eſſet communis illa opinio,vt in expreſſa pupillari tacita pupillaris reciproca contineretur,vtique cuntineretur etiam in compendioſa vt cuntra Ripenſ.diſputat Didac. Couar. *in d.ca.Reynutius.§.8.nu.6.in fin.ex cap.ſi pater.de teſtam.6.* vbi reſcriptum eſt,per eiuſmodi compendioſam ſubſtirotionem excludi matrem
4 † Sed in eo tamen Didacus fallitur,vt puto,quod nuu
animaduertit quæſtionē hanc non pertinere ad cōpendioſam ſubſtitutionem ſimpliciter factam,quæ pupillarem ſanè comprehenderet, eámque expreſſam verbis
generalibus,ſed ad eam duntaxat,quæ facta ſit cum hac
adiectione *in tota hæreditate mea.* Iam enim ſupra diximus ex receptiſſima interpretum omniū traditione,non
ex eo ſulo induci poſſe reciprocam quòd facta ſit ſubſtitutio vltimo morienti,niſi facta etiam ſit in tota hæreditate. Quod in pupillari intelligendum eſt non de
hæreditate pupilli,in qua fieri non poteſt vt pro parte
tantùm hæredem ille habeat,ſed de hæreditate patris,
quæ vt tota ad pupillarē ſubſtitutū perueniat,eam neceſſe eſt ad ipſum impuberē priùs peruenire. Atqui receptiſſima noſtrorum ſententia eſt ſubſtitutionem cōpendioſam factā ſine ætatum diſtinctione ſi reſtricta ſit
ad buna teſtatoris uon comprehendere pupillarem. Sic
enim Baldus *in d.l.precibus, verſ. præterea attende. Cod. de impuber. & aliis ſubſtitut. Dec. in penult.eod.* Fieri ergo non poteſt vt compendioſa facta in tota hæreditate teſtatoris non expreſſā figura pupillaris ſubſtitutionis,aut ea quidem expreſſā, ſed non in tota hæreditate inducat reciprocam vllam pupillarem.† Solum igi- 5
tur diſcutiendum illud ſupereſt, qood ad pupillarem
ſobſtitutionem pertinet, An cum vltimu ex impuberibus decedenti facta eſt in tuta patris hæreditate,inducat tacitam fideicommiſſariam reciprocam inter ipſos
impuberes. † Plerique enim ex iis ipſis qui negarunt 6
induci reciprocam pupillarem admiſerunt tamen fideicummiſſariam,illo etiam caſu quo aliquis ex impuberibus decedat pubes. Inter quos præcipui nominis Caſtrenſem video in reſponſis,& Rip. *in d.§.cùm ita,n.22.*
Illa tantùm ratione mouentur quòd ea teſtatoris voluntas fuiſſe videatur vt per vltimi impuberis perſonam tota hæreditas ad ſubſtitutum perueniret:ea autem voluntas ſufficere poſſit ad inducendam ſaltem reciprocam
fideicommiſſariam ſi non directam ſubſtitutionem: *ex d. l.Seia libertis.& d.l.cum proponebatur.64 de legat.2.* Neque dubitandum eſt quin ſit hæc receptior interpretum
ſententia,quæ ſcilicet aſſertores habet eos omnes quibus placet ex pupillari expreſſa facta vltimo decedenti
inducendam reciprocam pupillarem.† Multo enim fa- 7
ciliùs fideicommiſſariam eos admittere neceſſe eſt quæ
coniecturis nudis contenta ſit. Non quidem eo caſu
quo liberi omnes decedant in pupillari ætate, tuue
enim volunt ſufficere pupillarem quæ plenior eſt, ſed
ita demum ſiquis ex iis pubes fiat. Finita enim pupillari per pubertatem,neceſſaria eſt fideicommiſſaria, quæ
impediat ne qui pubes factus eſt,de reſtituenda portione teſtari poſſit.Ita Didacus *in dicto §. 8. numero vltim. poſt Aretin. in dict. leg. poteſt. in fin.de vulgar.& pupill. ſubſtit.* † Ego verò non magis poſſum fideicommiſſa- 8
riam reciprocam quàm directam inducere ex pupillari
expreſſa: Nam cùm expreſſa ſubſtitutio cuius fauore
reciprocam præmiſſam volunt ſit directa,non intelligo
qui fieri poſſit vt pariat ſubſtitutionem aliam quæ ſit
planè diuerſi generis, hoc eſt fideicommiſſariam. Indéque eſt quod noſtris placet ſubſtitutionem ipſam reciprocam, aut vt loquuntur breuiloquam, quia ſui natura directa eſt, nunquam cenſeri fideicommiſſariam
niſi concepta ſit per verba tractum temporis babentia
vt latè noſtri tractant poſt Bartolum *in dicta leg. Lucius. 45. de vulgar. & pupillar. ſubſtitution.* Sic enim
ſubſtitutio ipſa reciproca quæ ſui natura apta eſt comprehendere ſpecies omnes ſubſtitutionum, vt docet
Bartolus *in dict. leg. Lucius*, non comprehendit tamen
fideicommiſſariam ſi ſimpliciter facta ſit, etiamſi per
illud quod commune vocant verbum *Subſtituo*, quia
cenſetur eſſe penitus directa *dicta leg.Lucius & leg.iam hoc iure.4.eodem.* quanto minus admittendum eſt vt ex
directa, & pupillari expreſſa inducatur reciproca quæ
ſit fideicommiſſaria? Fateor flecti aliquando directam
ſubſtitutionem in fideicommiſſariam ſi noſtris credimus
ad leg.verbis ciuilibus.7.eod. ad leg. Scæuola. 76. ad Senatuſconſultum Trebellianum.& ad dict. leg.precibus. Sed vt
directa manens directa includat aliam fideicummiſſariam nullo ſanè iuris loco probari poſſit. † Nam in 9
ſpecie *dict. §.Seia libertis.*duplex fideicummiſſaria proponitur, non vna directa, altera fideicommiſſaria. Et
in leg. cum proponebatur conlicit Papinianus reciprocam
tacitam fideicommiſſariam non ex pupillatl ſubſtitutione, ſed ex alia reciproca quam teſtator in ſecundis
tabulis expreſſerat, cùm illos ipſos ſubſtitueret quibus
in alia teſtamenri parte fideicommiſſum relictum erat,
qoòd non eſſet veriſimile teſtatorem noluiſſe in fideicommiſſo ſubſtituere inuicem reos quos in ſecundis tabulis inuicem ſubſtituerat. Sic enim locus ille accipiendus eſt quomodo & Caſtrenſis contra Accurſium
& Bartolum rectiſſimè interpretatur. † Quanquam 10
& illud obſeruandum eſt mutuam eam ſubſtitutionem
quam Papinianus elicit ex coniectura voluntatis, eſſe
quidem fideicommiſſariam reſpectu hæredis inſtituti

à

à quo teſtator fideicommiſſum reliquerat, ſed inducendam tamẽ in caſum vulgarem duntaxat, nõn agniti per alterutrum ex fideicommiſſarijs fideicommiſſi, quoniã & reciproca illa ſubſtitutio in ſecundis tabulis facta vulgaris tantùm fuit non etiam fideicommiſſaria, vt ex eo magis appareat verum eſſe quod volo ex vna ſubſtitutione nunquam induci aliam poſſe, niſi quæ ſit eiuſdem naturæ & condicionis. Quod ſi ita eſt, quomodo fieri queat, vt qui vltimo ex impuberibus morienti pupillariter ſubſtituit in tota ſua hæreditate, videatur eo ipſo per fideicommiſſum impuberes inuicem
11 ſubſtituiſſe? † Itaque huic ſententiæ ſicut obſtat iuris ratio, ita & quod ſcriptum eſt *in dicta leg. vel ſingulis. 37. de vulga. & pupill. ſubſti.* Videri patrem ita ſubſtituentem conſeruaſſe ius integrum legitimarum inter liberos hæreditatum Non enim potuit Iuriſconſultus apertiùs dicere ex huiuſmodi ſubſtitutione pupillari nullum induci reciprocum fideicommiſſum, quia ſi induceretur, derogaret vtique legitimæ ſucceſſioni, cùm plane repugnantia hæc ſint, ſuccedere ex fideicommiſſo, & ſuccedere ab inteſtato. Qui enim ſuccedit ex fideicommiſſo quod in teſtamento relictum eſt, ſuccedit ex teſtamento *dicta leg. coher. § cum filia de vulg. l. prima. §. primo.*
12 *Cod. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* † Nec dici poteſt quod pro tuenda commoni ſententia vulgo reſpondetur, non proponi eo loco factam ſubſtitutionem pupillarem vltimo morienti in tota hæreditate teſtatoris. Non enim eo minùs conſtat voluiſſe patrem totam ſuam hæreditatem ex perſona nouiſſimi impuberis ad ſubſtitutum peruenire: Nam quid obſecro aliud eſt quod lex ait voluiſſe eum conſeruari inter liberos ius integrum legitimarum hæreditatum? Cùm & per viam legitimæ ſucceſſionis citra fideicommiſſum poſſit tota hæreditas ad vltimum impuberem deuolui, licet præmortui facti ſint puberes, ſi modo deceſſerint inteſtati. Porro teſtandi facultatem ipſis adimi an non iniquum eſſet, præſertim fauore extranei ſubſtituti? qui nunquam fortaſſe ſit ſucceſſurus, puta ſi nouiſſimus quoque decedat pubes *d. l. cohæredi. §. pen.* Vt illud omittam quod nec per fideicommiſſum fieri poteſt vt inuitis puberibus tota eorum ſucceſſio ad vltimum impuberem deuoluatur. Detrahenda enim eſt vt diximus, legitima, itémque Trebellianica. Atqui conſtat inter noſtros quoties adiectis illis verbis *in tota hæreditate* induceretur tacita reciproca, iis etiam non expreſſis perinde illam induci, ſi modò conſtet voluntatem teſtatoris talem fuiſſe vt de tota hæreditate diſponeret. Nihil ergo intereſt in ſpecie *d. l. vel ſingulis,* an verba illa adiecta ſint, necne Neque enim ſi adiecta fuiſſent in pupillari ſubſtitutione aliter tamen reſponſurum fuiſſe Iuriſconſultum credendum eſt. Hæc de ſubſtitutione pupillari.

Capvt XVI.

Quid ſi vltimo decedenti ſubſtitutus quis ſit per fideicommiſſum, Ad §. Seia libertis l. Titia teſtamento 87. de leg. 2.

SVMMARIA.

1 *Fideicommiſſum reciprocum eo caſu inter cohæredes vel collegatarios induci.*
2 *Duo ad hoc concurrere debere.*
3 *Declaratio* l. ſi eius. 34. ff. ad S.C. Treb.
4 *Cur in eius legis ſpecie propinquo ſubſtituto incumbat onus probandi quis ex fratribus nouiſſimus obiiſſet?*
5 *Fideicommiſſariam ſubſtitutionem vltimo decedenti factam non operari vt frater fratri ſit ab inteſtato hæres neceſſarius.*
6 *Non poſſe in dicta ſpecie matris aut alterius legitimã hæreditatis quicquam intereſſe.*
7 *Ex quibus iuris locis & an bene probauerint Interpretes, ad inducendum reciprocum fideicommiſſum requiri vt ſubſtitutio facta ſit in tota teſtatoris hæreditate aut in toto fundo.*
8 *Reſpondetur ad* §. Seia libertis l. Titia Seio. 87. de leg. 2. *Et Ripenſis ad eum locum coniectura refutatur.*
9 *Diſtinguendum eſſe in propoſita quæſtione, an ſimpliciter ab vltimo decedente fideicommiſſum relictum ſit, an verò cum hac adiectione,* in fundo *aut in* hæreditate.
10 *Verba illa* d. §. Seia libertis ne eum fundum vendatis, *quomodo intelligenda ſint?*
11 *An in hæreditatis fideicommiſſo pater facere poſſit vt nouiſſimus ex liberis decedens totam hæreditatem alteri reſtituat*
12 *Differre hac parte legatum & fideicommiſſum ſingulare, à fideicommiſſo hæreditatis.*
13 *Non ideò minus reciprocam inter cohæredes in propoſita quæſtione induci, quòd patris voluntas de tota hæreditate reſtituenda eatenus tantum valeat quatenus filium fideicommiſſo obſtringere potuit.*
14 *Idem in extraneis admittendum eſſe.*
15 *Quid ad inducendam reciprocam fideicommiſſariam præter ſuperiora requiratur?*

IN † fideicommiſſaria ſubſtitutione res expeditior eſt. 1
Conſtat enim ſi quis vltimo ex pluribus hæredibus aut legatariis decedenti ſubſtitutus ſit per fideicommiſſum, ſiue in tota hæreditate ſiue in toto fundo, induci reciprocum fideicommiſſum inter collegatarios, aut cohæredes. Quaſi in neceſſarium antecedens vt poſſit tota hæreditas aut totum legatum peruenire ad vltimum, & ab vltimo ad eum qui per fideicommiſſum ſubſtitutus eſt *l. Titia Seio. 87. § Seia libertis de legat. 2.* † Duo igi- 2
tur concurrere neceſſe eſt ad inducendam ex fideicommiſſaria fideicommiſſariam reciprocam, Nimirum vt ſit facta vltimo decedenti, & in tota hæreditate aut in toto legato vel fideicommiſſo. Etſi enim Paulus *in d §. Seia libertis*, ex eo potiſſimum moueri videtur quòd ab vltimo decedente fideicommiſſum relictum fuerat, vt apparet ex illis verbis *in ſecunda tamen adiecerit verbum, Qui vltimus deceſſerit*, nulla tamen ſubeſſet coniectura voluntatis ad inducendum fideicommiſſum reciprocum ſi ab vltimo non niſi in ipſius portione fideicommiſ- 3
ſum relictum eſſet, † vt nec obſcure nec ineleganter probat textus *in l. ſi eius qui, al. ais, eum qui. 34 D. ad S.C. Trebel.* vbi Marcianus ſcribit, Si eius qui nouiſſimus ex filiis morietur partem hæreditatis propinquo reſtitui pater voluerit, & ſimul fratres diem ſuum obierint, propinquum ſi non oſtenderit quis nouiſſimus deceſſerit ad partem hæreditatis non admitti. Quid enim fideicommiſſarij intereſſet vter ex filiis nouiſſimus deceſſiſſet ſi fratri per fideicommiſſum ſubſtitutus videretur? Vtique enim certum eſſet alterutrius partem ad fideicommiſſarium pertinere, neque verendum eſſet, quod Marcianum præcipuè mouiſſe videtur, ne alterius quàm nouiſſimi defuncti partem fideicommiſſarius haberet, poſtquam tota hæreditas ad nouiſſimum perueniſſet. Nam cùm per rerum naturam certum ſit alterutrum nouiſſimum deceſſiſſe non deficit ius pro fideicommiſſario ſed tantum probatio vt *in leg. duo ſunt Titij. 30. ff. de teſtam. tutel. l. ſi fuerit. 10. in princip. D. de reb dub.* † Proba- 4
tio autem ideò neceſſaria eſt, quoniam non in alterutrius aut vtriuſque, ſed præciſè in nouiſſimi portione fideicommiſſum relictum proponebatur, quemadmodum poſt Accurſiũ & cæteros Cuiacius tractat *ad leg. ex duobus. 34. D. de vulgar. & pupil. ſubſt.* Vt proinde iniquum futurum ſit & contra patris voluntatem ſi admittatur fideicommiſſarius ad partem eius qui fortaſſe prior defunctus ſit. Quæ tamẽ iniquitas ceſſaret ita poſito iure vt in prioris portione nouiſſimus per fideicõmiſſũ ſubſtitu-

tus intelligeretur. Neque enim aut ipſius nouiſſimi, aut
5 vllius quicquam intereſſet. † Niſi fortè quis dicat: imò
verò poſſe matris intereſſe aut alterius hæredis legiti-
mi, propter detractionem Falcidiæ legitimutiæ, in qua
non poterat filius grauari fideicommiſſo *leg. Papinia-
nus.8.§.meminiſſe.de ineff. teſtam.* Siquidem quod ſuprà
diximus pupillarem ſubſtitutionem vltimo decedenti
factam operari vt frater fratri ſit ab inteſtato hæres
neceſſarius *ex d.l. qui.9.de reb.dub* non perinde verum
eſt in ſubſtitutione fideicommiſſaria vt ex eo apparet
quod in *dict.l.ſi eius* ſcriptum eſt matrem in illa ſpecie
ex Tertylliano Senatuſconſulto ad vtriuſque filij hære-
ditatem admitti. Nempe quia cùm fideicōmiſſaria ſub-
ſtitutio nec eum ipſum hæredem faciat qui nouiſſimo
ex fratribus morienti ſubſtitutus eſt *§.reſtituta.Inſtit.de
fideicommiſſ.hæred.* multo minùs facere poteſt fratres in-
6 uicem hæredes, multo etiam minùs neceſſarios. † Sed
reſponderi poteſt nec matris nec alterius cuiuſlibet le-
gitimi ſucceſſoris poſſe quicquam intereſſe, quoniam
ſiue hic ſiue ille ex fratribus aut prior, aut nouiſſimus
deceſſerit, habebit legitimus hæres totam alterutrius
portionem, in parte verò alterius Falcidiam legitimam.
Nihil autem refert cuius portionem aut integram, aut
pro parte habeat, quia ponimus filios ex æquis portio-
nibus inſtitutos. Alioqui etiamſi eſſent inuicem rogati,
negatemtamen admitti fideicommiſſariam ad vllius ex
ipſis portionem, niſi oſtenderet quis nouiſſimus deceſ-
7 ſiſſet. Ergo vt ad inſtitutam quæſtionem reuertamur.
non ſufficit factam eſſe ſubſtitutionem fideicommiſ-
ſariam vltimo morienti ex hæredibus aut legatariis ad
reciprocum inter eos fideicommiſſum inducendum, ſed
illud prætereà requiritur vt facta ſit in tota teſtatoris
hæreditate aut in toto fundo. Quòd tamen id nonnulli
comprobant *ex l.ſi Titius ex parte 96.de legat.3. & l.
Titia.86.Digeſt.ad legem Falcidiam.* faciuot parum ſub-
tiliter. Non enim proponebatur iis locis fideicommiſ-
8 ſum relictum ab eo, qui vltimus moreretur, ſed ab vno
ex cohæredibus nominatim. † Enimuerò huic receptiſ-
ſimæ noſtrorum ſententiæ obſtare videtur is ipſe tex-
tus quo mouentur, *dict.§.Seia libertis*, in cuius ſpecie ni-
hil eſt ex quo poſſit colligi rogatum eum qui ex l. ga-
tariis nouiſſimus moreretur, vt totum fundum reſtitue-
ret. Nam quod Ripenſis coniicit eam fuiſſe teſtatoris
voluntatem ex prohibita fundi alienatione non eſt pro-
babile, tum quia is qui in vitu prohibitus eſt vendere
non prohibetur in eo fundo extraneum hæredem in-
ſtituere: *l. pater.38 § fundum. de legat. 3.* niſi expreſſim
iuſſerit teſtator fundum in familia relinqui, *vt in l.pete.
69.§.fratre.de legatis ſecundo.* Tum etiam quia etſi nulla
proponeretur facta prohibitio idem tamen reſponden-
dum eſſet ſi modò indefinitè fundus ab vltimo deceden-
te per fideicommiſſum eſſet relictus vt rectè Didacus
defendit ad *capit. Raynutius. §.8.numero 1. & 3.poſt Vi-
glium in §. vel ſingulis Inſtitut.de pupill. ſubſtit.* Ratione
illa quòd in vltimis voluntatibus vt aiunt indefinita
æquipollent vniuerſali *l.ſi pluribus .44. de legat.2. l. ſi
plures.98.de legat.3.* Quòd ſi fideicommiſſaria ſubſtitu-
tio non in fundo indefinitè facta ſit, ſed vltimo dece-
denti ſimpliciter puta his verbis *Vltimo ex hæredibus aut
legatarijs morienti Titium ſubſtituo.* aliud ſanè erit, videbi-
túrque nouiſſimus de ſua tantùm portione rogatus, nec
proinde fideicommiſſaria vlla reciproca induceretur.
9 † In quo errauit Ripenſis non diſtinguens an ſimpli-
citer ab vltimo decedente fideicommiſſum relictum ſit
nulla fundi aut hæreditatis facta mentione, an verò his
verbis adiectis *in fundo* aut *in hæreditate*, abſque nota vl-
la vniuerſali, cùm tamen diſtinctio illa & elegans ſit &
vera, quā & Bartolus & Imola & alij plerique probāt
in d.§.Seia.& in d.l.vel ſingulis. Nec me mouet quod Ri-
penſis obiicit verba illa indefinita poſſe verificari etiā
in portione vltimi ſola, cuius ſcilicet reſpectu poſſit ea
iam dici fundus & hæreditas vt contingit in corporibus
omnibus homogeneis *l.ſerui electione.5 §.vlt.de legat.1.
l.vel ſingulis.77.D.ad legem Falcidiam.§. & cùm quæſitum
Inſtit.eodem.* Id enim procederet ſi non proptereà ab vl-
timo decedente fideicommiſſum relictū proponeretur.
At his duobus concurrentibus, aperta eſt teſtantis vo-
luntas vt perinde dum ſint ſubſtitutionis gradus ac ſi in
toto fundo aut in tota hæreditate nouiſſimus decedens
grauatus fuiſſet, cùm vt dictum eſt, indefinita æquipol-
leat vniuerſali, & quidem ex vi ipſa & proprietate verbi
citra interpretationem. † Nec rurſus obſtat quod idem 10
ille obiicit, *in dict. §. Seia libertis* verbis illa *ne eum fun-
dum vendatis* ita neceſſariò intelligenda vt quiſque ex
legatariis ſuam tantùm fundi partem vendere prohi-
bitus ſit, ex quo infert ille, quod ſequitur *eúmque* ſcili-
bet *fundum* non niſi de vltimi portione intelligi debe-
re Nam reſpondeo malam eſſe ratiocinationem. Illa ſi-
quidem pluralis locutio *ne eum fundum vendatis* reſol-
uitur neceſſariò in ſuas ſingularitates *lege falſa.33.§.vl-
tim.de condition.& demonſtration.lege.2.§ vltim.de condic.
inſtitut.* Illa autem ſingularis *eúmque fundum qui ex vobis
vltimus deceſſerit cùm morietur reſtituat Symphoro* non
poteſt reſolui in alias ſingularitates quas nullas habet,
ideóque totius fundi fideicommiſſum in perſona vltimi
neceſſariò complectitur, & conſequenter facit vt vl-
timus ille collegatario ſubſtitutus videatur. Nec ſa-
nè in legato aut fideicommiſſo ſingulari dubitationem
hoc vllam habet. † Sed in hæreditatis fideicommiſſo 11
videtur illud poſſe obiici quod in ſuperioribus attigi-
mus, non poſſe patrem facere vt nouiſſimus ex liberis
decedens totam hæreditatem alteri reſtituat, cum vel
inuito patre detrahenda ſit legitima itémque Trebel-
lianica ex capite Raynutius & capite Raynaldus *extra
de teſtam* † Ratio igitur illa quæ in legato inducit reci- 12
procum fideicommiſſum inter collegatarios, vt totum
habeat is qui nouiſſimo decedenti ſubſtitutus eſt, non
aliter totum habiturus, ceſſare videtur eo caſu quo no-
uiſſimus ex liberis decedens totam hæreditatem reſti-
tuere rogatus ſit, cùm fieri nequeat vt totam habeat
ſubſtitutus. † Sed reſponderi poteſt non idcirco negan- 13
dum eſſe induci reciprocam inter cohæredes; vt volun-
tas teſtatoris ſi non in tota hæreditate propter autori-
tatem legis quæ dat filio primi gradus duplicem detra-
ctionem vel inuito patre, ſi noſtris credimus *ad l. iube-
mus.Codic.ad Senatuſconſultum Trebellianum.* ſaltem quā-
tum fieri poteſt effectum ſortiatur: vt quod de tota hæ-
reditate pater conſtituit ad eam ſolam hæreditatis par-
tem pertineat in qua filium fideicommiſſo obſtringere
potuit. † Idémque admittendum eſt extraneis quoque 14
hæredibus inſtitutis, vt non eò minùs inducatur inter
ipſos reciproca, quòd grauatus hæres Trebellianicam
poſſit detrahere, illo etiam caſu quo in tota hæreditate
fideicommiſſum ab vltimo decedente relictum ſit:
[quamuis enim extraneo prohiberi poſſit detractio
Trebellianicæ ſicut & Falcidiæ, non tamen ex eo ſolo
inducitur prohibitio quòd totam hæreditatem ſuam re-
ſtitui teſtator iuſſerit vt Caſtrenſis verè docuit ad *Aut-
hen.ſed cùm teſtator.C.ad legem Falcidiam.*] Subducto ſi-
quidem eo quod legis Falcidiæ aut Senatuſconſulti au-
thoritas exceperit, reliquum in duplici fideicōmiſſu tam
reciproco quàm vltimo eſſe intelligitur *arg. leg. quoties.
67.D.eodem.* Et hæc ſanè ſicut receptiſſima, ita & veriſ-
ſima ſententia eſt pleriſque Senatus noſtri conſultis ap-
probata. † Hoc etiam addito & obſeruando quod ad in- 15
ducendam fideicōmiſſariam reciprocam non illud ſufficit
vt ſubſtitutio facta ſit vltimo decedenti & in tota hære-
ditate, ſed illud prætereà requiritur, vt ij quorum nouiſ-
ſimo facta eſt ſint vocati & in diſpoſitione poſiti non
tantùm in conditione. Quæ fuit primùm ſententia
Imolæ *in leg.centurio*, quem refert & ſequitur Socinus
in dict.§. cùm ita. & Didacus *dicto.§.8. numer .3. in fine.*
Sequitur enim hac parte Senatus noſter & bene con-
munem illam noſtrorum traditionem, quæ habet li-
berus

betos in conditione poſitos, non ob id ſolum cenſeri
vocatos quòd ſint grauati, prorſúſque inutile fidei-
commiſſum eſſe tanquam ab eo relictum qui non fuit
honoratus ex regula legis ab eo 9. *C. de fideicommiſſ.*
Tametſi contra ſenſerit Bartolus *in d. l. centurio. num.*
37. vulgò à noſtris improbatus. De quo tamen alio lo-
co pluribus tractandum nobis erit, quoniam obſcura
quæſtio eſt variíſque diſtinctionibus explicanda. Il-
lud ſanè ad inſtitutam diſputationem omnimodo per-
tinet, an videatur ſubſtitutio facta vltimo decedenti,
cùm poſt mortem plurium facta eſt, aut ſub illa con-
ditione *ſi ante deceſſerint*. De illo igitur in ſequentibus
videamus.

Capvt XVII.

Quibus caſibus videatur ſubſtitutio facta ab vltimo decedente cùm id expreſſum non eſt.

SVMMARIA.

1 *Quænam ſit receptior circa hanc quæſtionem Docto-rum ſententia?*
2 *In quo differat pluralitas ab vniuerſalitate?*
3 *Quibus caſibus fideicommiſſarius primo ex pluribus decedente ad eius portionem ex vulgari Doctorum ſententia non admittatur.*
4 *Differentia inter fideicommiſſariam & vulgarem ſub-ſtitutionem.*
5 *Quibus caſibus ius ſubſtitutionis potentius ſit iure ac-creſcendi.*
6 *Idem in pupillari ſubſtitutione à Doctoribus tracta-tum eſſe quod in fideicommiſſaria.*
7 *Examinatur ſuperior Doctorum de fideicommiſſaria ſubſtitutione ſententia.*

MIrum eſt quantas huic diſputationi tenebras of-
fuderint interpretum noſtrorũ contentiones. Sed
nobis ſufficiet dixiſſe quid magis communiter proba-
tum ſit, deinde quid nos magis probandum arbitremur.
1 †Receptior Doctorum ſententia eſt ſubſtitutionem fi-
deicommiſſariam factam poſt mortem plurium, aut
quod idem eſt poſt mortem omnium, aut etiam fa-
ctam pluribus ſiue ſimpliciter ſiue indefinita hæredita-
te aut in legato vel fideicommiſſo non cenſeri factam
ab vltimo, ſed à ſingulis pro cuiúſque portione: ideó-
que nec inducere reciprocam inter oneratos, ſed pri-
mo quoque decedente admitti fideicommiſſarium ad
eius portionem: *ex leg. vltim. §. filium de legat. 2.*
lege Lucius. 78. §. Caio. ff. ad ſenatuſconſultum Trebellian.
Idémque eſſe etſi ſub nomine collectiuo facta ſit ſub-
ſtitutio hoc modo *ſi vterque ſine liberis deceſſerit*, aut *ſi*
omnes deceſſerint. Reſolui enim & diſtribui pluralitatem
in ſuas ſingularitates, quoties ſingularitates illæ reſpi-
ciunt diuerſos effectus *leg. falſa. 33. vbi Bartol. de con-*
ditionib. & demonſtration. l. 2. §. vltim. de condic. inſtitut.
Hîc autem diuerſos videri effectus, quia tot ſint ſubſti-
tutiones fideicommiſſariæ, quot ſunt perſonæ oneratæ,
cùm vniuſcuiuſque fidem teſtator ſecutus eſſe videatur:
nec aliam cenſeri voluntatem teſtatoris cum dictione
2 collectiua & vniuerſali vſus eſt. † Quanquam enim
differt in eo pluralitas ab vniuerſalitate quòd vniuer-
ſalitas nunquam reſoluitur in ſuas ſingularitates, quas
ſcilicet non continet tanquam ſingulas ſed tanquam
in vniuerſum collectas vt idem Bartolus fatetur *ad §.*
vlt. d. l. falſa. vt proinde ex proprietate verborum repel-
lendus ſit fideicommiſſarius ſi in alterutrius tantùm
perſona fideicommiſſi conditio extiterit, placet ta-
men contrariam videri teſtantis voluntatem quæ ma-
ximè in conditionibus omnibus dominatur *l. in condi-*
tionibus. 19. de condic. & demonſtr. præſertim verò in fi-
deicommiſſis *lege hæredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad S.C.*
Trebellian. Sic Bartol. Imol. & Alexand. *in d. §. cùm ita*, &
alij plerique quos refert & ſequitur Didacus Couar. *in*
cap. Raynutius. §. 8. num. 4. † Hæc ita ſi non ſuperſit talis 3
perſona quæ ex præſumpta mente defuncti debeat ex-
cludere ſubſtitutum ſiue ſit illa ex deſcendentibus vt
Bar. voluit ad d. §. cum ita. ex l. pen. C. de impub. & alijs ſubſt.
Siue etiam ex tranſuerſalibus dummodò proximior ad
ſuccedendum ab inteſtato, quomodo plerique tradide-
runt. Addunt vulgo aliam exceptionem, niſi factum ſit
fideicommiſſum in ea re in qua etiam poſt agnitionem
ius accreſcendi locum habere poſſit puta in vſufructu,
aut habitatione *leg. 1. §. vltim. D. de vſufr. accreſc.* Tunc
enim videri teſtatorem voluiſſe ſubſtituto præferre con-
iunctum ad conſeruandum inter eos ius accreſcendi
ex leg. codic. 34. in princ. ſp. vbi Bart. de vſufr. legat. † Quaſi 4
hoc caſu eadem ratio ſit fideicommiſſariæ, quæ vulga-
ris ſubſtitutionis. In qua communiter receptum eſt vt
qui pluribus inſtitutis ſubſtitutus vulgariter fuit, ſiue
ſimpliciter hoc modo *Hæredibus meis Caium ſubſtituo*
[quibus verbis conſtat non contineri fideicommiſſa-
riam ſed ſolam vulgarem quia tractum temporis non
habet vt noſtri tractant *ad leg. centurio de vulgar. & pu-*
pillar. ſubſtitut.] ſiue cum dictione collectiua *ſi neuter*
hæres erit. non aliter admittatur quàm ſi in vtriuſque
perſona verificetur conditio, hoc eſt ſi neuter hæres
fuerit. Neque enim hic poteſt reſolui pluralitas in ſuas
ſingularitates *l. quamuis. 4.* vbi latè poſt Bartolum &
cæteros Decius *C. de impub. & alijs ſubſtit.* Siue quod vt
Bartolus tradidit vtraque ſingularitas reſpiciat hoc caſu
vnum eundémque effectum, hoc eſt ius ſuccedendi in
vna vnius hominis hæreditate, ſiue potiùs quòd vulga-
ris ſubſtitutionis formulã neceſſe ſit concipi per nega-
tionem, Propoſitionis autem negatiuæ natura illa ſit
vt ſi in vno ſit falſa, in totum falſam eam eſſe oporteat
l. ſi is qui ducenta. 13. § cum ita De reb. dub. Siue denique
quòd vulgaris ſubſtitutio locum non habeat niſi in ca-
ſum non aditæ hæreditatis *l. poſt aditam. 5. Cod. de impub.*
& alijs ſubſtitut. ac proinde caſum quo locus ſit iuri ac-
creſcendi, cuius vtique conſeruandi voluntatem habuiſ-
ſe teſtatorem credendum eſt. † Nam quod dici ſolet 5
ius ſubſtitutionis eſſe potentius iure accreſcendi *l. 2. §. ſi*
duo D. de bonorum poſſeſ. ſecund. tab. tunc tantùm verum
eſt cùm alicui ex coniunctis nominatim & ſpecialiter
ſubſtitutus datus eſt, non autem cùm in dubio teſtator
reliquit vtrum præferri voluerit, vt contra Alexandrum
diſputat Decius *in dict. l. penult. C. de impub. & alijs ſubſt.*
Differt ergo ſecundum noſtros vulgaris ſubſtitutio à fi-
deicõmiſſaria, prætérquã his duobus caſibus, Si inter ho-
noratos locus ſit iuri accreſcendi etiam poſt agnitas
portiones ſiue ex natura rei id procedat, ſiue ex volun-
tate teſtatoris *d. l. codicillis.* Et, ſi talis perſona ſuperſit
quæ ex veriſimili & præſumpta mente defuncti exclu-
dat ſubſtitutum *d. l. penult. C. de impub. & alijs ſubſtitut.*
† In pupillari idem noſtri tractant quod in fideicom- 6
miſſaria. Nimirum ſi quis duobus impuberibus ita ſub-
ſtitutus ſit *ſi vterque deceſſerit*, non induci reciprocam
inter impuberes, ſed admitti ſubſtitutum alterutro de-
cedente quoties non ſupereſt perſona magis dilecta,
hoc eſt ſi modò ſubſtitutus ſit ex liberis Nam cùm pu-
pillariter ſubſtituere nemo poſſit niſi propriis liberis,
ſemper accidit cùm ſubſtitutus eſt extraneus aut alius
quilibet extra liberos vt ſuperſit frater defuncti impu-
beris fauorabilior ſubſtituto, & conſequenter vt priore
ex impuberibus decedente excludatur ſubſtitutus, præ-
feratúrque frater non tam ex proprietate dictionis il-
lius collectiuæ *vterque*, quàm ex mente patris, quem
veriſimile eſt voluiſſe vt frater fratri non ex teſtamento
& reciproca tacita pupillari, ſed ab inteſtato ſuccede-
ret, ſubſtitutus verò ita demum ex ſubſtitutione ad-

mitteretur ſi nouiſſimus quoque impubes decederet, quaſi hoc caſu nouiſſimo tantum ſubſtitutus ſit qui vtrique ſubſtitutus eſt: *d.l.pen.& l.vel ſingulis 37.ff.eod.* Neque intererit an ita teſtator dixerit, *ſi vterque impubes deceſſerit*: an ita *ſi impuberes deceſſerint*. Subſtitutum enim vtroque caſu excludi placet, ſi non ſit ex liberis. Quæ Accurſij ſententia eſt à cæteris recepta *in l.ſi pater.25.in verb.ſubſtituerit.eodem tit.* Si ſit ex liberis & æquè dilectus, vtroque caſu fratri ſuperſtiti præferretur *arg.d.§..cùm ita.l.hæredes mei.ad S. C.Treb.* vbi hoc ipſum in ſubſtitutione fideicommiſſaria creditur Papinianus reſpondiſſe. Atque hæc quidē, vt dixi receptior

7 noſtrorum traditio eſt. † Sed an in omnibus vera ſit, ego ſanè quàm maximè dubito. Nā quod ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem pertinet, non paſſum illud concoquere quod volunt admitti fideicommiſſarium ad portionem deficientem ſi in vnius tantùm perſona conditio extiterit, cùm per dictionem collectiuam concepta conditio eſt, ſiue de prioris defuncti ſiue de nouiſſimi portione diſputetur. Imò neceſſe arbitror vt in vtriuſque perſona conditio exiſtat, priuſquàm fideicōmiſſarius admittatur. Idque non tantùm in proprietate dictionis collectiuæ, quod omnes fatentur, ſed etiam ex apertiſſima teſtatoris voluntate. Iuris ſiquidem regula eſt ad vltimas voluntates nō minus quàm ad contractus pertinens, Propoſitionem, aut orationem quæ ſumitur ex vniuerſis non aliter veram eſſe quàm ſi in omnibus vera ſit, *d.l.ſi is qui ducenta.13.§.vtrum.de reb. dub.* Nec ſanè vllus iuris locus eſt qui repugnet præterquàm *in d.l.hæredes mei.§.cum ita ad Trebel.* Cuius quoniā obſcuriſſima eſt ſententia necdum fortaſſis à quoquam bene explicata, dicendum nobis eſt paulò latius quid Papinianus eo reſponſo ſenſiſſe videatur.

Caput XVIII.

Interpretatio §.cùm ita.l.hæredes mei, 57.ff.ad S.C.Trebell.

SVMMARIA.

1 *Species & quæſtio* d.§.cum ita.
2 *Ratio dubitandi in quæſtione d. §. quæ eſt de portione nouiſſimi ſine liberis defuncti.*
3 *Senſus reſponſi Papiniani ad propoſitam quæſtionem.*
4 *Quomodo poſteriorem ſubſtitutionem in ſpecie d.§.propoſitam idem Papinianus interpretetur?*
5 *Duas eſſe in eadem ſpecie conditiones, ſicut duæ ſunt ſubſtitutiones.*
6 *Cur in ſpecie d.§.poſterior conditio ita concepta ſit*, ſi vterque ſine liberis deceſſerit?
7 *Dictionem* vterque *in ſpecie d. §. collectiuè non ſtare quod ad conditionem, ſed quod ad effectum & commodum poſterioris ſubſtitutionis.*
8 *Neptem in eadem ſpecie nonniſi nouiſſimo ſubſtitutam videri.*
9 *Duas illas ſubſtitutiones non eſſe æquè principales ſed gradatim & ordine factas.*
10 *Cur priorem ſubſtitutionem in poſteriore contineri neceſſe ſit?*
11 *Alia forma concipiendæ ſubſtitutionis fideicommiſſariæ à Papiniano in d.§.propoſita.*
12 *In quo vtraque formula differat?*
13 *Ceſſante prima ſubſtitutione in ſpecie d.§. poſteriorem non ideò minus locum habere, & viciſſim ceſſante poſteriorem priorem ſaluam eſſe.*
14 *Si duabus ſubſtitutionibus æque principalibus & diſcretis nouiſſimo decedenti auus neptem ſubſtituerit in nouiſſimi tantum portione, & ſub hac conditione,* ſi vterque ſine liberis deceſſerit, *an in nouiſſimi perſona conditionem exiſtere ſufficiat, vt nepotis ad eius portionem admittatur?*
15 *Contra Interpretes aſſeuatur, non ſufficere ſi in nouiſſimi perſona conditio extitit.*
16 *Reſpondetur rationi ab Interpretibus pro ſua ſententia allatæ.*
17 *Duplex error Bartoli & ſequacium in interpretatione* d.§.cum ita.
18 *Multum intereſſe, quòd ad diuiſionem conditionis pertinet, an perſonarum quibus conditio adſcripta eſt, enumeratio aliqua facta ſit, necne.*
19 *Refellitur alia Bartoli ratio.*

PAter † duobus filiis inſtitutis ita ſcripſerat *Fidei filiorum meorum committo, vt ſi quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtituat. Quòd ſi vterque ſine liberis diem ſuum obierit, omnem hæreditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo.* 1
Priore mortuo ſuperſtite filio, nouiſſimo autem ſine liberis, quærit Papinianus an ad portionem nouiſſimi ſubſtituta neptis admitti debeat. Non ergo quærit de portione prioris defuncti, de qua nec poterat vlla incidere quæſtio, quamuis & ipſe ſine liberis deceſſiſſet. Nimirum propter reciprocam diſertè factam inter fratres, cuius poteſtate frater ſuperſtes ad fideicommiſſum vocatur, excluſa prorſus nepte perinde ac alio
quolibet ſubſtituto. † Sed de portione nouiſſimi ſine 2
liberis defuncti cauſa dubitandi illa erat, quòd neptem auus ſubſtituerat ſub ea conditione *ſi vterque filiorum ſine liberis decederet*, quæ condicio defeciſſe videbatur, priore ſuperſtitibus liberis defuncto. Itaque prima facie propter condicionis verba neptis excludebatur. Sed tamen contra Papinianus reſpondet, abſurdum ſibi videri ceſſāte prima ſubſtitutione, patris nepti petitionē denegari, quam totam habere voluit auus ſi nouiſſimus
fratris quoque portionem ſuſcepiſſet † Senſus eſt, ni 3
fallor, Patrem in propoſita ſpecie duos ſubſtitutionis gradus feciſſe, Priorem illum ſubſtitutionis reciprocæ inter fratres, vt qui prior ſine liberis moreretur, partem ſuam ſuperſtiti fratri reſtitueret, Poſteriorem pro nepte
ſi vterque ſine liberis decederet † Hanc verò poſterio- 4
rem ſubſtitutionem ſic Papinianus interpretatur, vt ſoli nouiſſimo facta ſit. Et rectè. Nam quemadmodum ſubſtitutio fideicommiſſaria facta vltimo decedenti in tota hæreditate inducit reciprocam fideicommiſſariam inter hæredes, vt diximus in præcedentibus *ex l.Titia Seio.87.§.Seia liberis. de legat.1.* Ita facit reciproca illa quæ expreſſa eſt inter fratres ſubſtitutio vt non poſſit videri neptis ſubſtituta priori ſine liberis morienti, ſed tantùm nouiſſimo *leg.ſi pater.25.Digeſt.de vulgar.& pupillar.ſubſtit.* Prior enim ſubſtitutum alium habuit, fratrem videlicet ſuperſtitem. Nec ad rem pertinet, quòd non in nouiſſimi tantùm portione ſubſtituta neptis proponatur, ſed in tota hæreditate. Id enim fit ex vi prioris ſubſtitutionis reciprocæ, per quam fieri poſſe cogitauit pater, vt tota hæreditas ad nouiſſimum perueniret. Quo caſu eandem quoque totam ex nouiſſimi perſona ad neptem nouiſſimo ſubſtitutam peruenire
voluit. † Inde verò ſequitur, ſicuti duæ ſunt ſubſtitutio- 5
nes, ita duas eſſe condiciones, Prioris ſubſtitutionis vnam, Poſterioris alteram. Prioris conditio illa eſt, ſi prior ſine liberis deceſſerit. Poſterioris verò, quam ſoli nouiſſimo factam dicimus, conditio alia eſſe non poteſt quàm hæc, *ſi nouiſſimus ſine liberis deceſſerit.* Cur enim nouiſſimo auus neptem ſubſtituiſſet ſub ea condicione *ſi prior quoque ſine liberis decederet*, cùm eo caſu eueniente non neptem ille vocaret, ſed filium qui ſupereſſet?
† Atqui inquies, non ſic concepta condicio eſt *ſi nouiſ-* 6
ſimus, ſed ita *ſi vterque ſine liberis deceſſerit.* Nimirum quia cogitans pater de danda nepti non tantùm nouiſſimi portione, ſed tota etiam hæreditate, neceſſe habuit prioris ſubſtitutionis repetitionem quandam inducere,

ſine

ſine qua facere non poterat vt tota hæreditas ex ſolius
nouiſſimi perſona ad neptem perueniret: ipſam porrò
ſubſtitutionem repetere non potuit quin ipſius etiam
repeteret conditionem. Ita ergo factum eſt vt ſubſti-
tuendo ſoli nouiſſimo ſub ea tantùm conditione. Si ille
ſine liberis moreretur, & repetendo priorem ſubſtitu-
tionem priori decedenti factam ſub illam quoque licèt
alia numero conditione, *ſi prior ſine liberis decederet* ne-
ceſſe fuerit poſteriorem ſubſtitutionem compẽdio ver-
borum ita concipi *ſi vterque*, Non ad ſuſpendendum du-
plici conditione euentum ipſius, ſed ad inducendum ex
ſeparato duplicis ſubſtitutionis euentu effectum illum
vnum, quem animo concipiebat auus, vt ex ſolius no-
uiſſimi perſona omnis hæreditas ad neptem perueniret.
7 † Itaque dictio illa collectiua *vterque* non ſtat hic colle-
ctiuè quod pertinet ad conditionem poſterioris ſubſtitu-
tionis quaſi voluerit auus neptem ſubſtitutam nouiſſimo
ita demum admitti ſi prior quoque ſine liberis decederet,
ſed ſtat collectiuè quod pertinet ad effectum & commo-
dum poſterioris ſubſtitutionis, hoc eſt ratione rei per fi-
deicommiſſum relictæ, nempè totius hæreditatis. Quia
ad colligendas in perſona vnius neptis vtriuſque filij
portiones neceſſarium fuit prius colligi, & velut in
vnum corpus redigi vtramque ſubſtitutionem, & ſubſti-
tutionis vtriuſque conditionem. Alioqui non poſſet ſe-
cunda ſubſtitutio quantumuis, vt cum noſtris loquar, pu-
rificata facere, vt ex perſona ſolius nouiſſimi plus habeat
neptis, quàm nouiſſimus ipſe habuerit. Atqui non poteſt
tota hæreditas ad ſuperſtitem fratrem peruenire, ſi non
prior quoque ſine liberis deceſſerit. Vt ergo tota ad ne-
ptem perueniat prioris quoque illius ſubſtitutionis con-
8 ditionem exiſtere neceſſe eſt. † Cæterùm, non niſi nouiſ-
ſimo ſubſtitutam videri neptem ex eo apparet, quòd ſi po-
nas vtrumque filiũ ſine liberis decedere, atque ita vtriuſ-
que ſubſtitutionis conditionem exiſtere. non ideò ſucce-
det neptis vtrique ſed ſoli nouiſſimo, vt apertè Papinian.
docet illis verbis, *ſi nouiſſimus fratris quoque portionem ſuſ-*
9 *cepiſſet*. Itaque quod teſtator in exprimenda conditione
poſterioris fideicommiſſi dictione collectiua vſus eſt, ex
neceſſitate potiùs quàm ex voluntate factum videtur
propter aliam illam dictionem collectiuam *omnem* in
eiuſdem fideicommiſſi diſpoſitione expreſſam, atque vt
dixi quaſi in neceſſarium antecedens diſpoſitionis hu-
iuſmodi vniuerſalis, quæ aliter effectum habere non po-
terat. Et, vt dicam apertiùs, duæ illæ ſubſtitutiones non
ſunt æquè principales ſed gradatim factæ & ordine, aut
potiùs, vt loquar cum Paulo *in d. §. Seia libertis*, duo
gradus ſunt vnius ſubſtitutionis. † Vnde fit vt priorem
10 in poſteriore contineri neceſſe ſit, non vt poſterioris
conditio eueniat quæ ſcilicet nihil commune habet
cum prioris conditione, ſed vt poſterior talem effe-
ctum pariat qualem teſtator voluit, hoc eſt vt non no-
uiſſimi decedentis tantum portionem comprehendat,
ſed etiam prioris: quod niſi per gradum euentúmque
11 prioris reciprocæ fieri non poteſt. † Siue igitur teſta-
toris voluntatem conſideres ſiue effectum ipſum ni-
hil intereſt an ita ſcriptum ſit, vt apud Papinianum: an
ita breuiùs, *Filij mei hæredes ſunto: Qui ex ipſis vltimus ſi-
ne liberis morietur totam hæreditatem meã nepti meæ Clau-
diæ reſtituat*. Nam & his verbis conſtat induci reciprocã
12 inter fratres *d. §. Seia libertis*. † Differentia tantum eſt
quod reciproca hæc eſt tacita quæ apud Papinianum
eſt expreſſa: cæterùm vtroque caſu duo ſunt gradus ſub-
ſtitutionis, vtroque caſu fideicommiſſum totius hære-
ditatis à ſolo nouiſſimo relictum intelligitur, tametſi in
portione tantùm hæreditatis eſſet ille inſtitutus. Ideó-
que vtriuſque ſubſtitutionis conditionem euenire vtro-
que caſu neceſſe eſt ad hoc vt totam hæreditatem ne-
13 ptis habeat: Quemadmodum ergo ita conceptis ver-
bis fideicommiſſi *Qui ex filiis meis vltimus morietur ſine
liberis omnem hæreditatem Claudiæ nepti meæ reſtituat*,
abſurdum eſſet dicere ceſſante reciproca tacitã & priore
mortuo ſuperſtite filio, nouiſſimo autem ſine liberis,
petitionem partis denegari nepti quam totum habere
voluerat auus ſi nouiſſimus fratris quoque portionẽ ſu-
ſcepiſſet, nempe quia prorſus inepta fuerit illa conſecu-
tio vt is cui totum teſtator dedit ex eo ſolo partem ha-
bere nequeat, quòd ad totum admitti non poſſit [non
enim à toto ad partem valet argumentum negatiuè, ſi-
cut nec à parte ad totum affirmatiuè] ita ea ſpecie
quam Papinianus tractat, idem admittendum eſt, nil ob-
ſtante dictione illa collectiua, quæ vt dixi non facit
condicionem in poſteriori ſubſtitutione ad excluden-
dam omnino neptem ſi alteruter tantùm ſine liberis de-
ceſſerit, ſed priorem ſubſtitutionem eiuſque condicio-
nem includit, ad hoc vt prioris ſubſtitutionis non tam
natura & condicio quàm commodum in poſteriorem
gradatim deuoluatur. Idque eſt quod Papinianus ſigni-
ficat cùm ait *ceſſante prima ſubſtitutione* nimirum mo-
riente priore cum liberis non ideò ceſſare poſteriorem
ſubſtitutionem, ſed priorem duntaxat, cùm etſi ex con-
trario deceſſiſſet prior ſine liberis, non idcirco poſterio-
ris ſubſtitutionis condicio extitiſſet ſed prioris. Porrò
nihil vetat ceſſante priore ſubſtitutione poſteriorem
habere locum, & viciſſim ceſſante poſteriore priorem
ſaluam eſſe. † Fac igitur non duos eſſe gradus ſubſtitu- 14
tionis, ſed vnicum duntaxat puta ſi teſtator nulla præ-
miſſa reciproca aut expreſſa aut tacita ſic ſimpliciter
ſcripſerit *Filij mei hæredes ſunto ſi vterque ſine liberis de-
ceſſerit omnem hæreditatem ad neptem meam Claudiam
peruenire volo.* [hac enim formula nullam inter fratres
tacitam reciprocam induci non minùs verum quàm re-
ceptum eſt.] Aut ſi mauis, fac duas eſſe ſubſtitutiones
non ordine & gradatim factas, & quarum poſterioris
non euentus, ſed effectus à priori pendeat vt *in dict. §.
cum ita.* ſed æque principales prorſúſque diſcretas, puta
ſi nouiſſimo decedenti auus neptem ſubſtituerit non in
tota hæreditate, quæ ſola dictio ſubſtitutionum ordinem
& gradus inducit, ſed in ipſius nouiſſimi tantùm por-
tione ſub ea tamen condicione, *ſi vterque filius ſine li-
beris deceſſerit*: An in nouiſſimi perſona exiſtere condi-
cionem ſufficiet, vt ſaltem ad illius portionem neptis
admittatur? Ego non puto, in eóque non tam à Papinia-
no quàm à noſtris diſſentio, qui Papiniani reſponſum
tam elegans ad aliam ſpeciem accommodatum ad iſtas
prorſus diſſimiles trahunt. In iſtis enim dici non poteſt,
cur teſtator in concipienda condicione vſus ſit dictio-
ne collectiua & vniuerſali, niſi vt vtriuſque condicio-
nis euentum in ſingulorum perſona & portione con-
iunctim requireret. † Itaque nepti partẽ his caſibus per- 15
ſequenti non tantùm obſtant verba fideicommiſſi, ſed
etiam ſententia teſtatoris, quia ceſſat ratio illa, qua
potiſſimum Papinianus mouetur, quòd abſurdum ſit
partis nepti portionem denegari, quam totum habere
voluerat auus ſi nouiſſimus fratris quoque portionem
ſuſcepiſſet. Siue enim reciproca nulla præceſſerit, ſiue
præceſſerit quidem, ſed in nouiſſimi tantùm portione
neptis ſubſtituta ſit, dici non poteſt voluiſſe auum vt ne-
ptis ex nouiſſimi perſona totam hæreditatem haberet,
ſed vel nouiſſimi tantùm portionem, vel ſi vtramque ex
perſona vtriuſque non ſolius nouiſſimi. † Nec ſimiliter 16
dici poteſt quod noſtri volunt, abſurdum eſſe partis pe-
titionem alterutro decedente denegari ei, quem totum
habere voluit teſtator ſi vterque ſine liberis decederet.
Nam cùm ex vtriuſque perſona ſubſtitutus ad vtriuſque
perſonam vocatus eſt ſub illa conditione collectiua *ſi
vterque ſine liberis decederet*. vnica tantùm conditio eſt,
eáque indiuidua. Cuiuſmodi ſunt conditiones omnes
quas ideò placuit implendas eſſe, & in totum & in for-
ma vt loquuntur ſpecifica: *l. qui hæredi. 4. D. condic. & de-
monſt. & d. l. ſi is qui ducenta. §. vltim. de reb. dub.* † Ex quo 17
intelligimus duplicem Bartoli & ſequacium errorem eſ-
ſe in interpretatione *d. §. cùm ita*. Vnum illum, quòd pu-
tant alia ratione admitti neptem ad portionem nouiſſi-
mi,

mi, quàm quia non ſupererat perſona magis dilecta quæ ipſi in ſucceſſione aut aui aut patrui præferri poſſet, quaſi aliter fuiſſet reſponſurus Papinianus ſi nouiſſimo decedenti extraneus per fideicommiſſum ſubſtitutus eſſer, aut ſi neptis ab aui ſucceſſione per ſtatutum aliquod excluſa fuiſſet fauore maſculorum, aut ſi nouiſſimus ex oneratis decedens alium fratrem ſuperſtitem reliquiſſet, qui proculdubio in grauati fratris legitima ſucceſſione alterius fratris filiam excluſiſſet *l. 3. C. de legit. hered. l. auunculo. 6. C. comman. de ſucceſſ.* Nam cùm ratio qua mouetur Papinianus non minùs locum habeat in fideicommiſſario extraneo, quam in nepte, non video cur vbi eadem ratio eſt diuerſum ius conſtituere debeamus. Alterum quod exiſtimant, ſi in Papiniani ſpecie nulla præceſſiſſet reciproca, non eo minùs fuiſſe illum pro nepte reſponſurum, tametſi in prioris perſona conditio defeciſſet, quaſi nihil refetat an fideicommiſſum à pluribus ſub conditione illa collectiua relictum ſit *ſi vterque deceſſerit ſine liberis* an ita ſimpliciter *ſi Titius & Sempronius ſine liberis deceſſerint* quo caſu placet omnibus, alterutro ſine liberis decedente protinus admitti fideicommiſſarium ad eius portionem, licèt poſtmodum in alterius perſona conditio deficiat *ex l. vlt. § filium. de legat. 1. & l. Lucius. 78. §. Caio. ad S. C. Trebellian.* An non enim & verbis & voluntati teſtatoris vim facit qui nullam dictioni collectiuæ & vniuerſali vim tribuit contra id quod apertiſſimè traditum eſt *in dict. § vtrum.* Aut cur orationem ſimplicem vniuerſali

18 comparemus. † Siquidem illud conſtat, non quemadmodum pluralitas reſoluitur in ſuas ſingularitates, ita & reſolui vniuerſalitatem vt Bart. ipſe fatetur *ad l. falſa. 33 §. vltim. de condic. & demonſt.* longéque intereſſe quod ad diuiſionem conditionis pertinet, an perſonarum quibus conditio adſcripta eſt, enumeratio aliqua facta ſit, necne, cùm pletumque accidat vt enumeratione perſonarum diuiſa videatur conditio, quæ alioqui indiuidua cenſeretur, *l. cui fundus. 56. eod. facit d. l. qui heredi. 44 §. ſi duorum. & l. ſi quis legata. 55. §. vlt. eod. tit. l. ſi legat. 11. §. 1. l. ſi ita fuerit. 23. in princip. & §. 1. ff. de manum. teſtam.* † Nec me mouet ratio illa Bartoli, quòd in

19 fideicommiſſo à pluribus quomodocumque relicto videatur teſtator cuiuſlibet fidem ſecutus. Id enim ad grauaminis non ad conditionis diuiſionem pertinet, nec quicquam vetat onerari te fideicommiſſo ſub ea conditione quæ in alterius perſona impleri debeat, vt puta ſi Titius Capitolium aſcenderit, aut Conſul factus fuerit.

Capvt XIX.

Ad leg. penultim. Codic de impub. & aliis ſubſtitution.

Svmmaria.

1 *Species & quæſtio* d. l. pen.

2 *Communis interpretum ſententia & ratiocinatio ad illam legem.*

3 *Diſtinguendam eſſe in ſpecie* d. l. pen. *ſubſtitutionem pupillarem à fideicommiſſaria.*

4 *Vera vtriuſque diſtinctio.*

5 *Diſſimilitudinis ratio.*

6 *Verba illa* ſi vterque impubes deceſſerit, *quam interpretationem in pupillari ſubſtitutione accipiant?*

7 *An ſi prior pubes deceſſerit, nouiſſimus vero impubes, ſubſtitutus ad nouiſſimi hereditatem perinde admittatur ac ſi ita ſubſtitutus fuiſſet,* ſi alteruter, *aut ſi* ſi quis eorum impubes moreretur?

8 *Ratio dubitandi* in d. l. pen.

9 *Subſtitutum in ſpecie* d. l. pen. *non ex verbis ſubſtitutionis, ſed ex veriſimili patris voluntate à prioris impuberis hereditate repelli.*

10 *Ex quibus Sabinus præſumptam illam patris voluntatem* in d. l. *conijciat?*

11 *Adiectio dictionis* mihi *in ſubſtitutione* d. l. pen. *quid operetur?*

12 *An pupillari ſubſtitutione ſic concepta, ſi vterque filius meus impubes deceſſerit Sempronium ei ſubſtituo: Sabini ſententia* in d. l. penult. *propoſita locus futurus ſit?*

13 *Quid ſi ſimpliciter hoc modo ſubſtitueris,* ſi vteſque impubes deceſſerit Sampronium ſubſtituo.

14 *Subſtitutum ſi frater fratri ab inteſtato ſuccedere aut nolit aut non poſſit ad præmortui hereditatem ſuperiori caſu admitti.*

15 *An, ſi non extraneus ſed alius quidam ex liberis in ſpecie* d. l. pen. *ſubſtitutus fuiſſet, priore defuncto impubere ſolus ſubſtitutus admittatur, an vero frater ſuperſtes cum ſubſtituto concurrat?*

16 *Bartoli diſtinctio ad* d. l. pen. *rejicitur eiuſque fundamentum euertitur.*

17 *Cur ita concepta ſubſtitutione* ſi in pupillari ætate deceſſerint, *ſubſtitutus, quandiu aliquis ex impuberibus ſuperſit, excludatur?*

SEd † Bartolum & cæteros omnes præcipites agit 1
cõſtitutio ſola Iuſtiniani *in l. pen C. de impub. & aliis ſubſt.* vbi ſententiam Sabini ſecutus ille conſtituit, vt ſi pater duobus impuberibus inſtitutis Titium ſubſtituerit ſub ea conditione, *ſi vterque impubes deceſſerit,* priore defuncto impubere non ſtatim admittatur ſubſtitutus, ſed ita demum ſi alter quoque impubes decedat. Voluiſſe enim patrem vt fratris inteſtati ſucceſſione ſuperſtes frater ſubſtituto præferretur. Excludi itaque ſubſtitutum non ſolùm ex vi & poteſtate dictionis collectiuæ, ſed etiam ex voluntate patris propter fauorem fratris ſuperſtitis, qui ſi concurreret, puta ſi de nouiſſimi impuberis hæreditate ageretur, defũcto priore iam pubere vtique ſubſtitutus admitteretur, licèt in nouiſſimi tantùm perſona conditio extitiſſet vt ex communi omnium ſententia tradunt Itali recentiores *in d.*
l. penultim. † Sic enim illi ratiocinantur vt hac parte ni- 2
hil differat pupillaris ſubſtitutio à fideicommiſſaria, contra Dinum qui differre putabat, ſed in vtraque hoc iuris ſit vt ad deficientem prioris fratris ſucceſſionem non admittatur ſubſtitutus extraneus, quia ſuperſit perſona dilectior, ſcilicet fratris ſuperſtitis. Ad portionem verò nouiſſimi ex voluntate teſtatoris admittatur, quoties non ſupereſt, cui magis fauendum ſit quàm ſubſtituto Hanc vnam eos agnoſcere differentiam neceſſe eſt, quod in fideicommiſſaria non ita facile contingit, vt perſona quæ ſupereſt dilectior ſit ſubſtituto. Poteſt enim omnibus fieri etiam extraneis pupillaris verò nõ niſi liberis, iiſque impuberibus *leg. 2. l. verbis. 7. l. coharedi. 41. §. cùm filia. & paſſ. De vulgar. & pupill. ſubſtitution.*
† Mihi verò longè aliud iudicium eſt, nec dubito quin 3
diſtinguenda ſit in quæſtione iſta pupillaris ſubſtitutio à fideicommiſſaria: ſed tamen longè aliter quàm olim Dinus diſtinxerit. Ille enim exiſtimabat pupillarem ſubſtitutionem factam impuberibus *ſi vterque impubes decederet* non niſi vtroque decedente admittere ſubſtitutum ſiue prior ſiue poſterior tantùm impubes deceſſerit. Fideicommiſſariam verò factam pluribus ſub ea conditione *ſi vterque ſine liberis moreretur* in cuiuſlibet ſine liberis decedentis portione confeſtim exiſtere.
† At ego in contrarium ſic ſentio, in pupillari ſubſti- 4
tutione dictionem illam collectiuam non requirere euentum conditionis in perſona vtriuſque, ſed alterutrius obitum ſufficere vt in illius hæreditate ſubſtitutio locum ſibi vindicet, ſiue prior ille ſit ſiue poſterior ſi ſubſtitutionis naturam ſpectes, ſiu voluntatẽ patris, ita

demum

demum ſi de vltimi decedẽtis ſucceſſione controuerta-
tur, ſiue ex priore pubere ſuperſint liberi ſiue non, Re-
iecta etiam illa diſtinctione Baldi *in dict. leg. penultim.*
quam & refert, & ſequitur Caſtrenſis *ad dict. §. cùm ita.*
numero tertio. An ſubſtitutus ſit in pari gradu ſuccenden-
di cum liberis præmortui puberis: an in remotiori aut
omnino extraneus. In fideicommiſſaria verò ſiue ex
verbis ſiue ex voluntate teſtatoris vim fideicommiſſi
meriatur, perpetuum illud eſſe vt in vtriuſque perſona
conditionem euenire neceſſe ſit, præterquam ſi re-
ciproca præceſſerit inter grauatos ſiue expreſſa vt *in*
5 *d. §. cùm ita*, ſiue tacita, vt *in d. §. Seia liberis.* † Diſſimili-
tudinis cauſſa illam affero, quod pater qui pluribus li-
beris pupillariter ſubſtituit licèt ſub illa condicione *ſi*
vterq; impubes deceſſerit, vtrique ſeparatim hæredẽ dare
intelligitur, & quidem purè. Illa enim verba vulgaris
ſubſtitutionis pupillaris *ſi impubes deceſſerit*, ideò tan-
tùm adiiciuntur vt appareat nolle patrem filio teſta-
mentum facere niſi in eum caſum in quem poteſt, id
eſt ſi filius impubes decedat. Cæterùm non faciunt vt
pupillari ſubſtituto hæreditas pupilli ſub conditione
deferri videatur, non magis quàm ſi quis ita hæredem
inſtituat *Titius ſi ego moriar heres mihi eſto.* Nam & hæc
inſtitutio pura eſt, nec conditione illa, quæ tacitè ine-
rat vllo modo ſuſpenditur *leg. 3. de legat. 2. leg. in condi-*
tionibus. 29. §. 1. leg. aliquando 107. de condit. & demonſtr.
leg. ſi dies. 21. §. fin. & l. ſi Titio. 22. § 1. Dig. quand. dies le-
gat. ced. leg. inſtitutio talis. 10. §. vlt. leg. verba hac. 15. Dig.
6 *de cond. inſtitut.* † Quod cùm ita ſit apparet naturam pu-
pillaris ſubſtitutionis non pati, vt iis verbis, *ſi vterque*
impubes deceſſerit interpretemur voluiſſe patrẽ nõ priùs
admitti ſubſtitutum ad alterutrius hæreditatem, quam
in vtriuſque perſona conditio extiterit. Cùm neque
huic neque illi ex liberis det hæredem ſub conditio-
ne, ſed vtrique purè, in eum tamen caſum quo lex ei
permittit vt pro vtroque teſtetur, hoc eſt, quo vterque
impubes decedat. Itaque moriente alterutro impubere
confirmatur in perſona eius ſubſtitutio pupillaris, quæ
ipſius teſtamentum eſt, ſicut & cuiuſlibet patrisfami-
lias teſtamentum morte ipſius confirmatur, & ab eo
tempore vires habere incipit. Inſtitutio autem in per-
ſona ſubſtituti pura eſt, quoniam ſtatim atque mor-
tuus eſt impubes, nulla amplius conditio implenda ſu-
pereſt, quæ anteà delationem aut aditionem hæredita-
7 tis remoretur. † Vnde illud etiam fit quod noſtri om-
nes fatentur, & rectè, vt ſi prior pubes deceſſerit, no-
uiſſimus verò impubes, perinde ad nouiſſimi hæredita-
tem admittatur is qui ſubſtitutus fuerat ſi vterque de-
cederet acſi ita fuiſſet ſubſtitutus *ſi alteruter* aut quod
8 idem eſt *ſi quis eorum impubes moreretur.* † Indéque ni-
mirum dubitandi cauſa naſcebatur in quæſtione *dicta*
leg. penultim. Cod. de impube. & aliis ſubſtitution. vt defun-
cto priore impubere alio etiam ſuperſtite ſubſtitutus
ad defuncti partem admitteretur, quomodo admitten-
dum eum Proculiani fortaſſe contra Sabinianos exiſti-
mabant ex verbis & natura ſubſtitutionis. Nam ſi ve-
rum eſt quod diximus, ea verba *ſi filius impubes decedet*
non facere vt pupillus hæredem ſibi habeat ſub con-
ditione, ſed vt habeat purè. vtique conſequens eſt pa-
trem qui duobus liberis ita ſubſtituit *ſi vterque impubes*
decederet non vtriuſque obitum in conditione ſubſti
tutionis ſingulorum ponere voluiſſe, ſed potiùs vtrique
ſubſtituere: ac proinde ſingulis hæredem dare. Præſer-
tim cùm inſolita & prorſus inepta futura ſit pupillaris
ſubſtitutionis formula ſi ita concipiatur, *Si Titius filius*
meus heres erit & in pupillari ætate deceſſerit, nec tantùm
ipſe ſed alius quoque filius meus Sempronius, Mæuium ei-
9 *dem Titio ſubſtituo.* Itaque falluntur egregiè meo iudicio
qui putant in ſpecie *dict. l. penultim.* repellendum ſub-
ſtitutum à prioris impuberis hæreditate ex verbis ſub-
ſtitutionis propter dictionem illam collectiuam *vterque.*
Cùm tamen fateantur, admittendum eum ad nouiſ-
ſimi hæreditatem, licet prior pubes deceſſerit. Et verò
vt Sabini ſententiam Iuſtinianus probet ſubſtitutum
à prioris ſucceſſione repellentis, non ex verbis ſubſti-
tutionis mouetur, ſed ex veriſimili voluntate patris,
quem ait cogitaſſe vt primo filio decedente ſuperſtes
frater in eius portionẽ ſuccederet. Ergo pro ſubſtituto
faciebant verba ſubſtitutionis, quemadmodum face-
rent, ſi de nouiſſimi hæreditate ageretur, quo caſu ceſ-
ſaret illa Sabini ratio quæ in portione primi contrariam
verbis interpretationem extorſit. † Præſumptam autem 10
illam patris voluntatem coniiciebat Sabinus non tan-
tùm ex fauore fratris ſuperſtitis cui veriſimile non ſit
voluiſſe patrem præferre ſubſtitutum extraneum, vt
vulgò creditur, ſed ex illo etiam fortaſſe quod pater
proponebatur non ita ſimpliciter ſubſtituiſſe *ſi vterque*
filius meus impubes deceſſerit, Sempronius heres eſto, ſed
adiecta dictione *mihi* vt probant verba illa *ſibi illum*
heredem eſſe. † Quæ adiectio tametſi non faciat vt eo 11
minus cenſeatur pater ſubſtituiſſe pupillariter *lege pri-*
ma, Dig. de vulgari & pupillari ſubſtitutione. leg. ſi ita ſcri-
ptum. 8. §. qui filio. Dig. de bonorum poſſ. ſecund. tabul. facit
tamen vt quemadmodum patris vna eſt hæreditas: ita
pater ſibi hæredem conſtituendo ſi vterque filius im-
pubes decederet, nõ vtrique filio ſed vni duntaxat ſub-
ſtituiſſe videatur, ac proinde nouiſſimo non priori de-
cedenti. † Nec ſanè improbabilis quamquam noua eſt 12
noſtra hæc coniectura, ex qua illud efficietur non fore
locum Sabini ſententiæ ſi proponas ita factam pupil-
larem ſubſtitutionem *ſi vterque filius meus impubes de-*
ceſſerit Sempronium eis ſubſtituto argum. l. vltim. Dig. ad
S. C. Trebelli in illis verbis *Quia, Ei, vel Eis, verba vtroſ-*
que fratres complecterentur. Quibus enim obſecro verbis
poſſit pater vtrique filio apertiùs ſubſtituere? Aut quid
intereſt, an vtrique ſubſtituat, an ſingulis ſeparatim ſi
vnumquemque eorum decedere teſtatum velit? † Sanè 13
ſi nec eis nec ſibi dare ſe hæredem dixerit, ſed ſimpli-
citer ſubſtituerit hoc modo, *ſi vterque impubes deceſſerit*
Sempronium ſubſtituo, admittam faciliùs eam videri vo-
luntatem patris vt inter fratres conſeruetur ius inte-
grum legitimæ ſucceſſionis, Sempronius verò ſoli no-
uiſſimo ſubſtitutus videatur non vtrique *leg. qui duos.*
41. vbi Caſtrenſ. de vulgar. & pupill. ſubſtitutio. Hæc enim
interpretatio & fratri ſuperſtiti fauorabilior eſt, & ver-
bis ſatis conuenit, non quod excludendus ſit ſubſtitu-
tus, ſi non vterque impubes deceſſerit (alioqui nec ad
nouiſſimi decedentis hæreditatem admittendus eſſet
præmortuo alio pubere) ſed quod dictio collectiua ali-
qualem coniecturam præbeat quod noluerit pater al-
terutro filio ſuperſtite admitti ſubſtitutum ad præmor-
tui ſucceſſionem, ſed præferri fratrem ab inteſtato.
† Vnde etiam fit quod noſtri paſſim docent, & ego 14
probo, vt ſi ab inteſtato frater fratri ſuccedere aut no-
lit aut non poſſit, puta quòd ſit conſanguineus tan-
tùm, qui proinde à matre defuncti excludatur *Authen.*
defuncto Codic. ad Tertyll. non excludat ille ſubſtitutum,
quemadmodum cap. 14. ſuprà diximus ex Didaco qui
alios refert & communem aſſerit ad *cap. Raynutius. §.*
8. num. 5. Admittitur ergo illo caſu ſubſtitutus ad præ-
mortui hæreditatem, ad quam ſanè non eſſet admitten-
dus, nulla extrinſecus accedente coniectura volunta-
tis, ſi ex vi & poteſtate dictionis collectiuæ potiùs quàm
fauore ſuperſtitis fratris extra illum caſum excludere-
tur: maximè cùm cæteris paribus mater fauorabilior ſit
extraneo quolibet ſubſtituto. † Quid igitur ſi in ſpe- 15
cie *dict. legat. penultim.* non extraneus ſubſtitutus fuiſſet
ſed alius quidam ex liberis? Fieri ſiquidem poteſt, &
verò ita fieri mortis eſt, vt quibuſdam liberis alios libe-
ros pater ſubſtituat *leg. poteſt. 36. §. vltim. cum ſeqq.*
de vulgar. & pupillar. ſubſtitution. An priore defuncto
impubere ſolus frater ſubſtitutus admitteretur? Id ſanè
conſequens videtur ſententiæ Bartoli, qui toties ſub-
ſtitutum præfert quoties perſona quæ ſupereſt in pat.

aut

aut remotiori gradu eſt. Sic enim ille *ad dict. §. cum ita numer. 5. & in fin.* Sed contraria ſententia verior eſt, vt concurrat ſuperſtes pupillus cum fratre ſubſtituto in ſucceſſione inteſtati fratris, quod & Caſtrenſis ipſe probat *ad dict. leg. penultim. numer. 6.* tametſi in cæteris
16 Bartoli diſtinctionem laudet. † Monetúrque ex *l. cùm anus. 102. de condit. & demonſtr.* in cuius ſpecie rogato nepote vt intra annum trigeſimũ moreretur hæreditatem reſtitueret patruo eidémque cohæredi, non facit ea ſubſtitutio quominùs in cauſa ſucceſſionis præferantur ab inteſtato nepotis liberi, excludántque patruum magnum à fideicommiſſi petitione. Me autem illud magis mouet, quòd excludendi ſubſtituti ſiue extraneus ille ſit ſiue ex liberis eadem ſemper ſubſit cauſa quandiu ſupereſt alter ex impuberibus. Nempe quòd ſubſtitutus ſimpliciter *ſi vterque ſine liberis decederet* non niſi nouiſſimo decedenti ſubſtitutus videatur, an conſeruandum inter fratres præſertim impuberes ſuccedendi ius ab inteſtato *d. l. qui duos 42. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Nec obſtabit ſi quis obiiciat intereſſe pupilli teſtamentarium hæredem hab re potiùs quàm legitimum *l. Iulianus. 42. alias l. ſi pupillus. de acquir. hæred.* Id enim fallit cùm legitimum hæredem habiturus eſt fratrem, maximè impuberem qui alterius fratris impuberis vitæ inſidiari nequeat: quo ſolo intuitu pupillaris ſubſtitutio pupillo commodior, & fauorabilior eſ-
17 ſe exiſtimatur. † Porro quod dicimus ita concepta ſubſtitutione *ſi vterque impubes deceſſerit, Sempronium ſubſtituo* non tam propter dictionem collectiuam quàm ex præſumpta patris voluntate excludi ſubſtitutum à prædefuncti impuberis hæreditate, probari etiam nec ineleganter poteſt ex eo quod vulgo receptum eſt, ſi pluribus facta ſit pupillaris ſubſtitutio abſque vlla dictione collectiua hoc modo *ſi in pupillari ætate deceſſerint*, perinde ſubſtitutum excludi quandiu aliquis ex impuberibus ſupereſt, acſi dictionem collectiuam pater adieciſſet. Ita noſtri communiter *in dict. l. penultim.* poſt Accurſium *in l. ſi pater. 25. D. de vulgar. & pupillar. ſubſtit.* eámque ſententiam receptiſſimam eſſe Didacus ſupradicto loco refert. Nimirum quòd hoc etiam caſu illa vrgeat coniectura voluntatis paternæ vt frater fratri inteſtato ſuccedat, ſubſtitutus autem ſoli nouiſſimo. Idque eſt, ni fallor, quod non obſcurè Iuriſconſultus docet *in l. vel ſingulis. 37. eodem.* non aliter videri patrem pluribus liberis ſubſtituentem velle neminem eorum inteſtatò decedere, quàm ſi ſingolis ſubſtituat, vt intelligamus cæteris omnibus caſibus ad conſeruandum inter liberos ius integrum legitimarum hæreditatum ita interpretandam ſubſtitutionem vt ſoli nouiſſimo facta ſit. Et hæc dixiſſe ſufficiat ad explicationem *d. l. pen.*

Capvt XX.

De differentia pupillaris, & fideicommiſſariæ ſubſtitutionis, & quid ſi poſt mortem plurium relictum ſit fideicommiſſum.

S V M M A R I A.

1 *Prima differentia inter pupillarem & fideicommiſſariam ſubſtitutionem.*
2 *Caſus quo ex fideicommiſſaria ſubſtitutione in alterutrius decedentis portione ſuccedi poteſt, licèt in vtriuſque perſona conditio non extiterit.*
3 *Speciem de fideicommiſſaria ſubſtitutione initio capitis tractatam nihil commune habere cum ſpecie* l. anus. ff. de cond & demonſt.
4 *Cur in* d l. anus *fideicommiſſum deficiat?*
5 *Cur priore ex grauatis hæredibus ſine liberis moriente, ſubſtitutus ſub ea conditione* ſi vterque ſine liberis decederet, *non ſtatim ad mortui portionem admittatur?*
6 *An ille ſubſtitutus ad nouiſſimi partem admittatur ſi in prioris perſona conditio defecerit?*
7 *Quid iuris ſi duobus extraneis inſtitutis & reſtituere rogatis* ſi vterque ſine liberis deceſſerit, *in prioris decedentis perſona exiſtat conditio, in alterius verò nec dum exiſtat, nec deficiat?*
8 *An in alterutrius perſona conditionem extitiſſe ſufficiat, ſi non collectiue ſed ſimpliciter ita ſcripſerit, ro*go vos vt ſi ſine liberis deceſſeritis hæreditatem reſtituatis Sempronio.
9 *Reiicitur Bartoli ad dictam quæſtionem reſtrictio.*
10 *Reſpondetur ad* § item ſi paterfamil. ſi is qui ducenta ff de reb. dub.
11 *Vulgarem ſubſtitutionem duobus factam nonniſi ad vnum effectum tendere.*
12 *Quid in ſpecie* d. §. *fauorabiliorem pro liberis interpretationem inducat?*
13 *Extrema* d §. *verba Triboniani non Iuliani eſſe.*
14 *Iuliani mentem & ſententiam in* d. §. *eam non fuiſſe quam Tribonianus credidit.*
15 *An Iuliani in ſpecie* d § *abſurdum viſum fuerit vt filio hæredi inſtituto extraneus per ſubſtitutionis interpretationem miſceretur?*
16 *Quis in* d § *ſenſus ſit formula huius negatiua*, ſi mihi filius aut filia hæres non erit?

Ex † quibus manifeſtum relinquitur quanta diffe- 1
rentia ſit inter pupillarem, & fideicommiſſariam ſubſtitutionem, cùm vtraque concepta eſt ſub nomine collectiuo. Nam ex pupillari admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem nouiſſimi decedentis licet in perſona prioris condicio defecerit, idque non tantum ex voluntate teſtatoris quia ceſſet ratio illa Sabini quæ ſubſtitutum à prioris hæreditate excluderet, ſed etiam de rigore verborum, vt probauimus, quoniam pupillariter ſubſtitutus *ſi vterque decederet* ſoli nouiſſimo ſubſtitutus intelligitur *d. l. qui duos. 42. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Ex fideicommiſſaria verò non magis in vltimi quàm in prioris decedentis portione ſuccedi poteſt, ſiue rigorem verborum inſpicias ſiue teſtantis voluntatem niſi in vtriuſque perſona conditio extiterit. Excepto caſu ſingulari 2
de quo Papinianus *in § cùm ita. l. hæredes mei. 57. ad S.C. Treb.* propter ſpecialem rationem quam nos *c. 18.* enarrauimus Nec vllus iuris locus eſt qui diſtinguat an ſuperſit perſona aliqua dilectior fideicommiſſario an nulla præterquàm cùm quis ex deſcendentibus alteri hæreditatem reſtituere rogatus eſt. † Quo caſu placet ro- 3
gati liberos ex tacita voluntate teſtatoris & vt Papinianus loquitur coniecturâ pietatis excludere fideicommiſſariam *l. cùm auus. 102. de condit. & demonſt. l. generaliter. 6. §. cùm autem. C. de inſtit. & ſubſtit. l. cum acutiſſimi. 30. C. de fideicomm.* Sed nihil habet ea res commune cum eo de quo nunc diſputamus. Ibi enim plus dictum, minus ſcriptum inuenitur, in quo nihil abſurdi eſt. Hic verò ſi ad vltimi portionem poſt defectam in prioris perſona condicionem admitteretur fideicommiſſarius plus ſcriptum quàm dictum inueniretur, quòd nec voluntatis nec veritatis ratio patitur. † Sed neque verum 4
eſt in ea ſpecie fideicõmiſſum deficere propterea quòd ſupereſſet perſona quæ teſtatori charior fuiſſet quàm ſubſtitutus. Deficit enim propter liberos nepotis de quibus teſtator non cogitauerat, quique nec tùm cùm teſtamentum fieret, concepti erant: Cùm tamen ſubſtitutus eſſet per fideicommiſſum nepoti ſi intra trigeſimum annum moreretur, filius ipſe teſtatoris non ſolùm duplici gradu proximior, ſed etiam teſtatori cognitus, adeóque cohæres ab eo inſtitutus: Capiâ ſcilicet coniecturâ pietatis non ſolùm ex voluntate & adſectione

aul

ani erga pronepotes:quamquã & ea quoque magna ra-
tio eſt quod attinet ad portionem in qua nepos fuerat
inſtitutus,ſed etiam ex officio patris erga filium,in per-
ſona ipſius nepotis, quòd impium alioqui futurum eſſet
ea bona quæ nepos ab auo ex inſtitutione accepiſſet
liberis ipſius nepotis auferri vt ad patruum deuolueren-
5 tur:quomodo nos pluribus explicauimus *l.7.c.54.* † Er-
go ſi quæras cur moriente ſine liberis priore ex grauatis
hæredibus non admittatur confeſtim is quem teſtator
vocauit ſub ea cõditione *ſi vterque ſine liberis decederet*,
nõ reſpondebo cum Bartolo,quia ſuperſit perſona dile-
cta(idẽ enim admittam etiamſi ab extraneis hæredibus
fideicõmiſſum relictum ſit filio aut proximiori agnato)
6 ſed quia fideicommiſſi condicio non extitit † Eadẽque
ratione cõtendam nec ad nouiſſimi partem admitti eum
debere, quiſquis tandem ille ſit,ſi in prioris perſona cõ-
dicio defecerit.Idque nõ minùs ex teſtatoris voluntate
quàm ex vi dictionis collectiuæ Nã & id voluiſſe quiſ-
que præſumitur quod dixit *l. Labeo.7. D.de ſupellect. le-
gat.*nec aliter à ſignificatione verborum recedi oportet,
quam cùm manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe teſtatorem *l.nõ
7 aliter.69.de legat.*1. Quid igitur ſi duobus extraneis in-
ſtitutis,& reſtituere rogatis *ſi vterque ſine liberis decede-
ret* in prioris decedentis perſona exiſtat conditio,in alte-
rius verò , necdum exiſtat,nec deficiat? Non poteſt
vtique videri teſtator conſeruare voluiſſe ius legitimæ
ſucceſſionis ſicut nec ius accreſcendi inter grauatos,
vt ex nouiſſimi perſona totum perueniret ad fideicom-
miſſarium cùm ipſi nec ab inteſtato poſſent inuicem
ſibi ſuccedere,nec habere ius accreſcendi poſt agnitas
portiones.Vt proinde mirũ non ſit dictionis collectiuæ
aliam eſſe vim in pupillari ſubſtitutione quæ non niſi
liberis fieri poteſt,aliam in fideicommiſſaria quæ & ex-
traneis fieri poteſt , & cùm liberis fit non fit tanquam
liberis,ſed tanquam extraneis quibuſlibet. Itaque non
poteſt videri fideicommiſſarius nouiſſimo tantùm ſub-
ſtitutus qui duobus ſiue liberis ſiue extraneis ſubſtitu-
tus eſt *ſi vterque ſine liberis decederet*,ſed vtrique, nec id
ſeparatim ſed coniunctim & collectiuè appareat in
vtriuſque perſona euentum conditionis ,quæ vna tan-
tùm eſt neceſſariò requiri. Alioqui ſi fideicommiſſarius
nouiſſimo tantùm ſubſtitutus cenſeretur,in ipſius dun-
taxat portione ſuccederet , nec in ea portione , prioris
hæreditatẽ inueniret [quomodo inuenit ſubſtitutus pu-
pillaris] nec ſi fratres rogatos proponeres,ab priori in-
teſtato ſuperſtitem ſucceſſiſſe. Nõ.n veniret in fideicõ-
miſſũ quatenus vniuerſale , quod frater à fratre non
ex iudicio teſtatoris *vt in d.§.cùm ita* , ſed ab inteſtato
habuiſſet. Reſtat igitur vt cùm in prioris tantũ perſona
cõditio extitit,in pendenti ſit eius portio an fideicõmiſ-
ſario debeatur,atque interea penes defuncti hæredẽ re-
maneat in id vſque tẽpus quo in poſterioris quoq; per-
ſona cõditio impleatur,Perpetuò remãſura ſi cõditionẽ
deficere cõtingeret.Quod & Caſtrẽſis ipſe fatetur ad *d.
8 l.qui duos.n.c.de vulg.*† Quòd ſi teſtator nõ dictionecol-
lectiua vſus ſit,ſed ita ſimpliciter ſcripſerit , *rogo vos vt ſi
ſine liberis deceſſeritis,hæreditatẽ reſtituatis Sempronio.*Dico
perpetuũ illud eſſe vt in alterutrius perſona cõditionẽ
extitiſſe ſufficiat ad hoc vt ad illius portionẽ fideicom-
miſſarius admittatur,*ex l.vl.§.filium,de l.2.l.Lucius.78.§.
Caio ad S.C.Treb.*Non illa tantum ratione qua Bartolus
nititur , quòd huiuſmodi pluralitas reſoluatur in ſuas
ſingularitates tanquam recipiẽs diuerſos effectus *ex d.
l.35.§ vlt.de cõd.& demon.*Sed etiam quia teſtator cum
hæredibus loquendo ſicuti ſingulorum fidem in ſingulo-
rum portionibus ſecutus eſſe intelligitur,ita in cuiuſque
portione propriã diſtinctamque conditionẽ adſcripſiſſe
videtur,cùm dictio illa *vos* diſtributiua ſit, quemadmo-
dum & verba illa *poſt mortem veſtram.*† Nec poſſũ pro-
9 bare quod idem Bartolus perpetuæ illius diſtinctionis
ſuæ memor hoc ita vult intelligi,ſi nõ ſuperſit perſona,
quæ ex veriſimili voluntate teſtatoris excludat fideicõ-
miſſarium ſubſtitutũ Ita enim fieret, vt quod conſtitu-
tum eſt *in d.§.filium & §.Caio* reſtringi oporteret ad eum
caſum quo rogati eſſent extranei,non liberi aut alij in-
ter quos legitima ſucceſſio locum habere poſſet : Quæ
tamen reſtrictio eſſet minùs magna vt Caſtrenſis loqui-
tur *ad d.§.Caio.n.3.*tametſi conetur ibid.*n.5.*eam defen-
dere,& fratrem ſuperſtitem fideicommiſſario præferre
cum ambo fratres inſtituti ſunt, & ab altero dumtaxat
relictum fideicommiſſum , in quo tamen nec rationem
habet ille, nec legem.† Nam quod Bartolus obiicit *ex* 10
*l.ſi is qui ducenta.13.§.item ſi paterfamilias de reb.dub.*ita
locuto teſtatore *ſi quis mihi filius aut filia gignetur hæres
mihi eſto , ſi mihi filius aut filia hæres non erit Seius hæres
eſto* non eſſe admittendum extraneum ſiue filius ſiue
filia nati fuerint,ad rem ſanè non pertinet.Primùm quia
loquitur eo loco Iulianus de vulgari ſubſtitutione , in
qua facilius excluditur ſubſtitutus quandiu aliquis ſu-
pereſt ex iis inter quos locus eſt iuri accreſcendi , vt à
nobis dictum eſt in ſuperioribus ex eodem Bartolo *in l.
quidam teſtamento 30. de vulgar.& pupil.ſubſtitut.& in
leg. quamuis per illum textum C. de impuber.& aliis ſubſtit.*
† Præſertim cùm vulgaris facta duobus nõ tẽdat niſi ad 11
vnũ effectũ id eſt ad ſuccedẽdum in vna vnius hominis
hæreditate, licet tot ſint portiones hæreditariæ quot ſũt
inſtitutorum perſonæ , vt ex Bartolo contra Bartolum
diſputemus.Hanc enim rationem ſolet ille reddere, cur
concepta vulgari per verba pluralis numeri non reſolua-
tur pluralitas in ſuas ſingularitates , quomodo reſolui-
tur cùm fideicommiſſaria ſubſtitutio facta eſt.† Rur- 12
ſum in ſpecie *dict.§.item ſi paterfamil.* ias magna eſt in
verbis ambiguitas propter dictionem diſiunctiuam quæ
ſæpenumero accipitur pro coniunctiua , & contrà *leg.
coniunctionem.29 l.ſæpe.53.de verb.ſignific. leg. cùm qui-
dam 4.C.eod.leg. generaliter.6.in prin c p.C. de inſtitut. &
ſubſtit.*Mirum igitur non eſt aut iniquum. accipi in du-
bio eam interpretationem quæ ſit liberis fauorabilior
vt *in d.l. generaliter.* Et hæc ſanè ratio , vt dicam quod
mihi videtur,Tribonianum potiùs quàm Iulianum mo-
uere potuit † Neque enim dubito quin Triboniani non 13
Iuliani ſint verba illa extrema,*ſed proclivior eſt teſtatoris
ſententia ſic eſſe interpretanda vt ſiue filius ſiue filia nati ei
fuerint extraneus non admittatur niſi ſpecialiter hoc teſta-
tor expreſſerit*, quòd à nobis iam indicatum ſatiſque cõ-
probatum eſt *lib. 11.c.17.* Frequentiſſimum quidem eſt
Triboniano ſpecialem voluntatis expreſſionem requi-
rere vbi nullam Iuriſconſultus requireret,cuiuſmodi lo-
cos pleroſque memini iam à me alias adnotatos Neque
verò latina eſt illa locutio, *ſed proclivior eſt ſententia te-
ſtatoris ſic eſſe interpretanda* quam ideo tam pridem Ha-
loander emendauit,atque ita reſtituit , *ſed proclivius eſt
ſententiam teſtatoris ita eſſe interpretadã* Mouent me etiã
verba illa,*vt ſiue filius ſiue filia nati ei fuerint* malè & ri-
diculè & Triboniano ad Iuliani contextum accommo-
data.Non enim ita erat concepta condicio *ſi mihi filius
aut filia non naſcetur*,ſed ita *ſi mihi filius aut filia hæres non
erit.*Fieri ſiquidem poterat vt vterque naſceretur , nec
tamen vterque hæres eſſe vellet.Et verò natum vtrum-
que lex ponit , cùm diſputat an non aliter admittatur
extraneos quàm ſi nec filius nec filia hæres ſit. Item
cùm ait ita concipi debuiſſe condicionem *ſi mihi ne-
que filius neque filia hæres erit.* Et ruſum apertiùs in illis
verbis *ſi quis,cum filium & filiã habeat* quæ nõ naſcituros,
ſed iam natos liberos demõſtrant. Debuerat igitur in
ſequentibus ita ſcribi, accommodatè ſcilicet ad propo-
ſita verba teſtamenti & ad diſputationem Iuliani *vt
ſi neque filius neque filia hæres erit* ,aut *vt ſiue filius ſiue fi-
lia hæres erit.* † Porro non eam fuiſſe Iuliani mentem 14
quam Tribonianus credidit (totum enim illum ver-
ſiculum *ſed proclivior eſt* accipio pro Triboniani adno-
tatione, qui procoldubio ea dictione *proclivior* , Iulia-
num intelligit)ex eo cõiicio,quòd Iulianus dicebat for-
mulã condicionis ita conceptã *ſi mihi filius aut filia ha-*

res non erit, poſſe interdũ eſſe neceſſaria, hoc eſt, inquie-
bat ille, ſi quis cùm filium & filiã habeat vtrũque velit
hæredẽ inſtituere ſed ſiue alter hæres futurus ſit, extra-
15 neũ miſcere, ſiue neuter extraneũ ſubſtituere. † Ex quo
apparet, nõ fuiſſe viſũ abſurdum Iuliano vt filio hæredi
inſtituto extraneus per ſubſtitutionis interpretationem
miſceretur: Eámque interpretationẽ nõ ſolùm in dubio
amplectendam eſſe, ſed etiam neceſſariò, cùm ad hunc
caſum exprimendum neceſſe ſit hanc ipſam conditionis
formulam vſurpari. Itaque non dicit Iulianus teſtato-
rem qui ita ſcripſit, *ſi mihi filius aut filia hæres non erit
Seius hæres eſto* non ſatis voluntatem ſuam declaraſſe an
filio hæredi repudiante fortaſſis filia extraneum miſce-
re voluerit (declarauit enim apertiſſimè nec potuit
apertiùs) ſed non ſatis declaraſſe an non aliter extra-
neum hæredem eſſe vellet, quàm ſi neque filius neque
filia hæres eſſet. Si enim illa erat voluntas, condicionem
ſic concipere debuerat, *ſi mihi neque filius neque filia hæ-
res erit*, quod cùm non fecerit, cur in dubio ſi quid du-
bij eſt in tam apertis verbis credamus aliud eum vo-
16 luiſſe, quàm quod expreſſerit? † Et ſanè ſi propriùs inſpi-
cias planè abſurda & improbabilis eſt illa Triboniani
adnotatio & ſententia vt huius formulæ negatiuæ *ſi mi-
hi filius aut filia hæres non erit*, ſenſus ille ſit affirmatus
planéque ex diametro contrarius, *ſi mihi filius aut filia
hæres erit.* quod quis ſani iudicij homo poſſit vnquam
admittere? Si enim vllo caſu verum eſſe poteſt quod in
non diſſimili quæſtione ſcribit Modeſtinus *in l. ſi alij
fundum 9. de vſufruct. legat.* plus interdum valere quod
ſcriptũ, quàm quod actum eſt, planè non video quando
meliùs & verius iudici poſſit, quàm cùm id quod actum
eſt non ſolùm ſcripto non conuenit, ſed etiam repugnat
apertiſſimè Sed & ſi voluntas ſcripturæ præferenda eſ-
ſet, quomodo ſanè in conditionibus primum illa locum
obtinet, illud tamen vtique fatendum eſſet contrariæ
voluntatis probationem non à ſubſtituto exigendã, qui
pro ſe verba teſtamẽti habeat, ſed à filio potiùs, qui cõ-
tra germanum ſenſum verborum voluntatem alleget
teſtatoris, *d. l. non aliter. 69. de l. 3. l. ſi ſcripſiſſet. 46. de leg.
17 2. cum ſim. lib.* † Vt vt ſit, non poteſt ille Iuliani locus
probare fideicommiſſarium qui ad vnius ex hæredibus
rogatis portionem vocatus eſt, repellendum eſſe à fidei-
commiſſi cuius conditio extiterit, petitione, propter
perſonam ſuperſtitem, quàm veriſimile ſit teſtatori cha-
riorem fuiſſe. Ibi enim negat Iulianus aut potiùs Tribo-
nianus ſubſtitutionis conditionem exiſtere ſiue filius
ſiue filia naſcatur. Bartolus verò illud contendit, mo-
riente vno ex rogatis hæredibus conditionem quidem
in eius perſona exiſtere, ſed non tamen illicò admitti
fideicommiſſarium ad ipſius portionem ſi fauorabilior
18 perſona ſuperſit. † Illud ſanè verum eſt quod Tribonia-
num fefellit, non eſſe veriſimile quod teſtator alienam
ſobolẽ propriæ anteponere voluerit *dict. l. cùm acutiſſimi.
30. C. de fideicommiſſ.* Sed id eò pertinet vt liberi & de-
ſcendentes hæredis rogati qui ipſe ſit ex deſcendenti-
bus præferantur ſubſtituto in portione patris, acſi fidei-
commiſſo adiecta eſſet conditio, *ſi ſine liberis*, *d. l. cùm
auus. de cond. & demonſtr.* non autem vt à ſubſtitutione
fideicommiſſaria cuius conditio extiterit excludatur fi-
deicõmiſſarius propter ſtatũ defuncti ſuperſtitẽ. Id enim
falſum eſt nec vſquam proditum. Multóque faciliùs ad
mitti poteſt induci tacitã conditionẽ ex coniectura pie
tatis, præter verba teſtamenti, quã vt contra vim ipſam
verborum repellatur quis in eum caſum in quem nomi-
19 natim & diſertè vocatus eſt. At quid ſi teſtator ita ſcri-
pſerit? *ſi hæredes mei ſine liberis deceſſerint, ſubſtituo Sem
pronium.* Verius fortaſſe eſt conditionem ita conceptam
per verba indefinita æquipollere vniuerſali, & perinde
eſſe acſi ita ſcriptum eſſet *ſi omnes hæredes mei. argum. l.
ſi plurib. 44. de legat. 2. l. ſi plures. 98. de legat. 3.* quo caſu
iam diximus in ſuperioribus vno ex hæredibus morien-
te ſine liberis non admitti confeſtim fideicommiſſa-
rium, ſed ita demum ſi in alterius quoque perſona con-
dicio eueniat Quod enim noſtri dicunt, pluralitatem
reſolui in ſuas ſingularitates, ad hunc caſum non per-
tinet, In quo non tantùm pluralis locutio eſt, ſed etiam
vniuerſalis per æquipollens: vniuerſalitas autem vt etiã
dictum eſt, nunquam reſoluitur in ſingularitates ſed ve-
rificari in ſingulis coniunctim debet *d. l. ſi is qui ducenta
3. §. vtrum de reb. dub.* † Non idem dicerem ſi cum ipſis 20
hæredibus teſtator locutus eſſet hoc modo *ſi ſine liberis
deceſſeritis rogo hæreditatem reſtituite Sempronio.* Illa enim
oratio quæ condicionem continet, neque vniuerſalis eſt,
neque indefinita, ſed potius diſtributiua propter ſubin-
tellectũ pronomen *vos* quod eſt diſtributiuum, & ad ſin-
gulas hæredũ perſonas refertur, aut ſi mauis, ad omnes
quidem, ſed non tanquam ad omnes, at potius tanquam
ad ſingulos *d. §. filium & §. Caio.* Itaque qui ſic ſcribit
ſi ſine liberis deceſſeritis non idem ſenſit quod ſi dice-
ret *ſi ſine liberis omnes deceſſeritis.* Dictio ſiquidem col-
lectiua *omnes* facit vt in omnium perſona condicio-
nem impleri non minus neceſſe ſit quàm ſi ita ſcri-
ptum eſſet *ſi omnes ſine liberis deceſſerint.* † Planè ſi po- 21
nas ita relictum fideicommiſſum *ſi Titius & Caius
ſine liberis deceſſerint, hæreditatem Sempronio reſtitui volo*,
probabilius eſt ſingulis ex fideicommiſſo ſubſtitu-
tum Sempronium, diuiſámque condicionem, vt ſi Titius
ſine liberis decedat, admittatur ad eius portionem Sem-
pronius, licèt poſteà ſuperſtites liberos Caius reliquer-
rit *arg. d. §. Caio & §. filium.* Nempe quia perſonarum
enumeratio inducit, non tantum oneris, ſed etiam con-
ditionis diuiſionem *d. l. cui fundus 56. de cond. & demonſt.*
Proceditque optimè iſto caſu textus *dict. d. l. falſa. §. vltim.
eod.* vt pluralitas reſoluatur in ſuas ſingularitates, nem-
pe cum ſingularitates præceſſerunt, nec habet pluralis
locutio quicquam vniuerſale, aut quod vniuerſali æqui-
polleat. † Hoc ita niſi in diſpoſitiuis verbis fideicom- 22
miſſi, teſtator mentionem fecerit totius hæreditatis vni-
uerſaliter: aut etiam quod idem eſt, hæreditatis, indefini-
tè. Illis enim caſibus aperta videtur voluntas vt non
niſi exiſtente in vtriuſque grauati perſona conditione
fideicommiſſarius admittatur. Quæ fuit iam olim ſen-
tentia Bartoli *in l. quidam teſtamento. 30 de vulgar. & pu-
pill. ſubſtit.* à Baldo probata *in l. pen. C. de impub. & aliis
ſubſt.* licèt ab aliis ferè omnibus communiter impro-
bata, vt refert Alex. contra Bartolum conſulens conſ.
92. incip. ſuper eo, de quo quæritur, in fin. vol. 3. † Nec 23
me mouet textus qui pro communi opinione adduci
ſolet aduerſus Bartolum *in d. l. filium.* vbi proponebatur
vſus teſtator verbo illo vniuerſali, *quicquid vobis legaui.*
Obſeruandum enim eſt iunctum verbum illud vniuer-
ſale dictioni diſtributiuæ *vobis*, quæ efficit, vt non de to-
ta hæreditate, ſed de ſingulis ſingulorum portionibus
ſenſiſſe teſtator videatur. † Minùs quoque obſtat quod 24
Papinianus reſpondit *in d. § cum ita l. hæredes mei ad Tre-
bell.* Nam ex iis quæ diximus c. 18. apparet non illam eſſe
Papiniani ſententiã, quæ vulgo creditur, vt qua ratione
voluit teſtator ſubſtitutũ fideicommiſſarium habere to-
tam hæreditatẽ, exiſtẽte cõditione in perſona vtriúſque,
eâdem videatur voluiſſe, vt haberet partẽ hæreditatis, ſi
in alterutrius tantum parte condicio exiſteret (neque
enim ita Papinianus loquitur) ſed admittit ille ſubſti-
tutã neptem ad portionem nouiſſimi in cuius perſona
condicio extiterat, quia ſoli nouiſſimo fuerat ſubſtituta,
nec quòd in prioris perſona cõdicio defeciſſet, faciebat
vt eò minus admittenda eſſet neptis, ſed tantum vt eo
minorem minúſque locupletem conſequeretur hære-
ditatem, ceſſante ſcilicet non ſecunda ſubſtitutione ſed
prima cuius condicio nil commune habebat cum po-
ſterioris condicione. Et hæc interpretatio vel hoc ip-
ſo magis amplectenda eſt, quod in ſpecie à Papinia-
no propoſita vſus fuerat teſtator dictione collectiua,
qua concurrente non poſſum intelligere quid ſit
quod ſuadeat, ſufficere vt eueniat conditio in alter-

vtrius perſona.†]Minúſque dubitationis habet meo iudicio hæc Bartoli ſententia cùm condicio concepta eſt per dictionem ſiue collectiuam ſiue indefinitam, nulla adiuncta diſtributiua, quibus caſibus iam diximus etiãſi non ſit relictum fideicommiſſũ in tota hæreditate vniuerſaliter, aut in hæreditate indefinitè, ſed tantùm ſimpliciter, nihilominùs requiri in perſona vtriuſque implementum conditionis. Sanè quod noſtri vno ore ſentiunt nullo caſu exiſtis induci reciprocam, veriſſimum eſſe arbitror & ex iis quæ ſupra tractauimus apertiſſimè
26 confirmatum † Supereſt vt de illo videamus, ſi fideicommiſſum poſt mortem plurium relictum ſit, an inter hæredes inducatur reciproca, aut an vno ex ipſis mortuo fideicommiſſarius illicò admittatur. Et ſi quidem relictũ ſit ſimpliciter nulla hæreditatis aut bonorum vniuerſaliter vel indefinite facta mentione non eſt qui dicat induci reciprocam imò fatentur omnes vno ex iis mortuo admittendum in eius portione fideicommiſſarium *ex d.§.Caio.* Niſi ſuperſit perſona quæ illum ex-
27 cludat ex veriſimili voluntate teſtatoris † Sed ſi facta ſit in tota hæreditate, Pauli Caſtrenſis opinio fuit cenſeri eam factam vltimo decedenti *in leg. penul.C.de impub. & al. ſubſt. nu.5* & conſequenter reciprocam induci *ex d.§ Seia libertis leg. Titia teſtamento .87.de leg. 2.* Quam ſententiam à pleriſque ex recentioribus probatam video, vno ſaltem illo caſu quo ſuperſit perſona veriſimiliter ſubſtituto præferenda In quo tamen vereor ne illos deceperit quod hoc caſu Bartolus, & qui Bartolum ſequuntur, excludunt ſubſtitutum, vt ſuperſtitem eundémque grauatum præferant. Sed non ideò volunt induci reciprocam inter cohæredes, quæ nec neceſſaria eſt ſi perſona ſuperſtes talis ſit, quæ priori mortuo poſſit ab inteſtato ſuccedere Hoc enim caſu ſufficit à teſtatore conſeruatum eſſe ius integrum legitimæ ſucceſſionis. Quòd ſi non ſit inter eos legitimæ ſucceſſioni locus, nihil intereſt ſuperſtitis an ſubſtitutus admittatur neene, eóque nimirum caſu placet noſtris admitti ſubſtitutum tanquam à ſingulis non tantùm ab vltimo decedente relictum videatur fideicommiſſum, quòd poſt mortem omnium relictum eſt. Quare frequentiori calculo reprobata eſt illa Caſtrenſis ſententia teſte Didaco Couar. *ad cap. Raynutius.§ 8.numer.4 per tot.* vbi poſt alios defendit ille, ſi non ſuperſit perſona dilectior admittendum eſſe ſubſtitutum ad partem eius qui
28 prior ſine liberis deceſſerit. † Ego verò ſicut non probo, quod Caſtrenſis putabat facta ſubſtitutione poſt mortem plurium in tota hæreditate, reciprocam induci, ita nec poſſum admittere quod iſti volunt, locum fieri fideicommiſſario antequam hæredes omnes deceſſerint. Veriùs enim puto expectandam omnium mortem, ne fiat omnino contra voluntatẽ ſi viuis quibuſdam admittatur is quem non niſi poſt omnium mortem admitti teſtator voluit: Nam quibus, obſecro, verbis dici poſſit apertiùs, vt non niſi mortuis omnibus admittatur fideicommiſſarius, quàm ſi diſertè poſt mor-
29 tem omnium ſit inuitatus? † In cámque rem textus videtur apertiſſimus *in leg. codicillis.34 .de vſufruct. legat.* vbi cùm relictum eſſet fideicommiſſum reipublicæ poſt mortem libertorum omnium, negat Scæuola, reipublicæ quicquam deberi quoad aliquis eorum viuat. Scio Bartolum & poſt eum cæteros ferè omnes illius reſponſi rationem ſumere, non ex fideicommiſſi verbis, ſed ex natura relicti, hoc eſt habitationis. In qua ſicut & in vſufructu ſpeciale eſſe aiunt, vt etiam poſt agnitionem admittat ius accreſcendi *ex leg. 1 §.vlt.de vſufr.accreſc.* Sed cùm textus ille de vſufructu tantum loquatur in quo ſpeciale eſt, vt diuidi poſſit, difficile eſt, vt trahi poſſit ad habitationẽ quæ prorſus indiuidua eſt ſicut & cæteræ omnes ſeruitutes *l.1.§ ſi vſusfructus. D.ad l.Falcid.* Nam in re indiuidua plane non intelligo quo caſu aut qua ratione locum habere poſſit ius accreſcendi, quod & ante nos eleganter obſeruauit Ripenſis *ad d.§.cùm ita.n.16.*† Deinde obſeruandum eſt,
non de illo quærere Scæuolam an mortuis quibuſdam 30
ex iis quibus habitatio legata fuerat eorum portiones accreſcant collegatariis ſuperſtitibus, an verò deferantur reipublicæ [cùm enim reipublicæ fideicommiſſum relictum fuiſſet non habitationis, ſed proprietatis domus, non poterat reſpublica controuerſiam facere habitationis] ſed de illo tantùm dubitatur apud Scæuolam, vtrum fideicommiſſum proprietatis domus deberetur reipublicæ in portionibus eorum qui iam deceſſiſſent. Hoc ergo cùm neget Scæuola, non tam videri poteſt reſpexiſſe ad conſeruandum inter legatarios ius accreſcendi in legato habitationis, quàm ad id quod priuſquam legatarij omnes deceſſerint nõ videatur extitiſſe conditio fideicommiſſi poſt ipſorum mortem re-
licti. † Nec mouet quod Rip. obiicit non fuiſſe in ea 31
ſpecie proprietatis fideicommiſſum relictum ab illis, quibus tantùm habitatio fuerat legata, ſed ab hærede ad quem durante habitationis legato proprietatis ſpectabat Nam vel ex eo magis inferri poteſt, ſi ab ipſis legatariis fideicommiſſum proprietatis relictũ fuiſſet reipub multò minùs admiſſam iri eam, quandiu aliquis ex legatariis viueret. Magis enim ipſis parcendũ eſſet; cùm & ab iis & poſt eorum mortem fideicommiſſum deberetur quàm ſi ab alio poſt ipſorum mortem. Quanquam non tam illud inſpici volo à quo relictum ſit,
quàm ſub qua conditione aut in quod tempus † Ne- 32
que ſimile eſt, quod noſtri volunt & ego non improbo, Si vir & vxor bona ſua donauerint monaſterio his verbis, *poſt mortem noſtram*, altero eorum mortuo bona illius ſtatim acquiri monaſterio nõ expectata ſuperſtitis morte, De quo Bart. *in d.§.Caio* Bald poſt Dinum & Cinum *in d.l.penult.* vbi etiam Caſtr. *C de impub. & aliis ſubſtit.* Id enim fit non fauore monaſterij vt vulgo creditur, ſed quia quod illi donarunt his verbis additis, *poſt mortem noſtram*, non cenſetur donatum poſt mortem omnium, ſed poſt mortem ſingulorum, ex natura illius dictionis *noſtram*, quæ, vt diximus, eſt diſtributiua.
† Diuerſum igitur eſt cùm aut donatum aut fideicom- 33
miſſi iure alicui relictum fuit à pluribus poſt mortem omnium. Tunc enim omnium mors expectanda eſt, acſi donatum aut fideicommiſſum eſſet poſt mortem no-
uiſſimi. † Quæ res erroris cauſam præbuit Caſtrenſi 34
exiſtimanti, quemadmodum nihil intereſt an poſt omnium mortem, an poſt mortem nouiſſimi fideicommiſſum relictum ſit, ita nihil referre an poſt nouiſſimi mortem relictum fuerit, an à nouiſſimo decedente. *ex d.l.codicillis*, vbi cùm teſtator ſic ſcripſiſſet, *poſt eorum nouiſſimi deceſſum ad rempublicam Arelatenſium pertinere volo*, reſpondit Scæuola poſſe ea verba ſic accipi, vt eius legatarij, qui nouiſſimus decederet fideicommiſſum videatur. Succedit enim alia propoſitio iam toties in ſuperioribus repetita, quæ habet ſubſtitutionem fideicommiſſariam ab vltimo decedente factam in tota hæreditate, inducere reciprocam *ex d.§.Seia libertis* ſed animaduertere Caſtr. debuerat, imò verò longè intereſſe an poſt mortem nouiſſimi an à nouiſſimo ipſo fideicommiſſum teſtator reliquerit, cum fieri poſſit vt diximus, & verò ita fieri in dubio credendum ſit, vt à ſingulis fideicommiſſum relinquatur, ex die tamen aut potiùs ſub cõditione mortis omnium. Quod cùm ſit non ſolùm medio tempore portionem primi decedentis penes ipſius hæredem remanere neceſſe eſt, ſed illud etiam ſequitur, ſi ante nouiſſimi obitum decedat fideicommiſſarius nihil eum tranſmittere ad hæredem, hoc eſt ne præmortui quidem in cuius perſona conditio extiterat, portionem, quaſi defecta conditione, quæ licet in plurium perſona, vna tamen erat, cùm dies incertus, qualis eſt mortis pro conditione habeatur, *l. dies incertus.74.D.de cond. & demonſtr.* indéque eueniat vt is cui poſt alterius mortem reſtituenda erat ex fideicommiſſo hæreditas ſi antè moriatur, nihil trãſmittat, *l.Statius Florus 48.*

§. Cornelio Felici. ff. iur. fiſc. † Et quod contra reſpondiſſe videtur Scæuola *in d. §. codicillis*, ſpecialam habet rationem, quia teſtator qui pluribus legauerat, prioribus decedentibus ſuperſtites diſertè ſubſtituerat illis verbis, *vt qui ab his deceſſerit portio eius reliquis accreſcat.* Inde enim fit, vt non poſſit videri reſpublica ſubſtituta primis decedentibus ſed tantùm nouiſſimo, quemadmodum ſuprà diximus in interpretatione *d. §. cùm ita.* ſed ſi reciproca nulla præceſſiſſet, aliter proculdubio Scæuola reſpondiſſet.

ANTONII FABRI I.C.
SEBVSIANI, SEREN. SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS,
& in Supremo Sabaudiæ Senatu Præſidis Primarij.
CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS LIBER DECIMVSQVARTVS.

CAPVT PRIMVM.

Explicata & emendata l. Pannonius Auitus 86. De acquir. hæred.

SVMMARIA.

1 *Hereditatem non agnitam exceptis duobus caſibus non tranſmitti.*
2 *Cur in ſuis heredibus & in* l. ſi infanti C. de iur. delib. *tranſmiſſio locum habeat?*
3 *Quatuor caſus quibus heredi heredis ſuccurritur, vt non tranſmiſſæ hereditatis commodũ nihilominus ſentiat.*
4 *De adaptatione & coniunctione* l. ſed & ſi. 5. ff de bon. poſſeſſ. cont. tab. *cum alia eiuſdem tituli lege.*
5 *Cur hereditas non adita non tranſmittatur?*
6 *Legatum, ſicut & fideicommiſſum vniuerſale perinde ac ſingulare in heredem legatarij & fideicommiſſarij tranſmitti.*
7 *Cur legatum & fideicommiſſum ignoranti acquiratur?*
8 *Hereditatem licèt non aditam aliquando in heredem tranſmitti beneficio reſtitutionis in integrum.*
9 *Militem qui bonorum poſſeſſionem proximi cognati intra tempus præſcriptum non petijt, nec reſtitutus eſt, non aliter eam ad heredem tranſmittere poſſe quam ſi declarauerit velle ſe heredem eſſe, aut habere tempus ad deliberandum.*
10 *Reſtitutionem nec minori nec abſenti Reipub. cauſâ dari niſi concurrente & probatâ læſione.*
11 *Quid iuris, ſi abſenti Reip. cauſa & ignoranti tempus cucurrerit, & ille prius defunctus ſit quàm ſibi delatam ſucceſſionem cognoſceret?*
12 *An aliud iuris obtineat, ſi ex alia quàm Republica, iuſta & neceſſaria cauſa abfuerit?*
13 *Quatenus ei ſuccurrendum ſit, qui ex voluntaria quidem, ſed probabili cauſa abfuit?*
14 *An, ſi intra diem aditionis miles deceſſerit, reſtitutio heredi eius competat?*
15 *Refellitur ſententia Interpretum exiſtimantium, eiuſmodi reſtitutionem non ſolùm heredi militis, ſed etiam minoris & cuiuslibet alterius abſentis cõpetere.*
16 *Non per reſtitutionem ſed per decretum ſuccurri heredibus heredis in ea hereditate quam heres ex iuſta aliqua cauſa impeditus adire non potuit?*
17 *Legem* Pannonius Auitus 86. ff. de acquir. hæred. *pro Interpretum ſententia facere.*
18 *Species & quæſtio dictæ legis.*
19 *Heredi qui intra diem aditionis deceſſit reſtitutionem non competere, nec proinde heredi eius, eamque fuiſſe Papiniani* in d. l. *ſententiam.*
20 *Tribonianum æquitatis pretextu & ſpecie motum nonnihil* in d. l. *de ſuo adieciſſe.*
21 *Diui Pij reſcriptum* in d. l. *a Triboniano relatum ad Papiniani reſponſum minimè pertinere.*
22 *Vnicum fuiſſe illud Diui Pij reſcriptum.*
23 *Bonorum poſſeſſionem* in d. l. Pannonius, *filio non aliter quàm ex teſtamento delatam fuiſſe.*
24 *Patri in ſpecie* d. l. *ſubueniendum, non tanquam heredi filij, ſed ex proprio iure & capite.*
25 *An per in integrum reſtitutionem? Diſtinguitur.*
26 *Cur in ſpecie propoſitâ in reſcripto Diui Pij patri per in integrum reſtitutionem ſubueniri non poſſit?*
27 *Minori aduerſus aditionem aut omiſſionem hereditatis poſt diſtractas res hereditarias per in integrum reſtitutionem non ſubueniri.*
28 *Explicatur & limitatur* l. vlt. in fin. C. de repud. vel abſtin. hæred.
29 *Quomodo in ſuperiore Diui Pij reſcripto patri ſubueniendum ſit?*
30 *Differentia inter conſtitutionem Iuſtiniani in* l. ſi infanti. 18. C. de iur. deli. *& illud Diui Pij reſcriptũ.*
31 *Alia ratione probatur, patri in ſpecie dicti reſcripti per in integrum reſtitutionem ſuccurrendum non eſſe.*
32 *Diſtinctionem à Papiniano initio* d. l. *propoſitam Diui Pij reſcripto poſtea allegato non conuenire.*
33 *Speciem à Papiniano* in d. l. Pannonius *tractatã ab ea ſpecie differre, quæ Diui Pij reſcripto continetur.*
34 *An quod à Papiniano* in d. l. *ex æquitate reſponſum putatur in herede eius qui Reipub. cauſa abfuerat, ad alios heredes minoris vel alterius cuiuſlibet, qui ex alia quàm iuſta & neceſſaria cauſa abfuit, ſit protrahendum?*
35 *In quo melior eſſe debeat hac parte conditio eorum qui*

Rei

Reipub. cauſa abſunt, quàm minoris aut aliorum qui Reipub. cauſa non abfuerunt.

36 *In quo conueniant?*

37 *Quis in* l. 1. C de reſtit. milit. *ſenſus ſit horum verborum: ita demum ſi poſt exactos dies, & an in d. l. abunde ſit?*

38 *An defuncto ante aditam hæreditatem minore, hæredi eius reſtitutio danda ſit vt adire poſſit?*

39 *Quid in extraneo infantis hærede obtineat?*

40 *Reſpondetur ad* l qui duos 9. ff. de reb dub.

1 ET † veteris, & noui iuris regula eſt, hæreditatem non agnitã non trãſmitti *l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollen.* præterquam aſcendentium in deſcendentes ea Theodoſij conſtitutione *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabu.* aut ratione adiuncti iuris deliberandi, ſi intra tempus, quod Iuſtiniani lege ad deliberandum datũ eſt
2 hæres deceſſerit. *l. cum in anteriquioribus. 19. C. de iur. delib.* † Extra has exceptiones ſupradicta regula perpetua eſt. Nam in ſuis hæredibus ideò locum habet trãſmiſſio, quoniam ipſo iure hæredes exiſtunt abſque vlla agnitione. *l. in ſuis 14. ff. de ſuis & legit. l. apud hoſtes. 8. C. eod. l. 1 §. qui ſunt in poteſtate ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſta.* In caſu autem legis Si infanti 18. *C. de iur. delib.* hoc eſt cùm infanti delata fuit hæreditas, nec illam eius nomine pater adiit, acquiritur hæreditas patri, non vi tranſmiſſionis, ſed iure patriæ poteſtatis vt lex ait, & ex conſtitutione Iuſtiniani aduerſus receptas iuris regulas, ſecundum, quas haud dubie finitur morte filij ius poteſtatis. † Aliquando tamẽ ſuccurri-
3 tur hæredi hæredis, vt etiam non tranſmiſſæ hæreditatis commodum nihilominùs ſentiat, ſiue data ei actione cõtra illum per quem factũ eſt quominùs hæreditas tranſmitti potuerit, *vt in l. 1. §. nonnunquam. ff. ſi mulier ventr. nom. calum. cauſ. in poſſeſſ. eſſ. decet.* ſiue conceſſis illi hæreditariis actionibus vtilibus, quemadmodum S.C Silaniano conſtitutum eſt, ſi hæres inſtitutus ideò non adierit, quòd propter Senatuſconſulti prohibitionem non potuerit aperire tabulas teſtamenti antè habitã de occiſi familia quæſtionem: *l. 3 §. eleganter, ff. de S. C. Silan.* Quo exemplo idem ſeruat Prætor in bonorum poſſeſſione, ſi Catonianam dederit aduerſus eum, qui ſecundum tabulas, aut vnde agnati obtinere potuiſſet: *l. ſeròptim. 12. ff. de Carbo. ed.* Succurrit enim illius hæredi, decernitque ſaluum illi eſſe commodum eius poſſeſſionis, quæ defuncto competierat: Sicut & decreto locus eſt, quoties is, qui ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato rem omnimodo habiturus erat, deceſſit incerto eo an venter præteritus vacuus eſſet, an plenus. Non. n. illi ſolùm qui in vtrumque euentum ſuccedere potuit ſubuenitur per decretum. *l. ventre 84. de acq. hæred.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 1. c. 11.* ſed ipſius quoque hæredibus, ſi fortè deceſſerit ille priuſquam decretum impetraret. *l. ſed etſi deceſſerit. 5. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* vbi Iulianus ſcribit debere Prætorem decernere ſaluum eſſe hæres hæredibus commodum bonorum poſſeſſionis aut ſecundum tabulas ſi venter vacuus fuit, aut contra
4 tabulas, ſi plenus. † Itaque debuerat illa lex accõmodari ad poſteriorem partem dictæ legis *ventre* potiuſquàm ad §. *vlt. l. 4 eod. tit. De bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* vbi tractatur de filio emancipato dubitante, non an venter ſit vacuus, néc ne, ſed ex qua cauſa ſibi competitura ſit bonorum poſſeſſio nondum nato poſthumo quem ſciat eſſe conceptum. Eo ſiquidem caſu dat ei Iuriſconſultus bonorum poſſeſſionem contra tabulas beneficio ventris præteriti edictum committentis, ne ſcilicet ſi interea decedat hæredi ſuo relinquat nihil. Nam etſi ſuus hæres eſſet atque interea decederet, ab inteſtato hæres patri fuiſſe intelligeretur *l. ſi filius. 16. De liber. & poſthum.* Neoto autem dixerit hæredi eius qui non niſi cõtra tabula petere potuit, ſuccurrendum eſſe vt commodum ſentiat bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas.

Succurritur etiam ex eadem æquitate hæredibus filiæ patroni, quæ ex liberti teſtamento, quod in prouincia falſum eſſe dicebatur, ſucceſſionem agnoſcere non potuit & pendente lite deceſſit, ſed pro ea tamen duntaxat parte, quam vel iure inteſtati habuiſſet filia ſi vixiſſet, idque ex decreto Marci imperatoris *l. ſi filius 42. §. vltim. de bon. libert.* † Cur autem ita ius cõſtitutum ſit, 5
vt hæreditas non adita non tranſmittatur, alia ratio quærenda non eſt quàm quod ius adeundi pendet ex delatione *l. delata. 151. de verbor. ſignific.* Hæreditatem verò non defert lex, niſi vel hæredi ſcripto, cùm teſtamentum factum eſt: vel ab inteſtato proximis agnatis, aut cognatis, non etiam eorum hæredibus *l. 1. & 2. D. de ſuis & legit.* Ex ſola porro delatione non acquiritur hæreditas, præterquàm in neceſſariis hæredibus, defertur enim ignoranti quoque & inuito, ſed non acquiritur niſi volenti *l. nec emere 16 C. de iure deliber.* Nempe quoniam hæreditas adeuntem obligat creditoribus & legatariis ex quaſi contractu *§ hæres. inſtit. de obligat. quæ ex quaſ. contr. l. 3. §. vlt. cum l. ſeq ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. e. l. 4. D. ad S. C Trebel.* Qui autem ſemel obligatus eſt liberari poſteà non poteſt niſi conſentientibus omnibus quorum intereſt. Inde igitur fit vt hæreditatem tranſmittere in hæredem non poſſit is, quem non conſtat voluiſſe adire & obligari. † Quod in le- 6
gato prorſus diuerſum eſt Tranſmittitur nàmque in hæredem legatarij, ſicut & fideicommiſſum vniuerſale, perinde ac ſingulare ſi modo dies eius ceſſerit viuo legatario aut fideicommiſſario *leg. ſi poſt diem 5. D. quand. dies legat. ced. l. 5. & vlt. C. eod.* Nimirum, quoniam acquiritur & legatum, & fideicommiſſum etiam ignoranti: *l. ſi partem. 19. §. 1. D. quemad. ſeruit. amitt. l. ſi fundum. 81. §. ſi Titius de legat. 1. l. cùm pater. 77. §. ſurdo. de legat. 2.* Non quidem ita irreuocabiliter, quin liceat repudiare quandiu agnitum non eſt [licet enim, nec legatario tantùm & fideicommiſſario, ſed eorum quoque hæredibus *dict. §. ſi Titius.* Nec antè expreſſam agnitionem fit irreuocabilis acquiſitio, vt docuimus *lib. 8. cap. 19. ex l. et quis ita 13. Dig. de condit. inſtit.*] ſed vt ſi non repudietur legatum, videatur tranſiiſſe recta via à teſtatore in legatarium quaſi nunquam factum hæredis *l. legatum ita. 70. de legat. 2. l. à Titio. 64. D. de furt.* † Idcirco autem acquiritur legatum; 7
itémque fideicommiſſum ignoranti quia non obligat acquiſitorem, nec poteſt vnquam eſſe illi damnoſum *l. ſi hæreditatem. 32. D. mandat.* † Poteſt tamen ali- 8
quando accidere vt hæreditas licet non adita tranſmittatur in hæredem beneficio reſtitutionis in integrum, nempe quoties ille idem qui ante aditam deceſſit, potuit ad eam adeundam reſtitui. Finge militem qui bonorum poſſeſſionem cognati proximi petere potuerat deceſſiſſe in via priuſquàm peteret, ſed poſt exacta tamen eius recuperãdæ tempora. Conſtat potuiſſe illum reſtitutionem implorare ex edicto Prætoris. *Ex quib. cauſ. maior.* quoniam hoc ipſo quod petiiſſet inſtitutionem, declaraſſet velle bonorum poſſeſſionem admittere, atque ita læſum ſe probaſſet. Ergo & eius hæres reſtitui poterit *l. 1. C. de reſtit. milit.* † Quod tamen ſic 9
intelligendum videtur, ſi viuus miles qui in integrum reſtitutionem non petiit, declarauerit velle ſe hæredem eſſe, aut habere tempus ad deliberandum. Alioqui vix eſt vt quis læſus exiſtimetur ex eo ſolo, quòd paſſus ſit labi tempora ad ſucceſſionem agnoſcendam præſtituta, niſi illud etiam concurrat vt poſtea hæres eſſe velit. Quid enim ſi conſulto labi paſſus ſit, & animo repudiandæ ſucceſſionis? Nam & id in dubio credendum eſt. Perindè ſanè eſſe debet acſi repudiaſſet. Atquin is qui hæreditatem ſibi delatam repudiauit, licèt minor ſit, non tamen ideò læſus intelligitur, ſed tum demum cùm dicit velle ſe hæredem eſſe: Fortaſſis enim prudenter faciat qui nunquam hæres eſſe velit quamuis opulenta ſit hæreditas *l. 4. Dig. ad S. C. Trebell.* † Reſtitutio

autem nec minori datur, nec abſenti Reipublicæ cauſa,
niſi concurrente, & probata læſione, quę propter mino-
rem ætatem aut abſentiam contigerit *l. nam poſteaquam.
9. §. ſi minor. D. de iureiur. leg. is qui. 44. D. ex quib. cauſ.
maior. l. Iulianus.* 17. in illis verbis: *ſi miles hæreditatem
agnouerit. eo.* Ergo nec reſtituendi erunt hæredes eius,
qui non declarata voluntate poſt lapſa ſucceſſionis ag-
noſcendi tempora deceſſerat, ne eadem ratione coga-
mur admittere quod nemo vnquam dixit, minoris qui
hæreditatem repudiauerat, hæredem poſſe reſtitui vt
adeat, quoniam & minor ipſe, ſi viueret, aduerſus repu-
diationem reſtitueretur *l. quod ſi minor. 24. §. reſtitutus.
D. de minor. leg. 1. & 2. C. ſi vt omiſſ. hæred.* Attamen fue-
rit prorſus id ridiculum. Nunquam enim repudiantis
11 hæres poteſt reſtitui ad adeundum. † At quid ſi igno-
ranti tempus cucurrerit, & priùs ille defunctus ſit, quam
ſibi delatam ſucceſſionem cognoſceret? Non poteſt ille
videri ſimilis repudianti, at nec adire aut deliberare vo-
lenti. Sed tamen humanius eſt, vt ſi abſentia reipublicæ
cauſa ignorantiam pepererit, tranſmittat ignorans in
hæredem beneficium reſtitutionis, quod ſibi compete-
ret ſi viueret, & hæres vellet, vt eleganter à contrario
ſenſu probat reſponſum Papiniani, quod extat *in l. P. n
12 nonius Auitus. 89. de acquir. hære.* † Quòd ſi ex alia quàm
reipublicæ, iuſtáve, & neceſſaria eiuſmodi abſentiæ cau-
ſa abfuerit is, qui ſi ſciuiſſet adire potuiſſet: quantum-
uis probabilis cauſa fuerit hæredi eius ſuccurri non
poteſt, quia nec ipſi ſi viueret, ſuccurreretur. Non enim
ſuccurrit Prætor niſi iis, qui abſunt ex cauſa iuſta & ne-
ceſſaria *l. ſed et ſi. 26. §. vbi cum l. ſed ex quib. cauſ. maior.* Et
de iis omnimodo intelligi debet *l. vlt. D. de in integr. reſtit.*
in illis verbis, *cæteris quoque qui in eadem cauſa habentur.*
13 † Sanè ſi ratio aliqua ſit quæ ſuadeat indulgendam re-
ſtitutionem et qui abfuit ex cauſa voluntaria quidem,
ſed probabili, puta ſtudiorum, aut exercendæ negotia-
tionis, ſuccurrendum quidem illi eſt, ſed hactenus vt
damnum vitet, non etiam vt lucrum captet. Hæc enim
mihi videtur eſſe ſententia *l. nec non 28. in princip. D. ex
quib. cauſ. maior. facit l. cùm quidam. 30. in princip. de acquir.
14 hæred. eo quod,* inquit, *reipublica cauſa aberat.* † Quid ergo
ſi intra diem aditionis miles deceſſerit? Nego reſtitutio-
nem hæredi eius competere, quia nec ipſi militi quam-
diu vixit competiit *d. l. 1. C. de reſtit. milit.* cuius contextus
in hanc rem tam clarus & apertus eſt, vt non facile ſit
15 adinuenire, quid reſponderi poſſit. † Et tamen conſen-
tientibus ferè omnium interpretum notis in contrariam
ſententiam itum eſt, nec tantùm in hærede militis, ſed
etiam in hærede minoris, & alterius cuiuſlibet abſentis
ex quacumque cauſa dummodò probabili, quaſi minor
ætas, aut abſentia quælibet probabilis, quæ ſola non
mereretur beneficium reſtitutionis, eadem cum morte
coniuncta inducat reſtitutionem. Quod ego ferre &
concoquere nullo modo poſſum. Qua enim obſecro ra-
tione competere poſſit hæredi reſtitutio, quæ nunquam
16 competiit defuncto? † Nam & iis quoque caſibus, qui-
bus æquum eſt ſuccurri hæredibus hæredis in ea hære-
ditate quam hæres ipſe iuſta aliqua cauſa impeditus
adire non potuit, non tamen iis ſuccurritur per reſtitu-
tionem quæ ſi daretur vtique daretur ex edicto præto-
ris quod eſt de reſtitutionibus, ſed ſuccurritur iis per de-
cretum *d. l. 5. ff. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Cui porro non
aliter locus eſt quàm ſi edictum non ſufficiat *l. 1. §. ſi ea
quæ in poſſeſſionem. iunct. §. ſi quis prima. ff. de ventr. in poſſeſſ.
mitt. d. l. ſcriptus. 11. de Carbon. edict. l. & mulieri. 15. §. 1. D.
17 de curat. furioſ.* † Vnus tantum iuris locus eſt, qui pro
interpretibus contra nos pugnare videatur, & qui om-
nes certè præcipites egit, Is eſt *in d. l. Pamnonius.* Dicam
liberè, & candidè meo more, quod ſentio. Iraſcendum
potius & ſuccenſendum eſt Triboniano, cæteriſque
Pandectarum compoſitoribus, qui, vt ego quidem arbi-
tror, elegantem illum Papiniani locum corruperunt,
18 quàm interpretibus ipſis, quos in corrupto loco labo-
rantes errare neceſſe fuit. Tractat Papinianus de Pan-
nonio Auito, qui cùm in Cilicia procuraret, atque ita
abeſſet Reipublicæ cauſa, hæres Romæ inſtitutus fue-
rat, priuſque deceſſerat quàm ſe inſtitutum cognouiſſet.
Petierat quidem eius procurator bonorum poſſeſſio-
nem: quam conſtat peti poſſe per procuratorem abſen-
tis nomine, & ſufficere vt poſteà dummodo intra con-
ſtituta tempora ratihabitio ſequatur. *l. qui in aliena. 6. ff.
de acquir. hæred.* Sed quis ante ratihabitionem nullum ex
ea poſſeſſione ius abſenti quæritur, ita vt prius defun-
cto illo inutilis ſit agnitio poſſeſſionis, nec ipſi quic-
quam proſit quoniam ratum non habuit, nec eius hære-
di quia ratum habere non poteſt cùm in hæredem non
tranſeat ius admittendæ bonorum poſſeſſionis *l. 3. § ac-
quirere. D. de bon. poſſeſſ.* Ob eam nimirum cauſam pete-
bant hæredes Auiti reſtitutionem in integrum, & qui-
dem ex perſona defuncti. Verùm competere illam Pa-
pinianus negat, ideò quòd intra diem aditionis Auitus
obiiſſet. † Non de illo Papin. quærit, an tempus igno- 19
ranti cucurrerit, nécne. Nam ſiue cucurrerit, puta ſi dies
aditionis fuerint continui, non vtiles, ſiue non cucurre-
rit, puta quòd vulgaris fortaſſe cretio facta eſſet, de qua
Vlpianus in Titulis tractat tit. 21. fieri non poteſt, vt
hæredi, qui intra diem aditionis deceſſit, vnquam com-
petierit reſtitutio, qui ſcilicet quandiu vixit non fuit læ-
ſus. Nec pugnat quod ex noſtris ſubtiliores nonnulli
obiiciunt, videri eum læſum in vita ſua, quia moriens
perdidit potentiam, vt loquuntur adeundi, hoc eſt vo-
luntatem ſine qua per eum adiri hæreditas non potuit.
Nam vt taceam eum qui nunquam ſciuit delatam ſibi
hæreditatem non potuiſſe habere voluntatem adeundi,
nec eam proinde amittere, illud obſeruare noſtri de-
buerunt, non amitti voluntatem iſtam propter abſen-
tiam, ſed propter mortem, aduerſus quam non eſt præ-
ter Deum Opt. Max. qui dare poſſit in integrum reſti-
tutionem Ac præterea, non videri quemquam læſum
ex eo ſolo, quòd amittat voluntatem adeundi, niſi cùm
accidit, vt eandem poſteà recuperet, velitque adire: quòd
neque per mortem contingit, neque poſt mortem. Nul-
la ergo ex iuris ratione competere poteſt reſtitutio hæ-
redis qui intra diem aditionis moritur, nec proinde hæ-
redis, ne plus iuris habeat ille quàm habuerit defunctus.
Neque dubito quin ita Papinianus ſcripſerit cùm mihi
planè conſtet ſic omnino ſcribendum fuiſſe. † Sed Tri- 20
bonianus, aut ſi quis alius fuit ex compoſitoribus, ſpecie
quadam æquitatis motus locum corrupit, & quaſi pu-
gnaret hîc æquitas cū iuris rigore, adiecit primùm ver-
bailla, *ſtricto iure*, vt Papiniani ſententiam, quam pror-
ſus peruertere non poterat reſtringeret ad ſtricti iuris
rationem. Deinde ſubiecit, *quod & hic humanitatis gra-
tia obtinendum eſt.* Quæ loquendi formula neque admo-
dum latina eſt, nec Papiniano familiaris, ſed Tribonia-
no potiùs, qui quoties Iuriſconſultorum reſponſa pro
arbitrio ſuo lacerat, æquitatis potiſſimùm & humani-
tatis prætextu aliquo niti ſolet, vt à nobis ſæpius, ac ſæ-
pius in ſuperioribus libris obſeruatum eſt. † Me illud 21
etiam valde mouet, quòd totus ille verſi. *Diuum tamen
Pium contra conſtituiſſe Marcianus libro quæſtionum refere
inco, qui legationis cauſa Romæ erat, & filium qui matris
delatam poſſeſſionem abſens amiſerat, ſine reſpectu eius di-
ſtinctionis reſtitutionem locum habere,* magis inſulsè & in-
concinnè conſcriptus eſt quàm vt Papiniani elegan-
tiam ſapiat: Quinimò ad Papiniani reſponſum minime
aut potiùs nullo modo accommodatè Reſcriptum eſt tm
illud Diui Pij, quod ex Marciano refertur, idipſum eſt
cuius meminit Vlpianus *in d. l. cùm quidam. 30. de acqu.
hæred.* De illo ſcilicèt qui cum Romæ eſſet legationis
cauſa, non poterat filium à matre inſtitutum eundém-
que in prouincia agentem iubere matris adire hære-
ditatem. † Non enim vt vulgo creditur, duplex Diui 22
Pij reſcriptum fuit, vnum de illo, qui reipublicæ cauſa
aberat, alterum de filio, qui delatam matris poſſeſſio-
nem

nem abſens amiſerat, ſed vnicum duntaxat de illo qui
cum eſſet in legatione non potuerat iubere filio, quem
habebat in poteſtate, vt hæreditatem matris ex teſta-
mento delatum adiret, atque ideò mortuo intereà filio
ſpem acquirendæ hæreditatis amiſerat. Itaque quod
Vlpianus proponit, *in d.l.cùm quidam*, inſtitutum filium,
ita intelligendum eſt, vt fuerit à matre inſtitutus, ſecun-
23 dum id quod ſcriptum eſt *in d.l. Pannonius*.† Et viciſſim
quod *in d.l. Pannonius.* proponitur delatam filio bono-
rum poſſeſſionem matris, non aliter accipi poteſt quàm
vt ex teſtamento delata eſſet. Nempe quia temporibus
Diui Hadriani, & ante S. C. Orficianum, quod longo
poſt interuallo ſub Marco Imperatore factum eſt non
poterat filius hæres eſſe matris, niſi ex teſtamento *Inſt.
De S.C.Orfic. in princ.* Cum igitur pater Romæ eſſet le-
gationis cauſa, filius autem in prouincia ageret, euene-
rat, vt non potuiſſet pater iubere filium adire, quomodo
ſanè potuiſſet, ſi in prouincia cum filio non Romæ le-
24 gationis cauſa fuiſſet. † Meritò igitur reſcriptum eſt
mortuo filio ſubueniendum patri. non tanquam hæredi
filij, in quo omnes decipi video [neque enim pater
hæres eſt filiifamilias *l.2. D. de caſtrenſ.pecul.* neque alius
quilibet filij hæres ſi patrem non habuiſſet, reſtituere-
tur] ſed ex proprio iure & capite. tanquam illi ipſi, qui
reipublicæ cauſa abſuerat, & cui ex illa abſentia dam-
num contigerat amiſſæ hæreditatis, quam filio delatam
potuiſſet ſibi per filij perſonam acquirere, ſi non reipu-
blicæ cauſa abfuiſſet. Nocere verò ei abſentiam reipu-
25 blicæ cauſâ æquum ſanè non erat. † An autem ſubue-
niendum erit patri per in integrum reſtitutionem? Et ſi
quidem filius viueret, ſed tamen abſente patre cauſâ rei-
publicæ dies aditionis effluxiſſent, poſſet pater ex edi-
cto reſtitui, adhoc, vt non obſtante lapſu temporis li-
ceret ſibi iubere filium adire, & per illum hæreditatem
acquirere, neque in eam rem opus fuiſſe reſcripto vllo
Diui Pij, ſufficienti nimirum edicto quo ſuccurritur
etiam maioribus, qui cùm reipublicæ causâ abeſſent dã-
num aliquod paſſi ſunt, aut lucri captandi occaſionem
amiſerunt *leg. & ſi ne quid. 27. ex quib. cauſ. maior.* Quamuis
enim reipubl. cauſa propriè abeſſe non videatur is, qui
pro ciuitate in legatione eſt, quoniam non agnoſcit ius
ciuile Romanorum, aliam rempublicam Romanam,
iiſdem tamen gaudet priuilegiis, præſertim quod ad be-
neficium reſtitutionis pertinet *l. ſed etſi. 16. §. vlt. eod. ex
quib. cauſ. maior.* niſi ſit in legatione priuati negotij ſui
26 cauſâ *l. non verè 41. eod.* † Sed quoniam abſente patre
filium in prouincia defunctum ponimus, ſine cuius ta-
men perſona & miniſterio fieri non poteſt vt acquira-
tur patri hæreditas, quæ nõ patri delata fuerat, ſed filio,
apparet in eo ſtatu rem eſſe vt reſtitutionem in inte-
grum admittere nullo modo poſſit Non enim poteſt in
integrum reſtitutio facere, niſi vt in eum ipſum ſtatum
reducantur omnia in quo erant, priuſquàm leſio con-
tingeret quod & nomen ij ſuum demonſtrat in integrum
reſtitutionis: *leg. quod ſi minor. 24. § reſtitutio. Dig. de mi-
27 nor.* † Ideóque quoties deſiit res eſſe integra, ceſſat re-
ſtitutio, puta ſi minor velit reſtitui aduerſus aditionem,
aut omiſſionem hæreditatis poſt diſtractas res hæredita-
rias *dict. leg. quod ſi minor. §. Scæuola l. vltim. C. de repud. vel
28 abſtin. hæred. in princip.* † Nam quod in fine conſtitutio-
nis ſubiicitur, ſi durante minori ætate diſtractio facta
ſit, licere minori res recuperare & paternis creditori-
bus ſatisfacere, vel reſtringendum eſt ad ſuos hæredes
quorum fauorabilior cauſa eſt ſemperque ſuit quàm ex-
traneorum, vel ad eum caſum quo filius non aduerſus
immiſtionem reſtitui velit, ſed aduerſus omiſſionem
hæreditatis, quippe quam adiri non tantùm ipſius in-
terſit ſed etiam creditorum, quod planè diuerſum eſſet
ſi aditam repudiare vellet diſtractis rebus hæreditariis.
Fieret enim fraus & creditoribus, & legatariis, ſi reſti-
tutio ei concederetur, qui iam diſtractas res hæredita-
rias in integrum reſtituere non poſſet. Atqui in ſpecie
de qua quærimus, in eo res erat priuſquàm defunctus
eſſet filius eius, qui legationis cauſâ Romæ aberat, vt
non niſi per filium ipſum adiri hæreditas poſſet vt pa-
tri quæreretur. Quemadmodum ergo non poteſt reſti-
tutio facere vt mortuus filius viuat, ita nec faciet vt de-
latam filio hæreditatem pater per ſe adeat mortuo fi-
lio, quam viuo eo per ſe adiri nequiuiſſet. † Itaque non 29
reſcripſit Diuus Pius, quod nimis ridiculum fuiſſet, re-
ſtituendum patrem in integrum mortuo filio ad adeun-
dam matris hæreditatem ſed ſubueniendum patri, vt
Vlpianus loquitur in *dict. l. cùm quidam.* hoc eſt, vt ego
interpretor, datis ei hæreditariis actionibus perindeacſi
iuſſu eius filius adiiſſet. † Sic & *in l. ſi infanti. 18. Cod. de 30
iur. delib.* ſuccurritur patri cuius filius infans priùs de-
ceſſit, quàm eius nomine pater hæreditatem adiret ex-
tranei, & ſuccurritur ex conſtitutione Iuſtiniani, nul-
la in eam rem neceſſaria reſtitutione. Quamquam in-
ter eam Iuſtiniani conſtitutionem, & reſcriptum D. Pij
hoc fortaſſe intereſt, quòd ex conſtitutione directæ quo-
que actiones patri competunt, quem ſcilicet perinde
haberi vult Iuſtinianus, acſi iure patrio quæſita illi hæ-
reditas per filium fuiſſet. Ex reſcripto autem Diui Pij
non putem competere directas patri, ſed vtiles tantum
ex æquitate, deficiente iure *arg. l. 3. §. eleganter. D. de S.
C. Silan.* Id enim ſubuentionis verbum ipſum demon-
ſtrat. † Sed & illud obſeruandum eſt quod ad rem no- 31
ſtram maximè pertinet, non Prætori ſed Conſulibus
reſcriptum fuiſſe à Diuo Pio vt Vlpianus refert *in d.l.
cùm quidam.* Nam ſi patri ſubueniri voluiſſet per in in-
tegrum reſtitutionem, vtique Prætori reſcribendum
erat, cuius ſolius fuit ea cognitio concedendæ vel de-
negandæ reſtitutionis ex edicto, quod ipſum in vrbe
prætorium fuit non conſulare *dict. leg. quod ſi minor §.
vlt.* Sed quoniam non pollicetur Prætor in integrum
reſtitutionem niſi quo ad eius per leges, plebiſcita, Se-
natuſconſulta, edicta, & decreta Principum licebit *l. 1.
l. nec non. 28. §. quo ad eius. D. ex quib. cauſ. maior.* ceſſante
hîc poteſtate edicti reſcribendum fuit Conſulibus, qui
in vrbe vices Principis gerebant, vt ea concederent
præſertim reſcribente Principe, quæ nec prætoris edicto,
nec ordinario magiſtratus imperio alioquin concedi po-
tuiſſent. Ex quo apparet abſurdum prorſus eſſe, & con-
ſequenter Triboniano potius quàm Papiniano adſcri-
bendum, quod *in dict. l. Pannonius* ſcriptum legimus, re-
ſcripſiſſe Diuum Pium dandam patri in integrum reſti-
tutionem. † Quemadmodum & ridiculum illud eſt quod 32
additur *ſine reſpectu eius diſtinctionis.* Nam præter id
quod parum elegans locutio eſt, non poterat in ea ſpe-
cie de qua Pius reſcripſit locum eſſe diſtinctioni, an in-
tra diem aditionis, an poſtea deceſſiſſet filius eius qui
Romæ erat legationis cauſa. Quandocumque enim de-
ceſſiſſet, conſtabat nec adiri ampliùs poſſe hæredita-
tem, nec patri ſuccurri per reſtitutionem, quoniam eo
caſu non tam lapſus temporis patri nocebat, quàm mors
filij, nec rurſus petebat pater ſubueniri ſibi tanquam
hæredi filij, ſed tanquam patri Diſtinctio autem illa Pa-
piniani, an hæres inſtitutus qui reipubl. cauſa aberat in-
tra diem aditionis deceſſerit, an poſt diem, nõ aliam ra-
tionem habet, quàm quod ſi poſt diem defunctus ſit,
competierit ei viuo beneficium reſtitutionis quod pro-
inde in hæredem ſuum tranſmiſerit, non item ſi ante
diem. † Eſt igitur planè diſſimilis ſpecies illa quam Pa- 33
pinianus tractat *in leg. Pannonius*, ab ea quæ Diui Pij reſ-
cripto continetur. Subueniendum enim putauit Diuus
Pius illi ipſi qui legationis & reipublicæ cauſâ abfuerat,
non etiam illius hæredi, idquè citra reſtitutionem. Pa-
pinianus verò non de illo quærit, An Pannonio Auito
qui reipub. cauſâ abfuerat, ſuccurrendum eſſet, ſiue per
in integrum reſtitutionem, ſiue quo alio auxilij genere.
(ponit enim defunctum illum intra diem aditionis, ac
priùs quàm ſe hæredem ſcriptum cognoſceret) ſed an
hæres eius reſtitutionem in integrum implorare poſſet,

quam viuus ille implorare non potuerat. At nulla ſanè
ſiue iuris,ſiue æquitatis ratione admitti id poteſt. Non
enim quæ æquitas induceret reſtitutionem pro Auito ſi
viueret,& hæres eſſe vellet,poſt effluxa aditionis tem-
pora,eadem facit vt reſtitui poſſit , quandiu ſupereſſet
aliquid temporis ad adeundum,quia ſcilicet tamdiu læ-
ſus non videtur. Eo ſigitur intra diem defuncto,relinqui-
tur neceſſariò cauſam nullam eſſe,propter quam aut ex
iure aut ex æquitate reſtitui hæres eius debeat,cùm in
hæreditate defuncti non inueniat beneficium reſtitu-
tionis,quæ ipſi defuncto nunquam competierat. Erra-
uit ergo apertiſſimè Tribonianus,aut quiſquis alius fuit,
qui ad illam Papiniani ſpeciem trahendum putauit re-
ſcriptum D. Pij,nec ipſi Papiniano parcerem, ſi conſta-
ret mihi aut fieri poſſet probabile,nihil in eius reſpon-
34 ſo immutatum. † Sed errant longè periculoſiùs,& fœ-
diùs, qui quòd à Papin. ex æquitate contra iuris ratio-
nem reſponſum putant in hærede eius qui re.publicæ
cauſâ abfuerat , vt ſcilicet competat ei reſtitutio , quæ
nunquam defuncto competierat, hoc ipſum protrahunt
ad alios hæredes quoſcumque , non ſolùm minoris ſed
& alterius cuiuſlibet,qui ex alia quàm iuſta & neceſſa-
ria cauſa abfuerit. Diuerſam enim iſtorum rationem eſſe
vel ex eo intelligimus quod Vlpianus *in d.l. cùm qui-
dam ſcribit.* non alio æquitatis iure niti reſcriptum D.
Pij quàm quòd pater reipublicæ cauſa abfuerat,vt col-
ligamus ſi aliud non fuiſſet quàm quòd filij mors inter-
uenerat abſente ex alia cauſa patre , non idem reſcri-
35 pturum fuiſſe Imperatorem. † Nec ſanè ambigendum
eſt quin hac parte melior eſſe debeat condicio eorum
qui reipublicæ cauſâ abſunt , quàm cæterorum,ſicut &
in eo quod iam diximus , vt qui reipubl. cauſâ abſens
excluſus eſt tempore ab adeunda hæreditate, reſtitui in
integrum poſſint: *argum d.l ſed etſi .16.§.vlt.cum l.ſeq.ff.
ex quib.cauſ maior.& dict.l.1.C.de reſtit.milit.* Item in eo
vt cui cùm reipublicæ cauſâ abeſſet,priùs defunctus eſt
quàm ſe inſtitutum cognoſceret,dummodò poſt aditio-
nis diem deceſſerit tranſmittat in hæredem beneficium
reſtitutionis etiam ignorans. Minor autem vel alius
quiſquis non reipublicæ cauſâ abfuerit , non tranſmit
tat, nec ſi delatam ſibi hæreditatem aut bonorum poſ-
36 ſeſſionem ignorauerit † In illo autem ſolo conueniunt,
quòd & is qui reipublicæ cauſâ abfuit , ſi poſt exactos
aditionis dies deceſſerit , ſibi delatam ſciens ſucceſſio-
nem , non aliter tamen in hæredem ſuum tranſmittit
quàm ſi declarauerit velle ſe hæredem eſſe aut tempus
habere ad deliberandum *dict.l.Iulianus.17.ex quibus cauſ.
maior.* quod & in minore & in cæteris omnibus qui ipſi
reſtitui potuerunt ſioe ante impetratam reſtitutionem
37 deceſſerint , idem prorſus eſt. † Sanè in militis hærede
certum, ni fallor , ius eſt , vt ex defuncti perſona non
poſſit iuuari beneficio reſtitutionis, ſi miles intra diem
aditionis deceſſerit. Id enim eſt quod apertè imperato-
res ſignificant *in d.l.1.C. de reſtit.milit.* iis verbis *ita de-
mum ſi poſt exactos dies.* Quæ ſi cum noſtris interpreti-
bus putes abundare , vt imperatores eum Papiniano
concilies,non minùs ridiculè facias,quam ſi cùm iis ſen-
tias reſcripſiſſe Imperatores de ſtricto iure,Papinianum
verò de æquitate reſpondiſſe. Solent enim Imperatores
de æquitate potiùs,quàm de ſtricto iure reſcribere , ne
aliqui eos à quibus conſulebantur fefelliſſe magis quàm
docuiſſe viderentur Si quando enim aliàs , certè in le-
gibus,edictis , & reſcriptis verba cum effecto ſunt ac-
cipienda. Quis porrò effectus eſſet eius quod lex ait Ita
demùm poſſe militis hæredem ex perſona defuncti re-
ſtitui ſi deceſſerit ille poſt exactos dies petendæ bono-
rum poſſeſſionis, cum iis quoque non exactis idem ni-
hilominus admittendum eſſet? Denique cùm reſtitutio-
nes omnes ſola æquitate nitantur, ac contra ſtricti iu-
ris rationem inductæ ſint,non video qua ratione po-
tuerint Imperatores iuris rigorem inſpicere ad dene-
gandam reſtitutionem quam ex æquo & bono conce-
dere debuiſſent. † Sed & quod tradunt noſtri defuncto 38
ante aditam hæreditatem minore , dandam hæredi eius
reſtitutionem vt adire poſſit , an non pugnat apertè
cum *d l.ſi infanti.18 C.de iur.delib.* † Quamuis enim in- 39
fanti priuilegium hoc detur,vt ei delatam hæreditatem
poſſit pater ipſius nomine adire,adeòque vt ſi priùs in-
fans defunctus ſit quàm pater adierit , habeatur nihilo-
minus hæreditas pro adita , & ipſi patri iure poteſtatis
quæſita,ſi tamen pater non ſit nec tutor,aut tutor qui-
dem ſit ,ſed hæreditatem pro infante adire neglexerit,
Placet Iuſtiniano hæreditates omnes ad infantem de-
uolutas & non agnitas ita intelligi, & perinde ad alias
perſonas ſubſequentes peruenire,acſi nunquam fuiſſent
infanti delatæ Quibus verbis vtique excluditur infan-
tis hæres non ſolùm ab hæreditate, ſed etiam ab omni
beneficio reſtitutionis , vt pluribus ad eum locum diſ-
putat Baldus contra Bartolum quamuis idem Bald. *in d.
l.1.C. de reſtit. milit. in fin.* teneat dici poſſe aliud iuris
eſſe in infante,aliud in alio minore. Sed præter id quod
diſſimilitudinis rationem nullam affert, illud etiam ne-
gari non poteſt , plus fauere Iuſtinianum voluiſſe in-
fanti quam minori, ſicut & re vera fauorabilior eſt in-
fans quam minor, vel eo ſolo quòd minùs æquũ ſit no-
cere infanti aut eius hæredi negligentiam tutoris,quàm
minori ſuam propriam. † Obiicitur etiam vulgo pro 40
interpretibus lex *Qui duos.* 9 *ff.de reb. dub.* quaſi in ea
ſpecie hæreditas fratris præmortui reperiatur in hære-
ditate nouiſſimi beneficio tantùm reſtitutionis in in-
tegrum,vt ad eum locum Bart. defendit. Sed longè alia
illius loci ſententia eſt , vt tractauimus lib ſuper.c 14.
& ex iis apparebit, quæ nos de tota quæſtione iſta fu-
ſiùs & commodiùs diſſeremus noſtris Diſputationum
forenſium libris,quos parturimus iampridem, & breui
ſi Deus fauebit,in publicum edemus.

Capvt II.

De verbis fideicommiſſorum ad §. vlt.l. vnum ex familia .67. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Quænam olim fuerint ſolemnia fideicommiſſorum verba.*
2 *Ad fideicommiſſa inducenda nec verba ſine voluntate, nec voluntatem idoneis verbis non expreſſam ſufficere olim potuiſſe.*
3 *Vbi verba, licet ad exprimendum fideicommiſſum non ſatis idonea manifeſtam tamen fideicommittendi voluntatem præ ſe ferebant, ad inducendum fideicommiſſum vel S.C. vel reſcripto Principis opus fuiſſe.*
4 *Ex quibus verbis in ſpecie* l.alumnæ. 30.ff. de adim. legat. *fideicommiſſum inducatur?*
5 *Quænam verba in* §. qui Marco .l. Titia.19. de ann. leg. *fideicommiſſum inducant?*
6 *Particula* & *pro* etiam *poſita quam vim in* dict. §. *habeat?*
7 *Dictiones has* plus *&* tantumdem *fideicommiſſum implicare in* §.pater l. cùm filius.76. de leg. 2.
8 *Fideicommiſſum non ſolum precarijs, ſed etiam directis ad fideicommiſſarium verbis olim relinqui potuiſſe?*
9 *Declaratur & explicatur* §. vlt.l. vnum ex familia. 67 ff.de leg. 2.
10 *Verba illa teſtatoris*, ſe non dubitare te aliquid facturum *ad fideicommiſſum inducendum regulariter non ſufficere.*
11 *An poſt reſcriptum Diui Marci, ex illis verbis paſſim & indiſtinctè fideicommiſſum induci poſſit?*
12 *Ratio eius reſcripti à Bartolo excogitata reijcitur.*
13 *Vera huius reſcripti ratio à Papiniano allata.*

14 *Quomodo*

14 *Quomodo in* d. §. fin. *accipienda ſint verba illa*, patrem decipiat?

15 *Non ex eo ſolo fideicommiſſum induci quòd teſtatoris expectationi & præſumptioni ſatisfactum non fuerit, ſi nulla adſint fideicommiſſi verba?*

16 *Quod Bartolus reſpondeat* ad l. Titia quum teſtamento. 34. ff. de leg. 2.

17 *Reſcriptum Diui Marci ad alias ſpecies, quibus eadem ratio conuenire non poſſit, non eſſe protrahendum.*

1 FVêre † olim verba quædam certa, & vt ita dicam ſolemnia fideicommiſſorum, ſicut & legatorum, qualia illa *Rogo, peto, mando, iubeo, cupio, opto, volo, deſidero*, & iis quæ ſunt ſimilia §. *vlt. Inſti. De ſing. reb. per fideic. relict. l.* 2. *C. commun. de legat. Paul. lib.* 4. *ſenten. tit.* 1.
2 *de fideic.* §. *fideicommittere.* † Quæ ſi nulla aderant non poterat ex ſola voluntatis coniectura fideicommiſſum induci: *l. pater.* 38. §. *pen. l. teſtatorem.* 68. *alias l. Iulianus.* §. 1. *de legat.* 3. Quibus locis ridiculus ſanè eſt Accurſius qui fideicommiſſum deberi contendit, quod apertiſſimè Scæuola & Vlpianus deberi negant, ſed magis ridiculi, qui ſcripſerunt *in dict.* §. *pen.* legendum eſſe *dubitari* non *propono.* Nulla enim certè eo loco fideicommiſſi verba proponebantur, ſicut nec *in l. generali.* 32. *in princip. de vſuf. vel leg. l. Titia cùm teſtamento.* 34. *in princip.* & §. *Caius Seius, de legat.* 2. *l. fideicommiſſa.* 11. §. *ſi ita quis. de legat.* 3. At nec fideicommiſſi verba quædam interuenire ſatis erat, niſi ex iis quæ præcedebantur aut ſequebantur, appareret teſtatorem fideicommittere voluiſſe *l. cùm pater.* 77. §. *mando de legat.* 2. Vnde & dubitandi ratio ad *d. l. fideicommiſſa.* §. *hæc verba*, vbi tamen non obſcura videtur teſtatoris voluntas, eáque verbis precariis expreſſa acſi ſcriptum eſſet, *rogo fac vt ea prædia poſſint ad liberos tuos peruenire* quibus verbis etiqne fideicommiſſum ſignificatur *l. epiſtolam.* 75. §. *vlt. ff. ad S. C. Trebell.* Itaque nec poterant ſufficere verba ſine voluntate, nec voluntas quæ verbis idoneis expreſſa non eſſet *l. libertates.* 16. *D. de fideic. libert.* ne fauore quidem libertatis *l. Thais.* 41. §. *Lucius Titius* 6. *eod. l. ex verbo.* 12. *C. eod* præterquàm in caſu valde ſingulari
3 *l. Paulus reſpondit.* 19 §. 1. *D. eod* † Quòd ſi talia verba teſtatoris proponerentur, quæ licet non eſſent ad exprimendum fideicommiſſum ſatis idonea, præ ſe ferrent tamen apertiſſimam fideicommittendi voluntatem, ita vt æquum videretur fideicommiſſum induci, neceſſarium erat in eam rem Senatuſconſultum, vt in illa ſpecie cum quis rogatus eſt vt alium hæredem inſtituat, *l. filiusfamilias.* 114. §. *vt quis. de lega.* 1. *l. ex facto* 17. *in princip. ff. ad S. C. Trebell.* Aut reſcriptum aliquod Principis vt ſi ſcriptum eſſet *mando tibi non teſtari donec liberi tibi ſint* idque nullis conſilij verbis adhibitis *l. qui filium.* 74. *in princ. eo. tit.* Vel ſi pater rogatus fuiſſet filium emancipare nulla hæreditatis reſtituendæ facta mentione *l. ſi cui legatum.* 92. §. *vlt. cum l. ſeq. de cond. & demonſtr. l. quamuis* 15 *C. de fideic.* Aut denique ſi teſtator ita cauiſſet *non dubitare ſe quodcunque vxor eius cepiſſet liberis ſuis redditurum, l. vnum ex familia.* 67. §. *vlt. de legat.* 2. vbi Papinianus refert. Diuum Marcum reſcripſiſſe pro fideicommiſſo accipiendum hunc ſermonem, cùm fideicommiſſi verba ceſſare animaduerteret. Non enim fideicommiſſi verba ſunt hæc *non dubito te redditurum.* ſed ſpei potiùs, præſumptionis & confidentiæ: Sicut nec illa *Scio omnia quæ tibi Pamphilo relinquo ad liberos meos peruentura cùm affectionem tuam circa eos bene perſpectam habeam*, vt apertè Scæuola reſpondit *in l. Pamphilo.* 39. ibi *non videri quantum ad verba teſtatoris pertinet fi-*
4 *deicommiſſum Pamphili.* de legat. 3. † Nec obſtat quod ab eodem Sceuola contrà reſponſum videtur *in l. alumnæ.* 30. *de alim. legat.* Non enim ex iis verbis *certa autem ſum te Mæui pro tua pietate ab hærede tuo petiturum vt voluntas mea in perſona alumnæ meæ duret* fideicommiſſum Scæuola coniicit, vt malè putat Accurſ. ſed ex illis præcedentibus *cautionibus interpoſitis, vt ex ea ſumma q*[illegible]*tem Semproniæ, quandiu vixerit præſtes menſtruos denarios quinque, & veſtiarij nomine denarios centenos vicenos quos eo dque fidei veſtræ committo.* Præſertim cum non poſſet in illa ſpecie Mæuius tranſlatum in ſe legatum agnoſcere, niſi cum ſuo onere *l. ſed duobus.* 5. *de legat.* 2. *l. à filio* 14. *de alimen. & cibar. legat.* nec minus heredes Mæuij, quàm ipſe Mæuius onerari *l. ſi fructu*, 5 §. *vlt. de*
legat. 3. † Quemadmodum & in *l. Titia.* 19. §. *qui Marco. de ann. legat.* ex huiuſmodi verbis *Domina ſanctiſſima ſcio te de amicis meis curaturam ne quid his deſit, veruntamen & Marco dari octingenta.* idem Scæuola reſpondit deberi Marco fideicommiſſum non ſolum octingentorum, ſed etiam annuorum, quæ ſolebat viuus teſtator ei præſtare, non propter verba illa enunciatiua futuri euentus ad grauatum directa *Scio te curaturam* vt Bartolus credidit, ſed propter ſequentia *veruntamen & Marco dari octingenta* in quibus certum eſt ſubintelligẽdum verbum *volo*, quod ſi additum eſſet, perfectum ſenſum efficeret *l. verbum volo* 10 *C. de fideic. l. ſi in teſtamenti ab. de legat.* 1. Quæ ſententia eſt §. *ſi omiſſ. d. l. vnum ex familia, arg. l.* 1. § *ſi autem. de hæred. inſtit. l. errore.* 7. *Cod. de teſtam. l.* 4 § *vlt. C. de recip. arbitr.* Cùm autem verbum *volo* ſit precarium vt diximus, mirum non eſt deberi ex fideicommiſſo octingenta ac proinde annua
etiam deberi † ex vi particulæ illius *&* quæ cùm ponitur pro *etiam* dicitur à noſtris implicatiua, & facit vt in 6
propoſito perinde ſit acſi ſcriptum eſſet *veruntamen & eo amplius Marco dari volo octingenta.* Quo caſu dubitari non poſſet quin annua viderentur ſimul relicta & vtrique fideicommiſſo eaſdem ineſſe conditiones *l. libertis.* 7.
108. *de cond. & demonſtrat.* † Sicut & qui ita ſcribit *Peto cum moriteris licet alios quoque filios ſuſceperis Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei* cæteris quoque nepotibus nondum natis cenſetur fideicommiſſum relinquere, quia dictio *plus* implicat *tantumdem*, & dictio *tantumdem* implicat fideicommiſſum aliis quoque nepotibus preſtandum: *l. cùm filius.* 76. § *pater & ibi Bald. de leg.* 2. *facit l. Seia cum nuberet.* 12. *de liber. legat.* Quo exemplo putem in ſpecie dict. §. qui Marco ex cæteris quoque omnia deberi, quibus præſtare ſolitus erat teſtator, idque eſſe quod Papinianus ſcribit *in d. l. cum pater.* §. *cum imperfecta. de legat.* 2. Cum imperfecta ſcriptura inuenitur ita demum verbum legati vel fideicommiſſi quod præcedit vel ſequitur ad communionem
aſſumi ſi dicto ſcriptum congruat † Cæterum quod dico neceſſaria olim fuiſſe verba exprimendo fideicommiſſo idonea, non ſic accipi debet, vt tamen precaria omnimodo eſſe oporteret. Poterat enim fideicommiſſum relinqui directo ad fideicommiſſarium ſermone, nec intereat cum quo teſtator loqueretur ſed in quem voluntatis intentio dirigeretur *l. ſi ſeruus legatus.* 108. §. *qui margarita de legat.* 1. *d. l. Titia cum teſtamento.* 34. § *Titia.* 7. *l. peto.* 69. *in princip. l. miles.* 75. *dict. l. cùm pater.* 77 §. *donationis de legat.* 2. *l. cùm qui decedens.* 37. §. *nuptura de legat.* 3. Sed eam tamen voluntatis intentionem verbis idoneis, & vt loquuntur diſpoſitiuis expreſſam eſſe 8
oportebat. † In eamque rem omnium elegantiſſimus textus eſt & ad propoſitam diſputationem accommodatiſſimus *in d. l. vnum ex familia.* 67. § *vlt. de legat.* 2. vbi cùm proponeretur teſtator ita cauiſſe *non dubitare ſe quodcunque vxor eius cepiſſet, liberis ſuis redditurum*, Papinianus ait ceſſare verba fideicommiſſi, & nihilominus Diuum Marcum reſcripſiſſe eum ſermonem pro fideicommiſſo accipiendum eſſe, vt intelligamus ante Diui Marci reſcriptum non potuiſſe in ea ſpecie pro fideicommiſſo reſponderi, quia tametſi voluntas teſtatoris non obſcurè fideicommiſſariis fauere videretur, nulla tamen fideicommiſſi verba aderant, ex quibus fideicommiſſum inducere Iuriſconſultus poſſet. Ni- 9
mirum, quoniam qui dicit ſe non dubitare te aliquid factum, non ideo tamen ſatis voluntatem ſuam de- 10
clarat,

clarat, an idipſum te facere velit, eàque ſpes, aut præ-
ſumptio aut confidentia vt diximus potius quàm vo-
luntas dicenda eſt. id enim eſt quod Papinianus ait
qui melius de matre præſumpſerat. Porro ad inducendum
fideicommiſſum ſiue abſint verba aliqua, ſiue deſint
idonea, voluntas fideicommittentis prorſus neceſſa-
ria eſt, nec ſufficit bene de hærede ſperaſſe, aut præ-
ſumpſiſſe teſtatorem: Alioqui non tam fidei quàm
prudentiæ, aut exiſtimationi, aut potiùs arbitrio hæ-
redis commiſſa res videretur, hæréſque fideicommiſ-
ſum petenti denegans non tam fidem ſuam quàm teſta-
11 toris ſpem & opinionem fallere dicendus eſſet. † Qua-
re nec hodie poſt reſcriptum Diui Marci admitteret
Papinianus inducendum paſſim fideicommiſſum ex il
lis verbis *non dubito te redditurum*, vt ex eo apparet, quod
reſcripti rationem reddit non minùs ſpecialem, &
ſingularem, quàm elegantem, & quæ vix ad aliam ſpe
ciem vllam aptari commodè poſſit quàm de qua Diuus
Marcus reſcripſit. Ait enim reſcriptum illud ſummam
habere vtilitatem, id eſt æquitatem (ſcilicet æquitatem
ſemper æſtimat ciuilis legiſlator ex publica vtilitate,
quòd quicquid publicè vtile eſt, non poſſit id etiam
æquum non eſſe, & contrà, non vtile quod æquum eſt)
ne inquit, *honor bene tranſacti matrimonij fides etiam com
munium liberorum decipiat patrem, qui meliùs de matre*
12 *præſumpſerat.* † Non igitur ea reſcripti ratio eſt quam
Bartolus comminiſcitur, vt more ſuo ex caſu ſpecialiſ-
ſimo inferat generalem propoſitionem, quòd verba
enunciatiua futuri euentus ad grauatum directa indu-
cant diſpoſitionem fideicōmiſſariam, quando prolata
ſunt vt ipſe loquitur, propter ſe, non propter aliud, ſed
quia mariti verba proponebantur ad vxorem directa
cum qua matrimonium bene feliciterque tranſactum
fuerat: Item fauore liberorum quibus etſi pater non ſa-
tis bene proſpexerat, à matre tamē meliùs proſpectum
iri præſumpſerat. Quæ ſi omnia non concurrant dico
non minùs ceſſare reſcriptum, quàm reſcripti æquita-
tem. Quid enim ſi alios quàm maritus ad hæredem ta-
lia verba dixerit? Nullus ſubeſt honor bene tranſacti
matrimonij, ex quo coniectura aut color æquitatis ſumi
poſſit. Quid ſi nulli ex eo matrimonio ſuperſint liberi,
vt proinde de hæreditate non liberis ſed fratribus aut
quibuſdam extraneis reſtituenda teſtator cogitauerit?
Nulla ſubeſt communium liberorum fides, quæ dece-
pto marito ſubueniendum eſſe ſuadeat. Ergo nec ſub-
ueniendum eſt, vt ea verba pro fideicommiſſo accipian-
13 tur. † Obſerua enim non ita loqui Papinianum vt ra-
tionē reſcripti hanc afferat *ne decipiatur teſtator qui me-
liùs de hærede ſuo præſumpſerat.* Eſſet enim potiùs quod
imputare ſibi teſtator deberet qui volens hæredem one-
rare, nullis tamen verbis ſiue directis ſiue precariis fi-
dem eius obſtrinxiſſet. Niſi quid prætereà adſit quod te-
ſtatorem non improbabiliter mouere potuerit vt ni-
hil hæredi imperaret. Eiuſmodi verò fuit in ea ſpecie
quam Papinianus tractat, honor bene tranſacti ma-
trimonij, fides etiam communium liberorum, quibus
nimirum rationibus motus pater & perſuaſus credidit,
& verò non abs re credere debuit nil eſſe ſibi neceſſe
rogare vxorem vt communibus liberis hæreditatem re-
ſtitueret. Quam ſi poſteà nolit illa reſtituere, decipi-
tur quidem pater ſed non tam ab vxore cui ſcilicet vo-
luntatem ſuam non ſatis apertè ipſe inſinuauerit, quàm
ab honore ipſo bene tranſacti matrimonij, & fide com-
14 munium liberorum. † Rurſus obſeruandum eſt quod
poſt Papinianum dicimus *patrem decipi.* non ſic acci-
piendum eſſe vt patris voluntas decipiatur (quis enim
admitteret decipi poſſe voluntatem teſtatoris ab hære-
de tametſi aliud nihil concurreret? Aut quæ poteſt
dici voluntas eius qui nullis verbis diſpoſitiuis vſus
fuerit?) ſed ſic intelligimus, vt patri ſpes, expectatio
15 & præſumptio decipiatur. † Atqui non ex eo ſolo in-
duci fideicommiſſum poteſt quod teſtatoris expecta-
tioni & præſumptioni ſatisfactum non fuerit ſi nulla
adſint verba fideicommiſſi, vt apparet ex *d. l. generali.*
32. in princip. de vſufruct. legat. in cuius ſpecie propone-
batur teſtator vſus verbis illis, non adulatoriis, vt ſom-
niat Bartolus, ſed enunciatiuis futuri euentus *cuius
fundi proprietatem puto te conſecuturum, ſi non contenderis
cum hærede meo, ſed potius concordaueris.* Nec ad hono-
ratum duntaxat directis, ſed etiam ad oneratum. Sequitur
enim *ſed & tu hæres omnia fac vt amici ſitis. Hoc. n. verbis
expedit.* Nec tamen admittit Scæuola vt his verbis
relicta proprietas videatur. Sic & *in l. teſtatorem. 68. alias
l. Iulianus §. 1. de legat.* 3. nullum fideicommiſſum indu-
citur ex illis verbis. *Ita enim fiet vt filios veſtros meus vobis
condonet.* Quamquam non ignoro reſpondere Bartolum,
verba illa eſſe adulatoria vt & *in d. l. generali.* & ad hono-
ratū ipſum directa ac propter aliud non propter ſe emiſ-
ſa, † ſed quid ille reſpondeat ad *l. Titia cum teſtamento* 16
14. d. legat. 2. Ibi enim teſtator ita dixerat *A te autem
Mæuia filia chariſſima peto vt Stichum ſeruum tuū manumit-
tas cū in miniſterio tuo tot capita ſeruorum tibi his codicillis
legauero.* Quæ verba haud dubiè ſunt enuntiatiua futuri
euentus, ad grauatam filiam directa nec tamen fideicom-
miſſum vllum inducunt. Dicet ille, Emiſſa propter aliud,
id eſt ad validandam fideicommiſſariam libertatem
Sticho relictam, idque ita eſſe non inficior. Sed rogo cur
non vel eo magis fideicommiſſū inducunt, quam ſi pro-
pter ſe emiſſa fuiſſent? Fauore nimirum libertatis, quæ
ob hoc ſolùm non debetur, quòd iis verbis nec fidei-
commiſſum vllum debeatur: Addes fortaſſe pro Bart.
nullum eo caſu fideicommiſſum deberi, propterea quòd
legati ſpecies adiecta non eſſet. Id enim eſt quod Mo-
deſtinus ait *nec adiecerit legati ſpeciem.* Sed quamuis
adiecta fuiſſet, certaque ſeruorum corpora demonſtra-
ta, non idcirco tamen fideicommiſſum valuiſſe vt aper-
tiſſimè Modeſtinus docet cùm ita ſcribit *nec poſſe vtile
fideicommiſſum putari quod datum non ſit cùm legaſſe ſe
dixerit, nec ab hærede vti præſtarentur mancipi petierit.* Quæ
ratio non minùs locum habet, cùm verba enunciatiua
futuri euentus ad grauatum directa emiſſa ſint propter
ſe, quam cùm propter aliud. Illud enim perpetuum eſt,
vt fideicommiſſum nunquam videri poſſit relictum, niſi
verba adſint aut precaria aut diſpoſitiua, nec ſola enun-
ciatiua vllo caſu ſufficiunt, ſi eum tollas quem iam di-
ximus ſingularem, fauore libertatis aut alterius cuiuſ-
libet piæ cauſæ, de quo *in dict. l. Paulus reſpondit. 39. §.
1. de fideicommiſſ. libert.* † Itaque vt ad Papinianum no- 17
ſtrum redeamus, cùm reſcriptio illa D. Marci de qua *in
d. §. vlt. l. vnum ex familia*, ſpecialiſſimam rationem ha-
beat, non eſt quod ad alias ſpecies, quibus eadem ratio
conuenire non poſſit, protrahatur: ſed ad vnam illam,
quæ alia potiùs quàm diſſimilis dicenda eſt, ſi mulier
hærede ſcripto marito ita dixerit *non dubito chariſſime
domine te quicquid ex bonis ad te peruenerit liberis noſtris
redditurum.* Nam & hoc caſu eadem ratio ſuadet vt
verba huiuſmodi pro fideicommiſſo accipiantur, *ne ſci-
licet honos bene tranſacti matrimonij fides etiam commu-
nium liberorum decipiat matrē quæ meliùs de patre præſum-
pſerat.* Et hæc quidem ad Papinianum ſufficiant. Ad Scæ-
uolam enim properandum eſt.

Caput III.

Inconſulta Triboniani nota in l. Pamphilo. 39 in princip. de legat. 3.

SVMMARIA.

1 *Propoſitam* l Pamphilo *cum ſuperioris capitis fine pu-
gnare videri.*
2 *Quatuor notatu digna ad ſoluendam obiectionem*
ex

ex d.leg.*petitam obſeruantur.*

3 *Reſcriptum D. Marci ad ſpeciem in* d.l. *propoſitam, ſed non ad omnes alias trahi poſſe.*

4 *Fideicommiſſum his verbis relinqui non poſſe,* credo te daturum, *aut* ſcio te reſtituturum hæreditatem meam Titio.

5. *Reſpondetur ad* l.etiam hoc modo.115.& l.eo modo. 118.de leg 1.

6 *Tentatur in* d.l. Pamphilo. *multa Triboniani non Scæuolæ eſſe.*

7 *Mos reſpondendi ad propoſitas quæſtiones Scæuolæ peculiaris.*

8 *Scæuolam ad ea tantùm reſpondiſſe quæ ex facto proponerentur.*

9 *Quid* in d l.*Scæuola ad propoſitam quæſtionem reſpondiſſe præſumendus ſit:*

10 *Obſeruantur verba quædam in* d.l.*quæ Triboniani manum prodant.*

11 *Plus eſſe* ſententiam *quàm voluntatem.*

12 *Speciem ad quam Imperator Marcus reſcripſit multum ab ea ſpecie differre quam Scæuola in* d. l. Pamphilo.*tractauit.*

13 *Scæuolam ad ætatem vſque Marci Imperatoris non perueniſſe.*

14 *Verba illa d.leg.*quia in ſimili ſpecie Imperator noſter D. Marcus hoc conſtituit, *Triboniani non Scæuolæ eſſe.*

1 ADuerſus† id quod proximè diximus, reſcriptum illud Marci imperatoris, de quo Papin tractat *in* §.*vlt.l.vnam ex familia.67.de leg.*2.non eſſe ad alias ſpecies facilè protrahendum, pugnare omnino videtur quod Scæuola reſpondiſſe creditur *in l. Pamphilo.39. in princ. de legat.*3. Nam cum patroni teſtamento ita ſcriptum proponeretur, *Pamphilo liberto hoc amplius quam codicillis reliqui, dari volo centum. Scio omnia quæ tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruentura cùm affectionem tuam circa eos bene perſpectam habeam*, & quæreretur, an verbis ſupraſcriptis Pamphili fideicommiſſum eſſet vt poſt mortem ſuam filiis defuncti centum reſtitueret? Reſpondit Scæuola ſecundum ea quæ proponerentur, non videri quidem quantum ad teſtatoris verba pertinet fideicommiſſum Pamphili vt centum reſtitueret, ſed cùm ſententiam defuncti à liberto decipi ſatis inhumanum ſit, certum illa filiis teſtatoris debere reſtitui, *quia*, inquit, *in ſimili ſpecie & Imperator noſter Diuus*
2 *Marcus hoc conſtituit* † Hic ego priuſquam meam propono ſententiam animaduerti volo, quod ſuperioribus mirificè congruit, fateri Scæuolam nullum fideicommiſſum contineri iis verbis *ſcio omnia quæ tibi Pamphile relinquo ad liberos meos peruentura.* Cuius tamen iuris ratio alia eſſe non poteſt, quàm quæ ſupra à nobis allata fuit, quod fideicommiſſum nunquam induci poſſit abſque verbis precariis aut quomodocunque diſpoſitiuis *dict.l. Tutia cùm teſtamento.34.d.l. miles ad ſororem.75.d.l.cùm pater.77.§.donationis de legat.2.l.quidam cùm filium-familias.46.de hæred.inſtit.* Sed & illud obſeruandum eſt. Scæuolam, vt in propoſita ſpecie fideicommiſſum inducat præter verba teſtamenti, non moueri ſola coniectura voluntatis, ſed potiſſimùm autoritate reſcripti Diui Marci, ita innuens non obſcurè, ſi tale nullum fuiſſet reſcriptum, nec fuiſſe ſe pro fideicommiſſo reſponſurum. Tertiò notatu quoque dignum eſt, quod ait Diuum Marcum in ſimili ſpecie hoc conſtituiſſe, vt intelligamus non idem in omnibus ſpeciebus conſtituendum eſſe ſed tantùm in ſimilibus: Poſtremò quòd ait *cùm ſententiam defuncti à liberto decipi ſatis inhumanum eſt* oſtendit apertiſſimè in eo ſimilem eſſe propoſitam ſpeciem illi de qua Marcus reſcripſerat, quòd ſicut permittendum non eſt vt honor bene tranſacti matrimonij, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præſumpſerat, ita nec ferendus ſit libertus, qui patroni ſui ſententiam decipere v... empe quòd non minore obſequendi neceſſitate patrono libertus, quàm marito vxor teneatur † Ex quo apparet, 3
vt maximè trahi poſſit reſcriptum Marci ad eam ſpeciem, de qua Scæuola reſpondet, non ideò tamen ad alias omnes ſpecies trahendum eſſe: Alioqui ſcribendum erat, inhumanum eſſe decipi ſententiam defuncti ab hærede, aut legatario quolibet, nec debuerat liberti nomen ſpecialiter adiici, ſi nihil ea adiectio prodeſſet. Prodeſt autem in eo, vt appareat liberto qui non modò legatum ſed etiam libertatem à patrono meruerit, difficiliùs quàm cæteris hæredibus, aut legatariis prorſus extraneis permittendum eſſe, vt fruſtretur, vel decipiat patronum, qui de eo meliùs præſumpſerat.† Itaque non 4
faciet reſponſum hoc Scæuolæ, vt mihi perſuadeam, relinqui poſſe fideicommiſſum his verbis *credo te daturum*, aut *ſcio te reſtituturum hæreditatem meam Titio*, ſiue vim verborum ſpectes, quæ proculdubio nec precaria ſunt nec diſpoſitiua, ſiue teſtatoris voluntatem quæ non diuinanda eſt ſed ex ipſa poteſtate aut interpretatione verborum colligenda. † Et conſequenter quod contrà 5
ſcriptum eſt *in l, etiam hoc modo*.115. *& in l.& eo modo.* 118.*de legat.*1.vel omnino accõmodandum & tractandum eſt ad eas ſpecies de quibus Scæuola & Papinianus tractant, vel Triboniano adſcribendum aut imperito interpreti reſpicienti ad Iuſtiniani conſtitutionem *in l.2.C comm. de legat.* quaſi ex ea factum ſit vt verba quælibet hodie idonea ſint ad exprimendam fideicommiſſi voluntatem: quo tamen ſtultius dici nihil 6
poteſt, vt docebimus *infr. cap.* 5. † Sed vt dicam quod ſentio, videtur mihi poſſe quid tentari & verius & elegantius, à nemine adhuc tentatum aut obſeruatum. Multa enim ſunt, quæ mouent me, vt in eo Scæuolæ reſponſo inanem & verboſam Triboniani eloquentiam potiùs, quàm elegantem Scæuolæ breuitatem deprehendere videar. Perlege enim ſi voles omnia Scæuolæ reſponſa, ſiue Digeſtorum, ſiue reſponſorum, ſiue quæſtionum libris comprehenſa. Non reperies vllibi eum tot verba effundere, vt reſpondeat ad propoſitam quæſtionem.† Solet enim ille ſi quam dubitandi, aut deci- 7.
dendi rationem exprimere vult, eam conſultationis verbis complecti: vt eò breuior ſit reſponſio. Sed & quoties contigit ex eodem facto plures oriri queſtiones, ſolet etiam conſultationis capita diſtinguere, vt ad ſingula ſigillatim, & breuiter ſuo more reſpondeat. In quo comprobando non eſt quod laborem, iis moritum ſcribens, quibus æquè ac mihi perſpecta ſit Scæuolæ elegantia, & de iure reſpondendi ratio. † Iidem verò 8
ſciunt, moris illis fuiſſe, ad ea tantùm reſpondere, quæ ex facto proponerentur, & vt paſſim loquitur *ſecundùm ea quæ proponerentur.* Vnde fit vt ſi quando implicita ſit facti quæſtio de iure aperto duntaxat non etiam de facto reſpondeat, *vt in leg. à teſtatore.*109 *de condic. & demonſtr.l.qui Romæ.*122.§. *Agerius. de verb.oblig.* quorum locorum interpretatio non niſi huius rei ignoratione difficilis pleriſque viſa eſt. † Atqui in quæſtione *dict.l.* 9
Pamphilo, de illo tantùm conſultus erat Scæuola, An propoſitis teſtamenti verbis fidei Pamphili commiſſum eſſet vt poſt mortem ſuam filiis defuncti patroni centum reſtitueret. Illud igitur duntaxat reſpondiſſe eum credendum eſt, non videri. Cur enim de voluntate diuinaſſet, de qua nec proponebatur quicquam, nec aliter reſpondere vnquam ille ſoleat, quàm ſi poſſit eam ex verbis deducere; Alioqui cùm voluntatis defuncti quæſtio facta ſit, ad arbitrium & æſtimationem iudicis remittenda eſt *l.voluntatis.7.C.de fideic.l. Stichus.*12.*l.non aliter.69.§.1.de legat.*3.Propter quam cauſam toties Iureconſultos omnes, ſed præcipuè Scæuolam noſtrum ita ſcribere legimus *eum cuius notio fuerit æſtimaturum.* Non enim de facto ſed de iure tantùm reſpondere Iuriſconſultus & poteſt, & debet.† Sed & verba illa *ſed cùm ſen-* 10
tentiam defuncti à liberto decipi ſatis inhumanum ſit, Tri-

bonianum

bonianum ſanè prodont molto apertiùs, cui familiari.
eſt in Iuſtiniani conſtitutionibus ea locutio, nunquam
ab ipſis iuris autoribus vſurpata *ſatis in humanum* pro eo
quod eſt *valde inhumanum*. Vt taceamex latini ſermo·
nis ratione ſcribendum fuiſſe *cum ſatis inhumanum ſit*
non quomodo ſcriptum legimus *cùm ſatis inhumanum eſt.*
Adde quòd falſum eſt in propoſita ſpecie decipi ſenten-
tiam defuncti patroni à liberto, qui nolit patroni liberis
cẽtum reſtituere. Etenim vt iamſuprà diximus, verba illa
teſtatoris *Scio omnia Pamphile qua tibi relinquo, ad filios
meos peruentura; cùm affectionem tuam circa eos bene
perſpectam habeam* non exprimunt volontatem vllam
fideicommittentis, ſed ſpem tantùm & expectationem,
ac vt Papin. loquitur *in d.l. vnum ex familia. 67. § vlt.
de legat.2. præſumptionem.* Quòd ſi non exprimunt vo-
lumtatem, multo minùs ergo ſententiam teſtatoris.
11 †Plus namque eſt ſentẽtia quàm voluntas, cùm ſit ipſa
voluntatis teſtatio vt ex teſtamenti diffinitione apparet
l.1. Digeſt. qui teſtam. facer. poſſ. Non enim quemadmo-
dum dicimus teſtamentum eſſe voluntatis noſtræ iuſtam
ſentẽtiam, ita poſſit quis dicere niſi abſurdè & ridiculè,
teſtamentum eſſe ſententiæ noſtræ iuſtam voluntatem.
Accedit quòd ea verba *centum eis reliquos* non ſunt latina
niſi ſubaudias *aureos* de quibus tamen nihil expreſſum
erat in conſultatione. Nam *centum* ſimpliciter cùm dici-
12 mus, in neutro genere accipimus, *vt in l. cùm centum 9.
de adim. legat. l. Titio centum 71. in princip. & §.1. & 2.
De cond. & demonſt.* † Sed me omnium maximè mouens
ſequentia illa *quia & in ſimili ſpecie Imperator noſter Diuus
Marcus hoc conſtituit.* Præter id enim, quod iam do-
cuimus ſpeciem illam, ad quam Imperator Marcus
reſcripſit, eſſe huic longè diſſimilem, vel hoc ipſo, quòd
neque honor bene tranſacti matrimonij, neque fides
communium liberorum patronum mouere potuerit vt
de liberto bene præſumeret, illud etiam diſſimile eſt, quod
apud Papinianum liberis debetur à matre fideicõmiſſum
ſtatim, non expectata matris morte: *l. vxorem 41. §. vltim.
de legat. 3. l. 1. C. condic. & demonſtr.* Apud Scæuolam verò
non niſi poſt liberti mortem, ex vi & poteſtate dictio-
nis *peruentura* quæ habet tractum temporis *l. fideicommiſ-
ſa. 11. § hac verba de legat. 3. l. epiſtolam. 75. §. 1. ff. ad S.C.
Trebellian.* Vt & in ſpecie *§. vltim. l. ſi legatarius. 8 de le-
13 gat 3.* † At rurſum quid ſi probem non perueniſſe Scæ-
uolam ad ætatem vſque Marci Imperatoris? An non
inde ſequetur apertiſſimè Tribonianum Scæuolæ manus
intuliſſe? Vtique. Atqui non perueniſſe apparet, ex eo
quod ipſius Marci conſtitutionem ad Aufidium Victori-
num ignorauit, qua inductum eſt, vt ipſo iure liber ſit,
qui ea lege venditus fuit, vt intra certum tempus manu-
mitteretur, nec manomiſſus eſt, *leg. 1. & 3. leg. ſi quis
obligatum 6. l. mancipia. 8. ff. qui ſin. manumiſſ. ad libert.
peruen l. 2. & 3. & vltim. Codic. ſi mancip. ita fuer. alien.*
Quam conſtitutionem veriſimile eſt non fuiſſe eum
ignoraturum, ſi Marci tempora attigiſſet, & præſer-
tim, quibus mortuo iam Vero fratre imperabat ille cum
filio Commodo: Quæ enim viuo fratre ab eo conſtituta
ſunt, ea Iureconſulti ſolent dicere à Diuis fratribus con-
ſtituta. Quæ verò poſt fratris obitum, ea omnia vel
Marco ſoli tribount, vel Marco & Commodo, qualis
illa conſtitutio eſt ad Aufidium Victorinum. Porro igno-
ratam fuiſſe à Scæuola conſtitutionem illam, probat ma-
nifeſtiſſimè ni fallor *lex vlt. ff. de ſeru. export.* De cuius
tamen ſententia, quoniam hac in re nobis dimican-
dum eſt cum Iacobo Cuiacio dicemus ſeparatim capite
14 ſequenti. † Id verò ſi ita eſt, conſequens fit omnino,
vt verba illa *quia in ſimili ſpecie Imperator noſter Diuus
Marcus hoc conſtituit.* Triboniani ſint non Scæuolæ.
Iam enim ſæpius monuimus Triboniano familiare eſſe
vt Iureconſultorum reſponſa pro arbitrio corrompat,
& in quã vult contorqueat, præſertim vt ea ad Iuſtinia-
ni conſtitutiones accommodet, obtentu æquitatis
quam ille humanitatem ſolet appellare: Aut, vt quod
ab aliis Imperatoribus in ſpecie aliqua ſingulari iure
conſtitutum & reſcriptum eſt, protrahat ad alias
ſpecies quantumuis diſſimiles: Quomodo ſuprà *cap. 1.*
docuimus ab eo factum eſſe: *in l. Pannonius. 86. de acquir.
hæred.* vbi perelegans Papiniani reſponſum deſtruxit, vt
reſcripto Diui Pij de quo *in l. cùm quidam 30. eod. tit.*
non ſecus ac reſcripto Diui Marci *in d. l. Pamphilo peſ-
ſimè abuteretur.* Et conſequenter credendum eſt, Scæ-
uolam *in d. l. Pamphilo* ad propoſitam quæſtionem quæ
illa erat, An ex verbis ſupraſcriptis videretur fideicom-
miſſum Pamphili, vt poſt mortem ſuam filiis patroni
centum reſtitueret, nihil aliud reſpondiſſe, quàm quod
initio reſponſi ſcriptum adhuc extat, *non videri.*

Capvt IV.

Ad legem vltimam Digeſtis de ſeruor. export.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio d.l. vlt. & quomodo Scæuola ex Hadriani con-
ſtitutione ad eam reſpondeat?*
2 *Claudij nota ad Scæuolam.*
3 *Scæuolam qui in d. l. Hadriani conſtitutione mouetur
correctoriam Marci conſtitutionem ignoraſſe.*
4 *An Scæuolæ reſponſum ita ſit accipiendum vt ex con-
uentione duntaxat non ex conſtitutione libertatem
ipſo iure competere neget?*
5 *An ex eo Scæuola moueatur, quòd lex venditionis ita
dicta fuerat, vt mancipia poſt mortem demum empto-
ris in libertate morarentur?*
6 *Quam ob cauſam neceſſaria viſa ſit Hadriani conſtitu-
tio quam Scæuola in d. l. refert.*
7 *An ſi propoſitum fuiſſet ſeruum ea lege venditum vt
manumitteretur, ſimiliter reſpondiſſet Scæuola non
poſſe ipſo iure liberum eſſe cum quo non eſſet ma-
numiſſum.*
8 *Cuiacij ad hanc l. coniectura refutatur.*
9 *Seruos ea lege venditos vt poſt emptoris mortem liberi
eſſent poſt Diui Marci conſtitutionem ipſo iure li-
beros eſſe.*
10 *Eam conſtitutionem ad ſeruos quoque donatos, & eos
pro quibus manumittendis dominus pretium accepe-
rit, pertinere.*
11 *Cur Scæuola* §. Flauius leg. qui Romæ 122. *ſic lo-
quatur, quaſi in ſeruis donatis conſtitutioni locus
non ſit?*
12 *Alios I.Ctos. non dubitaſſe quin dictæ cõſtitutionis ſen-
tentia etiam in ſeruis donatis locum haberet.*
13 *Reſpondetur ad* §. 1 l verum 11. ff. de min. *quo motus
Cuiacius credidit Scæuolam ad Marci & Commo-
di ætatem vſque perueniſſe.*

PRoponebantur † mancipia quædam vendita ea le- 1
ge adiecta, vti ne alterius ſeruitutem quàm empto-
ris paterentur, vtque poſt ipſius emptoris mortem in
libertate morarentur. Quærebatur an poſt mortem
emptoris ipſo iure libera eſſent. Reſpondit Scæuola, ſe-
cundum conſtitutionem Diui Hadriani ſuper hoc pro-
latam, Pamphilam & Stichum de quibus quærebatur
ſi manumiſſi non ſint liberos non eſſe. † At ſubinde 2
notat Claudius ad Scæuolam, Diuum Marcum in Se-
meſtribus conſtituiſſe, ex lege dicta in vendendo quã-
uis non manumiſſos liberos fore, licet in tempus mor-
tis emptoris diſtulerit venditor libertatem. † Apparet 3
igitur Marci conſtitutione tanquam poſteriore abro-
gatam conſtitutionem Hadriani, ac proinde Scæuolam
qui Hadriani conſtitutione mouetur vt contra liberta-
tem reſpondeat, correctoriam Marci conſtitutionem
igno

4 ignoraſſe.† Neque enim probabile eſt, quod vir clariſ-
ſimus Iacobus Cuiacius tentauit ſic accipiendum eſſe
Scæuolam vt ex conuentione dumtaxat, non etiam ex
conſtitutione libertatem ipſo iure competere neget,
quia, inquit de conuentione tantum conſultus fuerat,
nō etiam de conſtitutione. Nam cùm ſic concepta eſſet
quæſtio *an hæc mancipia de quibus inter emptorem & ven-*
ditorem conuenit, poſt mortem emptoris iure ipſo liberata
ſint, non video cur non de iure conſtitutionis æquè ac
de iure conuentionis Scæuola conſultus videatur. Præ-
ſertim cùm in eo maximè poteſtas eluceat conſtitutio-
nis, vt ipſo iure libertas competat ei, qui ex conuentio-
ne facto & manu emptoris indigebat, vt ad libertatem
perueniret. Sed neque poſſum intelligere cur Scæuola
prætermiſſurus fuerit tam celebrem illam Marci con-
ſtitutionem, de qua Claudius ſubiicit, & ex qua omnino
diffinienda erat quæſtio propoſita, cùm abrogatam Ha-
driani legem, cuius nulla in conſultatione mentio facta
erat, non prætermiſerit. Et ſanè quid mancipiorum in-
tererat vtrum ex conuentione, an ex conſtitutione libera
eſſent, cùm de eo tantùm quærerent an ipſo iure liber-
tatem conſecuta fuiſſent? Aut cur admittamus Scæuolā
inane, & captiosū dediſſe reſponſum? Quale illud certe
fuerit, ſi putemus ſic eum ſenſiſſe, vt in effectu ex cōſti-
tutionis poteſtate mancipiis libertas competat, quā ille
propter Hadriani conſtitutionem ex ſola conuentione
5 non competere reſpondit. † Denique non poſſis dicere
ex eo moueri Scæuolam, quòd ita lex venditioni dicta
fuerat, vt mancipia poſt mortem demum emptoris in
libertate morarentur. Quaſi non debeat hoc caſu locus
eſſe conſtitutioni Marci, ſed potiùs Hadriani. Nam imò
verò conſtat ex Claudij nota, & ex *leg. 3. C. ſi mancipata*
fuer. alien. vt manumitt. non ideò minùs locum eſſe con-
ſtitutioni Marci quòd in tempus mortis diſtulerit ven-
ditor libertatem, tametſi conſtitutionis verba cum ca-
ſum exprimerent, quo factū emptoris intercedere opor-
teret. Si enim poteſtas conſtitutionis repræſentat id
quod facere emptor debuit, vt ait *l. vlt. illo eod. tit.* quāto
magis faciet, vt ipſo iure libertas competat, ſi ex con-
6 uentione nullo manumittentis facto opus fuit. † Eām-
que nimirū ob cauſam neceſſaria viſa eſt Hadriani con-
ſtitutio, quam Scæuola refert, cùm putarent plerique
ius quod tum obtinebat, vt ſeruus ex lege venditionis
manumittendus non aliter liber eſſet quam ſi manumiſ-
ſus fuiſſet, non debere locum habere ſi lex venditioni
dicta nullum manumiſſori emptoris factum requireret:
quomodo vtique non requirit eùm cōuenit vt poſt em-
ptoris mortem ſeruus venditus in libertate moreretur.
7 †Nam ſi propoſitum fuiſſet, ſeruum venditum ea lege vt
manumitteretur, ſimiliter quidem reſpondiſſet Scæuola
non poſſe ipſo iure liberum eſſe eum qui nō eſſet ma-
numiſſus, ſed non fuiſſet cur in eam rem afferret Hadria-
ni conſtitutionem, cuius ſcilicet temporibus dubitari nō
poterat. An ſine manumiſſione liber eſſe poſſet, qui ex
venditionis lege manumittendus fuerat, eum nondum
eſſet conſtitutum, vt ſola conditionis poteſtate factum
hominis repræſentaretur. At poſtquàm Marco placuit,
vt in eo etiam caſu, quo iuſſus eſt emptor manumittere
intra certum tempus, elapſo tempore libertas ipſo iure
competat, dubitandum non eſt, quin ex mente conſtitu-
tionis, licet verba deficiant, liber ipſo iure fiat poſt em-
ptoris mortem ille qui ſic venditus fuit, vt poſt emptoris
obitum in libertate moraretur. Hoc enim & facilius eſt
8 & conuentionis ipſius verbis conuenientius † Itaque
prorſus improbabile eſt quod idem Cuiacius ſcribit
Scæuolam ſi de conſtitutione conſultus fuiſſet forſitan
reſponſurum fuiſſe non eſſe in ea ſpecie locum conſtitu-
tioni. Verborum, inquit ſcrupuloſitate inſpecta, & ea-
dem religione, qua victus ille [illegible] nō eſt quòd de ſeruis
venditis Marcus conſtitutionem [illegible] ad donatos *l.*
qui Romæ [illegible] *2. § Flauius de verb. oblig.* Nam quæ obſecro
illa eſſet [illegible] o [illegible] eam facere cauſam eius, quem
poſt certum [illegible] ipſo iure liberum eſſe contrahentes
voluerint, quàm eius de quo non niſi per manumiſſio-
nē [illegible]perando egiſſent? Superſtitio illa eſſet, non religio.
[illegible]iquidem conſtitutionis poteſtas in eo vt diximus tota
elucet, quod libertatem repræſentat, etiamſi manumit-
tentis factum, quod interuenire debuerat, nullum inter-
ueniat. †Ergo ſi quis dicat idem admittendum eſſe, cùm 9
conuenit vt ipſo iure libertas competat, non tam exten-
di conſtitutionem nouam ad caſum diuerſum & inco-
gitatum, quàm explicat diligentiùs, quid verbis ipſis,
quid ſententiâ legis contineatur. Nam quam lex factum
hominis non curat, vbi tamen factum ipſum alioqui re-
quireretur, multò minùs curabit vbi nihil fieri neceſſe
eſt. Eoque facilius recipiēda eſt hæc interpretatio quòd
noua illa Marci conſtitutio libertatibus fauorabilis eſt,
quarum fauore permulta ſunt contra iuris rigorem in-
troducta: *l. generaliter 9. § ſi quis ſeruo. ff. de fid. libert. § vlt.*
Inſt. de don.† Propter quā cauſam illud quoque receptū 10
videmus, vt licèt de venditis tantùm ſeruis conſtitutio
loquatur, tamen etiam ad donatos pertineat: *l. pen. ff. qui*
ſine manum. ad liber. peruen. l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alien.
Item ad eos pro quibus manumittentis dominus pretiū
acceperit: *l. ſi is qui. 4. ff. eod. l. Paulus reſpondit 38. § 1. ff. de*
lib. cauſ. Quanquam difficiliùs procuidubio fuit hoc pro-
bare, quàm quod Claudius notat ad Scæuolam *in d. l. vlt.*
de ſeru. export. Vt enim quod de ſeruis venditis cōſtitu-
tum eſt trahatur ad donatos, itémque ad proprios pro
quorum libertate precium acceptum ſit, non poteſt fie-
ri citra extenſionem. Vt verò conſtitutio facta fauore
ſeruorum vēditorum qui manumiſſi nō ſunt cum manu-
mitti debuerunt, locum habeat in ſeruis venditis quos
voluit venditor ſine manumiſſione liberos fieri, neque
extēſione neque ferè interpretatione vlla opus eſt. Niſi
quis malit verbis omnino inhærere, quam legis vim &
poteſtatem perpendere, quo nihil ſanè poteſt eſſe indi-
gnius. Id enim maximè eſt legi fraudem facere ſi quis
ſaluis verbis legis ſententiam eius circumueniat, &
mentem. Sed nec illud probabile videtur Scæuolam
adeò fuiſſe religioſum iuris, vt Diui Marci conſtitutio-
nem de ſeruis venditis noluerit protrahere ad donatos.
Cur enim deterioris conditionis ſit ſeruus donatus
quàm venditus? Aut cur agatur mitiùs cum donatario,
qui ſeruum intra tempus manumittendum ex cauſa
lucratiua habeat, quàm cum emptore qui ex cauſa one-
roſa, *arg. l. apud Celſum 4. ſi cùm legitima 18. ff. de dol. ex-*
cept. l. omnes 1. l. ex promiſſione 19. ff. de verb. obl. & act. cum
ſimilib. †Quare & quod idem Scæuola *in d. § Flauius* ſic 11
loquitur quaſi in ſeruis donatis non ſit locus conſtitu-
tioni, non ad iuris religionem illam commentitiam re-
ferendum eſt, ſed ad id potius quod dicimus, non perue-
niſſe illum ad ætatem vſque Imperatorum Marci & Cō-
modi, quæ nouū ius iſtud induxit. Cui rei argumēto eſſe
poteſt quòd in Scæuolæ reſpōſis, quæ tot habemus, nec
Diuorū fratrū nec Cōmodi mentionem vllam reperias.
At nec Diui Marci, ſi tollas legem Pamphilo 39. *de leg.*
3. de qua ſuperiori capite diſputauimus, id eſt eam re-
ſpōſi partē, quæ de Marci reſcripto loquitur. Cùm tamē,
& Hadriani Imperatoris, meminerit *in d. l. vlt. de ſeru. ex-*
port. & Diui Pij, hoc eſt Antonini primi qui Diuorum
fratrū pater adoptiuus fuit *in l. cum quis decedens 37. §*
pater de leg. 3. iunct. l. 5. § 1. de cer. ſib. l. Antoninus 42. ff. de
fid. liber. Nec ſanè dubitandum eſt quin hodie poſt Mar-
ci conſtitutionē odioſæ & inanes ſint omnes illæ quæ-
ſtiones quas tā accuratè tractat Scæuola *in d. l. Flauius.*
quod Cuiac. ipſe fatetur *l. 1. Obſeru. c. 9.* & apparet ex
d. l. vlt. C. ſi emancip. ita fuer. alie. cauſam 10. § puellam ff. de
manum. quod tamen à noſtris interpretibus vulgo igno-
ratum eſt non bene diſtinguentibus tempora vt con-
cordent ſcripturas.† Cæterùm nonquam dubitaſſe Iu- 12
reconſultos, quin ſententia conſtitutionis etiam in ſer-
uis donatis locum haberet, conſtat manifeſtè *ex dict. l.*
cauſam in princ. & ex l. illud 16. § 1. de manum. vindict.
d. l. pen. ff. qui ſin. manum. ad liber. peruen. C. ſi emancipata
fuer. alien. vt manumit. Idque ex ſola prudentium

interpretatione,ita vt nulla in eam rem opus fuerit,noua conſtitutione. Quod ideò ſubiicere lubet,vt eundem refellam Cuiacium exiſtimantem fuiſſe hoc poſteà receptum.Quaſi verò ſtatim receptum non fuerit, & an recipiendum eſſet longo tempore inter Iureconſultos
13 deceitatum ſit.† Vnus tantùm iuris locus eſt in vniuerſo iure, qui virum doctiſſimum & diligentem alioqui obſeruatorem præcipitem egit, vt crediderit perueniſſe Scæuolam ad ætatem vſque Marci & Commcdi, & ſuprædictam conſtitutionem non ignotaſſe. Nam ad legem Pamphilo, qua moueri potius debuerat, non animaduertit.Is eſt *in l.verum* 11.§.*quid ſi minor.ff.de minor.* qui tamen ad rem non pertinet. Illa enim verba quibus decipitur *& magis eſt vt ſententia conſtitutionis Diui Marci ad Aufidiam Victorinam hunc non complectatur.* non ſunt Scæuolæ,ſed Vlpiani.Quæ autem proxmiè antecedunt, *ideò propoſui maiorem quoniam & ſic Scæuola ſcribit*,ita ſunt accipienda, vt quæſtionem illam de ſeruo à minore vendito ea lege vt manumittatur,Scæuola conceperit de minoris annis vigintiquinque,ſed maiore viginti,ac ſi ſcriptum eſſet, *quoniam & de minore viginti annis Scæuola quæſtionem proponit*, nimirum propter Æliam Sentiam, quæ prohibet ne minor annis viginti poſſit ſeruum manumittere. Hanc enim ſic intelligendam Scæuola putauit, & rectè, vt multo magis prohibeatur minor ſeruum ea lege vendere,vt manumittatur. Alioqui facilè fraus fieret legi, adeóque minore quodãmodo minorum detrimento, cùm talis pacti adiectio faciat vt minorato, hoc eſt longè minore precio ſeruus vendatur: *l. ſi venditor 6.§.vlt.& d.l. vlt.ff. de ſeru.export.* Item ſeruus ea lege venditus & ab emptore manumiſſus fiat emptoris libertus:*l.ſi quis hac lege* 13.*ff.de oper.libert.l.ſi quis* 30.*ff.qui & à quib. manum.* qui tamen eſſet minoris libertus ſi eum manumittere minori ipſi liceret. Quod ius patronatus poteſt aliquando precioſius eſſe, quàm dominium ipſum, quod in ſeruo & in ſeruum dominus habeat.

Capvt V.

Alia Triboniani nota in §.1.l Pamphilo 39.de leg.3.

SVMMARIA.

1 *Species & quæſtio d.§.1.*
2 *Reſponſum quod Scæuolæ in d. §. adſingitur Triboniani eſſe.*
3 *Speciem in d §. propoſitam à præcedente diuerſam eſſe.*
4 *Reſponſum illud ad quæſtionem non ſatis accommodatum eſſe.*
5 *Verba illa* d.§. volo tibi prædia relinquere, *deſtinationem fideicommiſſi, non fideicommiſſum inducere.*
6 *Aliud eſt deſtinatum quid eſſe vt fiat, aliud, factum eſſe.*
7 *In vltimis voluntatibus, quum de legato aut fideicommiſſo inducendo quæritur, nullius poteſtatis eſſe voluntatem ſine deſtinationem quæ in diſpoſitionem non transierit.*
8 *Verbũ* relinquo,*fideicommiſſi actionem parere non poſſe.*
9 *An ſi in d. §. teſtator dixiſſet* vellem, *fideicommiſſum induceretur?*
10 *Verbum* volo *ex ſe nihil diſponere, ſed tantum ratione adiuncti quod tale eſſe poteſt, vt inducat diſpoſitionem, tale etiam aliquando vt non inducat.*
11 *Veterem illam in legatis & fideicommiſſis verborum obſeruationem ab Imperatoribus paulatim ſublatam fuiſſe.*
12 *Adeo vt omne verbum ſignificans legitimum ſenſum teſtatoris legare vel fideicommittere volentis adlegatũ vel fideicommiſſum inducendum efficax & vtile ſit.*
13 *Non tamen hod e quibus libet verbis, ſed tantùm idoneis ad exprimendam teſtatoris mentem legari vel fideicommitti poſſe.*
14 *Voluntate à verbis diſcrepante, nullam voluntatis rationem haberi.*

QVando † in ſuperioribus non infeliciter, vt nobis 1
videmur, Scæuolam ab inſcitia Triboniani vindicare cœpimus,pergamus obſecro,& videamus, an non eadem Triboniani audacia corruptum quoque ſit aliud Scæuolæ reſponſum quod in eadem *l. Pamphilo 39.de legat.3.*de qua iam diximus, proximè ſequitur *in §. propoſitam*.Propoſitum eſt, inquit Scæuola,non habentem liberos nec cognatos in diſcrimine vitæ conſtitutum per infirmitatem accerſitis amicis Caio Seio contubernali dixiſſe quòd vellet ei relinquere prædia quæ nominaſſet, eaque dicta Caium Seium in teſtationem redegiſſe etiam ipſo teſtatore interrogato an ea dixiſſet,ac reſponſo eius tali *váριxα* inſerto.Quærebatur an prædia quæ deſtinata eſſent pertinerent ad Caium Seium ex cauſa fideicom-
miſſi. † Reſpondit Scæuola ſi Triboniano credimus *ſu-* 2
per hoc nec dubitandum eſſe,quia fideicommiſſum valet. Sic enim ſcriptũ eſt,omnino inſulsè. Scribendum namque fuerat Latinè loquenti,*dubitandum non eſſe quin fideicommiſſum valeat.* Sed & cùm particula illa *nec* ſit implicatiua negatiuè, quemadmodum particula *etiam* implicat affirmatiuè,videntur ea verba, *ſuper hoc nec dubitandum eſſe* ſenſum hunc præ ſe ferre, ac ſi ſcriptũ eſſet ſicut ſuperiore caſu reſponſũ eſt ex voluntate teſtatoris fideicõmiſſum deberi,ita & iſto dubitandum non eſſe quin fi-
deicommiſſum valeat † Quaſi verò ſpecies illa ad quam 3
reſpondetur *in d.§.propoſitam*.ex præcedente pendeat,ac non potiùs omnino ſint diuerſæ. At cùm putaret Tribonianus in vtraque ſpecie inducendum fideicommiſſum ex voluntate potiùs Iuſtiniani *in l.1.C. commun.de leg.* quàm teſtatorum,& vtriuſque reſponſi eandem eſſe rationem,nimirum quod poſt eam Iuſtiniani legem verba quælibet videantur ad exprimendum fideicõmiſſum idonea, facile illi excidit parùm ad id quod agebat attendenti,vt vtramque reſponſũ vna manu corrigens perinde ille ſcripſerit ac ſi duæ illæ ſpecies Scæuolæ ſimul propo-
ſitæ fuiſſent † At neque videtur reſponſũ ad quæſtio- 4
nem ſatis accomodatum: Non enim quærebatur, an fideicommiſſum valeret, ſed an relictum eſſet.Prius ergo erat vt reſponderetur relictum eſſe.En ſiquidem conſtito
nec dubitari poterat quin valeret Denique vt ad rem 5
ipſam propriùs accedamus,non puto ex iuris ratione defendi poſſe quod *in d.§. propoſitam*, reſpondetur induci fideicommiſſum ex illis verbis, *volo relinquere tibi prædium Tuſculanum*. Ea namque fideicommiſſi deſtinatio dicenda eſt potiùs quàm diſpoſitio, vt & Scæuola ipſe fatetur illis verbis, *an prædia quæ deſtinata eſſent*. Atqui nemo bene dixerit ſola fideicommittendi deſtinatione fideicommiſſum induci.Repugnant enim textus apertiſſimi *in l.fideicommiſſa 11.§.1.de leg.3.l.ex ea ſcriptura.19.D.qui teſt.fac.poſſ.l. Titia cum teſtamento 34 de l.2.*Repu-
gnat etiam ſenſus ipſe dictionis † Aliud enim longè eſt, 6
deſtinatum quid eſſe vt fiat,Aliud factũ eſſe,vt pluribus exemplis comprobari poſſet petendis *ex l.librorum 52.§.vnde non male.& §.chartis.l.ligni 55.§.ſi lignum.de l.3.*vbi ſcriptum eſt nec libros nondum perſcriptos librorum appellatione contineri, nec lignum paratum ad carbones coquendos,appellatione carbonum.Sic & deſtinata ad affigendum non habentur pro affixis *l. fundi .17.§.pen. & vlt. D. de act.empt.* & pecunia deſtinata ſocietati non ex eo ſolo intelligitur eſſe ſocietatis *l. ſi id quod* 7
58. §.D. pro ſocio. † Et quamuis aliquando ſola deſtinatio magni ſit momenti, vt in ſpecie *l. ſi chorus 79 §.1.de leg.3.leg.qui res 98.§.aream.D.de ſol.* in vltimis tamẽ voluntatibus, præſertim ſi de legato aut fideicommiſſo inducendo potiùs quàm interpretando quæratur,

certum

certum eſt nullius poteſtatis eſſe voluntatem, quæ non
tranſierit in diſpoſitionem, *l.vnic.§.ſin autem ad deficien-*
tis.C.de caduc.toll.l.quidam cùm filium familiàs 46.de hæred.
inſti Nec minùs in vltimis voluntatibus, quàm in con-
tractibus locum habet quòd dici ſolet, Propoſitum in
mente retentum nihil operari, *l.pen.§.inſulam.de lega.2.*
l.ſi repetendi.7.C.de cond.ob cauſ.dat. Nulla ergo ratio ſua-
det, vt deſtinata fideicommiſſo prædia cenſeantur hoc
8 ipſo per fideicommiſſum relicta † Accedit [& hoc ni-
mirum eſt quo præcipuè moueor] quod video Paulum
ſcribere *lib.4.ſentent.tit.1.De fideic.§.fideicomm ttere.* ver-
bum *relinquo* non magis fideicommiſſi actionem parere
poſſe quàm verbũ *commendo*, de quo nemo dubitat quin
fideicommiſſarium non ſit, vt probat *d.l. fideicommiſſa.*
11.§.ſi ita quis ſcripſerit.de l.3.l.ex verbo 11.C. de fideic.
libert. Nam ſi temporibus Scæuolæ verba illa, *relinquo*
Titio fundum Tuſculanum, non inducebant fideicommiſ-
ſum, niſi vel additum eſſet generale caput fideicõmiſſi
de quo *in leg.poſt emancipationem 40.§.vltim.leg.quiſquis*
95.de legat.3.leg. generali.32. de vſufruct. legat. vel ſpe-
cialia aliqua legati aut fideicommiſſi verba, *vt in l. Lu-*
cius 78.§.qui filium ad S.C. Trebell. dict.leg. fideicommiſ-
ſa.§.ſi ſeruo, in illis verbis, *cùm per fideicommiſſum aliquid*
relinquimus [vbi ponderandum eſt, quod lex ait, *per fidei-*
commiſſum. Sic enim ferè ſemper iuris autores loqui vi-
deas cùm quid relictum dicunt, *vt & in l.qui vxori 18.*
§.vlt.de aur. & argent.legat.] Quanto minùs admiſiſſet
Scæuola ex illis verbis, *volo relinquere tibi fundum Tuſcu-*
9 *lanum* induci fideicõmiſſum? † Quòd ſi ponas cùm Bar-
tolo non dixiſſe teſtatorem *volo*, ſed *vellem*. An impro-
babilius eſt relictum eſſe fideicommiſſum? Siquidẽ ver-
bum hoc *vellem* longè minùs diſponit quàm verbũ *volo*,
quod alioqui perfectum ſenſum facit & diſponit *l. ver-*
bum volo.10.Cod.de fideic. ſed ita demùm ſi adiiciatur al-
teri verbo ex quo inferri poſſit actus ipſe relinquendi
quid per legatum aut fideicommiſſum: puta ſi ſcriptum
ſit, *volo mi hæres vt des Titio centum*, aut *volo Titi habere*
te centum, aut *Volo contentus ſis centum aureis.leg. peto 69.*
de leg.1. At is qui ita ſcribit, *volo tibi relinquere*, ſi nihil
prætereà exprimat, nihil tamen relinquit. Et falſum ſa-
nè eſt hoc caſu quod nimis indiſtinctè & generali-
ter Bartolus ſcribit ad hunc locum, verbum *vellem*
in vltimis voluntatibus & aliis actionibus habenti-
bus, vt ille loquitur, dependentiam de futuro, inducere
diſpoſitionem, quod & repetit *in leg.ſerui electione 6. de*
legat.1. diſtinguendo tamen plures caſus qui ad rem
10 noſtram non pertinent. † Generaliter enim dicere po-
tiùs debuerat, verbum *volo* ex ſe nihil diſponere, ſed
tantùm ratione adiuncti quod tale eſſe poteſt, vt indu-
cat diſpoſitionem, tale etiam aliquando vt non inducat
Nam quemadmodum fatente eodem Bartolo *in l. gerit.*
88.num. 10. de acquir. hæred. aliud eſt dicere *volo adire*,
aliud dicere *volo hæres eſſe*, nempe quia præcedere adi-
tionem neceſſe eſt ad hoc vt quis hæres ſit, ita longè
intereſt an quis dicat, *volo relinquere*, aut quod plus eſt,
volo dare tibi fundum Tuſculanum, an ita potiùs, *volo da-*
ri tibi fundum Tuſculanum. Nimirum quoniam non de-
bet dari tibi ab hærede meo, quin priùs ego dederim,
adeò vt non ſufficiat quod dare voluerim. At hoc ipſo
quod dico *volo tibi dari* do ego, qui non darem ſi hoc ſo-
lùm ſcriberem *volo tibi dare.* Habétque hæc diſtinctio
11 naturalem intellectum ſi bene intueare † Hæc cùm ex
iuris ratione veriſſimè diſputentur, negari tamen non
poteſt quin ex Imperatorum conſtitutionibus multum
hac parte ſit immutatum. Primùm enim Conſtantini,
Conſtantij & Cõſtantis lege factũ eſt vt in legatis vel
fideicõmiſſis non ſit neceſſaria verborũ obſeruatio, ita
vt nihil prorſus referat quis talem voluntatem verbo-
rum caſus exceperit, aut quis loquendi vſus effuderit,
inquit lex in legatis 21.*C.de legat.* Quod & ad hæredum
inſtitutiones idem Conſtantinus traxit *in leg. quoniam*
indignum 15.C. de teſt. quæ vult quod magis nimirum
eſt, nihil etiam intereſſe an directis an obliquis verbis
hæres inſtituatur. † Poſtea verò Iuſtiniani acceſſit con- 12
ſtitutio *in d.l.C.com.de legat.* quæ non ſolùm exæquauit
legata fideicommiſſis, adeò vt quicquid legatum eſt
cenſeatur fideicommiſſum, & contrà, ſed etiam induxit,
vt omne verbum ſignificans legitimum ſenſum teſta-
toris legare vel fideicommittere volentis ſit vtile at-
que efficax ad inducendum legatum vel fideicommiſ-
ſum. † Sed non inde queas inferre Iuſtinianum conſti- 13
tuiſſe vt quibuſlibet verbis fideicõmiſſum relinqui poſ-
ſit Quid ergo? iis demùm quæ idonea ſint ad exprimen-
dam mentem teſtatoris legare vel fideicommittere vo-
lentis. Quare fateor eſſe verbum *relinquo* vt & illa *de-*
puto, aſſigno, ſed non illud *volo relinquere.* Alioqui dicen-
dum eſſet vltimas omnes voluntates fideicõmiſſorum
iure cenſeri, ſublatámque penitus non verborũ dunta-
xat ſed etiam voluntatum diſtinctionem contra id quod
ſcriptum eſt *in l.non aliter.69.de legat.3.l.Labeo.7.in fin.*
de ſupell.legat.l.ſi idem 7.C.de iur.codicil. Et conſequen-
ter abrogatas ea Iuſtiniani conſtitutione tot veterum
iuris autorum ſententias in illis ſpeciebus omnibus in
quibus reſponderunt nihil de fideicommiſſo proponi,
vt in l.pater.38.§.pen.l.teſtatorem 68 alias l. Iulianus.§.1.
de legat.3.l.Titia cùm teſtamento.34.§. Caius Seius de le-
gat.3.l.generali.32.in princ.de vſufr.leg. Suſtulit quidem
Iuſtinianus ſcrupuloſas illas legatorum & fideicommiſ-
ſorum differentias quæ ex directorum & precariorum
verborum differentiis emanabantur nihil interſit ad in-
ducendum legatum, vel fideicommiſſum directíſne ver-
bis teſtator vſus ſit, an precariis, ſed tamen perpetuò
requirit ille, vel legare vel fideicommittere teſtator vo-
luerit, quod ipſum aliter apparere non poteſt, quàm ſi
ea voluntas aptis & idoneis verbis expreſſa ſit † Adeò 14
vt ſi voluntas à verbis omnino diſcrepet, nulla volun-
tatis ratio habeatur, quia nec ſit expreſſa nec ex ver-
bis expreſſis concipi poſſit, ſicut nec verborum quibus
voluntas ipſa refragetur *l.quoties.9.in princ.D. de hæred.*
inſti.l.ſi pater.4.C.eod.l.ſi quis in fundi vocabulo 4. de leg.
1.l.ſi alij 9.de vſufr.legat. ídque eſt, quod dici ſolet, non
præſumi teſtatorem voluiſſe quod non dixerit cùm
dicere potuerit *d.l.vnic.§.ſin autem ad deficientis.C.de ca-*
duc.toll.l.Labeo 7.in fin.de ſupell.legat.

CAPVT VI.

Prohibita alienatione extra familiam non eſſe prohibitam extranei hæredis inſtitutionem Et emendatur §. quindecim.l.pater. 38. de legat.3.

SVMMARIA.

1 *Simplicem alienationis prohibitionem non valere ? adie-*
cta verò cauſa valere.
2 *Secuta poſteriore caſu contra prohibitionem alienatione,*
omnes eos fideicõmiſſum petere poſſe, quorum fauore
prohibita fuit alienatio.
3 *Multum tamen eo caſu intereſſe an fideicommiſſum ex*
ſola teſtatoris voluntate, an verò ex diſcretis verbis
inducatur.
4 *Triplici ratione probatur inducto ex teſtatoris volun-*
tate fideicommiſſo rem alienari prohibitam ad ex-
traneum ex cauſa ſucceſſionis ab inteſtato, vel ex te-
ſtamento transferri poſſe.
5 *Species* §. quindecim d.l. pater *& quæſtionis ibi propo-*
ſita deciſio.
6 *Rogerij & Accurſij ad* d.§.*interpretatio.*
7 *Triplex circa* d.§.*authoris dubitatio.*
8 *Duplicem de duplicibus partibus in* d.§.*quæſtionẽ proponi.*
9 *Partes emptorum quæ vendita non ſunt nec ad colliber-*

eos, nec ad Rempublicam pertinere.

10 *Cur in* d.§. *de collibertorum potius quàm de Reipublica iure quod ad dictas partes quæratur?*

11 *In ſpecie* d.§. quindecim. *teſtatoris voluntate inſpecta plus dictum aut ſaltem cogitatum, minus ſcriptum inueniri.*

12 *Duplex fideicommiſſum ibidem inducendum videri, vnum ex verbis alterum ex voluntate.*

13 *Deficientibus fideicommiſſi verbis & ſubſiſtente nihilominus, vt videbatur teſtatricis voluntate collibertos excluſa Republica vocatos videri.*

14 *Aliud Scæuola eſſe hac parte iudicium.*

15 *Verba illa* d. §. aliudve quid facere *ad alienationem inter viuos factam referri.*

16 *Subſtituta in caſum alienationis inter viuos Republica in portionibus non venditis nullum in ſpecie* d.§. *collibertis locum eſſe.*

17 *Cur in portionibus venditis Reſpublica Tuſculanorum non admittatur?*

18 *Idem in vtraque* d.§. *quæſtione à Iuriſconſulto reſponſum fuiſſe.*

19 *Summa huius capitis, & interpretationis ad* d.§. *propoſita.*

1 SI † teſtator hæredibus ſuis, aut legatariis prohibuerit ſimpliciter, ne fundum alienent, conſtat non valere prohibitionem, quæ ſcilicet nudi præcepti iure cenſeatur *l. filiusfamilias. 114 §. diui ſecundo. de legat. 1. l. pater 36. §. Iulius Agrippa. l. Lucius 93. de legat. 3. Titio centum 71. in prin. de cond. & demonſt.* Sed ſi prohibitionis cauſam adiiciat, putà quòd liberis, aut poſteris, aut libertis, aut hæredibus, aut aliis quibuſdam perſonis conſultum velit, quomodo accidit cùm extra familiam alienari prohibet, valet prohibitio, ſeruandáque eſt voluntas te-
2 ſtatoris *d.l. Titio centum.* † Ita vt ſecuta alienatione fideicommiſſum petere poſſint ij omnes, quorum fauore prohibita fuerat alienatio *d. §. Diui*, non quidem ex verbis prohibitionis (qui enim ita ſcribit *prohibeo fundus extra familiam alienetur* nullis fideicommiſſi verbis vtitur.) Sed ex teſtatoris voluntate quæ cùm ſeruanda ſit quia neque contra leges eſt, neque contra bonos mores, aliter tamen ſeruari, effectúmque ſortiri non poteſt, quàm ſi in pœnam alienantis fideicommiſſum in-
3 ducatur, *l. cùm pater. 77 §. libertis. de leg. 2.* † Multum tamen intereſt, an ex ſola teſtatoris voluntate fideicommiſſum inducamus, quod fit vt dixi cùm fundum hæres aut legatarius ex familia alienare prohibetur, an verò ex diſertis fideicommiſſi verbis cuiuſmodi illa ſunt ſi teſtator ita ſcripſerit, *fideicōmitto ne fundum alienes ſed vt in familia relinquas*, vt *in d.l. filiusfamilias. §. cum pater. de legat. 1.* vel ita *Peto ne fundus de familia exeat vt in leg. vnum ex familia. 67. §. ſed etſi fundum. ver. quod ſi talia. de leg. 2.* vel ita etiam *Peto ne fundus alienetur ſed vt in familia relinquatur* vt *in l. peto. 69. §. fratre. eo. tit.* His enim omnibus caſibus non tantum alienatio inter viuos prohibetur, ſed etiam hæredis inſtitutio, & alia quælibet vltima voluntas in extraneum collata, quemadmodum ſupradict. locis apertiſſimè ſcriptum eſt. Nempe quia cōtra teſtatoris voluntatem manifeſtè facit ille, qui cum in familia fundum relinquere iuſſus ſit, legat eum aut inſtitutionis nomine relinquit extraneo. In eóque noſtri omnes conſentiunt, ſecuti Bartolum *in l. ſi ita quis promi-*
4 *ſerit. 135. §. ea lege. nu. 7. de verb. oblig.* † At cum ex ſola teſtatoris voluntate, hoc eſt ex ſola alienationis extra familiam prohibitione fideicommiſſum inducitur, magis eſſe puto vt alienare prohibitus transferre poſſit fundū in extraneum, non ſolum ex cauſa ſucceſſionis ab inteſtato quod omnes admittunt *ex d.l. cum pater. 77. §. cum inter de leg. 2.* de cuius tamen ſententia dicemus infr. c. 12. ſed etiam ex teſtamento, ſiue inſtitutionis ſiue legati iure, quamuis interpretes quos mihi legere contigit, ferè omnes diſſentiant. Mouet me primum quòd quibus locis ſcriptū legimus, fieri contra voluntatē ſi fundus legetur extraneo non tantū prohibitus alienatio proponitur, ſed prætetea iuſſus hæres aut legatarius fundū in familia relinquere, *vt in d.l. 114. §. cum pater. de legat. 1. d.l. vnum ex familia. & d.l. peto. 69. §. fratre. de legat. 2.* vbi illud quoque obſeruandum eſt quod ſic Papin. loquitur. *Si domum alienaueris vel extero herede inſtituto deceſſeris.* Innuens non obſcurè quàm ſint hæc differentia *Alienare & inſtituto extraneo harede decedere.* Diſiunctionis ſiquidem proprium illud eſt, vt ponatur inter diuerſa. Mouet me ſecundò, quòd ſi hæredis inſtitutio eſſet alienatio, vtique patrimonium ſuum alienare diceretur is, qui ſibi teſtamento ſucceſſorem eligeret, quod tamen quàm falſum & ridiculum ſit, vel ex eo apparet, quod minori annis vigintiquinque, cui rerū ſuarum immobiliū alienatio abſque pretoris decreto interdicta eſt, nō idcò tamen prohibetur teſtamenti factio. Sed me omnium maximè mouet, quod Scæuolā reſpondiſſe video *in d.l. pater. 38. §. quindecim de leg.* † Nam cum patrona proponeretur 5
quindecim libertis quos nominauerat legauiſſe prædiolum cum taberna ſua, & adieciſſe hæc verba *ſibique eos habere poſſidere volo ea lege & condic. ne quis eorum partem ſuam vendere, donare aliúdve quid facere aliſ velit. Quòd ſi aduerſus ea quid factum erit, tunc eas portiones prædiúmve cum taberna ad rempubl. Tuſculanorum pertinere volo*, & ex libertis quidam portiones collegatariorū emiſſent ac poſteà Caio Scio extraneo hærede inſtituto deceſſiſſent, negat tamē Scæuola & qui ad eum notas ſcripſit Claudius extitiſſe condicionem fideicommiſſi Tuſculani relicti: Tametſi verba illa prohibitionis *aliúdve quid facere* eſſent generaliſſima. Verbum enim *facere* omnem omnino faciendi cauſam complectitur *l. verbum facere. 218. de verb. ſign.* † Scio Rogerium, & Accurſium Scæuolæ 6
reſponſum illud ſic intelligere, vt ad eas duntaxat portiones pertineat quæ fuerant venditæ non ad illas etiā quæ ex teſtamento peruenerant ad libertos ipſos à quibus inſtitutus fuerat extraneus, Quaſi de iis non dubitauerit quin per inſtitutionem extranei hæredis contra prohibitionem alienatæ viderentur. Sed vt mihi non probari poſſit hæc interpretatio, illud facit, quod quamuis de venditis tantùm portionibus tractet Claudius, cùm ait, nō poſſidētis qui nūc extraneus eſt perſonā reſpiciēdam eſſe, ſed emptorū, qui ſecundum voluntatem defunctæ ex illis fuerunt, quibus permiſerat teſtatrix venundari. Quod tamen ſubiicit, *nec conditio extitit dati fideicommiſſi Tuſculanis* omnino generale eſt, nec aliter poteſt intelligi, quàm vti ne poſſint Tuſculani quicquam petere ex fideicommiſſo ob inſtitutionem, in extraneū collatā. At neque mihi perſuadere poſſum nihil quæſiſſe Scæuolā de partibus, quas emptores illi ex patronæ teſtamēto habuerant, cùm de illis dubitandi ſaltē cauſa aliqua fuerit, aut ſi dicas fuiſſe nullam, planè non video cur ex eo inferas, extitiſſe igitur pro iis partibus conditionē fideicommiſſi, potiùs quàm quod volo, non extitiſſe. † Sed & illud obſeruandum eſt: duplicem apud 7
Scæuolā quæſtionem proponi. Priorem illam vtrū partes quæ venierunt ad Caiū Seium emptorum hæredem pertineant, an ad ſuperſtites collibertos qui partes ſuas non vendiderunt. Alterā, vtrum partes venditæ ad rempublicam Tuſculanorū pertineant. In quo mirum illud eſt, ſi non niſi de partibus venditis dubitabatur, cur non potiùs vna illa quæſtione tota controuerſia comprehēſa ſit vtrum partes venditæ ad Caium Seiū pertinerent, an ad collibertos, an ad rempublicam. Nam ſiquidem ad priorem dubitationem illud tàntùm Scæuola reſpondiſſet, non pertinere eas ad collibertos, poterat ſanè ſupereſſe quæſtio. vtrum ergo ad Caium Seium, an ad rempublicam pertinerent: ſed cùm apertis verbis reſponderit, pertinere eas ad Caium Seium, quis obſecro dubitationi poſteriori locus eſſe poteſt, vtrum ad rempub. pertineant? vtique enim non poſſunt ad rempublicam, & ad Caium Seium pertinere. Illud quoque

ubicurum

obſcurum mihi eſt cur dubitet Scæuola, An partes quæ
venierunt pertineant ad ſuperſtites col bertos,qui par-
tes ſuas non vendiderint. Cur enim de collibertis que
ramus,cùm ſi peccatū quid eſſet contra voluntatem te
ſtatricis,non ipſi ad fideicōmiſſum vocati eſſent,ſed re-
ſpublica Tuſculanorū? Denique non poſſum intelligere
quā ob cauſam de partibus venditis duplicem quæſtio-
nem inſtituat Scæuola, de non venditis verò ſinque ex-
8 traneum hæredem collatis,penitus nullam. † Itaque vt
dicam quod ſentio, fit mihi veriſimilius duplicē de du-
plicibus partibus quæſtionem agitari,priorem de parti-
bus ipſorum emptorum,hoc eſt quæ non venditæ ſunt,
ſed inſtitutionis titulo in extraneum trāſlatæ Poſterio-
rem verò de partibus vēditis,hoc eſt ipſorū venditorū,
vt in illis verbis prioris quæſtionis,*partes quæ venierunt*.
legamus addita negatione, *quæ non venierunt*. Sic enim
apparebit de iis omnibus , circa quæ poterat incurrere
9 dubitatio,elegāter Sceuolā more ſuo reſpondiſſe.† Par-
tes igitur emptorū,quæ nō ſint venditę,ſed per inſtitu-
tionē extraneo delatæ,negat Scæuola pertinere ad col-
libertos. Ad rempublicā autē an pertineant, ne quidem
quærit.Nimirū, quia nō fuerat reſpublica per fideicō-
miſſum ſubſtitutā,niſi ſub ea conditione,*ſi contra quam*
prohibuerat teſtatrix factum fuiſſet.i.e. ſi quis collegata-
riorum partem ſuam vendidiſſet. vel donaſſet,vel quid
aliud ſimile feciſſet Atqui nihil horū euenerat,quia nec
venditę erāt partes iſtæ nec donatæ,ſed per teſtamentū
in extraneum hæredem collatæ:quod omnino diuerſum
eſt Meritò igitur ab earum petitione excludi reſpubl.
debet,vtrumque illud eſt generaliter & indiſtinctè,hoc
eſt non pro partibus duntaxat venditorum , ſed etiam
pro partibus emptorum , quod ad Scæuolam Claudius
notat , non exitiſſe conditionem fideicommiſſi dati
10 Tuſculanis † Cur ergo , inquies,de collibertorum iure
potiùs quærimus , cùm in caſum contrauentionis nōn
ipſi ſubſtituti ſint , ſed ſola reſpublica ? Hoc enim eſt
quod nec Rogerius intellexit, nec Accurſius. Reſpon-
deo,dubitandi pro collibertis rationem illā fuiſſe quod
ex voluntate teſtatricis, quæ prohibuerat libertos præ-
dium illud vendere,donare,vel quid aliud ſimile facere,
alij qui non eſſet de familia,perinde eſſe videretur,acſi
prædium in familia retinere liberti iuſſi eſſent *arg.§.*
fundum .d.l pater. At iam diximus eum qui in familia
fundum retinere,aut etiam relinquere iuſſus eſt, facere
contra voluntatem, ſi in eo extraneum hæredem inſti-
tuat *d.§ cùm pater.& d.§ fratre*:eóque proculdubio caſu,
licèt nō ſint ſubſtituti illi qui ſunt ex familia, nihilomi-
nus fideicommiſſum petere poſſunt.Nec tamen videba-
tur obſtare collibertis , quòd ſubſtituta eſſet reſpubl.
Tuſculanorum Erat enim veriſimile ita factum à teſta-
trice,non tā vt de republica bene mereretur , quàm vt
eius pœne metu liberti ab alienatione coercerētur *vt in*
d.l.fundum , vbi prohibita alienatione ſic teſtator ſcri-
pſiſſe proponitur. *Quod ſi aduerſus voluntatem meā fece-*
ris,fundum ad fiſcum pertinere volo.Ita enim fiet, vt de no-
51 *mine noſtro nunquam exeat*. † Igitur in ſpecie *d.§.quinde-*
cim ſi voluntatem teſtatricis inſpicias , plus dictum aut
ſaltem cogitatum,minùs ſcriptum inuenitur.Illud enim
dictum videtur.Scriptū verò duntaxat illud,vt ſi fundus
venderetur,donaretur,aut aliter,ſimili tamen modo hoc
eſt inter viuos alienaretur,ad rempubl.Tuſculanorū per-
12 tineret. † Duplex proinde fideicōmiſſum inducendum
videbatur,vnum ex verbis, alterū ex voluntate,ex ver-
bis,in fauorem reipubl.nominatim ſubſtitutæ in caſum
alienationis inter viuos,ex voluntate,in fauorē colliber-
torum quibus proculdubio proſpicere teſtatrix voluerat
ea dictione *alij*. Inter ipſos enim,vt lex ait,alienationem
permiſerat. Nemo autem dubitat quin prohibita in
alicuius gratiam alienationem ſecutaque contrauen-
tione , ei competat fideicommiſſi petitio cui proſpe-
ctum teſtator voluit *d.§. Diui 2.leg.filiusfamilias.§ 14.de*
13 *leg. 2.* † Itaque tametſi eo caſu in quem diſertis verbis
ſubſtituta erat reſpublica nihil iuris colliberti habeant,
quoniam,vt vulgo iactatur , expreſſum facit ceſſare ta-
citum [ideóque nimirum ſecūdam quæſtionem quæ eſt
de partibus venditis ſic concipit Scæuola,an ad Caium
Seium an ad rempublicām pertineār,de collibertis verò
ne quidem dubitat] in eum tamē caſum quo fideicom-
miſſi verba deficiebant,ſubſiſtēre nihilominùs,vt videa-
batur eadem voluntate teſtatricis,hoc eſt inſtituto hæ-
rede extraneo,videri poterat excluſa manifeſtiſſimè re-
ſpubl quæ ſcilicet non erat ſubſtituta ſi quid factum eſ-
ſet contra voluntatem,*vt in d.§.fundum*, ſed *ſi quid con-*
tra eā factum eſſet , hoc eſt contra quàm diſertis verbis
ne fieret cautū erat.Nam ſi fuiſſet ſubſtituta his verbis,
ſi quid contra voluntatem meam factum erit,planè non vi-
deo quænam pro collibertis dubitandi ratio eſſe potuiſ-
ſet. Vocati autem colliberti videbantur ex voluntatē
acſi ita teſtatrix ſcripſiſſet. *Prædiolum quod cum taberna*
legaui libertis meis alienari prohibeo,ſed in familia relinqui
volo. Quod ſi quis eorum partem ſuam vendere , donare,
vel aliud quid facere alij volet,tunc eas portiones prædium-
ve ad rēpub.Tuſculanorū pertinere volo.Finge.n.talia fuiſ-
ſe verba teſtamenti.Vtrique in caſum alienationis inter
viuos admitteretur reſpublica ex fideicommiſſo, at non
in caſum inſtitutionis collatæ in extraneum,quā noſtri
teſtamentariam alienationem vocant,imò admitteren-
tur colliberti qui partes ſuas non vendidiſſent *d §.fratre.*
iunct §.libertis.d.l.cùm pater 77.de l. Nihil ſiquidē vetat
vtroque caſu fieri contra voluntatē teſtatricis,ſed vno
tamen vocari ex verbis rempublicam, altero vocari ex
voluntate collibertos,qui & nominatim in eum caſum
tāquam ſeparatim ſubſtitui poterant. Idem ergo & in
propoſita ſpecie reſpondendum videbatur. † Sed aliud 14
tamen Scæuolæ iudicium eſt,cui nempe perpetuum il-
lud fuit , vt voluntates morientium non niſi ex verbis
ipſis æſtimaret,ſuppleret verò nunquā, interpretaretur
etiā,vt alij Iureconſulti ſolent,perrarò Illud enim dun-
taxat Scæuola intuetur, quòd verbis illis prohibitionis
vendere , donare non quælibet alienatio prohibita erat,
ſed ea tantùm quæ inter viuos facta eſſet.† In his verò ſe- 15
quentibus *aliudve quid facere* , non niſi ſimiles aliena-
tionis ſpecies continebātur,puta permutatio,oppigne-
ratio , & ſi quæ aliæ ſunt eiuſmodi , *vt in vlt.§ de trit.*
vin.& oleo legat.hæredis autem inſtitutio nequaquā.
Non enim iuſſerat teſtatrix, vt fundus in familia relin-
queretur,quod ſi eſſet,ſanè inſtituto extraneo admitte-
rentur colliberti, ſi in caſū alienationis duntaxat inter
viuos ſubſtituta fuiſſet reſpublica, aut admitteretur re-
ſpublica ipſa ſi ſubſtituta fuiſſet iis verbis,*ſi quid contra*
voluntatem factum eſſet.† At ſi cōcepta prohibitione,vt 16
alienatio ſola quæ inter viuos fieret demōſtrata eſſet ac
in caſum iſtius contrauentionis ſubſtituta reſpub meri-
tò negat Scæuola in portionibus non venditis locum
vllū eſſe collibertis,qui ſcilicet nec teſtamēti verba pro
ſe habeant,nec voluntatē teſtatricis De reipublicæ iure
non quærit, quia etiam conſtabat in caſum hunc inſti-
tuti hæredis non fuiſſe rempubl ſubſtitutā. †Rurſus in 17
portionibus venditis,meritò negat Sceuola admitti Tuſ-
culanos,quia venditæ ſunt illis de familia quorum vtri-
que perſona inſpicienda eſt ,non extranei,cū de ſua tā-
tùm portione rogatus quilibet ex libertis proponatur.
Verum enim eſt,quod ad eum locū notat Bartolus,Eum
qui partem ſuam alienare prohibitus eſt,non videri pro-
hibitum alienare partem quam redemit. De colliber-
torum verò iure in his portionibus non quærit,quia cō-
ſtabat in hunc alienationis caſum ſi contra teſtatricis
voluntatem factum fuiſſet,nominatim ſubſtitutam rem-
publicam , non collibertos. Itaque concludit rectiſſi-
mè in omnibus partibus tam venditis quàm non ven-
ditis admitti Caium Seium hæredem extraneum Clau-
dius verò , qui ad Scæuolam perelegantes notas ſcri-
pſit, prioris reſponſi quod minorem dubitationem ha-
bere videbatur,rationem nullam reddit , ſed poſterio-

ris duntaxat,quia erat obſcurius. Cũ.n.per fideicómiſſum nominatim ſubſtituta eſſet reſpublic. probabiliùs dubitari poterat an admittenda eſſet,q iàm de iure collibertorum qui nuda voluntatis con ectura nitebantur.
18 † Sed tamen vt intelligamus idem vtroque caſu reſponſum fuiſſe ,ſubiecit ille *nec extitit conditio dati fideicommiſſi Tuſcularis.* Coniecturam meam illud etiam iuuat, quod in priore quæſtione ſic ſcriptum video , *an ad collibertos ſuos qui partes ſuas non vendiderunt.* Nam cùm is qui Scæuolam conſulebat putaret factum eſſe contra voluntatem teſtatricis tam à venditoribus qui partes ſuas alienauerant , quàm emptoribus qui inſtituto extraneo hærede deceſſerant [alioqui enim de quo poterat ille dubitare ?] cur obſecro conſultationi inſeruiſſet verba illa ſi de vẽditis tantũ portionibus ipſi quoque vẽditores admittẽdi eſſẽt cũ cæteris collibertis. Atqui non niſi ridiculè id ſuſpicati quiſquam poterat. At in portionibus non venditis,ſed in extraneum inſtitutionis titulo collatis non erat id prætermittendum, Ne dubitationi locus relinqueretur.An qui priores alienauerant admittendi eſſent cum cæteris ratione illa, quòd quantum ad eas portiones attineret , nihil feciſſent ipſi contra volontatem, tametſi in propriis feciſſent. Quanquam & illud verum eſt,prout quiſque prior alienauerit , partem eum poſterioribus non facere , vt pluribus tractat Papin.*in d.§.libertis.* Cæterùm conſulentis ea verba eſſe non Scæuolæ,ex illo apparet,qood Scæuola reſpondet, neque venditores neque emptores quicquam feciſſe contra voluntatem , vt proinde ſi in aliquo peccaſſent emptores inſtituendo extraneum,nõ eo minùs admitti deberent venditores ad ipſorum portiones. Illud denique mouet me quod ſi prior quæſtio eſſet de partibus venditis,poſterior , quæ de iiſdem eſt, non ſic concipi debuiſſet, *idem quæſiit an partes venditæ ad rempubl.Tuſculanorum pertineront* , ſed ita potiùs , *an eadem partes.* Quamuis vt iam dixi planè abſurdum ſit quærere an partes iſtæ venditæ ad Tuſculanos pertineant ſi ponas iam ſuprà reſponſum eas ad hæredem
19 extraneum pertinere. † Hæc etiam nos eo pluribus enarrare oportuit vt locum alioquin obſcuriſſimum emendatione ac interpretatione noſtra illuſtraremus & probaremus,quod initio capitis propoſuimus,Prohibita ſimpliciter in venditione & alia ſimili qualibet alienatione extra familiam , non eſſe prohibitam extranei hæredis inſtitutionem , proinde nec legatum aut fideicommiſſum,ſed ita demùm ſi petierit teſtator , vt fundus in familia relinquatur,aut quod idem eſt, ne de familia exeat.Supereſt,vt ad ea quæ in contrarium adduci ſolent reſpondeamus.

CAPVT VII.

Ad §.fundum & §. Iulius Agrippa l. pater.38. de lega.3. & ad §. prædium l. qui ſolidum 78.de legat.2.

SVMMARIA.

1 *Prima obiectio aduerſus ſententiam ſuperiore capite propoſitam & defenſam.*
2 *Reſpondetur ad ſecundam obiectionem petitam ex §.* fundum l.pater.de leg.3.
3 *Plus eſſe prohibere ne fundus exeat de familia quàm ne extra familiam alienetur.*
4 *Alienationis appellatione nec inſtitutionem nec aliam vltima voluntatis ſpeciem contineri.*
5 *Prohibita à teſtatore alienatione, eum qui vendidit contra eius voluntatem facere non videri , donec actus traditionis ſecutus ſit.*
6 *Latius patere prohibitionem teſtatoris ne res ad ariquem perueniat, quàm ſimplicem alienationis prohibitionem.*
7 *Tertia obiectio.*
8 *Prohibita alienatione multum intereſſe , etiam quod ad extranei hæredis inſtitutionem attinet,an cauſa aliqua adiecta ſit,nec ne.*
9 *Adiecta cauſa rurſus diſtinguendum eſſe quibus verbis expreſſa fuerit.*
10 *An in* §.Iulius d l.pater , *verba illa* , aut vllo modo alienaret , *ipſam quoque inteſtati ſucceſſionem comprehendant?*
11 *Poſtrema obiectio petita ex* §.prædium l. qui ſolidum 78.de leg.2.
12 *De quo caſu* in d.§.*diſputetur?*
13 *Multum intereſſe an ſimpliciter prohibita ſit alienatio de familia,an vero verbis fideicommiſſi.*
14 *Ad impediendam extranei hæredis inſtitutionem , non ſufficere prohibitam eſſe alienationem de familia,niſi verbis fideicommiſſi hæc prohibitio facta ſit.*
15 *Cur in* d.§. prædium. *Papinianus neget filias offendiſſe qui ſoram alienare fundum prohibitas , ſed etiam in familia relinquere iuſſas , extraneum hæredem inſtituit?*
16 *Quo ordine liberi in ſpecie* d.§. *deceſſiſſe ponendi ſint?*
17 *Vera dubitatio Papiniani* in d.§. prædium *quænam fuerit?*
18 *Non eſſe* in d.§. *parem omnium extraneorum hæredum cauſam.*
19 *Cur ibidem Papinianus requirat ad vim prohibitionis tollendam, vt ipſe quoque nouiſſimus ſine liberis deceſſerit?*

PRimum † illud obiicitur quod ſcriptum eſt *in d.l. filiusfamilias.114. cum pater de legat.1.l. vnam ex familia 67.§.ſed etſi fundum d.l.peto.69.§.fratre de lega.2.* 1
Sed iam reſpondimus ſuperiore capite , iis locis non tantùm prohibitam fuiſſe alienationem , verùm etiam additum,vt fundus in familia relinqueretur , aut ne de
familia exiret.† Obiicitur ſecundò *d.l.pater.§. fundus de legat.3.* In cuius ſpecie prohibita filiæ venditione,donatione & oppigneratione *quoad vixerit*,negat Scæuola prohibitam teſtamenti factionem in extraneum,propter verba illa,*quoad vixerit* contrarium vt videtur reſponſurus ſi ſimpliciter prohibita fuiſſet alienatio. Verùm reſpondendum eſt non eſſe rectam conſecutionem. Nam adiectis verbis illis,*quoad vixerit*,manifeſtior quidem eſt voluntas teſtatoris teſtamenti factionem in extraneum non prohibenti : Sed tamen iis etiam non adiectis nihil prohibet eandem quoque ſubeſſe voluntatem licèt minùs apertè declaratam. Deinde dici poteſt,tametſi recta eſſet conſecutio,illa quæ à contrario ſenſu elicitur,non ea tamen ratione defendendam fore quòd ſublatis iis verb.*quoad vixerit*,pura remaneat alienationis prohibitio , quæ extranei hæredis inſtitutionem comprehendat, ſed quia ſic teſtator ſubiecerat. *Ita enim fiet fundus Titianus de nomine veſtro nunquam exeat*,quibus verbis petiiſſe videbatur,ne vnquam fundus de nomine exiret , atque ita extranei hæredis inſtitutionem prohibuiſſe *argu.d.§.ſed etſi fundum,& l.si qui
complures .94. de legat.3.* † Plus enim eſt prohibere ne 3
fundus exeat de familia , quàm ne extra familiam alienetur. Exit de familia etiam cùm per vltimam quamlibet voluntatem confertur in extraneum , nec ideirco tamen alienatur quoniam alienationis nomen ad contractus magis quàm ad vltimas voluntates pertinet *arg. l.alienatio.28.l.alienatum.67.de V.S.l.vlt.C.de reb.alienan.*
† vbi Iuſtinianus etſi alienationis appellatione contra- 4
ctus omnes intelligi vult,de inſtitutione tamen aut alia vltimæ voluntatis ſpecie conſtituit : Nempe qood alienatio dicatur ille demùm actus per quem dominium transfertur *l.1.C.de fund.dot.* nemo autem dixerit per ſolam hæredis inſtitutionem aut aliam vltimam voluntatem

tem transferri dominium, niſi ſequatur mors teſtato-
ris. At nec ſecuta morte niſi ſequatur etiam agnitio
hæreditatis: *l. ſi ſibi homo. 86. § cùm ſeruus de legat. 1. leg.
ea quam 14. C. de fideicom* Quo tamẽ tempore cùm nnn
ſuperſit qui alienare poſſit, fatendum eſt fieri aliena-
tionem ſolius legis poteſtate, quæ defuncti hominis
factum ſuppleat. *arg. l. Stichus. 39. D. de manum. teſtam.*
Sicque intelligenda eſt *l. his verbis. 48. de hæred. inſtit.*
Indéque nimirum euenit vt alienare prohibitus, non
eo minùs poſſit in ea re hæredem inſtituere: *arg. leg. ex
hoc 8 §. alienare. D. de alien. mut. iudic. cauſ. fact.* quamuis
tranſlatio illa que fit per hæredis inſtitutionem ali-
quando dicatur alienatio, largiùs ſcil. minúſque propriè
ſumpto alienationis vocabulo *d. §. alienare & l. ſi quis
priorũ. 8. §. C. de ſecund. nupt.* Alioqui ſi ex ſola inſtitu-
tione, ſaltem ſecuta morte induceretur alienatio, non
facerent verba illa, *quo id vixerit*, apud Scæuolam, ne
alienare prohibitus extraneum quoque inſtituere pro-
hiberetur, quia & tempus inſtitutionis, & inſtans
mortis vitæ adſcribitur non morti, *l. qui duos. 18. §. 1 ff.*
5 *de manum. teſt. l. 3. ff. de condict. trit* † Imò, quòd plus eſt
nec is qui vendidit cenſetur feciſſe contra voluntatem
teſtatoris prohibita alienatione, ſi non ipſa venditio
nominatim prohibita ſit, donec ſecutus ſit actus traditio-
nis, vt noſtri tractant ad *d § Dum*, quia ſolus quantũ-
uis iuſtus & legitimus licèt ſit neceſſarius non tamen
eſt ſufficiens ad dominium transferendum. Porrò tradi-
tio nulla fit à teſtatore, qui extraneum hæredem inſti-
tuit, ergo neque alienatio. Taceo quod vulgo dici ſolet,
Multa eſſe quæ cùm ſola alienari non poſſint, tamen
per vniuerſitatem tranſeunt *l. quædam. 62. ff. de acq. rer.
domin.* Nam quod ad hanc rem pertinet non tam mo-
uet me vniuerſalis titulus inſtitutionis, quàm nomen
ipſum vltimæ voluntatis. nec in legato aliud iuris hac
6 parte quàm in hæredis inſtitutione conſtituo. † Sane ſi
cautum ſit, ne res ad aliquem perueniat, fateor nec le-
gati nec inſtitutionis iure poſſe eam rem relinqui per-
ſonæ prohibitæ, *l. ſi ita quis. 135. §. ea lege. de V. O.* quia
latiùs patent verba illa quàm alienationis prohibitio,
multúmque refert an res ipſa quodammodo efficiatur,
an perſona cuius factum prohibetur. Quod à noſtris
7 minùs obſeruatum fuiſſe miror. † Tertiò poteſt ob-
iici *d. l. pater. § Iulius Agrippa:* Vbi obiicit hæredi
alienatione qualibet, inſtitutóque hærede extraneo, ne-
gat Scæuola quicquam factum contra teſtatoris volun-
tatem, quia nudum præceptum eſſet: ita innuens, ſi nu-
dum præceptum non fuiſſet, aliud reſpondendum fore
hoc eſt non fuiſſe permittendam extranei hæredis in-
ſtitutionem. Porrò nudum præceptum non eſt, quoties
8 extra familiam alienare quis prohibetur *d. §. Dum* † Reſ-
pondeo, prohibita alienatione multum quidem intereſ-
ſe, etiam quod ad extranei hæredis inſtitutionem attinet
an cauſa aliqua adiecta ſit, necne, Non quod adiectâ
cauſâ confeſtim verum ſit, prohibitam extranei hæ-
redis inſtitutionem, quæ alioqui non magis prohibita
eſſet, quã alia quælibet inter viuos alienatio. Sed quia nul-
la adiecta cauſa indiſtinctè verum eſt potuiſſe in eo fundo
9 extraneum hæredem inſtitui, † Adiecta verò cauſa
diſtinguendum omnino eſt quibus verbis expreſſa fuerit,
Quid enim ſi Teſtator ita dixerit, *Fundum Titianum vllo
modo alienari prohibeo, quia in familia relinqui volo.*
Vtique cenſebitur prohibita extranei hæredis inſtitutio
dict. §. fratre, & dict. §. cùm patre, ſicut & ſi ſic ſcriptum
eſſet *fundum Titianum de familia exire veto. dict. §. ſed &
ſi fundum.* At ſi talia ſint prohibitionis verba, *fundum
extra familiam alienari prohibeo* non eſt quidem nuda
prohibitio ideoque valet ad inducendum fideicommiſ-
ſum, ſi fundus inter viuos alienetur. Sed non facit ta-
men vt non perinde liceat hæredi extraneum in eo fun-
do hæredem habere, atque ſi nuda eſſet prohibitio. Hoc
autem idcirco Scæuola tacuit, quoniam nuda tantum
prohibitio teſtatoris proponebatur, non quæ cauſam
aliquam, hoc eſt fauorem alterius, quàm ipſius prohi-
biti haberet. Solet enim ille ad ea tantùm quæ propo-
nuntur reſpondere, cætera verò quantumuis propoſitæ
quæſtioni finitima prætermittere. † Scio non deeſſe qui 10
putent, reſponſum hoc Scæuolæ rationem illam habe-
re, quod prohibita erat alienatio iis verbis generalibus,
aut vllo modo alienaret, quorum tantam vim eſſe volunt,
vt ipſa quoque inteſtati ſucceſſio prohibita videatur.
Sed mihi aliud iudicium eſt, nec inſtitutionem extranei
hæredis iis verbis prohibitam cenſeri. Itaque noſtra re-
ſponſio & interpretatio magis arridet. † Obſtare po- 11
ſtremò videtur Papiniani reſponſum elegans *in §. præ-
dium. l. qui ſolidum. 8. de legat. 2.* vbi ait ille ſi pater præ-
dium de familia liberorum alienari verbis fideicom-
miſſi prohibuerit, ſupremum ex liberis, qui fideicom-
miſſum petere potuit non ideò minùs actionem in bo-
nis ſuis reliquiſſe videri, quòd hæredem extremum ſine
liberis decedens habuerit. Illa ſiquidem dubitandi ratio
erat, quòd nouiſſimus his defunctus feciſſe videretur
contra patris voluntatem, inſtituendo hæredem extra-
neum, atque hoc ipſo indignus factus, qui peteret à
cohæredibus fideicommiſſi ius vllum in hæreditate
ſua reliquiſſet. At obſeruandum eſt, quod noſtram 12
ſententiam confirmat elegantiſſimè, non eo caſu
Papinianum tractare, de quo diſputamus, hoc eſt,
quo teſtator fundum extra familiam alienari ſimplici-
ter prohibuerit, ſed quo prætereà proponebatur li-
berorum fideicommiſſum eſſe, vt prædium in familia
vel relinquerent, vel retinerent. Id enim eſt quod
Papinianus ait *de familia liberorum alienari verbis fidei-
commiſſi prohibuit.* † Nam vt ſuperioris capitis initio 13
diximus, cùm prohibita tantum eſt alienatio de fami-
lia fideicommiſſum quidem inducitur ſecuta alienatio-
ne, at ex ſola teſtatoris voluntate, non quod vlla hic
ſint verba fideicommiſſi. Vt verò prohibeatur alie-
natio de familia verbis fideicommiſſi illud omnino
requiritur, vt iuſſerit teſtator, fundum in familia re-
linqui vel retineri. Quod cùm accidit, ſanè extranei,
hæredis inſtitutionem prohibita intelligitur. Porrò ſi ita 14
ius eſſet, ad impediendam extranei hæredis inſtitutionẽ
ſufficeret prohibitam eſſe alienationem de familia, quid
neceſſe erat Papinianum addere, *verbis fideicommiſſi*?
Addidit ergo vt appareret, quam ob cauſam videretur
nouiſſimus ille moriens extraneum inſtituendo feciſſe
contra patris voluntatem. Etenim ſi facta fuiſſet pro-
hibitio alienandi extra familiam abſque vllis verbis fi-
deicommiſſi, nihil proponebatur propter quod dubitari
debuiſſet an per inſtitutionẽ extranei hæredis offendiſſet
ille patris voluntatem: nec eo minùs tamen inductum
fuiſſet fideicommiſſum in caſum alienationis quandiu
aliquis ex liberis ſuperfuiſſet. Quod minùs rectè animad-
uerſum aut intellectum eſt à Cuiacio qui ad Nouell.
159. ſcripſit nudam videri prohibitionem, niſi quæ
fideicommiſſi verba habeat. † Quòd cùm ita ſit, dubi- 15
tari magis poteſt, Cur ergo neget Papinianus, offendiſſe
filium qui extraneum hæredem inſtituit, cùm non
ſolùm alienare fundum prohibitus eſſet, ſed etiam iuſ-
ſus eum in familia relinquere. Reſpondeo, Quia ne-
mo de familia ſupererat, cùm alij omnes liberi præ-
mortui eſſent ſine liberis, inſtitutiſque hæredibus ex-
traneis, & poſt eos omnes nouiſſimus quoque. Sic
enim Accurſius, & poſt eum cæteri locum illum intel-
ligunt, & rectè. † Si enim poneres deceſſiſſe priores 16
liberos ſuperſtitibus quidem liberis, ſed alienatis ta-
men partibus, quarum petitio decedenti nouiſſimo
competiiſſet, nouiſſimum verò poſteà defunctum ſine
liberis inſtituto hærede extraneo, vtique falſum eſſet
tranſmiſſam in hæredem illum nouiſſimi extraneum
fideicommiſſi petitionem Admitti enim potius debe-
rent præmortuorum liberi, qui eſſent ea familia *dict. §.
fratre & l. cùm ita. 32. § in fideic. de legat. 2.* Nec iis obeſ-
ſe poſſet, quòd eorum parentes portiones ſuas alie-

 naſſent,

naſſent, cùm & ipſas parentum portiones contra vo
luntatem aui alienatas reuocare poſſint, *dict. §. fratre.*
Adeo vt in iis parentum portionibus coniecturà pieta-
tis præferendi ſint patruo *leg. cùm auu. 101. de condi-*
ction. & demonſtration. leg. cùm virum 16. Codic. de fidei-
commiſſ. Multò igitur magis in patrui portione extra-
neo hæredi præferentur. Atqui, inquies, Si nemo ſu-
pereſſet de familia, quænam dubitandi ratio eſſe po-
terat? Aut à quo extraneus iſte nouiſſimi hæres fidei
commiſſi controuerſiam pati? Dico, nemine ex fami-
lia ſuperſtite non poſſe dubitationem illam ſupereſſe,
An fideicommiſſo vllo obſtrictus fuerit is, qui ſine li-
beris nouiſſimus decedens extraneum hæredem reli-
quit, quamuis hanc eſſe Papiniani ſententiam vulgo
17 creditum ſit. † Sed dubitatio apud Papinianum ex eo
naſcebatur, quòd nouiſſimus ille deceſſerat priuſquàm
fideicommiſſum peteret, cuius tamen petitio ei com-
petebat propter inſtitutiones extraneorum hæredum à
præmortuis factas. Inde enim fiebat, vt non de illo
quærendum eſſet. An aliqua aduerſus hunc extraneum
nouiſſimi hæredem fideicommiſſi petitio competeret,
ſed de illo tantum, An extraneus hic aduerſus alios ex-
traneos præmortuorum hæredes eandem fideicommiſ-
ſi perſecutionem haberet, quam defunctus habuiſſet.
Videbatur námque morte nouiſſimi extincta actio, cùm
inter hæredes omnes extraneos res ageretur, nec iſte
aliis fauorabilior crederetur. In pari ſiquidem cauſa;
hoc eſt liberis omnibus defunctis poſt inſtitutos hære-
des extraneos contra patris prohibitionem, Exiſtimari
poterat meliorem eſſe debere conditionem poſſiden-
tium, quàm actoris, qui cùm eſſet ipſe extraneus, ta-
men aduerſus cæteros agebat eo ſolo prætextu, quòd
eſſent illi extranei, exemplo eius quod alias dici ſolet,
In pari iure potiorem eſſe cauſam poſſidentis *leg. vbi*
autem. 3. Digeſtis de condicion. ob turp. vel iniuſtit. cau.
leg. vltim. Digeſtis de acquirend. poſſeſſ. leg. vltim. Codic.
18 *de rei vindicat.* † Sed ſubtiliter Papinianus animaduer-
tit, non eſſe hic parem extraneorum omnium hære-
dum cauſam. Qui enim præmortuis ſucceſſerunt ius
habent ab iis qui fecerunt contra voluntatem de-
functi inſtituentes extraneum,, cùm deberent ei
qui ſupererat ex familia fundum relinquere. At is
qui nouiſſimo ſucceſſit habet ius ab eo cui liberum
fuit hæredem habere extraneum, cùm nemo ampliùs
ſupereſſet ex familia cui relinquere poſſet. Proinde
fideicommiſſi petitio quam inſtituerat, aut prætpara-
uerat, aut inſtituere vel præparare potuerat, (neque
enim præparatio hic vlla neceſſaria eſt) non idcirco
extincta videri poteſt quòd vel coactus extraneum
hæredem habuerit: Succeditque iuris regula quæ ha-
bet in hæredem quemlibet tranſire omnia defuncti
19 iura. † Propter quam cauſam requirit Papinianus vt
ipſe quoque nouiſſimus ſine liberis deceſſerit. Nam
ſi liberos habens inſtituiſſet extraneum feciſſet pro-
culdubio contra voluntatem, ideòque fideicommiſſi
petitio in præmortuorum portionibus, non ſecus ac
in parte ipſius nouiſſimi, non extraneo hæredi com-
peteret, ſed liberis ſuperſtitibus, quamquam exhære-
datis. Neque enim eo minùs eſſent de familia *dict. leg.*
filiusfamiliâs. 114. §. cùm pater, ſicut & ſi ex poſtfacto
eſſent emancipati *dict. leg. peto. in fin. l. ſi cogratis. 10 ff. de*
reb. dub. atque adeò concepti & editi dummodo con-
cepti eſſent tempore conditionis exiſtentis, vt ex
magis communi noſtrorum ſententia re-
ceptum eſſe teſtantur cum cu-
mulatores.

* *
*

Capvt VIII.

De ſententia & emendatione §. libertis lege cùm pater. 77. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *An ſi teſtator ita ſcripſerit*, peto ne fundum alienetis ſed vt in familia retineatis, *idem ſit ac ſi hæredem aut legatarium fundum in familia retinere iuſſiſſet?*

2 *Vera Papiniani ſententia* in d. §. libertis.

3 *Accurſij & aliorum ad eum locum interpretatio reijcitur.*

4 *Reprobatur viri cuiuſdam doctiſſimi emendatio ad vltima d. § verba.*

5 *Reijcitur authoris interpretatio ad* d. §. libertis.

6 *Aliud eſſe ſi teſtator hæredes fundum in familia relinquere, aliud, ſi in familia retinere iubeat.*

7 *An in ſpecie* d. § *ſi ex pluribus libertis fundum in familia retinere iuſſis priores decedentes extraneum hæredem inſtituerint, fideicommiſſi petitio ſuperſtitibus ſuperſit?*

8 *Cur ſi non prior, ſed nouiſſimus ſine liberis deceſſerit, liberi qui ex præmortuis libertis ſuperſunt, ad fideicommiſſum non admittantur?*

9 *Plus eſſe ſi collegatarij fundum in familia retinere iubeantur, quam ſi fundum duntaxat extra familiam alienare prohibeantur.*

10 *Libertatum ratione qui ex præmortuis libertis ſuperſunt nihil* in dict. §. *intereſſe vtro modo teſtator locutus ſit.*

11 *Cur in fin.* d. §. *Papinianus requirat vt nouiſſimus libertus ſine liberis deceſſerit?*

12 *Cur ſi libertus ille extraneo hærede inſtituto ſuperſtitibus liberis decedat fideicommiſſi petitio liberis illis ſupererit?*

13 *Petitionem illam non ex natura verbi* retinere, *ſed veluti per accidens competere.*

14 *Vis differentiæ ſuprà propoſita inter iuſſum fundi in familia retinendi, & præceptum fundi in familia relinquendi.*

15 *Teſtatore iubente vt fundus in familia retineatur fideicommiſſum reale non perſonale induci.*

16 *Proximiorem, quum ad hoc fideicommiſſum admittitur, cauere debere ſe reſtituturum.*

17 *Cautione non præſtità, ſi fundus quandóque ad externum peruenerit fideicommiſſi petitionem familiæ nihilominus competere.*

AT † quid rurſum ſi teſtator ita ſcripſerit *Peto ne* 1
fundum alienetis, ſed vt in familia retineatis. Videtur
caſus hic diuerſus ab eo quo hæredes aut legatarij fun-
dum in familia relinquere iuſſi ſint. Nam vt in ſupe-
rioribus dictum eſt qui fundum in familia relinquere iu-
betur non poteſt in eo extraneum hæredem habere ex
teſtamento, *l. filius familias. 114. §. cùm pater de legat.*
1. leg. peto 69. §. fratre. leg. vnum ex familia 7. de legat. 2.
at neque ab inteſtato vt probauimus infrà *capit. 11.*
ex l. penult. eod tit. At is qui fundum in familia retinere
iubetur, ſatisfacere voluntati credendus eſt ſi modò
viuus non alienet, cùm paria ferè ſint Prohiberi ven-
dere & iuberi retinere *leg. pater. 38. §. fundum de legat. 9.*
Qui verò prohiberetur vendere non prohibetur inſti-
tuere §. *quindecim d. leg. pater, de quo ſcripſimus capit. 6.*
Ergo nec qui iubetur fundum in familia retinere. † Et 2
hæc mihi videtur Papiniani eſſe ſententia *in l. cùm pa-*
ter. 77. §. libertis de legat. 2. in poſtremis illis verbis.

At

*At ſi nemo vendiderit & nouiſſimus ſine liberis vita de-
ceſſerit, fideicommiſſi petitio non ſupererit*, quotum ſane vix
eſt vt verior & accommodatior vlla poſſit afferri inter-
3 pretatio. † Etenim ſi ponis deceſſiſſe libertos omnes
ſine liberis neminémque ſupereſſe ex familia, quomodo
intellexiſſe videtur Accurſius, & poſt Accurſium cæteri,
planè ridiculum facias Papinianum, qoi moneat petitio-
nem nullã ſupereſſe vbi nemo ſupereſt, qui petere poſſit.
Quod ſi ſic intelligas, vt nec ſuperſit petitio fideicom-
miſſi extraneo, qui nouiſſimo ſine liberis decedẽti hæres
extitit, facias Papinianum ſibi ipſi contrarium, qui
in §. prædium l. qui ſolidum. 78. eodem tit. contrà ſcribit
Imò verò hæredi nouiſſimo quantumuis extraneo peti-
tionem fideicommiſſi ſupereſſe. Sed neqoe dici poteſt
ent ponat Papinianus neminem ex libertis vendidiſſe,
ſi ſic intellexit vt omnes tamen extraneis hæredibus
inſtitutis deceſſerint. Si enim fatendum eſſet perinde
feciſſe illos contra voluntatem inſtituendo extraneos
hæredes atque ſi extraneo vendidiſſent, quid attinebat
4 verba illa adiicere *ſi nemo vendiderit*. † Scio virum
quendam doctiſſimum cuius nomini hic parcendum
arbitror, in ea fuiſſe ſententia vt diceret corruptum eſſe
contextum, & legendum potius *ſi nemo non vendiderint*
aut quod eſſet tolerabilius *ſi nemo non vendiderit*. Vt ſen-
ſus ſit liberis omnibus proprias portiones vendentibus
nullam nouiſſimi extraneo hæredi petitionem ſupereſſe,
quaſi ſit hæc reſtrictio quædam, & exceptio ad id quod
ſcriptum eſt *in d. §. prædium*. Extraneo ſiquidem hæredi
eius, qui nouiſſimus defunctus eſt ſupereſſe petitio-
tionem fideicommiſſi, ſi priores ſine liberis decedentes
reliquerint hæredes extraneos, ſiue antea vendidiſſent,
ſiue non, vt *in d. §. prædium*. Sed hoc ita demùm ſi non
nouiſſimos quoque cum cæteris vendiderit. Eo namque
caſu nullam fideicommiſſi petitionem reliquam eſſe.
Verùm neque emendatio hæc probabilis eſt, neque vi-
deo qua ratione vera eſſe poſſit. Vel enim omnis liber-
tos omnes pariter vendidiſſe, vel diuerſis temporibus.
Si pariter, iam dixerat Papinianus abſurdum eſſe, vice
mutua petitiooem induci, vt ab alio partem alienatam
quis petat, cùm ſuam alienando perdiderit, Quod & Iu-
ſtinianus probat *Nouell 159. vt reſtitut. fideicommiſſ.* vſ-
que ad vnum grad. conſiſt. paulò ante finem princip.
verſ. *& leges noſtras*. Sin diuerſis temporibus, falſom eſt
eum qui priùs venditas portiones petere potuit, ſi nouiſ-
ſimus decedat ſine liberis non vendita parte ſua, ean-
dem petitionem non poſſe in hæredẽ ſuum tranſmittere.
Cur non enim perinde tranſmittat, à ſi præmortui nul-
lis venditis partibus extraneos hæredes inſtituiſſent,
dict. §. prædium Quòd ſi nouiſſimus quoque portionem
ſuam vendiderit poſt cæteros, vel fingis alios ſupereſſe
de familia vel nullos. Si nullos, cur dicas extinctam pe-
titionem fideicommiſſi aut cuius fauore? *d. §. prædium*. Si
alios, Cur neges iis qui ſuperſunt ex familia ſupereſſe
5 petitiooem? *d. §. fratre cum ſimilib.* † Ea igitur ſola reſtat
interpretatio qoam nos inducimus, vt ſi nemo ex liber-
tis vendiderit, ſed omnes tamẽ deceſſerint, priores qoi-
dem ſuperſtitibus libertis, nouiſſimus verò ſine liberis
(id enim eſt quod non obſcurè Papinianus innuit cùm
ponit oouiſſimum ſine liberis deceſſiſſe) ac proinde
quod omnino conſequens eſt relicto hærede extraneo
ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, fideicommiſſi pe-
titio non ſuperſit præmortuorum libertis quamuis ſint
6 illi de familia libertorom † Ideò quia non in familia
fundum relinquere iuſſi ſunt liberti, ſed in familia re-
tinere. Si relinquere iuſſi eſſent, faceret nouiſſimus
contra voluntatem inſtituendo extraneum, *d. §. fra-
tre*. Sed quia retinere tantum iuſſi ſunt, non facit con-
tra voluntatem qui fundum illum extraneo hæredi
relinquat. Ratio diſſimilitudinis apertiſſima, nec ta-
men omnino inſubtilis, ex ipſa verborum poteſtate
propriaque ſignificatione deducitur. Relinquendi enim
verbum demonſtrat faciendum aliquid, Retinendi
verò faciendum nihil, dummodo ne quid contra fiat
per quod impediatur retentio. Inde fit vt qui fundum
in familia relinquere iuſſus eſt non tantùm rogatus
teneatur vt nihil faciat quod impediat voluntatem
teſtatoris, ſed etiam vt ea omnino curet ac faciat, per
quæ voluntas teſtatoris effectum ſortiri poſſit, fundúſ-
que in familia relinquatur. Qua ratione illud etiam
admittimus vt nec ab inteſtato extraneum hæredem
habere poſſit. Sed qui retinere iubentur in familia hoc
tantùm rogati videntur, ne alienent extra familiam.
† Quid ergo, inquies, Si ex pluribus libertis fundum 7.
in familia retinere iuſſis priores decedentes extraneum
inſtituerint, An non ſupererit fideicommiſſi petitio ſu-
perſtitibus? Dico ſuperfore. Non quòd prior ille alienare
prohibitus & retinere iuſſus fecerit contra voluntatem
extraneum hæredem inſtituendo [ſi enim ſolus in familia
retinere iuſſus eſſet, valeret inſtitutio, nec fideicommiſſi
petitio aliis de familia competeret] ſed quia ex iis ver-
bis ad omnes libertorum perſonas directis *Peto ne fun-
dum alienetis ſed vt in familia retineatis* ac proinde ex
voluntate ipſa teſtatoris ius ſit ſuperſtitibus libertis
fundum retinendi acſi præmorientes ſuperſtitibus reſti-
tuere rogati eſſent, *vt in l. 2. C. quand. dies legat. fideic.
cedat*. Cum enim plures vnica oratione fundum in
familia retinere rogati ſint, non tantùm de ſua quiſque
portione, ſed etiam de cohæredum aut collegatariorum
partibus retinendis, iuſſi ſinguli videntur. Nec nouum
eſt vt quis cohæredis quoque ſui portionem retinere
iubeatur, ex eoque fideicommiſſum inducatur *l. poſt
emancipationem. 40 §. vlt. de leg. 3.* ſecundum ea quæ de
illius loci ſententia ſcripſimus *lib. 1. c. 14. d. in quartam
91. D. ad leg. Falcid. l. deducta. 58. §. acceptis verſ. Diuerſa
D. ad S.C. Trebell. dict. l. cùm pater. 77. in princip. de legat.*
2. † Dices fortaſſe, Cur ergo diuerſum admittimus ſi 8
non prior ſed nouiſſimus ſine liberis deceſſerit, hoc eſt,
Cur non liberos qui ſuperſunt ex præmortuis libertis
ad fideicommiſſum admittimus cùm ſint illi de familia?
Id enim eſt quod ſibi vult Papinianus *in d. verſic. at ſi
nemo* vt iam diximus, non eſſe admittendos. Reſpon-
deo rationem illam eſſe quod ad eos porrigi non poſ-
ſit vis & poteſtas verbi *retinendi*. ij enim demùm re-
tinere fundum poſſunt quibus fundus relictus eſt. At
libertis duntaxat relictus eſt non etiam eorom libe-
ris Soli ergo liberti fundum in familia retinendi ius
habent, non etiam eorum liberi. Sicut nec præmor-
tuorum liberi ius vllum habent in fideicommiſſo qood
non niſi ſuperſtitibus relictum eſt, ſi nulla liberorum
mentio facta ſit. Quæ ſententia eſt *dict. leg. 2. C. quand.
dies leg* Nam qui præmortuorum liberos ad fideicom-
miſſum vocare velit, te prohibere ne fundus ex-
traneo per legatom aut fideicommiſſum vel inſtitu-
tionem relinquatur, eum oeceſſe eſt præcipere cohæ-
redibus aut collegatariis vt fundum in familia relin-
quant, non vt ſimpliciter retineant. † Ex quo apparet 9
quod ad ipſos collegatarios pertinet maiorem eſſe vim
eorum verborum quibus iubeantur iſti fundum in
familia retinere, qoàm ſi prohibeantur duntaxat
fundum extra familiam alienare. His enim verbis
qoi præmoriuntur non prohibentur in eo fundo extra-
neom hæredem inſtituere, licet alij collegatarij ſuper-
ſint, Illi verò non minùs prohibentur, quam ſi ſuper-
ſtitibus reſtituere iuſſi eſſent. † Sed ratione liberorum 10
qui ſuperſunt ex præmortuis libertis quamuis ſint
illi ex familia, nihil tamen intereſt, vtro modo teſta-
tor locutus ſit. Vtroque enim caſu, ſi fundus inter viuos
alienatus ſit, fideicommiſſi petendi ius habent propter
imperatam retentionem & prohibitam fauore familiæ
alienationem, *d. ver. at ſi nemo vendiderit à contrario ſenſu*.
Sin ad extraneum hæreditatio aut legati, aut fideicom-
miſſi petitione excluduntur, quia nihil hîc factum ſit
contra voluntatem, ſiue ex eo capite qoo prohibita eſt
alienatio, ſiue ex illo etiam quo iuſſi erant liberti ve
fundum

11 fon.lum in familia retinerent.† At cùm ita ſit illa adbuc
dubiratio ſupereſt cur ergo *in dict. verſ. at ſi nemo*, tequi-
rat Papinanus vt nouiſſimus ſine liberis deceſſerit. Ita
enim ſatis apertè ſignificat, Si nouiſſimus relictis liberis
deceſſerit, & extraneū hæredem inſtituerit, fideicom-
12 miſſi petitionem ſupereſſe. Ac ſanè ita eſt.† Sed cur ita?
An quòd pater fundum illum legando aut per inſtitutio-
nem relinquendo extraneo fecerit contra prohibitam
alienationem? Minimè. An quòd retinendi ius datum
videatur iſtis nouiſſimi liberis quibus fundus relictus
non eſt? Ne hoc quidem. Sed quia pater qui iuſſus
fuerat fundum illum in familia retinere, videatur feciſſe
contra voluntatem, hoc ipſo, quòd cùm poſſet nihil
faciendo hoc eſt ſi modo inteſtatus deceſſiſſet retinere
eum in familia per liberos futuros ſibi ab inteſtato
hæredes, maluit tamen teſtari vt præferret extrane-
um Cùm enim per vim ſucceſſionis inteſtati poſſit
ſatisfieri iudicio teſtatoris ab eo, qui liberos habet vt
ſcilicet fundum in familia tetinear, facit procuidubio
contra voluntatem qui idcirco teſtatur, vt eum relin-
quat extraneo. Non quod videatur prohibita teſtamen-
ti factio quæ nec prohiberi poteſt *d. ll. l. cùm pater §.
mando*. Sed quia nihil vetabar hunc ita teſtari vt tamen
fundum liberis ſuis relinqueret. Quo caſu quod ad fun-
dum pertineret perinde fuiſſet acſi inteſtatus is
13 deceſſiſſet. Fundus enim ad liberos perueniſſet. † Nec
eſt contrarium, quod proximè diximus eum qui in fa-
milia retinere iuſſus eſt non videri iuſſum in familia re-
linquere. Hoc enim fit in propoſito non ex natura ver-
bi *retinere* ſed veluti per accidens vt ita loquar, propter
teſtamentum ab eo factum qui decedere noluit inteſta-
tus. Nam cùm non ſatisfecerit iudicio defuncti eo mo-
do quo ſatisfacere poterat, vel nihil faciendo, hoc eſt
moriendo ſine teſtamento, non eſt quod conqueratur
ſi facto teſtamento cogatur plus facere quàm ab initio
debuerit, hoc eſt fundum illum liberis ſuis per expreſſam
voluntatem relinquere, ne alioqui minus faciant, quàm
14 facere debeat. † Et in hoc nimirum apertiùs differentia
illa cernitur quam nos inducimus, An fundum quis in
familia retinere iuſſus ſit an in familia relinquere. Nam
qui retinere iuſſus eſt ſi inteſtatus moriatur, relicta hæ-
rede matre aut alia perſona extranea, fortaſſis cognato,
qui hodie ſuccedit ex iure ciuili & Iuſtinianeo non, vt
olim, tantùm ex prætorio, nihil facit contra voluntatem
teſtatoris. Quomodo enim, aut quo colore imputare
poſſis ei, qui inteſtatus moritur, cur non retinuerit fun-
dum in familia? Niſi fortè hoc imputare velis cur non
perpetuò vixerit. Vrgere ſiquidem eum non poſſis,
vt teſtetur vel codicillos faciat, qui non in familia
fundum relinquere iuſſus ſit, ſed tantùm retinere. At
is qui relinquere iuſſus eſt teſtari etiam cogitur ſi alio
modo facere nolit cùm poſſit, vt fundum in familia
relinquat. Alioqui vt ſæpiùs dictum eſt, offendit ille
15 voluntatem. † Diuerſum eſſe puto ſi teſtator iuſſerit
vt fundus in familia retineatur. Tunc enim fideicom-
miſſum induci non perſonale ſed reale, id eſt non in
fauorem tantùm collegatariorum ſuperſtitum, ſed
etiam liberorum qui ex præmortuis ſuperſint adeoque
omnium qui ſunt de familia. Ordine tamen, id eſt ita
vt proximiores remotioribus præferantur *dict. l. peto §.
fratre*. Nam quid intereſt an iuſſerit teſtator vt fundus
in familia retineatur, an vt remaneat, an vt relinqua-
tur, an vti ne de familia exeat? His vtique caſibus om-
nibus cùm fundus ipſe afficiatur, admittendum eſt indu-
ci fideicommiſſum reale & perpetuum, hoc eſt tandiu
duraturum quandiu à fundi poſſeſſore oſtendetur indi-
16 cium teſtatoris aliquo ex familia ſuperſtite. † Ideóque
cùm ad huiuſmodi fideicommiſſum proximior admitti-
tur, cauere debet ſe familiæ reſtituturum inquit Pa-
pinian. *in d. ll. §. fratre*. Vbi tamen ſubiicit quod notan-
dum eſt, ſi non fuerit cautio deſiderata ab eo qui primo
loco admiſſus fuit, nullam quidem eo nomine naſci
condictionem, quaſi indebito ſoluto fideicommiſſo vt
aliàs plerumque euenit *leg. heres 21. D. ad S. C. Treb.* &
contingeret ſi vſusfructus nomine res tradita fuiſſet
nulla interpoſita ſtipulatione *leg. & ſi vſusfructus. 7. D.
vſufr. quemadmod. caueat*. † Sed ſi domus ad exterum quã- 17
doque peruenerit fideicommiſſi petitionem familiæ com-
petituram Hanc porro cautionem ratione doli mali ex-
ceptionis deſiderari, Nempe quòd dolo facere videa-
tur is qui ex fideicommiſſo petit fundum, tanquam con-
tra prohibitionem teſtatoris alienatum, quem ipſe quo-
que alienare velit, quomodo velle meritò credendus eſt
ſi cauere recuſet, eum ſe familiæ reſtituturum.

Capvt IX.

Ad §. fratre l. peto. 69. de legat 2.

SVMMARIA.

1 *Cautionem de fundo familia reſtituendo non fruſtrà in d §. deſideratam videri, licèt nemo ex familia ſuperſit cui reſtitui poſſit.*
2 *Reſpondetur ad leges contra allegatas.*
3 *De materia* l ſi in perſona 21. C. de fideicom.
4 *Remotiores, vel pares in gradu qui viuo teſtatore conceptι ſunt, cæteris poſtea conceptis* in d. §. *præferri.*
5 *Non tamen requiri vt qui ad fideicommiſſum admitti volunt viuo teſtatore concepti ſint.*
6 *Non idem eſſe ſi proximioribus teſtator fideicommiſſum reliquerit.*
7 *An* in d. §. fratre *frater qui fundo contra teſtatoris voluntatem alienato fideicommiſſum reſtituere coactus eſt ijs qui ex familia ſupererant, iiſdem fundum alienantibus de nouo ad fideicommiſſum admitti poſſit?*
8 *Quo ſenſu dicatur, eos ad huiuſmodi fideicommiſſum inuitatos videri qui iudicio teſtatoris paruerunt, non qui alienauerunt?*
9 *Fratrem illum à fideicommiſſo arceri quandiu aliqui ex familia etiam gradu remotiores ſuperſunt.*

1 ILlud † tamen ſubobſcurum eſt quod apud Papinianũ
ſequitur in *d. § fratre, quamuis nemo alius vlterior ex
familia ſuperſit*. Videtur enim fruſtra deſiderari cautio
de fundo familiæ reſtituendo, cùm nemo ex familia ſu-
pereſt, cui reſtitui poſſit. Fruſtratoria autem & ſuper-
uacua cautione quem onerari, æquum ſanè non eſt,
*leg. non cogendum. 45. §. vlt. D. de procurat. leg. hæc
ſtipul. 14. §. 1. D. vt legat. ſeu fideic. nomin. caueat. l. 1. §.
penult. & vlt. l. 2. & 3. D. vt in poſſeſſ. legat.* Quam ob
cauſam ſic eum locum intelligit Accurſius, & poſt eum
cæteri, nec male vt ratione doli mali exceptionis de-
ſiderari poſſit cautio quamuis nemo alius ex familia ſu-
perſit ſi modò aliquis fore ſperetur. Cùm enim fidei-
commiſſum illud fundi in familia relinquẽdi ſit perpetuũ,
conſequens eſt vt ad ipſum admittantur, quotquot vn-
quam in familia naſcentur, *& nati natorum & qui naſcen-
tur ab illis*, quia ſufficit vt natus ſit vel conceptus fidei-
commiſſarius eo tempore quo condicionalis fideicom-
miſſi condicio exiſtit *leg. cùm pater. 77. §. hereditatem
filius de legat. 2.* † Nam quod nonnulli contrà putant 2
moti *ex l. Titius. 6. D. de ſuis & legit. l. prima §. Si quis pro-
ximior D. vnd. cognat. l. ſi cognatis 19. D. de reb. dub.* faciunt
ſanè parum ſubtiliter, cum iis locis tractetur de ſucceſ-
ſione, quam lex defert aut de legato purè relicto, non
item de legato aut fideicommiſſo conditionali, cuius ſa-
nè longè diuerſa ratio eſt. Sufficit enim talem quem
eſſe qualis eſſe debet ad legatum aut fideicommiſſum
conſequendum, quando dies relicti cedit *l. intercidit. 59.*

l.

l. mea res. 98 *leg. eum qui poſt.* 104. *de condic. & demonſtr. l.* 1. *§ ſed & eius de leg.* 3. *l. internenit.* 24 *de legat. preſt.* quia huiuſmodi fideicommiſſa non iure cognationis acquiruntur, ſed ex diſpoſitione teſtatoris. *l. Paulus reſpondit.* 47 *§. Paulus reſpondit nepotem D. de bon. libert.*
3 † Nolim tamen in hanc rem adduci legem *ſi in perſona* 21. *C. de fideic.* qua pleroſque moueri video ex iis, cum quibus & ego ſentio. Loquitur enim de fideicommiſſo quod poſtea nato acquiritur iure tranſmiſſionis, & ex alterius, non ex propria ſucceſſionis perſona.
4 † Illud ſanè non improbo quod quidam tradiderunt eo qui viuo teſtatore concepti ſunt præferri cæteris poſteà conceptis, quaſi qui magis dilecti videantur tanquam cogniti *ex l. qui filiabus.* 14 *in princip. de legat.* 1. Idque intelligo etiamſi ſint remotiores aut pares in gradu, alioqui non tanquam cogniti præferentur, ſed tanquam proximiores. Multo igitur magis præferentur qui in eodem
5 aut pari gradu ſunt, cæteris paribus. † Cæterùm non requirimus, vt qui ad fideicommiſſum admitti volunt concepti ſint viuo teſtatore, præſertim ſi vt plerumque fit, teſtator fideicommiſſum infinitum extendi voluerit, aut digreſſus ſit ad plures gradus ſubſtitutionum. Quinimò deſcendentibus ſubſtitutis, omnes in infinitum deſcendentes etiam vltra quartum gradum ſubſti-
6 tutos intelligi placuit. † Non idem eſt ſi teſtator proximioribus ſuis fideicommiſſum reliquerit. Eos namque ſolos tum videtur inuitaſſe qui ſe viuo concepti fuerint. nec extenditur fideicommiſſum ad vlteriores gradus, niſi fauore agnationis & familiæ conſeruandæ relictum proponatur. Nimirum quia nomen *proximiorum* collectiuum quidem eſt plurium perſonarum quæ ſint eiuſdem gradus, ſed non plurium graduum quomodo nomen *familiæ*, vt noſtri tractant *ad §. in fideicommiſſo l. omnia*
7 32. *alias l. cum ita de legat.* 2. † Tentemus tamen an dici etiam poſſit, Papiniani *in dict. §. fratre.* eam eſſe ſententiam vt ratione doli mali exceptionis iuſtè deſideretur cautio de fundo in familia relinquendo, etiamſi nemo alius vlterior ex familia ſuperſit, nec ſuperfore ſperetur. Nimirum eo caſu quo is ipſe, qui cautionem deſiderat & à quo debetur fideicommiſſum eſt ex familia, Quomodo erat frater in ſpecie *dict. §. fratre.* Finge enim feciſſe fratrem contra teſtatoris fratris volũtatem, non in eo quod extraneo hærede relicto deceſſerit (nam in extraneo hærede tractari hoc non poſſet) ſed in eo quòd fundum quem in familia relinquere iuſſus erat, extraneo inter viuos vendiderit, aliáve qua ratione alienauerit. Dico non ideo minùs manere cum de familia ac proinde admitti debere ad fideicommiſſum familiæ relictum ſiquando contingat, ab iis qui nunc admittuntur, poſteà alienari fundum, nec alios vllos eo tempore ex familia ſupereſſe. Nam cùm fideicommiſſum perpetuum ſit fauore familiæ, nouum non eſt vt qui, ſemel fundum perdidit ob alienationem à ſe factam admittatur iterum velut ex nouo fideicommiſſo. Magiſque eſſet contra voluntatem, ſi iſto ex familia ſuperſtite qui prior fundum habuiſſet ac amiſiſſet, fundus ille ad extraneum perueniret. Imo faceret aperte dolo malo is qui fundum ex fideicommiſſo peteret tanquam alienatum contra prohibitionem teſtatoris, ſi cauere nollet eundem ſe reſtituturum, non quidem ei nominatim, qui amiſerit, ſed generaliter familiæ ex qua ille etiam ſit qui amiſit.
8 † Nec eſt contrarium quod diximus in ſuperioribus, Eos videri ad huiuſmodi fideicommiſſum inuitatos qui iudicio paruerunt, non qui alienauerunt *d. §. libertis d. leg. cùm pater de legat.* 2. *l. nihil propon.* 120 *§. omnibus de legat.* 1. *leg. quoties ab omnibus* 11. *C. de fideicom.* Id enim tum verè dicitur cùm fideicommiſſum vnum eſt & ſimplex, puta quod ex alienationis prohibitione ſola inducitur. At cùm tractamus de fideicommiſſo quod perpetuum ſit & reale, nec ſolùm graduale, ſed etiam reciprocum, cuiuſmodi illud eſt, cùm præcepit teſtator vt fundus in familia relinqueretur, tot ſunt fideicommiſſa quot fiunt alienationes extra familiam. Ac proinde verum eſt, quandiu aliquis ex familia ſupereſt, quiſquis ille tandem ſit, tametſi iam eum ipſum fundum ſemel alienauerit, admitti eum debere potiùs quàm extraneum quaſi repetito fideicommiſſo *arg. l. ſicut.* 3. *l. repeti.* 5. *D. quib. mod. vſusfru. amit. l. licet.* 23. *de vſufr. legat. l. ſed & ſi quid.* 25. *§. ſi operas D. de vſuf.* Aut potiùs quaſi ſuccedat ille ſibi ipſi ex nouo iure vt aliis pleríſque caſib. non omnino diſſimiliter contingit. *l.* 4. *l. creditor.* 12. *§. Papinianus D. qui potior. in pignor. habeant. l.* 1. *§. ſed videndum D. de ſucceſſ. edict. l. iure mariti* 6. *C. ad leg. Iul. de adulter.* † Sanè quandiu 9
ſupererunt aliqui ex familia licet remotiores in gradu; fateor præferri eos debere, nec poſſe cum ipſis concurrere eum qui ſemel fecerit contra voluntatem vt ſaltem quantùm fieri poteſt, ſeruetur voluntas teſtatoris. Id enim eſt quod ſcribit Papinianus *in dict. §. fratre, nec tamen ideo ſequentium cauſa propter ſuperiores in poſterum lædi debet.* Siquidem admittendo ſequentes excludit vtique eum, qui prior admiſſus fuerat, quandiu ſequentium gradus aliquis ſupererit, Vt in eo deterior condicio ſit illius, qui defuncti iudicio non paruit, quam eorum qui non offenderunt.

CAPVT X.

Explicatio & emendatio §. ſed etſi fundum & § ideò l. vnum ex familia 67. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Legis propoſitæ argumentum, & ſpecies in ea examinata.*
2 *Species & quæſtio.* d. §. ſed & ſi fundum.
3 *Quomodo Caſtrenſis illud interpretetur quod in d. §. Papinianus reſpondet extraneum fideicommiſſum petere poſſe ſi præterea electo tantundem relictum ſit quod fundi pretium efficiat?*
4 *Electum in ſpecie d. §. non ſolùm ex iudicio prioris teſtatoris, ſed etiam aliquomodo ex voluntate eligentis fundum habere videri.*
5 *Cur fideicommiſſum non valeat, ſi electo qui fundum reſtituere rogatus eſt, nihil præterea legatum ſit?*
6 *Electum illum pretij legatum repudiare non poſſe, vt fundum habeat?*
7 *An ſi minus ei legatum ſit quàm quanti fundus eſt, fideicommiſſum valeat?*
8 *An eo caſu permittendum ei ſit vt legatum petat, nec tamen extraneo fundum reſtituat?*
9 *Diſtinguendum eſſe in ſpecie d. §. cum Papiniano quibus verbis teſtator fundum in familia relinqui iuſſerit.*
10 *Quid iuris ſi ita teſtator ſcripſerit,* Rogo fundum cui aut quibus voles ex familia relinquas, *& quid ſignificent verba illa Papiniani,* rem in expedito eſſe.
11 *Multum intereſſe an iuſſus cui volet. ex familia fundum relinquere hæredem ex familia inſtituat, & fundum leget extraneo, an verò alicui ex familia leget adiecto onere fideicommiſſi in fauorem extranei.*
12 *Cur ſi hæres qui iuſſus eſt vnum ex familia eligere, vnum ex familia inſtituerit, & de fundo extraneæ perſonæ reſtituendo grauauerit fideicommiſſum illud non valeat?*
13 *Differentiam inter legata & fideicommiſſa perpetuam illam fuiſſe, vt legatorum dominium recta via à teſtatore in legatarium, fideicommiſſum verò in fideicommiſſarium nonniſi facta reſtitutione tranſiret.*
14 *Cur Prætor in interdicto quod legatorum, nullam fideicommiſſarij mentionem fecerit.*

15 *At*

15 *An poſt ſublatam legatorum & fideicommiſſorum differentiam aquè teſtatoris voluntatem offendatis qui vnum ex familia eligere iuſſus vnum ex familia heredem ſcripſit, eiúſque fidei commiſit vt eum fundum extraneo reſtitueret, ac ſi eum fundum legaret extraneo?*

16 *Cur teſtatoris voluntatem non offenda: ille qui vnum ex familia eligere iuſſus vni ex familia fundum reliquit, eiúſque fideicommiſit vt extraneo reſtituat?*

17 *Summa eorum qua ad primum diſtinctionis Papinianea caput dicta ſunt de his verbis,* Rego cui voles ex familia fundum reſtituas.

18 *De altera diſtinctionis parte, quum prior teſtator ita ſcripſit,* Peto ne fundus de familia exeat.

19 *An fideicommiſſum extraneo relictum eo caſu valeat, ſi alij ex familia ſuperſint?*

20 *An electo mortuo, & cateris deinceps ex familia fundum euincentibus aliqua eo nomine actio, & aduerſus quem extraneo competat?*

21 *Communis Interpretum de hac queſtione ſententia reijcitur.*

22 *Quis in* dict. §. *iuſſus ſit fundum extraneo reſtituere?*

23 *Re aliena per legatum vel fideicommiſſum relicta, in qua teſtator ius aliquod habeat, illud tantum relictum videri quod habeat, licèt morte eius extinctum iri certum ſit.*

24 *Si verò ius illud morte teſtatoris non extinguatur, preter ius illud nihil deberi, non adhibita diſtinctione an teſtator ſciuerit, ius illud tantum ſibi competere, an ignorauerit.*

25 *Non cenſeri ſecundum teſtatorem voluiſſe, vt mortuo quoque electo cateris de familia fundum euincentibus, hares ſuus fundi aſtimationem extraneo praſtaret.*

26 *Quibus caſibus aliena rei per legatum, aut fideicommiſſum ſcienter relicta aſtimatio debeatur?*

26 *Haredis haredem ad hoc non teneri vt fundum redimat ab illis qui ſunt ex familia, & redemptum extraneo praſtet.*

28 *Illud quoque induci non poſſe vt poſt electi mortem fundi aſtimatio extraneo praſtetur, qua penes eum perpetuo ſit remanſura.*

29 *Quem ſenſum habeant illa Papiniani,* hæredis hæredem propter ſequens fideicommiſſum quod in exterum collatum eſt, oneratum intelligi?

30 *Papinianum ibi tractare de fundi fideicommiſſo iis qui ex familia ſunt praſtando, propter alienationem ab herede factam.*

31 *Quando ſuperſtites illi ad fideicommiſſum admittantur?*

32 *Euicto fundo per eos qui ſunt ex familia, non idcirco ius vllum extraneo competere petenda aſtimationis.*

33 *Verba illa §. ideò, d. l. vnum ex familia.* ſi electo vno fideicommiſſum in exterum non conferatur, *abſque negatione legenda eſſe.*

34 *Rectam eſſe in* d. §. ideò. *de cautionibus interponendis illationem.*

35 *An, ſi vno ex familia electo fundi fideicommiſſum in extraneum collatum non fuerit, interponi cautiones debeant?*

36 *Speciem* l. 3. §. ſi quis ita. ff. de adimen. leg. *differre à ſpecie* d. §. ideò.

37 *Cur in ſpecie.* § fratre. l. peto. 69. de leg. 2. *proximus ex familia qui ad fideicommiſſum admitti vult, de reſtitutione cauere debeat, electus verò in ſpecie* d. §. ideò. *cautione de fundo reſtituendo non oneretur?*

38 *Alia ratione probatur negationem* 6 *d. §. antè ſublatam abundare.*

39 *Quomodo Rogerius & Accurſius dictum §. intellexerint?*

40 *Refellitur Azonis & aliorum ſententia, exiſtimantium fideicommiſſo in exterum non collato, cautionem praſtandam eſſe.*

41 *Aliud eſſe poſtulare caueri de fundo ſimpliciter non alienando aliud verò cautionem hanc exigere,* Fundum quum electus morietur, ſi non in familia relinqueretur, cum effectu reſtitui.

42 *Cur fideicommiſſo in extraneum collato fundus poſt electi mortem reſtituendus ſit?*

43 *Reprobatur Cuiacij interpretatio ad* d. §. ideo.

44 *Cur permittendum ſit ſecundo heredi quum dat electo fundum, vt ſtipuletur fundum quum morietur reſtitui, ſi non in familia cum effectu relinqueretur?*

45 *Cur fundi fideicommiſſo in extraneum collato, fundus ipſe, non eius aſtimatio reſtitui debeat.*

46 *Heredem heredis duplici fideicommiſſo onerari non poſſe.*

47 *Effectus cautionis quam haredis hares ab electo exegit.*

CONueniens † eſt ſuperioribus vt coniecturam no- 1
ſtram ſubiiciamus de ſententia & emendatione §.
ſed et ſi fundum l. vnum ex familia. 67. eodem tit. De leg. 2.
quia & de interponendis cautionibus tractat, & perobſcuram
habet interpretationem. Tota ferè ea lege de
illo agitur, qui fundum in familia relinquere, & vnum
ex familia eligere iuſſus erat, variaſque ſpecies Papinianus
proſequitur, vt ſciamus quibus demum caſibus videatur
ille feciſſe ex voluntate, aut contra voluntatem.
† Inter cæteras verò hanc præcipuam *in dict. §. ſed etſi* 2
fundum, ſi fundum hæres vni ex familia reliquerit, eiúſque
fideicommiſerit vt extero illum reſtituat. Quærit
autem, an huiuſmodi fideicommiſſum extraneus ille petere
poſſit, Ac primùm reſpondet poſſe ſi præterea
tantumdem electo relictum ſit quod fundi precium efficiat.
† Quod ita accipiendum Caſtrenſis credidit, ſi 3
electus pretij legatum agnouerit, Quaſi in eius poteſtate
ſit vt fundi electionem agnoſcat, pretij verò legatum
repudiet, quo tamen agnito fideicommiſſum fundi
extero præſtare teneatur ſibi imputaturus cur non
repudiauerit. Ego verò nec repudiare poſſe arbitror ſi
electionem accipiat. † Quamuis enim poſt factam 4
perfectámque electionem videatur electus fundum habere
non ex teſtamento eligentis, ſed ex iudicio prioris
teſtatoris *d. l. vnum in princip. &* §. 1. niſi facta ſit electio
per inſtitutionem vniuerſalem, quo caſu tranſit in ius
hæreditarium vt & Caſtrenſis fatetur *ex §. ſi duos eiuſd.
legit in illis verbis, quas iure hereditario retinent.* Negari
tamen non poteſt quin habeat etiam aliquo modo ex
voluntate eligentis, in cuius ſcilicet poteſtate fuit vt
alium eligeret ſiue proximiorem, ſiue remotiorem de
familia: *l. vtrum. 8. §. cum quidam de reb. dub. adeóque indignum,
l. cùm quidam. 14. de legat. 2.* † Ac proinde ſi roge- 5
tur eum fundum alteri reſtituere, nec quicquam ipſi
præterea legatum ſit, admittimus quidem fideicommiſſum
non valere ex regula legis *ab eo. 9. C. de fideicom.*
quemadmodum nec valeret legatum ſi idem teſtator
ei quem elegiſſet fundum ipſum legaſſet, *d. §. 1.* Sed
ſi præter fundum tantùm ipſi legatum ſit quod fundi
pretium efficiat, æquum ſanè eſt valere omnimodo fideicommiſſum,
quaſi fundum quoque ipſum effectu retinere
videatur is, qui fundi pretium iuſtum habeat:
*l. quia qui pretio. 39. l. ſi vſu-fructus. 35. in princip. ff. de vſufruct.
& l. ſi rem. 2. in fin. ff. de petit. hared. l. ſed ſi quis ſeruum.
33. cùm ſeq. ff. de pecul.* † Nec ſi fundum habere ma- 6
lit quàm pretium, ideóque pretij legatum repudiet, id
ipſi indulgendum eſt, quia non patitur iuris ratio, vt legatario
liceat inducere diuiſionem voluntatis: *l. eum qui.
18. §. vlt. ff. de his qua vt indign.* præſertim ad repudiandam
eam voluntatis partem, quæ onus habeat. *l. ſed duobus.
5. de leg. 2. l. ſi legatario. 22. l. Lucius. 40. ff. de fideic. libert.
l. 6. l. 13. C. eo.* Sicut nec ei concedendum eſt, vt pre-

cij legatum conſequatur, & fundum nihilominus reti-
7 neat.† Sanè ſi minùs ei legatum eſſet quàm quanti fun-
dus eſſet his etiam verbis adiectis *pro precio fundi* quamuis
dici poſſet videri electum tanti fundum æſtimaſſe *leg.
ſed ſi non ſeruus.36.ad leg. Falcid.* crederem tamen fidei-
commiſſum non valere, quoniam alioqui facilè fraus
fieret voluntati teſtatoris nec fundus in familia cum
8 effectu relictus videretur. † An igitur permittendum
erit electo vt legatum petat nec tamen fundum extra-
neo reſtituat? Minimè. Quin repellendus erit exce-
ptione doli ſi vtrumque vellet conſequi. Eſſet enim id
contra voluntatem teſtatoris, qui non niſi ea mente
legauit precium vt fundus extero reſtitueretur. *arg. leg.
generaliter. 24.§ ſi quis alienum & ſeqq. D.l. fideic. libert.*
Atque hæc quidem indiſtinctè vera eſſent ſi de electi
duntaxat iure quæreretur. † Sed quoniam fieri poteſt
9 vt aliorum quoque interſit, ſubtiliter animaduertit Pa-
pinianus diſtinguendum eſſe quibus verbis primus te-
ſtator fundum in familia relinqui iuſſerit. Multùm enim
refert an ita ſcriptum ſit, *Rogo fundum cui voles aut qui-
bus voles ex familia relinquas* an ſic potiùs *Peto ne fun-*
10 *dus de familia exeat.* † Priore caſu ait Papinianus rem in
expedito eſſe, hoc eſt, vt Accurſ. rectè interpretatur, id i-
pſum ſine dubio obtinere, quod iam dixerat, eſſe fidei-
commiſſum fundi, ſi modò tantundem præterea electo
relictum ſit, quantum poſſit fundi precium efficere. Non
enim ſimile eſt quod in contrarium paulo antè idem
Papinianus ſcribit *in d. 6 ſed ſi vno*, Si vno ex familia
hæred. inſtituto fundus ille extraneo relictus ſit, perin-
de ex priore teſtamento fideicommiſſum peti poſſe, acſi
11 nemo de familia hæredis hæres extitiſſet. † Nam qui
hæredem inſtituit vnum ex familia, & fundum nihilo-
minus legat extraneo, non ſatisfacit voluntati, cùm ita
faciat vt nullo tempore videatur fundus in familia reli-
ctus. Quod ſecus eſt cùm alicui ex familia legatur,
quamuis adiecto onere fideicommiſſi. Tunc enim ta-
metſi purum ſit fideicommiſſum, videtur tamen ſatiſfa-
ctum imperio teſtatoris, cùm ex legato fundus ille ad
vnum ex familia rectè pertineat, nec niſi per eius ma-
nus ad fideicommiſſarium peruenire poſſit. Porro ſuf-
ficit vt fundus in familia relictus ſit, quamuis in familia
non remaneat ſi modò electus precium retineat, vt in
effectu fundum ipſum retinere videatur. Illis ſiquidem
verbis *rogo cui ex familia voles reſtituas* vnum duntaxat
fideicommiſſum eſt, non habens tractum temporis, vt
loquuntur, ſucceſſiui, ideóque electo vno ex familia
protinus fideicommiſſum extinguitur *dict. l. vnum. §. pri-*
12 *mo. in fin.* † Quòd ſi is qui eligere debuerat inſtituerit
vnum ex familia eiúſque fideicommiſerit vt fundum il-
lum extraneo reſtituat, æquè admittam cum Accurſio &
Cuiacio *lib. 15. obſer. cap. 1.* fideicommiſſum hoc non va-
lere. An ratione illa qua mouetur Accurſius, quòd per
omnia iam olim exæquata fuerint legata fideicommiſſis?
l. 1. de leg. 1. Neqoaquam. Habet enim illa lex longè aliã
ſtrictiorémque ſententiam quam nos docuimus *l.b.6.*
13 *cap. 3.* † nec dubitandum eſt Pandectarum iure perpe-
tuam illam fuiſſe inter legata & fideicommiſſa differen-
tiam, quòd quamuis omnium dies ab ipſo die mortis
aut conditionis cederet, adeò vt etiam ab ignorantibus
legatariis & fideicommiſſariis petitio in hæredes tranſ-
mitteretur, quæ eo nomine competebat in perſonam
actio *l. vltim. Cod. quand. dies leg. vel fidei com. cedit. l. ſi à
furioſo. 24. de oblig. & action.* legatorum tamen domi-
nium recta via tranſibat à teſtatore in legatarium, ve-
lut nunquam factum hæredis, Non ſic fideicommiſſum
in fideicommiſſarium niſi facta reſtitutione. *l. ſi partem.
19. §. 1. Digeſt ſi ſeruit. vendic. l. Titio. 24. & ſeq. ad legem
Aquiliam. l. ſi ſeruus legatus. 40 de noxal. act. l. proinde. 8. ff.
ſi certum petatur. l. ſed ſi damnum. 9. §. ſed & creditor. de pe-
cul. l. cùm ſeruus. 39. alias. l. apud Iulianũ 6. fructus de legat. 1.
l. cùm pater. 77. § ſurdo l. legatum. 80. de legat. 2. l. quadam.
15. de rebus dub. l. 1. § vtrum. D. ſi quid in fraud. patron. leg.
magis puto. 6. §. fundum autem de rebus eorum qui ſub tuto. l.
ſi dominiũ. 47. l. a Titio 64. D. de furt. inuſt. l. facta. 63. D. ad
S. C. Trebell. §. reſtituta. Inſtit. de fideicom. hæred.* Vnde illud
etiam fit vt nullo Digeſtorum loco reperias dari vindi-
cationem fideicommiſſario pro fideicommiſſo nondum
reſtituto, quæ paſſim datur legatario pro legato † Sicut 14
nec vllam fideicommiſſarij mentionem Prætor fecit in
interdicto quod legatorum, nempe quia ſi fideicommiſ-
ſarius authoritate propria fideicommiſſum cepiſſet, po-
tuiſſet hæres tanquam dominus ab eo rem vindicare,
non etiam à legatario, quippe qui factus fuiſſet ipſo iure
dominus, vt proinde neceſſarium eſſet hæredi auxilium
interdicti ad auocandam poſſeſſionem *l. 1. D. quod legat.*
Quid ergo eſt quod me mouet, vt cum Accurſio ſen- 15
tiam? Id vnum, quod à Iuſtiniano conſtitutum video
in l. 1. D. commun. de legat. & fideicom. vt legatorum &
fideicommiſſorum vſque adeò vna eadémque hodie ſit
natura, vt quicquid legatum eſt cenſeatur fideicom-
miſſum, & contrà. Proinde tranſfuſum ſit in fidei-
commiſſa, quicquid erat olim plenius in legatis, &
viciſſim in legata quicquid erat plenius in fideicom-
miſſis. Itaque ſi hodie is, qui vnum ex familia eligere iuſ-
ſus eſt, vnum ex familia hæredem ſcripſerit eiúſque fidei
commiſerit vt eum fundum extraneo reſtituat, non mi-
nùs oſtendit voluntatem, quàm ſi eum fundum legaret
extraneo, quia æquè facit ne fundus ille vnquam in fa-
milia relictus dici poſſit. Et perinde igitur dicendum eſt
fideicommiſſum non valere ſicut nec legatum, Tametſi
longè aliter ni fallor Papinianus reſpondiſſet, nec adhi-
bita ea diſtinctione, An ex hæreditate tãtundem electus
ipſe conſequeretur quantum ad fundi precium ſatis eſ-
ſet. Conſtat enim hæreditatẽ quantumuis damnoſa ſit,
videri tamen ſoluendo eſſe quæ hæredem habeat, vide-
rique hæredem ſecum compenſaſſe quod ſibi debeba-
tur *l. quæ dotis. 33. D. ſoluto matrimonio l. 3. D. ad legem Fal-
cidiam. l. libertus. 36. de bon. libert.* † Cæterùm, non que- 16
madmodum facit contra voluntatem is qui vnum ex fa-
milia eligere iuſſus inſtituit vnum ex familia & ab eo
legatum vel fideicommiſſum relinquit extraneo, ita &
ille qui fundum vni ex familia reliquit, eiúſque fidei-
committit vt extraneo reſtituat. Media namque legata-
rij, aut fideicommiſſarij perſona impedit, ne poſſit fidei-
cõmiſſum tranſire recta via in ſecundũ fideicõmiſſariũ,
aut legatarium. Addo *legatarium*, quoniã etſi iure vete-
re ita obtinebat, vt à legatario legari non poſſet, ſed
fideicommitti tantùm § 1. *Inſt. de ſing. reb. per fideic. relict.
Caius lib. 2. Inſt. tit. 7. §. 4. Vlp. Tit. 14. qui eſt de legat.* § à le-
gatario, hoc tamen hodie immutatum eſt *d. l. x. in fin. C.
commun. de legat.* † Ergo quod ad primum diſtinctionis 17
Papinianeæ caput pertinet, ſi prior teſtator ita ſimpli-
citer ſcripſerat, *Rogo cui voles ex familia fundum reſtituas*,
res vt diximus eſt in expedito. Fundum enim vni ex fa-
milia relictum ſecundus hæres præſtabat electo, ac præ-
tereà fundi pretium, vt valeat fideicõmiſſum quod ab
electo primus hæres dedit extraneo. Electus verò fundũ
extraneo reſtituet, Extraneus porrò acceptum retinebit,
atque ita cedent omnia cõmodiſſimè. † Sed finge prio- 18
rem teſtatorem ita ſcripſiſſe, quæ ſecunda diſtinctionis
pars eſt, *Peto ne fundus de familia exeat.* Res non adeò
erit expedita quid enim ſi alij ſuperſint ex familia, qui
fundũ iſtum ab extraneo euicturi ſint ſaltẽ poſt obitum
electi? Nam vtique poterunt illi euincere, & ex priore
teſtamento fideicõmiſſum petere, quotieſcunque contra
prioris teſtatoris voluntatem fundum extra familiã alie-
natum inuenient, cùm habeant illi ius antiquius, quod
nec primi nec ſecundi hæredis nec alterius illius facto
imminui, aut tolli potuit *d. §. fratre & §. prædium eiuſd.
leg. peto.* † An igitur valebit fideicommiſſum relictum 19
extraneo? Valebit ſanè quemadmodum & ſuperiore ca-
ſu. Idque apertè Papinianus docet, cùm ait, Cæteros

deinceps ex familia non rectè fideicommiſſum petitu-
ros ex priore teſtamento niſi poſt mortem electi, vt in-
telligamus viuo electo relinquendum eſſe fundum penes
extraneum, Nec alio ſanè id iure quam fideicommiſſi.
20 † At dubitatio illa manet, an electo mortuo, ac cæteris
deinceps ex familia fundum euincentibus, aliqua eo no-
mine actio, & aduerſus quem extraneo competat. Nam
aduerſus eos qui cùm ſint ex familia fundum petunt ex
priore teſtamento competere nulla poteſt, quando euin-
cunt eum proprio iure, Aduerſus electum verò multo
minùs. Quanquã enim ita comparatũ eſt, vt cùm aliena
res per fideicommiſſum ſcienter relinquitur, neceſſe ſit
ei qui rogatus fuit vt vel rẽ ipſã redimat & tractet, vel
præſtet eius æſtimationem, *§. cùm autem Inſtitut. de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relict. l. cùm alienam. 10. C. de legat.* In
propoſito tamen electus hic quem extraneo fundum
reſtituere teſtator voluit, cogi non poteſt vt pretium
quod ſuo iure ab hærede habet, extraneo quoque reſti-
tuat. Non enim pretij ſed fundi fideicommiſſum ab eo
relictũ eſt, & ſicuti non potuiſſet primus hæres grauare
illum in fundo, ſi nihil præterea ipſi reliquiſſet, ita nec
eum onerare potuit in pretij legato, ſine quo futurum
erat inutile fideicommiſſum fundi, vſque adò vt nec
æſtimationem petere extraneus potuiſſet. Perpetuum
namque illud eſt vt ex inutili legato vel fideicommiſſo
ne quidem æſtimatio debeatur. *l. quod in verum 24. §. 1. l. cùm ſeruus. 36. § vltim. de legat. 1. §. non ſolum Inſtit. eodem.*
Non eſt igitur permittendum extraneo, vt ex fidei-
commiſſi causâ pretium fundi ab electo exigat, cùm ſi
pretium electus non haberet, fideicommiſſum omne ab
eo datum hoc ipſo intercideret, ſicque incideret quæ-
ſtio in eam difficultatẽ, & implicationem de qua tractat
Africanus *in l. qui quadringenta. 88. Digeſt. ad legem Falcidiam.*
21 † Reſtat ergo vt euicti fundi æſtimationem ab
hæredis hærede extraneus conſequatur. Atque ita vno
ore noſtri omnes ſentiunt poſt Acurſium, Quaſi ſcien-
ter relicto fideicommiſſo rei alienæ, *ex dict. l. cum alienã.*
Idque eſſe quod Papinianus ait *hæredis hæredem propter ſequens fideicõmiſſum quod in externum collatum eſt, oneratũ intelligi.* Mihi tamen ſubtiliùs intuenti opinio hæc &
interpretatio probari nullo modo poteſt. Primùm quia
nullo iuris loco ſcriptum reperio, alienæ rei quæ per le-
gatum aut fideicommiſſum relicta ſit, æſtimationem de-
beri, niſi ab eo ipſo à quo relicta fuerit *dict. §. cùm autem de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relict. dict. leg. cùm alienam. l ſi domus. 71. §. qui confitetur de legat. 1. l. non dubium*
22 *14. de legat. 3.* † In ea verò ſpecie quam tractamus,
non hæres hæredis oneratus eſt vt fundum extraneo re-
ſtitueret, ſed electus, cui ob eam cauſã fundi quoque pre-
cium legatum fuit, vt fideicommiſſa grauari poſſet. Igi-
tur abſurdum eſt dicere, cogendum hæredem hæredis vt
fundi qui non à ſe ſed ab alio relictus ſit, extraneo in-
ferat æſtimationem Deinde iniquiſſima mihi videtur, &
prorſus improbabilis ea voluntatis coniectura quæ hunc
hæredis hæredem duplici præſtatione precij eiuſdem
fundi oneret *argumen. l. Titia. 34. §. qui inuita de legat. 2. l. vxorem. 41. §. 1. de lega. 3.* Ponimus enim iam ab eo ſolu-
tum electo precium fundi per fideicommiſſum relicti
extraneo. Ponimus præſtitiſſe præterea fundum, atque
ita ſatisfeciſſe in omnibus iudicio ſui teſtatoris. Cur er-
go iterum obligari eum volumus vt eiuſdem fundi aliud
precium præſtet extraneo, cui nihil ipſe dare rogatus
23 ſit? † Poſtremò me illud maximè mouet, quod apud
omnes in confeſſo eſt, Teſtatorem qui alicuam rem le-
gat aut per fideicommiſſum relinquit, in qua tamen ius
aliquod habeat, id ſolum legare, aut fideicommittere
videri quod habeat, non quod ſit alterius, quamuis ius
illud morte legatoris vel fideicommittentis extinctum
iri certum ſit, potiúſque ea ſumitur interpretatio quæ
legatum aut fideicommiſſum inutile faciat, quàm
quæ honoret hæredem *dict. leg. quod in verum. 24. §. 1. de legat. 1. leg. Sticho. 36. de vſufru. legat.* Tractant noſtri *ad l. vxor patru 20* licet longè diuerſa eius loci ſententia ſit
C. de leg. † Quòd ſi teſtatoris ius in re legata aut per 24
fideicommiſſum relicta tale ſit, vt ipſius morte non ex-
tinguatur, Nemo dubitat quin præter ius illud nihil de-
beatur *dict. l. ſi domus §. vltim. de legat. 1.* Adeo vt hoc caſu
nullus ſit diſtinctioni locus, An ſciuerit teſtator ius il-
lud tantùm ſibi competere, an ignorauerit, ſi Caſtrenſi
credimus *in dict. §. ſed etſi fundum,* ratione illa quod ne-
que neceſſaria diſtinctio ſit, cùm vtroque caſu relictum
valeat. Et generaliter verum eſt quoties alicui certa res
relinquitur, talem ab hærede dari eam debere qualis eſt,
l. ſi à ſubſtituto. 45. §. vltim. l. ſi legat. 56. l ſi ſeruus. 70. l. legatum. 116. § vltim. de legat. 1. Atqui in propoſito ſecun-
dus teſtator idémque primus hæres prioris teſtatoris, ius
habuit rogandi electum, cui fundum ſuódque precium
legauerat, vt eum fundum reſtitueret extraneo tandiu
retenturo, quandiu electus viueret. † Non igitur cen- 25
ſendus eſt voluiſſe vt mortuo quoque electo cæteris de
familia fundum iſtum euincentibus præſtaret hæres
ſuus æſtimationem extraneo. Cui certè ſatis eſſe debet
quod viuo electo fundum habuerit ex vtili fideicom-
miſſo *argum. leg. ſi mulier. 3. §. penultim. de legat. 3.* quòd-
que accidere potuerit [in quo alia etiam huius fidei-
commiſſi vtilitas eſt] vt nunquam fundus hic ab eo
auferretur, nempe ſi viuo electo cæteri omnes de fami-
lia deceſſiſſent *dict. l. cùm quidam. 34. d. l. vnum. 67. §. rogo. d. l. cùm pater. §. hæreditatem. 1. de legat. 2.* aut ſi viuo electo
fundum ille vni ex familia vendidiſſet. Tanti ſanè mo-
menti hæc obiectio eſt, vt Caſtrenſis ipſe communem
errorem ſecutus, fateatur ingenuè ad *d. l. l. vxor patrui. in fine.* non habere ſe quid reſpondeat. Quam ob cauſam,
& à Baldo, qui nihil ignoraſſe dicitur, & ab aliis minùs
candide agentibus conſultò prætermiſſam eam credibile
eſt. † Nec ad rem pertinet, quòd alienæ rei fideicom- 26
miſſum à ſciente teſtatore relictum valeat *d. l. cùm alienam* Neque enim ex eo rectè inferre poſſis, obligatum
eſſe hæredis hæredem, vt extraneo fideicõmiſſario præ-
ſtet æſtimationem fundi, quem prior teſtator in familia
relinqui voluit, non ſolùm quòd non ab iſto hærede re-
lictus ſit fundus extraneo, ſed ab electo, alius autem rei
alienæ æſtimationem debere non poſſit, quam à quo
res ipſa relicta eſt, vt diximus, verum etiam, quia quod
placuit vt alienæ rei per legatum aut fideicommiſſum
ſcienter relictæ æſtimatio debeatur, eo demum caſu
admiſſum eſt, quo rem ipſam alienam præſtando hæres
liberaretur *d. l. ſi domus. §. qui confitetur de leg. 1. d. l. non dubium. 14. de legat. 3.* Hæredis enim eo caſu electio eſſe
debet, vtrum relictam rem præſtare velit, an æſtimatio-
nem *l. non ampliùs. 26. §. cùm bonorum de legat. 1. l. generali. 32. §. vltim. de vſufruct. lega. leg. Titia. 35. in princip. de auro & argent. legat.* neque in culpa videri hæres poteſt, ſi
rem ipſam præſtare & poſſit, & velit, *argumen. l. 2. D. depoſit.* Imò abſurdum eſſet, ac iniquum cogi illum eo caſu
præſtare æſtimationem quo rem ipſam præſtare vellet
l. fideicommiſſa. 11. §. ſi ſeruo de legat. 3. † Neque id Accur- 27
ſius ipſe negat qui in propoſito hæredis hæredẽ ad hoc
tantùm obligatum eſſe ait, vt fundum redimat ab illis,
qui ſunt ex familia. Sic enim & Caſtrenſis interpreta-
tur. Atqui etiã ſi fundum illum hæres redimeret ab om-
nibus de familia, & præſtaret extraneo, non ideo tamen
liberatus cenſeretur, quoniam ſi alios poſteà in familia
naſci contingeret, poſſent proculdubio fideicommiſſum
petere, nec ipſis conſenſus aliorũ noceret *d. §. fratre.* Pe-
rinde igitur admittendum eſſet petentibus illis fidei-
commiſſum ex primo teſtamento, hæredem hæredis
denuò obligari ad eiuſdem fundi redemptionem, at-
que admittunt noſtri obligari eum vt electo mortuo fũ-
dum ipſum iam electo datũ & ab eo velut redemptum
rurſus redimat in fideicommiſſarij extranei vtilitatem,
vnde fieret vt quemadmodũ fundi in familia relinquẽ-
di fideicommiſſum eſſet perpetuum, ita naſcentibus
quandocũque nouis fideicommiſſariis perpetuo eius
redimendi

redimendi onere hic hæredis hæres illiúſque ſucceſſo-
res tenerentur, quod tamen fuerit prorſus improbabile
d.l.fideicom.§.ſi quis decem.18.de leg.3.l.1.§.ſi cui ita.11.vt
28 *legat.nomin. caueat.* † Neque eſt quod quis reſpondeat,
poſſe huic incommodo remedium illud afferri vt poſt
electi mortem præſtetur extraneo fideicommiſſario non
fundus ipſe,ſed fundi æſtimatio quæ ſcilicet penes eum
ſit perpetuò remanſura. Generaliter enim verum eſt,
quod Marcellus ſcribit *in leg. ſi mulier.59.§. ex aſſe. D.
de iur.dotium.* Ita æquum eſſe obligari quem ad præſtan-
dam æſtimationem rei debitæ ſi idipſum quod debetur
accipere creditor poſſit. Vt intelligamus, quoties
id quod debetur tale eſt, vt quamuis idipſum ſoluere-
tur,non poſſet tamen liberatio contingere, multò mi-
nùs cogendum debitorem,vt præſtet æſtimationem Cui
conſequens eſt,vt quemadmodum in ſpecie *d.§. ſed et ſi
fundum*, noluit primus hæres obligatum eſſe ſuum hæ-
redem, vt poſt mortem electi fundum redimeret à cæ-
teris de familia, ne alioqui perpetuum redimendi onus
inflixiſſe videretur, ita nec voluerit obligari eum ad
præſtandam extraneo æſtimationem:ne alia fundi ipſius,
alia æſtimationis ratio cõſtituatur, cùm non æſtimatio
per fideicõmiſſum relicta ſit,vt iam dictum eſt,ſed fun-
29 dus † Quid ergo illud eſt,quod Papinianus ait, *hæredis
hæredem propter ſequens fideicõmiſſum quod in exterum col-
latum eſt,oneratum intelligi.* Hunc,ni fallor,ſenſũ habet,
vt poſt mortem electi, ſi qui ſuperſint ex familia, non
poſſint illi petere fideicommiſſum ab hæredibus electi,
quaſi electus ipſe alienauerit, qui fideicõmiſſum extra-
neo præſtitit, ſed ab hærede hæredis,quia quod electus
alienauit accidit facto primi hæredis qui fideicõmiſſum
huius fundi perpetuo in familia relinquendi contulit in
extraneum. itaque contra hæredem hæredis agendũ eſt
ex fideicommiſſo tanquam contra hæredem alienantis.
Quis enim alius obligari fideicommiſſo poſſit ex teſta-
toris voluntate,quàm qui facit contra voluntatem? Illa
ſiquidem verba, *Peto ne fundus de familia exeat*, non
ad hæredem ſolum, eiúſve ſucceſſores directa videri
30 poſſunt,ſed ad quemlibet fundi poſſeſſorem. † Tractat
igitur Papinianus non de fundi æſtimatione præſtanda
extraneo,vt vulgo creditum eſt,ſed de ipſo fundi fidei-
commiſſo,ad quod proculdubio admittuntur,qui ſuper-
ſunt ex familia,propter alienationem,quæ tum facta eſt,
cùm is fundus extraneo per fideicommiſſum relictus fuit,
31 & præſtitus. † Admittuntur autem *poſt mortem videlicet
eius qui primo electus eſt*, vt Papinianus ſubiicit. Nimi-
rum quia quandiu electus viuit quem ponimus fun-
di precium habuiſſe vt ſe fideicommiſſo onerari pate-
retur, dici poteſt videri eum habere fundum ipſum,
& conſequenter in familia fundum remanere. Qua
etiam ratione non malè quis cum interpretibus di-
xerit ſi electus hic qui fundi precium pro fundo ha-
buit alium ex familia hæredem reliquerit, non poſſe
cæteros de familia ex primo teſtamento fideicommiſſum
petere, quandiu hæres ille viuet, ſicut nec viuo electo
poterant: quaſi adhuc is fundus in familia remanere,&
retineri cenſeatur, cùm eadem electi eiúſque hæredis
32 ſit perſona.Sic enim Bartolus *ad dictum §.prædium in fin.
dict.leg.peto* & Caſtrẽſ. *ad.dict.§.ſed & ſi fundum.* † Cæ-
terùm euicto fundo per eos qui tùm erunt ex familia,
non idcirco ius vllum extraneo competet petendæ æſti-
mationis,& ridiculi ſunt noſtri, qui hìc diſputant, An
æſtimatio quæ in pœnam alienationis præſtatur,debea-
tur ab alienante an ab hærede. Nam in propoſito, iis
qui ſuperſunt ex familia non æſtimatio debetur in
pœnam alienationis, ſed fundus: extraneo verò cui
fundus per fideicommiſſum relictus fuerat, neque fun-
dus neque æſtimatio poſt euictionem, cùm ex ſuo
fideicommiſſo fundum ipſum habuerit, & tamdiu
retinuerit, quandiu paſſa eſt voluntas primi teſtatoris
33 vt poſſet ille retinere. † *Et ideò*, inquit Papinianus *ſi
electo vno fideicommiſſum in exterum conferatur, non aliàs
ei qui electus eſt fideicommiſſum præſtandum erit, quàm in-
terpoſitis cautionibus Fundum cùm morietur ſi non in familia
ſuum effectus relinqueretur reſtitui.* Sic enim Papinianum
legendum arbitror ſublata negatione quæ in prioribus
illis verbis eſt, *ſi electo vno fideicommiſſum in exterum non
conferatur.* Nam cùm illatio ea ſit ex præcedentibus, fa-
tendum eſt eam ipſam quæſtionem cõcludi quæ priùs
fuerat inſtituta de eo qui vnum ex familia elegerat, ei-
que fundũ reliquerat cum eius fideicõmiſerat vt eundẽ
fundum extraneo reſtitueret. † Illatio autem rectiſſima 34
eſt de cautionibus interponendis cùm enim iis verbis
peto ne fundus de familia exeat obſtrictus ſit fideicom-
miſſo, quiſquis ex familia fundum illum à ſe poſſeſſum
extra familiam alienauerit,vt diximus, apparet hæredẽ
eius qui fideicommiſſo in exterum collato eum fundum
alienauit, tanquam hæredem alienatoris ex priore illo
fideicommiſſo conueniri & vrgeri poſſe ab aliis qui
ſuperſunt ex familia,vt eum fundum præſtet, quem
iam ſemel electo præſtitit Ita fit vt oneretur,& magno
incommodo afficiatur, ni ſibi diligenter proſpexerit,
cum electo fundũ dedit,interpoſitis videlicet cautioni-
bus de eo fundo ſibi reſtituendo ab electi hæredibus ſi
non in familia cum effectu is fundus relictus erit, cùm
electus morietur. Alioqui nulla cautione interpoſita non
poterit actionem vllam habere,aut contra electi hære-
dem,aut contra fideicommiſſarium exterum,neque ta-
men eo minùs cæteris,qui ex familia ſuperſunt fundum
petentibus tenebitur. Tam enim qui ex electione,quàm
qui ex fideicommiſſo ſecundo fundum habuit iure ſuo
habuerunt. † Quòd ſi poneres vno ex familia electo 35
non fuiſſe collatum fundi fideicommiſſum in extraneũ,
quæ vulgaris lectio eſt, dicerem ſanè nullas interponi
debere cautiones. Si enim electus alienauerit inter vi-
uos ille ipſe fideicommiſſo tenebitur,ſi in vltima volun-
tate, ab eius hærede fideicommiſſum præſtandum erit.
Ab hærede verò hæredis nullo modo, quia nec ipſe
alienauit,nec eius autor. Proinde cùm neutro caſu hæ-
redis hæres oneratus intelligitur, nihil cauſæ eſt cur ei
caueri oporteat ceſſante nimirum ratione, quæ ſola in-
ducere poſſet pręſtandæ cautionis æquitatem,& neceſſi-
tatem. † Nec ſimilis ſpecies illa eſt quam Vlpianus 36
tractat *in lege tertia.§. ſi quis ita. de adimen. legat.* vbi
ait, Si quis ita ſcripſerit *Hæres meus vni ex familia fun-
dum dato,& ſi ille eum fundum alienauerit eundem in aliis
de familia dato*, oneratum eſſe hæredem nec videri ſe-
cundum fideicommiſſum à priore fideicommiſſario reli-
ctum,ſi is fundum alienaſſet,ſed ab hærede, vtrumque,
videlicet primum purè, alterum verò ſub conditione:
ideóque doli exceptione oppoſita cùm ab eo primum
fideicommiſſum petetur proſpicere ſibi illum debere
cautione à fideicommiſſariis prioribus exacta de fundo
non alienando. Nempe quia ipſius intereſt non alienari,
ne eo quandocunque alienato futurum ſit vt fideicom-
miſſariis ſecundis ex eodem teſtamento teneatur. At in
ea ſpecie quam Papinianus proponit cùm teſtator ita
ſcripſit. *Peto ne fundus de familia exeat* ſi hæres primus
vnum ex familia elegerit,nec vllum extero fideicom-
miſſum reliquerit,nihil omnino intereſt ſecundi hære-
dis an electus fundum illum alienet extra familiam,nec-
ne, quoniam ſupradictis verbis non alius fideicom-
miſſo obſtrictus videri poteſt ex cauſa ſecutæ aliena-
tionis,quàm is ipſe qui alienauit,eiúſve hæres, vt iam
diximus. Nec dubius ille caſus eſt vt putat Bartolus,
ſed apertiſſimus, verbis teſtamenti ſimpliciter, & in
rem ipſam, non in hæredis aut alterius vllius perſo-
nam conceptis. † Neque rurſus ſimile eſt quod *in* 37
dict.§.fratre.leg. peto 69.de legatis 2. ſcriptum eſt ita ad-
mittendum eſſe proximum ſi paratus ſit cauere ſe fami-
liæ reſtiturum. illa enim cautio deſideratur vt lex ait,
ratione doli exceptionis ab eo qui non aliam ob cauſã
admittitur, quàm quod iam factum ſit contra voluntatẽ.
Qui proinde recuſare non poteſt quominùs caueat

ſe ſatisfacturum voluntati, vt culpa careat, qui in alium
dicere paratus eſt. At apud Papinianum nulla ratio eſt,
vt electus caueat ſe fundum familiæ reſtituturum, quem
ille ex mero legato habeat non in pœnam aliquam
38 præcedentis alienationis. † Et ſanè abundare negatio-
nem quam tollimus, vel ex eo maximè apparet, quod
ſi eo quoque caſu, quo fideicommiſſum in exterum
non conferatur, interponendis tamen cautionibus lo-
cum eſſe Papinianus credidit, quanto magis exprimere
debuit iiſdem locum eſſe cautionibus collato in exte-
39 rum fideicommiſſo; † Idque iam olim animaduertit
Rogerius quem Accurſius refert, qui Papinianum ſic
intelligebat, ac ſi ſcriptum eſſet, interponendam hu-
iuſmodi cautionem etiamſi electo vno fideicommiſſum
in exterum non conferatur. Quaſi Papinianus ſenſe-
rit, multo igitur magis interponendam, ſi fideicommiſ-
ſum in exterum conferatur. Quam interpretationem
40 Caſtrenſis quoque ſequutus videtur. † Sanè longè
meliùs quàm Azo fecerit, qui verſiculum hunc ſic in-
tellexit, vt eo tantùm caſu interponendæ cautioni lo-
cus ſit, quo fideicommiſſum in exterum non confera-
tur. Sed omnes malè in eo quod putant, cùm in exte-
rum non eſt collatum fideicommiſſum æquè præſtan-
dam eſſe cautionem, quam non probauimus præſtari
nullam debere. Ratio autem qua mouebatur Azo pro-
babilis videri non poteſt. Etenim putabat ille, eo caſu,
quo fideicommiſſum in exterum collatum ſit, non li-
cere hæredi petere cautionem de fundo non alienan-
do, quoniam ita faceret contra voluntatem ſui teſta-
toris, qui electo præceperit vt fundum illum extraneo
41 reſtitueret. † Obſeruare namque debuerat, longè aliud
eſſe, poſtulare caueri de fundo ſimpliciter non alie-
nando, vt *in dict. §. ſi quis ita leg. 3. de adimen. legat.* quod
ſanè facere hic hæres non poſſet ſalua defuncti volun-
tate, cùm viuo electo nihil poſſint cæteri de familia pe-
tere. Aliud verò cautionem hanc exigere, *Fundum cùm
electus morietur ſi non in familia cum effectu relinqueretur
reſtitui.* Hac enim cautione interpoſita ſatisfit volun-
luntati ſecundi teſtatoris, ſaltem quantum fieri poteſt.
In eo nimirum, quod viuo electo fundus peruenit ad
extraneum, & penes eum remanet quandiu electus vi-
uit, perpetuò manſurus ſi viuo electo cæteros omnes
42 de familia præmori contingeret. † Nec ad rem facit
quod poſt mortem electi reſtituendus ſit. Id enim acci-
dit propter graduale illud, & perpetuum fideicommiſ-
ſum relictum à primo teſtatore qui petierat ne fundus
de familia exiret. Atqui prioris teſtatoris voluntatem
ab hæredis hærede ſeruari non minùs æquum eſt, quàm
poſterioris, cùm ſit veriſſimum quod iactari ſolet hære-
dem hæredis hæredẽ eſſe primi teſtatoris. *l. paterfam. 46.
in fin. de vulgar. & pupil. ſubſtit. l. vlt. Cod. de hæred. inſtit.*
Imò prioris teſtatoris voluntas eo fauorabilior eſt, quo
antiquior nec valere debet, quod à primo hærede con-
tra primi teſtatoris iuſſum, aut prohibitionem factum
eſt, ſed eatenus dumtaxat quatenus prioris teſtamenti
ratio patitur: credendúſque eſt primus hæres, qui electũ
rogauit, vt extero fundum reſtitueret voluiſſe non diu-
tiùs penes extraneum remanere fundum, quàm quanto
tempore ex teſtatoris ſui iudicio manere poſſet, non
autem id animo agitaſſe, vt cæterorum ex familia iam
primo teſtamento vocatorum ius læderet, quod nec ſi
voluiſſet lædere potuiſſet, *arg. l. Cerdonem. 42. de oper. li-
43 bert.* † Omnium verò peſſimè Iacobus Cuiacius Papi-
nianum interpretatus mihi videtur: Scribit enim ille li-
bro decimoquinto capite ſecundo, hæredem hæredis
oneratum intelligi quòd non ſolùm teneatur præſtare
fundum electo nulla interpoſita cautione de fundo re-
ſtituendo familiæ, ita vt poſſit electus impunè fundum
hunc fideicommiſſario extraneo reddere, ſed etiam cæ-
teris ex familia eundem fundum dare ex cauſa fideicom-
miſſi priore teſtamento relicti. Nam ſi ita eſt, vt ille pu-
tat. Quæro, Poſteaquàm fundus hic ad electum per ma-
nus ſecundi hæredis peruenerit, deinde ab electo ad ex-
traneum, quid tandem poſt electi mortem ſecundus hæ-
res præſtare debeat aliis de familia fideicommiſſum ex
primo teſtamento petentibus? An fundi æſtimationem
dumtaxat? Sic ſanè ſentire Cuiacium dixeris. † Etenim 44
ſi negat ille permittendum ſecundo hæredi cùm dat ele-
cto fundum, vt ſtipuletur, *fundum cùm morietur, ſi non in
familia cum effectu relinqueretur, reſtitui.* proptereà quòd
vt ipſe quidem exiſtimat, id fieret contra voluntatem
primi hæredis eiuſdémque ſecundi teſtatoris, An non
multo magis negare poſſit auferendũ ab extraneo fun-
dum quem ille ab electo habuerit, nulla reſtituendi ne-
ceſſitate obligato? Cur enim repetitionem citra ſtipula-
tionem daret ei, quem neget ſtipulari poſſe, *fundum re-
ſtitui*? Atqui iam probauimus, Poſſe cæteros ex familia
poſt electi mortem ex primo teſtamento agere, vt con-
ſequantur non æſtimationem fundi, ſed fundum. Nam &
idem contingeret, etiamſi neceſſaria facta eſſet aliena-
tio dummodo ſi propter æs alienum hæredis non primi
teſtatoris, *d. §. prælium. l. peto. iunct. §. Diui. l. filiusfamilias.
114. de leg. 1.* Siquidem ponimus petiiſſe teſtatorem ne
de familia exiret fundus, non autem fundi æſti-
matio.

†Cúmque propter prohibitã alienationem impedita ſit 45
tranſlatio dominij, tametſi viuo electo, qui pretium pro
re habet nulla dum fideicommiſſi petitio competat, con-
ſequens eſt poſt electi mortem debere fundum ipſum
non eius æſtimationem aliis de familia reſtitui. Alioqui
exiſſe dicere fundum de familia contra voluntatem te-
ſtatoris, & poſtquàm ſemel extitiſſet fideicommiſſi con-
ditio in fauorem proximorum, nunquam poſſet iterum
exiſtere in vtilitatem cæterorum ſequentium in gradu,
quorum tamen ius ex proximiorum perſona lædi non
debet, *d. §. fratre.* Non enim in fundi pretio graduale, &
perpetuum fideicommiſſum factũ eſt, ſed in fundo ipſo.
† Rurſus non poſſis dicere pro Cuiacio, oneratum eſſe 46
hæredem hæredis duplici præſtatione eiuſdem fundi, tũ
quia non poteſt idẽ fundus pertinere ad extraneũ fidei-
commiſſarium ex ſecundo teſtamento, & ad proximiores
de familia ex priore fideicommiſſo, *l. ſi vt certo. 5. §. ſi
duobus vehiculum. ff. commod.* nec rurſus vtrique in eo fun-
do poſſunt concurrere, in quo ius habeant ex diuerſis
cauſis. tum etiam. quia quod electo præſtatur fundus, nõ
ſecundi hæredis onus eſt, ſed primi, quem iuſſum poni-
mus, vt vnum ex familia eligeret, *d. l. vnum. 67. §. 1. de le-
gat. 1.* An igitur admittendum erit oneratum cenſeri hæ-
redis hæredem vt iis qui ſupererunt ex familia poſt mor-
tem electi præſtet fundum, Extraneo autem qui eum fun-
dum ab electo habuerat non niſi eiuſdem fundi æſti-
mationem? Ita putat Accurſius & longè rectius quàm
Cuiacius, ſed malè tamen in eo, quod hæredis hæredem
à quo nullum fideicommiſſum relictum eſt extraneo
obligatum vult vt præſtet æſtimationem. Peſſimè verò
vterque, quòd exiſtimant ſi vno electo fideicommiſſum
in exterum conferatur non poſſe hæredis hæredem ab
electo ſtipulari *Fundum cùm morietur ſi non in familia cum
effectu relinqueretur reſtitui.* Poteſt enim imò & debet
cautionem hanc exigere, vt ſuprà probauimus. † Cuius 47
effectus non ille erit vt fideicommiſſarius vindicare fun-
dum poſſit ab extraneo, poſſeſſore, (nam & cautione
nulla præſtita vindicationem haberet ſaltem nouo iure)
ſed vt fideicommiſſarius agere malit aduerſus ſecun-
dum hæredem, habeat hæres pro ſua indemnitate para-
tam actionem aduerſus electum aut eius ſucceſſorem.
Itaque ſimili ſtipulatione & cautione ſibi proſpicere
electus debet aduerſus extraneum, qui nec recuſare po-
teſt quominus eodem iure fundum habeat, quo haberet
electus ſi de eo reſtituẽdo rogatus non eſſet. Neque enim
res pluribus ordine per fideicommiſſũ relicta meliore con-
ditione eſſe poteſt penes ſecundum fideicommiſſarium,
quàm futura eſſet penes primum. Idque tanto æquiùs fer-
re extraneus fideicommiſſarius debet, quòd etiam nul-
la eiuſmodi interpoſita ſtipulatione fundum æquè amiſ-
ſurus ſit, vindicantibus eum vt interpretes volunt, aut

quod

quod malo ex fideicommiſſo euincentibus illis, qui ex
familia ſuperſunt, ſi eam actionem inſtituere malint,
quàm agere in perſonam ſecundi hæredis, à quo diximus
deberi fideicommiſſum fundi, etiam ſi fundum,
quem electo tradidit, poſſidere deſierit. Quòd à Papiniano
prætermiſſum ſanè miror.

CAPVT XI.

An Prohibitus alienare & iuſſus fundum in familia relinquere poſſit extraneum hæredem habere ab inteſtato, ad §.pen l.pen. de leg. 2.

SVMMARIA.

1 *Cur is qui extra familiam ſimpliciter alienare prohibitus eſt, in re alienari prohibita extraneum hæredem ab inteſtato habere poſſit?*
2 *Reÿcitur & refutatur communis Interpretum ſententia in propoſita initio quæſtione.*
3 *Eum qui extraneum hæredem ab inteſtato relinquit in re prohibita & quam in familia relinquere iuſſus erat, contra teſtatoris voluntatem facere.*
4 *Cùm in alienationis prohibitione nulla fideicommiſſi verba interueniunt, non cenſeri prohibitam inteſtati ſucceſſionem.*
5 *Neceſſariam alienationem, in propoſita quæſtione eam dici non poſſe, quæ fit per viam ſucceſſionis inteſtati.*
6 *Eum cui fideicommiſſum datum eſt ea lege vt illud relinquat in familia, non idcirco teſtari cogendum, ſed omnimodo compellendum vt teſtatoris voluntati ſatisfaciat.*
7 *Probatur authoris ſententia per* §. matre.l.penult. de leg.2.*eiuſque* §.*textus examinatur.*
8 *Eum qui fundum alienare prohibetur & in familia relinquere iubetur, in perſonas certas licèt non ſingulares extraneorum omnium alienare prohiberi.*
9 *Verba illa Scæuolæ* in d.§.matre, habes filios ſororum tuarum quibus relinquas *nullum fideicommiſſum continere in fauorem filiorum ſororis.*
10 *Superſtites ex familia, in ſpecie* §.fratre.l.peto.de leg.2.*deterioris conditionis eſſe non debere quàm filio ſororum* in d §.matre.
11 *Declaratur* Nouell.159.§. *nos verò, eiuſque ratio affertur.*
12 *An in propoſita initio quæſtione valeat inſtitutio extranei hæredis qui ab inteſtato ſit ſucceſſurus?*
13 *Alia ratio propter quam prohibitus non poteſt ab inteſtato transferre in extraneum, quod in familia relinquere iuſſus eſt.*

1 IAm † in ſuperioribus diximus, eum qui extra familiam
alienare ſimpliciter prohibitus eſt nullis fideicom-
miſſi verbis adiectis, non ideò prohibitum videri hæ-
redem inſtituere extraneum. Multo igitur faciliùs ad-
mittemus, quòd noſtri volunt, poſſe eum habere extra-
neum hæredem ab inteſtato, ſiue quòd quicunque inte-
ſtatus moritur cenſeatur hæreditatem ſuam legitimis
hæredibus ſponte relinquere *leg.conficiuntur.8.ff.de iur.*
codicill. ſiue quòd minùs faciat contra teſtatoris volun-
tatem, qui inteſtatus decedens nihil facit vt extraneum
2 hæredem habeat, quàm qui extraneum inſtituit. † Sed
talis caſus contingat in quo prohibita videatur extra-
nei hæredis inſtitutio, puta ſi teſtator alienationem de
familia verbis fideicommiſſi prohibuerit hoc modo
Peto ne fundum alienetis ſed vt in familia relinquatis
quæ fideicommiſſi verba ſunt non poſſum probare
quod ab interpretibus magis communiter probatum vi-
deo, vt nihilominus in re prohibita extraneũ ab inteſtato
hæredem habere prohibitus poſſit. Quid enim obſecro
intereſt an quis hæredem inſtituat extraneum, an verò
ſucceſſorem eum ſibi eligat ab inteſtato? Siquidem di-
ci ſolet verùm que eſt patremfamilias qui teſtamenti fa-
ctionem habet ſi inteſtatus moriatur, perinde haberi
debere, acſi omnes ex teſtamento hæredes eius eſſent
ad quos legitima ipſius hæreditatis vel bonorum poſſeſ-
ſio peruenit, *l.3.in princip.d.l. conficiuntur 8. de iur.codi-*
cill.l.vel ſingulis 37. Dig. de vulg.& pupill.ſubſtitut. † Nec 3
eſt quod quis dicat, eum qui inteſtatus moritur cùm ni-
hil faciat, nec videri poſſe quicquam facere contra vo-
luntatem, quod non facit ea omnia, quæ ex voluntate
teſtatoris facere & poſſet, & deberet, hoc eſt quod eum
fundum non relinquit in familia: *l.qui non facit 121. de*
reg.iur. Arg.l.poſthumus 6. Digeſt. de inoffic. teſtament. Et
generaliter verum eſt in eum qui alienare prohibetur
ab iis quoque omnibus prohiberi, ex quibus ſequatur
alienatio etiam ex legis vel ſtatuti diſpoſitione, quaſi
nihil interſit an alienes, an ita rem geras vt ſequatur
alienatio *l.penult.§.matre* vbi Bart. *de legat.2.l.vlt. C.de*
legit.tutel. Tractant noſtri *ad l.ſi ita quis 35.§.ea lege, de*
verb.obligat. Vnde illud etiam fit vt qui alienare pro-
hibitus eſt ſi patiatur rem vſucapi aut præſcribi, quã-
uis nihil faciat hoc ipſo tamẽ cẽſeatur facere cõtra pro-
hibitionem *arg. l. alienationis 28.de verb ſign.l.3.§.1. D.*
quæ in fraud.credit. Quanquã ne ratio hæc mihi probetur, 4
illud obſtat, quòd ſi in alienationis prohibitione nulla
fideicommiſſi verba interuenerint, non puto prohibi-
tam inteſtati ſucceſſionem, quoniam vt dictum eſt in
præcedentibus alienatio quæ fit per cauſam ſucceſſio-
nis teſtamentariæ aut legitimæ ſolius legis poteſtate
fit non aliqua hominis voluntate. Illud ſanè noſtræ ſen-
tentiæ non obſtat, quòd prohibita generaliter aliena-
tione, cenſeatur tamen excepta cauſa alienationis ne-
ceſſariæ, *l alienationes 13. D.famil.erciſc.l. Diuus 5.de pe-*
tit.hæred.l.item ſi res 4.alias l.non ſolum §.1.de alien.iudic.
mut.cauſ.fact.l.filiusfamilias 114 §. Diui. de l.1.d.l.g.peto
69 §.prædium de lega.2.l.pater 38.in princ.de l.3.l.1.D.
de fund.dot.l.2.C.eod.l.cùm fidei.9. De fideicomm.libert.l.
rega.21.eod.l.1.Cod.de litigioſ. † Nam alienatio quæ fit 5
per viam ſucceſſionis inteſtati, neceſſaria dici non po-
teſt, ſicut nec neceſſe eſt vt moriatur quiſquam inteſta-
tus, cùm inteſtati propriè appellentur, qui cùm poſſent
facere teſtamentum teſtati non ſunt *l.1.de ſuis & legit.*
d.l.conficiuntur. Porrò neceſſariam alienationem cùm di-
cimus, eam intelligamus, quæ inſpecto initio talis ſit,
non quæ ex poſtfacto *d.l.alienationes.* Imò nec ex alie-
natione neceſſaria, quæ ab hærede cauſam habeat extin-
gui fideicommiſſum quod familiæ relictum eſt, conſtat
ex d.l.peto.§.prædium. † Quòd ſi quis dicat, Non eſſe co- 6
gendũ quempiã vt teſtetur, Reſpondebo, Eum cui fidei-
commiſſum datum eſt illa lege, vt idipſum relinquat in
familia non idcirco teſtari cogendum, ſed tamen ſi fidei-
commiſſo ſe liberare velit, omnimodo compellendum
vt teſtatoris voluntati ſatisfaciat, hoc eſt vt fundum in
familia relinquat ſiue teſtamento ſiue codicillis aut ali-
quo etiam contractu inter viuos, nec ei permittendum,
vt ad fraudandã defuncti voluntatem patiatur ſe mori
inteſtatum, & ab inteſtato extraneum ſibi ſucceſſorem
eligat, *d.l.3.§.1.quæ in fraud. credit.* † Facitque pro hac 7
noſtra ſententia textus nec inelegans nec obſcurus *in l.*
pen.quæ eſt l.Lucius.88.alias l.codicillis §.matre de lega.2.
vbi cùm quidã matre & vxore hæredibus inſtitutis, ita
cauiſſet *A te vxor chariſſima peto ne quid poſt mortem tuã*
fratribus tuis relinquas: Habes filios ſororum tuarum quib.
relinquas. Vxore defũcta inteſtata, eiúſque legitima ſuc-
ceſſione ad ſolos fratres ſuperſtites deuoluta. Reſpon-
dit. Scæuola poſſe defũcti, ſororis filiis fideicõmiſſũ debe-
ri. Nã quod noſtri tradunt id fieri propterea quòd vxor
in ſingulares certas perſonas fratrũ ſcilicet, alienare hæ-
reditatem prohibita erat: Secus autem eſſe ſi nõ niſi in
certum genus perſonarum prohibita ſit alienatio iuxta

certum genus perſonarum prohibita ſit alienatio iuxta
diſtinctionem Bartoli *in leg. ſi ita quis.* 1 3 5. *§. ea lege de*
verborum obligat. & in dict. § matre ad rem meo iudicio non
8 *pertinet.* † Etenim cùm quis fundum alienare prohibe-
tur, ac in familia relinquere iubetur, An non ſatis pro-
hibetur alienare in perſonas certas licet non ſingula-
res, nimirum extraneorum omnium? Aut quid refert, An
certas perſonas ſingulares teſtator demonſtrauerit, an
certum genus perſonarum ſi modò conſtet de quibus
perſonis teſtator ſenſerit? *argum l. certum. 6. Digeſt. de reb.*
credit. An non vtroque caſu eadem voluntas & poteſtas
eſt teſtatoris alienationem prohibentis? Quinimò fauo-
rabiliorem puto eſſe eum, qui cùm ſit de familia petit
fideicommiſſum à legitimo prohibiti hærede extraneo
quàm ſint apud Scæuolam filij ſororis. Non enim ſolius
prohibitionis, licèt cauſam iuſtam habentis, rigore ni-
titur, ſed etiam expreſſa voluntate teſtatoris, diſertiſque
verbis fideicommiſſi, quibus petitum eſt, vt fundus in
9 familia relinqueretur. † At apud Scæuolam verba illa
habes filios ſororum tuarum quibus relinquas nullum fidei-
commiſſum continent in fauorem filiorum ſororis in
quo plerosque ex interpretibus erraſſe video. Quid enim
ſi teſtatoris vxor non inteſtata deceſſiſſet, ſed extraneũ
fortaſſis hæredem inſtituiſſet? Nihil vt puto, ſororis filij
petere potuiſſent. Satisfactum ſiquidem fuiſſet volunta-
ti teſtatoris eo ſolo, quòd ad vxoris fratres nihil per-
ueniſſet. Quid rurſus ſi nullam de ſororum filiis mentio-
nem teſtator habuiſſet? An ex eo ſolo, quod petierat ille
ab vxore, ne quid poſt mortem ſuã fratribus ſuis relin-
queret, prohibiti fuiſſent fratres inteſtatæ ſorori ſucce-
dere in bonis teſtatoris? Minimè verò. Non enim odiũ
ipſum ſufficeret, ſi non expreſſa fuiſſet perſona cuius
fauore facta eſſet prohibitio *d. §. Diui leg.* 1 1 4. *de legat.* 1.
Itaque concurrere vtrumque neceſſe eſt, ac præterea
inteſtatam mori vxorem, id eſt non inſtituto alio hære-
de extraneo, ad hoc vt ſororum filij ex fideicommiſſo
admittantur. Atqui cùm inſtitutus eſt extraneus ab eo
qui fundum in familia relinquere iuſſus erat, fideicom-
miſſum omnimodo petere poſſunt ij omnes, qui ſunt
ex familia, ita tamen vt qui gradu proximiores ſunt, cæ-
10 teris præferantur. *dict. l. peto §. fratre de leg.* 2. † Cùm er-
go in hoc ſint illi melioris condicionis, quàm filij ſoro-
rum apud Scæuolam, non debent eſſe deterioris in eo
vt ſi ad extraneum fundus ille alienari prohibitus per-
ueniat iure legitimæ ſucceſſionis, fideicommiſſum pe-
tere non poſſint. Denique probat optimè locus ille Scæ-
uolæ, Eum qui in perſonam aliquam quid alienare te-
ſtamento prohibetur, nec ab inteſtato poſſe quicquam
ei relinquere, ſed curare debere ne quid ad prohibitum
perueniat, *vt & in ſpecie l. qui complures. 98. de legat.* 3.
Nempe quoniam vt prædixi, & qui ab inteſtato ſucce-
dit defuncti voluntate nititur, ſicut & qui ex teſtamen-
to, niſi quod hic voluntatem expreſſam, ille tacitam
11 duntaxat habet. † Idque probatur etiam non malè ex
Iuſtiniani *Nouell.* 159. *vt reſtit. fideicommiſſ. vſque ad*
quartam grad. conſiſt. § nos verò verſ. quin vt maximè. Vbi non
alia ratione mouetur Iuſtinianus, vt putet Conſtantem
in ea ſpecie nihil feciſſe contra teſtatoris voluntatem
in eo, quod filiæ ſuæ impuberis matrem quæ ab inte-
ſtato ſucceſſura erat, ſubſtituiſſet, quàm quòd qua-
tuor iam generationes præterierant, ita innuens non ob-
ſcurè, ſi intra quartum gradum facta fuiſſet ea matris in-
ſtitutio futurum fuiſſe vt contra voluntatem fuiſſe vi-
deretur. Cui etiã conueniunt verba illa vltima Nouellæ
ſed & reliquarum in quibus alienatione facta tot ſucceſſio-
nes præterierint, & vltimus hæredum per interuenientem ali-
quam impuberis perſonam hæreditatem capeſſat. Vt intelli-
gamus Nouellæ illius ſententiam ſuis eſſe limitibus cõ-
cludendam, non ad alias ſpecies facilè protrahendam.
12 Quod & vir inter Gallos doctiſſimus Iacobus. Cuiacius
monuit in expoſitione. † Porro ſicuti non putamus
Permittendum ei qui fundum in familia relinquere
iuſſus eſt, vt extraneum ſibi hæredem ab inteſtato eli-
gat, ita neque admittimus valere Inſtitutionem extranei
hæredis qui ſit ab inteſtato ſucceſſurus, quamuis ea ſit
receptiſſima noſtrorum ſententia poſt Accurſ. *in dict.*
§. fratre. Parum enim hac parte intereſt an decedat quia
inteſtatus, an verò hæredem inſtituat, eum qui eſſet ab
inteſtato ſucceſſurus, cùm dici ſoleat expreſſionem eo-
rum quæ tacitè inſunt nihil operari, certè non immu-
tare condicionem iuris *l. non rectè* 2. *C. de fideiuſſ. l. ali-*
quando. 107. *de cond. & demonſtr.* † Et hoc eſt quod ma- 13
gis me mouet vt ſentiam nec ab inteſtato poſſe prohi-
bitum transferre in extraneum quod in familia relin-
quere iuſſus ſit, qui ſcilicet tot locis ſcriptum videam
fideicommiſſi conditionem exiſtere, quoties extraneus
hæres inſtituitur, non adhibita ea diſtinctione, An eſſet
ille ab inteſtato ſucceſſurus necne. *vt in d. l. filiusfami-*
lias § cùm pater d. l. peto. § fratre §. prædium, & ſimilibus.
Nulla enim alioqui ratio eſſet prohibendæ inſtitutio-
nis, quæ ſcilicet fauorabilior eſſe ſolet *l.* 1. *&* 2. *D. ſi quis*
miſſ. cauſſ. teſtam. l. poſthumus 12. *D. de iniuſt. rupt. & irrit.*
fact. teſtam.

Capvt XII.

Ad §. cùm inter. l cùm pater. 77. de legat. 2. & §. Iulius Agrippa l pater. 38. de legat. 3.

Svmmaria.

1. *Argumentum contra ſuperiorem ſententiam petitur ex* d §. cùm inter.
2. *Filium matris liberta non eſſe ex familia teſtatoris in ſpecie d. §.*
3. *An illa ſpecie ponendum ſit hunc liberta filium cum ipſa matre manumiſſum & ita teſtatoris libertum factum fuiſſe.*
4. *An in d. §. Papinianus reſponderit fauore filij quaſi aliter fuerit reſponſurus in alio quolibet inteſtata mulieris ſucceſſore.*
5. *Coniecturam pietatis aui erga nepotes in ſpecie* l. cùm auus 102. de cond. & demonſtr. *ad pietatem paternam extendi debere.*
6. *Cur is qui extra familiam alienare prohibitus eſt, extraneum inſtituere non poſſit, ne quidem ſi cognatus ille ſit proximior, & ab inteſtato ſucceſſurus?*
7. *Papiniani reſponſum in* d. §. cùm inter. *ſpecialem rationem habere ipſis Papiniani verbis expreſſam.*
8. *Senſus verborum rationem illam exprimentium.*
9. *Si in ſpecie* d §. inter. *prædium libertis ſimpliciter legatum fuiſſet, & ab ipſis petitum ne prædium de nomine exiret, non debuiſſe libertam ad legati petitionem admitti.*
10. *Teſtatorem in d. §. animum conſeruandi in familia prædij non habuiſſe.*
11. *An ſi in ſpecie d. §. liberta inteſtata abſque liberis relicto hærede fratre, aut aliquis ex libertis legatarijs relicta hærede ab inteſtato matre vel ſorore deceſſiſſe fingatur, cæteri colliberti fideicommiſſum petere poſſint?*
12. *Non eam eſſe in d. §. ſententiam Papiniani, quam ipſi Bartolus & Caſtrenſis adſingunt.*
13. *An Papinianus aliud reſponſurus fuiſſet, ſi alienationem prædij in extraneum ex cauſa quoque ſucceſſionis inteſtati patronus diſertè prohibuiſſet?*
14. *Fideicommiſſum familia relictum in eum caſum, non magis nocere ſucceſſioni inteſtati, quàm ſi ſimpliciter poſt mortem grauati relictum proponeretur.*
15. *Libertæ filium in ſpecie d. § ad matris portionem admitti non iure fideicommiſſi, ſed retentionis quaſi deſti-*
cta

Ita conditione fideicommiſſi quod alijs datum fuerat.

16 *Tres Bartoli nota ad* d.§.inter.

17 *Reſpondetur* ad §. Iulius Agrippa. l. pater. 38. de leg.3.

1 OBſtare † tamen huic noſtræ ſententiæ maximè creditur textus quo paſſim noſtri abutuntur in *dict. l. cùmpater.77 §. cùm inter.de legat.*2. vbi Papinianus ſcribit hæredem libertæ filium eam prædij partem retinere poſſe, quæ ad matrem ſuam peruenerat, tametſi petiiſſet teſtator ne prædium illud de familiæ no-
2 mine exiret. † Non enim poſſis dicere cum Accurſio, ita reſpondiſſe Papinianum, quoniam filius libertæ conoumeretur in familia libertorum. Naio, vt veriſſimè Bartolus diſputat, ſi libertæ filius non eſt de familia matris. quia mulier familiam nullam habet, ideúque familiæ ſuæ caput & finis eſſe dicitur *l. pronuntiatio.* 195. *§. vlt. l. ſeq. de verborum ſignificat.* quomodo fieri poteſt, vt per matris perſonam ſit ille ex familia teſtatoris? Nec quod propter matris ingratitudinem poſſit ipſe quamuis ingenuus reuocari in ſeruitutem viua ſalte m matre *ex l. vlt. Cod. de libert. & eor. liber.* ad rem quicquam facit, vt eo magis de libertorum familia eſſe credeodus ſit. Iure enim ſingulari ita receptum eſt fauore patronorum, vt non ſolùm à libertis debita patronis reuerentia præſtetur, ſed etiam ab eorum liberis, tametſi liberti non ſint. Sicut & ex contrario interdum manet operarum petitio, etiamſi ius patroni non ſu-
3 perſit, *l. vltim. D. de oper. liber.* † Ruſus ſi ponas hunc libertæ filium, cum ipſa matre fuiſſe nanumiſſum, & teſtatoris quoque libertum, facies quidem apertiſſimam Papiniani ſententiam, ſed planè inelegantem & de caſu omnino indubitabili, quod tamen ridicu-
4 lum fuerit, & Papiniani elegantia indignum. † An igitur dicemus ita reſpondiſſe Papinianum fauore filij, quaſi aliter fuerit reſponſurus in alio quolibet inteſtatæ mulieris ſucceſſore? Ita credidit Salicet. *ad legat. ea lege Cod. de condict. ob cau.* Cuius ſententiam probabilem facit coniectura pietatis, quæ non patitur vt in parentis portione liberis alios anteponere teſtatorem voluiſſe interpretemur, nec ſi in ea portione nominatim alios ſubſtituerit nulla liberorum facta mentione:
5 *l. cùm auus* 102. *de condict. & demonſtrat.* † Sic enim intelligo quod eo loco Papinianus ſcribit de coniectura pietatis, Vt ſcilicèt non de pietate ſolùm aui erga nepotes ſenſerit, quomodo videtur intellexiſſe Iuſtinianus *in l. cùm acutiſſimi.* 30. *Cod. de fideicommiſſ.* ſed etiam de pietate paterna, quæ qoicqoid fuit patris inteſtati defert liberis ex communi parentum omnium voto, quemadmodum explicauimos *lib.7. Coniect.* Qua ratione motum eundem Papinianum credibile eſt *in dict. §. cùm inter*, admiſiſſe filium libertæ ad portionem matris eadem cooiectura pietatis quòd inhomanum videretur in ea parte præferri filio extraneos, qoamuis alioqui conditio fideicommiſſi extitiſſet: vt nihil interſit an ab auo ab extraneo fideicommiſſum relictum fuerit, licet non ignorem contrariam ſeotentiam interpretibus paſſim probatam eſſe. Et ſanè non aperit Papinianus *in dict. §. cùm inter.* An filius matri ſucceſſerit ab inteſtato an ex teſtamento. Nec tamen facilè admitteret Bartolus potuiſſe filium hunc quamuis ab inteſtato ſucceſſurum à matre hæredem Inſtitui. Putauit enim faciliùs prohibendam inſtitutionem legitimi hæredis, quàm inteſtati ſucceſſionem *ad l. pete.* 69. *§. fratre de legat.* 2. *& ad l. ſi ita quis §. ea lege de verbor. obligat.* Tametſi in eo reprehendatur à cæteris, non diſtinguentibus an legitimus hæres ex teſtamento ſuccedat, an ab inteſtato. Quibus & ego libentiſſimè accederem, ſi poſſem credere id quod extra familiam alienari prohibitum eſt, poſſe in extraneum ab in-
6 teſtato transferri. † Sed quemadmodum hoc non probo, & ita cum Bartolo ſentio vt qui extra familiam alienare prohibitus ſit nunquam inſtituere poſſit extraneum, nec ſi cognatus ille ſit proximior, & ab inteſtatu ſucceſſorus, Non illa ratione Bartoli, quòd minùs delinquat qui inteſtatus moritur relicto extraneo hærede, quàm qui legitimum hæredem inſtituit; ſed quòd vtróque caſu faciat contra voluntatem is, qui fundum extra familiam alienare fuit prohibitus, eúmque in familia relinquere iuſſus. Non enim curat ne fundus de familia exeat, qui inteſtatus moritur, ſciens futurum ſibi extraneum legitimum hæredem. Atqui curare idipſum debet ne exeat *l. hoc quis complures.* 93. *de legat.* 3. † Puto ego Papiniani reſponſum *in d. §. cùm inter* habere ſpecialem omnino rationem, quam à noſtris interpretibus non obſeruatam fuiſſe eo magis mirandum eſt, quòd ipſis Papiniani verbis expreſſa eſt. Sic.o. ille præfatur, *Cùm inter libertos ad prædij legatum liberta quoque fuiſſe admiſſa, quod patronus petit vt de nomine familia non exiret.* † Senſus autem 7
eſt, ni fallor, teſtatorem qui petiit vti ne prædium de oomine familiæ exiret, videri qodem ea mente fuiſſe vt io extraneum id conferri nullo modo poſſet, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato ſed in propoſita ſpecie non idcirco videri libertam, quæ filio hærede relicto deceſſit, rogatam eſſe vt partem ſuam prædij collegatariis reſtitueret. Nempe propter coniecturam voluntatis teſtatoris, ex eo colligédam, quòd inter liberos ad prædij legatum libertam quoque ipſe admiſerat, per quam tamen ſciebat non poſſe familiæ nomen conſeruari *d. l. pronunciatio.* 195. *§. vltim. & l ſequent. de verborum ſignific.* Quaſi dicat, eſſe quod imputari patrono debeat, qui cùm nollet exire prædium de nomine familiæ nihilominus libertam ad legatum admiſerit. Fecit enim perinde ſtultè, ac ſi qois nollet exire bona de agoatione ſua, & filiam tamen cum maſculis ſibi hæredem ſcriberet. Nam & eo caſu admittendi eſſent nepotes ex filia, licet non ſint de agnatione, ad portionem matris, quoniam ſcilicet fieri nequeat vt pro ea parte teſtator rationem haboerit vllam agnationis conſeruandæ. Tametſi namque filia ipſa ſit agnata, non poteſt tamen per eam aot eius liberos conſeruari agnatio.
8 † Propter quam cauſam receptum eſt, vt ſi appareat curam fuiſſe teſtatori conſeruandæ familiæ, filiorum vocatorum appellatione oon contineantur filiæ, quæ alioqoi continerentur. Quo etiam exemplo dicerem ſi apud Papinianum legatum fuiſſet prædium libertis ſimpliciter, & ab ipſis petitum ne prædium de nomine exiret non debuiſſe ad legati petitionem admitti libertam per quam ſcilicet futurom erat omnimodo vt de familia pars illa prædij exiret. Idque eſt meo iudicio, quod Papinianus ait, Moueri ſe vt pro libertæ filio reſpondeat ex eo, quod inter libertos ad prædij legatum liberta quoque admiſſa fuerat. † Nempe verbis diſertis 9
teſtatoris quem ideo conſtabat non habuiſſe animum conſeruandi pro ea parte in familia prædij. Itaque debuerat, ſi collibertos præferre filio libertæ volebat in ipſius libertæ portione, non ſolùm inter libertos omnes fideicommiſſum illod generale reciprocum exprimere quo petierat, ne prædium nomine exiret, ſed etiam à liberta nominatim fideicommiſſum relinquere, nec hoc ſolùm ſed libertæ liberos apertè excludere, ad remoueodam coniecturam illam pietatis, quæ Papinianum perpetuò mouit, vt grauati liberos in portione parentis cuilibet fideicommiſſario putaoerit præferendos *d. l. cùm auus.* Alioqui vix eſt vt videatur vnquam teſtator voluiſſe liberis adimere quod dederit parentibus quantumlibet extraneis, præſertim verò amicis, præcipuo neceſſitudinis vinculo coniunctis. Atqui libertos patrono amiciſſimos eſſe negari non poteſt quos & ad libertatem perduxerit, & in familiæ ſuæ nomen adſciuerit. Tanto magis ergo credendum eſt, noluiſſe patronum quod libertæ dederit adimere libertæ

filio tametſi ingenuō & extra teſtatoris familiam conſtituto. Ex quo intelligimus reſponſum illud Papiniani *in dict. §. cùm inter.* non illa ſolum ratione niti, quòd inter libertos patronus ad legatum prædij libertam quoque admiſerat, ſed illà potiſſimùm quòd filium ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato hæredem liberta
11 habuerat. † Finge enim deceſſiſſe illam inteſtatam abſque liberis relicto hærede fratre, aut defunctum aliquem ex libertis legatariis relicta hærede ab inteſtato matre vel ſorore, dicam non idcirco prohibendos collibertos fideicommiſſum petere ex iis teſtamenti verbis, quibus petitum eſt ne fundus de nomine exiret. Ceſſat enim hic coniectura pietatis, quæ faceret pro filio, nec ſufficit admiſſam ad legatum prædij libertam, vt ſibi liceat partem ſuam legati in alium hæredem, quàm filiùm ex teſtamento ſiue ab inteſtato tranſmittere.
12 † Itaque non probo quòd vulgo creditur poſt Bartolum, eam eſſe Papiniani ſententiam vt qui decedit ab inteſtato relinquens extraneum hæredem, non videatur alienare, nec quod ſpecialiùs Caſtrenſis notat in quocumque inteſtati ſucceſſore extraneo idem reſpondendum eſſe quod in libertæ filio: ſed potiùs id Papinianum ſenſiſſe arbitror, teſtatorem qui fundum in familia relinqui iuſſit, prohibendo ne exiret, non videri cogitaſſe de excludendo filio libertæ, quam ipſam ad legati portionem admiſerat. Imò verò qua ratione admiſerat libertam quamuis ſciret non poſſe per eam conſeruari nomen familiæ, eadem penitus cenſeri ad eandem portionem admiſiſſe filium licet ingenuum.
13 † Nec aliud credo Papinianus reſpondiſſet, tametſi alienationem prædij in extraneū ex cauſa quoque ſucceſſionis inteſtati patronus diſertè prohibuiſſet. Semper enim ſubſiſteret coniectura illa pietatis, quæ non patitur vt credamus ex teſtatoris voluntate præferendum filio fideicommiſſarium in parentis portione, niſi cùm id nominatim expreſſum eſt. Illa ſiquidem expreſſa prohibitio alienationis ex cauſa ſucceſſionis inteſtati, maiorem vim habere non poteſt, quàm ſi in illum ipſum caſum, quo extraneus aliquis ab inteſtato ſucce-
14 deret fideicommiſſum familiæ relictum eſſet. † Nec rurſus fideicommiſſum familiæ relictum in eum caſum, magis obſtaret, quàm ſi ſimpliciter poſt mortem grauati relictum proponeretur. Conſtat enim potiorem ſemper eſſe cauſam fideicōmiſſarij ex teſtamento ſuccedentis, quàm legitimi hæredis: Atqui non obeſſet liberis grauati, quod fideicommiſſum poſt mortem patris relictum fuiſſet, Nempe quia propter libertos ex eo ſuperſtites videretur condicio defeciſſe coniectura pietatis, de qua *in dict. leg. cùm auus*. Ergo nec obeſſe debere quòd à liberta relictum eſſet fideicommiſſum familiæ ſub ea condicione, Si extraneùm illa hæredem haberet ab inteſtato, defuncta illa quandocúmque ſuperſtitibus liberis, quamuis eos liberos teſtatori extraneos eſſe conſtaret. Tacitè enim excepti viderentur ad excludendum fideicommiſſum, quaſi quorum & parentum vna ſit perſona eadémque proinde ratio *arg. l. vlt. C. de impub. & alijs ſubſtit. leg. cùm ſcimus 22. Cod. de agricol. & cenſit. lib. 11.* Atque ita dictum *§. cùm inter.* cum dicta *l. cùm auus* coniungendum arbitramur, & illius loci ex iſto viciſſimque iſtius ex illo ſententiā quærendam eſſe. † Admittimus igitur libertæ filium ad
15 portionem matris, non iure fideicommiſſi quaſi ſit ille ex familia, (neque enim admitteremus inuita matre ſi alium fortè ſibi hæredem ipſa elegiſſet, ſicut nec ad aliorum collibertorum portiones vllo modo admittendus eſſet, nec ſi alius nemo de familia ſuperforet) ſed tantùm iure retentionis quaſi defecta condicione fideicommiſſi quod aliis datum fuerat. Ideòque ſic Papinianus loquitur *hæredem liberta filium partem prædij quam mater accepit retinere viſum eſt.* † Sanè quod ad
15 eum locum Baldus notat matrem quæ filio vendit non videri alienare extra familiam licet filium in familia ſua verè non habeat oſtendit ſatis aliud iuris eum cōſtituiſſe in filio, aliud in quolibet alio matris ſucceſſore. Nec valde alienum eſt quod idem Baldus ſcribit ad *d. l. ea lege 5. C. de cond. ob cauſ.* eum qui prohibitus ſit alienare in potentiorem, poſſe tamen alienare in filium licet potentiorem, quia continuatum magis videatur quam tranſlatum quod in filium collatum eſt: *arg. l. in ſuis 11. de liber. & poſth. l. cùm miles 30. D. ex quib. cauſ. maior. l. vnic. C. de impon. lucrat. deſcript. lib. 10. d. l. cùm ſcimus §. vlt. C. de agricol. & cenſ. lib. 11.* Cogitare enim, inquit Baldus, debuit is qui patri reliquit parare nos omnia filiis: *l. 2. C. de bon. quæ libert.* Idémque putat, non male, etſi filius alienauerit in patrem ex *d. l. vnic. Cod. de impon. lucrat. deſcript.* præterquàm in feudis quorum natura illa eſt vt nunquam aſcendant *lib. 2. feud. tit. 50. de natur. ſucceſ. feud. & tit. 84. Patrem in feud. filij non ſucced.* † Obiici etiam for- 17
taſſe poſſit pro communi ſententia, reſponſum Scæuolæ *in §. Iulius Agrippa l. pater. 38. de leg. 3.* In cuius ſpecie prohibuerat teſtatori filiæ hæredi inſtitutæ ne domum vllo modo alienaret. Nec tamen dubitat Scæuola, quin ei licuerit filiam ſuam neptem teſtatoris hæredem inſtituere: Sed quærit tantùm an alius hæres extraneus ab ea nepte inſtitui vtiliter potuiſſet. Tametſi neptem teſtatori extraneam eſſe conſtaret, ſi nomen eius & familiam inſpicias. Reſpondeo non fuiſſe cur dubitaretur de nepte, quia non erat veriſimile prohibitam filiam hæredem ſcriptam ne filiam ſuam neptem teſtatoris inſtitueret, *arg. d. l. cùm auus. & d. §. cùm inter.* Ideóque non vocat Scæuola neptem extraneam, quomodo extraneos dicit hæredes à nepte inſtitutos quamuis quod ad teſtatorem pertinet, non ſit illa minùs extranea. Facítque non eleganter locus ille pro eorum quæ proximè diximus confirmatione. Nam ſi in ea ſpecie filia hæres matrem fortaſſe hæredem inſtituiſſet, perinde ſæpè dubitari poterat, An in eo feciſſet contra voluntatem ac penitus extraneum ſcripſiſſet. Feciſſéque dicerem, ſi proponeres iuſſiſſe teſtatorem vt prædium illud in familia relinqueretur, quamuis contrà putet Accurſius à noſtris approbatus.

Capvt XIII.

Prohibitum vendere extra familiam non videri prohibitum donare.

SVMMARIA.

1 *Venditionis verbo propriè ac ſtrictè loquendo donationem non contineri.*

2 *Caſus quo in ſtatutis, legibus vel contractibus prohibitæ venditionis appellatione donatio quoque ſignificatur.*

3 *Baldi diſtinctio ad hanc quæſtionem faciens.*

4 *Non ideo quod lex* XII. *tabularum venditionis verbo omnem alienationis ſpeciem complexa ſit, prohibita extra familiam venditione donationem prohibitam cenſeri.*

5 *Non eandem rationem eſſe prohibendæ donationis, quæ eſt prohibendæ venditionis.*

6 *Cur lex Iulia fundi dotalis oppignerationem etiam conſentiente muliere prohibuerit, venditionem verò mulieris conſenſu accedente permiſerit.*

7 *Cur in multis iuris locis teſtator prohibita hæredi venditione, donationem quoque expreſſè prohibeat?*

8 *Prohibita venditione prohibitam quoque videri locationem ad longum tempus.*

9 *Reſpondetur ad* leg. voluntas 4. Cod. de fideicommiſſ.

10 *Duplicem eſſe in ea lege decidendi rationem.*

Probare

1 PRobare † non poſſum quod vno ferè ore noſtri om-
nes tradunt Eum qui extra familiam vendere pro-
hibitus ſit, donare etiam non poſſe, nec alio quouis
modo alienare, quaſi venditionis verbo omnis aliena-
tio contineatur *ex leg. ſtatuliberi. 29. §. vltim. de ſtatulib.*
2 *l. voluntas. 4. C. de fideicom.* Nam imò verò conſtat ven-
ditionis appellatione propriè ac pariter loquentibus
contineri donationem *l. ſicut. 8. ſed ſi permiſerit. D.
quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut. l. ſi quis fundum. 37. &
ſeq. de contr. empt.* † Ideóque ne in ſtatutis quæ ſunt
correctoria, & ſtrictè accipienda, nec in contractibus,
nec in legibus, illa vnquam recipitur interpretatio,
vt vendiſſe videatur qui donauit, vt & Baldus fatetur
in dict. l. voluntas. Niſi donatio in fraudem prohibitæ
venditionis facta proponeretur: quod in dubio ſanè
præſumendum non eſt. Cui ſimile illud eſt quod dici-
mus, in quorum finibus quis emere prohiberetur pi-
gnus accipere non prohiberi, *l. in quorum 24. D. de pign.*
Nimirum quia ſunt iſta longe diuerſa emere, & pignus
accipere, licet verum ſit inutile pignus eſſe quod diſtrahi
3 non poteſt. † Et quod ſupradicto loco Baldus diſtinguit.
An actui de quo tractatur annexa ſit pœna, an fauor
aliquis, vt poſteriore caſu venditionis appellatione omnis
alienatio ſignificetur, priore non itē, noſtrá potius con-
firmat ſententiam. Cum enim prohibitioni venditionis
annexa ſit pœna, ſcilicet fideicommiſſi, quod in odium
contra facientis inducitur, conſequens eſt vt prohibita
venditione extra familiam non ideò cenſeri debeat
prohibita donatio, quamuis non ignorem fauorabile
cenſeri eiuſmodi fideicommiſſum, quod conſeruando-
rum in agnatione & familia bonorum cauſam habet.
4 † Nec quod lex duodecim tabularum venditionis ver-
bo omnem alienationis ſpeciem complexa ſit, ad rem
facit. Nam & legandi verbum vſurpauit pro actu ipſo
teſtandi, & pro qualibet vltima voluntate: *l. verbis
legis. 120. de verb. ſignif.* Neque tamen ideò quis dixerit,
legati appellatione teſtamentum ſignificari. Quòd ſi
quis ex rationis paritate &, vt noſtri loquuntur, iden-
titate prohibitionem venditionis trahere velit ad pro-
hibitionem donationis, quoniam hac parte voluntas
teſtatoris ex cauſa finali prohibitionis diiudicanda ſit,
*arg. l. cùm pater. 77 §. dulciſſimis de leg. 2. l. pater. 38. §
fundum de leg. 3.* non parum meo iudicio etiam aberra-
5 uerit † non enim quæ ratio eſt prohibendæ venditio-
nis, eadem quoque ſemper eſt prohibendæ donationis,
cum faciliores ſint homines ad vendendum, quàm ad
donandum *l. 1. §. 1. quæ res pig. oblig. poſſ. l. 3. §. ſeruus de
donat. int. vir. & vxor. l. filius familias. 7. in princip. de
donat.* Itaque eo minùs prohibenda eſt hæredi donatio
6 quo minùs verendum ſit ne accidat vt donet. † Sic e-
nim & olim lex Iulia prohibeat oppignerationē fundi
dotalis etiam conſentiente muliere, venditionem verò
permittebat, ſi mulieris conſenſus accederet §. 1. *Inſtit.
quib. alien. licet vel non*: propterea quod faciliùs vide-
retur mulier conſenſura oppignerationi, quàm vendi-
7 tioni. † Neque aliam ob cauſam videas tot locis, teſta-
torem prohibita venditione hæredi, prohibere etiam
donationem *d. §. fundum & §. quindecim. d. l. pater de
leg. 3. Nouell. 159. Vt reſtit. fideicom.* niſi quod ſola
venditionis prohibito non ſufficeret ad impediendam
donationem, quod & probat manifeſtè *lex vlt. Cod. de
reb. alien. non alienand.* quæ non venditionis verbo
comprehendi volt quamlibet ſpeciem tranſlationis
dominij, idémque iuris hac parte conſtituendum eſſe
ſiue lex, ſiue teſtator, ſiue pactio inhibuerit alienatio-
8 nem. † Sanè prohibita venditione cenſeri quoque
prohibitam locationem ad longum tempus, puta in de-
cennium, verius eſt, quoniam venditionis inſtar ob-
tinet, quippe per quam vtile dominium transferri in-
telligatur, *l. 1. & 3. D. ſi ager vectig. vel emphyt. eſſ.
dicat. leg. 1. §. quod ait de verb. Rave. & cæteri ad l. pen.*
9 *§. inſtituto de leg. 1.* † Obſtare tamen opinioni noſtræ
videtur quod ſcriptum eſt *in d. l. voluntas. 4. C. de fideic.*
Eum qui extra familiam vendere prohibitus erat non
poſſe videri prohibitum donare ſorori. Sic enim locum
illum noſtri intelligunt, vt non fuerit valitura donatio
ſi in extraneam perſonam collata eſſet. At ego contrà
puto, valere in ea ſpecie donationem, non ideò ſolùm
quòd ſorori facta proponeretur, ſed quòd venditionem
duntaxat pater prohibuiſſet, non etiam donationem.
Quod enim ſororis mētio fit in quam collata donatio
fuerat, nō continuò efficit vt in alterius perſona diuer-
ſum ius conſtituendum putare debeamus *arg. l. miles ad
ſororem. 75. de leg. 2.* Et quicquid dicant noſtri, lex illa
aut de indubitabili, cuiuſmodi ſunt & aliæ pleræque
leges Codicis, Aut aliam dubitationem non habet
quàm quæ à noſtris deciſio eſſe creditur, quod ex veri-
ſimili mente patris qui venditionem prohibuerat, vi-
deretur prohibita etiam donatio in ſororem, ex cuius
perſona fieri non poterat vt fundus in familia conſer-
uaretur, tametſi eſſet illa ex familia. † Sed decidendi to
ratio duplex eſt, & vtraque pereuidens nempe quòd
prohibita tantùm eſſet venditio non etiam donatio,
& quòd ſoror in quam facta erat alienatio eſſet ex fami-
lia in quam proinde venditio quoque conferri potuiſſet.
Alioqui ſi venditione prohibita admittamus prohibi-
tam videri quamlibet alienationem ex coniectura illa
voluntatis, qua mouentur interpretes, quòd qui ven-
ditionem extra familiam prohibuit videatur prouidere
voluiſſe ne fundus de familia exiret, alienationis au-
tem prohibitione hæredis quoque extranei inſtitutio-
nem contineri, quod noſtri etiam volunt, conſequens
erit dicere, Eum qui extra familiam fundum vendere
prohibitus eſt, nec poſſe in eo fundo extraneum hære-
dem inſtituere, vt ita venditionis nomine etiam extra-
nei hæredis inſtitutio comprehendatur. Quod tamen
& ridiculum prorſus fuerit & inauditum. Ita error ex
errore profluit.

CAPVT XIV.

An fideicommiſſum reciprocum quod ex iuſta alienationis prohibitione inducitur ſit ſemper conditionale an etiam aliqu ando purum.

SVMMARIA.

1 *Quid per iuſtam alienationis prohibitionem intelli-
gatur?*
2 *Alienatione extra familiam ſimpliciter prohibitâ fidei-
commiſſum quidem reciprocum ex teſtatoris volun-
tate induci, ſed eius vnam eſſe conditionem, ſi fundus
ſcilicèt alienetur.*
3 *Explicatur* §. in fideicommiſſo. l. omnia. 32. de leg. 2.
4 *Eum qui propter alienationem ab alio factam fideicom-
miſſum illud conſecutus eſt, impunè poſſe fundum
quem conſecutus eſt alienare.*
5 *Teſtatore fundum in familia relinqui iubente, fideicom-
miſſum non ſolùm reciprocum, ſed etiam graduale
multiplex & perpetuum induci.*
6 *Non ſufficere in propoſita quæſtione Interpretum diſtin-
ctionem, an prohibitus quis ſit alienare partem ſuam
an rem ipſam ſimpliciter.*
7 *Propoſita quæſtioni tunc demum locum eſſe, cum teſta-
tor petiit ne fundus de familia exiret, aut vt in fami-
lia relinqueretur.*
8 *Teſtatore vnda alienationis prohibitioni hæc verba adij-
ciente, quia volo vt in familia relinquatur, conditio-
nale tantùm fideicommiſſum induci ſi voluntate non
pareatur.*
9 *Soluuntur duo argumenta in contrarium allata.*
10 *An ſi alienatione his verbis prohibita, ne fundus ex-
tra*

tra familiam alienetur, *verba hæc teſtator adiecerit*, quia volo fundum in familia remanere, *fideicommiſſum purum & abſolutum alienatione ſecuta inducatur?*
11 *Quæſtionem hanc ab Interpretibus fruſtrà agitari.*
12 *In quo poſterioris huius fideicommiſſi plenior ſit vtilitas, quàm ſuperioris?*
13 *Multum intereſſe an prohibita alienatione extra familiam teſtator hanc rationem ſubiiciat,* quia volo vt in familia relinquatur, *an ita ſcribat,* fundum illum familiæ relinquo.
14 *Nihil in propoſita quæſtione referre an prohibita extra familiam alienationis rationem teſtator ſic conceperit,* vt in familia relinquatur, *an ita,* quia volo vt in familia relinquatur?
15 *Species & quæſtio* Nouell 159.

1 IVſtam † alienationis prohibitionem cùm dicimus
eam intelligimus quæ cauſam aliquam habeat, hoc
eſt fauorem alterius quàm ipſius prohibiti, vt illam ex-
cludamus, quæ nuda eſt, & ea qua fideicommiſſum nul-
lum inducitur, ideò quod nudi præcepti iure cenſeatur,
quemadmodum à nobis ſupradictum eſt capite ſexto
Ex quo loco repetendum eſt, quod ad propoſitam quæ-
ſtionem omnino pertinet, multum referre, an teſtator
ſimpliciter prohibuerit alienari fundum extra familiam,
an verò iuſſerit etiam vt fundus in familia relinquere-
tur. Quanquam enim vtróque caſu valet prohibitio in-
ducendum fideicommiſſum *lege filiusfamilias 14. §. Diui*
2 *de legat. 1.* † Conſtat tamen ſi tantùm prohibita ſit alie-
natio extra familiam, induci quidem fideicommiſſum re-
ciprocum ex voluntate teſtatoris, ſed conditionaliter
duntaxat, hoc eſt, ſi contra prohibentis voluntatem fa-
cta ſit alienatio, *l. cùm pater 77. § libertis de legat. 2.* Et hu-
ius fideicommiſſi quemadmodum vnicum eſt, ita vnam
eſſe puto conditionem, ſi fundus alienetur. Adeò vt ſi
is, qui propter alienationem ab alio factam fideicom-
miſſum conſecutus eſt, eundum fundum poſteà aliena-
uerit, impunè id faciat, quia cùm vna tantùm ſit fidei
commiſſi conditio, non niſi ſemel poteſt exiſtere: &
quamuis non tantùm proximus in gradu ad huiuſmodi
fideicommiſſum admittatur, ſed etiam cæteri omnes de
familia, ordine ſucceſſiuo, cẽſentur tamen vocati in ca-
ſum vulgarem non agniti fideicommiſſi, non etiam in
caſum fideicommiſſarium, quo eodem modo vocarentur
etſi fideicommiſſum familiæ relictum eſſet, *l. cùm ita 32.*
3 *al. iam lege omnia, §. in fideicommiſſo de legat. 2.* † Etſi enim
fideicommiſſum quod familiæ relictum eſt videtur reli-
ctum de vno in alium, ac ſi poſt mortem priorem vocati
eſſent ſequentes, vt Caſtrenſis defendit ad *d. §.* in fidei-
cõmiſſo ex illis verbis *poſt eos omnes extinctos* quaſi ver-
bum ipſum *familia* importet, vt loquuntur, tractum tem-
poris, perpendendum tamen eſt quod Iuriſconſultus eo
loco non ita ſcribit, *& poſt eos omnes extinctos*, ſed per
disiunctionem, *aut poſt omnes eos.* Sic enim videtur innue-
re, nũquam omnes admitti poſſe ne quidem ſucceſſiuè,
ſed aut hos aut illos, quod euenit in caſum vulgarẽ non
4 in fideicommiſſarium. † Nam & fideicommiſſariis ſicut
hæredibus ſubſtitui poteſt vulgariter, *l. vt hæredib. 50. D.*
eod. Ideóque nec cauere cogitur de fundo reſtituendo,
aut in familia relinquendo is qui prior ad fideicommiſ-
ſum admittitur. Res enim quæ primùm fuit inalienabi-
lis, poſtquàm ſemel alienata eſt, fit remanétque ſemper
alienabilis, *l. pater 38 § quindecim de leg. 3.* etiamſi prior
alienatio nullum effectum ſortita ſit, vt noſtri probant
ex l. tutor verum 56. D. de admin. & peric. tutor. licèt textus
ille tractet de re pupilli quæ ſine decreto alienari non
poteſt. Sanè ſi cui coniuncto ea pars cohæredis, aut col-
legatarij alienari prohibita accreſceret, vtique cũ one-
re ſuo accreſceret, ne alienari poſſet. Sic enim Bald. *in*
l. ſi in teſtamento 5. de vulg. & pupill. ſubſtit. ex l. vnic. § pro
5 *ſecundo, C. de caduc. tollend.* † At cum iuſſit teſtator fun-
dum in familia relinqui, fideicommiſſum eo caſu indu-
citur, non ſolùm reciprocum, ſed etiam graduale, reale,
& perpetuum ac proinde non vnum, ſed multiplex, vt
poſteaquàm in priorum perſona fideicommiſſi condi-
tio extitit, non idcirco tamen ſequentium in grado ius
perimatur ſi, quando fundum extra familiam alienari
cõtingat *l. vnum ex familia. 67. § peto. 69. § fratre de legat.*
2. † Quod non ſatis diligenter à noſtris obſeruatum eſt, 6
diſtinguentibus duntaxat, an prohibitus quis ſit alienare
partem ſuam vt *in d. §. quindecim.* An rem ipſam ſim-
pliciter vt *in d. § fratre:* Cum tamen illa quoque diſtin-
ctio neceſſaria ſit, An teſtator alienationem extra fa-
miliam prohibuerit ſolùm, An etiam adhibitis verbis
fideicommiſſi, iuſſerit vt fundus in familia relinquere-
tur † Hoc igitur duntaxat caſu, cùm petiit teſtator, ne 7
fundus de familia exiret, vt *in d. l. vnum ex familia. §. ſed*
etſi fundum, aut in familia relinqueretur vt *in d. § fratre,*
propoſitæ quæſtioni locus eſt, An fideicommiſſum ſit
conditionale tantùm, an aliquando etiam purum &
ſimplex Aut quod idem eſt, An his verbis duplex fidei-
commiſſum contineatur conditionale vnum in caſum
contrauentionis, purum, alterum, id eſt, in caſum mortis
licet nulla contrauentio præceſſerit † Et ſi quidem 8
nuda alienationis prohibitio interuenerit, deinde teſta-
tor adiecerit, *quia volo vt in familia relinquatur* receptior
noſtrorũ ſententia eſt, nõnullis licet diſſentiẽtibus, non
niſi conditionale fideicommiſſum induci, ſi voluntati
non parebitur. Illa enim verba, *quia volo vt in familia*
relinquatur cenſentur adiecta veſtiendæ, vt aiunt, & con-
firmandæ prohibitionis gratia, quæ alioqui nuda eſſet,
potiùs quàm ad inducendum purum & abſolutum fidei-
commiſſum *d. §. Diui. d. § fratre.* † Nec obſtat quod con- 9
trariæ opinionis aſſertores obiiciunt, verba enunciatiuè
prolata per modum cauſæ inducere diſpoſitionem, ſi
Bartolo credimus *in l. ſi ſocer. 44. § Lucius. D. ſolut. matri-*
mon. & in l. ex hac ſcriptura 16. D. de donat. Satis enim
inducunt diſpoſitionem hoc ipſo, quòd faciunt, vt ex
alienationis prohibitione inducatur fideicommiſſum
quod alioqui non induceretur fideicommiſſum quod
alioqui non induceretur manente nuda eiuſmodi pro-
hibitione. Sicut nec ad rem pertinet quod dici ſolet ra-
tionem appoſitam per modum diſpoſitionis non regu-
lari à dicto, ſed dictum à ratione *ex leg. regula. 9. §. cum*
quis. de iur. & fact. ignor. Tradit Bartol. ad d. l. pater in §.
dulciſſimis de legat. 1. Id enim procedere non poteſt eo
caſu, quo ratio adiicitur non tam ad inducendam ali-
quam diſpoſionem, licet exprimatur per modum diſ-
poſitionis, quàm vt confirmet ac validet id quod priùs
dictum fuit, vt in propoſito, Præcedente ſiquidem nuda
prohibitione, tametſi poneres nolle teteſtatorem fidei-
commiſſum abſolutum inducere, ſed conditionale dũ-
taxat, cogeretur tamen rationem illam ſubiicere, fundi
in familia conſeruandi. † At ſi prohibitio valida præ- 10
ceſſerit, puta *ne fundus extra familiam alienaretur*, quo
caſu apparet prohibitam alienationem fauore familiæ,
putant noſtri probabiliùs dici poſſe ex iis verbis teſta-
toris, *quia volo fundum in familia remanere,* induci fidei-
commiſſum purum & abſolutum, vt aliquid operentur,
arg. l. ſi quando 109. in prin. de legat. 1. Atque ita magis
communiter noſtros ſentire video præſertim recentio-
res poſt Bart. & Aretinum *in §. cohæredes. l. qui Romæ. 122.*
de verb. oblig. Ea potiſſimùm ratione quòd facillimè, &
ex nuda voluntate inducatur fideicommiſſum, *l. pen. de*
legat. 1. l. cùm proponebatur 64. de leg. 2. l. fideicommiſſa. 11.
§. item ſi quis de leg. 3. l. hæredes mei. 57. § cum ita ad S.C.
Trebell. Item quod repetitum nomen *familia* exuberan-
tius oſtendat voluntatem teſtatoris & affectionem, vt
proinde enixa voluntas illa multo magis debeat indu-
cere fideicommiſſum ſimplex & abſolutum, *arg. l. Balli-*
ſta. 32. &c. d. l. cùm pater. § filium matrem de leg. 2. † Ego 11
verò fatebor ingenuè, aut non intelligo quid ſibi ve-
lint, aut quæſtionẽ hanc quam tantis agitant conten-
tionibus,

tionibus, penè ocioſam ne dicam planè ridiculam eſſe arbitror. Eſto enim quod illi volunt, non debere rationem illam eſſe ſuperuacuam nec regulari à dicto, ſed dictum potiùs à ratione, quæ & generalior ſit & per modum diſpoſitionis prolata, Quæro An non hoc etiam caſu permittatur ei qui fundum extra familiam alienare prohibitus eſt vt eum fundum relinquat alicui de familia licet remotiori in gradu? Vtique fateri cogentur permittendum eſſe, videriique prohibitum hunc ſatisfeciſſe voluntati teſtatoris ſi modò fundum in familia reliquerit: *d. l. filiusfamilias §. cùm pater de legat. 1. d. l. vnum ex familia. 67. §. 1. & d. §. fratre l. peto de leg. 2.* Ergo dici non poteſt fideicommiſſum induci purum & abſolutum, cùm ſi tale fideicommiſſum familiæ relictum eſſet, proximiores in gradu omnimodò præferendi eſſent remotioribus, *d. § in fideicommiſſo l. vlt. C. de verb. ſignific.*
12 † Dices fortaſſe, pleniorem huiuſmodi fideicommiſſi vtilitatem in eo elucere, quòd ſi ab inteſtato perueniret fundus cum hæreditate ad legitimum hæredem extraneum, poſſent proximiores fideicommiſſum petere tametſi nihil prohibitus feciſſet contra voluntatem ſi vera eſt illa noſtrorum traditio quam in ſuperioribus retulimus, Ac proinde hoc ſaltem caſu fideicommiſſum videri purum & abſolutum, quippe cui locus ſit etiam non exiſtente prohibitionis conditione. Sic enim ab Alciato & aliis nonnullis proditum eſt *ad dict. §. Diui.* At iam oſtendimus, voluntatem eum oſtendere qui cùm in familia fundum relinquere iuſſus ſit, patitur tamen vt ad extraneum perueniat ab inteſtato *ex l. penult. §. matre de leg. 2. l. 3. l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill.* Sed finge ſi voles ita eſſe vt prohibita alienatione extra familiam nõ cenſeatur prohibita ſucceſſio inteſtati, niſi eo demum caſu quo adiecta ſit ratio illa *quia volo fundum in familia remanere*, nego tamen rectam eſſe conſecutionem, ſi quis ex eo inferat, fideicommiſſum ergo purum eſſe. Nam ſi purum eſſet, non ſufficeret relinqui in familia, niſi proximioribus relinqueretur vt diximus. Quid igitur inferre poſſis? Hoc vnum duntaxat, Adiectam rationem illam facere vt augeatur, vel vt ita dicam multiplicetur fideicommiſſi conditio, hoc eſt, vt huic fideicommiſſo quod perpetuam illam conditionem habet, ſi teſtatoris voluntati non parebitur, non ea tantùm conditio ineſſe videatur, quæ alioqui ſola ineſſet, ſi fundus in extraneum ex contractu alienabitur, aut ſi ex teſtamento, vel qua alia vltima voluntate transferetur in extraneum ab inteſtato non ſucceſſurum, ſed illa etiam, ſi ad extraneum quemlibet fundus peruenerit ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, vt omnibus his caſibus fideicommiſſi petitio familiæ competat. Cæterùm non ideò minùs conditionale eſt fideicommiſſum, imò eo magis quo pluribus
13 abundat conditionibus. † Et ſanè multum intereſſe fatendum eſt in prohibita alienatione extra familiam an teſtator rationem illam ſubiiciat, de qua noſtri tractant. *quia volo vt in familia mea relinquatur*, an potiùs ita ſcribat *quia fundum illum familiæ relinquo*. Hoc enim caſu admittam libentiſſimè videri fideicommiſſum purè & abſolutè relictum familiæ ita vt poſt nominatos quibus teſtator alienationem prohibuit omnimodo admittantur proximiores, in caſum ſcilicet, vt diximus, vulgarem, nec ſi in poteſtate prohibitum eum ordinem quem à teſtatore præſcriptum lex interpretatur peruertere, id eſt facere quin proximior ſuccedat cùm verbis diſertis fideicommiſſum familiæ relictum proponatur, *d. §. in fideicommiſſo d. l. vlt. C. de verb. ſignific. l. codicillis. 18. in princip. de annuis legat. d. l. heredes mei. 57. §. peto. D. ad S.C. Trebell. l. cùm pater. 77. §. penultim. de legat. 2.* At cùm teſtator ita ſcribit *quia volo vt fundus in familia relinquatur*, etiamſi nulla præcedat alienationis prohibitio, non idcirco relinquit ipſe fundum familiæ, ſed hæredis fideicommittit vt relinquat, ac proinde in eius arbitrio ponit cui velit relinquere dummodo vni ex familia relinquat quantumlibet remotiori, ac ſi vnum ex familia eligere iuſſus eſſet *vt in*
d. leg. vnum ex familia. 97. de legat. 2. † Quam diſtinctio- 14
nem à noſtris animaduerſam non fuiſſe mirandum eſt, quos videas in quæſtione iſta tractanda tam diligentes extitiſſe, & ſubtiles, vt diſtinguendum crediderint, an prohibitæ extra familiam alienationis rationem teſtator ſic conceperit *vt in familia relinquatur*, an ita potius *quia volo vt in familia relinquatur*, quaſi plenior & exuberantior ſit hæc ſcriptura quàm illa. Quod tamen prorſus improbabile & abſurdum eſt. Si quo enim caſu fideicommiſſum purum induci poſſet ex prohibitione alienationis induceretur vtique in ea ſpecie quam Scæuola tractat *in d. l. penult. §. inſtituto de legat. 2.* vbi teſtator ita dixerat. *Volo ædes non vendi neque fænerari ſuper eas? ſed manere eas firmas ſimplices filiis meis & nepotibus per vniuerſum tempus.* Et tamen non niſi conditionale fideicommiſſum eſſe apertiſſimè ſcribit Scæ-
uola cùm negat fideicommiſſi nomine teneri patrem fi- 15
lius, niſi fideicommiſſi conditio extiterit. † Adde Iuſtiniani conſtitutionem *Nouell. 159. Vt reſtit. fideic. vſque ad vnum gradum*, quæ hoc ipſum euidentius comprobat. Nam cùm proponeretur quidam teſtamento prohibuiſſe alienationem fundi extra familiam & codicillis id confirmaſſe expreſſa clauſula his verbis, *propterea quòd hoc ſuburbium & ædes ſitum ſitaſque intra portam. &c. omnia & perpetuo velim permanere in familia mea neque vnquam de nomine meo egredi*, negat Iuſtin. vllum ex iis verbis induci fideicommiſſum, niſi ſecuta alienatione. Ideóque nimirum contendebatur in ea ſpecie, An qui permiſſu Principis alienauerat videretur feciſſe contra voluntatem necne, vt ſciretur an poſſet aliis voluntarias alienationes obiicere. Ideóque illud etiam, quod ibidem Iuſtinianus diſputat: An qui teſtamento ſubſtituerat impuberi filiæ matrem videretur offendiſſe iudicium teſtatoris, quaſi non reliquiſſet in familia. Id enim ſignificant verba illa §. nos verò, *quamuis nemo ſucceſſorum glorioſæ memoriæ Hierij circa voluntatem eius deliquiſſet.* Sed & Iuſtiniano placet admittendas perſonas matris & vxoris tanquam quæ ſint de familia, adeóque præferendas Alexandro qui ſolus ſupererat de nomine defuncti. Cùm tamen ſi familiæ relictum eſſet fideicommiſſum purum, non eſſent illæ admittendæ quandiu alij ſupereſſent de nomine teſtatoris. Non enim ſunt de nomine quamuis conſtitutum ſit à Iuſtiniano vt computentur in familia & poſſint ex fideicommiſſo ſuccedere ſicut & gener & nurus poſt cæteros omnes extinctos: *d. l. vlt. C. de verb. ſignif.* Itaque concludendum eſt nunquam ex alienationis prohibitione induci præciſum fideicommiſſum purum & abſolutum, quibuſcúnque tandem verbis iubebat teſtator, vt fundus familiæ relinquatur. Niſi relinquat ipſemet familiæ.

Caput XV.

Prohibitus extra familiam alienare an poſt denuntiationem alienare impune poſſit.

SVMMARIA.

1 *Variæ differentiæ inter purum, & conditionale fideicommiſſum.*

2 *Propoſitam initio quæſtionem per diſtinctionem ab Interpretibus allatam non benè decidi poſſe, & alia diſtinctione opus eſſe.*

3 *Fundi alienatione extra familiam ſimpliciter prohibita, prohibitum cæteris ex familia denunciare, iiſque recuſantibus extraneo vendere poſſe.*

4 *Teſtatore*

4 *Teſtatore autem adiiciente velle ſe vt fundus in familia relinquatur, non licere prohibito poſt denunciationem extraneis vendere.*

5 *Huius iuris ratio redditur.*

6 *An ſi valeret denunciatio in præiudicium eorum quibus facta eſt, iis quoque quibus denunciatum non eſt nocere poſſet?*

7 *Denuntiationem factam illis qui ex familia iam nati ſunt non poſſe nocere naſcituris.*

1 AN † autem purum ſit fideicommiſſum, an condicionale permultùm refert ſcire: Non ob eam duntaxat differentiam, quam diximus quòd cum purum eſt, omnimodo præferuntur proximiores, cùm verò condicionale, ſufficit relictum eſſe vni ex familia vt proximiores excludantur. Sed etiam quia cùm fideicommiſſum familiæ relictum eſt per verba tractum temporis habentia, puta cum teſtator ita ſcripſit *Relinquo familia mea fundum Titianum vt in familia perpetuo remaneat*, fideicommiſſum perpetuum eſt, nec quarto gradu concluditur, ſed in infinitum vſque extenditur. At cùm conditionale eſt, nec inducitur niſi ex contrauentione, non vltra quartum gradum extendi poteſt. Ita vt iis qui in quinto gradu ſunt alienare impunè liceat *Nouell. 119. Vt reſtit. fideicomm. vſque ad vnum grad. Inſt. §. in fideicommiſſo, leg. omnia aliàs. l. cùm ita. 32. de legat. 2. l. vlt. C. de verb. ſignific.* Subiiciunt noſtri exceptionem, niſi teſtator prohibitionis cauſam illam expreſſerit, quod velit fundum perpetuò remanere penes deſcendentes ſuos. Quaſi altior ſit *deſcendentium* quàm *familiæ* appellatio *ex l. vlt. C. de ſuis & legit. hær. l. cognoſcere. 56. §. vlt. de verb. ſignific.* Omnino abſurde vt apparet *ex l. pronunciatio. 195. §. familiæ. 2. eod.* Niſi ex aliis coniecturis alia probetur voluntas teſtatoris, vt puta ſi deficientibus deſcendentibus ex familia ſua voluerit fideicommiſſum tranſire ad aliam familiam ordine ſucceſſiuo. Quod &
a ex interpretibus nonnulli tradiderunt † Alia etiam inter purum & conditionale fideicommiſſum differentia eſt, de qua hoc capite breuiter aliquid dicere viſum eſt. Cùm fideicommiſſum familiæ relictum eſt condicionaliter, ſi teſtatoris voluntati non parebitur, Placet noſtris eum, cui prohibita alienatio eſt poſſe denunciare cæteris omnibus qui ſunt de familia paratum ſe vendere, vt emere ipſi poſſint ſi volent, Eo ſcilicet pretio quod extraneus offerat ſi non excedat iſtum ne quid fraude fiat & dolo malo Poſt quam denunciationem ſi nolint cæteri de familia emere liberum eſſe denuncianti vt vendat extraneo impunè *ex l. qui Romæ. 122. §. cohæredes. de verbor. obligat.* Cùm autem fideicommiſſum purum eſt non poteſt huiuſmodi denunciatio facere, vt eo magis permittatur alienatio, quandoquidem inuito denunciante futurum ſit vt fundus iſte in familia gratis aliquando relinquatur, aut ſi non relinquatur, fideicommiſſi perſecutione repetatur. Eáque fuiſſe creditur opinio Bartoli & Aretini. *de. §. cohæredes.* Mihi tamen probabilius videtur ſolum non aliam fuiſſe eo loco Bartoli ſententiam, ſed etiam alia diſtinctione totam quæſtionem hanc concludendam eſſe. † Nam ſi teſtator prohibuerit duntaxat alienari
3 fundum extra familiam, nec iuſſerit vt in familia relinquatur, fateor poſſe prohibitum denunciare cæteris, iiſque recuſantibus extraneo vendere, quia cum non ſint hoc caſu vocati per fideicommiſſum cæteri de familia, niſi ſub ea conditione, ſi fundus inter viuos alienabitur extra familiam, vt diſputauimus in ſuperioribus. Conſequens eſt vt ſi nihil imputari poſſit alienanti, nulla ex eiuſmodi alienatione naſcatur fideicommiſſi petitio *arg. l. vnum ex familia 67. §. ſed etſi fundum. leg. peto. 69. § prædium de legat. 2.* Quid porro imputare poſſis ei qui non prius alienet extra familiam *arg. d. §. cohæredes.* Nam quod quidam obiiciunt non aliam ob cauſam prohiberi alienationē à teſtatore quā vt fundus in familia remaneat. Ideóque prohibita ſolū alienatione idē iuris obſeruari debere acſi hoc ipſū expreſſū eſſet, vt fundus in familia remaneret, nó puto verè dici Poteſt enim fieri vt alienationem extra familiā teſtator prohibuerit ea mente vt ne liceret alienare in extraneū liberè, ignorantibus, & irrequiſitis illis de familia, quos ſcilicet voluerit in emptione præferri. Proinde lis requiſitis & recuſātibus, nō offenditur voluntas teſtatoris ſi in extraneum venditio conferatur. Quaſi pro impleta habenda ſit venditio familiæ oblata, cum per familiam ipſam ſteterit, quominus ſit impleta *arg. l. iure ciuili. 24. de condic. & demonſtr. l. Labeo. ſcribit. 50. D. de contra. empt.*
† At ſi voluerit teſtator, vt fundus in familia relinqua- 4
tur, non poſſū probare quod Dynus putat licere prohibitu vendere extraneis poſt denuntiationem, ſed eo libentiùs in ſententiā Bartoli, vt illi ipſi quoque quibus denunciatū fuit vt emerēt, poſſint collatā in exterū venditionē retractare ex cauſa fideicommiſſi *l. ſeruo legato. 69. § 1. de legat. 1. l. vlt C. commun. de legat.* † Non quòd fi- 5
deicōmiſſum hoc purum ſit vt Bartolum ſenſiſſe vulgò autumant, ſed quia condicionem eam habeat ſi non in familia fundus relinquetur, quæ conditio non eo minùs exiſtit quod interpellati illi qui erant de familia emere noluerant. Cur enim cogantur emere quod eos gratis conſequi voluit teſtator? Itaque cùm nihil imputari eis poſſit cur non emerint, non poteſt perinde res haberi acſi emiſſent, indéque fit vt contra teſtatoris voluntatem feciſſe videatur is, qui fundum in familia non relinquit *d. §. fratre l. peto, & §. ſed etſi fundum l. vnum ex familia de legat. 2.* † Sed etſi valeret denun- 6
ciatio in præiudicium eorum, quibus denunciatum eſſet, aliis tamen quibus denunciatum non fuiſſet nocere poſſet, puta qui in familia poſt denontiationem concepti eſſent, & editi. Nam quemadmodum ſi omnes de familia conſentirent vt fundus venderetur extraneo non noceret ea res naſcituris, ſed tamē conſentientibus, vt noſtri tractāt *ad l. quoties ab omnibus 11. C. de fideic.* Ita conſenſū illū tacitū ex recuſata per eos, quibus denunciatū eſt, emptione inducēdū, ſolis iis quibus denunciatū eſſet, non etiā cæteris nocere oporteret. Cùm enim iuſſit teſtator fundū in familia relinqui, aut remanere, aut cōſeruari, conſtat fideicōmiſſū hoc habere tractū tēporis *l. filiam. 16. in fin. de aur. & argent. legat.* cēſerique vocatos poſt mortē prioris honorati, etiā eos qui moriente teſtatore nondū nati, at ne quidē concepti fuerint, ad decimum ſaltem vſque gradum ſi non repugnet voluntas teſtatoris, quia ſufficit vt natus ſit vel cōceptus fideicommiſſarius eo tempore quo condicionalis fideicommiſſi condicio exiſtit *l. cùm pater. 77. §. hæreditatem filius de legat. 2. l. intercidit. 59. l. eum qui poſt. 104. de condic. & demonſtr. l. 1. §. ſed & eius de l. 3. l. interuenit. 14. de l. præſt.* Quāuis ex ſupradicta Iuſtiniani conſtitutione Nouell. 159. inductū ſit cōtra iuris veteris rationē, vt fideicommiſſum huiuſmodi vltra quartū gradū non exten-
datur. † Ex quibus apparet denunciationem factā illis 7
de familia iam natis, non poſſe nocere naſcituris, quominùs fideicommiſſum quandocunque petant ſi fundus in familia non relinquetur, ac proinde nec prodeſſe denuncianti, quo magis liberum ei ſit poſt denunciationem extraneo vendere. Quòd ſi fideicommiſſum purum eſſet puta ſi teſtator ipſe fundum familiæ reliquiſſet, ſanè multò magis admitterem quod noſtri volunt, non idcirco poſſe fundum vendi extraneo, quòd eum emere noluerint illi de familia, quibus ſcilicet omnimodo præſtandus erat ex fideicommiſſo non vendendus. Neque habet meo iudicio hæc pars diſtinctionis vllam dubitationem.

CAPVT XVI.

Explicatio §. filiam l. pater. 38 de legat. 3.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter reciprocum & graduale fideicommiſſum.*
2 *Reciprocum non inter alios admitti poſſe quàm eos qui in fideicommiſſo concurrunt.*
3 *Reciprocum fideicommiſſum quodnam dicatur?*
4 *Cur in ſpecie* d. §. filiam *virilem duntaxat portionem non autem integrum fideicommiſſum verna ſuperſtes habeat?*
5 *Quò pertineat* l. virilis. 145. de V.S.
6 *Per* virilem partem in d. § filiam *non totum fideicommiſſum ſed certam eius particulam intelligi.*
7 *Cuiacij coniectura & ratiocinatio ad* d. §. *examinatur.*
8 *Vera eius loci difficultas & enodatio.*
9 *Ius fideicommiſſi potentius eſſe quam ius accreſcendi.*
10 *An quia ex l. ſi unum conſtitutione legari a legatario poteſt, legati ſubſtantia & natura immutata ſit?*
11 *Quænam diſtinctio* in d. §. *ad eius difficultatem tollendam adhibenda ſit?*
12 *Teſtatorem* in d. §. *non iuſſiſſe vt in familia vernarum fideicommiſſum perpetuo remaneret.*
13 *Species & interpretatio* §. duobus d. l. pater. 38.
14 *Quo ſenſu dicatur ex his verbis* veto ædificium de nomine meo exire, *fideicommiſſum graduale & reciprocum induci?*

1 Differentia † eſt inter fideicommiſſum graduale & reciprocũ. Quotieſcumque teſtator prohibet alienari fundum extra familiam, cenſentur in caſum alienationis gradatim vocati ad fideicommiſſum illi de familia hoc eſt proximiores primo loco, deinde remotiores, ſiue iuſſerit teſtator fundum in familia relinqui, ſiue nõ. Ideóque in caſum vulgarem non fideicommiſſarium, vt proximo capite diximus. Itaque huiuſmodi fideicommiſſum ſemper graduale eſt Non tamen ſemper reciprocum, ſed inter eos duntaxat qui ſimul vocantur, quòd ſint vel æquè proximi vel ſimul vocati *leg. cùm pater 77. § libertis de leg. 1.* Quod & Accurſius ſenſit ad §. inſtituto *l. pen. eo. tit.* † Reciprocum enim fideicom-
2 miſſum non inter alios admitti poteſt quàm qui in fideicommiſſo concurrunt, alioqui non eſſet duplex ſed ſimplex, nec videretur alterutet de portione ſua alteri reſtituenda rogatus: cum inter eos, qui ordine & ſucceſſiuè admittuntur priores quidem de reſtituendo poſterioribus grauari poſſint, ſed non poſteriores de reſtituendo prioribus *l. peto 69 §. fratre eod. tit.* † Dixi reci-
3 procum eſſe fideicommiſſum quod ex alienationis prohibitione inducitur inter eos, qui ſimul vocati ſunt, quoniam licèt ſint ex diſparib. gradibus, ſimul tamen admittuntur non ſeruata graduum diſtinctione, quæ alioqui inter illos, qui nominati non ſunt ſeruanda eſſet ratione eorum, qui in eodem gradu conſtituti eſſent quo ipſi nominati *in l. omnia. 31. alias l. cùm ita §. in fideicommiſſo*
4 *eo* † At videtur obſtare maximè quod Scæuola reſpondit *in l. pater 38. §. filiam. de leg. 3.* Si fideicommiſſum ita relictum ſit *veto ædificium de nomine meo exire, ſed ad vernas meos, quos hoc teſtamento manumiſi pertinere volo*, Defuncta hærede, & legatariis vernis vno tamen ſuperſtite, ad vnum illum, qui ex vernis ſupereſſet, virilem duntaxat pertinere. Cur non enim totum ad eum pertineat, ſi fideicommiſſum eſt reciprocum, vt nos volumus? Quare nec poteſt Accurſius hoc conquere, at quod mirum eſt, ſic Scæuolam intelligi, vt ad vernam illum ſuperſtitem totum ædificium pertineat, cum tamen non niſi virilem pertinere Scæuola diſertè reſponderit. † Abutitur autem eo quod *in l. virilis 145. de V.S.* ſcriptum eſt, virilis appellatione interdum etiam totam hæreditatem contineri. Pertinet enim ea lex, vt 5
inſcriptio demonſtrat ad legem Iuliam Papiam, quæ cùm de virili hæreditatis parte locuta eſſet, monet Vlpianus poſſe virilis appellatione interdum totam hæreditatem contineri, puta ſi tota hæreditas ad vnum perueniat *arg. l. ſi duobus. 16. §. 5. de leg. 1.* † Cæterùm virilis 6
nomine de ea tantum parte Scæuolam ſenſiſſe, quæ ad vernam ſuperſtitem ex proprio fideicommiſſi capite peruenerat, ex illo apparet, quòd ſic propoſita erat quæſtio, An ad eum totum fideicommiſſum pertineret. Ad quam cùm reſpondeat virilem pertinere, adeóque adiiciat *virilem partem* conſequens eſt, vt non totũ pertinere crediderit, nec ſatis mirari poſſum tam abſurdam & improbabilem Accurſij interpretationem à Bartolo, & cæteris ferè omnibus melioris notæ interpretibus probatam fuiſſe. † Subtilius videri poſſit quod Ia- 7
cobus Cuiacius lib. 11. Obſeruat cap. 4. tradidit, ea ratione niti reſponſum illud Scæuolæ, quòd proponetur fideicommiſſum relictum veriùs nominatim, ſicut & ipſis nominatim relinquenda erat libertas ex lege Caninia. Nominum verò nuncupationem facere partes ab initio, acſi ſingulis ab initio quaſi diuiſim partes adſcriptæ eſſent *l. ſi Titio. 7. de leg. 2. l. vxorem. 41. §. agrũ plagam de legat. 3. l. plané 34. §. ſi coniunctim. de legat.* itaque ideò impedire ius accreſcendi, quod nunquam locum habet niſi inter eos qui concurſu tantum partes faciunt *l. 3. D. de vſufr. accreſc* non etiam inter illos, qui ab initio partes habent, aut habere intelliguntur *d. l. ſi duobus. 16. in princip. de leg. 1. & d. § ſi coniunctim.* Niſi, 8
inquit ille, teſtator apertè inducat ius accreſcendi, puta ſi adiiciat *donec ad vnum totum fideicõmiſſum perueniat, vt in l. Lucius Titius. 89 §. Lucius Titius. de leg. 2. l. codicillis 34 in princ. de vſufr. legat. l. libertis 108. de condic. & demonſtr.* Aut niſi teſtator iubeat eligi vnum ex familia, quo caſu fideicommiſſum quod omnes de familia petere poſſent nemine electo, ad vnum ſolum pertinere poteſt, nimirũ ſi moriente eo qui eligere debuit ſolus vnus de familia ſuperſit *d. l. vnam ex familia. § rogo.* Sed tamen ſi ſubtiliùs intueare, non poteſt interpretatio hæc, & viri doctiſſimi opinio ſatisfacere propoſitæ dubitatio-
ni † Non enim de illo quærimus, cur ex his verbis *ad vernas meos quos hic teſtamento manumiſi ad ſuum meum pertinere volo* Inducatur ius accreſcendi inter eos libertos, ſed cur ex illis generalioribus *veto ædificium de nomine meo exire*, non inducatur reciprocum fideicommiſſum inter omnes fideicommiſſarios, præſertim in caſum vulgarem ne alioqui eueniat vt fundus de nomine exeat contra teſtatoris voluntatem. Id enim eſt quod facit dubitationem *ex dict. l. vnam ex familia. § ſed etſi fundum* vbi ſcriptum eſt eiuſmodi verba inducere fideicommiſſum non modo reciprocum, ſi fortè plures ſimul eſſent vocati vt *in dict. § libertis*, ſed etiam graduale in fauorẽ proximiorum de familia ſi ab eo fundus alienetur qui ſolus prior admiſſus fuerat vt & *in dict. § fratre.* † 9
Potentius enim eſt ius fideicommiſſi quàm accreſcendi: nec cùm teſtator iubet præmorientium partes ad reliquos pertinere *vt in dict. l. cùm pater §. volo de leg. 1.* Idcirco inducit ius accreſcendi, tametſi *accreſcendi* verbum vſurpet *vt in l. codicillis. 34. de vſufruct. legat.* ſed potiùs ius fideicommiſſi, vt ex ſupradictis locis apparet iunct. l. verbum *volo 10. C. de fideicommiſ. & §. vlt. Inſtitut. de ſingulis rebus per fideicommiſſ. rel.* Non enim facere teſtator poteſt vt in portionibus agnitis ius accreſcendi locum habeat, contra naturam & receptiſſimam regulam iuris accreſcendi *l. vnic. §. his ita definitis C. de caduc. tollend. l. 1. §. interdum de vſufr. accreſcend.* nec niſi per viam fideicommiſſi poteſt grauari legatarius aut fideicommiſſarius vt rem ſibi iam acquiſitam alii reſtituat: qua ratione inductum erat iam olim vt à legatario legare non liceret, ſed tantùm fideicommittere

mittere Tit. *De ſingul.reb.per.fideicommiſſ.relict.apud In-*
10 *ſtit.*† quod etſi hodie correctum eſt vt videtur *ex l.2.in*
fin.C.commun. de legat. non in eo tamen inducta corre-
ctio eſt, vt hnc obiter moneamus, quod legari à legata-
rio nunc poſſit, quaſi immutata natura ipſa & ſubſtantia
legati, ſed quòd ex illa Iuſtiniani conſtitutione factum
ſit, vt quicquid legatum eſt. fideicommiſſum cenſeatur
quoties fideicommiſſi natura amplior eſt, & ad conſer-
uandam defuncti voluntatem aprior: quomodo videtur
ſanè aptior in propoſito, cùm ea fuerit teſtatoris volun-
tas vt in legaro iam acquiſito legatarium oneraret, ac
proinde in re ipſius legatarij propria: quod tamen cum
per viam legati & imperatiuè fieri non poſſit, conſe-
quens eſt vt fiat per viam fideicõmiſſi & verbis precariis.
Quod vereor ne à noſtris non ſatis bene perceptum ſit.
Sed & cùm teſtator iubet eligi vnũ ex familia, & fidei-
commiſſum, nemine electo, totum peruenit ad eum
qui ſolus de familia ſupereſt, moriente eo qui eligere
debuerat, non fit id, quòd huiuſmodi fideicommiſſum
ſit reciprocum, ſed quia ſit familiæ relictum: familiæ au-
tem appellatione alius contineri non poſſit, quàm qui
ſolus ſuperſit eo tempore quo condicio exiſtat *d.l. vn ũ*
ex familia §. rogo. & d.l.cùm pater §.hereditatem filius de
11 *legat.1.*† Igitur reſpondendum eſt ad *dict.§.filiam.* Mul-
tum intereſſe an teſtator ita ſcribat *Veto ædificium de*
nomine meo exire ſed ad vernas meos pertinere volo. en ita
potius *volo vt ædificium meum ad vernas meos pertineat*
nec vnquam de nomine meo exeat, aut quod idem eſt *ip-*
ſumque de nomine exire veto. His ſiquidem poſterioribus
caſibus induceretur ſanè inter collibertos vernas fidei-
commiſſum reciprocum, ita vt ad eum qui ſolus ex ipſis
ſupereſſet totum peruenire deberet, etiamſi à præmor-
tuis pro ipſorum partibus agnitum proponeretur, hoc
eſt non in caſum vulgarẽ duntaxat, ſed etiam in caſum
fideicõmiſſi, quantumuis nominati vernæ fuiſſent, quo-
niam ſpecialis ea nominum expreſſio impedire quidem
ius accreſcendi fortaſſe poteſt [quod tamẽ an perperuò
verum ſit ſatis obſcurum eſt, & alio loco fuſiùs tractan-
dum] ſed non ius reciproci fideicõmiſſi, quod vel inter
diſiunctiſſimos quoſque locum habere poteſt. Priore
verò caſu non cenſetur ea verba appoſita ad inducen-
dum perpetuum, reale, & reciprocum fideicommiſſum
inter collibertos, quibus ſcilicet nihil teſtator prohibuit,
ſed potius ad grauandam filiam hæredem de ædificio
illo poſt mortem ſuam vernis reſtituendu. Verum enim
eſt quod & Cuiacius ſupradicto loco obſeruauit, videri
in ea ſpecie ad fideicommiſſum vocatos vernas libertos,
12 poſt mortem filiæ, *vt & in l.ſpecies.25.D.de aur.& argent.*
legat.† Cæterum vt in familiis vernarum perpetuò fidei-
commiſſum remaneat, non idcirco iubet teſtator, quo-
modo ſanè iuſſiſſe videretur, ſi ab ipſis vernis petiiſſet
ne vnquam de eorum nomine ædificium exiret *d. §. ſed*
13 *etſi fundum*,† & hac ipſa *l.pater §.duobus*, vbi cùm duo-
bus hæredibus inſtitutis Sticho & Erote libertis, teſta-
tor ita cauiſſet *Fundum Cornelianum de nomine meo exire*
vero, Reſpondet Scæuola Si vnus ex hæredibus Stichus
ancillam teſtamento liberam eſſe iuſſerit eidémque par-
tem ſuam fundi legauerit, poſſe Erotem & cæteros
Stichi collibertos ex cauſa fideicommiſſi eius fundi par-
tem à Stichi hærede petere propterea quòd non con-
tineatur liberta illa liberti appellatione libertorum te-
ſtatoris *l.alimenta.16.§.1. De alim.legat.* Hos enim ſolos
ad fideicommiſſum inuitaſſe intelligitur *arg.d.§.fratre in*
fin.& l.ſi cognatis.19. de reb.dub. Niſi poneres libertum
liberti ex prioris teſtatoris voluntate libertatem conſe-
cutum *d.l.cùm pater § fides hæredum meorum 11.de l.2.* Sic
enim & rectiſſime locos illos Accurſius, Bartolus, & cæ-
14 teri intellexerunt. † Illud tamen ſummopere notãdum
eſt, quod dicimus ex his verbis *veto ædificium de nomine*
meo exire induci fideicommiſſum & graduale & reci-
procum, ita accipiendum eſſe, vt nihilominus, qui ex re-
ciproco admittuntur præferantur cæteris ex graduali
admittendis, ſi non apertiſſima ſit contraria voluntas
teſtatoris. Nempe quòd ex reciproco tacito ij demùm
admittantur, qui ſimul vocati ſunt, hoc eſt qui vel in
eodem aut pari gradu conſtituti ſunt, vel ſimul nomina-
ti, quos proinde cæteris in gradu remotioribus nec æquè
nominatis præferri æquum eſt *arg.l. cohæredi.41. qui de-*
ſcretas de vulg.& pupill.ſubſtit. Neque obſtat quod ſcri-
ptum eſt *d.§.duobus*, ad partem Stichi admittendos cum
Erote cæteros. collibertos non nominatos. Id enim fit
quia perinde erant illi de familia, nec remotiores in
gradu, cùm inter plures eiuſdem teſtatoris libertos gra-
duum diſtinctio nulla eſſe poſſit.

Capvt XVII.

Ad l. hac edictali C. de ſecund.nupt.

SVMMARIA.

1 *Vtrum præcipuam legitimam habere debeat filius prioris matrimonij, tum in reliqua hæreditatis partem admitti pro virili? vbi tres caſus ab Interpretibus diſtinguuntur.*
2 *De tertio caſu, quum ſcil. filio minus relictum eſt quàm ſecundo coniugi, non tamen minus legitima.*
3 *An ſecundo caſu, quo tantundem filio quantum ſecundo coniugi eſt relictum, filius legitimam præcipuam habere debeat?*
4 *Quænam ſit in hac quæſtione receptior Interpretum ſententia eiu que ratio?*
5 *An filius, à quo fideicommiſſum in diem vel ſub conditione relictum eſt, duas quartas detrahere poſſit?*
6 *Refutatur recepta illa circa ſecundum propoſitæ quæſtionis caſum ſententia, & mens Imperatorum* in d. l. hac edictali *aperitur?*
7 *Filium qui ex ſemiſſe inſtitutus eſt tantundẽ habere quãtum vitricus ex alio ſemiſſe ſcriptus aut nouerca, licèt in ſemiſſe filij legitima ipſius portio confundatur.*
8 *Dicta conſtitutione non id egiſſe Imperatores vt per ſecundi coniugis perſonam filij legitima augeretur, ſed tantùm ne minueretur.*
9 *Verſiculum* ita tamen d.l. *hac edictali, non pro filio ſed pro vitrico & nouerca facere, contra receptam Interpretum ſententiam probatur.*
10 *An legitima quam filio pater in teſtamento reliquit, ex iudicio patris, an verò ex legis prouidentia ad filium peruenire cenſenda eſt?*
11 *Cur nouiſſima Iuſtiniani lege iubeatur pater filio legitimam inſtitutionis titulo relinquere.*
12 *Alia ratione probatur, omni omninò caſu filij legitimam in eam partem imputari oportere quam habere debeat æqualem cum vitrico & nouerca.*

IN † huius conſtitutionis tractatu elegans illa occurrit 1
quæſtio magnis inter noſtros contentionibus agita-
ta, vtrum præcipuam legitimam habere debeat filius
prioris matrimonij, tum in reliquæ hæreditatis partem
admitti pro virili. In qua magis communiter probatum
eſt, diſtinguendum eſſe An filio nihil relictum ſit aut
minus legitima, An tantum quantum ſecundo coniugi,
an denique minus ſupra legitimam tamen. Sic enim
adiiciendum eſt, vt differat caſus hic tertius à primo. Si
nihil filio relictum ſit, aut minus legitima, vix eſt ex
interpretibus qui neget legitimam priùs detrahendam
eſſe. Ratione illa quòd dubitari non poſſit quin hoc
caſo legitimam habeat filius ex diſpoſitione legis,
non ex iudicio teſtantis. Proinde cùm lex prohi-
beat ne plus pater materve donet ſecundo coniugi
quàm filio prioris thori, abſurdum putant imputari in
portionem filij id quod vel inuito parente ex ſolo legis
beneficio

beneficio conſequat[illegible]r. † Terti[illegible] caſu ad p[illegible] proxime accedit hoc [illegible] cu[illegible] h[illegible]o [illegible] relictum eſt quam ſecundo co[illegible]ug[illegible] tamen m[illegible] legitima, al[illegible]ratio eſt, quibuſ[illegible] [illegible] [illegible] cui nu[illegible] pater in legitima [illegible] non p[illegible] patris conqu[illegible], [illegible] [illegible] portionem q[illegible] [illegible] aut nouerc[illegible] [illegible] habere debeat, [illegible] quid [illegible] habet [illegible] parentis. Frequentior [illegible] [illegible] [illegible] receptum eſt, vt hoc et[illegible] [illegible] legitima prius detr[illegible]tur, non [illegible] quòd vitricus aut n[illegible] [illegible]a minùs [illegible], ſed etiam odio parentis [illegible] ad ſecund[illegible] tranſgr[illegible] vota, ſecundum coniu[illegible] plus quam filium prioris [illegible] dilexerit, quæ res fa[illegible] vt nouercalibus detrimentis aut vitricalibus [illegible] eam voluntatem excortam eſſe [illegible]

3 candum ſit. † Secundus ſupereſt caſus multo dubitabilior, ſi tantundem fili[illegible] quantum ſecundo coniugi fuerit relictum. Pl[illegible]rique enim putant legitimam quoque fil[illegible] præcipuam eſſe debere, hac vna ratione qu[illegible]d perpe[illegible] verum ſit debe[illegible] ea[illegible] ex legibus, potius quam ex iud[illegible]cio teſtatoris, [illegible] aturque beneficium iſtud le[illegible] ipſi adimi, ſi in ſuam portionem cogatur legi[illegible]mam [illegible]putare, nec plus auferat ex [illegible] parenti quam ext[illegible]ius, cui nulla legitim[illegible] debetur. Et ſanè fieri non poteſt vt computata legitima æquales ſint [illegible]iugis & filij portiones, quin fil[illegible]us aut à lege aut à parent[illegible] minus quàm vit[illegible] vel nouerca conſequatur. Atque hunc ſenſum eſſe arbitrantur illius verſic. *ita tamen vt*

4 *quarta pars q[illegible] e[illegible] [illegible]em liberis debetur ex legibus nullo modo minuatur.* † Sed tamen receptior eſt contraria ſententia. Cuius illa potiſſimùm ratio aff[illegible]rtur, quòd hoc caſu non poſſit filius [illegible] conqueri ratione legiti[illegible]æ, quam integram habeat, & plus quàm legitimam, qui [illegible]licet, ſi [illegible] [illegible] inſtitutus cum vitrico, vel nouerca, ſemiſſem hæreditatis obtinet, nec rurſus agere conditione ex *l.hac ed[illegible]*, quia nihil à parente qui filium cum ſecun[illegible] con[illegible]ge ex æquis partibus hæredes ſcripſit, factum v[illegible] poteſt contra legem, quæ ali[illegible] non [illegible]xig[illegible] [illegible]us ſecundo coniugi [illegible]am filio prioris matrimon[illegible] d[illegible]tur. Quæ ratio ceſſat, [illegible]um inæqualiter & minore ex parte inſtituto filio, & ſecun[illegible]a vota contrahentis nuptias, & coniuncta ſec[illegible]ndi coniugis odia ind[illegible]cium poteſtatem conſtitutionis. Tunc enim cùm certum ſit conſtitutioni locum eſſe, ſola [illegible] quæſtio ſupereſſe poteſt, vtrum in legitimam imputare [illegible] filius debeat quod accipit ex beneficio legis nonæ. in qua quæſtione verius eſt vt imputare non debeat, quod

5 à ſola lege accipit in odium & contra voluntatem parentis. † Cui noſtrorum traditioni non valde diſſimile illud eſt quod vulgo tractant filium à quo fideicommiſſum in diem vel ſub conditione relictum eſt, duas quartas detrahere, qui ſi purè grauatus eſſet, non niſi vnam detrahere poſſet, Propterea quòd purè relicto fideicommiſſo, neſcio poſſit vtrã quartam priùs detrahere filius debeat, altera alteram [illegible]oncurſu præpediente. quod non contingit c[illegible]m fideicõmiſſi conditionalis vel in diem relicti ratio ſuſpen[illegible]it Trebellianicæ detractionem, ſola adhuc [illegible] legitima. Atque ita noſtri vt dixi ratioci-

6 nantur. † M[illegible] [illegible] men iuris rationem legiſque verba intuenti hæ diſtinctiones placere nunquam potuerunt. Video enim & imperatorum Leonis & Antem[illegible] *in d.l. hac ed[illegible]* h. & Iuſti[illegible]iani *in §.optimè Nouell.*22. *De nupt.* mentem illam eſſe, vt liceat marito ſecundam vxorem ducenti, vel mulieri ſecundo nubenti, donare ſecundo coniugi ſiue inter viuos ſiue in vltima voluntate tantũ quantum filio ex prioribus nuptiis ſuſcepto, prohibeatur autem duntaxat ne plus ſecundo coniugi quam filio relinquat. Item vt ſi parens contra fecerit & ſecundo cõiugi plus quàm filio reliquerit, reuocetur quod im[illegible]moder[illegible] geſtum eſſet hactenus, vt legis poteſtate reducatur omnia ad eam æqualitatem quam obſeruare parens debuerat. Arqui negari non poteſt tantundem habere filium, qui ex ſemiſſe [illegible]ſti[illegible]tus eſt qua[illegible] [illegible]itricus ex [illegible] [illegible] [illegible]ipeus aut nouerc[illegible]. Habe[illegible] enim ſinguli ſe[illegible] [illegible]. † Nec quod in ſe[illegible]iſſe filij legitima 7 [illegible] [illegible] conſi[illegible] [illegible] facere pote[illegible], vt a parent[illegible] minùs habere vi[illegible]tur, cùm haud dubie h[illegible]c ipſum quod p[illegible] legitima hab[illegible] a parente habeat, ſitque abſurdiſſimum d[illegible]re, ob h[illegible] [illegible] quod parens filio legitimã [illegible]nquere cog[illegible] [illegible]ibus, non eſſe imputandã eam p[illegible] [illegible] quã [illegible] [illegible] par[illegible] filio r[illegible]inquere ex [illegible]. Al[illegible]qui [illegible] [illegible]pli[illegible] portionis ſi id [illegible]inquen[illegible] [illegible] pa[illegible] ad ſecunda vota tranſiens [illegible]aretur, Vtriusque [illegible] legitimã quantitatẽ aſcendea[illegible], [illegible]terius quæ ſupra le[illegible] [illegible] [illegible]la eſſet, maior [illegible] [illegible] ex comparati[illegible] [illegible] portionis quæ ſecundo coni[illegible] data proponeretur. In quo lo[illegible] fieret iniuria parẽti [illegible] quo ſatis ſeuer[illegible] in eo agitur, quod non ſolũ [illegible] le[illegible]timam filio non ingrato relinquere co[illegible] [illegible]ur, [illegible] etiam ſecun[illegible]o coniugi p[illegible] quàm filio [illegible] prohibetur. Cùm tamen ſi extraneum prorſus [illegible] [illegible] hominem in tota hæreditate inſtituere [illegible] [illegible] à l[illegible]gitima filio relictã idipſum facere impunè p[illegible]ſſet. Quid verò eſt quod an plus inducere aut extorq[illegible] [illegible]beat odium vitrici vel nouercæ niſi vt deterior [illegible] [illegible] [illegible]onditionis quàm ſi eſſent prorſus extranei, a ſedque ſi veles, de ipſo teſtante mal[illegible] meriti? Et certè [illegible] poſito, iure eueniret vt nunquam æquales fierẽ p[illegible] [illegible] filij ſecundique coniugis portiones, filio ſempeẽ præ[illegible]puam legitimam habente, [illegible]quereturque neceſſa[illegible] [illegible] abſurdum illud, quo[illegible] noſtr[illegible], qu[illegible] ſi abſurdum non ſit fa[illegible] [illegible]guntur, vt ſi [illegible]am legitimam filio parens relinqueret, nihil planè ſecundo coniugi dare poſſet, quaſi nihil prorſus filio reliquiſſet, qui ſolam ei legitimam dediſſet. Quo tamen quid abſurdius quæſo dici poteſt aut iniquius? Taceo quod legis verba repugnant ma-

8 nifeſte. † Neque enim id egit Leo aut Iuſtinianus vt per ſecundi coniugis perſonam filij legitima augeretur, ſed tantùm ne minueretur: vt conſtat ex ſupradictis illis verbis *vt quarta pars quæ ei [illegible] liberis debetur ex l[illegible]bus nullo modo minuatur.* † Tantùmque abeſt 9 [illegible] verſiculus quo noſtri potiſſimùm mouentur, faciat pro filio, vt ex [illegible] apertiſſimum ſit adiectum eum [illegible] pro vitrico & nouerca. Nam cùm in præcedentibus con[illegible]tum eſ[illegible] vt non plus ſecundo coniugi d[illegible] poſſet q[illegible] datum [illegible] ex liberis qui minus hab[illegible] con[illegible]quens erat vt ſi [illegible] filius aut nihil aut minus legitima donatu[illegible] [illegible] nihil quoque poſterior coniux habere deberet, aut ſalt[illegible]m minus quam ſerat legitima quæ filio debetur. Id verò n[illegible]quis diceret, placuit Leoni itémque Iuſtiniano, vt quemadmodũ non poteſt parens filio minus relinquere quam ſit legitima, ita nec poſſit ea portio quæ ſecundo coniugi relicta eſt ad minorem reduci quantitatem quàm quantum in filij legitimam venire nec[illegible] ſit eſt vt omni caſu ad concurrẽtem vſque ſaltem legitimã reducatur ex beneficio legis, quod nouercæ vel vitrico ſupra modum fuerat donatũ. Itaque vel ex eo maximè verſiculo apparet, etiam cùm nihil aut minus legitima filio prioris thori relictum eſt, non tamen ex eo fieri vt plus conſequi filius debeat quàm ſi legitimam à patre integram habuiſſet, ſed vt contra perinde maritus tantum habeat quantum eſt in filij legitima acſi nulla filio in legitima iniuri[illegible] facta fuiſſet, quia nec pro facta habetur, quæ fieri non potuit. Quod ipſum non contingeret ſi filius eo caſu præcipuam legitimam haberet, quam di[illegible]mus ex præceptore noſtr[illegible]rum ſententia non detrahi præcipuam cùm filius & vitricus, aut nouerca ſunt æqualiter inſtituti. † Sed & falſiſſimum eſt, quod noſtri pro vero 10 habent, legitimam quam filio pater in teſtamento reliquerit non tam ex patris iudicio, quàm ex legis prouidentia ad filium peruenire. Etſi enim lex f[illegible]cit vt filio qui ingratus probari nequeat, legitimam omnimodo relinquere patri compellatur, non tamen

recta conſecutio eſt, ſi ex eo inferas filium cui patris
teſtamento legitima relicta ſit, nec videri eam habere
à patre ſed à lege. Nam imò verò habet à patre qui eam
reliquit, nec quicqoam cauſæ eſt, cur in legitima filio
danda lex ſe interponat, cùm pater vltro pietatis officio
functos eſt, vt taceam non eſſe credendum patrem filio
legitimam relinquere voluiſſe, vt legis neceſſitati ſatis
faceret potiùs, quàm vt paternæ pietatis officium im-
11 pleret. † Hinc nimirum fit vt nouiſſima Iuſtiniani lege
iubeatur pater filio relinquere legitimam titulo inſti-
tutionis *Nouell. 115. Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud
quoque capitulum*, nempe vt digniore ac pleniore titulo
filius legitimã ex iudicio parentis conſequatur. Hoc verò
cur ita? Aut quid referret an inſtitutionis, an legati iure
filio legitimam parens daret, ſi à lege ſola, non etiam
à parente filius legitimam habere intelligeretur? Quin
etiam, quod magis mirũ eſt ſi filio nõ quidẽ nihil ſed ta-
men minus legitima relictũ ſit, placet noſtris, nec malè,
ex teſtamento deberi id quod ſupplementi nomine debe-
tur, & condictionem ex Iuſtinianea l. *omnimodo C. de
inof. teſt.* quæ competit ad ſupplementum, actionis ex
teſtamento, iure & nomine cẽſeri. Quanto igitur ma-
gis verum eſt, ex teſtamẽto peruenire legitimã ad filiũ
ſi eam pater ipſe teſtamento integram reliquerit, ſiue
ſub nomine legitimæ ſiue ſub nomine portionis hære-
ditariæ legitimam aut adæquantis aut excedentis? Quod
ſi fateare acquiri eam ex teſtamento, Rogo fieri ne po-
teſt vt quod ex teſtamento acquiratur, non etiã ex teſta-
12 tis iudicio acquiratur? † Denique obſeruare noſtri de-
buerunt, non ſic Leonẽ aut Iuſtinianũ locutos eſſe vt
dicant reducendã ſecundi coniugis portionẽ ad eã quan-
titatẽ quã habet is ex liberis qui minus habet ex parẽtis
iudicio, ſed qui minus habet *ex parentis ſubſtantia*. Sic
enim diſerte Iuſtinianus loquitur *in d. §. optimè* Porrò
non eſt qui neget aut negare poſſit, habere filium ex
patris ſubſtantia quod habet pro legitima etiã cùm ſo-
lo legis beneficio legitimam habet vel inuito parente
hoc eſt cùm nihil prorſus ei parens reliquit. Ergo vel
hæc vna ratio probat apertiſſimè, Omni omnino caſu
legitimam filij in eam partem imputari oportere quam
habere debeat æqualem eum vitrico aut nouerca *ex d. l.
hac edictali*, nec præcipuam filio vnquam eſſe. Tametſi
alio iure nos vti non ignorem, vt in Codice Sabaudico
ſcribemus.

Capvt XVIII.

An doli exceptio bonæ fidei iudicium faciat quod priùs fuit ſtricti iuris. Ad l. Seia. 42 D. de mort. cauſ. donat.

Svmmaria.

1 *Refellitur Cuiacij ſententia affirmatiuè ad hanc quæ-
ſtionem reſpondentis.*
2 *Abſurdum fore ſi iudicia omnia quæ ſui natura ſunt
ſtricta, oppoſita dumtaxat doli exceptione aut repli-
catione bonæ fidei iudicia fierent.*
3 *Qui fiat vt per doli exceptionem non minus condemne-
tur actor qui dolum admiſit, licèt ſtricto iudicio a-
gat, quam ſi bonæ fidei iudicio experiretur?*
4 *Dolum, qui in contractibus ſtricti iuris ab actore admiſ-
ſus eſt tantam vim non habere, vt negotij vel contra-
ctus illius naturam mutare poſſit.*
5 *Species* l. Seia. ff. de mort. cauſ. donat. *à Cuiacio ob-
tecta.*
6 *Vindicationem bonæ fidei iudicium non eſſe.*
7 *Quæſtio ex illius legis ſpecie emergens.*
8 *Papiniani ſuper hac quæſtione ſententia.*
9 *Verba illa* d. l. Seia bonæ fidei autem iudicio conſt.
tuto ad exſecutiuè, non ſubiunctiuè intelligenda eſſe.
10 *Cur in d. l. iudicium vendicationis non poſſit ab initio
ſtrictum eſſe, ſubindeque fieri bonæ fidei propter op-
poſitam doli exceptionem?*
11 *Verba illa, bonæ fidei autem iudicio conſtituto non
ad iudicium vindicationis, ſed ad conditatu petitio-
nem referenda eſſe.*
12 *Hæreditatis petitionem ex frequentiore prudentum ſen-
tentia iam tum bonæ fidei maiorum conſentaneum fuiſſe.*
13 *Duo Cuiacij argumenta aduerſus ſuperiorem dictorum
verborum explicationem diluuntur.*

Viden † clariſſimum virum, & primum ætate noſtra 1
ſine controuerſia iuris magiſtrum Iacobum Cuia-
cium *lib. 3. Obſeruat. cap. 17. & lib. 8. cap. 16.* in ea eſſe
ſententia, vt exiſtimet exceptionem doli item que re-
plicationem, quæ ipſa etiam exceptio eſt, facere iudiciũ
bonæ fidei ex ſtricto. Quæ fuit vetus Dorothei Græci
interpretis annotatio *ad leg. Seia. 42. D. de don. cauſ. mort.*
ab eodem Cuiacio relata, & aduerſus alium Græcum in-
terpretem, qui Dorotheum reprehenderat, defenſa.
Quod ſi vere rectéque dicitur, illud ſtatim conſequens
fieri videtur, non aliud referre an contractum quemli-
bet bonæ fidei eſſe dicamus, an ſtricti iuris Cum in iis
etiam quæ ſtricti iuris ſunt, exceptio itemque replica-
tio doli locum habeat. † Sic enim fiet, vt iudicia omnia 2
quæ ſui natura ſunt ſtricta, fiant bonæ fidei oppoſita
dumtaxat exceptione aut replicatione doli. Id verò mihi
nunquam probabile viſum eſt, ſed longe durius quam
vt admitti poſſe putem, non ob id ſolum, quod ſecundũ
hanc ſententiam euenturum ſit vt contractuum om-
nium iura & præſtationes confundantur, ſed etiam, quia
iuris ratio nullo modo patitur vt doli exceptio quæ ſoli
reo accommodatur, actori quoque prodeſſe debeat, ad
conſtituendum bonæ fidei iudicium, quod alioqui ſtri-
ctum eſſet Nam extra cauſam exceptionis doli quæ bo-
næ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe dicitur *l. ſed etſi 21.
D. ſolut. matr. l. huiuſmodi 84 §. qui ſeruum de legat. 1.* nemo
dubitat quin reo longè incommodius & oneroſius fu-
turum ſit ſi iudicio bonæ fidei quam ſi ſtricto conde-
mnatur. propter præſtationes, quæ, vt dixi ex iudiciis bo-
næ fidei multo pleniores fiunt & vberiores, ſiue obli-
gationis iure, ſiue officio etiam iudicis quod in actio-
nib. bonæ fidei locum ſibi vendicat, non etiam in ſtri-
ctis. Quis verò admittat, ob id meliorem actoris condi-
tionem fieri debere, quod aliquid dolo fecerit, & ex ea
cauſſa paſſus ſit doli exceptionem? † Non inficior 3
doli exceptionem facere, vt condemnari non mi-
nùs debeat actor qui dolum admiſit, licèt ſtricto iudicio
agat, quam ſi bonæ fidei iudicio experiretur. Sed nego
id fieri ex vi & æquitate iudicij. quaſi quod bonæ fidei
effectum ſit. Contendo fieri ex poteſtate & præſcripto
formulæ, quæ continet doli exceptionem: & in qua ta-
men non eo magis addi debeant verba illa *ex fide bona*
quæ in omnibus bonæ fidei iudiciorum formulis adde-
bantur, vt reo perindeatque actori, quantùm æquitas &
bona fides poſceret faueretur: tamen actoris potius gra-
tia, & commodo addebantur, vt ampliorem ferret con-
demnationem: Abſurdum autem fuiſſet, ob additã & op-
poſitã doli exceptionem pleniùs condemnari reum cui
exceptio doli prodeſſe omnino debuiſſet. Et verò cùm 4
ex natura ſola negotiorum quæ geruntur, deſcendat illa
contractuum differentia vt alij bonæ fidei, alij ſtricti
iuris eſſe exiſtimentur, nemo non videt dolum, qui a ſti-
pulatore aut fœnebris pecuniæ creditore admiſſus fuit,
quique doli exceptionem peperit, non vſque adeo ne-
gotij naturam immutare poſſe, vt non ſemper ſtricti
iuris contractus manere debeat, qui ab initio talis fuit.
Semper enim verum eſt agi ex ſtipulatione aut condi-
ctione certi ex mutuo, quæ actiones non poſſunt eſſe
nõ ſtrictæ Duo tamẽ iuris loci ſunt, qui virũ doctiſſimũ
fefellerunt, & de quorũ ſententia nobis ideò breuiter

dicendum

dicendum eſt. Primus *eſt in d.l.Seia 42.D.de mort.cauſ.do-*
5 *na.* Alter *in l.3.C.de except.* † Papinianus eleganti illo re
ſponſo quod extat *in d.l.Seia*, proponit Seiam bonis ſuis
omnibus Titio donationis cauſa ceſſiſſe, traditionibus
etiam factis: ſibi tamen vſumfructũ recepiſſe, & conue-
niſſe vt ſi Titius ante ipſam vita deceſſiſſet, proprietas
ad eam rediret: ſi poſteà ſuperſtitibus Titij liberis mor-
tua fuiſſet, tunc ad eos bona peruenirent. Defuncto Ti-
rio viua Seia, duplex actio Titij hæredibus competere
6 videbatur. † Vna in res ſingulas, quæ vindicatio eſt, quã
conſtat bonæ fidei non eſſe, quia neque ex contractu
naſcitur, cuiuſmodi quæ non ſunt non poſſunt dari aut
competere ex bona fide. Altera in res vniuerſas, quæ alia
eſſe non poteſt quàm petitio hæreditatis, per quam vni-
uerſa hæreditas peti ſolet etiam cõtra eum qui vel mi-
nimam rem hæreditariã poſſidet, quia hæreditas eſt no-
men iuris *l.regulariter.9.cum l.ſeq.D.de petit.hæred.* Vtra-
que vt dixi, competere Titij hæredibus videbatur, quia
prior donatio in perſona Titij perfecta fuerit per domi-
nij tranſlationem, vt ſequitur apud Papinianum: ideóque
dominium rerum omnium, quas Seia donauerat & tra
diderat, in Titij hæreditate reperiebatur. Multum tamẽ
intereſt, an vindicatione agatur, an petitione hæredita-
tis. Si res ſingulas hæredes Lucij Titij vendicent, doli
mali exceptio erit neceſſaria, quia vindicationi quæ vt
diximus bonæ fidei non eſt, doli exceptio ineſſe nòn
poteſt. Opponetur autem ea exceptio non inutiliter,
quia licet dominium tranſlatum fuerit in Titium per
traditionem in donatione factam, dolo tamen faciunt
hæredes Titij qui eas res vendicant, non tamen propter
vſumfructum à Seia retentum [nihil enim prohiberet
ſaluo vſufructu dominium vindicari] quàm propter
conuentionem in donatione additam, vt ſi ante Seiam
Titius moreretur, dominium rerum donatarum ad Se-
iam rediret. Quæ conuentio cùm Seiæ ſi non poſſideret,
actionem datura eſſet, multo magis dabit poſſidenti re-
tentionem oppoſita doli exceptione. At ſi petitione
hæreditatis agatur quæ bonæ fidei actio eſt, non erit ne-
ceſſaria doli exceptio, quam diximus bonæ fidei iudiciis
omnibus ineſſe ipſo iure: ſed ipſius iudicij æquitate ci-
tra exceptionem hæredes Titij quaſi dolo malo & ad-
7 uerſus placitorum fidẽ agentes repellentur. † At illa
emerget quæſtio, An mulier hoc caſu cogenda ſit caue-
re ſe ea bona cùm morietur filiis Titij reſtituturam. Nã
& bonæ fidei iudiciorum natura illa eſt vt ex iis cautio
etiam ante tempus exigi ſoleat *l.in omnibus 41.D. de iu-
dic.* Quæſtionem in eo eſſe Papinianus putat, an dona-
tio, quæ prior in Lucium Titium collata fuit, cenſeri de-
beat iure donationis inter viuos, quæ ab initio certam
condicionem habuerit, an potiùs iure donationis cauſa
mortis. Nam priore caſu cautio deberetur, quia prior
donatio propter legem in exordio dictam retineri po-
tiùs quàm ſecunda promitti aut extorqueri videretur.
Poſteriore verò nulla cautio peti poſſet quia neque
prior donatio ſubſiſteret, quæ ſcilicet præmortuo dona
tario ſublata & extincta fuiſſet, neque ſecundæ ratio
vlla habenda eſſet, quippe quæ nondum in filiorum per-
ſona initium accepiſſet. Cautionem verò conſtat ei non
deberi, cui nihil omnino debetur, ſed ei demum qui ex
bonæ fidei contractu ſit creditor in diem, licet dies non-
8 dum venerit *d.l.in omnibus.l.pro ſocio 38.D.pro ſocio.* † In
eam autem ſententiam Papinianus procliuior eſt, vt pu-
tet mortis cauſa donationem factam videri. Ex quo in-
ferr ſolutam igitur eſſe priorem donationem Titio præ-
defuncto. Non enim videtur perfecta donatio quæ mor-
tis cauſa facta eſt, priuſquàm mors inſequatur *l.non vi-
detur 32.eo.tit.D.de mort.cauſ.donat.* Eadémque ratione
inferri etiam poteſt non competere in propoſita ſpe-
cie vindicationem hæredibus Lucij Titij, ne quidem
ſtricto iure, quoniam donatori potiùs vindicatio danda
eſt, cùm is caſus contingit, in quem conuenerat, vt do-
nata res ad donatorem rediret, etiamſi donatio ſic facta
fuerit, vt ſtatim res fieret accipientis *l.ſi mortis cauſa 29.
eod tit.* Proinde neque neceſſariam eſſe doli exceptio-
nem: Neque rurſus competere petitionem hæreditatis
contra Seiam, quia ſoluta priore donatione verum eſt
nihil eam habere ex Lucij Titij rebus hæreditariis, licèt
habeat res à ſe donatas Titio, & ſubinde à Titio, ad ſe
quoque reuerſas. † Et hæc ni fallor Papiniani ſententia 9
eſt nec valde obſcura, quam euidenter malè Cuiacius
accipit cùm verba illa *Bonæ fidei autem iudicio conſtituto*
quæ procul dubio aduerſatiuè intelligenda ſunt, mauult
intelligere ſubiunctiuè, de iudicio vindicationis, quòd
oppoſita exceptio doli mali fecerit bonæ fidei, vt idem
iudicium vindicationis, quod ſtrictum eſt, cùm obiicitur
doli exceptio, fiat bonæ fidei poſtquàm ea exceptio
oppoſita eſt. Secundum quam interpretationem eueniet;
vt Lucij Titij hæredes, qui vindicando res ſingulas nul-
lum ius habebant petendæ cautionis [neque enim iu-
dicium vindicationis tale eſt, vt ex eo peti poſſit cau-
tio, cùm non ſit bonæ fidei] hactenus condicionem
ſuam fecerint meliorem ob oppoſitam doli exceptionẽ;
quòd ab eo tempore cauendi onere obligatam Seiam
habuerint, quæ ſi doli exceptionem non obieciſſet, ca-
uendi neceſſitate nulla teneretur. Ita fit vt doli exceptio
ei commodum afferat, qui dolum fecit, noceat verò ei
per quem oppoſita eſt: quod non modo iniquum, ſed
etiam abſurdum eſſe, quis non animaduertit? † Neque 10
rurſum videre poſſum, qua ratione iudicium vindicatio-
nis aut aliud vllum poſſit ab initio ſtrictum eſſe, ſubin-
déque fieri bonæ fidei propter oppoſitam doli exceptio-
nem: Cùm exceptio adiiciatur à prætore in ea ipſa for-
mula per quam iudex datur, iudiciúmque conſtituitur,
& ante quam præſcriptam nec iudex vllus, nec iudi-
cium vllum eſſe poteſt. † Sed & verba illa *Bonæ fidei* 11
autem iudicio conſtituto, non ſic accipienda eſſe quaſi
iudicium vindicationis rerum ſingularum conſtitutum
ſit bonæ fidei per oppoſitam doli exceptionem, ſed ad
aliud iudicium vniuerſale referenda eſſe per quod peti-
ta ſint bona vniuerſa, quæ Lucio Titio Seia donauerat,
apparet manifeſtè ex ſequentibus illis Papiniani verbis
*quærebatur an mulier promittere debeat ſe bona cùm mo-
reretur filiis Titij reſtituturam.* Quænam enim obſecro, bo-
na, niſi ea ipſa, quæ per illud bonæ fidei iudicium pete-
bãtur? Atqui per vindicationem non bona petebantur,
quorum appellatio generalis eſt & vniuerſitatem quẽ-
dam denotans, ſed res ſingulæ. Sic enim habent præce-
dentia, *Igitur ſi res ſingulas hæredis Lucij Titij vendicent.*
Neque verò pluriũ ſimul rerum vna vindicatio eſſe fa-
cilè poteſt, ſed ſingularum. Singulis autem rebus peti-
tis, tametſi maximè concederem euadere vindicationẽ
in iudicium bonæ fidei propter oppoſitã doli exceptio-
nem, non tamen poſſet ea res facere vt vniuerſorũ bo-
norũ nomine cautio poſtularetur, quia nec vniuerſorũ
bonorum nomine iudicium bonæ fidei eſſet, ſed earum
duntaxat quæ vindicarentur. Ergo bonæ fidei iudicium
Papinianus ſine dubio intelligit petitionem hæreditatis,
per quam non res ſingulæ petuntur, ſed vniuerſitas bo-
norum, quæ ſunt ex hæreditate ſiue plures ſint penes
reum, ſiue vna tantùm. † Etſi namque videtur non ſatis 12
conſtitiſſe inter veteres iuris autores, an petitio hæredi-
tatis eſſet bonæ fidei, quia non magis quàm vindicatio
naſcatur ex contractu, ipſa tamen Iuſtiniani conſtitutio
qua cautum eſt vt bonæ fidei iudiciis omnimodo con-
numeretur: *l.vlt.in fin.Cod. de petit.hæred.§. actionum 12.
Inſtit. de action.* præfert ſatis fuiſſe frequentiorem illam
prudentum ſententiam, vt inter bonæ fidei iudicia cen-
ſeretur. Neque enim id conſtituit Iuſtinianus quaſi ius
vetus abrogans, ſed ne quid in poſterum dubitationis
ſupereſſet. Eiúſque rei argumentum ſumi poteſt *ex l.plà-
nè 38.D. de petit. hær.* vbi Paulus ſcribit in prædonis
quoque perſona habendam eſſe rationem vti-
lium impenſarum, ne petitor ex alia iactura lucrum
faciat: Idipſum autem officio iudicis contineri, nec

doli exceptionem deſiderari ; quod vtique falſum eſſet ſi petitio hæreditatis ex eorum eſſet iudiciorum genere, quæ ſtricta appellantur. Non enim eiuſmodi iudiciis exceptiones doli inſunt. Nec ſanè vllus in toto iure locus eſt ex quo poſſit cóiici Papinianum in diuerſa vnquam
13 fuiſſe ſententia † Quod autem Cuiacius obiicit, non fuiſſe cur Papinianus ſupprimeret nomen petitionis hæreditatis ſi de ea ſentiebat, parum certè vrget. Sciunt enim omnes quàm ſibi Papinianus placuerit in ea loquendi ratione, quæ à vulgaribus aliorum etiam prudentum verbis abhorreret. Neque facit ea res locum valde obſurum cùm alia nulla actio eſſe poſſit præter hæreditatis petitionem quæ & bonorum vniuerſitatem continere, & bonæ fidei iudicium eſſe poſſet: Præſertim cùm Papiniani temporibus nemo eſſet tam parum in iure verſatus, qui poſſet credere vindicationem eſſe bonæ fidei ſiue poſt oppoſitam doli exceptionem. Paris ponderis eſt alia illa obiectio, quod ſi petitione hæreditatis Papinianus intellexiſſet, non dixiſſet *conſtituto* ſed vel *inſtituto* vel *propoſito*. Namque è eleganter dicere potuit *inſtituto*. Siquidem bonæ fidei iudicium conſtituitur, cùm inſtituitur, accedente ſcilicet autoritate iuris ad voluntatem actoris, Alius non valde diſſimilis certè perinde improbabilis error fuit Iacobi Cuiacij. quod exiſtimauit arbitraria iudicia licèt neque bonæ fidei ſint, neque ſtricta, fieri tamen ex ſtrictis. Quem nos errorem alio loco refellemus. Reſtat vt aduerſus eundem Cuiacium dicamus de ſententia *l. 3. C de excep*. Non enim Cuiacij duntaxat, ſed cæterorum quoque ferè omnium interpretum vox illa eſt, Bonæ fidei iudiciis replicationes doli ineſſe.

Capvt XIV.

De replicationibus doli, quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe exiſtimantur. Ad l. 3. C. de except.

SVMMARIA.

1 *Replicationum & exceptionum differentia.*
2 *An quemadmodum doli exceptiones ita & replicationes bonæ fidei iudicijs inſint.*
3 *Exceptionem quæ bonæ fidei iudicio non ineſt & tamen in eo opponitur euertere & deſtruere iudicium bonæ fidei.*
4 *Exemplo res declaratur.*
5 *Quando locus ſit doli replicationi?*
6 *Exemplo declaratur, quomodo doli replicatio oppoſita bonæ fidei iudicium faciat.*
7 *Cur doli exceptio bonæ fidei iudicium non facit, quod ab initio non fuit?*
8 *Replicationem doli eo demum caſu bonæ fidei iudicium facere, quo iudicium bonæ fidei iam fuerit conſtitutum.*
9 *Reijcitur ratio à Cuiacio aliata pro reſponſo* d. l 3.

1 Replicationes † nihil aliud ſunt, quàm exceptiones: in hoc tamen ab exceptionibus differentes, quod à parte actoris veniunt. Semper enim replicatio idcirco obiicitur, vt exceptionem impugnet: Cúmque omnis exceptio & replicatio eluſoria ſit, exceptio actorem excludit, replicatio reum *leg. 2. D. de except.*
2 † Hinc præceps errandi occaſio non vulgarib. duntaxat interpretibus, ſed etiam doctiſſimis pleriſque viris, imò ni fallor omnibus. Nam Cùm certiſſimi iuris ſit doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ineſſe, vt diſertè ſcriptum eſt *l. ſed & ſi 21. D. ſolut. matr. l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum de leg. 1. l. ſi cui 71. §. 1. D. de furt.* eadem iuris & æquitatis ratione fieri putarunt, vt doli replicationes credi debeant etiam ineſſe, quaſi nihil hac parte replicationes ab exceptionib. diſtent. Ac quoniam nouum non eſt, vt oppoſita doli replicatio iudicium bonæ fidei faciat, quemadmodum ait *leg. 3. C. de except.* Inde viſum eſt eandem doli exceptionis poteſtatem eſſe debere, vt bonæ fidei iudicium facit, quod alioqui eſſet ſtrictum. Ego contra ſic ſtatuo doli exceptiones ineſſe bonæ fidei iudiciis, Replicationes non tamen facere bonæ fidei iudicium, Exceptiones nõ itẽ. Moueor primùm, quia quod in libris noſtris ſcriptum eſt de exceptionibus doli eas ineſſe bonæ fidei iudiciis, nuſquam ſimiliter de replicationib. ſcriptum eſt, Et è contrario quod de replicationib. proditum legimus, facere eas iudicium bonæ fidei, nuſquam de doli exceptionibus traditum reperitur. Sed multo magis me mouet ratio ipſa iuris, quæ mihi præcipua, & ſuprema lex eſt, ſempérque fuit, & erit. Nam ſi verum eſt quod diximus ex *l. 2. D. de except.* replicationi nunquam locum eſſe poſſe niſi præcedente exceptione, & replicationis vſum illum eſſe vt exceptionem impugnet, conſequens eſt, vt cùm replicatio obiicitur, nullum iam ampliùs bonæ fidei iudicium ſit, cui poſſit ea replicatio ineſſe. † Exceptio 3 enim quæ bonæ fidei iudicio non ineſt, euertit, & vt ita dicam deſtruit iudiciũ bonæ fidei, quia non poteſt videri ex bona fide agere is, qui iuſta exceptione repelli poteſt, nec bonæ fidei iudicium ſupereſſe cum exceptio quæ actori obſtat, talis eſt, quæ ipſi iudicio non inſit. † Finge 4 eum, cui centum ex cauſa vendiri debebantur, pactum fuiſſe de non petendo, & quidem ex interuallo. Nemo dixerit pacta ex interuallo facta de re ad contractus naturam non pertinente, ineſſe bonæ fidei iudiciis, licèt non eo minùs vtilia ſint ad producendam exceptionem *l. iuris gentium 7. §. quinimo & §. adeò D. de pact.* Ergo pacti exceptio neceſſaria erit emptori ad repellendum venditorem precium ex venditio petentem. Cum autem erit oppoſita, deſinet iudicium eſſe bonæ fidei, quia naturalis & ciuilis illa æquitas quæ faciebat vt emptorem venditori ex bona fide condemnari oporteret propter conuentionem, contraria conuentionis contrariæ æquitate diſſoluitur *l. Stichum aut pamphilum 95. §. naturalis. D. de ſolu.* Nã & pacta ſeruari æquũ eſt, quæ nec ſunt contra leges nec contra bonos mores. Si exceptio talis eſſet, quæ bonæ fidei iudicio ineſſe poſſet, vt puta pacti incontinenti appoſiti, & reb. omnib. integris, déque re ad contractus naturam pertinente, non eſſet, neceſſaria exceptio, quoniam æquitas iudicij citra exceptionem ad id quoque produceretur quod pacto comprehenſum eſſet: Nec proinde replicatio locum habere poſſet, quandoquidem vt dixi exceptionem præcedere neceſſe eſt vt replicationi locus eſſe poſſit. Etenim quæ æquitas poſſet inducere replicationem ad excludendum exceptionem ſi locus eſſet obiiciendæ exceptioni, ea facere debet, vt nihil eſſe videatur, quod æquitate iudicij ex parte rei ſit vindicandum. Itaque condemnandus eſt reus hoc caſu, non quaſi ex replicatione, ſed ipſius actionis iure, quaſi nullam habens pro ſe defenſionis & exceptionis æquitatem. Denique cùm ad idem iudicium exceptio ex parte rei, & replicatio ex parte actoris accommodetur, non magis poteſt fieri vt eidem iudicio bonæ fidei inſit exceptio pacti, aut alia ex parte rei, & replicatio doli ex parte actoris, quam vt idem ipſum ius & æquũ ſit & iniquum. † Tunc ergo 5 replicationi doli locus eſt, cùm exceptio præcedit quæ actoris quarumcúmque bonæ fidei iudicio agẽtis intẽtionem excludat, non ipſa iudicij æquitate, ſed proprio auxilio & ſeparato à contractu. Hoc verò cum ſit ſicuti tota poteſtas iudicij bonæ fidei elidebatur per extrinſecam exceptionem, Ita exceptionis vis & æquitas elidenda eſt per replicationem, Ea verò eliſa quid ſupereſt niſi vt iudicium bonæ fidei quod per exceptionem euerſum videbatur reſtauretur, & redintegretur? † Hoc igitur nimirum eſt quod ait *d. l. 3. C. de except.* 6 *Nam replicatio doli oppoſita bonæ fidei iudicium facit, & commentum fraudis repellit.* Finge pactum illud de non

peteodo

petendo quod ſuprà diximus à venditore factum ex interuallo, fuiſſe extortum per dolum. Exceptio pacti, quæ iudicium bonæ fidei eneruabat elidetur ipſa per doli exceptionem, atque ita cùm perinde futurum ſit acſi oppoſita non fuiſſet, quia replicatio datur non tam ad eam perimendam quàm ad excludendam, ſupererit iudicium venditi ſaluum & integrum, cuius poteſtate reus condemnetur quaſi nulla exceptione ſubnixus, nec quæ inſit iudicio bonæ fidei, nec quæ extrinſecus peti poſſit.

7 † At non idem de doli mali exceptione dici poteſt, vt bonæ fidei iudicium faciat quod ab initio non fuit, quia in hoc ipſum competit exceptio vt actionem excludat. Excluſa autem actione tantum abeſt, vt fieri poſſit bonæ fidei iudicium, quod ab initio fuit ſtrictum, vt neque ſtrictum neque aliud vllum iudicium ſupersit. Neque enim ſine actione iudicium vllum exerceri poteſt, neque admiſſa exceptione aliæ poſſunt eſſe partes iudicis, niſi vt actorem condemnet quaſi agentem ſine actione. Etſi enim actionem aliquam ipſo iure competere neceſſe eſt vt exceptioni locus eſſe poſſit, tamen ex quo admiſſa exceptio eſt, nulla actionis ratio haberi poteſt, non magis quàm ſi nulla ipſo iure vnquam competiiſſet. Non igitur eadem exceptionis, & replicationis ratio eſſe poteſt ad bonæ fidei iudicium conſtituendum. Et quamuis eadem eſſet ratio, non tamen inferre poſſes, Exceptionis doli eam vim eſſe debere, vt ex iudicio ſtri-
8 cto faciat iudicium bonæ fidei, quia nec replicationis doli ea vis eſſe poſſet † Nam quod dicimus replicationem doli facere bonæ fidei iudicium, ad eum duntaxat caſum pertinet, quo iudicium bonæ fidei iam fuerit conſtitutum vt in ſpecie *d. l. 3. C. de excep.* vbi agitur de iudicio tutelæ, Si enim poneres actum fuiſſe ex ſtipulatione, oppoſitam autem ſtipulatori exceptionem pacti, quæ per doli replicationem elidi poſſit, Non niſi abſurdè diceris, iudicium ex ſtipulatu quod ſtricti iuris eſt, euaſuru̅ in bonæ fidei iudicium propter oppoſitā doli replicationem. Quid enim aliud facere poteſt replicatio, niſi vt elidat exceptione̅? Eliſa verò exceptione quid ſupereſt niſi vt actio talis maneat, qualis erat ante oppoſitam exceptionem? Atqui erat ſtricta & ex ſtipulatu. Manet ergo ſtricta, quia & ex ſtipulatu actio ſemper eſt. Quæ cum ita ſint, non erat cur Cuiacius miraretur, & quæreret, quorſum *Imp. in d. l.* 3. dixerit, per doli replicatione̅ conſtitui iudicium bonæ fidei, cùm de actione tutelæ
9 tractaret, quæ ipſa per ſe bonæ fidei eſt. † illa verò multo ineptior ratio eſt, quam pro reſponſione ſubiicit, cùm ait non fuiſſe quidem in ea ſpecie neceſſariā exceptionem, nec replicatione̅, cùm bonæ fidei iudicium eſſet, ſed tamen ſi exceptio vel replicatio doli opponatur, iam actionem ipſam non tam per ſe quàm per exceptionem vel replicationem bonæ fidei conſtitui. Debuit ex contrario dicere, fuiſſe neceſſariam pacti exceptionem, cùm de pacto ageretur, quod non poterat videri pendêre ex contractu, quando nec actio ipſa tutelæ naſcitur ex co̅tractu, ſed ex quaſi contractu, nec proinde ineſſe actioni bonæ fidei à qua eſſet omnino ſeparatum. Non enim ſicut omnes doli exceptiones inſunt omnibus bonæ fidei iudiciis, ita & exceptiones omnes pactorum. Huiuſmodi autem exceptione contra bonæ fidei actionem admiſſa, atque ita euerſa iudicio bonæ fidei, neceſſariā fuiſſe doli replicationem, quæ exceptiones pacti vires ſubuerteret: quibus ſubuerſis iudicium priſtinum, quod per exceptionem, ſublatum videbatur, reſtitui, & quidem tale quale anteà erat. Ergo bonæ fidei. Quod cùm fiat viribus, & poteſtate replicationis, non malè dicitur per replicationem doli conſtitutum eſſe iudicium bonæ fidei, nempe quod alioqui nullum prorſus eſſet. Illud tamen omninò requiritur vt ab initio fuerit bonæ fidei, quia replicatio non tam illud conſtituit, quàm reſtituit, nec proinde nouam ei naturam, & firmam ingerit, ſed priſtinam, qualis fuit, conſeruat.

CAPVT XX.

Cur teſtamentum non valeat ſine hæredis inſtitutione, nec inſtitutio ſine aditione.

SVMMARIA.

1 *Non ſolam legis poteſtatem ſufficere potuiſſe vt rei legatæ dominium à teſtatore in legatarium transferretur.*

2 *Sed neceſſe eſſe induci perſonam quæ dominium habeat, hæredem ſcilicet qui defuncti domini perſonam repræſentet.*

3 *Rei tamen legatæ dominium à teſtatore recta via in legatarium interueniente ſcil. hæredis perſona transferri.*

4 *In quo eluceat legis poteſtas quæ totum ius teſtamentorum introduxit?*

5 *Rei legatæ dominium faciliùs hæredi adimi, quàm ab eo transferri.*

6 *In quo differat lex à naturâ.*

7 *Ratio perſonæ hæredis ad validitatem teſtamenti quænam fuerit?*

8 *Dominij continuationem non tranſlationem illam eſſe quæ fit à teſtatore in hæredem.*

9 *Cur teſtatoris & hæredis vna eadémque perſona eſſe credatur?*

10 *Dominia haberi non poſſe niſi continuatione aut acquiſitione.*

11 *Cur legis poteſtate factum non ſit vt dominium legati in legatarium continuaretur, non autem transferretur?*

12 *Licèt vnius teſtatoris plures ſint hæredes, non ideo minus ſingulos pro ſua portione defuncti teſtatoris perſonam repræſentare.*

13 *Cur vno hærede repudiante, aut pluribus, repudiantium portiones cohæredi qui ſolus adijt, vel inuito accreſcant.*

14 *Neceſſariam eſſe aditionem ad hoc ne legata intercidant.*

15 *Cur hæreditas non hæredis, ſed defuncti perſonam repræſentet?*

16 *Ad hæredis ius inducendum neceſſe fuiſſe hæreditatem induci in neceſſarium antecedens,*

17 *Cur in ſuis & neceſſarijs hæredibus nulla ſit hæreditas, nulla aditio, nulla delatio, & cur in extraneis ſecus obtineat?*

QVoniam fieri non poterat vt qui dominus non eſſet, dominium transferret, neceſſe fuit lege duodecim tabularum induci factionem teſtamenti, ſiquide̅ qui teſtatur, voluntate̅ ſuam declarat, de eo quod poſt mortem ſuam fieri velit *l. 1. D. qui teſta. fac. & poſſ.* & co̅ſequenter voluntatis ſuæ effectum in id tempus confert, quo non erit ampliùs dominus, quod ex ratione iuris non fit niſi inutiliter *l. Stichus 39. D. de manum. teſtā.* † Neque tamen ſola illa legis poteſtas ſufficere potuit, 1
vt ſi quid fortè teſtator legaſſet, dominium rei legatæ à teſtatore in legatariū transferretur. Omnis enim tranſlatio dominij neceſſariò requirit eſſe alique̅ à quo dominiū transferatur, & eſſe aliū in quem transferatur. Porro ſicuti non in aliū transferri poteſt quā qui nō erat antè dominus [ſemel enim dominus magis dominus fieri nō poteſt *l. non vt pluribus 159. de reg. iur.*] ita nec ab alio, quàm ab eo, qui illo ipſo inſtanti quo tranſlatio fit, dominus reperiatur. Inde fit vt cùm teſtator, qui quandiu vixit dominus fuit, morte amiſerit dominium, vt & cætera omnia, nequeat tranſlatio illa fieri mortuo teſtatore, quia qui mortuus eſt nullus eſt, vnde illud

quoque euenit quòd noſtri dicunt, Orcinū libertū nul-
lius libertū eſſe, quia defūcti libertus eſt. Et quẽadmu-
dum viuo teſtatore dominium non poteſt transferri in
legatarium, quòd nullusdum eo tempore ſit legatarius
in quẽ transferatur, ita nec teſtatore mortuo quia nullus
tum amplius teſtator ſit, qui transferat. Et ſicuti teſta-
tor viuus rei ſuæ dominium transferre noluit cùm poſ-
ſet. Ita nec mortuus poteſt, tametſi viuus voluerit. De-
nique vno caſu deficitur voluntate, alio poteſtate, vt
& in ſpecie *l. quoties 9. D. de hæred. inſtit.* Cùm tamen
ad dominium transferendum & voluntatem & poteſta-
tem transferendi concurrere oporteat *leg. multum
intereſt 6. Codic. ſi quis alter. vel ſibi.* Nec verò lex vlla
facere vnquam poſſit, vt dominium à non domino in
2 non dominum transferatur. Ergo vt is cui legatus eſt
fundus, fiat fundi dominus, neceſſe eſt induci perſo-
nam, quæ dominium habeat. Eam verò perſonam cùm
defuncti eſſe nequeat, qui, vt dixi, nullus eſt, talem
eſſe oportet, vt defūcti perſonam repræſentet, quando-
quidem qui defunctus eſt, verè quandiu vixit, dominus
fuit. Hinc ſcilicet ductum eſt ius & nomen hæredis,
cuius perſona eadem eſſe creditur, quæ defuncti, prop-
tereà quòd eiuſdem legis poteſtate, quæ legandi po-
teſtatẽ facit, ſuccedit ille in omnia iura quæ defunctus
habuit, aut illud ipſum idemque numero dominium
ſuccedendo nãciſcitur, quod fuit morientis teſtatoris. Da-
to enim hærede, id eſt vt nomen ipſum ſonat, domino
§. vlt. Inſt. de hæred. qualit. & differ. iam eſt perſona cui
lex dominiū rei legatæ poſſit adimere, vt trãsferat in le-
3 gatariū. † Dices, rei legatæ dominiū nõ ab hærede, ſed ab
ipſo teſtatore trãſire rectà via in legatariū, quaſi nūquã
factū hæredis: *l. à Titio 64. ff. de fur.* Fateor ſed id dico fieri
propter interuenientẽ perſonã hæredis, quæ ſi non eſſet,
tranſlatio illa fieri nullomodo poſſet. Etſi enim non trãſ-
fertur dominium rei legatæ in legatarium ab hærede,
quia nunquam cenſetur fuiſſe hæredis, cùm perinde
faciat legatarij rem legatam, vt hæreditas hæredis res
ſingulas: *l. legatum 80. de legat. 2.* [ſiquidem vtrumque
manat, & pendet ex eadem legis poteſtate] hæredis
tamẽ perſona ad hoc neceſſaria eſt, vt ſit cui adimi poſſit
dominium eo tempore, quo transferendum eſt in lega-
tarium. Tranſlatio namque fit in inſtanti, nec patitur
medium & vacuum tempus vllum eſſe inter illud inſtans
quo dominium ex vna parte amittitur, & inſtans quo ex
alia parte comparatur. † Ex quo apparet miram illam
4 legis poteſtatem quæ totū ius hoc teſtamẽtorum intro-
duxit, non eo ſolo elucere, quod permiſerit homini de
alienis quodammodo rebus teſtari, id eſt de ſuis quidem,
ſed in id tempus collata diſpoſitione quo non ſit ipſe
futurus dominus: nec rurſum in eo duntaxat, quòd præ-
tereà & hæreditatem & hæredis perſonam induxerit,
quæ defunctum repræſentaret, ſed in eo maximè quod
inducta hæredis perſona, vt eſſet cui dominium adime-
ret, nullum tamen hæredis factum requirit ad do-
minium transferendum, ſed ſolo teſtatoris facto con-
tenta eſt: vt pote in conſequentiam neceſſariam, ita
iã conſtituto iure vt teſtatori liceat de rebus diſponere
in id tempus quo erit mortuus, itemque vt hæres eadem
perſona ſit cum defuncto cuius factum idcirco non ſo-
lum improbare hæres nequeat, ſed & perinde haben-
5 dum ſit acſi ipſius hæredis factum eſſet. † Quod ſi rur-
ſum obiicias non magis fieri poſſe vt dominium rei le-
gatæ quod nunquam fuit hæredis, ipſi adimatur, quàm vt
ab eo transferatur, [transferri enim poſſe iam negaui-
mus] Reſpondebo imò faciliùs adimi, quàm transferri.
Transferri enim non poteſt niſi quod iam fuerit quæ-
ſitum, adimitur verò etiam quòd nunquam quæſi-
tum fuit, hoc ipſo, quod impeditur acquiſitio quæ
alioquin omnimodo & ipſo iure contingeret. Nec
mirum videri debet hanc ademptionis formam lege
& iure conſtitutam eſſe, cùm eadem lex illa ſit quæ
6 huiuſmodi acquiſitionis genus introduxit: † cùmque
in eo lex differat à natura, quòd lex operatur in inſtanti, 1
natura autem, quia factum requirit, non niſi in tem-
pore, quis miretur eodem inſtanti fieri, vt & hæres quis
fit, & dominium rei legatæ, quod alioqui ad hæredẽ ex
cauſa hæreditaria, & cum vniuerſa hæreditate peruen-
turum eſſet, transferatur à teſtatore in legatarium? Cæ-
terum adimi legatum hæredi, nec tamen ab hærede ip-
ſo transferri, apparet ex eleganti illa diffinitione legati
à Iureconſulto tradita *in l. legatum eſt, de leg. 1.* quæ ha-
bet nihil aliud eſſe legatum, quam delibationem hære-
ditatis, cùm ex eo, quod vniuerſum hæredis foret, alicui
collatum quid teſtator voluit. † Itaque perſonæ hæredis
neceſſariò inducendæ ad validitatem teſtamenti ratio
alia non fuit, quàm vt teſtator ipſe à quo fit dominij 7
tranſlatio per legem, propemodum adhuc viuere crede-
retur: ſuperſtite nimirum, qui ipſius perſonam repræ-
ſentaret, ne quicquam deeſſet, cuius defectu tranſlatio 8
impediretur: † Vrgebis fortaſſe dominium ipſius hære-
ditatis tranſire à teſtatore in hæredem ſola legis poteſta-
te, neque in eam rem aliam indueſ perſonam, quæ de-
functum repreſentet, ne in infinitum res abeat, ſi hære-
dis vnius habendi gratia alium hæredem fieri oporteret,
qui defuncti perſonam repreſentaret. At non reſpondeo
dominij continuationem eſſe non tranſlationem illam
quæ fit à teſtatore in hæredem, quoniam teſtatoris &
hæredis vna eadémque perſona eſſe intelligitur: Tran-
ſlatio autem ne intellectu quidem percipi poteſt, niſi
ab vna perſona ad aliam. † Cur autem teſtatoris, & 9
hæredis vna eadémque perſona eſſe credatur, non illa
ſolum ratio eſt, quæ ex ſuperiorib. colligitur, quòd ita
induci neceſſe fuerit vt legata cęteraque teſtamento re-
licta valerent, ſed etiam ne aliter poſito iure eueniret,
vt morte cuiuſque bona ſtatim quaſi nullius facta fie-
rent occupantis, atque ita inferretur iniuria non modò
creditoribus, ſed aliis etiã omnibus, ad quos aut ex voto,
aut aliqua miſerationis, vel ſucceſſionis ratione bona
peruenire debuiſſent. Ceſſante enim modo transferen-
di dominij, propter eas rationes quas attulimus, ſola ſu-
pereſſet ratio continuationis, quæ impediret, ne domi-
nium iacens videri poſſet. † Dominia ſiquidem haberi
non poſſunt, niſi aut continuatione, aut acquiſitione, 10
nec acquiri niſi tranſlatione aut occupatione. Conti-
nuatio porrò, vt dixi, eſſe non poteſt vbi plures ſunt
perſonæ. Indéque nimirum euenit, vt ſi de inteſtati
ſucceſſione quæratur, non alia ratio reddi debeat prop-
ter quam hæredem aliquem eſſe neceſſe ſit, qui defuncti
perſonam repræſentet non ſecus ac condito teſtamento
licèt eo caſu de legatis quæri non poſſit. † At rurſus 11
inſtabis, Quidni verò legis poteſtate factum eſt vt do-
minium legati continuaretur in legatarium, non trans-
ferretur? Iam reſpondi non poſſe continuationem fieri,
niſi cùm vna eadémque perſona eſt. Atqui teſtatoris &
legatarij perſonæ ſunt diuerſæ. Vnus enim teſtator eſt:
Plures verò poſſunt eſſe legatarij & res & verbis di-
ſiuncti, quo caſo quot legatarij, tot ſūt legata: Et præter-
eà legatarius etiamſi maximè vnus, & ſolus ſit, non in
vniuerſum ius defuncti ſuccedit; ſed in tantum quod
ad rem legatam pertinet: cùm tamen ſi eadem perſo-
na eſſet, eadem ipſa omnino iura habere deberet, quæ
defunctus habuiſſet. Eadem enim perſona, vt quid ha-
beat, & non habeat, fieri nullo modo poteſt. † Repli- 12
cabis, Poſſe ſimiliter vnius teſtatoris plures eſſe hære-
des. Fateor, ſed tamen non ideo minùs repræſentant
ſinguli vnius defuncti perſonam pro ſua quiſque por-
tione, quoniam vna tantùm hæreditas eſt, priuſ-
quàm adiretur, eiuſdem defuncti perſonam repræſen-
tabat, licèt vbi diuiſa eſt inter plures hæredes, tot ſint
hæreditates quot ſunt portiones hæreditariæ, quia hæ-
reditas quid homogeneum eſt, aut potius vniuerſale,
cuius partes æquè vniuerſales eſſe, id eſt in vniuerſo
conſiſtere neceſſe eſt. † Vnde illud quoque fit, vt vno 13
hærede repudiante aut pluribus, repudiantiū portiones

cohæredi

cohæredi qui ſolus adiit vel inuito accreſcant Non ratione illa quæ vulgo afferri ſolet, ne quis pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus deceſſiſſe videatur [quid enim ſi paterfamilias inteſtatus deceſſerit?] Sed quia fieri nequeat vt non ſint qui perſonam defuncti in totum & in ſolidum repræſentent, ſi quis vel minima ex parte repræſentet. Hominis enim perſona indiuidua eſt licet ius ipſum hæreditatis, per quod repræſentatio illa inducitur, diuiſionem recipiat ex portionibus hæreditariis, quia ſicut fieri non poteſt, vt quis alterius perſonam ſolus & pro parte duntaxat repræſentet, ita nec illud, vt vnius eiuſdemque hominis perſonam plures in ſolidum
14 repræſentent † Cæterùm ex eo quod diximus non poſſe valere teſtamentum, in quo hæres nemo inſtitutus ſit, illud etiam fit, vt neceſſaria ſit aditio ad hoc ne intercidant legata quæ teſtamento relicta ſunt. Non enim inſtitutio illa eſt, quæ hæredem facit, ſed aditio, quæ quandiu ſecuta non eſt, vere dicitur neminem eſſe qui defuncti perſonam repræſentet, & cui dominium poſſit adimi, vt à teſtatore in legatarium transferatur. Itaque inſtitutio facit teſtamentum, ſed aditio confirmat, ſine inſtitutione teſtamentum nullum eſt, ſine aditione deſtitui-
15 tur teſtamentum, quod fuit, & ab initio valuit † Apparet etiam ex ſuperioribus, cùr conſtitutum ſit vt hæreditas non hæredis ſed defuncti perſonam repræſentet. Nam cùm hæredis perſona ante aditionem non ſolùm nulla ſit, ſed etiam eius qui per aditionē aliquando futurus eſt, incerta, quia neſcitur, quis hæres, an nec an vllus futurus ſit: fieri non poteſt vt ad inducendam dominij continuationem, quæ prorſus neceſſaria eſt perſonæ hæredis ratio vlla habeatur cum dominiū non magis incerti, quàm nullius hominis eſſe poſſit. At defuncti perſona licèt reuera nulla ſit, tamen aliquando fuit, & quænam fuerit tam certum eſt, vt ad continuandum in ea dominium ſola fictione opus ſit quæ induceat vt ea perſona, quaſi adhuc eſſet, repræſentetur. Circa perſonam futuri hæredis quæ ſemper incerta eſt, nihil fingere lex poteſt propter incertitudinem, quia non minùs lex quā homo futuras res ignorat. † Inde illud etiā factum eſt vt 16
ad hæredis ius inducendum, neceſſe fuerit induci hæreditatem in neceſſarium antecedens, vt coniungi aliquādo poſſent inſtantia mortis & aditionis; Ne ſi vel minimo vllo inſtanti intermedio, dominium nullius fuiſſe videretur, poſſet fieri occupantis, nec ratio aliqua ſupereſſet aut continuandi eius aut transferendi in hæredem. † Hinc denique illud proficiſcitur, quod in ſuis & 17
neceſſariis hæredibus nulla eſt hæreditas, nullaque hæreditatis aut aditio aut delatio, quia cum ſtatim, & ipſo iure ſint hæredes, continuatur in eos dominium, nec indigent auxilio illo quo exteri hæredes, vt domini fiant *l. in ſuis 11. D. de lib. & poſth. l. in ſuis 14 D. de ſuis & legit.* Quod ſimiliter ad extraneos hæredes porrigi non potuit quibus vtique iniuria fieret ſi ſtatim & inuiti hæredes efficerentur, & alterius perſonam quam nollent repræſentare cogerentur, quantumuis locuples eſſet hæreditas. *l. 4. D. ad S.C. Treb.* Suis hæredibus nulla fit iniuria cum iam viuo patre ſint quodammodo domini, Dominium autem ſemel acquiſitum facilè continuetur, & ſua ſponte duret acquiſitum. Seruis verò multò minùs, quandoquidem quod ad ius ciuile attinet, pro mortuis & nullis habentur *l. quod attinet 7. de reg. iur.* Bonique conſulere debent, quod per hanc neceſſariæ ſucceſſionis rationem conſequantur libertatem iamque aliqui eſſe incipiant qui antea erant nulli.

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIAN SABAVDI SENAT. ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRÆSIDIS,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS LIBER DECIMVSQVINTVS.

CAPVT PRIMVM.

De iudiciis bonæ fidei, ſtrictis, & arbitrariis generalia quædam, nec minùs tamen ſingularia.

SVMMARIA.

1 *Perſonales tantùm actiones propriè ac pariter loquendo* actiones *dici poſſe.*
2 *Ex actionibus in perſonam fieri condemnationem, ex iis quæ in rem ſunt non item.*
3 *Quomodo in actionibus in rem iudex pronuntiare debeat?*
4 *Alia differentia inter perſonales & reales actiones, ratione temporis quod conuentis & iudicatis conceditur.*
5 *An quia in vindicatione reum conuentum ſi non poſſideat iudex abſoluere debet, poſſeſſorem condemnare poſſit?*
6 *Non quemadmodum abſoluere poteſt quiſquis condemnandi facultatem habet, ita viciſſim condemnandi ius habere, quiſquis poteſt abſoluere.*
7 *Declaratur* l. pen. ff de confeſſ.
8 *Quo pertineat vulgatum illud iuris axioma, iudicia omnia abſolutoria eſſe?*
9 *Præſtationes variè pro negotiorum & actionum natura in condemnationē in perſonalibus actionibus deduci.*
10 *Præſtationes quæ ex bonæ fidei iudiciis fiunt, ab obligationis iure ſeparandas eſſe.*
11 *Præcipua diſſimilitudo inter ſtricti iuris & bonæ fidei iudicia.*
12 *Quod naturales acceſſiones poſt litis conteſtationem in ſtrictis*

ſtrictis iudicijs præſtantur, non aliqua iuris ratione conſtitutum, ſed vulgo receptum eſſe.

13 *Cur non idem ea parte in vſuris quod in fructibus receptum ſit.*

14 *Refellitur Pragmaticorum ſententia ex Albmantium hodie paſſim à lite contestata tam vſuras quam fructus in ſtrictis iudicijs peti & adiudicari.*

15 *In arbitrarijs iudicijs condemnationem iure obligationis fieri non poſſe.*

16 *Quo iure condemnatio in illis fieri poſſit.*

17 *Explicatur arbitrariarum actionum definitio à Iuſtiniano tradita.*

18 *Sententiam* l. qui reſtituere ff. de R. V. *ad omnia interdicta & actiones tam in rem quam in perſonam ex quibus quid arbitratu iudicis non reſtituitur, pertinere.*

19 *Verba illa* d. l. in fin. ex quibus quid arbitratu iudicis reſtituitur *adiecta negatione legenda eſſe.*

20 *Alia coniectura ad verbum illud* reſtituitur.

21 *Iudicia arbitraria vberrimas, & pleniſſimas præſtationes recipere.*

22 *Formulas dandorum iudicum pro iudiciorum differentia aliter atque aliter concipi ſolitas fuiſſe.*

CVM † nihil aliud ſit actio quàm ius perſe-
1 quendi in iudicio quod ſibi debetur, indéque fiat vt ex obligationibus actiones tanquam effectus ex cauſis producantur apparet perſonales tantùm actiones propriè ac pariter loquentibus actiones dici poſſe. Nam quæ in rem comparatæ ſunt directæ vindicationes, non ex obligatione proficiſcuntur, ſed eo quod & dominus ſit is qui agit. Et qui conuenitur, ſiue poſſeſſorem proponas, ſiue nudum detentorem, reſtituendæ rei quæ petitur habeat facultatem. Nec aliud de hypothecaria iuris eſt, licet non competat niſi propter rem pignori obligatam. Illa enim obligatio afficit equidem rem ipſam quæ petitur, ſed non perſonam quæ conuenitur. Cuius conueniendæ nec alia ratio eſt, quàm quia poſſidet. † Inde ſequitur differentia perelegans inter actio-
2 nes quæ in perſonam, & eas quæ in rem ſunt, quòd ex illis fit condemnatio, ex his non item. Qui enim obligatus eſt ad aliud dandum vel faciendum, vt idipſum det vel faciat condemnandus eſt. Is verò qui nullo modo obligatus eſt, tametſi rem ſiue alienam ſiue alteri obligatam poſſideat quomodo aut ad quid fieri poteſt vt condemnetur? Itaque in rem actiones magis propriè appellamus petitiones ſi merè in rem ſint, aut perſecutiones ſi in perſonam quidem ſcriptæ ſint, ſed ad rem ipſam conſequendam *l. actio* 28. *D. de oblig. & act. iunct. l. nihil aliud* 51. *eod l. pecunia* 178. *§ actionis. D. de verb.*
3 *ſign.* † Quid ergo? Pronunciare iudex debet petitam rem eſſe aut in petitoris dominio, aut petitori obligatam, atque ita iubere vt eam poſſeſſor cum fructibus reſtituat. Si non pareat, tum demum condemnatio fit propter acceſſiones & fructus perceptos a tempore iudicati, de quibus nihil pronunciari tunc potuit cùm iudicatum eſt. Nam quod ad rem ipſam attinet ne tum quidem vlla fit condemnatio, cùm ſi reus eam habeat, manu militari ab eo auferenda ſit officio iudicis, & poſſeſſio in victorem transferenda. Planè ſi non poſſit reſtituere ſiquidem dolo fecit quominùs poſſit, is quantum aduerſarius in litem ſine vlla taxatione iurauerit condemnandus eſt; ſi verò nec poſſit reſtituere nec dolo fecerit quominùs poſſet, non plures quàm quanti res eſt, id eſt quanti reuera aduerſarij interfuit: *l. qui reſtituere* 68. *D. de rei vind.* Quanquam is locus mihi valde ſuſpectus eſt, & Tribonianum ni fallor magis quàm Vlpianum noſtrum redolens, vt ex iis quæ ſequenti fortaſſis libro dicemus intelligetur. † Inde il-
4 la etiam manat differentia, quòd iis qui perſonali actione conuenti ſunt, & condemnati, dilatio datur à lege & à iudice legem exequente, intra quam ſatisfaciant iudicato. Poſteriore [illegible] reſtitu[illegible] iuſſis non item, [illegible] ex [illegible] adeoque [illegible] ſatiſdatione [illegible] de [illegible] q[illegible] alius quàm [illegible] qui condemnatu[illegible] ablatio [illegible] vt explicauimus [illegible] lib. cap. 1. [illegible] non [illegible] condemnati † Dicit [illegible] 5
conuentus eſt non poſſ[illegible] al[illegible] iudicis par[illegible] poſſe quam vt reum abſoluat *d. §* [illegible] C[illegible] ergo poſt [illegible] condem[illegible] Si quidem d[illegible] eius eſſe condemna[illegible] cuius eſt al[illegible] R[illegible] 6
deo, quod ante me fortaſſis [illegible] con-
ceptâ eſt iuris regulam vt con[illegible] poteſt abſ[illegible], [illegible] ex contr[illegible] nare poteſt, abſoluere, etiam [illegible] poſſit [illegible] *dere id.* [illegible] id eſt vt qui damnat poteſt, [illegible] di quoque poteſtatem habeat, quomodo Paulus loquitur *in leg.* [illegible] *leg. p.* [illegible] *act.* [illegible] † [illegible] canus [illegible] miſſum 7
petere [illegible], & hæres conf[illegible] ſit debere, arbiter ad [illegible] tuer [illegible] an poſſit hæredem ab[illegible] Et [illegible] ea cauſa nihil d[illegible] tur, quia [illegible] non erat aut quo[illegible] hæres omne [illegible] apud [illegible] dixerat, [illegible] [illegible] fu[illegible] officio eum abſolutum: has eiu[illegible] partes eius [illegible] vt ſi in computatione [illegible] poſſit a[illegible] Nec eſt contrarium qu[illegible] addit. Si ex cauſ[illegible] arbiter nih[illegible] quòd nullum [illegible] commiſſum fuerit, non debere e[illegible] uere ſed ad prætore[illegible] potius [illegible] mittere vt abſ[illegible]. Id enim fit quia non ad id arbiter [illegible] de fid[illegible] miſſo cognoſceret an de[illegible], aut hær[illegible] ſed in id dun[illegible] at vt ſi[illegible] com[illegible], quod hæres con[illegible] in iure fuerat [illegible] A qu[illegible] pecunia [illegible] condemnato, reus [illegible] reti[illegible] erat vt condemnari [illegible], præ enim ab eo qui non [illegible] quam [illegible] arbiter dat[illegible], [illegible] caſu quo abſolui in iudicio [illegible] damnatus poteſt, id eſt ſi ſatisfecerit, [illegible] quod facere amplius poſſit. Cæterum [illegible] abſoluere poteſt quiſquis condemnan[illegible] habet, ita viciſſim poſſis dicere c[illegible] ius habere, qui quis poteſt abſol-
uere. † E[illegible] ſpectat quod vulgo antea dice- 8
batur, iudicia omnia eſſe abſolutoria, vt intelligeremus non ſimiliter omnia eſſe con[illegible], id eſt in omni iudiciorum genere abſol[illegible] reum poſſe, non æque condemnari, cum quædam eſſent in quibus condemnatio[illegible] locus fieri nullo modo poterat, illa nimirum quæ ſuper petitionibus & in rem actionibus non ſuper perſonalibus præterquam arbitrariis exercebantur, ſi arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis parere reus vellet. Tametſi non ignorem alio ſenſu nec fortaſſe tam probabili accep[illegible] id fuiſſe a Iuſtini[illegible]
Inſtitut. de perpe. [illegible] *act.* † Ita fit igitur, [illegible] iu- 9
dex datus in actione perſonali non facit ſemper [illegible] quid in condemnationem deducere debeat. [illegible] enim quod in obligatio[illegible], aliter atque aliter pro negotiorum natura, va[illegible] que circumſtanti[illegible] æſtimatur. Aliquando ſtrictius obligationem metimur ex eo quod verbis tantum & diſerte comprehenſum eſt vt in verborum obligatione. Aliquando ex traditione aut facto & quatenus numeratum aut factum eſt, vt in mutuo & contractibus innominatis. Eamque ob cauſam iudicia hæc ſtricta aut quod idem eſt ſtricti iuris appellantur. Aliquando autem obligatio [illegible] pit pleniorem & largiorem interpretationem & ex bona fide vberi[illegible] admittit præſtationes: Ita [illegible] & [illegible] qualitate negotij vt contingit in [illegible] tione, locatione, d[illegible] commodato, al[illegible] iuſmodi iudiciis, quæ ob id bonæ fidei iudicia dicere ſolemus.

ſolemus. † Quamquam probabilius mihi videtur, vt
10 præſtationes, quæ ex huiuſmodi iudiciis fiunt, ab
obligationis iure ſeparari oporteat. Nam quod plenio
rea & vberiores eſſe ſolent, non fit ex natura obli-
gationis, ſed potiùs officio iudicis, Vt euenit cùm
agitur de ſoluendis vſuris precij ex venditione debiti
ſiue propter moram ſiue citra moram in fructuum vi-
cem & compenſationem *l. Iulian. 47. § vlt. leg. qui
per colluſionem 49 §. 1. D. de act. empt. l. curabit 5. Cod.
eo. l. quaro. 54. C. locati l. in bona fidei. 13. Cod. de vſur.*
11 *l. quia tantundem. 7. Digeſt. de negot. geſt.* † Itaque
præcipua inter bonæ fidei & ſtricti iuris iudicia diſſimi-
litudo illa eſt, quòd in ſtrictis nunquam fit condemna-
tio niſi ex iure obligationis, in aliis vt plurimùm offi-
cio iudicis, quoniam & obligationis natura illa eſt vt
iudicis officium admittat, Cui ex contrario in ſtricti
iuris actionibus nunquam locus eſſe poteſt, Ne qui-
dem quod pertinet ad præſtationes eius temporis quod
ſequitur litis conteſtationem. † Nam vt acceſſiones
12 naturales eius temporis præſtentur, non aliqua iuris
ratione conſtitutum eſt, ſed vulgo receptum, quemad-
modum Papin. loquitur *in l. 2. de vſur.* id eſt æquitate
l. videamus 38. §. ſi actionem eo. quamuis æquitas illum
iuris colorem habeat, quòd quale quid eſt cum peti-
tur tale dari debet *dict. l. 2.* Habetque hodie actor
fructus à tempore litis conteſtatæ perceptos, ſi tum
cum egit tradita ei res fuiſſet. Fructus enim ex fundo
percepti ipſi fundo accepto ferendi ſunt *l. in fideicom-*
13 *miſſariam, 18. D. ad S. C. Trebell.* † Quare nec idem in
vſuris quod in fructibus receptum eſt, quia non habent
cauſam naturalem Nec conſequens eſt habiturum fuiſ-
ſe creditorem vſuras ſi pecuniam pro conteſtatione ac-
cepiſſet, quia non ſicut fructus ex fundo ita ex pecu-
nia & natura vſuræ percipiuntur, ſed ex negotiatione,
& iure vt ſcriptum eſt in *l. ſi nauis 61. D. de rei vend.
l. vſura 121. D. de verb. ſign.* ob idque nec cauſæ appel-
latione continentur. Cauſam enim rei appellamus, id
omne quod habiturus foret actor, ſi eo tempore quo
iudicium accipiebatur reſtituta illi res fuiſſet *l. præ-
terea. 20. D. de rei vind.* Quæ tamen inter fructus &
vſuras differentia nulla prorſus eſſe deberet ſi in hoc
quoque iudiciorum genere officium iudicis propter
moram induceretur. Neque enim minus moram con-
trahit qui pecuniam, quàm qui fundum quem præ-
ſtare debuit retinere litémque de ea re ſine ratione
14 conteſtatur. † Quod à pragmaticis noſtris non animad-
uerſum erroris materiam iis præbuit, induxitque vt
hodie paſſim à lite conteſtata non minùs vſuræ quam
fructus etiam iudiciis ſtrictis, & petantur & adiudicen-
tur, cum tamen fructuum fauorabiliorem quam vſu-
rarum cauſam eſſe ex eo quoque appareat, quod in
bonæ fidei iudiciis fructus etiam citra moram debentur,
vſuræ verò non niſi poſt moram *d. l. 38. § pen. de vſur.* †
15 At in iudiciis quæ nec bonæ fidei ſunt nec ſtricti iuris,
ſed arbitraria, longe aliter ſeruatur. In illis enim non
poteſt fieri condemnatio iure obligationis, cùm nulla
præcedat obligatio neque officio iudicis, quia officium
iudicis neceſſe eſt vt verſetur circa ea quæ ad ius obli-
gationis accedunt, ſiue ex natura negotij quo de agi-
tur vt in bonæ fidei iudicijs, ſiue ex vi conteſtationis,
quæ ipſa per ſe officium iudicis licèt minùs plenum ſo-
let inducere, præcedente obligatione aliqua vt in ſtri-
ctis. Proinde vbi obligatio nulla præcedit, ſicuti nulla ex
obligatione conteſtatio, ita nec iudicis officium ſequi
poteſt. Adeò vt in bonæ fidei quoque iudiciis quæ vt
diximus ſic comparata ſunt vt iudicium non modò ad-
mittant ſed etiam implorent, ſi contingat ius obliga-
tionis perimi puta ſolutione eius quod in mera obliga-
tione, nullus officio iudicis locus ſuperſit, *d. l. qui per collu-*
16 *ſionē 49. §. 1. de action. empt.* † Quo igitur iure in arbitrariis
fieri poteſt condemnatio? Arbitrio iudicis præcedente,
quod obligationis vice ſit, vt in vicem iuſtæ obligationis
ſuccedat autoritas iubentis, quemadmodum euenit licet
alio ſenſu & in diſſimili ſpecie *in leg. 1. C. ſi in cauſ. iudic.
pign. cap. ſit.* Nam quæ ratio impedit ne officium iudicis
implorari poſſit, non ſimiliter impedit ne arbitrio locus
ſit, quippe cui inducendo ſufficiat ſola ratio æquitatis,
nec obligationem ſubeſſe oporteat, quæ tamen neceſ-
ſaria eſt ad officium iudicis inducendum. † Itaque ele- 17
ganter Iuſtinianus *in §. præterea Inſtit. de action.* arbi-
trarias actiones definit illas, in quibus niſi arbitrio
iudicis is cum quo agitur actori ſatisfaciat veluti
rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſoluat, vel ex noxali
cauſa ſeruum dedat, condemnari debeat. Non ait ar-
bitrarias idcirco dici quod in iis condemnatio fiat ar-
bitrio iudicis, vt pleri que malè putant, ſed in quibus
non alia de cauſa ſequitur condemnatio, quàm quòd
præcedenti iudicis arbitrio non pareatur. Quid enim
aliud facere poſſit iudex de ea re aditus quæ nec obli-
gatione vlla nec officio iudicis contineatur niſi vt ar-
bitretur id dari aut fieri quod æquum putet? Quid ve-
rò æquius quàm vt iubeat te reſtituere rem quam vi-
deat petitoris eſſe non tuam, licèt à te poſſideatur?
aut quam tu ab aduerſario per vim aut dolum malum
extorſeris? Quòd ſi arbitrio parere nolis tum verò con-
demnandus es, & quidem officio iudicis cui ſcilicet 18
contumacia tua locum facere cœperit. † Nam quod
ſupra diximus, Eum qui reſtituere iuſſus iudici non
paret vel manu militari priuandum ſua poſſeſſione ſi
ſem habeat, Vel ſi non habeat, dolo autem malo de-
ſierit habere, condemnandum quanti actor ſine vlla
taxatione in litem iurauerit, ſin dolus nullus interue-
nit, quanti reuera intereſt petitoris: Hæc inquam ſen-
tentia generalis eſt, & ad omnia ſiue interdicta ſiue
actiones in re, ſiue in perſonam ſint ex quibus arbitra-
tu iudicis quid non reſtituitur, locum habeat *d. l. qui* 19
reſtituere 68. in fin. de rei vindic. † Vbi propter hanc cau-
ſam lego addita negatione *non reſtituitur*, quia quoties
arbitratu iudicis reſtitutio ſit, condemnatio locus nul-
lus relinquitur, nec conſequenter de eo quod intereſt
ſiue per iuſiurandum in litem ſiue ex rei veritate 20
æſtimando, quærendum eſt. † Niſi malis eo verbo *reſti-
tuitur* id intelligere quod reſtitui iubetur, nec tamen
reſtituitur: quæ interpretatio ſi tibi arridere poteſt non
prohibeo quin eam ſequare, ſed mihi ſanè durior vi-
detur quàm vt admitti debeat. Perinde enim eſt acſi
interpretareris *reſtituitur*. id eſt *non reſtituitur*. quod ip-
ſum quid aliud eſſet, quàm aut delirare aut emendare,
niſi malis totam illam clauſulam eſſe Triboniani, Eſt 21
enim mihi valde ſuſpecta, vt iam ſum præfatus. † Porrò
vberrimas & pleniſſimas præſtationes recipiunt hu-
iuſmodi iudicia arbitraria, nec minùs plenas quam ea
quæ bonæ fidei appellantur: quia quantum in ſtipu-
latione valet expreſſa verborum conceptio, & in iu-
diciis bonæ fidei bona fides tantundem poteſt & præſtat
officium iudicis in arbitrariis *l. quia tantundem 7. D. de
neg. geſt.* Id enim eſt quod Iuſtinianus ſcribit *d. §. præterea*
in iis actionibus arbitrarias quas exempli loco propo-
nit, & cæteris ſimilibus permitti iudici ex bono &
æquo, ſecundum cuiuſque rei de qua actum eſt, natu-
ram æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.
Nimirum ſicut in iudiciis bonæ fidei ſic concipiebatur
formula, vt iudex datus omnia ex bona fide æſtimare,
& definire iuberetur, ita in arbitrariis eam formulam
vſurpari ſolitam eſſe certum eſt, vt iudici poteſtas fie-
ret æſtimandi ex bono & æquo qua potiſſimum ratione 22
actori conſuli oporteret. † Conſtat enim pro iudicio-
rum bonæ fidei ſtrictorum & arbitrariorum differentia
aliter atque aliter concipi ſolitas dandorum iudi-
cum formulas, propterea quod iudicibus à præſcri-
pta formolæ in iudicando recedere non liceret: For-
mularum autem tam variè concipiendarum rationem
ab ipſa negotiorum quæ in iudicium deducebantur
diuerſitate, variáque condicione manaſſe.

CAPVT

bonus iudex poteſt & debet ex officio boni viri vt alio
etiam loco quàm qui ſolutiom deſtinatus fuerat con-
ueniri debitor poſſit non priſtina, ſed propria in eam
rem, in eúmque ſpecialiter caſum cóparata, Ne in de-
bitoris voluntate & arbitrio poſitum relinquatur an de-
beat. Sed ita tamen vt vtriuſque tã actoris quàm rei vti-
litatem pro loci mutatione intueatur. Vt ſi interſit rei
loco deſtinato potius quàm alio ſoluere, nec per eũ ſte-
terit quominus ſua die & ſuo loco ſolueret, minoris fiat
pecuniæ cõdemnatio quàm intentatum eſt, ſin actoris
interſit, fortè ſi traiectitiã pecuniã dederit, Epheſi re-
cepturus, vbi ſub pœna debebat pecuniam, vel ſub pi-
gnoribus, & diſtracta pignora ſunt, vel pœna commiſſa
8 propter moram debitoris, maioris pecuniæ condemna-
tio fiat: *l. 2. in princ. & §. nunc de eo quod cert. loc.* † Cæterum
quemadmodum fieri non poteſt, vt vna eadémque ſit
ſtipulatio quæ loci certi adiectionem habeat & non ha-
beat, quia non poſſunt duo contradictoria in vno eo-
démque eſſe ſubiecto, Ita nec fieri vlla ratione queat, vt
actio quæ ea ſtipulatu competit ad exigendam ſolutio-
nem in loco deſtinato, ſit illa ipſa quæ contra eũdem
debitorem alio loco ſoluat, exerceatur: quoniã loci di-
uerſitas inducit neceſſariò diuerſitatem actionis: nec
quod debitor ex ſtipulatione primùm obligatus fuit, fa-
cere poteſt vt nunc ex ſtipulatu conueniatur cùm alio
loco conuenitur quàm in quo promiſerat ſe ſoluturum.
Idque ita eſſe apparet euidentius ex eo quod qui ea ſti-
pulatu cõuenitur ſi verè debeat, abſolui nunquam po-
teſt, Imò nec ſi pro ſe habeat æquitatem, & iuſta aliqua
nitatur exceptione puta doli mali aut alia eiuſmodi, ſi
non ea quoque exceptio formulæ iudicis inſerta ſit,
quippe cùm nihil niſi ſtipulationis verba & præſcriptũ
formulę ante oculos habere debeat iudex qui huic ex ſti-
pulatu actioni addictus eſt. Ob eámq; cauſam credito-
rũ vetus mos erat vt quicquid ſibi ex alia cauſa debe-
batur in ſtipulatum deducerent, vt fortiore & ad con-
demnationem propenſiore iuris vinculo debitores
9 obſtringerentur. † At in actione arbitraria de qua agi-
mus, interdum euenit, vt qui de illa cognoſcit, cùm ſit
arbitraria, etiã abſoluere reum debeat, cautione tantũ
ab eo exacta de pecunia ibi ſoluenda vbi promiſſa eſt.
Quid enim ſibi oblata pecunia dicatur vel depoſita,
vel ex facili ſoluenda? In ſumma æquitatem ante ocu-
los habere debet iudex qui vt de arbitraria cognoſce-
ret datus eſt, vt Vlp ſcribit *in l. quod ſi Epheſi 4 ead. tit.*
vbi quod ait *cùm ſit arbitraria* ego ſic accipio atque ſi
adiectum eſſet *non ex ſtipulatu licet ex ſtipulatione primum
obligatus is fuerit, qui nunc alio loco conuenitur* vt magis
intelligamus quãtum interſit, an ex ſtipulatu agatur, in
arbitraria, & conſequenter neque actionẽ ex ſtipulatu
arbitrariam poſſe vllo caſu, neque viciſſim actionẽ ex
10 ſtipulatu eam, quæ ſit arbitraria. † Quod tamen
in eo § ſequitur *cautione ab eo exacta de pecunia ibi
ſoluenda vbi promiſſa eſt.* vereor ne non tam Vlpiani
ſit quam Triboniani, cui familiare eſt cautiones iſtas
quas cautelas paſſim vocare ſolet, iis etiã caſibus exige-
re quibus iuris auctores nũquam exigerẽt. Et verò quid
magis cõtrariũ eſt quàm abſolui reũ, & condemnari
vt caueat? Nam & ea condẽnationis ſpecies eſt ſi Pa-
piniano credimus *in l. omnibus 41. De iudic.* vbi ait, In
omnibus bonæ fidei iudiciis cùm nondũ dies præſtandæ
pecuniæ venit ſi agat aliquis ad interponendam cautio-
nem ea iuſta cauſa cõdemnationẽ fieri. At Vlpian. in
propoſita ſpecie eas iudicis partes eſſe ait vt abſoluere
reum debeat, idque iterum repetit ſequẽtibus illis ver-
bis *nonne debebit interdum abſoluere*, nulla exigendæ il-
11 lius cautionis adiecta mentione. † Cui nec video tantè
quomodo locus eſſe poſſit eo ſaltem caſu quem inter
cæteros Vlpianus tractat ſi debitor pecuniam actori
obtulerit in loco ſolutioni deſtinato, eóque recuſante
ſolutionẽ accipere, depoſuerit. An non enim liberatus
Anton. Fabri de Coniectur.
eſt, aut ſaltem pro iam liberato habẽdus: cùm ob- a-
tio quæ rite facta eſt ſolutionis inſtar ſit ac proinde
pariat liberationem *l. acceptam 19 de vſur. l. obligatione
9. C. de ſolut.* Cur ergo cogatur cauere de pecunia ibi
vbi promiſſa eſt ſoluenda quaſi adhuc eã deberet qui
amplius debitor non eſt? † Sed etſi adhuc debitor ma- 12
nere puta nulla, aut, quod idem eſt, minùs ſolemniter
facta obſignatione, quanam obſecro de cauſa onerau-
dus eſſet præſtandæ cautionis neceſſitate, ſi nihil ei
poſſet imputari, & per creditorẽ ipſum ſtetiſſet quo-
minùs oblatam ſuo loco & tempore pecuniam accipe-
ret? Quis æquum putet ea creditoris mora & contuma-
cia duriorem fieri debere condicionem promiſſoris? Aut
quis neget duriorem eius condicionem fore, ſi cogatur
cauere id eſt fideiuſſorem aut idonea pignora dare in eo
loco in quo nec ſoluere debuit, nec fortaſſe aut bonorũ
aut amicorum copiam habeat ad cauendum tametſi ma-
ximè cauere vellet? Verum hoc obiter magis quam ex-
tra rem dictum ſit. † Illud igitur contendo, arbitrariam 13
actionẽ licet contra eum exerceatur qui ex ſtipulatu se
certo loco ſolueret obligatus fuit, ex ſtipulatu tamen
dici nullo modo poſſe, nec conſequenter ſtrictam ali-
quando fuiſſe, quæ nunc ſit arbitraria: quandoquidem
nec priùs nata videri poteſt quam alio loco repertus &
conueniendus fuerit is qui certo loco ſe ſoluturum pro-
miſerat: quod demum loco & tempore deficit poteſtas
priſtinæ ea ſtipulatu actionis: Vt non malè quis dixerit
ibi incipere arbitrariam vbi deſinit actio ex ſtipulatu,
& contrà ibi deſinere actionem ex ſtipulatu vbi incipit
arbitraria: quod ſi ita eſt, apparet arbitrariam actionẽ
non eſſe illa que anteà ex ſtipulatione competebat &
ſtricta erat, ſed aliam prorſus diſſimilem, nec numero
tantùm & ſpecie, ſed etiam cauſa & origine omnino dif-
ferentem. † Ex quo illud factum videtur, vt quamuis 14
arbitrariæ actiones permultæ ſint tam ex iis quæ in rẽ
quàm quæ in perſonam aut mixtæ ſunt aut Iuſtinianus
docet *in d. §. præterea Inſt. t. de act.* hæc vna tamen quæ
cõpetit De eo quod certo loco dari debuit magis propriè
& vt dixi per emphaſim arbitraria dicatur quod cũ aliæ
ſuũ quoque nomẽ & propriũ habeant, Vindicationis,
Publicianę, Seruianæ, ad exhibendũ, De eo quod vi me-
tùſve cauſa hæc vna tamen aliud nomen nullũ habeat.
Cur.n. ea ſtipulatu appelletur, cũ ea ſtipulatu non cõpe-
tat, Nec minùs detur aduerſus eũ qui ex teſtamẽto aut ex
mutuo aliquid certo loco ſoluere debuit. *l. heres. §. cũ l.
ſeq. D. de eo quod cert. loco.* Nã ſi contendas actionẽ illã 15
arbitrariã quæ datur contra hæredem ad aliquid certo
loco dãdũ vel faciẽdũ quod eo loco dare vel facere teſta-
mẽto iuſſus ſit, poſſe dici actionẽ ex teſtamẽto, ego cõtrà
negabo. Non enim fieri poteſt vt Romæ petatur ex
teſtamẽto quod Epheſi teſtator dari voluit. Non magis
quàm vt ex ſtipulatu quis Romæ petat, quod Epheſi
ſolui debuit. Nimirum quia quod in æſtimãda verborũ
obligatione poſſunt verba ſtipulationis, id in quæſtio-
nibus ex teſtamento dependentibus poſſũt verba teſta-
mẽti: Niſi quod ea pleniùs interpretari ſolemus ad vo-
luntatẽ teſtatoris adiuuandã, ſi quis interpretatione lo-
cus relinquitur. At nulla interpretatione poſſis aſſe-
qui, vt quod teſtator Romæ dari iuſſit Epheſi dari
voluiſſe videatur. Ergo arbitraria in eam rem actio
neceſſaria fuit, ne alioqui ſi hæres ad locũ quẽ teſta-
tor ſolutioni deſtinaſſet, accedere nunquã vellet, teſta-
toris voluntas facile circumueniretur. † In condictione 16
autem certi quæ ea mutuo cõpetit, hoc ipſum quod vo-
lumus apparet manifeſtius, non fieri ex ſtricta actione
arbitrariã. Nam ſi mutua pecunia ſic data fuerit vt cer-
to loco redderetur, illo quidẽ loco petetur per certi con-
dictionem *Tot. tit. De reb. cred. ſi cert. pet.* Sed alio loco peti
non poterit niſi per arbitrariam: *l. aut mutua 6. de eo quod
cert. loc.* quæ proculdubio nihil commune habet cum
certi condictione, quando iudex qui ex arbitraria co-
gnoſcit, quantitati contractus ſeruire non cogitur sed

vel excedere, vel minuere quantitatem poteſt, prout competerit intereſſe vel rei vel actoris, vt Vlp. *in d. l. 2. §. nunc de officio eo*. Quid enim incertius quã id quod intereſt, aut quod adiecto vel deducto eo quod intereſt, computandum eſt? *l. eg. ſtipulationum 74 cum leg. ſeq. de verb. oblig. leg. vlt. D. de prætor. ſtipul.* Vnde illa etiam differentia inter condictionem certi & actionẽ ex ſtipulatu, tametſi certum quis fuerit ſtipulatus: *l. ſi quis certum 24. D. de reg. cred.* Quanto igitur minùs fieri poteſt, vt certi condictio euadat in condictionem incert. i.
17 nihil enim hac parte refert, in arbitrariam? † Difficilius illud videri poſſit quod idem Vlpianus ſcribit *in l. ſi duo. 16. §. 1. de conſt. pecun.* ſi quis certo loco ſe ſoluturum conſtituerit, poſſe creditorem petere nõ ſolum eo loci vbi ei conſtitutum eſt, ſed etiã vbique *exemplo*, inquit, *arbitrariæ actionis*. Ita namque innuit actionem quæ aduerſus conſtitutorẽ cõpetit vt alio loco ſoluat, quàm in quem fuerat ſolutio deſtinata non eſſe arbitrariam, ſed priſtinã & illam ipſam quæ competeret, ſi in loco ſolutioni dicto conſtitutor vrgeretur. Et ſanè ita eſt. An quòd actio De conſtituta pecunia plenior ſit & efficacior actione ex ſtipulatu? Atqui abſurdum id videatur, cùm actio de conſtituta pecunia ſit prætoria, ex ſtipulatu autem ciuilis. *§. de conſtituta. Inſt. de act.* Sed reſpondendum eſt, Imò id abſurdum non eſſe quoniam cùm actio illa de conſtituta pecunia ex æquitate inducta ſit, quòd graue eſſet fidem fallere: *l. 1. ill. tit.* æquitas autẽ ipſa adeoque caſus neceſſitatis induxerit vt arbitrariam actionẽ cõparari oporteret ad extorquendã alio quàm deſtinato loco ſolutionẽ, eque fuit facile prætori ſolam æquitatem ante oculos habẽti, actionem de conſtituta pecunia dare aduerſus conſtitutorẽ vt vbique conueniri poſſet, atque in eã rem ſpecialiter actionẽ aliã comparare, quæ nec niſi de cõnſtituta pecunia dici potuiſſet. Quid enim aliud prætor feciſſet? aut quomodo arbitrariam actionem ciuili non prætorio iure ex æquitate & vtilitate comparatam ad actionis prætoriæ vſum ap-
18 plicaſſet ac protraxiſſet? † Inauditum nãque eſt vt ciuiles actiones quantumuis vtiles ſeruiant, & ſubſidiariæ ſint prætoriis. Quinimò prætoriarum tam directarum quàm vtiliũ vſus & vtilitas in eo verſatur, vt deficientib. ciuilib. non modò directis, ſed etiam vtilib. præſto ſint, eundémque ferè producant effectum. Nec quemadmodum vtilem actionem iure ciuili induci neceſſe fuit cùm directa deficeret, non patiente nimirũ iuris ratione vt alio quàm vbi promiſſũ eſſet loco de-
19 bitor conueniretur. † Ita dici poteſt neceſſariam fuiſſe vtilem aliquã actionem ſiue ciuilem ſiue prætoriam de conſtituta pecunia, quaſi deficiente prætoria directa. Quomodo enim illa deficeret etiã ſi alio loco debitor conueniẽ ius eſſet quã in quo ſe ſoluturũ conſtituiſſet, cũ non deficeret ratio æquitatis quæ ſola directã induxerat? Ratio ſcil. iuris ſtrictior eſt, quàm æquitatis. Æquitas iuri tantum, non etiam ſibi ipſi ſubſidiaria eſt,
20 † Directa actio ciuilis ex ſtricti iuris ratione æſtimatur. Vtilis ex æquitate cum ius deficit. Prætoriæ omnes tã directæ quàm vtiles ex ſola æquitate. Denique arbitraria nulla eſt. De eo quod certo loco, ſed ciuilis duntaxat, & quidem vtilis, vt ait lex 1. *de eo quod cer. loc.* i. ex æquitate, quippe quam ciuilis legiſlator, ſicut alibi monuimus, ex hominum vti-
21 litate metiri ſemper ſolet. † In eóque errarunt ſanè grauiter ex interpretibus ij qui adnotarunt quatuor eſſe actiones arbitrarias propter loci adiectionem, Ex ſtipulatione, ex teſtamento, ex mutuo, & ex conſtituto. Hæc enim poſtrema actio prætoria eſt, non arbitraria, cæteræ verò ſic arbitrariæ ſunt, vt aliud nomen non habeant neque aut ex ſtipulatione, aut ex teſtamento, aut ex mutuo dici poſſint, nec ſi adiicias nomen arbitrarium. Vna enim omniũ ſpecies eſt per quas id petitur quod certo loco debetur, vt non obſcure Iuſtin. inſinuat *in d. §. præterea.* cùm inter alias arbitrariarum actionum ſpecies hanc pro vna ponit, quæ caſus omnes ex ſtipulatione aut teſtamento aut mutuo dependentes generalibus verbis complectatur. *Item* inquit, *cùm id quod certo loco promiſſum eſt, petitur.* Et verò non ex ſupradictis tantum tribus cauſis actionem arbitrariã competere exiſtimandum eſt, ſed ex aliis etiam omnibus ex quibus certo loco debetur, dum ne ex bonæ fidei contractu debeatur. Nam in bonæ fidei iudiciis, ſola iudicij æquitas ſufficere poteſt, vt debitor etiã alio loco quàm in quo ſoluere debuit, conueniri & condemnari poſſit, quemadmodum ſequenti capite dicemus Obi- 22
ciat aliquis, Cur ergo actiones iſtas per emphaſim arbitrarias appellamus, ac non potius ſpecialiori nomine, actiones De eo quod certo loco, quemadmodum dicimus actionem De eo quod vi aut metus cauſa aut dolo malo factum *eſt. d. §.* præterea. Reſpondeo non potuiſſe ita vocari propterea quòd non omnes actiones De eo quod certo loco ſunt arbitrariæ ſed illæ duntaxat ex quibus idipſum quod certo loco debitum fuit alibi petitur quàm vbi debebatur. Alioqui aut certi condictio aut ex ſtipulatu aut ex mutuo aut alia eiuſmodi, non autem arbitraria actio eſt, vt probauimus.

CAPVT III.

Non ſicut loci ita temporis ratione induci arbitrariam.

SVMMARIA

1 *Interpretes pleréſque Cuiacij autoritate motos contrarium ſenſiſſe.*
2 *Arbitrariarum actionum definitio ſeu potius deſcriptio, & ex eà conſectarium.*
3 *Aliter in ciuilibus bonæ fidei iudicijs, aliter in arbitrarijs actionibus iudicem rem ex bono & æquo æſtimare & conſtituere.*
4 *Cur ſi quid ex b. f. contractu certo loco dari debuit, actor illud ipſũ alio loco directa ex eodem contractu actione petere poſſit, non poſſit autem ſi ex teſtamento, aut ex ſtipulatu, aut ex mutuo aliove ſtricto contractu debeatur?*
5 *Die ſtipulationi adiecta intra quem ſoluatur, non eo minus ex ſtipulatu agi poſſe quòd dies præterierit.*
6 *Ratio differentiæ inter loci, & temporis adiectionem.*
7 *Nullo iuris ciuilis aut Prætorij auxilio opus habere eum qui poſt diem ſtipulationi inſertum ex ſtipulatu agit.*
8 *Fundamentum ſententiæ Cuiacij, & eius interpretatio ad illa verba* l. 4. in princ. de eo quod cert. loc. vel ſi temporis vtilitas interuenit.
9 *Non eodem modo nec eadem actione actoris vtilitatem ratione loci & ratione temporis æſtimari.*
10 *Pariaeſſe vt ipſa obligares te vt ſoluas certo die, & vt niſi ſoluas præſtes quanti mea intererit.*
11 *Diem ſtipulationi adiectũ poſtquàm venit aliquid amplius & promiſſori onerofius inducere.*
12 *Adeo vt promiſſor ille huius mora grauiores pœnas luat quam ſi ea per interpellationem contracta eſſet.*
13 *Notatur differentia quædam inter ea quæ teſtamento, & ea quæ ex ſtipulatu in diem certum debentur.*
14 *Ratio illius diuerſitatis.*
15 *Quomodo accipienda ſit* l. cùm tẽpus. 17. ff. de reg. iur?
15 *Quam vim habeat dies adiectio in ſtipulatione?*
17 *Grauiorem eſſe promiſſori ſtipulationem, quæ diem certum habuit vbi dies ſemel venit, quam ab initio pura fuit.*
18 *Cùm certi condictione, aut actione ex ſtipulatu poſt tempus ſolutioni adiectum agitur, arbitraria actione opus non eſſe.*
19 *Explicatur* d. l quod ſi Epheſi.
20 *Verba illa* d. l. vel ſi temporis vtilitas interuenit. *quomodo ſint accipienda.*

21 *Alijs rationibus probatur, non ſicut propter loci, ita & propter temporis adiectionem arbitrarias actiones fieri poſſe.*

22 *Ea quæ hoc capite de actione ex ſtipulatu aut certi condictione generali dicta ſunt, ſpecialem condictionem ex mutuo, & actionem ex teſtamento extendi poſſe.*

1 COnfutato † vulgari interpretum vulgarium erro-
re, quem politiores temerè & incautè magis quàm
conſultò & ex propoſito ſecuti videntur, nunc dicen
dum nobis eſt, & demonſtrandum quàm grauiùs illi eti-
am errent, qui putant, non minùs temporis quàm lo-
ci ratione induci actionẽ arbitrariã. Sic namque ple-
roſq; ſentire video, deceptos quantũ cõiicio autoritate
viri doctiſſimi Iacobi Cuiacij, qui primus ni fallor (ne-
que enim laborare ſoleo in inueſtigãdo quis prior quis
aut poſterior, ſed quid bene aut malè dixerit) tã impro-
babilẽ opinionem induxit. Etſi verò ex iis quæ proximè
diſputauimus non eſt difficile intelligere quibus iuris
rationibus in contrarium moueamur, operæ tamen
pretium erit de tota quæſtione ita latiùs dicere ac
2 diſtinctius. † Illud primùm ſciri & repeti volo quod do-
cuimus, Actiones arbitrarias eas tãtum eſſe quæ non ex
præcedente aliqua obligatione ſed ex mero iudicis ar-
bitrio pendeant, & ex quibus condemnatio fit non iure
aliquo obligationis, ſed ex ea duntaxat cauſa, quòd ar-
bitrio iudicis reus actori non ſatisfecerit *§. præterea Inſtit. de action. l. item ſi cùm 14. §. 1. D. De eo quod met. cauſ. l. arbitrio. 18. D. de dolo. leg. 3. §. 1. & §. ibidem leg. Celſus 5. §. ſi quis non poſſideat & ſeq. Digeſt. ad exhib.* Pro-
inde ſi quis obligatus ſit ex contractu, vel quaſi, aut ex
delicto vel quaſi, ad dandum aliquid vel faciendũ, dico
arbitrariam aduerſus eum actionem competere nullo
modo poſſe. Cur enim ad arbitrium iudicis recurramus,
aut quid obſecro iudex arbitrari poſſit, vbi præcedit
obligatio quæ & actioni legem dat, & condemnationi?
Obligatio ſiquidem omnis ſiue ex ſtricti iuris ſiue bonæ
3 fidei cõtractu deſcẽdat ſuas leges habet & conditiones,
quibus omnimodo ſatisfieri neceſſe eſt. † Nec quod
aliquando euenit, vt iudex multa ex bono & æquo æſti-
mare & conſtituere poſſit, quemadmodum in bonæ fi-
dei iudiciis, facere poteſt vt idcirco arbitraria actio
exiſtimetur. Etſi enim commune ius illud eſt arbitraria-
rum actionum & earum quæ bonæ fidei appellãtur *d. §. præterea Inſtit. §. in bonæ fidei prox. præced. eod. tit. de action.* hoc tamen intereſt, quòd in bonæ fidei iudiciis
ea res per officium iudicis expeditur, ſic ſuadente &
ferente natura ipſa obligationis præcedentis, In arbi-
trariis verò non niſi per arbitrium iudicis ſola æquita-
tis ratione, non etiam obligationis alicuius iure ſubni-
4 xum. Hinc eſt quod ſi quid ex bonæ fidei contractu,
puta ex cauſa emptionis aut locationis aliàs vel eiuſ-
modi certo loco dari debuit nec datum eſt, poſſit debi-
tor alio etiã loco cõueniri, neceſſariũ fuit auxilium ar-
bitrariæ actionis. De eo quod certo loco, quod eſſet,
neceſſarium ſi ex teſtamento aut ex ſtipulatu aux ex
mutuo alióve contractu ſtricto deberentur *l. in bonæ fidei. 7. D. de eo quod cert. loc.* Nempe quia ſufficit æqui-
tas & natura iudicij bonæ fidei vt ſequi poſſit condem-
natio quandoquidẽ ex bona fide eſt vt quod certo loco
dari debuit ſi non ibi ſoluatur, alibi peti poſſit: quo-
niam ex contrário alienum eſſet ab æquitate & à bo-
na fide, vt debitor qui ad locum ſolutioni deſtinatum
nunquam accedere aut poſſet aut vellet, nullibi poſſet
conueniri ob id ſolùm quòd certo loco ſoluturum ſe
promiſiſſet. Et quemadmodum is qui aut nullo adiecto
loco aut in omni loco ſolutioni ſe obſtrinxiſſet, ex ip
ſa ſtipulatione vbique conueniri poſſet, nec arbitrariæ
actioni locus eſſet: ita & qui iudicio bonæ fidei
conuenitur, perinde ex iudicij æquitate & offi-
cio iudicis condemnandus eſt, vbi conueniatur, at-
que ſi eo ipſo loco in quo ſoluere debuit vrgeretur,
quia tantundem in bonæ fidei iudiciis officium iudicis
valet, quantum in ſtipulatione nominatim eius rei
facta interrogatio *leg. quia tantundem. D. de negot. geſt. l. Titius. 34. D. de præſc. verb.* Atqui cùm ſtipulationi dies 5
adiectus eſt intra quem ſoluatur, non eò minùs agi ex
ſtipulatu poteſt quòd præterierit dies, imo tanto magis,
quia nec niſi præterito die agi poteſt: *l. qui hoc anno. 42. l. liber homo. 118. §. decem hodie de verb. obliga.* Non igi-
tur quemadmodum loci ita & tẽporis adiectio inducit
arbitrariam actionem. † Et diſſimilitudinis ratio aper- 6
tiſſima eſt, quia tempus in tempore continetur, non
etiam loco. Nam qui Epheſi petit quod Romæ dari de-
buit, proculdubio alio loco petit Calendis Februariis
quod præcedentibus Ianuariis iam ſolui debuit, non
alio tempore petit quàm quo debitum ſit: quoniam
quod Calendis Ianuariis præteritis debitum fuit, mul-
to magis debetur Februariis ſequentibus. Ibique ſicuti
arbitrariam actionem nemo dixerit ex eo ſolo induci
quod certo loco ſolui debuerit, niſi illud etiam accedat
vt alio quàm deſtinato loco agere creditor velit, que-
madum ſuperiore capite diximus, ita abſurdum ſit di-
cere, arbitrariam competere ob id tãtùm quod ſtipula-
tioni dies adiectus ſit, ſi non illud quoque concurrat vt
alio tempore petatur quàm quo debetur: quod ipſum
tamen contingere nunquã poteſt. Nam creditor ſi ante
diem petat, malè agit, cùm dies adiiciatur pro reo, non
pro ſtipulatore: *l. eum qui Calendis, 41. § quoties eod. l. quod quis. 50. de oblig. & act. l. cùm tempus. 17. de regul. iur.* Poſt diem verò, non alio tempore agit quàm quo
debetur, licet verum ſit Calendas Ianuarias non eſſe
Februarias, nec contra. † Vnde illud etiam fit vt qua- 7
muis ex ſtipulatione agi non poſſit, niſi quatenus ipſiſ-
ſima ſtipulationis verba patiuntur & præſcribunt,
nullum tamen aut ciuilis aut honorarij iuris auxilium
ei neceſſarium ſit, qui poſt diem ſtipulationi inſertum
agit ex ſtipulatu: Ne alioqui eueniat vt nullo tempore
poſſit agere, ſi poſt diem non ei liceat, quod nec ante
diem nec in die ipſo licet. Totum enim vt dixi, diem
præteritum eſſe neceſſe eſt, vt ex ſtipulatione quæ cer-
tũ diem habuit, agi poſſit. † Quid ergo illud fuit quod 8
tantæ eruditionis & iuriſprudentiæ virum fefellit? Hoc
vnum videlicet quod Vlp. ſcribit *in l. quod ſi Epheſi. 4. in princip. de eo quod cert. l. c.* Si Epheſi petatur quod
Epheſi ex ſtipulatu ſolui debuit ipſam ſolam ſummam
in petitione fore, nec quid amplius, niſi ſi quid creditor
eſſet ſtipulatus *vel ſi temporis vtilitas interuenit* Sic enim
poſtrema hæc verba vir doctiſſimus accepit, quaſi Vlp.
ſentiat, non minùs nec alio modo debere iudicẽ habe-
re rationẽ vtilitatis actoris quæ propter adiectionem
temporis interuenit, quàm ſi propter loci adiectionẽ
interueniſſet, vt inferat, quemadmodũ vtilitas loci nõ
niſi per arbitrariã actionem æſtimatur, ita ad æſtimandã
vtilitatẽ temporis, arbitraria actione neceſſariò vtendũ
eſſe. Sed ſunt iſta longe diſſimilia, & illatio hæc ab Vlp.
ſenſu quã maxime remota. † Quamquã enim ſiue tem- 9
poris ſiue loci ratione interſit actoris vtilitatẽ eius æ-
què inſpici & æſtimari oportet, non tamen eodẽ mo-
do, nec eadẽ actione. Vtilitas loci per arbitraria actio-
nẽ petitur, quia nec alio loco priſtina ex ſtipulatu
actione agi poſſet, in eâque rẽ arbitraria prorſus ne-
ceſſaria eſt. Vtilitas verò tẽporis per arbitrariã non
petitur, quia ſufficit actio ex ſtipulatu, nec arbitrariæ
locũ relinquit. Quorſũ enim dies certus in ſtipulatione
adiectus videri poteſt, niſi quo promiſſor intelligat
futurũ ſi ad diẽ nõ ſoluet vt eo nomine in id omne quod
ſtipulatoris intererit, teneatur? † Eóque pertinet quod 10
in l. ſi fundum. 114. de verb. oblig. idẽ Vlpianus ſcribit,
ſi fundũ certo die præſtari ſtipuler, & per promiſſorẽ
ſteterit quominus ea die præſtetur, conſecuturum me
quanti mea interſit moram factam non eſſe. Quaſi ſi
ipſa pacta ſint: Obligari te vt ſoluas certo die, Et vt ni

ſoluas præſtes quanti intererit mea, quod & ſcriptum.
eſt in l. ſi Calendis. 11. D. de re iudic. Nec illud obſtat
quod dici ſolet ex ſtipulatione agi non poſſe niſi qua-
tenus verbis expreſſum & comprehenſum eſt. l. quicquid
adſtringenda 98. D. eod. tit. Satis enim expreſſum videri
debet vt non ſolutâ ad diem pecuniâ tenearis in id om-
ne quod ſtipulator ex ea cauſa intereſſe ſua probauerit,
propter expreſſam diei adiectionem quæ alioqui ſuper-
uacua videretur.† Nam ſi obiicias quod modò diceba-
11 mus, diem in ſtipulationibus adiici pro reo ſi non pro
ſtipulatore, Reſpondebo id verè quidem dici ſed hacte-
nus vt totum medium tempus liberum ſit promiſſori
ad ſoluendum: Non etiam vt poſt diem melior aut non
deterior condicio ſit promiſſoris quàm ſi dies adiectus
non eſſet. Quanto enim magis fauemus promiſſori priuſ-
quàm dies venerit ne interea vrgeri poſſit, tanto durius
cum illo agi æquum eſt poſt diem ſi nō ſoluerit. Simili-
ter enim dicimus iudicati faciendi tempus pro con-
demnato non contra eum conſtitutum eſſe l. intra. 7.
D. de re iudic ideòque ne toto tempore vſuras vllas de-
bere l. 3. D. de vſur. tamen poſt id tempus tanto durius
cum illo agitur ſi non ſatisfecerit vt centeſimas quoque
vſuras præſtare teneatur l. vlt. C. de vſur. rei iudic. Ita-
que veniens dies obligationis non illud tantùm facit vt
ex eo tempore obligatio pro pura & præſenti habeatur,
ſed inducit neſcio quid amplius & promiſſori onero-
12 ſius, vt ex eo die moram contraxiſſe exiſtimetur. † Et
quidem talem cuius grauiores pœnas luat quàm ſi ea
per interpellationem contracta eſſet. Etenim ſi is qui
fundum purè dare promiſerat congruo loco, & tempo-
re interpellatus vt daret, non dederit, moram equidem
committit, cuius ille effectus eſſe poteſt vt ſi ſubinde
fundus chaſmate pereat, non eo minùs ille ex ſtipula-
tione conueniri poſſit l. ſi ex legati 23. l. nemo rem ſuam
81. §. 1. l. ſi ſeruum. 91. §. vlt. eod. l. promiſſor. 23. de conſt.
pecun. ſed tamen non faciet ea mora vt ſi quid ſtipu-
latoris interſit quod eo die fundus datus non fuerit, ſiue
propter fructus ſiue qua alia ratione eius vtilitatis ratio
illa habeatur, niſi tempore demum litis conteſtatæ,
idque ex æquitate duntaxat, non ex vi & poteſtate ſti-
pulationis l. videamus. 38. §. ſi actionem. D. de vſur.
Cùm tamen ſi dies ſtipulationi adiectus fuiſſet, id quod
ſtipulatoris intereſſet, poſt diem deberetur, propter
moram, nec alio quàm ſtipulationis iure, quia ſtipu-
latio diem certum habuit, cuius adiiciendi nec alia ra-
13 tio pro ſtipulatore fuit † In quo videor mihi differen-
tiam obſeruare nō inelegantē inter ea quæ ex teſtamē-
to, & ea quæ ex ſtipulatu in diem certum debentur.
Nam ſi teſtator ad diem aliquid dari vel fieri iuſſerit,
nec hæres dederit vel fecerit, non idcirco videri poteſt
in mora conſtitutus: non magis quàm ſi purè legatum
necdum interpellatus hæres fuiſſet, quia diei aut con-
dicionis euentus ne quidem illud inducit vt legatum
acquiratur legatario, ſed duntaxat vt acquiri poſſit
quaſi nunc primùm purè relictum, l. ei qui. 13. de condic.
inſt. Tantùm abeſt vt proſit ad hæredem in mora conſti-
tuendum. At is qui ad diem ſe daturum promiſit ſi ad
diem non ſoluat hoc ipſo moram contrahit, ſeque obli-
gat in id omne quod propter moram intereſt ſtipulato-
14 ris. † Et ratio diuerſitatis eſt, quia in teſtamentis ſolam
teſtatoris voluntatem ſpectamus, qui vtique adiicendo
diem legato, ſoli hæredi fauere & proſpicere voluit
ne ſtatim vrgeri poſſet, non etiā legatario, cui abundè
conſultum putat, quod eo demum die legatum conſe-
qui poterit. In ſtipulationibus verò inſpicimus, quod
inter contrahentes actū eſt, nec minus quod commodū
ſtipulatori, quàm quod promiſſori, dum ne à verbis
ſtipulationis recedamus, cùm ſtipulatio ex interroga-
tione & reſponſione æſtimetur, reſponſio autem quæ
vt plurimum vnico illo verbo ſpondeo, aut alio ſimili
continetur ad interrogationem quæ ſtipulatoris eſt,
tota referatur. In eo tantùm par hæredis & promiſſoris
condicio eſt, quòd quandiu dies non venit totum in-
termedium tempus vtique liberum eſt ad ſoluendum.† 15
Atque hoc modo accipienda eſt d. l. cùm tempus 17. de
regul. non autem ita, vt hæredi & promiſſionis eadem
in omnibus hac parte ratio conſtituatur, ſi ad diē neu-
ter ſoluerit.† Ea namque vis eſt adiectionis diei in ſti- 16
pulatione, vt quamvis de eo, quod intereſſet præſtando
nihil dictum ſit, perinde tamen acſi dictū eſſet, præſtan-
dum ſit. Quemadmodum & cùm quis alium ſibi pro-
mittit nec adiicit pœnā, dicimus id quod ſtipulatoris in-
tereſt, ſtipulatione contineri: l. quoties. 81. de verb. oblig. ex
vi ſcilicet, & natura obligationis quæ in faciendo conſi-
ſtit. l. ſi quis ab alio. 13. §. vlt de re iudic. † Non eſt diſſimi- 17
le, quod quamuis ratione numorum ex quacunque cau-
ſa purè debitorum nunquam debeatur id quod intereſt,
ne alioqui facilè res excurreret in infinitum, aliud ta-
men admiſſum ſit, ſi agatur de numis qui certo die ſol-
ui debuerint, nec ſint ſoluti. l. 3. D. de in lit. iurand. quia
diei adiectio non ſolùm facit vt eius quod intereſt ra-
tionem haberi oporteat, ſed etiam impedit ne ſupra
modum id æſtimetur, quia non iam pecuniæ quam tem-
poris vtilitas, æſtimanda eſt. Item, quod ad diem ſub pœ-
na pecuniâ promiſſâ, & ante diem mortuo promiſſore
committitur pœna, licet non ſit hæreditas eius adita: l.
cùm. 77. de verb. oblig. l. vlt. D. de nautic. fœnor. Cum ta-
men ſi pura ſtipulatio fuiſſet, neque mora citra inter-
pellationem contrahi neque interpellatio ante aditam
hæred. fieri potuiſſet l. nulla. 88 de reg. iur. quia nec ha-
buiſſet promiſſor cui ſolueret l. 4 §. D. de leg. commiſ. Gra-
uior igitur & oneroſior eſt promiſſori ſtipulatio quæ
diem certum habuit, vbi dies ſemel venit, quàm quæ ab
initio pura fuit. Vt proinde mirandum non ſit, ſi ex vi
ſua poſſit inducere petitionē eius quod intereſt ſtipula-
toris ſuo die ſolutum eſſe, licèt nulla eius quod intereſt,
mentio acta fuerit in ſtipulatione. † Quod cum ita ſit, 18
quid neceſſe eſt vt contra iuris rationem & regulas pro
certi condictione aut actione ex ſtipulatu inducamus
arbitrariam? Quippe quæ nec vnquam niſi ex neceſſi-
tate inducatur, deficiente, vt dixi totius, obligatione, aut
obligatione, aut obligationis præcedentis, ſi qua eſt, po-
teſtate. † Quare nec Vlpian. in d. l. quod ſi Epheſi ſic lo- 19
quitur vt dicat vtilitatem temporis inducere arbitra-
riam, ſed illud tantum ait ſi Epheſi petatur quod
Epheſi dari debuit, ipſam duntaxat ſummam quæ debi-
ta eſt, petiti, id eſt, nō idem euenire quod eueniret ſi alio
quam deſtinato loco ageretur, quo caſu paulo antè di-
xerat officium iudicis eſſe vt quantitati contractus non
ſubſeruiat, ſed vel excedere, vel minuere debeat,
prout actoris vel rei propter locum intereſſe compere-
rit. Hoc verò cur ita? Niſi quia cum alio loco petitur,
arbitraria actione experiendum neceſſariò eſt, quæ to-
ta in arbitrium iudicis refertur vt ait: lex. 3. eodem
titulo. Cùm autem deſtinato loco agitur, arbitraria
ceſſat, & ſufficit priſtina quæ pendet ex obligatione
ſuam quantitatem ſuaſque leges habente. Subiicit nec
amplius quid peteretur, niſi quid eſſet ſtipulatus. Rectè Nam
ſi præter quantitatem debitam creditor quid aliud ſti-
pulatus ſit, puta pœnam idipſum quoque tanquam de-
bitum eadem actione petendum erit: Nec inducemus
arbitrariam pro re quæ in ſtipulationem deducta eſt. † 2
Quod ergo ſequitur, vel ſi temporis vtilitas interuenit,
eandem interpretationem recipere debet, vt ſi obligatio
in tempus fuit, & ratione temporis interſit ſtipulatoris,
ea vtilitas veniat in petitionem & condemnationem,
eo prorſus modo quo veniret ſi in ſtipulationem nomi-
natim deducta eſſet, & conſequenter vi priſtinæ actio-
nis, non per arbitrariam. Alioqui cum Vlpianus hos
duos caſus coniungat, ſi quid amplius creditor ſtipulatus
ſit, & ſi temporis vtilitas interuenit, æquè dicendum eſſet
priore caſu quo idipſū peteretur quod ſtipulatione com-
prehenſu fuiſſet, inducendā eſſe arbitrariam, atque po-
ſteriore induceretur. † Et verò ſi propter adiectionē tem- 21
poris

potis ſicut & loci arbitraria fieri poſſet, Cur arbitrarias huiuſmodi actiones ſemper dicimus De eo quod certo loco nunquam autem De eo quod certo tempore? Cur non & titulus ipſe ſic conceptus eſt, De eo quod certo loco vel tempore dari oportet? Cur Iuſtinianus *in d. §. prætereà* ita ſcripſit: *Item tum id quod certo loco permiſſum eſt petitur*: de tempore autem nihil dixit. Denique idem ille Vlpianus noſter *in l. ſi duo.* 16. §. 1. *de conſt. pec.* poſtquam ſcripſit poſſe quem certo loco & tempore conſtituere, cùm ſubiicit, creditorem non ſolùm eò loci petere poſſe vbi conſtitutum eſt, ſed etiam vbique exemplo arbitrariæ actionis, cur non adiicit *&* *quandocumque* ſi arbitrariæ actionis exemplum non minorem temporis quàm loci rationem haberi ſuadebat? aut ſaltem ſi dubitari poterat, an quod certo tempore ſoluendum ex conſtituto eſſet, eadem actione poſt tempus peti poſſet. Sed ſunt hæc apertiora, quam vt in iis confirmandis, diutius immorandum videatur. Neque verò tandiu immorati fuiſſemus niſi ſciremus tanti Doctoris autoritatem non ſine multis magniſque rationibus conuelli poſſe: apud eos præſertim iuris noſtri
22 ſtudioſos quibus nos & ſcribimus & ſtudemus. † Cæterum quę toto hoc capite de actione ex ſtipulato, aut certi condictione generali diximus, ea omnia de condictione certi ſpeciali ex mutuo dicta intelligi debent, ſi fortè conuenerit, quod fieri aſſolet, vt mutua pecunia certo tempore redderetur. Idèmque de actione ex teſtamento iuris eſt, quia licet ea proximè accedat ad bonæ fidei actiones, quod ad præſtationes attinet, quas pleniſſimas habeat, vt teſtatoris voluntati quæ latiorem interpretationem recipit, ampliſſimè quantum fieri poteſt ſatisfiat. *l. vſura.* 34. *ff. de vſur. l. ſi quis ſeruo.* 84. *de legat.* 2. *l. in teſtamento.* 12. *de R. I.* actionibus tamen bonæ fidei non adnumeretur *in §. actionum Inſt. de act.* neque fieri poteſt vt adnumeretur, quia non agitur in ea de fide bona, ſed de ſola teſtatoris voluntate, quæ cùm ex teſtamenti verbis petenda ſit, non patitur ſanè vt quod Epheſi dari teſtator voluit Romæ petatur: Ideóque indiget arbitrariæ actionis auxilio quoties alio loco agendum eſt. Non ſecus acſi ex ſtipulatu certo loco deberetur, quod alio loco petitur. Proinde actioni ſtrictæ ex ſtipulatu rectiùs quàm bonæ fidei iudiciis hac parte comparatur.

CAPVT IV.

Obſeruata Triboniani adnotatio in l. promiſſor 21. §. 1. D. de pecun. l. conſtit.

SVMMARIA.

1 *Quomodo Tribonianus Pauli verba* in d. §. *emendauerit, & quid de ſuo addiderit?*
2 *An conſtitutum ſine dei factum valeat?*
3 *Abſurdum non eſſe ſtatim & nullo interpoſito temporis momento ad ſolutionem vrgeri eum qui ſine die aut conditione aut purè ſoluere promiſit.*
4 *Iniquum eſſe vt conſtituens die non adiecta ob id quod non ſtatim poſt conſtitutum ſoluerit, in id quod aduerſarij intereſt teneatur.*
5 *Actionis de conſtituta pecunia vim & poteſtatem præcipuam hanc eſſe, vt conſtituens ob non ſolutam condicta die pecuniam teneatur in id quod intereſt eius cum fuerat conſtitutum.*
6 *Pauli ſententia in illa* d. §. 1. *quæſtione, an valeat conſtitutum ſine diè factum.*
7 *Conſtitutum non niſi in diem fieri potuiſſe.*
8 *Non admittendum eſſe temperamentum* in d. §. 1. *inductum, vt aduerſus eum qui ſine die conſtituit intrà modicum tempus id eſt decem dierum, agi poſſit.*
9 *Verba illa* ſtatim & incontinenti *quomodo in iure accipiantur.*
10 *Verba illa* d. §. 1. exactio celebretur. *Tribonianum ſtylum ſapere, actioni de conſtituta pecunia cuius ibi ſit mentio, non conuenire.*
11 *Superuacuum eſſe temperamentum illud quod Pauli ſententiæ adhibitum eſt.*
12 *An qui ſe hodiè ſoluturum conſtituit ſine die conſtituiſſe cenſeatur?*
13 *Eum qui præſenti die ſoluturum ſe conſtituit, non antè de pecunia conſtituta conueniri poſſe quàm dies ille præterierit.*
14 *Differentia inter actionem ex conſtituto, & eam quæ ex ſtipulatione competit.*
15 *Sententia* §. vlt. l. 3. ff de conſtit. pecun.
16 *An alicuius vtilitatis ſit conſtitutum quo quis ſe eadiè ſoluturum, conſtituit qua vt ſolueret iam obligatus erat.*
17 *Quoduis conſtitutum, modò non ſine die fiat, valere.*
18 *Differentia inter diem certum & conditionem.*

Accidit mihi neſcio quo ſorte, quoties ferè in Pandectarū libris lego, vtij ſtatim & primū loci occurrant quos, Tribonianus additionibus ſuis corrupit. Pro dam nunc aliquos, ſed præcipuos duos, qui occurrerunt *in tit. De conſtit pecun.* † Primus eſt *in l. promiſſor.* 21. §. 1. 1
vbi non dubito quin ſic Paulus ſcripſerit *ſi ſine die conſtituas, verum eſt te non teneri, licèt verba edicti latè pateant, Alioquin & confeſtim agi cum poterit ſi ſtatim vt conſtituiſti non ſoluas* Sed cum id paulò durius Triboniano videretur, plus ſemper æquitati commentitiæ quàm germanæ rationi iuris tribuenti, voluit ipſe aſperitatem iuris temperare tota hac clauſula addita, *ſed modicum tempus ſtatuendum eſt non minus decem dierum vt exactio celebretur.* Vt verò locus temperamento inducendo relinqueretur, neceſſe habuit priora illa Pauli verba emēdare & pro iis *verum eſt* aliiſve ſimilibus affirmatiuum abſolutumque ſenſum habentibus reponere *poteſt quidem diei.* † Videamus autem an non ſit multo verius & 2
æquius quod Paulo placet, ſi ſine die conſtituas, te non teneri Ratione illa quam ipſe ſubiicit, quòd licet verba edicti latè pateant *ſi appareat eum qui conſtituit neque ſoluere neque feciſſe, l. ſi duo.* 16. *§. ad prætor eod. tit.* nec diſtinguant vtrum ſine die an in diem conſtitutum ſit, ſi tamen admitteremus valere conſtitutum quod ſine die factum eſſet, conſequens fieret vt confeſtim & ſine vllo interuallo tecum agi poſſet, Actione ſcilicet de conſtituta pecunia, ſi ſtatim atque conſtituiſſes, non ſolueres: quod tamen non modò abſurdum, ſed etiam iniquum eſſet. † Quid iniquius? Abſurdum ne eſt ſtatim & 3
incontinenti nullo interpoſito temporis momento ad ſolutionem vrgeri eum qui ſine die aut conditione, aut pure ſoluere promiſerit? Minimè vero. Sic enim Papiniano placet *in l. liber homo.* 118. *§. decem hodie de verb. oblig.* vbi defendit hoc ipſum admittendum eſſe non ſolùm ſi purè quis promiſerit, ſed etiam quod difficilius videbatur, ſi *hodie dari* ſpoponderit, nec videri præmaturiùs agi nondum finito ſtipulationis die, quod in aliis temporibus iuris eſt, Nam peti non debere, quod intra tempus comprehensū ſolui poteſt. In propoſito autem non differendæ actionis cauſa diem inſertū videri, ſed quo præſens oſtendatur, eſſe reſponſum. † Sed 4
quamuis abſurdum non ſit vrgeri te ſtatim ad ſolutionē eius quod purè & ſine die promiſeris, tamen abſurdum & vt dixi iniquum eſſet teneri te in id quòd aduerſarij intereſſet, ob id quod non ſtatim ſoluiſſes. Ita namque fieret vt omnimodo condemnandus eſſes non ad ſoluendum, ſed ad id præſtandum velut pœnæ nomine quod præſtare non deberes ſi ſtatim ſoluiſſes. Neque

enim fieri poteſt, vt ſtatim ſolutas, atque ita promiſſio-
ni tuæ ſatisfacias, ni eo ipſo inſtanti quo promiſſum eſt
ſoluas: quando aliter futurum ſit vt inter inſtans pro-
miſſionis & inſtans ſolutionis alia multa inſtantia in-
tercedant, quæ impediant, ne ſtatim ac debuiſti ſoluiſſe
5 videaris. † Atqui cùm quis conſtituit ſe ſoluturum quod
debet, vis & poteſtas conſtituti non in eo elucet, vt obli-
getur ad ſoluendum, [Quid enim ſi iam obligatus erat
ex ſtipulatione?] ſed vt ſi fidem fregerit nec eo ipſo
tempore ſoluerit quo ſoluere debuit, teneatur actione
de conſtituta pecunia, *quanti res eſt*, ideſt, quāti eius in-
tereſt cui fuit conſtitutum. Errat enim ſi quis exiſtimat
actionem hanc in id dari vt quod conſtitutum eſt fiat:
Nam ſi ita eſſet, nihil illa adderet, nullámque afferret
vtilitatem quoties is conſtituiſſet, qui iā antea non tan-
tùm honorario, ſed etiam ciuili iure ad ipſum dandum
obligatus fuiſſet. Datur ergo vt cæteræ ferè omnes præ-
toriæ in id quod intereſt, vt conſtat *ex l. quis autem*. 14.
§. *ſed etſi quis eo. tit.* Quod eſſet apertius ſi integrum
edicti contextum haberemus. Sed tamen ex reliquis
illis quæ ſuperſunt in d. §. ait Prætor, *ſi appareat eum
qui conſtituit neque ſoluere, neque feciſſe, neque per actorem
ſtetit quominus fieret quod conſtitutum eſt*, facile eſt conii-
cere prætorē grauius quiddam ſanxiſſe in eū qui conſti-
tuti fidē fefelliſſet, quàm vt ſoluere teneretur quod non-
dum ſoluiſſet. Etſi enim *quanti res eſt*, rem ipſam quæ
debetur, aut eius precium continet vt & *in l. promiſſor
hominis*. 23. *eo. tit.* interdum tamen excedit & egredi-
tur rei precium *l. 1. ff. de act. empt. l. in interdicto*. 7. *ff. de
6 vi, & vi arma.* puta ſi aliunde pluris interſit. † Id ergo
ſibi vult Paulus, non poſſe conſtitutum valere quòd ſine
die factum ſit, quoniam alioqui dicendum eſſet ex eo
teneri conſtitutorem ad præſtandum omnimodo credi-
tori quāti ipſius intereſſet, quaſi rupta per conſtituen-
tem fide ob id ſolùm quod in eo ipſo inſtanti quo con-
tuiſſet nō ſoluiſſet. Denique licèt verba prætoris conſti-
tuta omnia ex conſenſu facta cuſtodire volentis latiſ-
ſimè pateant, voluit tamen ille vt in poteſtate conſti-
tuentis eſſet ſatisfacere, ad hoc vt quia non ſatisfeciſſet,
teneri de conſtituto poſſet. At fieri nequit vt in eius
poteſtate ſit ſatisfacere, qui ſine die conſtituit ſe ſolu-
turum, niſi tum etiam cùm loquitur & conſtituit ſoluat.
An non verò implicat contradictionem, vt in ipſo actu
conſtituendi ſoluat, qui per verba futuri temporis
7 conſtituit ſe ſoluturum? † Et verò non niſi in diem fieri
conſtitutum potuiſſe apparet ſatis ex *d. l. ſi duo. §. vlt.*
vbi Vlpianus quærit, an verba illa Prætoris, *neq; feciſſe
reum quod conſtituit*, ad tempus conſtituti pertineant, an
potiùs ad litis vſque conteſtationem trahenda ſint. Et
magis probat vt ad tempus conſtituti pertineant. Tem-
pus enim conſtituti intelligitur in diem in quem, non
in quo conſtitutum eſt, *vt & in l. item illa* 18. in illis
verbis, *& puto & hæc ad diem conſtituti referenda*, vt
apparet ex iis præcedentibus, *ſi fortè ad diem conſtituti
per actionem non ſteterit antè ſtetit vel poſteà.* Quomodo
enim potuit ſtare per actorem ne conſtituto ſatisfieret
ante diem, quo conſtitutum factum eſſet? Idque &
Paulus exprimit apertius *in l. ſed etſi*. 15. *eod.* cùm ait
verba illa. *neque feciſſet.* hoc ſignificare, vt neque in
8 diem in quem conſtituit, fecerit, neque poſteà. † Quæ
cùm ita ſint, quis admittat temperamentum illud
Triboniani, vt ſi quis ſine die conſtituat ſe ſolutu-
rum, teneatur ex conſtituto, ſed hactenus tamen, vt
modicum ſpacium ſtatuendum ſit, & quidem non mi-
nus quàm decem dierum, vt exactio celebretur? Quid
enim ſi quod tam debeatur in eo erat, vt ante de-
cem dies ſolui deberet? Quis probet eum cui conſti-
tutum fuit, admittendo conſtitutum purum, & ſine
die conditionem ſuam in eo duriorem feciſſe, vt tar-
diùs debitum exigat, quod nullo facto conſtituto ci-
9 tiùs exigere potuiſſet? † Sed etſi quoties dicimus ſta-
tim quid & incontinenti fieri debere placet pruden-
tibus ciuili interpretatione latiùs & pinguius id acci-
piendū vt Græco vocabulo exprimunt [illegible], *l. penult.
De cond. tritic. l. ſi arbit.* 28. *ff. de probat. l. ratum autem*. 13.
l. quod dicimus. 105. *de ſolut. l. 1. §. item ſi ita legatum. ff. ad
leg. Falcid. l. Diuus* 7. *de in integ. reſtit. l. ſi ita quis*. 135. §.
Seia de V. O. l. quo enim. 12. §. *Iulianus rat. rem hab.* quis ta-
men prudentum induxit vnquā tale temperamentum,
vt ſtatim factum diceretur quod intra decem dies pro-
ximos factum eſſet? An non ex contrario pleriſque lo-
cis ſcribunt temperamentum illud quod & laxamentū
vocant, nihil aliud eſſe quàm modicū temporis ſpaciū
nec maximum nec minimum, & quod magis intellectu
percipi quam elocutione exprimi poſſit? *d. l. ratum* 13. *de
ſolut. & d. § Iulianus.* An verò tale eſt, obſecro, tempera-
mentum illud Tribonianeum decem dierum? † Taceo 10
quod illa locutio, *exactio celebretur*, pro eo quod pru-
dentes dicunt, *agi poſſe*, tam frequens & celebris eſt Tri-
boniano, vt ex Iuſtiniani conſtitutionibus apparet,
quàm inſolens eſt & inuſitata Iureconſultis. Sed ne-
que conuenit actioni De conſtituta pecunia de qua
Paulus tractat. Neque enim per eam exigitur id quod
ante conſtitutum debebatur, ſed ad hoc agitur, vt ob
non ſolutum vel factum id quod conſtitutum fuit,
præſtetur quanti res eſt. † Cæterùm ex eo ſolo quod 11
ſine die factum eſt conſtitutum, non inducitur, vt
præſenti die exigi poſſit, quod alioqui nondum de-
bebatur, ſed tantùm producitur actio de conſtituta
pecunia, ad obtinendam condemnationem eius quod
intereſt creditoris. Itaq; nō erat cur Tribonianus ince-
pto illo ſuo temperamēto prouideret ne tam cito fieret
exactio ſed potius ne actio de conſtituta pecunia tam
citò naſceretur aduerſus eum cui nihil poſſet imputari
cur conſtituti fidem nō impleuiſſet. Atqui nec verendū
hoc erat, cùm Paulus dixiſſet non valere conſtitutum.
Ineptus ergo Tribonianus, cui contra iuris regulas vult
valere, vt oneret & obliget conſtituentem. Ineptior
verò ſibique parum conſtans, qui vt conſtituenti pa-
teat, non vult ab eo ante decem dies exigi quicquam
poſſe. Quid enim neceſſe eſt, Triboniane, vt conſtitu-
tum valere dicas fauore creditoris qui imputare ſibi de-
beat, cur non in diem certum conſtitui ſibi curauerit?
Aut ſi fauere vis creditori, cur in decimum vſque diem
differs non ſolùm actionem de conſtituta pecunia, de
qua tantùm dubitari poterat, ſed etiam exactionem om-
nem, & conſequenter illam quoque quæ ex priore obli-
gatione ante decimum fortaſſis diem potuiſſet, ac qua
minimè dubitabatur? † At quid ſi quis hodie ſoluturū 12
ſe conſtituerit? Ferè eſt vt ſine die conſtituiſſe videa-
tur, ac proinde vt nec valeat conſtitutum. Sic enim Pa-
pinianus ſenſiſſe videtur *in d. l. liber homo*. 118. § *decem ho-
die de verb. obligat.* nihil intereſſe an quis ſine die, an
hodie dare promittat, quoniam vtroque caſu ſtatim &
eo ipſo die conueniri poteſt. Sed tamen quod ad propo-
ſitam de conſtituto quæſtionem attinet, non ita eſt.
Quin potiùs conſtitutum valere dicendum eſt, quod
non valeret ſi ſine die conſtitutum factum eſſet. Hæc
cur tam variè? Quia cum de ſtipulationis viribus agitur,
nihil refert an hodie an poſtridie promiſſor conuenia-
tur vt ſoluat quādo vtroque caſu eſt obligatus, & vtra-
que valet ſtipulatio, nec niſi de exactione dubitari po-
teſt, an eo ipſo die cōpetat quo ſtipulatio interpoſita
eſt, an in aliū diē differenda ſit. Cùm verò de conſtituto
diſputatur, refert valde an in diē factū ſit, an ſine die.
Priore caſu valet poſteriore nō valet: ea ratione, quia ſi
valeret, ſequeretur eodem inſtanti & obligatum fuiſſe
conſtitutorem, & fidem fefelliſſe, & actioni de conſti-
tuta pecunia ob fractam fidē obnoxiū factū eſſe: quæ ta-
men omnia ſiue naturæ ſiue iuris ordinē ſpectes, fieri
nō poteſt vt vno eodémque inſtāti perficiantur. Quæ-
ſtio igitur eo recidit, An qui hodie ſe ſoluturum conſti-
tuit, ſine die conſtituiſſe exiſtimetur. Et cōſtat non ſine
die conſtitutum dici poſſe quod præſenti die conſtitutū
eſt:

eſt:† Ideóque & hoc caſu ceſſare rationem,quæ conſti-
tuto ſiue die facto obſtaret,quia quandiu dies ille præ-
teritus non eſt, non poteſt videri fidẽ fregiſſe qui præ-
ſenti die ſoluturum ſe conſtituit,ob idque nec ante na-
ſci poteſt actio. De pecunia conſtituta quam dies ille
præterierit,quoniam non dat prætor eam actionem ad-
uerſus conſtitutorem ob id ſolùm quod conſtituerit, &
conſtituendo ſe obligauerit,ſed ob id potiſſimum quod
conſtituti fidem fregerit : *l.1.d.l.ſi duo 16.§.ait prætor.de*
14 *pecun.conſtit.* † In quo differt manifeſtè hæc actio ex
conſtituto ab ea quæ competit ex ſtipulatione.Illa enim
vt naſcatur & detur ſufficit purè obligatum eſſe promiſ-
ſorem,nec requiritur vt fidẽ iam fefellerit.Quare & ſi
quis hodie dari ſpoponderit,vtiliter ex ſtipulatu conue-
nitur,eo ipſo die non ſecùs ac ſi purè & ſine die promiſ-
ſiſſet,quia purè obligatus intelligitur : quamuis negari
non poſſit quin ſi vel vltima eius diei hora ſoluat, fidem
impleuiſſe videatur.Stipulatio enim ob id duntaxat in-
terponitur, vt promiſſor obligetur ad ſoluendum:Con-
ſtitutum autem ad hoc vt qui iam debet , ſi non ſoluat
eo modo quo ſe ſoluturum conſtituit, grauiùs & citiùs
eo nomine ob fidem ruptam condemnetur , quaſi in
pœnam licet actio ipſa rei perſecutoria ſit,non pœna-
15 lis *d.l.item illa 18.§.pen.*† Idque eſt,ſi bene video,quod
Vlpianus tractat *in l.3.eod. tit.* Si his qui iure ciuili &
prætorio debebat in diem ſit obligatus,poſſe eum con-
ſtituendo obligari , quia propter has potiſſimùm pecu-
nias quæ nondum peti poſſunt conſtituta ſint inducta ,
*quam ſententiam,*inquit,*non inuitus probarem.Habet enim
vtilitatem vt ex die obligatus conſtituendo ſe eadem die ſo-
luturum,teneatur* Eadem enim die intelligo,non in quã
ſed in qua conſtitutũ fuit:vt accommodata ſit ratio illa
præcedens quòd conſtituta ob eas præſertim pecunias
16 inducta ſint,quæ alioqui nondum peti poſſent.† Nam ſi
aliter interpreteris, vt nimirum quis conſtituerit ſe ſo-
luturum eadem die qua vt ſolueret iam obligatus erat,
non facilè poſſis dicere cuius vtilitatis futurum ſit con-
ſtitutum, Niſi illius fortaſſe, vt elapſa die quã ſolui ex
ſtipulatu debuit,videatur conſtitutor fidem fregiſſe, &
idcirco teneri incipiat actione De conſtituta pecunia eo
ipſo inſtanti quo ex ſtipulatu actio naſcitur.Quod quã-
quam ita eſt fateri tamen te oportet multo maioris vti-
litatis hæc fore conſtitutum ſi ſic factum proponatur vt
eo ipſo die ſoluturum ſe quis conſtituerit quo conſtituit.
Quidni ergo potiùs ea interpretatio acciperetur?Tribo-
niano tamen alia magis placuit, qui verba illa *eadem
die* interpretatus de die in quã collata erat prior obli-
gatio,ſubiecit ex Paulo tanquam diuerſum quid & ma-
gis mirabile,*ſed etſi citeriore die conſtituat ſe ſoluturum,ſi-*
17 *militer tenetur.* † Denique nihil intereſſe arbitror an
quis ſoluturum ſe conſtituat eo ipſo die quo conſtituit,
aut quo iam ex anteriore obligatione vt ſolueret obli-
gatus fuit : Nec rurſum an conſtituat id ſe ſoluturum
quod purè debebat, an quod in diem ſiue longiorem,
ſiue citeriorem,dummodo non conſtituat ſine die. His
enim omnibus caſibus valet conſtitutum quia ſufficit
debitum aliquo modo fuiſſe id quod conſtituitur, & ſic
fieri conſtitutum vt conſtitutori liceat fidem implere ſi
velit. Quod verò in diem debetur, nemo neſcit perin-
de deberi ex quo die ſtipulatio interpoſita eſt atque ſi
iam dies veniſſet. Sufficit enim quòd dies ceſſerit.† In
quo obſeruanda eſt differentia illa elegans & perpetua
inter diem certum & conditionem , quòd ea quæ ſub
conditione debentur ſi modo non ſit illa omnino exti-
tura , nullo modo deberi intelliguntur,vtpote quorum
dies nec venerit nec ceſſerit. Inde enim illud eſt quod
Paulus noſter ait *in l.id quod.19.eo.tit.* Id quod ſub con-
ditione debetur ſiue purè ſiue certo die conſtituatur,ea-
dem conditione ſuſpendi , vt exiſtente conditione te-
neatur , deficiente vtraque actio depereat. Nimirum
quia certi iuris eſt conſtitutum non valere niſi præce
dens aliqua ſubſit iam nata obligatio quamuis vt ea
obligatio ſit efficax ad agendum non ſit neceſſe: *l.1.§.ſi
debitum & ſeq.l.hactenus.11.eo.tit.*

Capvt V.

Alia quædam obſeruata, & emendata in eod. tit. ff. de conſtit pecun. & ad l.ſi hæres 73.ff.ad S. C. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Species* leg. ſi poſt conſtitutam. 22. ff. de conſtitut. pecun.

2 *Verſiculum* ſed magis in d. l. *neque Paulo neque iuris rationi conuenire.*

3 *Ratio à Paulo prætermiſſa,qua probatur actionem conſtituta pecunia in fideicommiſſarium aut in victorem translatam,ei à quo tranſlata eſt amplius non competere.*

4 *Explicatur & confirmatur ratio propter quam Paulus* in d.l.22.*actionem de pecunia conſtituta hæredi poſt reſtitutam ab eo hæreditatem denegauit.*

5 *Non ideò quod hæredi poſt reſtitutam hæreditatem actio de conſtituta pecunia denegetur, Paulo quoque viſum eſſe vt actio illa in fideicommiſſarium tranſlata videatur.*

6 *Reſtitutionem hæreditatis ex S.C. Trebelliano factam vtpote neceſſariam non ita ampliandam eſſe vt hæres plus iuris quam quod tanquam hæres ex hæreditate habuit in fideicommiſſarium transferre cogatur.*

7 *Probatur per* d.l.ſi hæres.73. in princip. ff. ad S. C. Trebell.

8 *An in* d.l.ſi hæres.*fideicommiſſario actio danda ſit per quam hæredem adigat ad ceſſionem hypothecariæ, quam ſibi ille hæres propria conuentione acquiſiuit?*

9 *Hypothecariæ actionis natura.*

10 *Qui fieri poſſit vt in dictæ legis ſpecie pignora quæ hæres ex propria conuentione accepit poſt reſtitutam hæreditatem ipſi maneant obligata?*

11 *Cogi quem poſſe actionem quam habet cedere & præſtare,quoties aut ſine diſpendio facere poteſt, aut ob id duntaxat tenetur,quod actionem habeant.*

12 *Hæredi tamen rogato in ſpecie* d.l.ſi hæres.*permittendum non eſſe poſt reſtitutam hæreditatem hypothecariam retinere vt eam ex interuallo fideicommiſſario cedat.*

13 *Verſiculum illum dictæ legis* , tamen habet aduerſus hæredem &c. *Triboniani non Marcelli eſſe.*

14 *Cedi in ea ſpecie hypothecariam non poſſe , quia nulla penes hæredem ſupereſt.*

15 *Fideiuſſori pro debitore ſoluenti actionem aduerſus confideiuſſores aut debitorem ex interuallo à creditore cedi non poſſe.*

16 *Ei cui nihil debetur alieno tamen nomine conſtitui poſſe,pro alieno verò debito ei cui nihil debetur ne quidem alieno nomine pignus dari poſſe.*

17 *Actionem de conſtituta pecunia non faciliùs quàm hypothecariam ab hærede cuius propria erat in fideicommiſſarium ex interuallo transferri.*

18 *Poſſe tamen vtramque in ipſo reſtitutæ hæreditatis inſtanti ab hærede, ſi velit , fideicommiſſario vtiliter cedi.*

19 *An ſi pro procuratore habeatur hæres , poſſit vtramque actionem poſt hæreditatis reſtitutionem fideicommiſſario cedere?*

20 *Paulum* in d.l.ſi poſt,*de reſtitutione ex S. C. Trebelliano facta agere,& aliud iuris fore ſi ex Pegaſiano hæreditas reſtituta fuiſſet.*

21 *An in poſſeſſore à quo hæreditas euicta ſit idem ius conſtituendum ſit quod in hærede.*

22 *An conſtitutum ipſi poſſeſſori factum vero hæredi prodeſſe debeat?*
23 *Eandem eſſe pacti, & conſtituti rationem.*
24 *Reÿcitur Cuiacij opinio pactum à conſtituto diſtinguentis.*
25 *Conſtitutum non acceſſionem debiti principalis, ſed æquè ac priſtinam obligationem principale eſſe.*
26 *Nec ob id acceſſorium dici, quod aliam obligationem præcedere neceſſe ſit.*
27 *Triboniani ſententiam in fin.* d.l. ſi poſt, *ſola æquitate niti, nec ſtricta iuris ratione procedere poſſe.*
28 *Emendatur* l. vtrum ff. de conſtit. pec *&* pro domi- nus *legitur,* debitor.
29 *Reſtituitur locus mutilus & mancus in* §.vlt.l.id quod ſub 19. eod. titul. *eiuſque loci ſententia proponitur.*
30 *Cur patri vel domino conſtituente, Quicquid actione de peculio debetur ſolida illa quantitas debeatur quæ conſtituti tempore debita fuit non inſpecta peculij deminutione vel augmento.*
31 *Ex ſuperioribus confirmatur non poſſe conſtitutoriam obligationem acceſſionis iure cenſeri.*
32 *Eos qui tanquam acceſſiones obligantur, in duriorem cauſam accipi non poſſe, nec acceptos obligari, conſtituentem vero in duriorem cauſam accipi poſſe.*
33 *Alia differentia inter fideiuſſorem & conſtituentem.*
34 *Conſtitutum obligationis adiectionem, non acceſſionẽ eſſe.*
35 *Negati ſaducetur,* in l.& licet.15.de conſtit.pecun.
36 *An alij noſtro nomine conſtitui poſſit?*

ALter † locus eſt qui nobis videtur à Triboniano in eod.tit.immutatus, *in leg. ſi poſt conſtitutam* 22. vbi ex Paulo proponitur. Si poſt conſtitutam tibi pecuniam hæreditatem ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtitueris, quoniam ſortis petitionem tranſtuliſti ad aliū,
1 denegandam eſſe tibi pecuniæ conſtitutæ actionem. Idemque eſſe in hæreditatis poſſeſſore poſt euictam hæreditatem: id eſt, vt de conſtituta ſibi pecunia eo tempore agere non poſſit.† Tum ſubiicitur, *ſed magis eſt, vt fideicommiſſario vel ei qui vicit decernenda eſſet actio.* Hunc verò verſiculum ego Triboniani eſſe contendo. Nam neque Paulo conuenit neque iuris rationi. Non Paulo, quia non de illo dubitabat, an fideicommiſſario
2 vel ei qui hæreditatis poſſeſſorem viciſſet, danda eſſet actio conſtitutæ pecuniæ poſt reſtitutam aut euictam hæreditatem [quis enim præter Tribonianum dandam putaſſet iis quibus conſtitutum non fuiſſet? Sed de illo tantùm an iis ipſis quibus conſtitutum fuerat dari deberet. Nam cùm ab initio conſtitutum tenuerit, nec ea actio in fideicommiſſarium aut in victorem tranſlata ſit, videri poterat non eſſe iis deneganda quibus vtiliter quæſita ſemel fuiſſet: Quòd ſi ea actio in fideicommiſſarium aut in victorem tranſlata fuiſſet, dubitationi ſanè locus nullus relinquebatur, quia iis à quibus tranſlata eſſet competere ampliùs non poſſet.† Nec debuerat Paulus eam rationem prætermittere quæ erat longè efficacior quàm illa quæ expreſſa eſt, *quoniam ſortis petitionem tranſtuliſti ad alium.* Si quidem multo plus eſt actionem ipſam conſtitutæ pecuniæ de qua quæreretur,
3 quàm ſortis petitionem ex cauſa priſtinæ obligationis hæreditariæ ad alium tranſtuliſſe: Cùm neque nouum ſit, vt quod vni debetur alteri conſtituatur, alieno ſcilicet nomine non eius cui conſtituitur. *l. eum qui. 5. §. quod exigimus eod. tit. iunct. l. ſed etſi. 7. §. 1. & l. & licet. 15. eo.* Nouum autem ſit adeoque impoſſibile, vt actio in alium translata illi ipſi adhuc competat qui tranſtulit † At ſola ratio illa placet Paulo propter quam actio de conſtituta pecunia denegãdi ſit hæredi poſſet reſtitutam hæreditatem. quòd is petitionem ſortis in alium tranſtulerit. Nam cùm nec aliter valeat conſtitutum quam ſi de-
4 beatur id quòd conſtituitur, licet ei ipſi cui conſtituitur deberi non ſit neceſſe, conſequens eſt vt ſi is cui tanquam creditori conſtitutum eſt cùm re vera eſſet creditor, priſtinam veteremque obligationem in alium tranſtulerit, conſtituti beneficium abieciſſe videatur, ſiue vltro ſiue ex neceſſitate ea tranſlatio facta ſit, quia ſuperueniens mutatio efficit, vt credendum ſit debitorem non fuiſſe conſtitutum hæredi quod ei debebat tanquam hæredi, ſi hoc ipſum debitum in alium mox tranſlatum iri ſperaſſet, quia nec ei conſtituendi cauſa illa ſatis iuſta fuiſſet. Cur enim eiuſdem pecuniæ nomine duobus ſe debitor obligaſſet? Itaque minus iuris hæredem hoc caſu habere æquum eſt quàm ſi iam reſtituta ex Trebelliano hæreditate, atque ita tranſlata in fideicommiſſarium ſortis petitione, hæredi ipſi conſtitutum fideicommiſſarij nomine fuiſſet. Ceſſaret enim eo caſu ratio illa quæ iſto potiſſimùm hæredi nocet, quod conuentiones omnes eam tacitè interpretationem recipiant ſi res maneat in eodem ſtatu: ſibique imputare debitorẽ oporteret, cur quod vni debere ſe ſciret alteri conſtituiſſet.† Cæterum neque ex eo quod Paulus ait tranſlatam fuiſſe ſortis petitionem ab hærede in fideicommiſſarium, neque rurſum ex eo quod infert denegandum idcirco hæredi actionem de conſtituta pecunia, inferre rectè poſſis, ſic viſum Paulo vt actio illa conſtitutæ pecuniæ in fideicommiſſarium tranſlata vi- 5
deatur. Obſtat etiam mera rectáque ratio iuris. Nam cū tota illa tranſlatio de qua tractamus, facta ſit autoritate Senatuſconſulti Trebelliani, Senatuſconſulto autem non aliæ actiones transferantur quàm quæ hæredi aut in hæredē ex hæreditaria cauſa cõpetebant: *l. 1. ff. ad Senatuſ. Trebell.* apparet actionem hanc pecuniæ conſtitutæ quæ nunquam fuit hæreditaria, ſed hæredi ex proprio facto acquiſita, licet occaſione debiti hæreditarij, transferri in fideicommiſſarium non potuiſſe.† Et verò cùm ea reſtitutio quæ fit ex Trebelliano ſit neceſſaria, & talis quam vel ab inuito hærede fideicommiſſarius extorquere poſſit, nihil cauſæ eſt cur eam ita interpretemur vt plus faciat, quàm neceſſe ſit ad hæreditatis commoda in fideicommiſſarium transferenda. At- 6
qui ſola petitione ſortis non etiam actione conſtitutæ pecuniæ in fideicommiſſarium tranſlata habet ille quicquid iuris hæres tanquam hæres & ex hæreditate habuit. Cur ergo illud prætereà inducamus vt actionem quoque de conſtituta pecunia quam non à teſtatore nactus eſt, ſed aliunde ſibi quæſiit ex ſola conſtituentis voluntate, in fideicommiſſarium tranſtuliſſe exiſtimetur?† Eóque pertinet quod Marcellus ſcribit *in l. ſi hæres. 73. D. ad Senatuſconſult. Trebellian.* Si hæres pecuniam hæreditariam crediderit, & in eam cauſam pignora acceperit, actiones ei cui reſtituta fuerit hæreditas aduerſus ipſa pignora competere non poſſe. Sed etſi in eum contractum qui à defuncto fuerit interpoſitus hæ- 7
res antequam reſtitueret hæreditatem pignora acceperit, quamuis caſus hic paulo maiorem dubitationem habeat, nec hic tamen admittendum eſſe ex fideicommiſſo, ſed habiturum duntaxat aduerſus hæredem actionem, vt extorqueat ceſſionem. Ceſſio igitur neceſſaria eſt non ſufficiente translatione illa quæ fit per vniuerſalem hæreditatis reſtitutionem.† Quamquam & illud quoque mihi valde ſuſpectum eſt vt fideicommiſſario actionem demus per quam adigat hæredem vel inuitum ad ceſſionem hypothecariæ quam ſibi hæres propria conuentione acquiſiuerit. Quænam enim actio illa eſſe poteſt niſi ex teſtamento aut vt Marcellus loquitur, & 8
quod idem eſt, ex fideicommiſſo? Qua verò ratione fieri poteſt vt ex teſtamento detur actio ad id conſequendum quod neque penes teſtatorem, neque in hæreditate vnquam fuit, neque in fideicommiſſi reſtitutionem quæ ex Senatuſconſulto Trebelliano pleniſſima fit, venire potuit? Sed & quomodo fieri queat, vt poſt reſtitutam hæreditatem translatáſque ipſo iure actiones omnes quæ hæredi & in hæredem ex cauſa hæreditaria competierant & conſequenter poſt translatam actionem

nem pecuniæ à defuncto ipſe creditæ ſuperſit hypo-
thecaria in perſona hæredis, qui ipſe pignora in eam
cauſam acceperat ante reſtitutionem, vt actionem il
lam hypothecariam cedere ex poſtfacto poſſit, tametſi
maximè velit? † Quis neſcit actionem hypothecariam
vſque adeò acceſſoriam eſſe debiti principalis, vt nec
ei cui nihil debetur acquiri, nec ei cui aliquando debi-
tum fuit, vel momento vno temporis poſtquam deberi
deſiit, ſalua manere poſſit? Nimirum, cùm eius deſit etiã
intereſſe. Nam ſi ipſius interſit, fateor hypothecariam
durare quandiu ſolutum aut aliter ſatisfactum non eſt,
licet neque principalis obligatio vlla, neque vinculum
& ius ipſum pignoris ſuperſit, vt docuimus *lib. 7. ca. 18.*
Atqui hæredis qui aut pecuniam hæreditariam credidit
eiúſque nomine pignora accepit, aut in cauſam con-
tractus à defuncto interpoſiti etiam de pignore con-
uenit, nihil poteſt intereſſe poſt reſtitutam ex Trebel-
10 liano hæreditatem. † Qui ergo fieri poteſt vt pignora
quæ acceperat maneant ipſi obligata? *arg. l. Granius. 71.*
de fide iuſſ. in illis verbis *vt quemadmodum incipere alias*
non poſſunt ita nec remaneant. Nam ſi dicas vel ob id ſal-
tem ipſius intereſſe quod futurum ſit vt ad eam actio-
nem cedendam fideicommiſſario teneatur, Reſpondebo,
Imò verò prius eſſe vt actionem ſuo iure habeat, quàm
vt ad eam cedendam obligetur. Nemo enim ex eo ſolùm
poteſt ſibi actionem quærere aut retinere, quod eam ſi
11 haberet, alteri cedere commodè & vtiliter poſſet. † Sed
ex contrario dicimus cogi quem cedere & præſtare
actionem quam habeat, quoties aut ſine vllo ſuo diſpē-
dio id facere poteſt *l. in creditore. 38. D. de euict.* aut ob
id duntaxat tenetur quod actionem habeat *l. item veni-*
unt. 20 § ait Senatus placere. D. de petit. hæred. l. quod debe-
tur. 51. in fin. D. de pecul. l. 2. §. peruenisse. D. de hæred. vel
actio. vend. Eiúſque rei exemplum accommodatum
non pro fideicommiſſario ſed contra fideicommiſſa-
rium ſumi poteſt *ex l. quod ſi in diem 16. §. vltim. D. de*
petitio. hæred. vbi Vlpianus ex Iuliano ſcribit, Si quis ex
cauſa fideicommiſſi reſtituerit hæreditatem, vel ſingulas
res præſtiterit, peti ab eo hæreditatem poſſe, quoniam
habet condictionem earum rerum quæ ſunt ex hac cau-
ſa ſolutæ, & veluti iuris poſſeſſor eſt ſed etſi pretia re-
rum quas diſtraxit ex cauſa fideicommiſſi ſoluerit, peti
ab eo hæreditatem poſſe quia repetere poteſt: Verùm
his caſibus actiones ſuas duntaxat eum præſtaturum
contra fideicommiſſarium, Nempe quia nec ob aliam
cauſam tenetur vt cedat actiones, quàm quòd eas ha-
12 beat. † At vt contra permittendum ſit hæredi rogato
hypothecariam retinere poſt reſtitutam hæreditatem
aduerſus iuris rationem, ob hoc tantùm vt eam cede-
re fideicommiſſario ex interuallo poſſit, neque vſpiam
13 ſcriptum eſt, neque ſcribi potuit. † Itaque ſi quis to-
tum illum verſiculum *tamen habet aduerſus hæredem*
actionem vt ei cedat pro pignoris commodo actionem, qui
Marcello tribuitur, Triboniani eſſe dixerit, is meo iu-
dicio non errauerit. Videtur enim Tribonianus eo
duntaxat æquitatis colore motus, quòd neque intereſſit
debitoris qui pignora dedit vtri ſint illa obligata an hæ-
redi an fideicommiſſario quandiu ipſe manet obligatus
(cùm vnica ſolutione totam pignoris obligationem ſit
extincturus, tantóque faciliùs ſi in fideicommiſſarium,
cui omnimodo ſoluendum eſt, vtraq; actio & perſonalis
& hypothecaria tranſlata proponatur) neque hæredis
qui iam hæreditatem reſtituit quando in ipſius perſona
non poſſit non inutilis eſſe hypothecaria poſtquam de-
14 ſiit eſſe creditor. † Et ſanè id non inuitus probarem ſi
qua poſt reſtitutionem actio hypothecaria penes hæ-
redem ſupereſſet. Sed cum nulla ſuperſit, conſequens
eſt nullam quoque fieri ceſſionem poſſe. Priuſque erat
vt Tribonianus inſpiceret an aliqua eſſet actio quæ cedi
15 poſſet, quàm vt quæreret vtrum debitoris aut hæredis
aut fideicommiſſarij intereſſet. † Alioqui æquè poſſis
contendere, fideiuſſori qui pro debitore ſoluit ceden-
dam eſſe aut cedi poſſe à creditore ex interuallo actio-
nem aduerſus confideiuſſores, aut debitorem, quia ni-
hil interſit creditoris, ac ne quidem debitoris, poſſit
autem permultum intereſſe fideiuſſoris qui ſoluit, Et
tamen ratio iuris obſtat ne id admittendum ſit, quia
fieri nequit vt poſt extinctam ſolutione obligationem
omnem, actio quæ nulla amplius ſupereſt, aliquã
cedatur, vt nos contra Carolum Molineum pluribus
diſputauimus *lib. 11. ex l. Modeſtinus 76. ff. de ſolut. & l. 1.*
C. de contr. iudic. tutel. Ergo neque illud admitti poteſt vt
poſt reſtitutam ex Trebelliano hæreditatem hypothe-
caria cedi poſſit ab hærede, cui deberi & cuius intereſ-
ſe deſiit, Etſi enim debiti obligatio principalis ſupereſt
quæ in fideicommiſſarium tranſlata fuit, non poteſt ta-
men ea res ſufficere vt hypothecaria hæredi ſalua ma-
neat poſt reſtitutionem. Nullo enim iuris loco reperias
fieri poſſe vt perſonalis obligatio vni, hypotheca alteri
acquiratur. † In quo differt ius hypothecæ à iure pecu- 16
niæ conſtitutæ Nam licèt vtrumque ius ſit acceſſorium
nec poſſit aut hoc aut illud ſubſiſtere ſi nulla præcedat
obligatio, tamen conſtitui, vt diximus, etiam ei poteſt
cui nihil debetur, dummodo alij debeatur, & alieno no-
mine conſtituatur. At pro alieno debito pignus ei dari
cui nihil debetur, nunquam poteſt, ne alieno quidem
nomine. † Neque tamen huic conſequens eſt, vt actio 17
de conſtituta pecunia facilius quàm hypothecaria in fi-
deicommiſſarium transferatur, aut poſt reſtitutionem ei
cedi poſſit. Eſt enim multo difficilius vt actio conſtitu-
tæ pecuniæ acquiratur ei cui non fuit conſtitutum quã
vt conſtituatur ei cui non fuit debitum. † Planè ſicuti 18
non putarem dubitandum quin hæres qui pignus ſiue
pro ſuo ſiue pro hæreditario contractu accepiſſet, hære-
ditatem reſtituendo, hypothecaria quoque actione fi-
deicommiſſario vtiliter cedere ſi vellet, poſſet. Quid
obſtaret? Ita & in ipſa hæreditatis reſtitutione fieri poſ-
ſe putem, vt fideicommiſſario cedatur actio conſtitutæ
pecuniæ, ipſi hæredi proprio iure pactoque quæſita:
Neque enim difficilius ceditur actio perſonalis quàm
hypothecaria. Neque in ea ceſſione voluntas exquiren-
da eſt conſtitutoris, dicturi fortaſſe, conſtituiſſe ſe hære-
di, nec æquè fuiſſe conſtituturum fideicommiſſario: Tri-
tum enim eſt debitorem etiam inuitum cedi poſſe: *l. 3.*
C. de nouat. & delegat. † Cæterum poſt reſtitutionem fie- 19
ri non poteſt, vt vel hæc vel illa cedatur, cum neutra
competat hæredi: qui vtique nec fideicommiſſarij pro-
curator cenſendus eſt *l. poſtulante. 44. in fin. D. ad Sena-*
tuſconſul. Trebell. Sed etſi pro procuratore haberetur, non
eò magis tamen actio de conſtituta pecunia aut ipſo
iure tranſlata videri poſſet aut per ceſſionem transferri
Nam quemadmodum quo placuit, procuratori conſti-
tui poſſe, ita interpretandum eſt vt ipſi procuratori
conſtitui oporteat, non domino: *d. l. cum qui. §. Iulianus.*
lib. D. de conſtit. pecun. Ita & actionem illam quam pro-
curator ſibi non domino quæſierit, ſpecialiter cedi ne-
ceſſe eſt vt in dominum transferatur *arg. l. poſſeſ. 40. §. vlt.*
de acquirend. poſſeſſ. Sera autem & inutilis ceſſio eſt quæ
fit poſt reſtitutionem & eo tempore quo cedens ipſe
agere ſi vellet non poſſet, tranſlata ſcilicet iam per eum
petitione ſortis in alium. † Obſeruandum autem eſt lo- 20
cus Paulum de hæreditatis reſtitutione facta ex S. C.
Trebelliano, ad differentiam eius quæ olim fieri pote-
rat ex Pegaſiano, id eſt deducta quarta. Ex Trebelliano
enim fieri dicebatur, cùm tota hæreditas ſine vlla de-
ductione reſtituebatur. Quo caſu abſolutè dici poteſt
denegandam pecuniæ conſtitutæ actionem ei qui totius
ſortis petitionem in alium tranſtulit: Non etiam ſi ex ea
ſorte aliquid penes hæredem pro Falcidiæ iure remau-
ſerit. Nam & pro ea parte ſaluam illi manere actio-
nem de conſtituta pecunia dicendum eſſet: Ceſſante ni-
mirum pro ea parte, ratione illa qua Paulus mouetur,
quoniam ſortis petitionem tranſtuliſſet ad alium. † In poſſeſ- 21
ſore hæreditatis à quo euicta ſit hæreditas licet idem

iuris

iuris Paulus conſtituat, non tamen videtur eadem ratio locum habere. Nihil enim ei poteſt imputari cum nihil fecerit, nec ſortis petitionem in alium ipſe tranſtulerit. Sed cùm nullo iure poſſederit hæreditatem, non debet melioris eſſe conditionis quàm hæres fiduciarius qui ſuo iure & ex teſtatoris voluntate hæreditatem poſſedit, in tempus vſque factæ reſtitutionis. Nec quod poſſeſſoris condemnari factum nullum interuenerit ad transferendam petitionem ſortis in verum hæredem, facere debet vt de conſtituta pecunia poſt condemnationem ſalua ipſi manere debeat actio. Non enim tranſlatione vlla opus fuit, cùm in hæreditate nullum illa ius haberet. Quominus dubitari poterat quin ei deneganda eſſet actio eius pecuniæ nomine quam ſibi proprio nomine & tanquam hæredi cùm hæres non eſſet conſtitui paſſus fuiſſet. Nam & ſi quis ille putans ſe verum hæredem, cùm hæres non eſſet, conſtituiſſet,
22 de conſtituta pecunia conueniri non poſſet *l. vlt. eod.* † Illa ſanè dubitatio erat probabilior, An conſtitutum ipſi factum prodeſſe vero hæredi deberet. Plus enim iuris habere videbatur ex conſtituto quod falſo poſſeſſori, quàm fideicommiſſarius ex eo quod vero hæredi factum eſſet, ſiquidem conſtituti tempore hæreditas cui debebatur, iam ad eum pertinebat. Sed tamen verius eſt, vt quod poſſeſſor alienæ hæreditatis pactus fuit hæredi qui poſteà vicerit, prodeſſe non debeat, ſicut nec nocere, vt apertè idem Paulus noſter ſcribit *in l. ſi ſibi decem. 17. §. pen. de pact.* Ex quo loco fit apertius, non poſſe eiuſdem Pauli verba eſſe quæ nos Triboniano adſcribimus *in d. l. ſi poſt conſtitutam* † Eadem namque ſolet
23 eſſe ratio pacti & conſtituti. *l. qui autem. 14. §. vlt. de conſt. pecun iuncta l. 1. ff. de pact.* Sicut & eadem ratio æquitatis prætorem mouit vt & pacta & conſtituta defenderet *l. 1. eodem tit. l. 1. de conſt. pecun.* quod graue ſit fidem fallere, nec quicquam magis bonæ fidei conueniat quàm pacta ſeruari. Et verò quid aliud eſt conſtitutum quàm pactum de pecunia iam debita ſoluenda interpoſitum?
24 † Itaque non poſſum mihi temperare quin rideam, miréque ſimul, quoties lego virum doctiſſimum Iacobum Cuiacium vt hos Pauli locos conciliet diſtinguere pactum à conſtituto. Conſtitutũ, inquit, eſt acceſſio principalis obligationis, ſequitur ergo hæredem, penes quem eſt ſortis obligatio. Pactum autem acceſſio dici nullo modo poteſt. Imò, inquam, pactum acceſſio eſt, cùm pecuniæ conſtituendæ gratia factum eſt, quando, vt dixi, conſtitutum pactum eſt, cæteris tamen fauorabilius in eo quod parit actionem prætoriam, quia non interponitur ad inducendam obligationem, ſed ad eam quæ iam
25 ſubſit fouendam augendámque. † Sed & falſum eſt cõſtitutum eſſe acceſſionem debiti principalis, nec ſi quis pro alio conſtituat. Is enim pro fideiuſſore quodammodo habetur quidem in quibuſdam ſed non in omnibus vt eodem iure paſſim vtatur, iiſdémque beneficiis & exceptionibus ſemper gaudeat. Cùm autem idem eſt & debitor & conſtitutor, apertius eſt vtramque obligationem tam priſtinam quam quæ ex conſtituto naſcitur, æquè principalem eſſe. Adeò vt dubitatum ſit, an qui vna egit alteram conſumpſerit *l. item illa. 18. §. vltim. de conſtit. pecun.* Inde eſt quod ſi ex duobus reis ſtipulandi vni conſtitutum, alteri poſteà ſolutum ſit, tenetur cõdictione indebiti is cui ſolutum eſt, quia loco eius cui ſolutum ſit haberi debet is cui conſtituitur *l. idem eſt. 10. cum l. præced. eodem titul.* quod vtique rationem nullam haberet ſi conſtitutum acceſſionis iure cenſeretur. Neque enim acceſſio tollere poſſet obligationem principalem quæ in perſona vtriuſque ex correis ſtipulandi par & eadem eſt: quam tamen conſtitutum tollit, quia duplicis obligationis vinculum fortius & potentius eſt. Enim verò quia dicat reum promittendi liberatum intelligi ab altero ex reis ſtipulandi, ob id ſolùm quòd al-
26 teri dederit fideiuſſorem? † Nec quod aliam obligationem præcedere neceſſe eſt, facit vt conſtituti obligatio acceſſoria dici debeat. Niſi eadem ratione dicas obligationes omnes ex conuentionalibus ſtipulationibus profectas, eſſe acceſſorias quia pendent ex negotio contracto *l. 5. §. conuentionales de V. O.* Conſtitutum enim à ſtipulatione non differt niſi animo promittentis *l. prima. § cum qui de conſtit. pecun.* ſicut & pacta cætera *l. iurisgentium. 7. §. quod ferè. ff. de pact.* Et verò ſi conſtituenti obligatio tanquam acceſſio ſequeretur ipſo iure petitionem ſortis tranſlatam in fideicommiſſarium per hæreditatis reſtitutionem: An non ineptus eſſet Paulus qui quæreret vtrum poſt reſtitutam hæreditatem aut euictam deneganda eſſet hæredi aut poſſeſſori actio quæ iam alteri fuiſſet quæſita? Taceo quod verba illa, *ſed ma-* 27
gis eſt vt fideicommiſſario vel ei qui vicit, decernenda eſſet actio demonſtrant ſatis non eam Triboniani ſententiã eſſe, vt actio hæc fideicommiſſario aut victori competat ex iuris ratione, ſed vt potiùs danda ſit ex æquitate. Nã quæ actiones ipſo iure competunt, eæ non decerni, ſed vel competere, vel dari dicuntur. Poterat autem ea ſententia, ſi vera eſſet, commodius ſubiici, & ſuperioribus connecti vt rationis loco eſſet, quæ probaret denegandam eſſe hæredi fiduciario actionem de conſtituta ſibi pecunia, itémque poſſeſſori hæreditatis, poſt hæreditatem vel reſtitutam vel euictam, ſi ita ſcriptum fuiſſet, *quoniam & fideicommiſſario & ei qui vicit huiuſmodi actio competit* Neque dubito quin ita Paulus ſcripſiſſet, ſi hac de re idem ille quod Tribonianus ſenſiſſet. Verùm hæc ad Paulum ſufficiant † *In l. vtrum. 27. eo. tit.* puto erratũ 28
eſſe in illis verbis, *dominus ei denunciet*, & pro *dominus* legendum *debitor*. Tractat enim Vlpianus eo loco de debitore, pro quo vel præſente, vel abſente, vel inuito alius conſtituerit. Et ait ex Pomponij ſententia his omnibus caſibus valere conſtitutum, ideóque falſam eſſe opinionem Labeonis exiſtimantis, Si poſtquàm conſtituit quis pro alio, debitor ei denunciet ne ſoluat, in factum exceptionem conſtituenti dandam: quaſi non debeat prætor fauere conſtituto quod pro alio factum eſt, inuito eo pro quo factum ſit. *Nec immeritò*, inquit, *Pomponius Labeonem reprehendit* Nam cùm ſemel ſit obligatus qui conſtituit, factum debitoris non debet eum excuſare: quæ ratio magis ac magis probat noſtram emendationem. De domino enim fruſtra tractemus niſi cum aut ſeruo aut à ſeruo conſtitutum fuit, vt *in d. l. cum qui. §. vlt. eo.* nec rurſum domini appellatione poſſis debitorem intelligere. Nam quod eſt principalis debitor, conſtituens vero vice acceſſionis, non facit vt tanto magis dominus dici debeat, præſertim reſpectu eius qui non mandante, ſed aut abſente aut inuito illo conſtituit. Potuit autem error naſci ex inſcitia librarij cùm prima tantum dictionis litera *D.* extaret, qua dictio *debitor* ſignificaretur, id ſatis inſinuante reliquo legis contextu † *In l. id quod ſub* 29
conditione. 19. §. vlt. eo. tit. locus ſanè mancus & mutilus eſt, ac ni fallor ita reſtituendus vt legamus *ſi pater vel dominus conſtituerit ſe ſoluturum quod fuit in peculio, non minuitur obligatio, licet minueretur peculium eo quod ex ea cauſa obſtrictus eſſe cœperit.* Sequitur namque *& licet peculium interierit non liberatur.* Id enim vnum eo loco agitur vt intelligamus, quod dici ſolet creſcere peculium, & decreſcere & mori, non pertinere ad conſtitutoriam actionem, quemadmodum traditum eſt *in l. ſequenti.*
† An quòd ſufficiat debitum fuiſſe tum cùm conſtituebatur licet deberi deſierit? Minimè. Sed quia, quod decreſcente peculio minuatur obligatio patris aut domini non alia ratione fit, quàm ex priuilegio actionis de peculio, ex parte eorum qui conueniuntur: vt ex eo apparet quod ſi poſteà idem peculium creuerit, actio quoque de peculio creſcit etiam poſt rem iudicatam, licèt nullus ex ea cauſa interponendis cautionibus locus fiat *l. quoties 47. §. ſi ſemel. D. de pecul.* Item ex eo quod tenet actio de peculio etiamſi nihil tùm fuerit in peculio cùm ageretur ſi modò ſit eo tempore quo iudicatur *l. quaſitum. 30. eod. l. Iulianus. 7. §. ſi quis actione. D. quib. ex cau.* 30

in poſſeſ. eat. Id autem priuilegium actio de conſtituta pecunia non habet, In ſolidum enim tenetur quiſquis ex ea conuenitur, Id eſt in ſolidam illam quantitatem quæ tum fuit debita cùm conſtitutum factum eſt, *l. 1. §. vlt. eod. tit.* vbi hoc ipſum aperrè ſcriptum eſt in patre & domino conſtituente id quod debet actione de peculio. Inſpicitur enim tempus conſtituti & quantum eo tempore fuerit in peculio, non quid creuerit aut decreuerit.
31 † Ex quo manifeſtiùs apparet verum eſſe quod diximus aduerſus Cuiacium. Non poſſe conſtitutoriam obligationem acceſſionis iure cenſeri: Atqui non poſſet obligari pater ex conſtituto niſi quatenus rei iudicandæ tempore in peculio reperiretur ſi peculium poſt conſtitutum decreuiſſet, exemplo eius quod in ſimili ſpecie obtinet in fideiuſſore *l. cum ſi ſeruus. 35. D. de fideiuſſ.*
32 † Illud enim commune eſt vniuerſis qui tanquam acceſſiones obligantur vt in duriorem cauſam accipi nũquã poſſint, accèptique nullo modo obligentur *l. Græcè. §. illud commune. l. ubi quis. 34. eod.* Durior autem proculdubio cauſa eſt patris, qui ex conſtituto tenetur præſtare centum quæ conſtituti tempore in peculio fuerunt, cùm ſi priore actione de peculio conueniretur non niſi quinquaginta deberet quòd non plus in peculio rei iudicatæ tempore reperiretur. Sic dicimus, Cùm Stichus aut Pamphilus in principali ſunt obligatione, non obligari fideiuſſorem qui Stichum duntaxat promittat, ſicut nec eum qui promittat purè quod in diem principalis debeat, quia his omnibus caſibus durior ſit cõditio fideiuſſoris *d. l. Græcè. § item accepto & ſeq.* At ſi illud aut illud debitũ fuit, non eo minus alterũ purè & abſolutè conſtitui poteſt *l. illud aut illud. 25. de conſt. pecu.* Et quod in diem longiorẽ debebatur ſi citeriore adeóq; præſenti die cõſtituatur, ex cõſtituto debetur vt ſuperiore capite diſputauimus *ex l. quod ſi 3. §. 2. & l. cum l. ſeq. eod.* Item quod Epheſi ſolui debuit ſi quis alio loco ſe ſoluturum conſtituerit tenetur ex conſtituto *d. l. eum qui in prin.* qui tamen ex fideiuſſione ſi ſic fideiuſſiſſet nõ teneretur quaſi in aliam cauſam acceptus. Nam nec teneretur ſi in eo ipſo loco ſoluturum ſe promitteret à quo remotior eſſet quàm reus, vt puta ſi Epheſi fideiuſſor fuiſſet, reus autem Romæ qui Capuæ dari promiſiſſet *l. fideiuſſor. 16.*
33 *§. ſed & ſi reus de fideiuſſ.* † Denique in ſingula congerã quæ eſſent penè innumera, Pro eo qui decem promiſit non poteſt accipi fideiuſſor qui promittat decem aut Stichum, quamuis hoc caſu non ſit durior eius conditio, imò melior in eo quòd habet electionem: Quoniã ſcilicet alia cauſa obligationis eſſe intelligitur *d. l. Græcè. §. ſi quis Stichum eod.* Et tamen ſi pro centum debitis frumentum eiuſdem precij conſtituatur, placet valere conſtitutum *l. 1. §. an poteſt. de conſtit. pecun.* vbi ratio redditur quòd cum iam placeat rem pro re ſolui poſſe, nihil etiam prohibet quominùs aliud pro debito conſtituatur, vt intelligamus conſtitutum pro ſolutione potiùs haberi *d. l. idem eſt. 10. eo tit.* Fallóque & ridiculè traditum à nonnullis Ioannem Fabrum ſecutis (pace tanti nominis dixerim) omnia quæ in iure diſponuntur de fideiuſſore, locum etiam habere in conſtituente.
34 † Concludamus igitur conſtitutum adiectionem obligationis eſſe (quia licet ſolutionis inſtar ſit, non tamẽ perimit priorem obligationem quam perimeret ſolutio aut delegatio *l. vbi quis. 28. eod.*) acceſſionem verò non eſſe. † *In l. & licet. 15. eo tit.* manifeſtum eſt deeſſe nega-
35 tionem in illis verbis *non erit impedimentum quòd per liberam perſonam acquirimus* legendúmque *non acquirimus.* Siquidem vulgatum eſt non poſſe nos per liberam perſonã quæ iuri noſtro ſubiecta ſit nobis acquirere. † Eá-
36 que dubitandi cauſa erat propter quam videbatur non eſſe ferendum vt ſi libera perſona eſſet per quam ego tibi conſtituiſſem, id eſt cui tuo nomine conſtitutum à me factum fuiſſet, vlla tibi actio ex eiuſmodi conſtituto acquireretur Sed reſpondetur, liberam perſonam hoc caſu non nobis acquirere, ſed nudum tantùm miniſterium præſtare: quia & paciſci etiam abſentes poſſumus, & per nuncium, & per epiſtolam. Eóque facilius admitti hoc debet in conſtituto quàm in cæteris pactis, quòd conſtitutum non ſit niſi præcedente iam alia obligatione, & quidem iuſta, id eſt quæ nulla æquitatis exceptione elidi poſſit, licet non ſit neceſſe, vt iure ciuili efficax ſit ad agendum *l. 1. §. vlt. & l. 3. §. 1. eo.* vbi quod ſcriptum eſt, *quia debita iuribus non eſt pecunia quæ conſtituta eſt*, non ſic accipi debet vt vtroque iure & ciuili & honorario debitum eſſe oporteat id quod conſtituitur (ſufficit enim vt iure honorario debeatur) ſed ita vt non ſufficiat debitum eſſe iure ciuili ſi iure prætorio, id eſt propter exceptionem aliquam non debeatur. Prætor enim maximè in actione prætoria ex æquitate inducenda plus tribuit iuri honorario quàm ciuili, quoniam nihil niſi æquitatis rationem intuetur. Alia etiam ratio eſt quæ facit vt alij noſtro nomine cõſtitui poſſit, nec idcirco tamen nobis per liberam perſonam actio quæri videatur. Nimirum quoniam is cui cõſtituitur, neque dicit neque facit quicquam, ſed tantum admittit conſtitutum patiendo ſibi conſtitui, in quo potiſſimum differt conſtitutum à ſtipulatione ex parte creditoris, vt iam à nobis explicatum eſt pluribus ad *leg. p. n. hoc. tit. lib. 5. c.*; Non enim ſicut in admittendo conſtituto, ita & in ſtipulando nudum miniſterium præſtare dici poteſt is cui noſtro nomine promittitur. Potuit autem naſci error quem emendamus ex eo quod fortè ſcriptum erat *per liberam perſo. non acquirimus.*

CAPVT VI.

De differentiis inter conditionalem legatarium & creditorem conditionalem.

SVMMARIA.

1 *Quatuor præcipua differentiæ inter conditionalem legatarium & creditorem conditionalem.*
2 *An legatarius conditionalis tanto fauorabilior ſit ſtipulatore conditionali, quanto fauorabiliores ſunt actiones ex teſtamento deſcendentes, quàm quæ ex contractu ſtricti iuris.*
3 *Cur non ſicut conditionalis obligatio, ita & conditionale legatum in hæredem legatarij ante conditionis euentum mortui transferatur?*
4 *Examinatur* l. ſi filiofamilias 11. ex quibus cauſ. in poſſeſſ. eat.
5 *Aliæ rationes pro legatario conditionali eiúſque hærede.*
6 *Vno tantum caſu creditori conditionali caueri, ſi videlicèt bonorum ſeparatio fiat.*
7 *An conditionalis creditor in poſſeſſionem mitti poſſit?*
8 *Conciliatio* l. 6. cum l. 14. §. fin. ff. quib. ex cau. in poſſeſſ. eat.
9 *Creditori conditionali prodeſſe edictum Prætoris, quo vim fieri vetat ei qui in poſſeſſionem miſſus ſit.*
10 *Quid creditori in diem, & conditionali commune ſit?*
11 *Refellitur ratio ab Accurſio & alijs Interpretibus reddita propter quam tot differentiæ inter legatarium & creditorem conditionalem inductæ ſunt.*
12 *Alia harum differentiarum ratio.*
13 *Non minoris poteſtatis eſſe voluntatem teſtatoris in ijs quæ ex teſtamento pendent, quam contrahentium voluntatem in contractibus æſtimandis.*
14 *An ſtricto iure inſpecto nulla ſit inter legata & ſtipulationes differentia?*
15 *Rationem illam Pauli in l. ſi filiusfa. 78. de V. O. quia in ſtipulationibus id tempus ſpectatur quo contrahimus, ſtricti iuris non æquitatis rationem eſſe.*

16 *Variæ rationes differentiæ inter rem quæ à filio ex cauſa legati, & eam quæ ex ſtipulatione patri quæſita eſt, ab Interpretibus ad* dict.l. ſi filiusfamiliàs *allata.*

1 NEc † paucæ nec incognitæ ſunt differentiæ inter
conditionalem legatarium, & creditorem condi-
tionalem, ſed quarum tamen ratio ſatis obſcura eſt. Præ-
cipuæ ſunt hæ: In ſtipulationibus conditionalibus id
tempus ſpectatur quo contrahimus *l. ſi filiusfamil. 78. de*
verborum obligatio. In legatis tempus euenie̅tis condi-
tionis *l. ſi vxorem. 5. C. de cond. inſert. l. quæ legata. 18. de*
regul. iuris. Obligationes ex ſtipulationibus conditiona-
libus transmittu̅tur in hæredes mortuo ante co̅ditionis
euentum ſtipulatore *§. conditionalis Inſtit. de verb. obliga-*
tion. Legata conditionalia non tranſmittuntur *l. 4. 5. &*
toto tit. Digeſt. quando dies legat. ced. Conditionali credi-
tori vſque adeò nihil debetur pendente conditione, vt
nec ei cauendum ſit Legatario autem cauere hæres de-
bet de legato ſoluendo exiſtente quandocunque condi-
tione *l. prima. & tot. titul. vt legat. ſeu. fideicom. nomin. ca-*
ueat. D. & C. Vnde illa etiam differentia, quòd legata-
rius conditionalis ex edicto prætoris in bona hæredis
mitti poteſt, creditor autem conditionalis non poteſt
quia is mittitur, qui poteſt bona ex edicto vendere *leg.*
2 *penultim. ff. quibus ex cauſſ. in poſſeſſ. eat.* † Harum differen-
tiarum ratio ideò potiſſimùm obſcura eſt, quod ex
iis apparet meliorem legatarij quam creditoris condi-
tionalis rationem in quibuſdam eſſe, in quibuſdam ve-
rò deteriorem. Inde namque fit vt defendi non poſſit
quod quidam dixerunt legatarium tanto fauorabiliore̅
eſſe ſtipulatore, quanto fauorabiliores ſunt & pleniores
actiones ex teſtamento deſcendentes, quàm quæ ex co̅
tractu ſtricti iuris. Nam ſi quis hac in re fauori potiùs
quàm iuris rationi locus eſſet, an non in eo præcipuè
faueri legatario debuit, vt ſtipulationis exemplo legatu̅
conditionale tranſmitti in hæredem poſſet, legatario
3 ante conditionem impletam defuncto? Id enim vel ma-
ximi erat momenti, eóque vt videbatur faciliùs admit-
tendum, quòd cùm tranſmittendæ obligationis condi-
tionalis alia ratio non ſit, quàm quia ſpes eſt debitum
iri, *l. conditionales. 54. de verborum ſignificatio.* [ipſa enim
ſpes eſt quæ tranſmittitur *dict. §. ex conditionali*] nega-
ri non poteſt quin legatarius quoque conditionalis
ſpem habeat conſequendi legati, conditione ſcilicet
euenıente, *leg. ſi filiofamilias. 11. quibus ex cauſis in poſſeſſ.*
4 *eat.* † vbi Paulus ſcribit, ſi filiofamilias legatu̅ vel fidei-
commiſſum relictum ſit ſub conditione, dicendum eſſe
tam ipſum quàm patrem in poſſeſſionem mittendos
eſſe, quia ambo ſpem commodi habent. Pater quidem
propter ius poteſtatis ſi velet ſibi acquiri. Ac proinde
non ratione vſusfructus quem ſolum habet in bonis
filij aduentitiis ex Iuſtiniani conſtitutionibus vt vol-
go noſtri interpretantur (fuit enim Paulo ius illud in-
cognitum) ſed ratione dominij, quod olim patri per
filium ex omnibus cauſis acquirebatur. Filius autem,
vt hoc etiam obiter moneamus, & quia capax erat
iam olim acquiſitionis ſi pater nollet ſibi per filium
acquiri vt probauimus libro ſeptimo, capit. nono. Et
quia ſperare poterat futurum fortaſſe vt ſui iuris fieret
ante conditionis euentum, non quidem patris morte,
quæ ſpes deſperationi proxima eſſet, malique ominis
plena, ſed emancipatione iuſta, quæ non minus patri
quàm filio honorifica eſſe exiſtimatur. Cùm igitur
ſpes illa legati conditionalis conſequendi non ſolùm
competat, ſed etiam priuilegium habeat miſſionis in
poſſeſſionem (quod non habet ſpes nata ex conditio-
nali ſtipulatione vt diximus) nec tantùm in filiifami-
lias legatarij perſona, ſed etiam, quod magis mirum eſt,
in perſona patris qui non eſt legatarius, cur non tranſ-
mittitur in hæredem legatarij qui eadem cum defun-
5 cto perſona eſſe cenſetur? † Auget dubitationem quòd
non magis del[?] conditionalis quàm legati dies cedit
antequàm conditio euenerit: *l. cedere diem 213. de ver-*
borum ſignific. Item quod ſcriptum eſt: *in l. in cui 42. D.*
de obligat. & action. eum qui ſub conditione legatum eſt
pendente conditione non eſſe creditorem ſed tunc de-
mum cùm extiterit conditio: eum verò qui ſtipulatus
eſt ſub conditione etiam ea pendente creditorem eſſe.
Nam ſi ita eſt, cur ergo legatario magis quàm creditori
conditionali fauemus vt & ei cauendum ſi pendente
conditione & in poſſeſſione̅ mitti poſſit † Nuſquá enim 6
ſcriptum reperias cautum conditionali creditori, vno illo
caſu excepto, *ſi bonorum ſeparatio fiat l. 4. D. de ſepar.* vbi
Papinianus tractans de creditoribus quibus in diem aut
ſub conditione debetur, ſcribit æquè dari eis ſeparatio-
nem *quoniam & ipſi communi cautione conſulemur.* Nimi-
rum quia cautio illa non à debitore aut eius hærede
præſtatur, ſed à cæteris creditoribus defuncti bona per
ſeparationem quaſi in ſolutum accepturis; ne alioqui
nulla prorſus videretur haberi ratio eorum creditorum,
qui licet ante diem aut pende̅te conditione nihil adhuc
petere poſſint, in eo tamen ſunt vt aliquando poſſint
exiſtente ſcilicet die vel conditione. Nã & ratio hæc fa- 7
cit, vt quãuis in poſſeſſione̅ mitti conditionalis creditor
non debeat, ſi quis ſit qui intercedere & prohibere ve-
lit, quia is demum ſic mittitur qui miſſus poteſt bona
ex edicto vendere, quod no̅ poteſt creditor conditiona-
lis, vtpote cui nihil debeatur quandiu pendet conditio:
d. l. penult. D. quib. ex cauſ. in poſſeſ. eat. in poſſeſſionem
tamen mitti soleat: *l. in poſſeſſionem 6. eod.* quia poteſt ea
miſſio vtilis eſſe ſi fortè à nemine prohibeatur. † Sic
enim duos illos Pauli locos qui inuicem pugnare 8
maximè videntur, conciliandos arbitror, non quomodo
Iacob. Cuiacius qui *lib. 10. Obſer. cap. 32.* exiſtimat mitti
creditorem conditionalem in poſſeſſionem ſi initium
inſpicias, non etiam ſi effectum. Quaſi verò non poſſit
illa miſſio ſufficere, ſuumquè effectum habere ad pera-
gendam bonorum venditionem ſi poſteà conditio exi-
ſtat. Quis enim dicat noua miſſione opus fore? At quis
creditorem conditionalem ei comparet qui vel ob fal-
ſum creditum vel ob falſam petitionem miſſus eſt in
poſſeſſionem, vel qui exceptione potuit ſummoueri? Il-
li ſiquidem propter nullam cauſam miſſi dicuntur, quia
nec iuſti ſunt creditores: *l. 1. §. hæc verba. ff. ne uis fiat ei*
qui in poſſ. miſſ. eſt. At creditor conditionalis verè credi-
tor eſt propter vinculum obligationis iam contractum,
ex quo futurum omnimodo eſt vt quandocunque con-
ditione debitor vel inuitus obligatus reperiatur, licet
nihil intérim re vera debeatur, quia fieri poteſt vt con-
ditio nunquam exiſtat: *d. l. in cui de oblig. & action. l. cre-*
ditores. 10. de verb. ſign. † Nec eo magis tamen huic quàm
illis prodeſſe poteſt edictum prætoris quo vim fieri ve- 9
tat ei qui in poſſeſſionem miſſus ſit: quoniam ea verba
edicti *quanti ea res fuit ob quam in poſſeſſionem miſſus erit*
tempus illud præciſè demonſtrant quod fuit cùm miſſio
fieret. Quo tempore inſpecto non poteſt videri quic-
quam intereſſe creditoris conditionalis, imo nec credi-
toris in diem *l. Fulcinius. 7. § ſi in diem quib. ex cauſ. in poſ.*
eat. cuius tamen ſolet alioqui longè melior in quibuſdã
eſſe conditio quam creditoris conditionalis. † Illud enim
vtrique commune eſt vt neuter actione̅ habeat, & peti- 10
tionem niſi poſteaquam venit dies aut conditio extitit.
Difficilis itaque inueſtigatio eſt rationis, propter quam
tot, támque diſcrepantes differentiæ inductæ ſint inter
legatarium & creditorem conditionales † Scio Accur-
ſium & vulgares interpretes *ad d. l. quæ legata*, eam ra- 11
tionem reddere, quòd in contractibus factum filij ver-
ſetur, in legatis non æquè. Sed ratio illa præter id quod
iuris conſentanea non eſt (neque enim plus iuris habet
pater in iis quæ per filium ex filij ipſius facto, quàm in
iis quæ aliunde ſibi quæruntur) in illo etiam laborat
quod non eſt generalis. Ad eas namque ſtipulationes
duntaxat pertinet à filiisfamilias interponuntur. Nos
duntaxat

autem de omnibus generaliter quærimus. Cur in iis tempus contractus ſpectetur, non, vt in legatis, euētus conditionis: aut vt interpretum more loquamur, Cur in contractibus conditio exiſtens retrotrahatur ad tempus contractus in legatis autem non retrotra-
12 hatur ad tempus teſtamenti vel mortis. † Placet pleriſque differentiam inde profectam eſſe quòd contractus omnes non niſi interueniente duorum pluriumvè conſenſu proficiantur. Ideoque maiorem vim habere debeant ad retrotrahendum, quàm legata, quæ ex vnius tantum hominis, i. teſtatoris pendent voluntate. Sed illa diuerſitas noua potiùs dicenda eſt quam ratio
13 diuerſitatis. Quis enim neſciat tantæ poteſtatis eſſe voluntatem teſtatoris in iis quæ pendent ex teſtamento quantæ eſſe poteſt voluntas contrahentium in contractibus æſtimandis? Nimirum eadem legis authoritate quæ contractus fouet, ſupremas quoque defuncto-
14 rum voluntates & confirmante, & adiuuante † Nec ſubtiliores ex recentibus ij, qui nullam inter legata & ſtipulationes differentiam agnoſcunt ſtricto iure inſpecto, ſed tantùm ex æquitate vno illo caſu quo agatur de re per filiumfamilias quæſita patri ex legato aut ex ſtipulatione: rationem illam æquitatis afferentes, quòd in acquirendis legatis nulla ſit induſtria filij, quam tamen in ſtipulando interuenire neceſſe eſt: æquiſſimū autem ſit induſtriam filij deberi patri. Nam imò verò differentia hac parte manifeſta conſtituitur inter ſtipulationes & vltimas voluntates *in d.l. quæ le-*
15 *gata.* † Et ratio illa Pauli *in d.l. ſi filiusfam 78. de verb. oblig. quia in ſtipulationibus id tempus ſpectatur quo contrahimus* proculdubio iuris ſtricti ratio eſt non æquitatis, quæ nec iuri ſtricto hic vllo modo repugnat. Cur verò *in ſtipulationibus* niſi ad differentiam vltimarum voluntatum? Vtique enim dici non poſſit ita ſcriptum ad differentiam cæterorum contractuum, quandoquidem in eo ſimiles ſunt omnes ſtipulationibus *l. 1. l. qui balneum. 9. verſ. amplius, l. potior. 11. §. videamus. D. qui potior. in pignor. habean.* In illo etiam ratio iſtorum manca eſt quod ſtipulationibus omnibus non conuenit, ſed iis duntaxat quæ per filiosfamilias interponontur, cum tamen Pauli verba illa quæ retulimus ſint generalia ad
16 omnes omnino ſtipulationes. Nec diſſimilis aliorum error eſt qui diſſimilitudinis cauſam ex eo afferunt, quod contractus ex re patris fieri præſumatur, eáque præſumptio ceſſet in legatis. Sed contrarius illorum qui Iacobum Cuiacium ſecuti aut potiùs Alciatum & Corraſium, dicunt præſumptionem eſſe quòd defunctus velit conditionis euentum expectari, contrahentes verò ab ipſo contractus initio velint obligari: huius rurſum præſumptionis rationem illam comminiſcentes, quod is qui contrahit non tantùm ſibi, ſed etiam poſteritati ſuæ proſpicere velit *l. ſi pactum 9. D. de probat.* contractus autem conditionalis poſteritati non proficeret, ſi non ab initio vires caperet, mortuo ante conditionis euentum promiſſore. Is autem, inquiunt, qui legat, ſolum legatarium ſpectat, non etiam illius poſteritatem: Vnde illud quoque fieri volunt vt pendente conditione mortuo legatario legatum extinguatur, nec in legatarij hæredem tranſmittatur. Quæro enim, Cum filiusfamilias ſtipulatur (de illo namque Paulus loquitur *in d.l. filiusfam.*) an dicemus velle eum proſpicere ſuo hæredi quem nec habere vllum poteſt quandiu filiusfamilias manet? An non potius id agit vt acquirat patri in cuius ſcit ſe eſſe poteſtate? Alia igitur ratio inueſtiganda eſt propter quam hoc etiam in caſu non minùs quàm in cæteris ſpectandum ſit tempus ſtipulationis non euenientis conditionis: eamque rationem talem eſſe oportet, quæ certi non præſumpti iuris nitatur autoritate.

CAPVT VII.

Vera ratio differentiarum de quibus proximè dictum eſt.

SVMMARIA.

1 *Cur in ſtipulationibus cæteriſque contractibus conditionalibus aliud tempus inſpiciatur quo contractum eſt?*
2 *Explicatur & ampliatur ratio ab Africano reddita in* l qui balneum. 9. ff. qui pot in pign. *& §. 1. eiuſdem legis.*
3 *Quod in conditionali obligatione afferat conditionis euentus?*
4 *Conditionem obligationi adiectam, priuſquam exiſtat, puritatis tantum priuationem eſſe.*
5 *Differentia inter diem & conditionem obligationi adiectam.*
6 *An conditiones quæ extiterunt ad tempus obligationis retrotrahantur?*
7 *Creditori conditionali, licèt pendente conditione verè creditor dici poſſit, neque pecuniam, neque cautionem deberi, ſed ſpem tantùm competere.*
8 *Quid inde ſequatur.*
9 *Cur in legatis conditionalibus aliud quàm in contractibus & obligationibus ſit conſtitutum? & variæ ſuper hoc dubitandi rationes.*
10 *Vnde petenda ſit præcipua legatorum & contractuum conditionalium differentia?*
11 *Cur in legatis conditionalibus non ſpectetur tempus mortis teſtatoris?*
12 *Contractus omnes eo ipſo tempore confirmari, quo fiunt, teſtamenta verò neque confirmari poſſe eo tempore quo fiunt, neque fieri eo tempore quo confirmantur.*
13 *Quid ex eo ſequatur, quod ſola legis poteſtate teſtamenta confirmentur?*
14 *Teſtamentum in ipſo inſtanti mortis teſtatoris confirmari oportere.*
15 *Sed legata & fideicōmiſſa, cæteráq; quæ vires ex teſtamento accipiūt ſpeciali confirmatione non indigere.*
16 *Cur legatarius conditionalis ante conditionis euentum creditoris loco non habeatur, nec in eo mortis teſtatoris tempus ſpectetur?*
17 *Differentia quædam inter legatum in diem, & legatum conditionale.*
18 *Cur legatario conditionali caueatur, non ſecus ac ei cui in diem certum legatum eſt?*
19 *Vnde ea cautio proficiſcatur?*
20 *Cur is qui fundum ſub conditione ſibi dari ſtipulatus eſt, cautionē pendente conditione exigere non poſſit?*
21 *Legatum licèt in diem aut ſub conditione, rem legatam afficere.*
22 *In quo legatarius conditionalis plus iuris habeat, quàm creditor conditionalis.*
23 *Legatarij conditionalis ius, quandiu conditio pendet, ſuſpenſum potiùs quàm omninò nullum eſſe.*
24 *Ius verò ſtipulatoris ex ſtipulatione conditioni competēs, ab ipſo interpoſitæ ſtipulationis tēpore ſubſiſtere.*
25 *Non tamen ab ipſo interpoſitæ ſtipulationis die, debitū conditionalis diem cedere.*
26 *Cur non idem hac parte in legato quod in ſtipulatione conditionali ſeruetur?*
27 *Nominis conditionalis venditionē confeſtim ſubſiſtere, & non expectato cōditionis euentu ex empto agi poſſe.*
28 *Emendatur* d.l. quæ legata. 18. ff. de reg. iur.

EGo, vt tandem dicam quod ſentio, exiſtimo, quæſtionis huius difficultatem non in eo eſſe vt

laboremus, cur in ſtipulationibus cæteriſque contra-
ctibus inſpiciendum ſit tempus quo contrahimus, ſed
in eo potiùs cur in legatis conditionalibus aliter con-
ſtitutum ſit, ſpecteturque dies euenientis conditionis.
1 † Nam quod ad contractus pertinet, quodnam, obſe-
cro aliud tempus inſpicere poſſis, quam quod contractū
eſt? An aliud vllum eſt, in quo contrahatur vinculum
obligationis ne ſit in poteſtate promittentis aut aliter
ſe obligantis facere ne exiſtente quandoque conditio-
ne ex eo contractu non ſit obligatus? Id ſiquidem vnū
eſt, ex quo vinculum obligationis æſtimatur quod in-
ducit neceſſitatem alicuius rei dandæ vel faciendæ, eo
ſcilicet tempore aut caſu qui obligatione continetur:
qua neceſſitate non poſſit inuito aduerſario ſe libe-
rare is qui ſemel ſe obſtrinxit, niſi iis modis quibus
placuit obligationes iure tolli poſſe, vt apparet ex ea
obligationis diffinitione quam Tribonianus poſuit Ti.
2 *Inſt. de oblig. inſtit.* † Et id eſt, ni fallor, quod Africa-
nus ait *in d.l. qui balneum 9.* illis verbis: *Licet enim eo tē-
pore homo pignori datus eſſet quo nondum quicquā pro con-
ductione deberetur, quoniam tamen iam tunc in ea cauſa
Eros eſſe cœpiſſet vt inuito locatore ius pignoris in eo ſolui
non poſſet, potiorem eius cauſam habendam.* Etſi enim ra-
tio illa eo loco accommodata eſt ad pecuniam quæ in
diem certum non ſub conditione deberetur non mi-
nus tamen conuenit obligationi conditionali, quia nō
magis eſt in poteſtate illius qui ſub conditione promi-
ſit, vt ſe liberet inuito ſtipulatore quandiu conditio
pendet, quàm ſi in diem certū deberet. Ac ne quis de
eo dubitare poſſet ſubiicit ſtatim. *Amplius etiam ſub con-
ditione creditorē tuendum putabat aduerſus eum cui poſteà
quicquam ſub eodem ſcilicet* pignore *deberi cœpit* non
quo paulo maiorē dubitationē res non haberet in eo
creditore cui ſub conditione, quam in eo cui in diem
certum deberetur, ſed vt intelligeremus idem tamen
hac parte in vtroque iuris eſſe: Nec rationē aliā ſub-
iecit vt appareret priorem illam ſufficere, vtrique ca-
ſui communē eſſe. Quod & apertiùs probat exceptio
illa quæ ſequitur *ſi modo non ea conditio ſit quæ inuito de-
bitore implere non poſſit.* Nempe quia in eo genere con-
ditionū, quas vulgo poteſtatiuas appellant, cùm in po-
teſtate debitoris ſit facere ne condicio exiſtat, puta nō
accipiendo pecuniam, vt in ſpecie *l. pen. D. quæ res pign.
obl. poſſ. l. 1. in fi. ff. qui pot. in pign. hab.* ferè eſt vt nec vlla
obligatio præcedere, cōtractàque eſſe videatur. At in cæ-
teris conditionib. omnibus ſiue merè caſuales ſint, vt
vocant, ſiue mixtæ, ſicuti negari non poteſt contractā
ab initio obligationē quæ faciat ne impedire debitor
poſſit quominùs debeat quotieſcunque cōdicio exiſtet:
ita fatendum eſt tempus illud contractæ obligationis
inſpici debere, nec aliud vllum eſſe quod ſpectari poſ-
3 ſit. † Quid enim aliud affert euentus condicionis niſi
vt cùm ſemel condicio extitit perinde habeatur acſi
illo tempore quo ſtipulatio interpoſita eſt, purè facta
fuiſſet? vt Caius docet *in d.l. potior 11 §. videamus eod.
4 tit.* † Siquidem condicio priuſquā exiſtat, priuatio tan-
tùm eſt puritatis, vt ita loquar, id eſt quid efficiens ne
obligatio pura dici poſſit, & cōſequenter nihil eſt, quia
nec priuatio, ſi philoſophis credimus, quicquam eſt.
Poſteaquam verò extitit, condicio amplius non eſt, ſed
ſublata priuatione illa, apparet ſtipulatio talis qualis
eſt, id eſt pura: In eóque diſpar cōdicionis & diei ratio,
5 † Etſi.n. dici æquè ac cōdicionis adiectio facit ne obli-
gatio pura dici poſſit, tamē dies certus aliquid ponit, &
aliquid eſt, adeò vt poſtquā ſemel venit, nō magis videri
poſſit obligatio pura ab initio fuiſſe, quā illud induci vt
Calēdæ Sextiles in qua cōcepta fuerat obligatio, ſint
Ianuariæ in quib. contracta fuit ſtipulatio, Dies enim
ex ſe ipſo dies eſt, id eſt non idcirco fit dies quod obli-
gationi ſit inſertus. At cōdicio illa *Si Titius Conſul factus
erit*, non aliam ob cauſam condicio eſt, quàm quia ſic
à contrahentibus per modum condicionis expreſſa eſt.
Nam hoc ipſum *fieri Titium Conſulem* no[illegible]o
nec quid cō[illegible]ionale, ſed poſitiuum, & fa[illegible]
luit tamē cōditio priuſquam Titius Conſul fieret, quia
in eum caſū & euentum qui incertus erat contractum
eſt: & ideò vbi factū accedit, cōdicio deficit, ipſaque
obligatio pura remanet. Quare nec ingrato quod
noſtri iactare ſolent diē certū nunquā retrotrahi ad
tēpus obligationis, quia nec poteſt. † Sed illud nō æ- 6
què probo, quod addunt, Condiciones retrotrahi, cùm me
aliquādo & ſæpiùs ea loquendi formula vſum eſſe me-
mini. Quomodo enim, aut qua arte, quibus denique ma-
chinis poſſis, retrotrahere id quod nihil niſi nihil eſt?
Vulgatū illud eſt noſtrorū brocardicū, nullius eſſe non
ētis qualitatem: At vt quid ſit retrotrahi ille qualitas
eſt. Efficit enim quale. Nō ergo fieri poteſt vt cōdicio
quæ iā extitit retrotrahatur, cùm eo tēpore nec condi-
cio amplius, nec aliud quicquā ſit. Nec quod dicimus
in ſtipulationib. condicionalibus ſpectari tempus con-
tractus vllā inducit retrotrahēdæ cōdicionis neceſſita-
tem. Nam & idem euenit in ſtipulationibus quæ diem
certum habent vt in iis idem quoque tempus contra-
ctæ ſtipulationis ſpectari oporteat, tāto magis quanto
propiùs accedunt puris, cùm ex iis dies debiti ſtatim
cedat, & tamē nemo eſt qui dicat diē certū retrotrahi
vnquā poſſe aut debere. Proinde quis iā miretur in ſti-
pulationib. cæteriſque cōtractibus condicionalibus in-
ſpici tēpus cōtractus? Aut, quod fit in conſequentiā, mor-
tuo ante condicionis euentū ſtipulatore, tranſmitti in
hæredē illius quod iam inde ab interpoſiti contractus
tēpore quæſitū defuncto fuit vt obligatū haberet ad-
uerſariū exiſtente quandocunque condicione? † Quis 7
denique non fateatur creditorē condicionalem verè di-
ci creditorem eo inſpecto quod debitorem iam habet
obligatum: nec alio vllo facto ſuo indiget vt ei vincu-
lum iniiciat obligationis? Sed tamen quia fieri po-
teſt vt condicio deficiat, atque ita appareat nihil vn-
quam debitum fuiſſe, cùm obligatio ſic contracta
ſit vt ab initio conditionem habuerit, quæ non modò
effectum, ſed etiam natiuitatem obligationis ſuſpende-
ret, illud quoque fatendum eſt, creditori conditionali
quandiu conditio pendet, neque pecuniam neque cau-
tionem deberi, ſed ſpem tantùm competere vt aliquā-
do debeatur, ſi conditio exiſtet. Id enim facit ius ipſum
iam natum & ſubſiſtens obligationis ea lege cōtracta.
† Vnde illud quoque fit quod ſupra diximus, vt in poſ- 8
ſeſſionem mitti non poſſit ex edicto ſi aut à debitore
aut ab alio prohibeatur: miſſus tamen nec prohibitus
poſſit bona ex edicto vendere poſt impletā conditionē,
neque nouo miſſione indigeat, qua vtique indigeret ſi
prior illa miſſio nullo iure facta videri poſſet. Eóque
pertinent leges omnes quæ negare videntur debitorē
eſſe eum qui ſub conditione debeat, aut creditorem il-
lum cui ſub conditione debeatur *l. debitor. 108. de verb.
ſign. l. Fulcinius. 7. §. ſi in diem. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.
cum ſimilib.* Atque hæc quidem, vt prædixi, in ſtipula-
tionib. cæteriſque contractibus per ſe ſunt ſatis expe-
dita. † Sed illud difficile eſt, Cur in legatis conditiona-
libus aliud ſit conſtitutum. An non enim ſicut ex ſtipu-
latione aliòve contractu naſcitur actio quæ creditori
competit poſt exiſtentem conditionem, ita & ex teſta-
mento illa quæ cōpetit legatario conditionali poſtquā
legati conditio extitit: An non in legatis ſicut & in cō-
tractibus exiſtens conditio legati facit vt legatum pro
puro habeatur? An verò legato inſerta conditio eandē
conditionis naturam non habet quā haberet in ſtipu-
latione, vt aliquid eſſe exiſtimetur, & quidē tale quod
ſuum certúmque tempus habeat, cuius ratio aliqua du-
ci poſſit? Vtique. † Sed differentia legatorum & cōtra- 9
ctuum conditionalium tota ex eo petenda eſt, quòd
ius ipſum legati conditionalis quandocunque exiſtente
conditione petendi, non naſcitur eo tempore quo te-
ſtamentum fit, licet poſt impletam conditionē petatur
legatum

legatum ex teſtamento. Nempe qoia tametſi teſtamen-
tum ex præſenti vires accipiat, & iam tùm valere debat
cùm fit, non tamen poteſt ius vllum ex eo acquiri aut
hæredi aut legatario priuſquam per legem confirmatũ
ſit, quod non fit niſi mortuo demum teſtatore, non ſo-
lùm quod ante id tempus mutari reuocaríque teſtamẽ-
tum poſſit, ſed etiam quia nec eius qui teſtatur, volun-
tas illa eſt, vt vel hæredẽ vel legatarium vllum habeat
niſi poſt mortem ſuã vt ipſa teſtamenti diffinitio pro-
bat. Mors igitur teſtatoris expectanda eſt per quã te-
ſtamentum confirmetur. Nec proinde eſt quod quis iã
quærat, Cur conditio inſerta legato non retrotrahatur
ad tempus teſtamenti, ſi interpretum more loqui vo-
11 lumus. † Sed illa tantùm dubitatio ſupereſt, Cur non
tempus ipſum mortis hac parte ſpectetur. Nam quod in
obligationibus conditionalibus tempus contractus eſt,
id in teſtamentariis cauſis eſt tempus mortis. Puto autẽ
neque mortis tẽpus ſpectari, quia quod teſtamẽta mor-
te confirmãtur non fit ex ſola teſtatoris voluntate, id
eſt ob id tantùm quòd teſtatur eo demùm tempore ſu-
premam voluntatem ſuam ratã eſſe, ac manere volue-
rit, ſed præcipuè ex legis autoritate & poteſtate, ſine
qua, vt ſæpiùs à nobis tractatum eſt, teſtari nemo poſſet
Quandoquidem is qui teſtatur id agit vt bona ſua om-
nia in alium transferat, ſed ita tamen vt tranſlationem
conferat in id tempus quo ipſe rerum ſuarum dominus
amplius non erit, quod neque gentium, neque ciuilis
iuris rationi conuenit. *l. Titio cùm moriar 51. D. de vſufr.*
12 *l. Suebus. 39. de manum. teſtam.* † In quo differunt ſanè
contractus à teſtamentis. Contractus enim omnes ſiue
iure gentium ſiue ciuili inducti ſint, eo ipſo tempore
confirmantur quo fiunt: adeò vt nec confirmari vnquã
poſſent ſi eo tempore non valerent: quæ ſententia eſt
l. obligationes. 27. D. de oblig. & action. tantúmque abeſt
vt poſſit vtiliter concipi ſtipulatio in caſum inutilem,
vt etiamſi ab initio conſtiterit, placet tamen pleriſque
inutilem eam affici & reſolui, ſi in eum caſum recidat
à quo incipere non potuit *l. exiſtimo. 98. de verb. oblig. l.
pro parte. 11. D. de ſeruit. l. quia in eum caſum. 16. D. ad leg.
Aquil.* quãuis perpetuũ id non ſit *l. in ambiguis. 85. §. nõ
eſt nouum de reg. iur.* Teſtamenta verò neque cõfirmari
poſſunt eo tẽpore quo fiunt, neque fieri eo tẽpore quo
confirmãtur: quamquã valere ea iã inde ab initio ne-
ceſſe eſt, & viuo teſtatore, vt eius morte confirmari
13 poſſint. † Ex eo autẽ quod ſola legis poteſtate cõfirmã-
tur, id eſt eo tẽpore quo nihil eſt ex parte teſtatoris iã
defuncti quod cum lege poſſit concurrere: dico fieri vt
quæcumque teſtamento continentur eo ipſo modo va-
leant quo ſcripta ſunt, & conſequenter vt legatario cõ-
ditionali nullum omnino ius aut in præſens aut in fu-
turum tẽpus acquiratur, antequã condicio euenerit. Ne-
que enim neceſſe eſt, cùm defuncto iam teſtatore tã fa-
cile ſit legi ſuſpendere voluntatẽ teſtatoris, totũque ius
legati condicionalis in id vſque tẽpus quod exiſtat cõ-
dicio quã eo ipſo inſtãti quo primùm teſtator mortuus
fit, ius aliquod præſens futuræ obligationis inducere.
14 † Teſtamentũ quidẽ ipſum eo primo inſtanti confir-
mari oportet, quia non poteſt ea confirmatio vel mi-
nimo temporis momento manere in ſuſpenſo, propter
præciſa illa verba legis 12. tabul. *Paterfamilias vti ſuper
re pecuniaue ſua legaſsit, ita ius eſto l. verbis legis. 120. de
verb. ſignific.* Nam ſicuti legis auxilium neceſſarium
fuit ad confirmanda teſtamenta, ita neceſſariò applica-
ri debuit eo ipſo inſtanti quo neceſſarium eſſe incipe-
ret, id eſt quo voluntas poteſtáſque teſtatoris deficeret.
Inſtans autem illud, inſtans mortis eſt aut quod inſtãti
15 mortis proximè ac immediatè ſuccedit. † Sed quod per-
tinet ad legata, fideicõmiſſa, cæteraq. huiuſmodi quę vi-
tes accipiunt ex teſtamento, eiuſque cauſam & ius ſe-
quuntur, nulla indigent ſpeciali confirmatione, ob id-
que nec de iis tractandũ eſt priuſquàm dies eorum ceſ-
ſerit, qui porro condicionaliũ non cedit, niſi exiſtẽte
lemum condicione. † Quoniam autem lex confirmat 16
ſupremas defunctorum voluntates ad eum prorſus mo-
dum qui teſtamento præſcriptus eſt, dum ne quid con-
tra leges aut bonos mores factũ ſit, nihil cauſæ eſt cur
legatarium condicionalem creditoris loco habeamus
priuſquàm condicio extiterit, aut cur non eadem lex
ipſa condicionale legatum in ſuſpenſo retinere tantiſ-
per poſſit & debeat, quia nec teſtator ante id tempus
quicquã iuris in legato aut pro legato eum habere vo-
luit. Quare mirum non eſt ſi nec mortis tẽpus ſpecte-
mus cùm quæritur de legato condicionali, nec admit-
tamus vt defuncto ante condicionem exiſtente lega-
tario, in ipſius hæredẽ tranſmittatur. Vtrumque enim
fieret non modò contra voluntatem teſtatoris, ſed etiã
citra auxiliũ legis, quod ſicuti non interuenit niſi vbi
neceſſarium eſt, ita nec niſi quatenus neceſſarium eſt.
† Neque hac parte legatum in diem ſimile eſt legato 17
condicionali. Nã quod in diem certũ debetur, morã tã-
tùm ſuſpenditur, iamque deberi intelligitur, quia certũ
eſt diẽ venturũ eſſe. Itaque ſiue vetus ſiue nouũ ius in-
ſpicias, dies huius legati perinde cedit à morte teſtato-
ris atque ſi purè relictũ fuiſſet, & ex eo tempore mor-
tis teſtatoris legatũ hoc confirmatur. Condicio autem
tota ex incerto euentu pendet De illa enim loquimur,
quæ poteſt non exiſtere, non de ea quæ ſit omnimodo
extatura, quæ nec conditio propriè dici debet *l. quòd ſi
ea conditione. 18. D. de cond. indeb.* † Cur ergo, inquies, 18
legatario conditionali cauetur non ſecus ac ei cui in
diem certum legatũ eſt? Reſpondeo id fieri non ſolùm
eleganti, ſed etiã neceſſaria ratione Nã cùm dominiũ
rei legatæ ſiue purè ſiue in diem, aut ſub conditione le-
gatum ſit, transferri debeat à teſtatore in legatariũ per
legem, idque inuito hærede (neque enim obligatus vi-
deri poſſet hæres, ſi in eius arbitrio eſſet an obligari
vellet) lex autẽ facere nequeat, vt quæ res hæredi pleno
iure ſemel quæſita fuit, ei inuito auferatur, obſtante ni-
mirũ iuris regula *l. id quod noſtrũ. 11. de reg. iur. l. ſi ego. 9.
§. 1. D. de iur. dot.* neceſſe fuit eiuſdem legis poteſtate in-
duci, vt legati dominiũ aut recta via trasferretur in le-
gatarium, quaſi nũquam factum hæredis *l. à Titio 64. D.
de furt.* (quod euenit illo tantùm caſu quo purè non in
diem vel ſub conditione legatũ proponatur *l. legatum
ita. 80. de legat. 2.*) aut ſaltem pleno iure hæredis fieri
prohiberetur ſiue in diem certũ aut incertum, ſiue ſub
conditione legatũ eſſet, vt eueniente quandocumque
die vel conditione tranſlatio illa dominij cõmodè &
ex teſtatoris voluntate fieri poſſet quæ anteà fieri non
potuiſſet. Neque ſanè ratio patitur, vt quod in diẽ aut
ſub conditione legatũ eſt pendente die aut conditione
tam pleno iure ſit hæredis quàm ſi nullo modo legatũ
eſſet, licet neque quod in diem, neque quod ſub con-
ditione legatum eſt, acquiri intereà legatario poſſit.
Spes enim ſubeſt, & quidẽ certa venturæ diei certæ, in-
certa verò exituræ cõditionis. Inde fit, vt non ſine cau-
ſa iubeatur hæres cauere legatariis omnibus, id eſt iis
etiã, quib. in diem aut ſub conditione legatũ eſt, ac ni
faciat, pati vt legatarij mittantur in poſſeſſionẽ bonorũ
teſtatoris, edicto prætoris in eam rẽ propoſito, de quo,
*in tit. D. vt legat. ſeu fideic. nomin. caueat. & C. vt in poſſ.
legat. vel fideic. ſeruand. cauſ. mittat.* † Etſi enim iuris præ- 19
torij non ciuilis cautio illa eſt, ex eo tamen proficiſci-
tur, quod lex non patitur hæredis pleno iure eſſe rẽ quæ
quomodocunque legata eſt ſiue purè ſiue in diem ſiue
ſub conditione, ne ſibi ipſa præripiat facultatẽ confir-
mãdæ & exequẽdæ volũtatis defuncti, in eũ caſũ & in
id tẽpus quo teſtator voluit, quandoquidẽ eadẽ lex eſt
quæ hæreditatis dominiũ tribuit hæredi, adeóque iiſdẽ
verbis *d. l. 80. de legat. 2.* & quæ legatum conditionale
in ſuſpenſo, vt iam diximus, manere vult, quamdiu con-
ditio ipſa pendet. Alioqui quanam obſecro ratione
cogi hæres poſſet cauere eius rei nomine quam pleno
dominij iure poſſideret? † Idque ex comparatione 20

ſtipulationis conditiunalis apertiùs intelligitur..Nam
qui fundum ſub conditione ſibi dati ſtipulatus eſt, licèt
iam obligatum habeat promiſſorē vt exiſtente quādo-
cunque conditione fundus dari debeat, non poteſt ta-
men petere vt pendente conditione ſibi caueatur, aut
prohibere ne fundum intereà promiſſor alienet, eiúſ-
que dominium transferat in accipientem licet poſteà
conditio exiſtat. Quia verum eſt pendente conditione
fundum quamuis ſub ea conditione promiſſum, pleno
tamen iure eſſe promiſſoris Ex ſtipulatu verò contra-
ctam obligationem nō niſi perſonam afficere, vt cum
conditio extiterit conueniri promiſſor poſſit ad dandū
fundū: *l. ſi ita diſtrahatur.* 25 *§.1. de cont. emp. l. vbi autem.*
75 *§. vlt. de verb. obl.* condemnari autem debeat fundo
iam alienato ad præſtandā fundi verā æſtimationem,
ſicuti, ſi fundus poſt morā chaſmate periiſſet *l. ſi ſeruum*
21 91 *§. vlt. eo. l. promiſſor hominis* 23. *D. de conſtit. pecun.*
† Legatum verò rem ipſam quæ legata eſt afficit ta-
metſi in diem aut ſub conditione legata ſit non vt eā
obliget legatario (ius enim illud pignoris noua Iuſti-
niani conſtitutione inductū eſt *l. 1. & 3. C. commun. de le-
gat.* nec aliud pignus in legato habere olim legatarius
potuit niſi quod vel à teſtatore ipſo conſtitutum eſſet,
vel à prætore permiſſione in poſſeſſionē, de quo accipi
debet *d. l. 4. de ſeparat. ex l. 3. l. qui leg. 5. C. vt in poſſ. legat.*)
ſed vt impediat, quemadmodum dictum eſt, ne intereà
22 res legata pleno iure ſit hæredis. † Cui conſequens eſt
vt in eo quoque legatarius condicionalis plus iuris ha-
beat, quā creditor condiciunalis, quod pendente legati
condicione, ſi non caueatur, mitti poteſt in poſſeſſionē
bonorum defuncti, & ſiue ab hærede ipſo iure ab alio
prohibeatur actionem habet ex alia edicti parte in id
omne quod ſua intereſt ſibi cautum eſſe, in quo ipſa
etiam rei legatæ æſtimatio continetur *d. l. pen. D. quib.
ex cauſſ. in poſſeſſ. eat. quia* vt Paulus inquit, *intereſt eius
cautum habere.* Siquidem cautio ei debetur vel ob hoc
maximè vt appareat rē legatā non eſſe intereà hæredis
pleno iure. Itaque licèt id quod ſub condicione legatū
eſt nōdum legatario debeatur non magis quàm ſi nul-
lo modo legatū eſſet, tamen dici non poteſt nihil ei de-
beri cui cautio debetur. † Ac quemadmodum in poſt-
23 liminij fictione dicimus filium eius qui apud hoſtes eſt
re vera quidē eſſe ſui iuris, quia eius pater re vera ſer-
uus hoſtiū eſt, ſed tamen quandiu pater viuit non vi-
deri pleno iure aut vt Papinianus loquitur *in l. pen. de
ſuis & legit.* In plenum patria poteſtate liberatum pro-
pter ſuſpenſi iuris conſtitutionē, quæ facit vt iura quæ
pater in ciuitate habuit, in ſuſpenſu retineantur, non
abrumpātur *l. illa inſtitutio* 32. *§. 1. de hered. inſtit.* Ita di-
cendum eſt rē ſub condicione legatā nullo modo in-
terea debitā eſſe legatario, ac proinde reuera hæredis
eſſe cuius eſt hæreditas, *l. arboribus* 12. *§. vlt. D. de vſufr.
l. omnia* 23. *§. 1. de legat.* 2. [ponimus enim legatā rē hæ-
reditariā aut quæ ſit hæredis ipſius nō alterius] ſed ta-
men non videri pleno iure ad hæredē pertinere pro-
pter poteſtatē legis quæ cùm in ſuſpenſo retineat le-
gatum cōdiciunale, facit hoc ipſo vt quādiu condicio
pendet, legatarij quoque ius ſuſpenſū potius quā om-
ninu nullum eſſe intelligatur; adeu vt ſicut legatum in-
terim ſibi acquirere nō poteſt, ita nec repudiare poſſit:
l. ſi ita ſit ſcript. 45. *§. ſi ſub condicione de legat.* 2. ſed tan-
tùm ſpē futuri iuris ſibi iā cōpetentē per pactum re-
mittere ſi velit, *l. 1. C. de pact. l. de fideic.* 11. *C. de tranſact.*
24 † Quod in ſtipulatione cōdicionali non ſimiliter tra-
ctari poteſt. Ius. n. ſtipulatoris cōpetens ex ſtipulatione
condicionali, tametſi condicio pendeat, nō eſt in ſuſ-
penſo, ſed ab ipſo interpoſitæ ſtipulationis tempore
ſubſiſtit, quia quæcunque gerimus, cùm ex noſtro con-
tractu originem trahant niſi & ex noſtra perſona &
ex eo ipſo tempore quo contractus ſit initium ſu-
mant, inanem actum noſtrum efficiunt *l. quæcunque* 11.
Digeſt. de obligat. & action. Quomodo enim fieri poſ-
ſet vt poſt exiſtentem condicionem obligatio ex con-
tractu naſceretur quæ ab ipſo contractus tempore
initium nullum ſumpſiſſet? Annon ita fieret vt ex non
contractu potius quàm ex contractu obligatio naſce-
retur? Neque enim dici poteſt tum videri contractum
cùm ſtipulationis condicio impleta eſt, non magis
quam illud admitti vt tum impleta condicio videatur
cùm ſub condicione contractum fuit. Implicarent enim
iſta contradictionem. † Neque tamen conſequens eſt 25
vt ab ipſo interpoſitæ ſtipulationis die, debiti cōditio-
nalis cedat dies qui condicione ipſa ſuſpenditur *l. ce-
dere diem.* 213. *de verb ſignif.* Cur verò debiti condicio-
nalis diem cedere aut non cedere diceremus, ſi debi-
tum nullum eſſet, prius etiam quam dies cederet? † 26
Atqui, dicat aliquis, de legati conditionalis die ceden-
te ſimiliter tractari poteſt priùs etiam quam conditio
extiterit *tot. tit. quand. dies legat. ced.* Reſpondeo, Inde
nimirum rectè inferri poſſe: Legatum ergo vt fuerit,
eſſe neceſſe: ſed non fore rectam conſecutionē ſi quis
dicat Legatum eſt. Ergo debitum eſt. Poteſt enim lega-
tum eſſe nec tamen vllo modo debitum, nempe ſi le-
gatum ſit ſub conditione, Vtrumque ſiquidem verum
eſt, Legatum condicionale, & legatum eſſe, & debitum
non eſſe. Nimirum quia non eodem tempore legatum
fit & deberi incipit. Fit à viuo teſtatore. Deberi autem
incipit poſt mortem teſtatoris, quia vt debeatur ſit per
legem, quæ poteſtatem & authoritatem ſuā non priùs
accommodat, quàm teſtator deceſſerit, quando nec
alia teſtatoris voluntas fuit At vt id quod ſub condi-
tione debitum eſt nullo modo debeatur, adeóque vt
quod rectè ritéque licet ſub aliqua conditione, pro-
miſſum eſt, prorſus interim indebitum ſit, non magis
fieri poteſt quam vt quid idem ſit & non ſit: & omni-
no neceſſe eſt vt debitum eſſe incipiat eo ipſo inſtanti
quo fit, id eſt, quo contrahitur: quia nec alio tempore
lex approbat ſtipulationem alióſve contractus condi-
cionales, vt obligationem parere poſſint quàm eo ip-
ſo inſtanti quo fiunt, vt ſupra diximus *ex l. obligationes.*
27 *de obligat. & action.* Denique exiſtens condicio ſti-
pulationis non tam obligat promiſſorem quam efficit
vt ex die contractæ ſtipulationis obligatus reperiatur.
Prius autem eſt vt quis obligetur, quam vt obligatus
appareat. † Inde eſt quod ſi Titius tibi decem ſub con- 27
dicione debeat & ego nomen eius abs te emam, con-
feſtim venditio ſubſiſtit, adeóque non expectato euē-
tu conditionis poſſum ex empto agere vt vel acceptū
ei facias *l. multum.* 19. *D. de hered. vel act. vendit.* Nam ſi
nullum adhuc nomen, nulla obligatio eſſet, neque fie-
ri poſſet, vt valeret venditio ſine re quæ veniret *l. nec
emptio* 8. *de contrahend. empt.* neque vt per acceptilatio-
nem liberaretur qui nondum eſſet obligatus quomodo
nec per delegationem liberari poteſt is qui legatum
ſub condicione debet *l. legata.* 41. *de cond. & demonſt.* † 28
Illud non eſt prætermittendum, *in d. l. quæ legata.* 18. *de
regul. iur.* erratum videri in illis verbis *etiamſi libertatis
nobis poteſtate domini conditio exiſtat.* Habet enim lex
ſententiam generalem & quæ ad filiosfamilias com-
modiùs quàm ad ſeruos referri poſſit. Sed non probo
quod Franciſcus Hotomanus *in obſeruat.* docuit ex-
pugnandam eſſe dictionem illam *domini.* Potius enim
dicerem pro *domini* legendum eſſe *demum*, eſſetque
multo probabilior emendatio. Quamquam ſi quis per-
tinaciùs velit contendere, Pomponium eo loco de ſer-
uis duntaxat locutum eſſe, quemadmodum & de filio-
familias tantùm Paulus agit *in d. l.* 78. *de verborum obli-
gation.* cùm tamen eadem hac parte ratio ſit filiiſfami-
lias & ſerui, ego non valde repugnabo. Sicq; ſenſiſſe vi-
détur ij qui poſt *d. l. quæ legat.* ſubiecerūt eadē ipſa Pauli
verba quæ extāt *in d. l.* 78. quæ tamē lex in Florētina &
Haloandri editione deeſt. Fuimus lōgiores in his expli-
candis,

candis, quià ſunt ſubtiliſſima, & ex intimis iuriſprudentiæ noſtræ medullis deprompta.

CAPVT VIII.

Peſſimè à compoſitoribus corruptum Caij reſponſum in §. ſi reo. l. ſi à reo. 70. D. de fideiuſſor.

SVMMARIA.

1 *An, ſi reo in fundum obligato fideiuſſor in vſumfructum accipiatur, an inquam obligetur, quaſi in minus, an verò non obligetur, quaſi in aliud.*
2 *Senſus eorum quæ à Caio* in d. §. ſi reo. *præmiſſa ſunt antequàm ad propoſitam quæſtionem reſpondeat.*
3 *In quo eius § quæſtio conſiſtat.*
4 *Rationibus & legibus probatur vſumfructum à fideiuſſore promiſſum ius quoddã eſſe ab ipſa proprietate ſeparatum.*
5 *Species & ratio* §. ſi fundum. l. ſi cùm argentum ff. de except. rei iudic.
6 *Vſumfructum non eſſe reuera fundi partem integralem.*
7 *An ſit pars homogenea.*
8 *Tria eſſe corporum genera, & ex quo genere fundus ſit?*
9 *Emendatur* l. rectè dicimus. 25. ff. de verb ſignif.
10 *Reſpondetur ad* l. qui vſumfructum 58. ff. de verb. oblig. *ex qua nonnulli probare volunt vſũfructum fundi partem eſſe.*
11 *Cur is qui vſumfructum fundi, deinde fundum ſtipulatur, ei ſimilis ſit qui totum primò deinde partem ſtipulatur.*
12 *Quo ſenſu accipiendum ſit quod à Paulo* in l. 4. de vſufr. *ſcriptum eſt vſumfructum in multis caſibus partem dominij eſſe.*
13 *Tullij locus de vſufructu notatur.*
14 *Verba illa d. l. qui vſumfructum,* quia fundus dari non intelligitur ſi vſusfructus detrahatur. *ad contrahentium voluntatem referenda eſſe.*
15 *In ſtipulationibus & pactis ſemper ante omnia id ſequimur quod actum eſt.*
16 *Exemplis res illuſtratur.*
17 *Eum qui fundi in quo vſumfructum habebat venditioni conſentit doli exceptione repelli, ſi eum vſumfructum poſtea vendicare velit.*
18 *Argumento ſumpto ex* l. ſuæ rei & ſeqq. de contrah. empt. *probatur vſumfructum fundi partem non eſſe.*
19 *Contraria hac eſſe, ſcindi pretium, & minui officio iudicis.*
20 *Alia lex in ſuperiorem de vſufructu ſententiam allegatur.*
21 *Quid ad propoſitam initio quæſtionem à Caio* in d. § *reſponſum fuiſſe credibile ſit?*
22 *Tribonianum & cæteros compoſitores ſuam ſententiam pro Caij reſponſo* in d. §. ſi reo *ſubieciſſe.*
23 *Reprobatur ratio ſententia illius ſuppoſititia.*
24 *Nec formalem, nec cauſalem vſumfructum fundi partem eſſe.*
25 *Reiicitur diſtinctio vſusfructus in cauſalem & formalem.*
26 *Eum qui plenam proprietatem habet, vſumfructum propriè nullum habere.*
27 *An de nuda proprietatis domino accipienda ſit.* l. quod noſtrum 63. ff. de vſufr.
28 Sententia l. ſi dominus. 72. ff. eod.
29 *Quid plena proprietatis appellatione contineatur?*
30 *Duplex compoſitorum error in* d §. ſi reo.
31 *Obſeruantur quædam* ad. l. quid aliud. 86. ff. de verb. ſignific.
32 *Verba manum Triboniani vel cæterorum compoſitorum* in d. §. ſi reo *prodentia.*
33 *Quænam æquitatis ratio Tribonianum & cæteros compoſitores mouere & fallere potuerit?*

SI † reo in fundum obligato, fideiuſſor in vſũfructum accipiatur, quæſitum eſt vtrum obligetur fideiuſſor quaſi in minus, an non obligetur quaſi in aliud. Certum enim eſt fideiuſſoris obligationem licet ſit acceſſoria non tamen vſque adeò ſequi naturam principalis obligationis vt non poſſit eſſe leuior, ſed illud duntaxat prohibitũ eſſe ne qua ratione durior conſtituatur: Neque rurſum ſufficere vt nõ ſit durior, ſed illud etiã requiri vt ne in aliã cauſam fideiuſſor acceptũ videatur. Nam ſi is qui decem tibi debuit, fideiuſſorem dederit à quo tu decem aut Stichum ſtipulatus ſis, dicimus fideiuſſorẽ nullo modo obligari quaſi in aliam cauſam acceptũ, quamuis durior non ſit, quin potiùs leuior eius conditio *l. gracè. 8. §. ſi quis Stichum in fin. ff. de fideiuſſ.* 1
† Ad propoſitam verò quæſtionem reſponſurus Caius *in l. ſi à reo. 70. §. ſi reo. eo. tit.* ſic præfatur: *Nobis in eo videtur dubitatio eſſe, vſusfructus pars rei ſit an ius proprium quiddam.* Quibus verbis haud dubiè inſinuat, ſi vſusfructus pars rei ſit, vtiliter acceptũ videri fideiuſſorem, ſin propriũ quidam, non æquè. Si enim admittas vſufructũ partẽ eſſe fundi qui principali obligatione continetur, ſtatim conſequens erit neque in aliã neque in durior ẽ cauſã acceptũ fideiuſſorẽ, qui vſumfructũ promiſit Nã & minùs promittit qui partẽ, quã qui ſolidũ, & in cãdem non in aliã cauſã accipitur, qui in eiuſdẽ rei quæ iam debetur ſe obligat. † Quæſtio igitur, ſi Caio credimus, in eo eſt. An vſusfructus pars fundi ſit, an ius quoddam fundi abſtractũ, vt ita dicã, & per ſe ſubſiſtens Quid enim magis aliud, & diuerſũ, quam ius fundi ab ipſo fundo? Siquidẽ fundus res corporalis eſt, ius verò fundi res incorporalis. Vtrum verò probabilius ſit, id eſt, an vſusfructus à fideiuſſore promiſſus fundi pars, an fundi ius cenſeri debeat, nõ eſt difficilis & obſcuræ inueſtigationis. † Etſi enim qui fundũ dicit non nudam proprietatẽ intelligit, ſed plenam, id eſt cum vſufructu coniunctã: *l. ſi alt. 19 de vſufr. legat.* non tamen perinde ex contrario qui dicit vſumfructũ, vnã dominij partem intelligit, quæ proprietatem fundi ex nuda plenam faciat, ſed ius quoddã ſeruitutis ab ipſa proprietate omnino ſeparatum. Idque eſt quod Papinianus eleganter & apertè ſcribit *in l. Manius. 66. § pen. de lega. 2.* vſufructum licet emolumentum rei contineat in iure tamen nõ in parte conſiſtere. Cui non diſſimile illud eſt quod idem Papinianus *in l. ſi Titio. 33. §. 1. De vſufr.* monet vſusfructum in quibuſdam caſibus non partis, ſed iuris effectum obtinere, vt puta, inquit, ſi fundi vel fructus portio petatur, & abſolutione ſecuta poſteà pars altera quæ accreuit vindicetur, in lite quidem proprietatis obſtabit exceptio rei iudicatæ, in fructu verò non obſtabit, quoniã portio fundi velut alluuio portioni, vſusfructus verò perſonæ accreſcit, quod & ſcriptum eſt *in l. & an eadem. 14. §. 1. De except. rei indic.* † Elegantior autem eſt in eandem rem ſpecies illa à Pomponio tractata *in l. ſi cùm argentum. 21. §. ſi fundum eodem tit.* vbi ait ſi fundum meum eſſe petiero; deinde poſtea vſumfructum eiuſdẽ fundi petam qui ex illa cauſa meus ſit ex qua meus erat fundus, obſtaturã mihi rei iudicatæ exceptionẽ. An quòd vindicem nunc partem eius rei quã anteà totã vindicaui? Minimè. Sed ex contrario, quia, vt Pomponius ait, qui fundum habet, vſumfructum ſuum vindicare non poteſt. At ſi vſumfructum cùm meus eſſet vindicaui, deinde proprietatẽ nactus iterum de vſufructu experiar, poteſt, inquit, dici alia res eſſe quoniam poſtquam nactus ſum proprietatem fundi, deſiit meus eſſe prior vſusfructus, & iure proprietatis quaſi ex noua cauſa meus eſſe cœpit. † Ergo vſusfructus non eſt re vera pars fundi Nam ſi eſſet, vtique

Anton. Fabri. de Coniectur.

non poſſet facere mutata cauſa vſusfructus vt alia vi
deretur eſſe pars eius rei, quæ eadem maneret. Nemn
enim dixerit alium eſſe fundum ſiue in totum ſiue pro
parte. Qnomodo autem fieri queat, vt eadem res ma-
neat, cuius pars aliqua vel minima mutatur, & alia eſſe
incipit? Partem namque hic integralem intelligo, non
homogeneam & numericam, de qua *in l. proponebatur*
76. ff. de iud. Nam qui dicunt vſumfructum partem fun-
di eſſe, non ad aliud reſpicere poſſunt, quã ad id quod
fundus ex proprietate nuda & ex vſufructu tanquam
ex partib. integralibus conſtet. Itaque cùm verum ſit
quod eleganter Alphenus concludit *in d. l. proponebatur.*
eandem rem exiſtimari debere cuius eadem ſpecies con-
ſiſteret, dico eandem ſpeciem conſiſtere non poſſe cu-
ius partes integrales mutantur, ſiue ſpecie, ſiue etiam
numero tantùm mutentur: ac proinde ſi poſt eiuſmodi
mutationem eadem nihilominus res & ſpecies maneret,
ex eo intelligi. Non igitur partem integralem eius rei
7 fuiſſe id quod mutatum eſt. † Quod ſi quis, vt hinc ſe
euoluat, probabilius putet vſumfructum fundi partem
eſſe homogeneam, is multo abſurdiùs errauerit. Homo
geneas enim partes eas appellamus, quæ eiuſdem
prorſus cum ſuo toto ſunt & naturæ & nominis, quomo-
do dicimus partem hæreditatis eſſe hæreditatem, &
quod magis ad rem noſtram pertinet, Partem quamli-
bet fundi fundum eſſe. Quis autem vſumfructum ſolum
8 exprimere volens, fundũ ſimpliciter vnquã dixit? † Sed
& cùm tria ſint corporũ genera de quibus tractat Pom-
ponius *in l. rerũ mixtura 30. de vſuc. ἡνωμένα, συνημμένα,*
διεστῶτα, conſtat certe fundum eſſe primo genere,
quod eſt vnitorum, cuiuſmodi etiam eſt homo, tignum
lapis & ſimilia: quorum proprium illud eſt, vt non vni
ta eſſe non poſſint, quin diſſoluantur diuerſáque cor-
porata, diuerſæ res efficiantur. Atqui vſusfructus & ple-
runque & commodè ſeparatur non ſolùm à fundi pro-
prietate nuda, ſed etiam à fundo ipſo, & quidem ita vt
idem tamen fundus maneat, idémque fundi nomen re-
tineat. Quia rectè dicimus eum fundum totum noſtrũ
eſſe etiam cuius vſusfructus ad alium pertineat. Quid-
ni enim totum meum dicatur cuius non poteſt vlla
pars dici alterius eſſe? quemadmodum ſubtiliter & ve
rè Paulus ex Iuliano diſputat *in l. rectè dicimus 25. de*
9 *verb. ſign.* † vbi illa etiam ratio additur, *quia vſusfructus*
non dominij pars, ſed ſeruitus ſit ſic enim legendum eſt
non vt vulgo *ſeruitutis* cum ſeruitutis quæ prorſus in-
diuidua eſt, pars nulla vſquam eſſe aut intelligi poſſit.
10 † Nec eſt contrarium quod ex eodem Iuliano propo-
nitur *in l. qui vſumfructum 58 ff. de V.O.* eum qui vſum-
fructum fundi ſtipulatur, deinde fundum ſimilem eſſe
ei qui partem fundi ſtipulatur, deinde totum, *quia* inquit
fundus dari non intelligitur ſi vſusfructus detrahatur, & è
contrario eum qui fundum ſtipulatus eſt deinde vſum-
fructum, ſimilem eſſe ei qui totum ſtipulatur, deinde
partem. Nam reſpondeo vel ex eo maximè loco proba-
ri potius, vſumfructum reuera fundi partem non eſſe. Si
enim eſſet conſequens plane fieret, vt qui vſumfructum
primùm deinde fundum ſtipulatus fuiſſet, priore ſtipu-
latione partem, poſteriore totum ſtipulatus diceretur,
& contrà vt qui fundum primùm deinde vſumfructum
ſtipulatus eſſet, priore ſtipulatione totum poſteriore
partem complexus dici deberet. At non ita Iulianus
loquitur, ſed hunc ſimilem eſſe ait illi qui primùm par-
tem deinde totum, aut qui totum primò deinde partem
ſtipulatur. Quod ſi non niſi ſimilis eſt, ergo idem non
eſt. Quid enim aut volgarius aut verius, quàm nullum
11 ſimile idem eſſe? † Cur verò ſimilis eſt? Quia vſus-
fructus licet pars & portio fundi nullo modo ſit, partis
tamen & portionis inſtar obtinet, quomodo loquitur
Papi. *in l. cùm filius 76 § dominus de leg. 2.* Hoc ipſum
verò cur ita? Nimirum quia partis effectum habet vt
idem ille ait *in d. l. ſi Titio. 33. §. 1. de vſufr.* quoniam ſci-
licet rei emolumentum continet *d. §. dominus. & l.*
Maeuius. 66. § pen. eo. tit. de leg. 2. † Itaque quòd vno 12
tantum iuris loco, ad eſt *in l. 4 ff. de vſufr.* ex Paulo ſcri-
ptum eſt, vſumfructum dominij partem eſſe, non ſem-
per & abſolutè, ſed in multis cauſis, neceſſariò ſic acci-
piendum eſt, vt in iis ipſis cauſis partis effectum obti-
neat, quomodo Paulus cum Papiniano *in d. l. ſi Titio. §.*
1. loqui debuerat, non vt re vera pars ſit *d. l. rectè dici-*
mus. Dominus enim abſolutè & verè dicitur quiſquis
habet proprietatem, licet vſusfructus alienus ſit, *l. 1. §. 1.*
ff. ad S.C. Silan. Et verò quænam obſecro alia dubitandi
cauſa eſſe potuit apud Papinianum ſupradictis locis, niſi
illa quòd vſusfructus in iure tantùm non etiam in par-
te conſiſtat? Videbatur enim ea ratione legatum fundi
abundè præſtitiſſe hæres qui fundum etiam ſine vſufru-
ctu præſtitiſſet. Sed obſtat ratio voluntatis quæ non pa-
titur, vt videatur teſtarot ſenſiſſe de eo fundo cuius fru-
ctum ſiue hæres ipſe ſiue alius retineret, quia vſusfru-
ctus portionis inſtar obtinet, nec immeritò, cum totius
rei emolumentum contineat. † Qua de cauſa Marcus 13
Tullius in quadam epiſtola multò audacius & à iure
noſtro alieniùs ſcripſit, Id cuiuſque proprium eſſe quo
vtitur fruitur. Quò etiam pertinet ratio illa Iuliani *in*
d. l. qui vſumfructum. quia fundus dari non intelligitur ſi
vſusfructus detrahatur † vbi tamen obſeruari volo non 14
ſic Iulianum loqui vt dicat fundum non dari ſi detracto
vſufructu detur, [re vera enim datur ſi nihil niſi nomi-
nis vim & propriam ſignificationem intueare, *d. l. rectè*
dicimus,] ſed ait *dari non intelligitur*, vt hoc ipſum ad
contrahentium potiùs voluntatem referamus, quæ illa
proculdubio fuit cùm in ſtipulationem fundum dedu-
xerunt, vt de fundi etiam commodo & emolumento co-
gitarent. † Nam in ſtipulationibus etſi ſtricta interpre- 15
tatio fieri ſolet ne promiſſor vltra quam diſertis verbis
expreſſerit obligetur. *l. quicquid adſtringenda. 99. eodem*
tit. ſemper tamen id ante omnia ſequimur quod actum
eſt *l. ſemper in ſtipulationibus. 38. de reg. iur.* † Hinc illud 16
etiam eſt quòd ſi pactus ſim de non petendo fundo,
poſteà verò vſumfructum petam, pacti conuenti ex-
ceptio contra me aptanda ſit *l. ſi vnu. 27. §. pen. ff. de*
pact. nempe ex interpretatione pacti potiùs quàm ex vi
verborum, vt dictio illa demonſtrat *aptanda*. Item quod
Paulus ſubiungit idem eſſe ſi pactum interuenerit ne
nauem aut ædificium peterem, & diſſolutis his ſingu-
las res petam. Quis enim putet ſingulas res ex quibus
nauis aut ædificium conſtat vel ædificium dici deberet
Item quod ſubiicit, *niſi ſpecialiter aliud actum eſt*. Ne-
que enim id agi poteſt, vt de qua re non petenda pa-
ciſcor eius partem aliquam petere adhuc poſſim: &
plus valeret proculdubio hoc caſu quod dictum quàm
quod actum eſſet, vt & in eleganti illa nec valde diſ-
ſimili ſpecie *d. l. ſi aliy 19. ff. de vſufr. legat.* † Inde illud 17
quoque eſt, quòd ſi cùm fundi vſumfructum hæredem
eum fundũ tu volente & conſentiente me vendideris,
& ego poſtea meum in eo fundo vſumfructum vindi-
care velim, obſtare mihi debeat exceptio doli *l. apud*
Celſum. 4. §. quæſitum eſt ſi cùm fundi ff. de dol. except. quia
non eſt dubitandum quin per venditionem, cui ego
conſenſi, id ageretur inter te & emptorẽ vt fundi com-
modũ & emolumentum totum à te in emptorẽ trans-
ferretur. Cæterùm doli exceptio neceſſaria eſt, quia
ſtricto iure vſusfructus mei vindicatio mihi perinde
competit, ac ſi venditioni conſenſiſſem, quia non con-
ſenſi vt vſumfructũ, ſed vt fundum venderes, cuius pars
vtique cenſeri vſusfructus non poteſt. Alioqui certum
eſt non fore mihi ſaluam vindicationem eius rei cuius
venditioni conſenſiſſem, ne quidem ſtricto iure, quan-
doquidem is qui rem ſuam ab alio vendi ſcit & conſen-
tit, perinde eam alienat ac ſi ipſe venderet. In propo-
ſito autem, cùm fundi tantùm in quo vſumfructũ ha-
bebam venditioni conſenſerim, pugnat iuris ſtricti ra-
tio cum æquitate, & proprietas verborum cum vo-
luntate contrahentium ob idque doli exceptione v-
tendum

tendum eſt : cuius videlicet inducendæ ratio alia non
fuit quàm ne cui dolus ſuus per occaſionem iuris ci-
uilis contra naturalem æquitatem prodeſſet *l. 1. eod.*
18 *titul.* † Illud quoque ſuperioribus accommodatè ſub-
iici poteſt, quod ſcriptum eſt *in l. ſua rei. 16. & ſeqq. ff.*
de contr. empt. ſuæ rei emptionem non valere ſiue ſciens
quis ſiue ignorans emat, nec tamen obſtare emptioni,
ſi in ea re vſusfructus duntaxat emenus ſit. Atqui ſi ea
res communis emptori cum venditore fuiſſet, dici de-
beret ſciſſo precio pro portione, pro parte emptionem
valere, pro parte non valere. Quid enim apertius, quã
ex eo probari vſumfructum partem fundi non eſſe?
Nam ſi eſſet, ſequeretur, emptionem pro parte vtilem
pro parte inutilem eſſe, preciúmque ſcindi oportere.
Sed tamen quia verum eſt vſumfructum portionis in-
ſtar obtinere, quoniam rei emolumentum continet,
illud etiam æquitate iudicij bonæ fidei admittendum
eſt, officio iudicis minui pretium debere vt ait *l. 17. eod.*
19 *titul.* † Sunt autem hæc contraria, Scindi pretium, &
minui officio iudicis. Scinditur ipſo iure cùm pro parte
duntaxat emptio valet. Minuitur officio iudicis, cùm
totius rei venditæ emptio ſubſiſtit, ſed tamen æquum
eſt alicuius rei rationem haberi, vt *in l. non quocunque*
82. §. fundus de legat. 1. Denique ne ſingulos iuris locos
20 qui ad hanc rem pertinent, conquiramus, vrget maxi-
mè pro noſtra ſententia, *quod in l. 4. § 1. De in diem ad-*
dict. Vlpianus & Iulianus quærit ſi res in diem addicta
interciderit, vel ancilla deceſſerit, an partus vel fructus
eius nomine adiectio admitti poſſit. Et negat admit-
tendam adiectionem: quia alterius rei quàm eius quæ
diſtracta eſt non ſolet adiectio admitti. Alia ergo res
eſt fundus ipſe, alia fundi vſusfructus. Et vſumfructum
partem fundi non eſſe ex eo apparet, quòd ſi rei ven-
ditæ pars perierit poſt addictionem in diem poteſt re-
liquæ partis adiectio admitti, vt idem Vlpianus ex eo-
dem Iuliano ſubiicit *in §. ſeq. & in l. quod autem. 11. in*
21 *fi. eo. tit.* iunctis duabus ibidem ſequentibus. † Quæ cùm
ita ſint, vt iam ad Caium noſtrum redeamus, cùm pro
reo in fundum obligato fideiuſſor in vſumfructum ac-
cipitur, quærimus an fideiuſſor obligetur, ſi tota dubi-
tatio in eo eſt, vt eſt, an vſusfructus pars rei ſit, an pro-
prium quiddam quemadmodum Caius ſcribit, quid
aliud concludere poſſumus quàm quòd à Caio reſpon-
ſum fuiſſe credibile eſt fideiuſſorem in propoſita ſpecie
nullo modo obligari? Quippe qui in aliam rem ſit ac-
22 ceptus quàm quæ à reo principali debeatur. † Sed ta-
men longè aliter Triboniano & cõpoſitoribus cæteris
viſum eſt, qui pro Caij reſponſo ſuam nobis ſenten-
tiam ſubiecerunt his verbis *ſed cùm vſusfructus fundi*
ius eſt, inciuile eſt fideiuſſorem ex ſua promiſſione non tene-
23 *ri* † Quæ ſententia non ſolum inepta eſt, ſed ineptiore
etiam ratione fulcitur. Nam ſi admittas quod illi faten-
tur, & verum eſt, vſumfructum ius fundi eſſe, conſe-
quens ſtatim fiet, vt fundi pars non ſit. Opponimus
enim hac in re *ius parti, & partem iuri d. l. rectè dici-*
mus. 25. de V. S. d. l. Mauius. 66. §. fundo de l. 1. Itaque quiſ-
quis in hac ſpecie volet defendere, vtiliter acceptum
eſſe fideiuſſorem eum neceſſe eſt probare vſumfructũ
fundi partem eſſe. Alioqui ſi ius eſt, licet fundi ius ſit,
proprium tamen quiddam eſt à fundo ſeparatum, vt &
cætera omnia iura ſiue ſeruitutes ſint ſiue alia eiuſmo-
di tanquam incorporalia à corporalibus. † Nec eſt
24 quod cum interpretibus duplicem vſum conſtituamus,
cauſalem, vt vocant, & formalem. Nam neuter fundi
pars eſt: ſed formalis quidem ius eſt & ſeruitus perſo-
nalis. Cauſalis verò non tam pars quàm acceſſio do-
minij plenæque proprietatis dici debet *l. cùm in fundo.*
25 78. vbi eſt textus perelegans *D. de iur. dot* † Quamquã
ea diſtinctio mihi propiùs intuenti prorſus abſurda &
ridicula eſſe videtur. Siue enim vſumfructum in abſtra-
cto, quem formalem: ſiue in concreto, quem cauſalem
appellant, conſideres, idem ius eſt, quod rei commodũ
& emolumentum continet : ſed in eo tamen differen-
tem habens rationem, quod priore caſu ius eſt fundi
adeóque ſeruitus, & quidem perſonæ, non fundi.
Poſteriore verò ſeruitus non eſt, quia nemini res ſua
ſeruire poteſt. *l. in re cõmun. 16. D. de ſeruit. vrba. præd.*
Ius tamen eſt, & non fundi, ſed dominij quod quis in
eo fundo habet, quia quiſquis fundi dominus eſt, is iu-
re ſuo & quaſi dominus vſumfructum percipit dum ne
ſit ille alienus *d. l. cùm in fundo. l. ſi cùm argentum. 21. §. ſi*
fundum. De except. rei iud. † Indéque fit vt maritus 26
idémque proprietarius fundi Corneliani, ſi vſumfru-
ctum eius fundi in dotam aceperit ab vxore ſoluto
poſteà matrimonio cogatur aut illius hæres ſuperſtiti
mulieri fundum in eodem fundo conſtituere, & quidẽ
nouum, id eſt, qui ſit penes mulierem iure nouæ ſerui-
tutis quia prior illa ſeruitus per conſolidationem ſub-
lata fuerat, fructus autem penes maritum toto matri-
monij tempore pleni dominij iure remanſerat *d. l. cùm*
in fundo. & l. vſufructu. 57. D. ſolut. matrim. Et, vt dicã
apertiùs, qui plenam proprietatẽ habet, is vſumfructũ
propriè nullũ habet, vt probant verba illa *d. l. 78. mari-*
tus tamẽ non vſumfructũ habet, ſed ſuo fundo quaſi domi-
nus vtitur. † Adeò vt ſiue pactione ſiue teſtamento in
aliũ transferre vſumfructum velit, quod facere vtique 27
poteſt, dicatur transferre id quod ſuũ non eſt *l. quod no-*
ſtrũ. 63. D. de vſufr. Quẽ locũ qui de nudæ proprietatis
domino intelligunt ex *l. ſi dominus 71. eod. tit.* faciunt
hercle parũ ſubtiliter, cũ neque ſoleat abſolutè & ſim-
pliciter intelligi fundũ habere qui niſi nudã habet pro-
prietatẽ *d. l. ſi alq. 19. De vſufr. legat. d. l. qui vſumfructũ.*
58. de verb. oblig. neque vſumfructum cedere poſſit per
contractũ inter viuos † Nã quod *in d. l. ſi dominus* ſcri- 28
ptum eſt, Si dominus nudæ proprietatis vſumfructũ le-
gauerit, valere legatum non ad ceſſum, ſed ad legatum
vſumfructum pertinet, ſicque accipiendum eſt ſi for-
tè in vita teſtatoris vel ante aditam hæreditatem, adeó-
que quod plus eſt poſt aditionem proprietatis acceſſe-
rit, ad legatarium pertineat, vt eadem ipſa lex inter-
pretatur. Quæ interpretatio in ceſſionem quæ inter
viuos facta ſit cadere nequaquam poteſt : neque illud
rurſum fieri vt qui nudum vſumfructum habet id eſt à
proprietate ſeparatum poſſit eum cedere alteri quam
proprietario *l. ſi vſusfructus. 66. D. de iur. dot.* Quod etſi
poſſet, non tamen eſſet exemplum accommdatum ad
id probandum quod lex vult, Poſſe nos etiam id quod
noſtrum non eſt ad alium transferre. Neceſſariò igi-
tur locus ille intelligendus eſt de domino plenæ
proprietatis, qui cùm fundum habeat, non
etiam vſumfructum, nihilominùs vſumfructum etiam
ſine fundo poteſt conſtituere & conſtituendo trans-
ferre, qui tametſi vſumfructum haberet, transferre
illum non poſſet. Separandúmque eſt ius vſusfru-
ctus à fructibus, aut ſi mauis ab ipſa fructuum per-
ceptione *d. leg. ſi vſusfructus. & leg. 4. C. de pact. dotal.* de
qua ſcripſimus *lib. 6 c. vlt.* Quare ſi quæras quid ple-
næ proprietaris appellatione contineatur, non dicam 29
ſignificari proprietatem quæ ſit cum vſufructu coniun-
cta (nulla enim vſpiam talis proprietas eſt) ſed eã quæ
fructuũ commodo & emolumento gaudeat, vel, ſi ma-
uis, à qua vſufructus non ſit ſeparatus. Vſusfructus
enim non niſi per ſeparationem conſtituitur, & conſe-
quenter cum proprietate coniunctus eſſe nunquam
poteſt, licet ſeparari poſſit, quia hoc ipſo quo ſepara-
tur fit vſusfructus qui anteà non erat. † Duplex ita- 30
que Triboniani & aliorũ compoſitorũ error fuit *in d.*
§. ſi reo. Vnus in eo, quod vſumfructum ius fundi eſſe
ſcripſerunt. Nam ſi de vſufructu cauſali intellexerunt,
quomodo intellexiſſe eos neceſſe eſt quandoquidem
formalis cùm ſit ſeruitus, alia planè res eſt à fundo, is
vtique fundi ius non eſt ſed dominij vt diximus. Al-
ter in eo quod fideiuſſorem acceptum in cauſam
vſusfructus vtiliter obligari voluerunt ratione illa *quo-*

mam vſusfructus fundi ius eſt, cùm ea ratio contrarium potiùs probet, in aliam ſcil. rem, ac proinde inutiliter acceptum fideiuſſorem, quando fieri nequeat, vt fun-
31 dus eadem res ſit cum iure fundi. † Quod enim ſcriptum eſt *in l. quod aliud. 86. D. de verb. ſign.* nihil aliud eſſe iura prædiorum quàm ipſa prædia, qualiter ſe habentia *κατaχρηστικῶς* minùſque propriè dictum videri debet. Quanquam nec fundus ipſe cuius plena proprietas ad aliquem pertinet. poteſt dici qualiter ſe habere quod auſumfructum, quia neque domino neque ſibi ipſi ſeruire prædium vllo modo poteſt *l. cùm eſſent 33. §. vlt. de*
32 *ſeru. ruſt. præd.* † Prætermitto quod locutio illa *inciuile eſt fideiuſſorem ex ſua promiſſione non teneri*. Tribonianum apertè prodit, cui nihil tam familiare eſt, quàm inciuile dicere quicquid putat ille minùs conuenire æquitati, licet iuris ciuilis rationi prorſus conueniat, mirorque non ſic ab eo ſcriptum fuiſſe *ſatis inciuile eſt* aut *ſatis inhumanum* quomodo loqui cum ſolere aliis quam-
33 plurimis locis iam oſtendimus. † Illa autem æquitatis ratio generalis Triboniano mouere aut potiùs fallere potuit quod æquiſſimũ ſit ex ſua quemque promiſſione obligari & conueniri. Quod ſi tam generaliter verum eſſet, æquè poſſet concludere cogendum fideiuſſorem vt promiſſioni ſuæ ſatisfaciat, etiamſi in duriorem aut in aliam cauſam ſit acceptus. Quaſi verò ſola ſtricti iuris ratione, ac non potius ſumma æquitate à prudentibus conſtitutum ſit, vt fideiuſſor, qui non niſi velut acceſſio obligatur, nec in duriorem nec in aliam cauſam accipi poſſit. Cùm igitur æquitas in hoc caſu á iuris ratione non abhorreat, nihil cauſæ eſt cur non pro fideiuſſore pronunciari debeat vt vſumfructum promittendo pro eo qui fundum debebat quaſi in aliam cauſam acceptus nullo modo obligetur. His verò quæ hoc capite diximus iungenda ſunt ea quæ nos ſimiliter de vſufructu contra Tribonianum diſputauimus *lib. 5. cap.* vt hominis inſcitia & faciliùs & apertius detegatur.

CAPVT IX.

Ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.

SVMMARIA.

1 *Eam conſtitutionem ab Interpretibus ad omnes ferè ſpecies trahi in quibus de pupilli hæreditate inter ſubſtitutum pupillarem & matrem pupilli, vt eam ſubſtituto præferant.*
2 *Tacitam pupillarem ex eorundem ſententia contra matrem non admitti, & quænam tacita ſubſtitutio ab iis dicatur?*
3 *Melius fuiſſe ſi eam à lege ſubintellectam dixiſſent.*
4 *Tacitum aliquando id dici quod ſola iuris poteſtate conſtituitur.*
5 *Qua ratione moti Interpretes tacitam pupillarem contra matrem admittendam eſſe negent?*
6 *Caſus quo matrem per tacitam pupillarem excludi volunt.*
7 *Subſtitutione compendioſè hoc modo facta, Filius meus hæres eſto, quandocunque is deceſſerit Sempronius ei hæres eſt, defuncto intra pupillares annos filio, pupillarem ſubſtitutionem dicendam eſſe.*
8 *Dubitari ab interpretibus an hæc tacita pupillaris dicenda ſit, an potius expreſſa.*
9 *Quid iuris ſi non merè directis, ſed communibus veluti per verbũ* ſubſtituo *ſubſtitutio illa facta ſit?*
10 *Medietatem ſecuti ſ interpretes d. xiſſe, nec ſubſtitutum a matre, nec matrem a ſubſtituto in totum excludi.*
11 *Rectius Interpretum ſententiam oſtenditur poſt Diui Marci conſtitutionem eum qui pupillo in vulgarem caſum ſubſtitutus fuit, in pupillarem quoque ſubſtitutum intelligi.*
12 *Nec fauorem matris in medio exiſtentis ſubſtituto nocere.*
13 *Et teſtatorem qui de ſubſtituto impuberi dando cogitauit, de matre in totum excludenda cogitaſſe.*
14 *Matrem eo caſu non ſolùm à legitima filij inteſtati ſucceſſione, ſed etiam à querela inofficioſi teſtamenti excludi.*
15 *Subſtitutum eo etiam caſu matri præferri quo pupillaris ſubſtitutio inutiliter facta eſt.*
16 *Multo magis excludendam eſſe quum ſubſtitutio pupillo facta pro eo habetur ac ſi in pupillarem caſum expreſſim facta eſſet.*
17 *Singularis ſpecies in qua Iuſtinianus matrem ſubſtituto præferendam eſſe credidit.* in d. l. vlt.
18 *Vlpianum in illa ſpecie à Papiniano diſſenſiſſe.*
19 *Ratio Vlpiani pro ſubſtituto.*
20 *Quam rationem ex iure vetere Papinianus aduerſus ſubſtitutum afferre potuerit?*
21 *Vnde Papinianus coniecturam voluntatis pro matre aduerſus ſubſtitutum* in d. l. vlt. *ſumat?*
22 *Cur ſubſtitutis pupillaribus magis quam legitimis hæredibus faueamus?*
23 *Aliis rationibus confirmatur ſupradicta voluntatis coniectura.*
24 *Alia ratio à Iuſtiniano expreſſa adiungitur.*
25 *Subſtitutum extra ſpeciem* d. l. vlt. *propter matrem non excludi.*
26 *Verba illa eiuſdẽ legis,* vbi poſthumus natus adhuc impubes viua matre deceſſerit, *quomodo accipienda?*
27 *Diſtinctiones in ſpecie* d. l. vlt. *adhibendæ.*
28 *An ſi mater* in d. l. vlt. *cohæres filio data non ſit, ſubſtitutus excludatur ſi poſthumus natus viua matre impubes deceſſerit?*
29 *Quid iuris, ſi cohæres data ſit, at non ventri ſed filio iam nato ſub ea conditione,* ſi hæres non eſſet?
30 *Quid ſi pater compendioſa ſubſtituerit,* quãdocũque poſthumus deceſſerit Sempronius hæres eſto?
31 *Quid ſi ventri ſubſtituerit,* ſi poſthumus naſcetur & hæres non erit?
32 *Quid ſi non mater ſed frater aliuſve legitimus hæres poſthumi in medio ſit idemque cum poſthumo ex parte inſtitutus, eique alius ſubſtitutus ſiue naſcetur poſthumus ſiue non naſcetur?*
33 *An eadem auiæ ſiue paternæ ſiue maternæ quæ matris ratio conſtituenda ſit?*
34 *Matrem in ſpecie* d. l. vlt. *ſubſtituto præferendam eſſe, licèt ille ſit ex liberis teſtatoris.*
35 *Nec diſtinguendum eſſe, vtrum filius ille ſubſtitutus eodem teſtamento inſtitutus fuerit cum matre & impubere an exhæredatus?*
36 *Non referre etiam ex qua hæreditatis parte mater fuerit inſtituta.*

Buruntur † Interpretes, neque ex antiquioribus tantùm, ſed etiam quod magis mirari ſoleo, ex recentioribus & politioribus plerique celeberrima illa Iuſtiniani conſtitutione quæ extat *in l. vlt. C. de inſt. & ſubſt.* dum eam paſſim trahunt ad omnes ferè ſpecies in quibus de pupilli hæreditate inter ſubſtitutũ pupillarem & matrem pupilli contenditur vt matrem præferant ſubſtituto. Nam extra eum caſum quo pupillaris ſubſtitutio expreſſim facta proponatur (qui caſus nullam omnino dubitationem recipere poteſt) vix eſt vt non potiores matris quàm ſubſtituti partes eſſe arbitrentur, ſiue tacita pupillaris ſit ea ſubſtit. de qua quæritur, ſiue vt loquuntur, compendioſa: quaſi his caſibus verba ſubſtitutionis admittant dubitationem hoc ipſo quo admittunt interpretationem, ſatiſque matri vincendum eſſe debeat, ſi de ſubſtituti iure dubitari poſſe videatur. † Illud primùm pro conſtanti & ex- 2
plorato habent, ſic facta impuberi ſubſtitutione, ſi

filius

filius meus hæres non erit, Sempronius ei hæres eſto, qui
vulgaris ſubſtitutionis caſus eſt, licet ex Diui Marci
conſtitutione pupillo in vtrumque caſum ſubſtitutus
datus intelligatur, vt teſtamentarium hæredem omni-
modo pupillus habeat, *l. iam hoc iure. 4 ff de vulg. & pup.
ſubſt.* ſi tamen pupilli mater in medio ſit, conſtitutioni
Marci locum non eſſe, prorſúſque excludi ſubſtitutum,
vt matri ab inteſtato locus fiat. Id enim eſt quod aiunt
tacitam pupillarem non admitti contra matrem. Taci-
tam vocantes eam quæ cùm per ſolitam ſubſtitutionis
pupillaris formulam eſſe expreſſa non ſit, inducitur
3 tamen ex legis poteſtate. † Goueanus multo rectiùs à
lege ſubintellectam dici debere docuit quia tacitum
propriè illud demum dicendum ſit, quod in expreſſo
vi ipſa expreſſi contineatur propter tacitam eius qui
aliud expreſſit voluntatem, vt cùm tacita pacta dici-
mus de quibus *in l. 2. 3. & 4. ff. de pact.* Aut in dando
mutuo tacite id agi vt eiuſdem bonitatis & qualitatis
res reddatur *l. 3 ff. de reb. cre.* At pupillaris illa ſubſtitutio
quæ ex vulgari inducitur caſum non modò diſſimilem,
ſed etiam prorſus contrarium, non poteſt videri vllo
modo comenta in vulgari expreſſa, ſiue vim verbo-
rum ſpectes ſiue ſolam patris ſubſtituentis volunta-
tem, ideoque legem & conſtitutionem ferri in eam
rem fuit neceſſe, quæ defuncti voluntatem illam pu-
pilli fauore non tam interpretaretur, adiuuaret, quàm
ſuppleret, quòd per ſe facere prudentes nunquam
4 certè potuiſſent. † Quamquam nec nouum eſt, vt
tacitum dicamus id quod ſola iuris poteſtate con-
ſtituitur. Nam & ſic Iuſtinianus, alioquin ſatis ma-
lus latinitatis author, tacitam ſtipulationem di-
cit eam quam in dotibus fauore mulierum induxit:
leg. vnic. §. accedit. Cod. de rei vx. act. & tacitam hypo-
thecam quam æquè mulieribus pro dotibus dedit *l.
aſſiduis. 12. C. qui potior. in pign hab. §. fuerat Inſt. de act.*
Sic & tacita pignora vocamus illa etiam quæ nulla
omnino pignoris conuentione præcedente ſola iuris
legúmque poteſtate conſtituuntur *l. 1. 3. 4. & paſſ. ff.
in quib. cauſ. pign. vel hypoth. taci. contrah.* Quo exem-
plo facilè feram vt pupillarem quoque ſubſtitutionem
quam Marcus ex caſu vulgari expreſſo inducendam
5 putauit, tacitam appellemus. † Hanc igitur tacitam
pupillarem negant interpretes admittendam eſſe con-
tra matrem, moti tantùm *ex l. vlt. C. de inſt. & ſubſt.*
quaſi hoc ipſum Iuſtinianus eo loco generaliter
conſtituerit, *ea* potiſſimùm ratione ne matri miſeræ
6 filio amiſſo luctuoſa filij hæreditas auferatur. † Niſi,
inquiunt, proponas ſubſtitutum aliquem ex liberis
teſtatoris, quem teſtator veriſimiliter magis quàm
vxorem ſuam dilexerit, aut alias adeſſe voluntatis
coniecturas ex quibus probabile ſit voluiſſe teſtatorē
vt mater omnino excluderetur, ſubſtitutus præferre-
tur, vt puta ſi matri aliquid legauerit quo contentam
eam eſſe iuſſerit, vetueritque ne quid ampliùs ex pu-
7 pilli ſuiſve bonis conſequi poſſet. † Quòd ſi pater
impuberi filio ſubſtituerit non in vulgarem caſum, aut
in pupillarem expreſſim, ſed compendio verborum
ſine vllius ætatis præfinitione, hoc modo *Filius meus
hæres eſto, quandocumque is deceſſerit, Sempronius ei hæ-
res eſto*, nemo quidem dubitat quin defuncto intra
pupillares annos filio ſubſtitutio pupillaris dicenda
ſit, quia dictio *quandocumque* ſicuti cætera omnia tem-
pora continet, ita & illud quoque intra decimumquar-
8 tum pupilli annum eſt † Sed quoniam ætas ipſa pu-
pillaris diſertè expreſſa non eſt, dubitant interpretes
an tacita pupillaris hæc dicenda ſit, an potiùs expreſſa,
quando negari non poteſt aliquo modo expreſſam eſ-
ſe, verbis ſaltem generalibus. Quæſtionis verò effe-
ctum in eo totam conſtituunt, vt ſi tacita ſit, per eam
mater non excludatur, ſin expreſſa, excludatur. † Eum
9 autem caſum præcipuè interpretes exagitant ſi ſubſti-
tutio facta ſit nō verbis merè directis, qualia illa ſunt,
quæ nos vſurpauimus, *Sempronius ei hæres eſto*, ſed com-
munibus, vt vocant, veluti per verbum *ſubſtituo* quod
illi commune eſſe volunt non ſolùm ad vulgarem &
ad pupillarem ſubſtitutionem, quo ſenſu commune
dicitur, ſi tamen dicitur *in d. l. iam hoc iure* ſed etiam
ad directam ſubſtitutionem & ad fideicommiſſum,
vtramque ſubſtitutionem appellantes. † Et poſt mul- 10
tas altercationes ad eam tandem ſententiam crebriori-
bus votis tanquam æquiorem & mediam decurſum
eſt, vt quia ſubſtitutio nec omnino expreſſa, nec pror-
ſus tacita dici poteſt, mater quoque nec in totum
excludat ſubſtitutum nec in totum excludatur à ſubſti-
tuto, ſed legitimam portionem ſibi in bonis filij debitā
conſequatur, reliqua hæreditas ſubſtituto relinquatur:
ſub iiſdem tamen exceptionib. quas ſupra retulimus:
id eſt niſi ex aliis teſtamenti partib. coniectura capi
poſſit quòd matrem in totum excludi teſtator voluerit,
quomodo haud dubiè voluiſſe creditur, ſi quem ex
propriis liberis ſubſtituerit, ſiue is fratri impuberi
conſanguineus fuit ſiue vtrimque coniunctus. † Mihi 11
verò traditiones iſtæ prorſus commentitiæ & à ratio-
ne iuris noſtri alienæ ſemper viſæ ſunt, ſiue pruden-
tum reſponſa ſiue Iuſtinianum conſulamus. Nam que-
madmodum ante Marci conſtitutionem certum ius
erat ſubſtitutionem quæ pupillo facta eſſet in vnum
caſum, ad alium trahi non debere, nec voluntatis
quæſtio relinquebatur, quia iuris ratio faciebat, vt ca-
ſum omiſſum pro omiſſo haberi oporteret: *l. commo-
diſſime 10. de liber. & poſth.* Ita poſt eam conſtitutio-
nem quæ proculdubio ius nouum fecit, dubitari non
poteſt quin is qui pupillo in vnum caſum ſubſtitutus
fuit in alterum quoque ſubſtitutus intelligatur, *d. l.
iam hoc iure*. Nec magis hodie quàm olim voluntatis
quæſtio vlla relinquitur in re quam certo perpetuó-
que iure diffiniri placuit. Niſi quid aliud interueniat
quod ex veriſimili teſtatoris voluntate contrariam
ſuadeat interpretationem. Cùm enim Marci conſtitu-
tio non aliam rationem habuerit quàm vt voluntas
teſtatoris ſuppleretur, conijcienda ſcilicet ex eo, quod
teſtatorem animo agitaſſe veriſimile erat cùm filio
ſuo impuberi ſubſtitutum daret, rationi apprimè con-
ſentaneum eſt vt ſi alia teſtantis voluntas fuit, quam
vt ſubſtitutio in vnum caſum facta in vtrumque facta
videatur, nullus ſit locus conſtitutioni. † Quid verò 12
eſt, obſecro, quod teſtatoris voluntatem obſcuram
& dubiam faciat vt ceſſet conſtitutio cùm filio impu-
beri ſubſtitutus in vulgarem caſum datus eſt matre in
medio exiſtēte, ſi aliud nihil occurrat? An fauor matris
quā à luctuoſa filij hæreditate excludi nō ſolùm inci-
uile, ſed etiam inhumanū videatur? Neque enim aliud
quicquam pro matre comminiſci poſſis. Atqui patris
filio ſubſtituentis alium quàm vxorem, licet in vulga-
rem duntaxat caſum, apertiſſima voluntas illa eſt vt
ſubſtituto mater obſtare non poſſit. Cui enim alium
quàm matrem ſubſtituiſſet, ſi ſucceſſionem inteſtati
ſaluam matri eſſe voluiſſet? An non verè pupillaris
ſubſtitutus eſt etiam matre in medio exiſtente is qui
in caſum vulgarem ſubſtitutus fuit? Vtique vt ex eo
apparet, quòd ſi mater poſt teſtatorem ante pupillum
defuncta eſſet, aut filio ſuccedere nollet, aut etiam
non poſſet, puta excluſa per coniecturam aliquam
voluntatis, ſubſtitutus admitteretur, & quidem ex
pupillari ſubſtitutione & in caſum pupillarem. † Aliud 13
ergo quidpiam interuenire neceſſe eſt ad exclu-
dendum ſubſtitutum, nec ſufficere poteſt, quòd pu-
pillo mater ſuperſit. Alioqui noua ſubſtitutionis for-
mula excogitanda erit quæ non minùs matris quàm
pupilli mortem in cōditione ponat, vt ſubſtituto locus
fiat. Et verò cùm poſt Marci conſtitutionem quiſquis
ita teſtatur vt filio ſuo impuberi non niſi in vnum ca-
ſum det ſubſtitutum, conſultò id feciſſe credendus ſit,
quia non dubitaret futurum ea ratione, vt perinde in
alterum

alterum quoque caſum ſubſtitutus admitteretur, ac ſi in vtrumque ſubſtitueret, quid hodie intereſſe quæſo poteſt, an in alterum duntaxat caſum ſubſtitutus datus ſit, an in vtrũque? Aut quo modo fieri poteſt, vt nõ cogitauerit de matre in totum excludenda, qui de alio pupillari ſubſtituto impuberi dando cogitauit? Perinde id eſt ac ſi quis diceret eum, qui extraneum hæredem proprio teſtamento ſibi ſcripſiſſet, de legitimis hæredibus, qui alioquin ab inteſtato ſucceſſuri erant,
14 excludendis non cogitaſſe. † Pupillaris ſiquidem ſubſtituti teſtamentum eſt filij licèt à patre factum ſit, quinimo hoc ipſo potentius ad excludendam matrem non ſolùm à legitima inteſtati ſucceſſione, ſed etiam à querela inofficioſi teſtamenti quòd pater ille eſt qui filio teſtamentum fecit *l. Papinianus. 8 §. ſed nec impuberis, ff. de inoffic. teſtam.* Nam de mariti teſtamento inofficioſo conqueri vxor non poteſt, ſicut nec ab inteſtato ſuccedere ipſi poſſet. † Itaque tantum abeſt
15 vt iuris prudentes fauore matris recedere voluerint ab eo iure quòd Marci conſtitutio indiſtinctè, ac generaliter induxerat, vt ex contrario ſubſtitutum matri prætulerint illo etiam caſu quo pupillaris ſubſtitutio inutiliter facta eſſet, vt puta in codicillis hactenus ſaltem vt directa ſubſtitutio flecteretur in fideicommiſſum materque ab inteſtato ſuccedens hæreditatem pupilli ſubſtitutis pupillaribus ex fideicommiſſo reſtituere rogata videretur. Sic enim Scæuola reſpondit *in l. Scæuola. 76. ad SC. Treb.* vbi additur, quod magis mirum eſt, id fieri benigna interpretatione, vt intelligamus multo benignius eſſe, ac teſtatoris voluntati conuenientius, vt ſubſtituto quàm vt matri faueamus, tùm etiam cùm ſtricti iuris ratio potiùs quàm teſtatoris vo-
16 luntas pro matre facit. † Quanto igitur magis fauendum eſt ſubſtituto vt matrem in totum excludat, cùm ſubſtituto pupillo facta non ſolùm valet ſummo iure, ſed etiam pro eo habetur ex Diui Marci conſtitutione ac ſi in pupillarem caſum expreſſim facta eſſet? An dicemus benigam interpretationem eam, quæ & teſtatoris voluntatem, & ſubſtituti adeóque ipſius teſtamenti ius euertat, vt matri non niſi ab inteſtato ſuc-
17 cedere, valenti faueatur? † Vna tamen eaque vnica ſpecies eſt & valde ſingularis in qua matrem ſubſtituto præferendam eſſe Iuſtinianus credidit, & ante Iuſtinianum Papinianus, à Iuſtiniano autor laudatus *in d.l. vlt. C. de inſt. & ſub.* Finge Titium cùm Semproniam vxorem prægnantem haberet ſcripſiſſe hæredem illã ex ſemiſſe, ventrem verò ex alio ſemiſſe, tùm ſi poſthumus natus non eſſet, Mæuium ſubſtituiſſe: poſthumum autem natum fuiſſe, ſed poſtmodum in ætate pupillari ante matrem deceſſiſſe. An ſubſtitutum matri
18 præferemus? † Placebat, Vlpiano & Papiniano voluntatis eſſe quæſtionem, id eſt non ſatis apertè ex iuris regula & Marci reſcripto apparere quid in hac ſpecie reſponderi deberet. Vlpianus tamen, vt Iuſtinianus innuit, à Papiniano diſſidebat, & ſubſtituti partes tuebatur. Papinianus contrà vt pro matre reſponderet, ex eo mouebatur quod veriſimile eſſet teſtatorem qui ſubſtantiæ ſuæ partem vxori chariſſimæ reliquiſſet, multo magis id curaſſe aut animo agitaſſe, vt & luctuo-
19 ſa filij hæreditas ad matrem perueniret. † Vlpianus ſola Marci conſtitutione nitebatur: quæ licèt de eo teſtatore locuta videatur qui filio impuberi ſubſtitutum de erit in vulgarem caſum generalem, *ſi filius hæres non eſſet*, ad eum tamen porrigenda etiam eſt qui ſubſtituti in vulgarem caſum ſpecialem, *ſi filius hæres eſſe non poterit*, & conſequenter ad illum ſpecialiorem, *ſi filius poſthumus non naſcetur*, vt quamuis poſthumus natus ſit, videatur pater ei pupillariter ſubſtituiſſe, nec ſolum ſi hæres ille eſſe aut noluerit aut non potuerit, ſed etiam ſi hæres fuerit & in pupillari ætate deceſſerit. Ita enim ius eſſe nec Papinianus negabat, & Iuſtinianus fatetur cùm in propoſita ſpecie ſubſtitutum admittendum eſſe vult, nõ modò ſi poſthumus editus non fuerit, ſed etſi eo nato mater prior deceſſerit. Difficilius quidem videtur vt caſus ille ſpecialiſſimus, *ſi poſthumus non naſceretur*, trahatur ad alium in ſpecie contrarium, *ſi poſthumus non naſceretur & hæres non erit*, tum hic rurſus ad illum. *ſi hæres erit & in pupillari ætate deceſſerit*, quàm vt vulgaris tantum caſus generalis, qui ſpeciales omnes in ſe vi ſuâ continet, trahatur ad pupillarem. Sed tamen cum extenſio & protractio hæc fiat ſolius legis poteſtate reſpicientis ad fauorem pupilli cui pater proſpicere ſine dubio voluit, non eſt difficilior hoc caſu quàm illo. Omnia enim quæ circa vltimas voluntates verſantur, periode facilia ſunt le-
gi, quæ ipſa ſupremis defunctorũ iudiciis vim totam, 20
& robur confert. † Papinianus autem illam potiſſimùm ex iure vetere rationem afferre poterat quod caſus ille tantùm expreſſus eſſet, *ſi poſthumus naſceretur*. Omiſſus verò ille qui euenerat: *ſi poſthumus non naſceretur, & in pupillari ætate decederet*. Proinde caſum omiſſum pro expreſſo haberi non debere. *dict. leg. commodiſſimè l. Gallus. 29 §. 1. de liber. & poſt.* Neque verò id Vlpianus ipſe negaret, ſi Marci conſtitutio non eſſet. Ad eam porro conſtitutionem Papinianus reſpondebat, non alia de cauſa ſic à Marco fuiſſe cautum vt ſubſtitutio in vnum caſum facta, in vtrumque facta intelligeretur, quàm vt mancam teſtamenti ſcripturam ex eo ſuppleret quod credibile eſſet à teſtatore cogitatum. Non enim eſſe dubirandum, quin teſtator ſi eo tempore quo ſuprema condebat interrogatus fuiſſet an ſubſtitutum quem in vnum caſum dediſſet, in vtrumque datum vellet, reſponſurus fuerit, ſe id maximè velle. Eadem nimirum volendi ratione impellente, vt hæredem ex teſtamento pupillus omnimodo haberet, ne legitimæ ſucceſſioni locus relinqueretur. Conſequens ergo eſſe, vt ſi qua probabilis coniectura ex teſtamento ipſo emergeret, quæ diuerſam teſtatoris voluntatem ſuaderet, conſtitutioni locus eſſe non poſſet, nec quod pro adiuuanda ſupplendve voluntate inductum fuiſſet, in voluntatis euerſionem retorqueretur. Idque eſt quod Modeſt. ſcribit *in d. l. iam hoc iure in finita enim in altero vtrũque ſubſtitutio intelligitur, ſi voluntas parentis non refragatur.* † In propoſito 21
autem coniectura voluntatis pro matre aduerſus ſubſtitutũ, Papinianus ex eo ſumebat quod teſtator vxorem, dediſſet ventri cohæredem. Inde ſiquidem colligi poterat non ſolùm fuiſſe illam teſtatori chariſſimam, quod non ſufficeret ſi fortè legatis duntaxat quantumcunque ampliſſimis eam honeſtaſſet, verùm etiam non cogitaſſe teſtatorem de luctuoſa filij hæreditate auferenda matri, cui propriæ ſubſtantiæ, id eſt hæreditatis ſuæ partem reliquiſſet † Id enim cauſæ eſt- 22
cur ſubſtitutis pupillarib. magis quã legitimis hæredibus fauere ſoleamus, quòd pater ſubſtituendo pupillariter ſatis declaret nolle ſe pupilli hæreditatem ad legitimos hæredes peruenire. At quis in dubio credat noluiſſe teſtatorem alienam hæreditatem ab inteſtato peruenire ad eam perſonam cui propriam ipſe ſiue in totum ſiue pro parte relinquat? Præſertim verò hæreditatem luctuoſam, quæ in ſolatium amiſſi pupilli 23
ſi nõ iure, ſaltẽ miſeratione matri debeatur. † Quamquam autem coniectura hæc, ſi aliud nihil vrgeret, leuior videri poſſet quàm vt à certo conſtitutoque iure propterea diſcedi oporteret: tamen in propoſita ſpecie vires maximas ex eo accipit, quod per huiuſmodi coniecturam id agit Papinianus vt redeat res ad ius vetus, caſuſque amiſſus pro omiſſo habeatur: Item ex eo quòd condicio illa negatiuè concepta *ſi poſthumus non naſceretur* dupliciter defecerat, & quia poſthumus natus fuerat, & quia patri hæres extiterat, neque enim qui non naſcitur, hæres eſſe poteſt. Non quòd difficiliùs hoc caſu induceatur conſtitutio Marci quam ſi ſubſtitutus datus fuiſſet in caſum illum vulgarem generalem

generalem *ſi poſthumus non eſſet heres* (nil enim
meo iudicio interest ſi ſubſtitutus non cum matre,
ſed cum alio quolibet legitimo hærede con-
contenderet.) Sed quoniam quod ad matrem pertinet,
multum ſanè intereſt, quibus verbis concepta ſit con-
ditio, & an natus ſit poſthumus, an non natus.
Nam cùm is tantùm caſus expreſſus ſit *ſi poſthumus*
non naſcetur, dici non poteſt eſſe mentem poſthumo
ſubſtitutum dedere, ne poſthumo iam nato hæreditatem
matri auferret, vt ſi quando nec alius hæreditas ille
poteſt ſi non natus caſu ad mentem teſtatoris matri
ſi in ea portione ex qua poſthumus inſtitutus fue-
rat, ſubſtituatur extraneus & admittatur in eum caſum
quo poſthumus non naſcetur. At nato poſthumo ſicut
incipit vxor habere filium, ita & iuſtam habere
querelam ſi ab eius materni ſucceſſione repellitur in
eum caſum qui ſit omnino diuerſum à ſepa-
ratam ab expreſſo habeat rationem. Et hæc ſanè meo
iudicio præcipua obſeruatio eſt quæ Iuſtinianũ moue-
re potuit & debuit, contra ſubſtitutum reſponderet.
Quam ſi ille vt Tribonianus expreſſerit, fecit fortaſ-
ſe, vel quòd facilè & ex ipſis teſtamenti verbis ſtatim
occurreret, vel quòd ſola minus ſufficeret ad excluden-
24 dum ſubſtitutum, etiam matre in medio exiſtente. †
Sed & aliam coniungit quam Iuſtinianus his verbis
expreſſit, *ſi enim ſuæ ſubſtantia partem vxori dereliquit,*
multo magis & luctuoſam filij hæreditatem ad matrem ve-
nire curauit fortiſſimam ſanè voluntatis coniecturam
ex duabus collectam, iuriſque veteris ratione corrobo-
25 ratam pro matre effeceris † Cæterùm non eam Papi-
niani, aut Iuſtiniani ſententiam eſſe, vt generaliter &
extra eam ipſam ſpeciem de qua tractamus ſubſti-
tutus excludatur propter matrem, apparet manifeſtiſ-
ſimè ex illis verbis *in huiuſmodi caſu*, quorum non alius
ſenſus eſſe poteſt quàm vt in ea ſpecie quæ proponitur
ſubſtitutionem reſpuamus, id eſt ita demum ſi & ma-
ter ſit in medio, & cohæres filia, & ſubſtitutus in eum
26 nominatim caſum vocatus, *ſi poſthumus non naſcetur.* †
Nam quod ſtatim ſequitur, *vbi poſthumus natus adhuc*
impubes viua matre deceſſerit, non pro eo accipi debet
quaſi ſit interpretatio eius quod præcedit *in huiuſmodi*
caſu, ſed vt ſit prior pars diſtinctionis qua vtendum eſt
cùm quæritur, an in propoſita ſpecie ſubſtitutus ad-
27. mittendus ſit necne. † Aut enim poſthumus natus ad-
huc impubes viua matre deceſſit, & his duobus inter-
uenientibus ſi cætera omnia concurrant de quibus di-
ximus, ſubſtitutus excluditur. Aut poſthumus editus non
eſt, vel editus quidem eſt, ſed matri ſuperſtes fuit, &
his caſibus ſubſtitutus admittendus eſt. Itaque melior
condicio eſt ſubſtituti quàm matris. Illa enim non niſi
vno caſu admitti poteſt, & ita demum ſi duo concur-
rant. Hic autem duobus caſibus admittitur, quorum
vterque ſimplex eſt nec alium caſum admixtum ha-
28 bet. † Quid ergo ſi mater filio cohæres data non ſit?
Non excludetur ſubſtitutus licet poſthumus adhuc na-
tus viua matre impubes deceſſerit. Ceſſat enim hoc
caſu coniectura illa quæ Papinianum & Iuſtinianum
præcipuè mouit, quod credendus non ſit pater lu-
ctuoſam filij hæreditatem adimere voluiſſe matri,
29 cui ſuæ propriæ partem dederit. † Quid rurſum
ſi cohæres data ſit, at non ventri, ſed filio iam na-
to ſub ea condicione, *ſi heres non eſſet*? Neque hoc
caſu ſubſtitutus excludetur, quia difficilius eſt, vt
non cogitauerit hic pater de inteſtati ſucceſſione ma-
tri auferenda, quàm ſi poſthumo nondum nato ſubſti-
30 tuiſſet ſub ea conditione, *ſi non naſceretur.* † Quid ſi
pater compendio verborum ita ſubſtituerit, *quando-*
cumque poſthumus deceſſerit Sempronius heres eſto. Ad-
mittam ſubſtitutum eodem modo, eadémque ratio-
ne quia compendium illud verborum licet plura
tempora contineat, non tamen diuerſos illos ca-
ſus *ſi poſthumus naſcetur & ſi non naſcetur.* Natum
enim eſſe omnino non eſſe eſt vt poſſit decedere. Ita-
que perinde eſt ac ſi iam nato filio, ſi is hæres non 31
eſſet, ſubſtitutus datus fuiſſet. Nec aliud reſpondeo ſi
ventri facta ſubſtitutio ſit his verbis *ſi poſthumus naſce-*
tur & heres non erit. Nam ſtatim atque apparet teſta-
torem nato quoque poſthumo ſubſtituere voluiſſe,
nullus interpretationi pro matre faciendæ locus relin- 32
quitur, tametſi cohæres filio data proponatur. † Quid
denique ſi non mater in medio ſit, ſed frater aliuſve
legitimus hæres poſthumi idemque cum poſthumo ex
parte inſtitutus, eique ſubſtitutus ſiue naſcetur poſthu-
mus ſiue non naſcetur? Subſtituto locus erit, quia non
ſicut matri ita fratri aut alij cuilibet legitimo hæredi 33
luctuoſa pupilli hæreditas videri poteſt. † Nec auiam
quidem excipio ſiue paternam ſiue maternam, licet in-
terpretes vulgo excipiant, eandémque matris & auiæ
rationem hac parte conſtituant. Etſi enim aſcenden-
tibus omnibus pro cuiuſque gradus prærogatiua deſ-
cendentium hæreditates deferri ſolent ratione miſera-
tionis: *nã etſi 17. ff. de inoff. teſt. ſcrip. 7. §. vlt. ver. liber.*
luctuoſior tamen eſt matri quàm auiæ hæreditas pupil-
li, longeque maior commiſeratione mater quam auia
digna eſt, non ſolum propter coniunctum dolorem ex
caſu amiſſi patris ſed etiam propter partus periculum
quod ipſa, non auia, pro pupillo ſubiicit. *argument. l. aſſi-*
duis 12. vt ſ quis enim earum non miſereatur? *C. qui*
pot. in pign. hab. Denique non patiar vt caſus ille adeò
ſingularis qui Iuſtin. conſtitutione diffinitur, ad alium
vllum caſum porrigatur, quia nec ſimilem alium vllum
comminiſci poſſis, ſi vel minimã demas ex his facti cir-
cũſtantiis, quæ in propoſita facti ſpecie occurrũt. † Sa- 34
nè eo ipſo caſu plus fauebo matri quam fauere interpre-
tes ſoleant, qui ſubſtitutum ei præferunt ſi ſit ex liberis
teſtatoris. Præferam enim matrem ſiue filius teſtatoris
idemque ſubſtitutus conſanguineus tantum frater pu-
pillo fuit, ſiue vtrimque coniunctus, non ob id ſolum
quòd eædem commiſerationis, æquitatis, & voluntatis
rationes pro matre vigeant quæ vigerent ſi ſubſtitutus
omnino extraneus fuiſſet (nam ſi filios ſubſtitutus
non niſi conſanguineus pupillo fuit, poſtponitur om-
nino matri in pupilli inteſtati ſucceſſione, ſin vtrimque
coniunctus fuit, concurrit quidem cum matre, ſed tan-
to æquius ferre debet, quod ex ſubſtitutione non ad-
mittitur) verum etiam quia Iuſtiniani verba ſunt taxa-
tiua & præciſa, non tam aduerſus ſubſtituti perſonam,
quam aduerſus ipſam ſubſtitutionem. Sic enim ſcribit
ſubſtitutionem quidem in huiuſmodi caſu reſpuendam eſſe
cenſemus. Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admit-
timus cùm poſthumus minime editus fuerit vel poſt eius
partum mater prior deceſſerit. Nato igitur poſthumo &
ante matrem defuncto nulla ſubſtitutio eſt: quod cum
ita ſit, quid attinet de ſubſtituto quærere an ſit ex li-
beris necne? Nam vbi ſubſtitutio nulla eſt, nec ſubſti-
tutus quiſquam eſſe poteſt. † Quare nec diſtinguam 35
vtrum filius ille ſubſtitutus, eodem teſtamento inſtitu-
tus fuerit cum matre & impubere, an exhæreda-
tus. Quamquam in exhæredato minorem dubitatio-
nem res habet, cùm veriſſimile non ſit voluiſſe
patrem à legitima pupilli ſucceſſione excludi ma-
trem per filium quem ipſe à propria repulerit hæ-
reditate. Nec quicquam apertius eſt quàm Iuſti-
nianum, vt matri faueret contra ſubſtitutum, ad ip-
ſius matris perſonam & fauorem duntaxat reſpexiſſe, nõ
etiã ad id quod extraneus ſubſtitutus proponeretur. Et
verò, quiſquis tandem ille ſit, qui ſubſtitutus eſt, idem
matris fauor eſſe debet eũ non de teſtatoris, ſed de pu-
pilli bonis & hæreditate agitur, quandoquidem æquè
vno ac alio caſu luctuoſa ei eſt hæreditas filij, nec ma-
gis hoc quã illo dici poteſt de ea excludenda cogitaſſe
teſtatorem qui ventri ſubſtitutum dederit in eum

duntaxat

duntaxat caſum *ſi poſthumus non naſceretur*. † Sicuti nec quicquam refert an ex dimidia hæreditatis parte, an ex tertia tantùm aut alia minore vxor ſuerit inſtituta. Sufficit enim quòd teſtator ſubſtantiæ ſuæ partem ei reliquerit, nec vt pars illa dimidia ſit, Papinianus exigit aut Iuſtinianus. Vnus tantùm iuris locus eſt quo mouentur interpretes vt pro matre contra ſubſtitutum reſpondeant, & Iuſtiniani conſtitutionem locum habere putent illo etiam caſu quo vxor nulla ex parte à marito hæres ſcripta proponatur Is eſt *in l. precibus. 8. C. de impub. & aliis ſubſtit.* De cuius ſententia, quoniã hic iam longiores fuimus, dicendum nobis eſt ſeparatim, totáque hæc diſputatio ſequenti capite abſoluenda.

Capvt X.

Ad l. precibus. 8. Cod. de impub. & aliis ſubſtitut.

Svmmaria

1 *Species* dict. l. precibus, *& diſtinctio Imperatorum ad propoſitam ſpeciem & quæſtionem reſpondentium.*

2 *Reſpondetur ad argumentum ex priore illius diſtinctionis parte ab Interpretibus deſumptum & allatum.*

3 *Cur in* dict. leg. precibus, *ſubſtituto in caſum duntaxat vulgarem dato non proſit ſubſtitutio pupillaris caſu eueniente, & mater ab inteſtato potior ſit?*

4 *Quum de militis teſtamento agitur, nudam militis voluntatem inſpici, nulla ſcripti admiſſa interpretatione.*

5 *Propria & ſingularia quædam in militum teſtamento obſeruantur.*

6 *An aliud in lege propoſita obtineret ſi vnus ex liberis teſtatoris ſubſtitutus proponeretur?*

7 *Multum ea parte differre teſtamentum militis à teſtamento pagani.*

8 *Nihil* in d. l. *intereſſe an mater ſit quæ ab inteſtato ſuccedat, an alius agnatus.*

9 *Non eandem eſſe poſſe*, d. l. vlt. & d. l. precibus, *ſententiam.*

10 *Interpretatio ſecundæ partis diſtinctionis*, in d. l. precibus.

11 *Verba ſubſtitutionum quædam directa eſſe, quædam verò obliqua.*

12 *An verbum* ſubſtituo, *ſit verbum commune ad directam & fideicommiſſariam ſubſtitutionem pertinens?*

13 Verbum commune *in* l. eam hoc iure §. 2. Digeſt. de vulg. ſubſtit. *ad quam dictionem referendum ſit?*

14 *Subſtitutum iure nunquam ſimpliciter dici eum qui per fideicommiſſum eſt vocatus.*

15 *Cur Tribonianus in quibuſdam iuris locis ſubſtitutionem pro fideicommiſſo dixerit?*

16 *Verbum illud* ſubſtituo *in* l. Scæuola 76. *ad* S. C. Trebell. *ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem non ſtricta iuris ratione, ſed benigna interpretatione trahi.*

17 *Quantas controuerſias excitarit ſententia eorum qui verbum ſubſtituo commune eſſe tam ad directam, quàm ad precariam ſubſtitutionem exiſtimarunt?*

18 *An mater per compendioſam ſubſtitutionem verbo communi factam ita a pupilli hæreditate excludatur vt legitimam ſaluam habeat?*

19 *Ratio media Interpretum ſententia reprobatur.*

20 *Non poſſe eandem ſubſtitutionem pro parte tacitam cenſeri, pro parte vero expreſſam.*

21 *Ei cui nihil prorſus teſtamento relictum eſt, nullam actionem ex teſtamento ad conſequendam legitimam competere.*

22 *Legitimam ab inteſtato non deberi.*

23 *Reſpondetur obiectioni Interpretum qui legitimam matri adiudicant compendioſa ſubſtitutione verbo communi facta.*

24 *Compendioſam ſubſtitutionem pupillo intra pubertatem decedente perinde pupillarem directam eſſe, ac ſi pupillaris ætas expreſſa eſſet.*

25 *An compendioſa ſubſtitutio ſit tertia ſubſtitutionis ſpecies à vulgari, & pupillari differens?*

26 *Compendioſam illam ſubſtitutionem non plus iuris ſubſtituto acquirere quam ſi pupillares annos filius non egrederetur.*

27 *Caſus quo ſubſtitutio illa compendioſa propriam naturam, & a cæteris diſtinctam habet.*

28 *Eandem, ſi à pagano facta ſit pupillarem tantum eſſe, non vulgarem nec fideicommiſſariam.*

29 *Fideicommiſſariam toto genere a pupillari, & a vulgari differre.*

CVm † maritus idémque miles filium impuberem 1
teſtamento hæredem ſcripſiſſet, eique ſubſtitutum dediſſet, tùm defuncto pupillo de ipſius hæreditate inter matrem ſuperſtitem & ſubſtitutum controuerteretur conſulti Imperatores quid iuris conſtitui placeret, reſcripſerunt diſtinguendum eſſe vtrúmne in primum caſum, an in ſecundum ſubſtitutus datus eſſet etiam an in vulgarem an in pupillarem. Non enim eſſe incerti iuris, quòd ſi quidem impubes in patris militis poſitus poteſtate primo tantùm caſu habuit ſubſtitutum & patri hæres extitit, defuncto eo, ad matrem omnimodo pertineat ſucceſſio. Si verò ſubſtitutio in ſecundum caſum, vel expreſſa, vel compendio verborum, id eſt non vſque ad certam ætatem facta reperiatur, ſiquidem intra pubertatem deceſſerit, eos habeat hæredes quos pater ei conſtituit. Sed ſi poſt pubertatẽ, mater equidem ab inteſtato filij ſui ſucceſſionem obtineat, ob ea tamen, bona omnia quæ patris cùm moreretur fuerunt, per ſubſtitutum velut ex cauſa fideicommiſſi peti poſſint. 2
† Priore diſtinctionis parte noſtri abutuntur, vt probent Iuſtin. conſtitutionem *in l. vlt. C. de inſt. & ſubſtit.* de qua proximè diximus, non minùs locum habere vt mater ſubſtituto præferatur, etiamſi cohæres illa filio data non ſit quam ſi data eſſet Nam in ſpecie *l. precibus*, ſolus filius impubes & conſequenter ex toto aſſe ſcriptus proponebatur. Sed & illud pro ſubſtituto faciebat, quod non in caſum illum ſpecialiſſimum *ſi poſthumus non naſceretur* datus erat, ſed in vulgarem generalem *ſi filius hæres non eſſet*, qui caſus vt pote minus remotus à pupillari facilius ad illum trahi poteſt ex conſtitutione Diui Marci? quàm ſi poſthumo in eum duntaxat caſum quo non naſceretur ſubſtitutus datus eſſet, quemadmodum in ſuperioribus diſputauimus. Et tamen non dubitant Imperatores quin ab inteſtato mater ſubſtituto præferenda ſit † Sed mirum eſt non fuiſſe ab interpretibus animaduerſum aut ponderatum 3
quod ipſa legis verba bis inculant, de teſtamento militis eo loco diſputari. Inde enim, nec aliunde fit vt ſubſtituto in caſum duntaxat vulgarem dato non poſſit prodeſſe ſubſtituto caſu pupillari eueniente & quod [illegible] conſequens vt matrem ab inteſtato potiorem [illegible]e ſit neceſſe. Certum namque eſt conſtitutionem Diui Marci quæ primum ius illud induxit vt ſubſtituto filio impuberi in vnum caſum à patre facta in vtrumque facta intelligeretur, non pertinere ad teſtamenta militum: † quoniam cùm de militis teſtamento agitur, 4
nudam militis voluntate intuemur, id eſt quaſi ſcripta eſt, nulla ſcripti admiſſa interpretatione, tantum

expreſſo

preſſo habeamus. In quo militis aliud ius eſt, quàm pagani. Teſtamentum enim pagani hominis diſſimimu iuſtam ipſius ſententiam, id eſt non nudam vt militis, ſed iuris rationi & regulis conuenientem, adeòque ex iure & legibus aut principū conſtitutionibus interpretandā, *l. t. D. qui test. facer. poſſ. l. t. l. in fraudem. 15. §. 1. l. miles ſi teſtamentum. 35. D. de teſtam. milit.* Atqui vt in vnum caſum facta ſubſtitutio in vtrumque facta intelligatur, non fit citra interpretationem, imò ſuppletione opus eſt, vt ſupra diximus. † Mirum igitur non eſt ſi

5 ea Marci conſtitutio ad militum teſtamenta non pertineat. Nā & permittitur ita decedere pro parte teſtatis, pro parte inteſtatis: *l. ſi miles. 6. eo.* pro parte, inquam, non modò bonorum, ſed etiam temporis: *l. ex milite. 8. 11. §. vlt. & l. miles 14. 41. eod.* & cum teſtamento imperfecto, vt perfecti poteſtatem obtineat, adeòque cum pluribus teſtamentis *d. l. miles 35.* Deinque miles etiam notis teſtamentū dictare poteſt *l. Lucius 40. eod.* & filio impuberi teſtamentū facere licet ſibi ipſi non faciat: *d. l. miles ita. §. vlt.* Vt cætera taceā quæ ex principalibus conſtitutionibus propria atque ſingularia iura in militum teſtamentis obſeruantur: *l. 2. & paſſ. eo. tit.* Porro ceſſante Marci conſtitutione quid aliud relinquitur, niſi vt qui in vulgarem duntaxat caſum ſubſtitutus fuit, pupillari eueniente non admittatur, legitimiſque hæredibus quicunque tandem illi ſint, locus fiat? Quare

6 nec aliud eſſet tametſi vnus ex liberis teſtatoris ſuoli tutus proponeretur, quo tamen caſu putant interpretes potiorem ſubſtituti cauſam eſſe debere. Non enim quod ſubſtitutus ſit ex liberis facere poteſt vt eo magis conſtitutio locum obtineat in teſtamento militis, quod neque coniecturam, neque interpretationem admittit.

7 † Et magis miror quod Iacobus Cuiacius in obſeruationibus ſcripſit nihil hac parte differre teſtamentū militis à teſtamento pagani. Hoc enim ſi ita eſt, cur adiecta ſūt in principio legis verba illa *miles defunctus* & paulò

8 poſt *in patris militis poteſtate.* † Sanè quod ad hanc rem pertinet, nihil intereſt an mater ſit quæ ab Inteſtato ſuccedat pupillo, an alius agnatus. Quiſquis enim ille ſit, præfertur ſubſtituto, quia in pupillarem caſum ſubſtitutio nulla eſſe intelligitur. Idque *non incerti iuris eſt*, vt lex ait, ſed certiſſimi & exploratiſſimi, cū tameo ſi à pagano factū eſſet teſtamentum, datūq; ſubſtitutus ſub ea condicione *ſi poſthumo non naſceretur*, fatendum eſſet vel ſubſtitutū vincere debere, vel ſaltē voluntatis eſſe quæſtionem, vt Vlpianus & Papinianus putabant *d. l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* Subſtitutione ve-

9 rò in vulgarē caſum generalem facta *ſi poſthumus hæres non eſſet*, nulla eſſet quæſtio voluntatis, ſed omnimodo ſubſtitutus vinceret propter Marci conſtitutionem, ſi non contraria patris voluntas probaretur: *iam hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. quānis. 4. C. eod.* † Non igitur eadē eſſe poteſt ſententia Iuſtiniani in *d. l. vlt.* & Imperatorum Diocletiani & Maximiniani in *l. precibus*, vt mater præcipuo quodam fauore excludat pupillarem tacitam ſubſtitutionem ſiue filio cohæres data ſit ſiue

10 non ſit. † Quòd verò ad compendioſam attinet, quæ ſecūda pars eſt diſtinctionis poſitæ *in d. l. precibus*, multo magis ridiculum eſt quod noſtri volunt, ſi eā interpretandā quoties mater in medio eſt vt fideicommiſſaria ſit potiùs quàm directa ſi per verbum commune facta ſit, vt puta, inquiunt, per verbum *ſubſtituo*. Nā imò verò nihil protſus intereſt an ſi filio ſubſtitutus datus ſit in caſū quo hæres erit, pupillari ætate expreſſa, id eſt adiectis his verbis *& in pupillari ætate deceſſerit*, an verò compendio verborum non vſque ad certam ætatem hoc modo *quandocunque deceſſerit*. Vtroque enim caſu pupillaris ſubſtitutio erit, & quidem ex expreſſa & vtilis, ſi modò pupillus intra pubertatem moriatur, ſiue directis his verbis ſubſtitutio facta ſit vt in *d. l. precibus*, quod apparet ex iis verbis *ſecundum hæredem ſcripſiſſe*, ſiue communibus vt noſtri appellant Nam & volun-

tas teſtatoris, & ratio iuris facit vt ſubſtitutio quæ duplici iure valere poteſt, id eſt tanquā directa aut tāquā fideicōmiſſaria, directa potiùs quā fideicōmiſſaria cenſeatur. *cap. ſi pater de teſtam. in 6.* † Quamquam, ſi verū

11 amamos, abſurda eſt & à prudentū traditionib aliena diſtinctio illa verborum vt quædā directa ſint, quædam obliqua, quædam communia Summa enim omnium diuiſio eſt quod quædam directa ſunt quæ & ciuilia & imperatiua vocantur, quædam obliqua quæ & præcatia, & inflexa, cōmunia verò nulla prorſus. Vnde illa etiam diuiſio voluntatum quòd omnes aut directæ ſunt aut præcatiæ: *l. verbis ciuilibus 7. l. cētario 15. D. de vulg. & pupil ſubſt. l. cùm proponebatur 64. de legat. 2. l. 2. C. de cōmun. de legat. l. quoniam indignum 15. C. teſtam.* † Sed illud 13 multo abſurdius eſt quod vno ore noſtri omnes iactitant, verbū *ſubſtituo* eſſe commune ad directā & ad fideicōmiſſariam ſubſtitutionem, abutentes in hanc rem Modeſtino *in d. l. tam hoc iure.* nec animaduertentes cōmune en loco dictum eſſe ratione vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis duntaxat, non etiam ratione fideicōmiſſi de quo tota ea lege ne verbū quidem. Quāmquā 14 malim quod eo loco de communi verbo ſcriptū eſſe referri non ad verbum *ſubſtituo*, ſed ad dictionē *inuicem*: illa enim eſt quæ cōmunē facit inter inſtitutos, & duplicem ſubſtitutionem, idq; ab interpretibus aut à nobis ante hunc diē animaduerſū non fuiſſe miror. Enimverò ſi verbum *inſtituo* merè directum eſt vt idem omnes fatentur, quidni *ſubſtituo* etiam directū erit, cū ſubſtitutio, ſi Vlpiano & Caio credimus, nihil aliud ſit quā inſtitutio ſecunda aut ſecundi hæredis? Nec ſanè memini vllo iuris loco legere me ſubſtitū um dici à prudentibus eū qui nonnili per fideicōmiſſum ſit vocatus. 14 Quin ex contrario à Papiniano ſcriptum video *in l. tutores 39. §. hæ. et inſtitutum D. de adm. & peric. tutor.* hæredem inſtitutum qui hæreditatem ex fideicōmiſſo reſtituere debuit, nullū tamen habere ſubſtitutum. Quare nec vnquam Iureconſulti ſubſtitutionem ſimpliciter dicunt vt fideicommiſſum exprimant, ſed vel addunt fideicommiſſariam, quo modo etiam hominem mortuum qui homo re vera non eſt, hominē appellamus, & inſtitutionem quoque precariam dicimus: *in l. quærebatur 19. D. de teſt. mil.* vel ſubſtitutionis nomine vtuntur eùm fideicommiſſum in legato fideicommiſſo factū eſt; vt dubitari non poſſit directamne an precariam ſubſtitutionem intelligant, quemadmodū à Papiniano quoq; factum eſt *in l. cùm pater 77. §. volo de legat. 2.* † Tribonianos certè pleriſque locis ſubſtitutionem dixit pro 15 fideicommiſſo vt *in l. generaliter 6. §. cùm autem Cod. de inſtit. & ſubſtit. & alibi paſſim.* Ideo fortaſſe quod ſubſtitutionis nomen generale & æquiuocum eſt. Nā & arbores ſubſtitui dicimus in locum demortuarum: *l. agri vſufructu 18 D. de vſuf.* Sed teſtator qui ſubſtituendi verbo vſus eſt de fideicōmiſſo ſenſiſſe vllo caſu videatur, nuſquā à prudentibus, at ne quidem à Triboniano ipſo proditum reperias. † In eámque rem textus eſt, vt 16 mihi videtur, & elegans & apertius: *in l. Scæuola 76. D. ad S.C. Trebell.* vbi cū proponeretur pater filio impuberi codicillis ſubſtituiſſe, negat tamen Scæuola ſubſtitutionem valere, quòd eſſet merè directa, codicillis autē hæreditas directō dari non magis quā adimi poſſit. Nec quod eam flecti vult ad fideicommiſſum, quicquā obſtat. Fatetur enim ad eā ſententiam ſe decurrere *benigna interpretatione*, id eſt contra vim verborum ſtrictāmque iuris rationē, pro tuenda duntaxat patris voluntate quo pupillo fauorabilior videretur. Quid verò benigna interpretatione op. eſſet ſi verbū *ſubſtituo* quo teſtator vſus erat cōmune eſſet ad directā & fideicommiſſariam ſubſtitutionem? An non enim ex vi quoque verbi defendenda eſſet ſubſtitutio iure fideicommiſſi, præſertim quæ & in codicillis facta eſſet, in quibus fideicōmiſſa relinqui ſolēt, & directo iure defendi nullo caſu poſſet? † Hic tamen error vt verbum *ſubſtituo* cō- 17

mune eſſe exiſtimetur tam ad præcariã quàm ad dire-
ctam ſubſtitutioné dici non poteſt quantas apud inter-
pretes controuerſias, & perplexitates repererit. Hinc
ſiquidé inextricabiles illæ quæſtiones De compendioſa
ſubſtitutione verbis communibus facta: An directa cé-
ſenda ſit an fideicommiſſaria, præſertim matre in me-
dio exiſtente, an verò directa vſque ad tempus puber-
tatis, poſt id tempus precaria Inde tot etiã lites & cõ-
tétiones in tribunalibus, quoties ferè ſubſtitutio aliqua
teſtamento continetur, an vulgaris aut pupillaris céſen-
da ſit, an fideicõmiſſaria. Inde tot diuinationes in conii-
céida aut potiùs comminiſcende defuncti hominis vo-
luntate an de fideicommiſſo inducendo ſenſerit is, qui
ſubſtituendi verbo vſus eſt. Quæ omnia ceſſarent & iu-
re longe certiore vteremur ſi verbum *ſubſtituo* quod re
vera ſemper mere directum eſt, nunquã pro communi
18 haberetur. † Sed quid rogo abſurdius, quàm quod noui
iſti iuris & æquitatis arbitri induxerunt, vt per compé-
dioſam ſubſtitutionem verbo communi factam mater
excludatur quidem ab hæreditate pupilli, non in totũ,
ſed ita vt legitimam ſaluam habeat? Nam ſi ſubſtitutio
meré directa eſt, vt eſt, & conſequenter pupillaris, at-
que ita ipſius pupilli teſtamentum, quomodo fieri po-
teſt vt legitima quæ teſtamento matri relicta non eſt
vlla ei debeatur? Aut vt citra querelam inofficioſi te-
ſtamenti, legitima detur matri præteritæ, cui nec quere-
la vlla competere poſſit *d. l. Papinianus 8. §. ſed nec im-*
19 *puberis D. de inoff. teſt.* † Nam quod pro ratione afferũt
ſubſtitutionem hanc pupillaré neque omnino expreſ-
ſam eſſe neque omnino tacitam, ſed expreſſam verbis
generalibus tacitam ſpecialibus, ob idque mediã ſen-
tentiam ex æquitate ſequendã eſſe vt neque in totum
excludatur mater quæ ſi ſubſtitutio omnino tacita eſ-
ſet, in totum admitteretur, neque in totum admittatur,
quæ ſi ſubſtitutio expreſſa omnino eſſet in totum ex-
cluderetur: hoc, inquã adhuc ineptius eſt. Vt enim ta-
ceam quod iam in ſuperioribus dixi & probaui, per ta-
citã pupillarem perinde ac per expreſſam excludi om-
nino matrem extra caſum illum ſingularem de quo *in
l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* quis non videt longè tolera-
bilius eſſe, vt tacita pupillaris contra matrem non ad-
mittatur, quàm vt tacita eſſe exiſtimetur ea quæ com-
pendio verborũ expreſſa eſt? Aut tacita pupillaris ad-
mittatur contra matrem ad excludendam eam ab hæ-
20 reditate, non admittatur quod ad legitimam attinet? †
Quis poſſit credere eandem ſubſtitutionem pro parte
expreſſam cenſeri, pro parte tacitam? An non idé illud
eſt ac ſi quis diceret pupillum videri deceſſiſſe pro par-
te teſtatum, & pro parte inteſtatum? Teſtatum quate-
nus ſubſtitutum admittimus, inteſtatũ quatenus matri
omnino præteritæ legitimã damus citra querelã, quaſi
portionem quandam ſucceſſionis quam ab inteſtato
eſſet habitura. Quamquam, quod magis mirandum eſt,
non poſſint interpretes quotquot ineptiam hanc ſe-
quuntur, dicere quo iure legitima hæc matri adiudice-
tur, an ex teſtamento an ab inteſtato. Ex teſtamento
enim quomodo habeat mater cui nihil prorſus teſta-
21 mento relictũ eſt? † Scio Iuſtiniani conſtitutione *in l.
omnimodo 30. C. de inoff. teſtam.* inductum eſſe vt ei cui
legitima debetur, ſiue ex aſcendentibus ille ſit, ſiue ex
deſcendentibus ſi quid relictum ſit minus legitima cõ-
petat actio ad ſupplementum, quæ ipſa ex teſtamento
eſſe exiſtimatur, licet detur ad plus conſequendum quã
teſtamento relictum ſit, nimirum quia nec per modũ
querelæ datur, neque tanquã ab inteſtato, cùm ob hoc
ipſum inducta ſit vt ſalua maneat cauſa teſtamenti
quod alioqui per quærelam rumperetur. Sed ei cui ni-
hil prorſus teſtamento relictum ſit nego actionem vl-
lam competere poſſe que ſit ex teſtamento, præſertim
ad legitimam conſequendam, quam nec relinqui fue-
22 rit neceſſe † Ab inteſtato autem legitimam deberi quis
vnquam dixit, vel audiit? Legitima ſiquidé nihil aliud
eſt quàm triens, vel ſemis portionis ab inteſtato con-
tingentis Aut quis locus ſucceſſioni inteſtati reliquus
eſſe poteſt, eo caſu quo ſubſtitutus pupillaris ex ipſa
pupillari ſubſtitutione admittitur? An non pupillaris
ſubſtitutio teſtamentum pupilli eſt? An vero quamdiu
cauſa teſtati ſubeſt, inteſtati ſucceſſio vlla ex parte lo-
cum habere poteſt? Somnium igitur ægroti hominis eſt
diuiſio iſta iuris & voluntatis, in re, quæ commodam
non recipit diuiſionem. † Atqui, inquiunt, ſi ſubſtitutio 23
illa compendioſa per verbũ commune facta céleretur
fideicommiſſaria etiam intra pupillares annos fauore
matris, poſſet mater non ſolùm legitimam ex fideicõ-
miſſo detrahere, ſed etiam Trebellianicam. Ergo boni
conſulere ſubſtitutus pupillaris debet quod matri non
niſi vnius legitimæ detractio permittatur. Reſpondeo
neceſſarium omnino eſſe vt valeat ſubſtitutio vel tan-
quam directa prorſus vel tanquam fideicommiſſa-
ria. Nam vt valeat tanquam directa, & tanquam
fideicommiſſaria ſimul, admitti nullo modo poteſt. Si
tanquam directa, fieri iniuriã ſubſtituto, cui portio hæ-
reditatis pro legitima matris auferatur, cum vniuerſa
pupilli bona obtinere debeat. Si tanquam fideicom-
miſſaria, fieri iniuriam matri quæ totam ſucceſſionem
ab inteſtato habere debet ſub onere fideicommiſſi, ſal-
ua ex fideicommiſſo duplicis quartæ detractione. Itaq;
dum noſtri quaſi in iure incerto vagantes id agunt vt
neutri iniuriam faciant, faciunt proculdubio alterutri,
quod ruſticorum, vt trito fertur prouerbio, non prudé-
tum iudicium eſſe ſolet. † Sed apertiùs iniuriam faciũt 24
ſubſtituto, quem fatentur ex directa pupillari, non ex
fideicommiſſaria ſuccedere: quando nec negare poſ-
ſunt, quin ſubſtitutio compendioſa, vt vocant, perinde
ſit directa pupillaris pupillo intra pubertatem dece-
dente, acſi pupillaris ætas expreſſa eſſet. etiam ad matré
excludendam, quod omnium apertiſſime probat d. l.
precibus in verſiculo illo: *Si verò ſubſtitutio in ſecundũ
caſum vel expreſſa vel compendio non vſque ad certam
ætatem facta repertatur, ſiquidem intra pubertatem deceſ-
ſerit, hæredes eos habeat quos pater ei conſtituit.* † Illud verò 25
non minùs abſurdũ eſt, quod de hac compendioſa ſub-
ſtitutione ſic noſtri tractãt, quaſi tertia ſit ſpecies ſub-
ſtitutionis differens è vulgari & pupillari, continens in
ſe expreſſas verbis generalibus cæteras omnes ſubſti-
tutiones, adeóque fideicommiſſariam ſi teſtator vſus ſit
verbo communi. Nihil enim aliud eſt quàm pupillaris
ipſa ſubſtitutio, diuerſam tamen in eo formulã habens,
quod fit ſine temporis præfinitione, & iis verbis quæ
apta ſint cõprehendere tempus pupillaris ætatis, ſicut
& id tempus quod ſequitur pubertatem † In quo tamé 26
non plus iuris acquirit ſubſtituto, quàm ſi pupillares
annos non egrederetur: cùm poſt eam ætatem verbis
directis filio ſubſtituere pater non poſſit *leg. verbis ci-
uilibus 7. de vulg. & pup. ſubſtit.* niſi militem proponas
eum qui teſtatur, cui ius competit ex generali militum
priuilegio vt poſt quamcunque ætatem ſubſtituere nõ
ſolùm liberis, ſed etiam quibuſcunque aliis hæredibus
directo poſſint, quoniam & ex tempore & ad tempus
hæredes ſcribere poſſunt vt *ſequenti capite* dicemus.
† Quo caſu nõ inficior ſubſtitutioné hanc habere pro- 27
priã quandam naturam, & conſtituere tertium genus
ſubſtitutionis, quã qui militarem appellarunt, eius vim
& condicionem percepiſſe mihi videntur. † Cæterùm 28
ſi à pagano facta ſit, dico pupillarem tantùm eſſe, nõ
vulgaré, non fideicommiſſariã. Etſi enim ſe abſtinen-
te pupillo cui facta fuerat, ſubſtitutus ex ea in vulgaré
caſũ admittitur, id tamen ob eam rationé fit, quod idem
contingeret etiamſi pupillaris expreſſa non compen-
dio verborum facta eſſet, ſcilicet ex Marci Imper. con-
ſtitutione, non quòd proprio quodam iure tã vulgarem
quam pupillarem ſubſtitutionem in ſe contineat, &
vtramque æquè principaliter. Argumento eſt, quod ſi
filio impuberi miles ita ſubſtituerit, filius verò hæredi-

tate

tate patris ſe abſtinuerit, dicendum eſt non admitti
ſubſtitutum, vt pote qui non in caſum illum vulga
rem ſubſtitutus fuerit, ſed in pupillarem, qui caſus
non poteſt ex Marci Conſtitutione trahi ad vulgarem
in teſtamento militis, nullam, vt prædiximus, in-
terpretationem, aut ſupplerionem admittente. Quod
non ſimiliter eueniret ſi vulgaris ſubſtitutio æquè ac
pupillaris in compendioſa ſubſtitutione vi verborum
contineretur, quando nulla opus eſſet interpretatione.
29 † De fideicommiſſaria verò quin differat toto genere
à compendioſa ſicut & à pupillari, nec proinde in cō-
pendioſa contineatur, dubitari iam non poteſt, ſi ve-
rum eſt quod probauimus neque verbum *ſubſtituo* ne-
que aliud vllum eſſe commune, quod captari poſſit
ad directam & ad precariam ſubſtitutionem.

Capvt XI.

De breuiloqua, vt vocant, & reciproca ſubſtitutione, ad l. in teſtamento 6. C. de teſtam. milit.

Svmmaria.

1 *De quarta ſubſtitutionis ſpecie quam Interpretes breuiloquam dixerunt, & commenti ſunt.*
2 *Explicatur* l. iam hoc iure §. 1. de vulg ſubſt. *qua breuiloqua ſubſtitutionis introducendæ occaſionem Interpretibus prabuit.*
3 *In quo breuiloqua ſubſtitutio compendioſa ſit ſimilis, in quo item diſſimilis?*
4 *Breuiloquam ſubſtitutionem elegantius à Iureconſultis* reciprocam *appellari.*
5 *Pracipua differentia inter compendioſā & reciprocam.*
6 *Reciprocam ſubſtitutionem à milite factam ſiue pluribus impuberibus, ſiue vni impuberi alteri puberi non trahi ad caſum pupillarem aut pupillari ſimilem.*
7 *Sententia* l in teſtamento 6. C. de teſtam. milit.
8 *An non aliqua differentia ſit inter militem & paganum qui diuerſa ætatis liberos inuicem & reciprocè ſubſtituerunt?*
9 *Tacitam pupillarem contra matrem admitti.* (ſubſtit.
10 *Ratio & emendatio* l Lucius 45. de vulg. & pupill.
11 *Reiicitur coniectura & interpretatio quorum ad* l. 1. *in teſtamento.*
12 *Verba illa eiuſdem legis*, ſed tibi probandum eſt an ita frater tuus ſenſerit, *ad quod tempus referenda ſint, & in quem ſenſum habeant?*
13 *Quantum ſit in* d. l. *differentia inter paganum & militem reciprocè ſubſtituentes.*
14 *An ſi paganus in* d. l. *etiam puberi aut extraneo in caſu adita hæreditatis ſubſtituere poſſet & diuerſa ætatis & conditionis perſonas ſubſtituiſſet, ſubſtitutio in vtrumque caſum facta intelligatur?*
15 *Nihil intereſſe an miles inter filios impuberes, an inter filium impuberem & extraneum heredes ſcriptos reciprocam ſubſtitutionem fecerit?*
16 *Differentia inter primum & ſecundum caſum, ſeu vulgarem & pupillarem, in ſubſtitutione.*
17 *Si quis miles filio puberi aut extraneo inſtitutis in caſum adita hæreditatis ſubſtituerit, Diui Marci conſtitutionem in eo locum habere non poſſe.*
17 *Eum qui pluribus heredibus ſiue puberibus ſiue impuberibus, ſiue vno pubere altero impubere inſtitutis ita ſubſtituit*, eoſque inuicem ſubſtituo, *in primum duntaxat caſum ſubſtituiſſe cenſeri.*
19 Breuiloqua *ſubſtitutio cur ſic appelletur?*
20 *Breuiloquam ſubſtitutionem facit paucitas verborum, reciprocam duplicitas ſubſtitutionis.*
21 *Reſpondetur obiectionibus contra ſententiam eorum alterius qui volunt eum qui pluribus etiam impuberibus ſic ſubſtituit*, eoſque inuicem ſubſtituo *in primum duntaxat caſum ſubſtituiſſe intelligi.*
22 *Caſus omnes qui in conditione cuiuslibet ſubſtitutionis poni poſſunt hos tantùm eſſe, vulgarem, pupillarem, militarem, exemplarem.*
23 *Militem, qui extraneis heredibus ita ſubſtituit*, eoſque inuicem ſubſtituo *in vulgarem duntaxat caſum ſubſtituiſſe videri.*

Non † diſſimilius alius noſtrorum error in eo eſt, 1
quod quartam directæ ſubſtitutionis ſpeciem cō-
ſtituunt, quā vulgo *breuiloquam* dicunt, quæ ſui natura,
vt omnes fatentur, ſit directa, id eſt vulgaris aut pupil-
laris, ſed quæ tamen ex coniecturis poſſit eſſe fideicō-
miſſaria, cum fieri ſoleat per verbum commune *ſubſti-
tuo*. Illius namque formula hæc eſt *eóſque inuicem ſubſti-
tuo* cùm pluribus inſtitutis alter alteri ſubſtituitur, *l. iam
hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* † Vbi Modeſtinus 2
hoc tertiū genus ſubſtitutionis appellat, quæ res erro-
ris occaſionem veriùs quàm cauſam præbuit. His ſiquidē
verbis tertiam ſpeciē concipiendæ formulæ ſignificare
voluit, potiùs quàm tertiam ſubſtitutionis ſpeciem
à vulgari & pupillari differentē. Neq; enim fieri poteſt
quin ſit aut vulgaris aut pupillaris. Vulgaris ſi inter eos
facta ſit quibus pupillariter ex vtraque parte ſubſtitui
non poteſt, aut etiam inter pupillos quorū alter ſe hæ-
reditate abſtinuerit. Pupillaris ſi inter pupillos quorum
alteruter hæres extiterit patri, & in pupillari ætate de-
ceſſerit. Quod ſupradicto loco Modeſtinus explicat ſa-
tis cū ſtatim ſubiicit: *nam ſi pater duos filios impuberes he-
redes inſtituat, eoſque inuicem ſubſtituat, in vtrumque caſum
reciprocam ſubſtitutionem factam videri Diuus Pius conſti-
tuit*. Cur ergo tertiam aut quartam ſubſtitutionis ſpe-
ciem dices, cùm vulgarē illam aut pupillarem eſſe ne-
ceſſe ſit? Nam vt aliquando ſit etiam fideicommiſſaria
non magis admitti poteſt quàm in compendioſa: pro-
pter eaſdem rationes. † Eſt enim perſimilis compen- 3
dioſæ in eo quod vtraque verborum compendio plu-
res ſubſtitutionū caſus potiùs quam plures ſubſtitutio-
nes complectitur: ſed in eo tamen diſſimilis, quòd cō-
pendioſa non tam actu quam potentia plures caſus
comprehendit, nec niſi ratione temporis, quia nec
aliam ob cauſam dicitur compendioſa, quàm quòd fiat
ſine temporis præfinitione. Breuiloqua verò nunquam
apta eſt vnam ſubſtitutionem comprehendere, quin
actu ipſo plures comprehendat, tot nimirum quot per-
ſonæ ſunt inter quas fiat: plures autem non ſpecie, ſed
numero duntaxat. Eiuſdem enim ſpeciei vt omnes ſint,
oportet *in teſtamento 6. C. de teſta. milit. l. Lucius 45. de
vulg. & pupil. ſubſtit.* † Ideóque rectiùs & elegantiùs à 4
Iureconſultis reciproca appellatur *d. l. iam hoc iure*, aut
mutua vt à Papiniano *in d. l. cùm proponebatur 64. de
leg. 2.* † Eſt & in eo potiſſimum diſſimilis quòd com- 5
pendioſa non ſit niſi in ſecundum caſum, id eſt pupil-
larem *d. l. precibus*. Reciproca verò non niſi in vulgarē:
vt ex eo apparet quod *in d. l. 4.* ſcriptum eſt per exten-
ſionem conſtitutionis Diui Marci factū eſſe vt huiuſ-
modi ſubſtitutio reciproca in vtrumque caſum facta
intelligatur. Nam ſi vi ſua vtrumque caſum æquè prin-
cipaliter contineret, quid neceſſe erat ad hanc quoq;
ſubſtitutionis formulam protrahere ius conſtitutionis?
Itaque ſicuti compendioſa ſubſtitutio quæ iure pupil-
laris valere poterat, ſi pupillaris caſus contigiſſet, tra-
hitur ad vulgarem caſum cui filij abſtentio locum fe-
cerit, ſcilicet ex cōſtitutione Marci Imperatoris, ſic re-
ciproca quæ ſui natura non niſi vulgaris eſt (tametſi
vulgarē caſū non magis exprimas quā pupillarem) tra-
hitur ad pupillarem ſi alteruter ex filiis impuberibus
quib. pupillariter poteſt ſubſtitui, hæres patri extiterit
& in pupillari ætate deceſſerit. † Quemadmodū igitur 6
diximus compendioſam ſubſtitutionē, ſi à milite facta

ſit,non trahi ad caſum vulgarem,quia Marci cunſtitu-
tio ad militum teſtamenta oun pettinet, ita contendo
reciptocam à milite ſactam ſiue plutibus impubeiibus,
ſiue vni impuberi alteri· puberi (nihil enim refert
in milite) non trahi ad caſum popillarem aut pupilla-
ri ſimilem,id eſt aditæ hæreditatis non eam militis vo-
luntatẽ fuiſſe probet ſubſtitutus Eadẽ vtroque caſu ra-
tione,quod nõ poſſit ea protractio fieri citra interpre-
7 tationem , cui in militis teſtamento locus nullus eſt. †
Quæ mihi ſententia eſſe videtur *d.l.in teſtamento 6.C.
de teſt.milit.*vbi differentia inter paganum & militem
hæc conſtituitur,quòd ſi paganus liberos ſuos quorum
alter impubes alter pubes fuit,Inuicem ſubſtituerit,nõ
intelligitur ſubſtituiſſe ne pupillo quidem niſi in vul-
garem caſum:quia non niſi eo caſu potuit vtrique pari
ratione ſubſtituere.Sin miles fuit, poteſt vtrique dire-
ctò ſubſtituere non quidem in caſum pupillarem cùm
alter tantùm impubes fuit,ſed in ſecundũ ca m aditæ
videlicet hæreditatis:ideóque nihil aliud obſtaret , ſu-
perior ratio facere non poſſet quominùs vulgaris caſus
traheretur ad pupillarem in perſona & portione impu-
beris. Sed tamen quia id fieri non poteſt ſine auxilio
cunſtitutionis Diui Marci,quæ in teſtamẽto militis lo-
cum non habet,propterea quòd nuda & ſimplex mili-
tis voluntas intuenda eſt,negat Imperator admitti de-
bere ſubſtitutũ niſi probet ita ſenſiſſe teſtatorẽ vt ſub-
ſtitutio illa reciproca,& conſequenter in vulgarẽ dun-
8 taxat caſũ facta ad vtrumque caſum traheretur. † Di-
ces ſecundum hanc interpretationem futurum vt dif-
ferentia nulla ſit inter militẽ & paganum:quandoqui-
dẽ etiamſi à pagano facta ſubſtitutio eſſet liberis di-
uerſæ ætatis , vtrumque tamen caſum contineret ſi ea
patris voluntas probaretur,*d.l.iam hoc iure* Fateor nul-
lam fore differentiam quod ad ſubſtitutionis effectum
attinet,cùm ſubſtitutio diuerſæ ætatis liberis facta eſt.
Nam ſiue miles,ſiue paganus teſtator fuit nec alia te-
ſtatoris voluntas probetur,ſubſtitutio non niſi in caſũ
vulgarẽ valet:probata autem voluntate teſtator valere
poteſt etiam in ſecundum caſum.Sed differentia erit in
cauſa & ratione effectus. Nam in pagano idcirco non
valet , quod conſtitutio Diui marci non niſi inter eos
locũ habeat,quibus pari ratione potuit ſubſtitui,id eſt
in eundem caſum In milite autem non eadem ratione
id fit, ſiquidem miles hæredibus ſuis licet extraneis in
eum quoque caſum quo hæredes extiterint ſubſtituere
ex priuilegio poteſt : ſed quia etiamſi vterque ex iis
quib. reciproca ſubſtitutio facta eſt, impubes reperire-
tur, non poſſet tamẽ conſtitutio Diui Marci vires ſuas
exercere in teſtamento militis , ni ea militis voluntas
probaretur.Itaque ſi ponas vtrumque ex liberis inuicẽ
ſubſtitutis,fuiſſe impuberem,differentia hæc eadẽ qui-
dem , ſed tamen apertior erit etiam quod ad effectum
ſubſtitutionis,quoniã in teſtamento pagani conſtitutio
locum habebit , niſi contrariam defuncti voluntatẽ le-
gitimus hæres quiſquis ille ſit probet , in teſtamento
autẽ militis locum non habebit,niſi eam voluntatem
fuiſſe probet ipſe ſubſtitutus.Illo igitur caſu probandi
onus incumbit legitimo ſucceſſori, iſto caſu incumbit
9 ſubſtituto.† Qua ex re magis appatet quàm verum ſit
quod nos contendimus , tacitam pupillarem admitti
etiam contra matrem.Nam cùm pupillaris illa quæ in
reciproca continetur æquè tacita ſit atque illa quæ in
vulgari vulgarib.verbis expreſſa,vt modò probauimus,
conſtat tamen pupillo cui reciproca ſubſtitutio facta
eſt,intra pupillares annos decedente,ſubſtitutum ſuc-
10 cedere præſertique matri,† vt apertiſſimè probat *lex Lu-
cius 45.De vulg.& pupil.ſubſtit.*quæ matrem nõ alia ra-
tione admittit quam quòd in ea ſpecie conſtitutioni
Marci locus eſſe non poſſet:idipſum autem adeò,non
quòd tacita duntaxat pupillaris eſſet ex qua ſuccedere
volebat ſubſtitutus,ſed quod filio naturali quem non
habebat in poteſtate pater in ſecũdũ caſum ſubſtituere

non potuiſſet.Ideque fiet apertius ſi vulgatam lectionẽ
ſimúlque Iacobi Cuiacij emendationem ſequare, quæ
ad Florentinam ſic addit. *Aliter ſi eiuſdem conditionis &
ætatis liberi inſtituti , inuicemque ſubſtituti fuiſſent. Tunc
enim altero defuncto intra pubertatem eius ſucceſſio non ad
matrem,ſed ad ſubſtitutum eius deuoluitur.* Quanquã to-
tum id gloſſema interpretis eſſe malũ,cùm ea illatio ex
precedẽtibus Pauli verbis ſatis manifeſtè colligeretur ,
nec veriſimile ſit Florentinum codicem adeò mancum
& mutilũ eſſe vt multæ lineæ deſint.†Errant verò pe- 11
regregiè qui in interpretatione *d.l.in teſtam.*commini-
ſcuntur neſcio quid de mutata patris militis voluntate:
quaſi lex innuat teſtatorẽ qui diuerſæ ætatis liberis re-
ciprocè ſubſtituit ſiue is miles ſiue paganus fuit,non ea
videri eſſe voluntate vt in vtrũq; caſum ſubſtituat im-
puberi,ſed tamen inter paganum militem hoc intereſ-
ſe quod ſi poſt teſtamentũ mutata probetur voluntas
militis,ea ſequenda erit,quando nuda quæq; voluntas
militis teſtamentum eſt,quod in pagano non ſimiliter
dici poſſet.†Etenim quod lex ait *ſed tibi probãdũ eſt an* 12
ita frater tuus ſẽſerit nõ ad aliud tẽpus referri poteſt quã
ad tempus teſtamenti, & hunc proculdubio ſenſũ ha-
bet vt qui ſupereſt ex iis quos miles reciprocè ſubſti-
tuit, non aliter admittendus ſit ex reciproca ſubſtitu-
tione in ſecundum caſum hæreditatis aditæ,quã ſi pro-
bet ita ſenſiſſe militem cùm teſtabatur,vt in hunc etiã
caſum ſubſtitutus admitteremur.Fateor poſſe ſufficere
vt ea militis voluntas ex poſt facto ſuperuenerit,& ſu-
peruoniſſe probetur nec idẽ in pagano dici poſſe,quip-
pe cuius voluntatem ſolennem eſſe oporteat quæcun-
que poſt teſtamentum ſuperuenit. †Sed dico, etiamſi 13
voluntatis mutatio nulla ſuperuenerit , differre in eo
militem à pagano quod ſubſtituendo reciprocè inter
eos quibus in vtrumq; caſum aditæ hæreditatis ſubſti-
tuere potuit,tamen non niſi in primum caſum eos ſub-
ſtituiſſe intelligitur,ſiue pupillarem impuberi, ſiue pu-
beri aut extraneo militarem ſubſtitutionem in ſecun-
dum caſum fecerit , niſi per ſubſtitutum probetur alia
fuiſſe voluntate.Paganus verò in vtrumque caſum ſub-
ſtituere voluiſſe creditur,quoties perſonarũ inter quas
ſubſtitutio facta eſt,par ætas,& conditio eam volunta-
tis interpretationem admittit niſi contrariam eius vo-
luntatem ij probent,qui volunt excludi ſubſtitutum vt
ab inteſtato præferantur.†Itaque finge paganum æq; 14
ac militem directo ſubſtituere poſſe etiam puberi aut
extraneo hæredi in caſum quoque aditæ hæreditatis,
atque ita diuerſæ conditionis & ætatis perſonas inui-
cem ſubſtituiſſe : dicerem perinde in vtrumque caſum
ſubſtitutionem factam intelligi , acſi inter impuberes
facta fuiſſet,ſi non contraria pagani voluntas per legi-
timos hæredes probaretur.Quid enim poteſt intereſſe
an impubes quis ſit an pubes,an filius an extraneus vt
ſubſtitutio in caſum non aditæ hæreditatis, qui vulga-
ris caſus eſt, facta trahatur ad contrarium caſum aditæ
hæreditatis ſi modò teſtator ius habuerit directo ſubſti-
tuendi etiam puberi,etiam extraneo,etiam poſt aditam
hæreditatem.†E cõtrario quoque quid intereſt,an mi- 15
les inter filios impuberes reciprocam fecerit ſubſtitu-
tionem,an inter filium impuberem & extraneum hæ-
redes ſcriptos,vt de illius voluntate aliter atque aliter
ſentiamus. Nam quod priore caſu poteſt ſubſtitutio
vtrimque pupillaris eſſe non etiam poſteriore,nec vo-
luntatis nec iuris diuerſitatem inducit,quia nec Marci
conſtitutio ſic loquitur vt caſus vulgaris trahatur ad
pupillarem,ſed,quomodo refert Modeſtinus *in d.l.iam
hoc iure*,vt cùm pater impuberi filio in alterum caſum
ſubſtituerit in vtrumque ſubſtituiſſe intelligatur.†Duo 16
enim caſus ſunt quorum primus non aditæ hæreditatis
ſemper vulgaris eſt,primúſque dicitur,quoniam vt ele-
ganter Baldus docuit,nõ eſſe præcedit eſſe,priúſq; eſt
vt quis hæres nõ ſit quã vt hæres ſit & poſteà decedat.
Secundus verò caſus eſt aditæ hæreditatis,qui non ſẽ-
per

per pupillaris eſt, ſed ita demum ſi pupillo ſubſtitutum
17 ſit. † Nã ſi quis filio puberi aut extraneo inſtituto. Subſtituerit ex priuilegio militum, vt ſi inſtitutus hæres extiterit cũ deceſſerit, Sẽpronius hæres ſit, caſus hic non poteſt eſſe pupillaris, & tamẽ ſecundus æquè caſus eſt, aditæ ſcilicet hæreditatis. Ergo & in eo locum haberet conſtitutio Marci quæ induxit vt in primũ caſum ſubſtitutus, in vtrumque ſubſtitutus videatur, id eſt etiam in ſecundum, niſi vim & poteſtatem conſtitutionis illud impediret, quòd cùm de militis teſtamento agi-
18 mus, nullam ipſius & ſimplicem non interpretatam ſuppletámque voluntatem intuemur. † Qui autẽ pluribus hæredibus ſiue impuberibus ſiue puberibus, ſiue vno pubere altero impubere inſtitutis ita ſubſtituit *eóſque inuicem ſubſtituo*, is ſanè in primum duntaxat caſum ſubſtituit, ſi verba inſpicias, licet non exprimat conditionem non aditæ hæreditatis quæ vulgo pluribus verbis exprimi ſolet *ſi hæres non erit* † Nã & ob id breuiloqua ſubſtitutio appellatur, quòd non ſolùm du-
19 plicem ſubſtitutionẽ tribus verbis contineat, ſed etiã quod duplicis eius ſubſtitutionis caſũ, qui duplex quoque numero eſt, non etiam ſpecie, vt ipſa complectatur, ſicuti compendioſam ſubſtitutionem dicimus quæ verborum compendio ſecundum caſum complectitur & conſequenter pupillarem quoque, licet ætatis mẽtio facta non ſit. Nam quod interpretes breuiloquã dici volunt quod & vulgarem & pupillarem ſimul caſum contineat, ridiculũ eſt. Quid enim ſi duobus puberibus à pagano facta ſit? Nemo dixerit valere eã poſſe in alium quàm in vulgarẽ caſũ & tamen non eo minùs breuiloqua eſt & reciproca, quoniã tribus verbis duplicem habet ſubſtitutionem, licet vtrãque vulgarẽ. † Breuiloquã facit paucitas, vt ita dicã, verborũ, reci-
20 procã verò duplicitas ſubſtitutionis, quamuis non niſi numero duplex ſit ſubſtitutio ſpecie autem vna eadémque, id eſt vulgaris. *d. ll. l. Lucius 45. de vulgar. & pup. ſubſt.* † Cæterùm quemadmodum qui ſic loquitur
21 *Titie Caium ſubſtituo* nõ niſi in vulgarem caſum ſubſtituit, quia nec aliter poteſt [pono enim teſtatorem paganũ & hæredem extraneum.] ita qui pluribus inſtitutis etiam impuberibus ſic ſubſtituit *eóſque inuicem ſubſtituo* non niſi in vulgarẽ primúmque caſum ſubſtituere intelligitur. Nec quod iiſdem etiam in pupillarem ſubſtituere poſſit, ad rem facit. Nam & ſimiliter in caſum pupillarem ſubſtituere poteſt, qui vulgari tantùm expreſſo ſubſtituit impuberi, neque tamen idcirco in pupillarem quoque ſubſtituiſſe dici aut videri poſſet ſi Marci conſtitutio non eſſet. Neque rurſum mouet, quòd poſt eam conſtitutionem reciproca ſubſtitutio in vtrumque caſum facta intelligitur. Nã & idem contingeret, ſi non reciproca, ſed ſimplex vulgaris, ſolo caſu vulgari expreſſo facta proponeretur. Quo tamen caſu fatentur omnes pupillarẽ quæ in vulgari expreſſa tùm in eſſet, non expreſſam dicendã fore, ſed vel tacitam, vel vt alij malunt, à lege ſubintellectam. † Et hæc quidem de
22 breuiloqua ſubſtitutione dixiſſe ſufficiat, quæ ſanè veriſſima eſſe fatebitur quiſquis cogitabit caſos omnes qui poſſũt poni in conditione cuiuſlibet ſubſtitutionis ſiue directæ ſiue precariæ, hos tantũ eſſe, vulgarẽ pupillarem, militarem, exemplarem aut ſi mauis quaſi pupillarẽ & fideicommiſſarium. Quorum omnium nullus eſt quem breuiloqua poſſit ſuum dicere præter vulgarẽ ſiue in hæreditate, ſiue in legato mutua ſubſtitutio facta ſit *d. l. cum proponebatur 64. de legat. 2. l. Scæuola 76.*
23 *D. ad S.C. Trebell.* † Quare ſi fingas militem extraneis hæredibus inſtitutis ita ſubſtituiſſe *eóſque inuicẽ ſubſtituo* dicã in vulgarẽ dũtaxat caſum videri eum ſubſtituiſſe, non etiã militarem, nõ quòd æquè non potuerit, ſi voluiſſet, ſed quia non creditur voluiſſe cùm vulgarem duntaxat caſum expreſſerit, nec in eo locum habeat conſtitutio Diui Marci. Nam ſi habere, vtique tam facile admitterẽ vt ſubſtitutio reciproca in militarẽ caſum quàm vt in pupillarem facta videretur, quandoquidem caſus vnus & idem eſt aditæ hæreditatis, qui & ſecundus dicitur, licet pro diſtinctione perſonarum & temporũ ſubſtitutionis, idẽ caſus aliquando pupillaris dici debeat, aliquando militaris, vt ſuprà diximus. Quemadmodũ etiam ceſſante Marci cõſtitutione perinde dicendũ eſſet ſubſtitutionẽ militarem in breuiloqua & reciproca contineri atq; pupillarẽ ſi pupillaris ex vi verborũ in ea contineretur. Nã cùm vtraque ſubſtitutio ſit directa, & miles nõ minùs extraneo cuilibet in quacunque ætate ex priuilegio, quam propriis liberis intra pupillares annos ex iure communi ſubſtituere directò poſſit, nihil cauſæ eſt cur reciprocæ ſubſtitutionis verba faciliùs pupillarẽ quàm militarem ſubſtitutionem, in ſuo quamque caſu continere debeant. Sed neutram continent ſi vim verborũ inſpicias, ſin poteſtatem conſtitutionis in pagano continent pupillarẽ, in milite non magis pupillarem quàm militarem. Supererat vt paulo interruptam interpretationem legis precibus abſolueremus, quod ad vltimã deſcripti partẽ attinet, in qua ſcriptum eſt, ſi filius cui miles pater cõpẽdio verborum in ſecundum caſum ſubſtituerat, poſt pubertatem deceſſerit, ſuperſtite matre, ſucceſſionem ad matrẽ eius pertinere, ſed veluti ex cauſa fideicommiſſi bona quæ patris cùm moreretur fuerunt a[...]a per ſubſtitutum peti poſſe. Sed quoniam id obſcurius eſt & ſubtilioris diſceptationis, ſeparatim de eo nobis tractandum eſt.

CAPVT XII.

Subſtitutionem directam ſiue à pagano ſiue à milite factam in caſum aditæ hæreditatis, nunquam cenſeri fideicommiſſariam. Ad l. verbis 7. & l. centurio 15. de vulg. & pupill. ſubſtit.

SVMMARIA.

1 *Quo ſenſu dicatur paganum verbis ciuilibus & directis poſt annum decimumquartum ſubſtituere non poſſe, militem verò poſſe.*
2 *Duplex circa hanc quæſtionem Interpretum ſententia improbatur.*
3 *Subſtitutionem verbis directis poſt annum decimumquartum a pagano factam fideicommiſſi iure non valere.*
4 *Caſus Scæuolæ* in leg. 76. ff. ad S.C. Trebell. *quo Interpretes moti in contrariam ſententiam iuerunt, valde ſingularem eſſe.*
5 L. verbis 7 ff de vulg. & pupill. ſubſtit. *Interpretum ſententiæ contrariam eſſe.*
6 *Papinianum in* d. l. *non aliud ſenſiſſe in ſubſtitutione facta verbis communibus, quam in ſubſtitutione verbis ciuilibus & directis facta.*
7 *Verbum* ſubſtituo *ad vulgarem & pupillarem duntaxat, non etiam ad precariam ſubſtitutionem* commune *dici.*
8 *Cuiacij interpretatio ad verba illa* d. l. verbis. ſed qui non admittitur vt ſubſtitutus. &c.
9 *Reiicitur ratio qua idem motus in* d. l. *ſubſtitutum admittendum negat.*
10 *Vera & germana ratio affertur.*
11 *Ratio dubitandi propter quam in* d. l. *is qui vitiosè ex tempore pubertatẽ excedente ſubſtitutus eſt pro purè inſtituto habendus videri poteſt.*
12 *Teſtatore ſic locuto, ſi filius meus poſt decimumquartũ annum intra viceſimum deceſſerit, Sempronius hæres eſto, dico eſſe qua ſubſtituto obſtant ne ſtatim admitti poſſit.*

13 *Einſmodi ſubſtitutionem vitio temporie ſublate purā non remanere nec ſubſtitutum cum inſtitute in eodē gradu concurrere.*

14 *Verba hec* quandocunque non *in* dict.l. verbis *pro* nunqua m *accipi.*

15 *Subſtitutionem à milite in ſecundum caſum factam etiam eo atate qua pupillares annos excedat iure directo valere, contra Cuiacium excludi tur.*

16 *Eandem ad fideicommiſſum flectendam non eſſe.*

17 *Varia militum priuilegia circa teſtamenta, inſtitutiones & ſubſtitutiones.*

18 *Maioris priuilegij illud eſſe vt directa ſubſtitutio qua tanquam directa valere non poteſt, defendatur iure fideicommiſſi, quàm vt valeat iure directo ea qua verbis directis facta eſt.*

19 *Vulgare illud brocardicum ſi non valet quod age, vt age valere, debet vt valere poteſt, peruerſum iri ſi ſuperior Cuiacij ſententia locum haberet.*

20 *Difficilius non eſſe vt miles filio puberi aut extraneo poſt aditam hareditatem ſubſtituat, quàm vt haredem ſibi ex tempore aut ad tempus inſtituat.*

21 *Differentia inter hos caſus.*

22 *Militis priuilegium corruptum iri ſi directa illa ſubſtitutio non niſi iure fideicommiſſi valeret.*

23 *Ipſum quoque ius commune ſic magis lodi, quàm ſi directa illa ſubſtitutio directe iure defendatur.*

24 *Inteſtati quoque ſucceſſionem contra voluntatem militis inductam fore, qui eam omni tempore excludere voluit.*

25 *Cur inſtitutio ex tempore aut ad tempus à pagano facta vitio temporis ſubſtituat?*

26 *Vnde petenda ſit ratio dubitandi in* l.quærebatur 19. ff de teſtam.milit.

27 *Ratio decidendi in* d.l.

28 *Argumentum ex ea lege contra Cuiacij ſententiā deſumitur.*

29 *Quam rationem habeat reſcriptum Antonini Pij in* l. Antonious 42.de fideicommiſſ.libert.

30 *Cuiacij ſententia refellitur ex alijs Vlpiani verbis in* d. l.quærebatur.

31 *Lex* in teſtamento 6. C. de teſtam.milit.*in contrariam ſententiam affertur.*

32 *De differentia inter reciprocam ſubſtitutionem inter liberos diſparis atatis à pagano factam, & eam qua à milite fit.*

33 *De differentia inter directam, & fideicommiſſariam ſubſtitutionem.*

34 *Militarem ſubſtitutionem pupillari ſimilem eſſe.*

35 *Pleruque contingere vt non plus cōmodi ex pupillari ſubſtitutione quàm ex militori ad ſubſtitutum perueniat.*

36 *Fideicommiſſaria ſubſtitutionis non eundem, quem directa, effectum eſſe.*

37 *Cur in ſpecie* d.l.in teſtamento.*ſubſtitutio reciproca à milite facta inter fratrem & filium impuberem ad ſecundum caſum non trahatur, ſed in vulgari duntaxat locum habeat?*

38 *Reſpondetur ad* l.cētutio 15.de vulg.& pupill.ſubſt. *à Cuiacio pro ſententia ſua confirmatione allatam.*

39 *Ea qua fideicommiſſi iure percipiuntur aut debentur, non ſimpliciter, ſed per manus eius qui rogatus eſt a fideicommiſſario capi.*

40 Capiendi *verbum in* d.l. centurio *ad vtramque ſubſtitutionem tam pupillarem quam militarem referendum eſſe.*

41 *Diuerſitas & conuenientia pupillaris & militaris ſubſtitutionis.*

42 *Tres eſſe ſubſtitutionum ſpecies, vulgarem, pupillarem & militarem, caſus verò duos tantùm.*

43 *Quanam ſit inter eos caſus differentia.*

44 *Pupillari & militari ſubſtitutioni eandem formulam aſſicere.*

45 *Subſti ut militari vtilius & honorificentius eſſe ex militari ſubſtitutione & directo iure quàm ex fideicommiſſo ſuccedere.*

46 *Cur ſubſtitutus militaris in* d.l.centurio *non niſi militis bona capiat?*

47 *Militum priuilegia ad alienam iniuriam porrigi non debere.*

48 *Militum priuilegia in eo elucere, quòd eorum imperitia venia datur.*

49 *Argumentum ad propoſita ſententia confirmationem, inde ducitur.*

50 *Tribus alijs iuris locis ſupradicta Cuiacij ſententia conuellitur.*

FAtentur † omnes interpretes & admittunt differē- 1
tiam illam eſſe inter paganum, & militē, quòd verbis ciuilibus & directis poſt decimum quartum annū ſubſtituere paganus non poteſt *l.verbis ciuilibus 7. D. de vulg.& pupill.ſubſt.* miles verò poteſt *l.centurio 15.D. eod.* vbi Papinianus ſcribit ex militum priuilegio ſic comparatum eſſe. Sed quomodo id accipi debeat, non
æquè in confeſſo, & exploratoeſt.† Sunt enim qui pu- 2
tent ſubſtitutionem directam à pagano factā non valere poſt pubertatem iure directo, ſed tamen flecti ad fideicōmiſſum voluntatis conſeruādæ gratia, ſi facta ſit per verbum *ſubſti tuo* aut aliud ſimile, quod illi cōmune vocant. *ex l.Scauola 76 D.ad S.C.Trebell.* In eóque elucere priuilegium militis, quod etiamſi vltra pubertatis annos directo, id eſt per verba merè directa ſubſtituerit, ſubſtitutio tamē tanquam directa defenditur *Ex d. l.centurio*, niſi cùm mater in medio eſt *ex l. precibus 8. C.de impub.& aliis ſubſtit.* Alij contra ſubſtitutionem directam, quæ à pagano poſt decimum quartū ætatis annū facta ſit, vſque adeò inutilem eſſe volunt, vt nec fideicōmiſſi iure defendatur. Eam verò quæ à milite, in eo tātùm habere priuilegiū vt in fideicōmiſſi cauſam flectatur, ne mater in medio ſit, ſiue alios agnatos quilibet aut cognatos. Quam ſententiā mordicus paſſim defendit Iacobus Coiucius *ex d.l.precibus*, in qua hoc ipſū expreſſim ſcriptum eſſe exiſtimat iis verbis *veluti ex cauſa fideicommiſſi.* Mihi vtraque ſententia non modò improbabilis, ſed etiā apertè falſa ſemper viſa eſt.
† Nam qood ad ſubſtitutionē pagano factā attinet, 3
non puto dubitādum, quin verum ſit quod Papinianus ſcribit *in d.l.verbis ciuilibus*, ſubſtitutionē a pagano verbis ciuilibus fruſtra fieri poſt ætatis annum decimum quartū. Quis enim fruſtra eam fieri diceret ſi fideicōmiſſi iure defendi poſſet? Quare de illo tantùm Papinianus dubitat, an qui nō admittitur vt ſubſtitutus, admittendus ſit ſaltem tanquā fideicōmiſſarios, ne dubitat quidē. Adeò certi iuris eſt verba directa nūquam trahi ad fideicōmiſſū, ne tum etiam cùm directo iure valere non poſſunt, nec vnquā potuerunt: niſi idipſum teſtator nominatim cauerit vt per fideicommiſſū valeat quod ipſo iure, id eſt directo valere non poteſt *l. quærebatur 19.de teſtam.milit.l.1.l.illud enim 13.§.1.D.de iur.codicill.l.vlt.C.eod.l.ex ea ſcriptura 29. D. qui teſtam. facer.poſſ.* Nam & ſi quis teſtamento facto à legitimis hæredibus quos hæredes ſcripſiſſet, fideicōmiſſa reliquiſſet, nō vt à legitimis hæredibus, ſed vt à ſcriptis, & teſtamentū aliquo caſu irritū factū eſſet, legitimi ſucceſſores ab inteſtato venientes fideicōmiſſa præſtare cōpelli non poſſent. *l. ſi quis teſtamento 81. de legat. 2.* Quantò minus igitur ſaluo ratóque manēte teſtamēto fideicōmiſſū debebitur ab hærede ſcripto, à quo fideicommiſſū nullum relictū eſt? Aut cur teſtatoris volūtatem quæ contra leges eſt adiuuemus vt benigna interpretatione inducat fideicōmiſſum, de quo non apparet teſtatorē cogitaſſe? Neque enim vt quid valeat iure fideicōmiſſi ſufficit tale id eſſe quod iure fideicōmiſſi valere poſſet ſi teſtator voluiſſet, niſi voluerit *dict. l.1.de iur.codicill.l.quidā in ſuo ſ.ū fam.46.D.de hæred.inſtit.*

4 *ſtit.* † Eſtque valde ſingularis caſus ille de quo reſpon-
dit Scæuola *in d.l.76 ad S.C. Trebell.* qui vnus locus
præcipites egit quotquot ferè vnquam fuerunt iuris in-
terpretes. Si pater, inquit Scæuola, filium ſuum im-
puberem ex aſſe ſcripſerit hæredem, eique codicillis
ſubſtituerit, deinde filius impubes deceſſerit, licèt
ſubſtituto inutilis ſit quia codicillis hæreditas neque
dari neque adimi poteſt, tamen benigna interpreta-
tione placet vt mater quæ pupillo ab inteſtato ſucceſ-
ſit, ſubſtitutis fideicommiſſo obligetur. Ergo, in-
quiunt interpretes, ſi ſubſtitutio directa valere iure di-
recto non poſſit, valebit vtique iure fideicommiſſi
benigna interpretatione. Ego verò planè nego, niſi
ſolo illo caſu quo directam ſubſtitutionem pupillarem
illud tantùm irritam faciat quod alieno loco, id eſt in
codicillis facta ſit. Qui caſus quam rationem habeat
quoniam hucuſque nemo dixit, & longiore tractatio-
5 ne res indiget, docebimus *capite* 14. † Nunc dixiſſe
ſufficiet, quòd ad hanc rem attinet, nullo iuris loco
proditum eſſe quod noſtri volunt, ſubſtitutionem di-
rectam impuberi factam poſt decimum quartum an-
6 num flecti ad fideicommiſſum: quinimo contra ma-
nifeſtiſſimè à Papiniano reſponſum *in d.l. verbis.* † Quæ
licet loquatur de ſubſtitutione facta verbis ciuilibus &
directis, ad differentiam eius quæ facta ſit verbis pre-
cariis & inflexis: non poſſis tamen cum interpretibus
dicere aliud eum ſenſiſſe in ſubſtitutione facta verbis
communibus, quando vt iam à nobis in ſuperioribus
probatum eſt, communia verba prorſus nulla ſunt:
7 † ac ne quidem verbum *ſubſtituo* niſi commune intel-
ligas ad vulgarem, & pupillarem duntaxat, non etiam
ad precariam ſubſtitutionem. In eámque rem apertiſ-
ſimus textus eſt *in d. l. Scæuola.* vbi licet teſtator eo
verbo *ſubſtituo* vſus proponeretur, & ſubſtitutionem
directam in codicillis feciſſe quæ ſcriptura fideicom-
miſſorum propria eſſe ſolet, negat tamen Scæuola va-
lere ſubſtitutionem iure fideicommiſſi ex vi verbo-
rum aut ex ſumma ſtricti iuris ratione, cùm vult eam
defendi benigna interpretatione. Cur enim benigna
interpretatione opus eſſet, ſi iuris ratio adeſſet id eſt
ſi ea interpretatio ex vi ipſa & verbis ſubſtitutionis
8 induci poſſet? † Cæterùm ne quid prætermittam, vere-
or ne quod Papinianus *in d.l. verbis ciuilibus.* ita ſcribit
*ſed quia non admittitur vt ſubſtitutus, vt adiectus hæres
quandoque non erit*, malè à viro doctiſſimo Iacobo Cu-
iacio perceptum ſit. Ita enim ille accipit, quaſi dubi-
tari poſſit an ſaltem poſt mortem impuberis extra pu-
pillares annos defuncti admittendus ſit ſubſtitutus tan-
quam cohæres cùm eo demum tempore nihil fiat con-
tra voluntatem teſtatoris, qui filium interim, id eſt
9 quandiu viueret, totum habere voluit. † Et quam-
quam veriſſimè negat admittendum eſſe ſubſtitutum;
mouetur tamen inepta ratione. Illa videlicet quòd
cohæres cohæredi non ſuccedat niſi cohæres hæres
non ſit: quoniã, inquit, vbi ſemel cohæres hæres ex-
titit eius portio non accreſcit cohæredi, ſed tranſmit-
titur ad hæredes nec ius accreſcendi locum habet niſi
in caſum vulgarem non agnitæ hæreditatis. Quæro
enim, cur tractamus de iure accreſcendi ſi cohæres
non eſt? An non priùs probare oportet cohæredem
eſſe, quàm de illo diſputare vtrum ius accreſcendi ha-
bere poſſit necne? Siquidem vulgatum eſt quoties de
10 hæreditate agitur, non eſſe locum iuri accreſcendi niſi
inter cohæredes. † Ratio igitur vera & germana quam
afferre debuit hæc eſt, quòd fieri nequeat vt pupillo
qui ab inſtanti ipſo mortis hæres ex aſſe fuit cohæres
ex die aut ex conditione detur: non magis quàm vt
pupillus ex aſſe hæres ſit ad tempus vſque mortis ſuæ,
poſt mortem verò ſuam non niſi ex ſemiſſe hæres
fuiſſe retrofingatur. Id enim eſt quod dici ſolet, hæ-
reditatem neque ad diem neque ex die rectè dari, *l.*
11 *hæreditas ex die 34. D. de hæred. inſtit.* † At quoniam

ibidem additur vicio temporis ſublato manere inſti-
tutionem: inde nimirum dubitandi cauſa naſcebatur;
propter quam dicendum videretur, ſublato etiam vi-
tio temporis in ſubſtitutione quæ ipſa inſtitutio eſt,
quamuis ſecunda, eum qui malè & vicioſè ex tempo-
re pubertatem excedente ſubſtitutus eſſet, pro purè
inſtituto habendum, atque ita cohæredem datum vi-
deri filio qui ipſe quoque purè hæres ſcriptus fuiſſet.
Sed Papinianus eleganter ac ſubtiliter, vt omnia, ob-
ſeruaui non æquè conuenire ſubſtitutioni hanc iuris
regulam ac conuenit inſtitutioni. Nam cùm ſubſtitu-
tio pupillaris condicionem illam habeat neceſſariam,
ſi filius deceſſerit, fieret contra voluntatem patris ſi fi-
lius interim, id eſt quandiu viuere non haberet to-
tum quod ei pater teſtamento dedit, cùm de ſubſtitu-
to admittendo non cogitauerit niſi in id tempus quo
filius defunctus eſſet. † Itaque teſtatore ſic locuto *ſi* 12
*filius meus poſt decimumquartum annum intra viceſimum
deceſſerit, Sempronius hæres eſto*, duo ſunt quæ obſtant
ſubſtituto ſtatim admitti poſſit. Vnum illud, quòd non
niſi poſt filij mortem vocatus eſt, tanquam ſecundo
duntaxat loco & gradu inſtitutus. Alterum; quòd
ſubſtitutus eſt certo tempore expreſſo quòd in con-
dicione ſubſtitutionis à pagano factæ exprimi non
potuit. † Proinde ſublato vicio illo temporis non po- 13
teſt ſubſtitutio illa pure remanere, quia cùm remaneat
ſubſtitutio, neceſſe eſt vt ſit condicionalis inſtitutio.
& quamuis ea res non faceret quominùs exiſtente
quandoque condicione inſtitutio illa pro pura haberi
deberet ſi nihil aliud eſſet, ne tamen id fieri poſſit
impedimento illud eſt quod eiuſmodi inſtitutio non
tantùm condicionalis eſt, ſed etiam ſecunda, id eſt in
ſecundo gradu facta, ſubſtitutiones ſiquidem omnes
ex gradu æſtimantur. Fieri autem nunquam poteſt vt
qui diuerſis gradibus vocati ſunt concurrant in eo-
dem gradu, *l.2. D. de manum. teſtam.* obſtant nimirum
teſtatoris voluntate qui inſtitutum prætulit ſubſtituto;
l. cùm in teſtamento 37. D. de hæred. inſtituend. Idque eſt
quod Papinianus *in d.l. verbis* ſcribit *ne fiat contra vo-
luntatem ſi filius non habeat totum interim, quod ei teſta-
mento pater dedit.* Nec enim ſalua teſtatoris voluntate
fieri poteſt vt ſubſtituto quæ iure ſecundæ inſtitutionis
valere non poteſt, valere debeat tanquam inſtitutio
prima, & primo gradu facta. † Itaque in præceden- 14
te illo verſic. *ſed quia non admittitur vt ſubſtitutus, vt ad-
iectus hæres quandoque non erit* dixit Papinianus *quan-
doque non* pro *nunquam*: vt intelligamus, eum qui vo-
catus fuit tanquam ſubſtitutus nunquam pro inſtitu-
to & cohærede habendum fore. Nunquam autem, id
eſt, non poſt mortem pupilli [quis enim tam abſurdam
opinionem inuehere vnquam poſſet?] Sed ne ſtatim
quidem poſt mortem patris, & viuo adhuc pupillo,
quo demum tempore de cohærede illi dando quæren-
dum eſſet, non ipſo iam defuncto. † Quod verò ad 15
eam ſubſtitutionem attinet quæ à milite in ſecundum
caſum facta ſit ſiue compendio verborum certa nulla
ætate expreſſa, ſiue ea ætate expreſſa quæ pupillares
annos excedat, dico longè improbabilius eſſe quod
idem vir doctiſſimus Iacobus Cuiacius tam conſtan-
ter, ne dicam obſtinatè, defendit, valere eam iure fi-
deicommiſſi duntaxat, non etiam directo. Nam cùm
& ea mente facta ſit vt valeret iure directæ ſubſtitu-
tionis, & ab eo qui ex militari priuilegio potuit ſub-
ſtituere directò etiam puberi filio, adeóque extraneo
hæredi, in caſum quoque aditæ hæreditatis, *l. miles
5. D. de teſtam. milit.* quid obſecro, eſt quod impediat ne
iure directo valere poſſit, aut quod faciat vt ſi iure di-
recto valere poteſt, tamen eo iure valere non debeat,
ſed in fideicommiſſi cauſam conuerti? Nullam ſanè
rationem afferre poſſis, niſi ſubtilior ſis Cuiacio, qui
nullam habuit, quam proferret, aut ſi quam habuit,
eam nobis inuidit. † Si enim verum eſt vt eſſe putant 16

interpretes omnes, fieri poſſe vt eadem ſubſtitutio iiſ-
dem verbis concepta valeret iure directo, & iure fidei-
commiſſi, eoque caſu accipiendam potiùs interpreta-
tionem quæ directam ſubſtitutionem faciat quàm quæ
obliquam, *ex cap. ſi pater de teſta. in 6.* Quis non admit-
tat multo libentiùs ſubſtitutionem merè directam quæ
directo ius valere poſſit, ad fideicommiſſum flectendã
non eſſe? Cúmque ea ſubſtitutionis ſpecies militum
propria ſit non ex aliqua iuris ratione, ſed ex mero
priuilegio, quid vetat valere directo iure directam
17 ſubſtitutionem? † Quemadmodum & directo vtique
iure valet inſtitutio quam miles ex tempore aut ad
tempus fecerit *l. in fraudem 15. §. miles & ad tempus l.*
miles ita 41. D. de teſtam. milit. & ſubſtitutio pupillaris
quam filio impuberi fecerit, licèt ſibi ipſi teſtatus non
ſit *d. §. l. miles ita §. vlt. & d. l. in fraudem §. item tam ſibi.*
Quidni verò cùm poſſit etiam decedere pro parte ſiue
bonorũ ſiue tẽporis teſtatus, pro parte inteſtatus? *leg. ſi*
miles 6. l. ex militari 11. §. vlt. d. l. miles ita in princip. eod.
† Nam ſi dicas reſtringenda eſſe priuilegia potiùs quàm
18 amplianda: ſatiſque amplum fore priuilegium militis ſi
directa ſubſtitutio ab eo facta puberi aut extraneo
defendatur iure fideicommiſſi, cùm in paganis nullo
modo valeat, ne per fideicommiſſum quidem, Reſpon-
debo, Imò verò maioris, licet non dignioris, priuilegij
illud eſſe vt directa ſubſtitutio quæ tanquam directa
valere non poteſt defendatur iure fideicommiſſi, quàm
vt valeat iure directo ea quæ directis verbis facta eſt.
Minùs enim recedit à verbis & voluntate teſtatoris
qui directam ſubſtitutionem directo iure valere pati-
tur, quàm qui eam flectit ad fideicommiſſum. † Prioſ-
19 que eſt vt probetur non poſſe valere quaſi directam ex
priuilegio, quàm vt admitti poſſit valere illam ex pri-
uilegio quaſi fideicommiſſariam: alioqui cùm vulgare
noſtrorum brocardicum illud ſit *ſi non valet quod ago*
vt ago, valere debet vt valere poteſt de quo tractant ad
l. 1. D. de iur. codicil. dicendum è contrario eſſet ſecun-
dum Cuiacij ſententiam, priuilegium militis in eo elu-
cere, vt quod agit licet valere poſſit vt agit, valere ta-
men debeat eo modo quo valere non poteſt. † Vtrum
20 enim rogo difficilius eſt, an vt miles hæredem ſibi ex
tempore aut ad tempus inſtituat, an vt filio puberi
etiam poſt pupillares annos, aut extraneo poſt aditam
quoque hæreditatem ſubſtituat, dummodò de ſuis tã-
tùm bonis teſtetur? An non ea ſubſtitutio, ex tempore
eſt? Finge militem ita ſcripſiſſe *Titius poſt Sempronij*
mortem hæres eſto cùm tamen Sempronium hæredem
anteà non inſtituiſſet: mortuo poſt decem fortè annos
Sempronio certum eſt Titium hæredem fore & quidẽ
directo iure & ex eo tantum tempore quo Sempro-
nius deceſſerit. Toto ergo præcedenti tempore quo
inſtitutus Titius admitti non potuit, fatendum eſt in-
teſtati ſucceſſionem legitimis hæredibus delatam ac-
quiſitam fuiſſe *d. leg. miles ita.* Cur non igitur perinde
admittamus Titium iure directo ſi non inſtitutus ille
ſit poſt Sempronij mortem, ſed Sempronio ſubſtitutus,
Sempronius verò quoad viueret inſtitutus? † Nulla
21 enim inter hos caſus differentia eſt niſi quod hoc po-
ſteriore caſu nulla ex temporis parte dici poteſt miles
inteſtatus deceſſiſſe. Quæ res tanto fauorabiliorem fa-
cere debet cauſam Titij vt directo iure admittatur.
Multo namque difficilius eſt & à iuris ratione alie-
nius vt poſtquam inteſtati ſucceſſioni locus eſſe
cœpit, admittatur quis ex teſtamento ad hæreditatem
iure directo, quam vt puberi aut extraneo qui ex teſta-
mento hæres fuit, aliquis directo ſubſtituatur: ſiquidem
hoc caſu ſola teſtati ſucceſſio locũ habet tam in pube-
ris aut extranei cui ſubſtitutus datus fuit, quàm in ipſius
ſubſtituti perſona. † Et verò cùm omnia priuilegia te-
22 ſtantibus militibus conceſſa eò pertineant, non vt vo-
luntates duntaxat illorum, ſed vt ipſa etiam teſtamen-
ta conſequantur, id eſt rata ſint & valeant iure teſta-
mentorum: *l. 1. leg. Lucius 40. D. eod.* An non apertè pri-
uilegium militis corrumpit & deſtruit quiſquis dire-
ctam ſubſtitutionem à milite factam ſic interpretatur
vt non valeat iure fideicommiſſi! Ita enim efficit vt
etiam poſt tempus à milite præſtitutum, hæres maneat
is quem miles exinde hæredem eſſe noluit: quomodo
autem is qui ampliùs hæres non eſt, hæreditatem ex
fideicommiſſo reſtituere poteſt? † Nec tantùm militi
iniuriam facit, dum id agit vt à iure communi minùs 23
recedat, ſed etiam ipſum ius commune magis lædit,
quàm ſi directam ſubſtitutionem directo iure tueretur:
quia flectendo directam in fideicommiſſariam indu-
cit fideicommiſſum ab eo præſtandum qui hæres am-
pliùs non ſit: quod multo difficilius fieri poteſt quàm
vt ei qui ex teſtamento iam hæres fuit ſubſtitutus di-
rectò detur. † Quòd ſi admittas, vt veriſſimum eſt, hæ-
redem ad tempus ſcriptum à milite ſtatim atque tem- 24
pus illud aduenit deſinere ipſo iure eſſe hæredem, &
tamen neges eum qui ex illo ipſo tempore ſubſtitutus
ſit ſuccedere iure directo, neceſſariò fateri oporte-
bit militem ex eo tempore fieri inteſtatum, & fidei-
commiſſum illud quod tu comminiſceris à legitimo
militis hærede præſtandum fore. Secundum quam ſen-
tentiam non modò militi iniuriam feceris qui inteſta-
ti ſucceſſionem omni tempore excludere voluit, ſed
etiam multo magis à iure communi receſſeris legitimũ
hæredem inducendo ei qui iam habuit teſtamentarium.
Quamquam enim nec hoc quidem in milite nouum
eſt, tamen tanto difficilius videri debet quanto fauora-
bilior eſt cauſa teſtati præſertim quæ iam ſemel effe-
ctum ſortita eſt, quam cauſa inteſtati † Nam & inde
ſit vt ſi paganus ex tempore aut ad tempus hæredem 25
ſcripſerit, quod non niſi inutiliter facere poteſt, inſti-
tutio tamen non corruat, ſed ſubſiſtat, ſolo vitio tem-
poris ſublato ne inteſtati ſucceſſio aut ab initio aut
poſt cauſam teſtati ſemel admiſſam locum habeat. † Et
hinc quoque petenda eſt dubitandi ratio perlegans 26
in quæſtione illa quam Vlpianus tractat *in l. quærēba-*
tur 18. eod. tit. Nam cùm miles qui habebat iam factum
teſtamentum, aliud feciſſet, ac in eo comprehendiſſet
fidei hæredis ſe committere vt priores tabulæ valerẽt,
& quæreretur quid iuris eſſet, videbatur eam volunta-
tem quæ prioribus tabulis expreſſa eſſet, valere debe-
re iure directo, id eſt iure teſtamẽti, quaſi duobus factis
teſtamẽtis, cũ liceat militi plura facere teſtamẽta, adeó-
que codicillos ante factos per teſtamentũ ſequens ea-
dẽdo in poteſtatem inſtitutionis redigere, directámque
efficere inſtitutionem quæ erat præcaria. Denique vo-
luntas quæque militis teſtamentum eſt: *l. eius militis 34.*
in fin. eod. tit. vbi ſic legendum eſſe iam alio loco docui-
mus non vt vulgo *voluntas quoque militis teſtamenti eſt.*
Quidni ergo admittamus valere in propoſita ſpecie
prius teſtamentum cùm eo animo miles fuerit vt va-
leret? † Sed tamen aliud Vlpiani iudicium eſt, quòd,
inquit, miles teſtator fidei hæredis committendo vt va-
leret prius teſtamentum, ſatis declarauerit velle ſe vt 27
non ipſo iure valeret, ſed magis per fideicommiſſum,
conuerſa ſcilicet vi & poteſtate prioris teſtamenti in
cauſam fideicommiſſi & codicillorum. Nec tantùm
quòd ad legata, fideicommiſſa & libertates attinet, ſed
etiam quod ad ipſam hæredis inſtitutionem. Ne alio-
qui priuilegia militum ad eorum iniuriam trahamus,
ſi quod fideicommiſſi & codicillorum iure valere mi-
les voluit, iure teſtamenti directæque inſtitutionis va-
lere defendamus. Non enim ob id quod militis teſtari
volentis nuda quæque voluntas teſtamentum eſt, con-
ſequens ſit vt inuitus miles teſtari cogatur, nec poſſit
fideicommiſſum in codicillis relinquere ſi malit co-
dicillos facere quàm teſtamentum. † Cæterum vel ex
eo maximè apparet quantum diſtet Vlpianus à Cu-
iacio, Vlpianus enim dubitat an voluntas quam mi-
les iure fideicommiſſi, valere voluit, valere poſſit 28

iure

ſure directo ex priuilegio militum, quaſi hoc ipſo quo
miles dicit ſe fideicommittere, teſtetur, directamque
faciat ſubſtitutionem: adeò illi difficile viſum eſt non
defendi iure directo, & quaſi teſtamentum, quamlibet
militis voluntatem: quo etiam pertinet quod Antoni-
nus Pius reſcripſit, ſi miles libertatem & hæredita-
tem per fideicommiſſum dederit ab inſtituo & ſubſti-
tuto qui incontinenti deceſſerint, perinde liberum &
hæredem eſſe fideicommiſſarium ac ſi vtrumque di-
29 recto accepiſſet, *l. Antoninus 42. de fideic. libert.* † Niſi
quod aliud Antonini reſcriptum rationem eam habet
quod voluntas militis in ea ſpecie valere non poſſit
iure fideicommiſſi. Nam ſi poſſet, vtique non valeret
iure directo contra ipſius militis voluntatem. Cuiacius
contra in ea hæreſi eſt vt directam ſubſtitutionem à
milite in teſtamento directis verbis factam nolit va-
lere iure directo & ex teſtamento, ſed ab inteſtato
30 tantùm, & iure fideicommiſſi. † Quam ſententiam ex
illo etiam refellere libet, quod ſequitur apud Vlpia-
num *in d. l. quærebatur.* Si quis à milite hæres ad tem-
pus ſcripſit & alius ex tempore [quod ipſum nihil
aliud eſt quàm ſubſtitutionē directā à milite factā eſſe
in caſum aditæ hæreditatis] poſteriorem hæredem lè-
gata à priore relicta non debere, niſi alia voluntas mi-
litis probetur. Id enim falſum eſſe ſi ſecundus hic hæ-
res fideicommiſſi iure, aut ad exemplum fideicommiſ-
ſarij admitteretur. Siquidem certiſſimi iuris eſt onus
legatorum ab hærede relictorum ad fideicommiſſa-
rium pertinere, & quidem in ſolidum ſi totam hære-
ditatem ſine diminutione ex Trebelliano acceperit,
aut pro qua parte hæreditas reſtituta eſt, ſi hæres de-
ducta quarta reſtituerit *l. 2. C. ad S.C. Trebel. l. 1. §. pen.*
& vlt. D. eod. l. ſi ex cauſa 4. l. etiam 15. §. 1. *D. vt le-*
31 *gat. nomin. caueat.* † Hanc eandem noſtram ſententiam
probat etiam elegantiſſimè: *lex in teſtamento 6. C. de*
teſtam. milit. de qua *proximo capite* diximus. Ibi enim
apertiſſima differentia conſtituitur inter militem &
paganum, quòd ſi reciproca ſubſtitutio à pagano facta
ſit inter liberos diſparis ætatis, id eſt quorum vnus pu-
bes ſit, alius impubes, non intelligitur facta in caſum
vulgarem, quia ſolo eo caſu potuit pater vtrique ſub-
ſtituere *pari ratione*, id eſt pari genere ſubſtitutionis
32 directæ. † Sin autem à milite talis ſubſtitutio facta ſit,
alia ratio quærenda eſt quæ impediat ne in ſecundum
quoque caſum reciproca ſubſtitutio facta eſſe videa-
tur. Nam cum liceat militibus proprio priuilegio etiā
extraneis hæredibus poſtquàm hæredes extiterint mor-
tuis ſubſtituere, negari non poteſt quin ſubſtitutio re-
ciproca in vtrumque caſū valere poſſit *pari ratione*. Er-
go æquè directo ex vtraque parte. Si enim ex parte
pupilli duntaxat valere iure directæ pupillaris, ex parte
autem extranei in caſum aditæ ab eo hæreditatis. non
niſi in vim fideicommiſſi, nemo ſanè diceret vtrique
pari ratione factam eſſe. Tametſi namque in vtriuſ-
que ex inſtitutis perſona duplex eſſe ſubſtitutio etiam
ſecundum Cuiacij ſententiam ſi admittam, quod no-
lo, ſubſtitutionis appellatione fideicommiſſum quoque
contineri: non tamen pari ratione in vtrumque caſum
33 duplex illa ſubſtitutio facta videbitur. † Nam ex par-
te pupilli vtraque erit directa, vulgaris vna, pupillaris
altera: ex parte autem extranei vna erit directa, altera
fideicommiſſaria, quæ toto genere differt à directa: e-
tiam cùm ex teſtamento competit. multo magis ſi ab
inteſtato. Taceo quòd in effectu ipſo multo magis diſ-
crepant: quia per directam ſubſtitutionem ſubſtitutus
conſequitur hæreditatem totam & pleno iure per fi-
deicommiſſariam verò non niſi deducta Falcidia *l. 2.*
§. vlt. D. de iur. codicil. etiamſi à milite facta propona-
tur, ſiquidem teſtantibus duntaxat, aut teſtati codicillos
facientibus militibus non item ab inteſtato fideicom-
mittentibus priuilegium datum eſt vt Falcidiam non
vereantur, *l. ſi certarum 17. §. vlt. cum leg. ſeq. D. de teſtam*
milit. l. ſi poſt miſſionem 17. cum leg. ſeq. l. ſi miles 92. D. ad
legem Falcid. † Obiicies pro Cuiacio, Neque in effectu 34
militarem ſubſtitutionem pupillari ſimilem eſſe, quò-
niam militaris non niſi ea bona quæ patris fuerunt
cum fructibus in hæreditate repertis, pupillaris verò
etiam pupilli bona comprehendit, *dict. l. precibus & d.*
l. centurio iunct. l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos eod. tit.
Fateor, ſed nego inde fieri vt non pàri ratione ſucce-
dant qui ex pupillari & ex militari ſubſtitutione ſucce-
dunt. Vterque enim ſuccedit iure directo, nec quod ad
bona teſtatoris attinet, differentia vlla eſt. Itaque ſicuti
duobus impuberibus inſtitutis ex diſparibus portioni-
bus, non eò minùs ſubſtitutio reciproca facta in vul-
garem caſum traheretur ad pupillarem, quod ex pu-
pillari plus commodi ad vnum quàm ad alium perue-
nire potuit, ita nec aliud ſufficit ad conſtituendam
hac parte differentiam inter pupillarem, & militarem
ſubſtitutionem, quod pupillaris vtilior eſſe poſſit ſub-
ſtituto quàm militaris † Nam præter id quod, vt phi- 35
loſophi dicunt, plus & minus non faciunt differre ſpe-
cie, ſpeciem appellantes quod prudentes noſtri genus
dicere ſolent, addo fieri etiam poſſe, adeóque vt plu-
rimum contingere vt non plus commodi ex pupillari
ſubſtitutione quàm ex militari ad ſubſtitutum perue-
niat. Puta ſi non aliunde quàm à patre bona pupillus
habuit, neque ex fructibus ab eo perceptis medio
tempore, ſupereſt cùm moritur, quicquam. † At con- 36
tra fieri nunquam poteſt vt fideicommiſſaria ſubſti-
tutio eundem effectum habeat, quem directa, non
modò propter incommodum aut periculum legis Fal-
cidiæ & legatorum onus quod fideicommiſſariam ſe-
quitur, non item ſubſtitutum militarem, vt diximus,
ſed etiam propter ius adcreſcendi, & honorem il-
lum qui ex titulo inſtitutionis plenior deferri credi-
tur *l. filium 5. §. ſed etſi portio D. de legat. præſtand.* & ex
teſtamento maior, quàm ab inteſtato. † Quod ſi rur- 37
ſum obiicias pro Cuiacio, in ſpecie *d. l. in teſtamento*,
ſubſtitutionem reciprocam à milite factam inter fra-
trem & filium impuberem non trahi ad ſecundum ca-
ſum, ſed in vulgari duntaxat locum habere, Reſpon-
debo id fieri non ea ratione quam idem Cuiacius tra-
dit *Obſeruat. 17. cap. 16.* quod facta eſſet ſubſtitutio
perſonis diuerſæ ætatis & condicionis, ſed quia con-
ſtitutio Diui Marci, quæ ius illud primùm induxit, vt
ſubſtitutio in vnum caſum facta, in vtrumque facta
eſſe intelligatur, ad militum teſtamenta non pertinet
d. l. precibus. Adeò vt nec aliud dicendum eſſet tametſi
inter filios impuberes ea ſubſtitutio reciproca facta
proponeretur: ſicuti pluribus à nobis *ſuperiore capite*
tractatum & probatum eſt. Nec ſanè dici poteſt, quæ
alia ratione explicanda ſit differentia quæ *in d. l.*
teſtamento apertiſſimè conſtituitur inter militem &
paganum. † Quod autem Cuiacius ſententiam ſuam 38
comprobat ex *d. l. centurio* 15. *D. de vulg. & pupil. ſub-*
ſtit. facit certè quàm inſubtiliter, cùm vel ex eo præ-
cipuè loco refelli poſſit. Nam cùm centurio filiis ſuis
ſi intra quintum & viceſimum ætatis annum decede-
rent, directò ſubſtituiſſet ait Papinianus *intra quatuor-*
decim annos etiam propria bona filio ſubſtitutus iure com-
muni capiet. Poſt eam autem ætatem, ex priuilegio mili-
tum, patris duntaxat, cum fructibus inuentis in hæreditate.
Ergo vtroque caſu ſubſtitutus bona patris capiet, & 39
conſequenter iure directæ ſubſtitutionis. † Nam quod
iure fideicommiſſi percipitur aut debetur, fideicom-
miſſarius non capit ſimpliciter ſed per manus eius
qui reſtituere rogatus eſt. Quod & vetus formula le-
gatorum quæ per vindicationem, aut perceptionem
relinquebantur, demonſtrat, ſi Vlpiano credimus *in* 40
princ. tit. De legat. † Nec illud etiam addam quod
paſſim noſtri interpretes in ore habent, Verbum vnū
determinans poſitum inter multa determinabilia, de-
bere omnia illa æqualiter determinare, *ex l. iam hoc*
iure

4. eo tit. De vulg. & pupill. ſubſtit. Vnico enim verbo
capiet Papinianus vſus eſt vt ſubſtituti ius exprimeret,
ſiue is pupillo ex pupillari ſubſtitutione ſuccederet,
ſiue ex militari. Quemadmodum igitur nemo dubitat
quin ſuccedendo ex pupillari ſobſtitutione capiat bo-
na omnia & patris & pupilli iure directo, ita fatendum
eſt ſuccedentem illum ex militari capere bona patris
ſolus eodem iure directo, quamuis non iure communi,
41 vt eùm ſuccedit ex pupillari, ſed ex priuilegio milium.
† Diuerſæ ſunt ſanè ſpecies ſubſtitutionis pupillaris &
militaris, quia pupillaris non fit niſi pupillo, finitúr-
que pubertate: militaris autem fit etiam puberi filio,
adeóque extraneo, ſed à ſolo milite nec alio tempore
finitur quàm quòd ei finiendæ miles præſtituerit. Sed
tamen conueniunt in eo, quòd vtraque fit in caſum
acquiſitæ hæreditatis, & vtraque tamen iure directo.
42 in quo etiam, vt hoc obiter moneamus. Idem † Cuia-
cius errauit, & eum ſecuti ex recentioribus plerique
exiſtimantes duo tantùm genera eſſe ſubſtitutionum
ſi ius ſuccedendi ſpectetur, vulgarem & pupillarem,
debuit enim addere tertium genus militarem ſubſtitu-
tionem aut caſus duntaxat, non etiam nomina ſubſtitu-
tionum exprimere. Verum enim eſt duos tantùm eſſe
caſus ex quibus ſubſtitutiones omnes conſtare neceſſe
eſt, delatæ & acquiſitæ hæreditatis: quorum prior idem
ſemper eſt, eoſdémque ſemper producit effectos,
43 † Licèt ſubdiſtinguatur in caſum duplicem, volunta-
tis, vt vocát, & impotétiæ: poſterior verò alias leges &
conditiones habet in pupillari ſobſtitutione, alias in
militari, alias denique in exemplari [quæ & pupillari
proprius accedit] pro perſonarum quibus fit varietate.
Aliud enim ius in perſona impuberis conſtituendum
eſt, aliud in perſona puberis aut extranei cuiuſlibet,
aliud denique in perſona dementis aut furioſi filij iam
44 puberis facti. † Indéque fit vt pupillari & militari ſub-
ſtitutioni eadem formula ſufficiat *d.l. centurio, cum l. in
pupillari 14. eo.* quoniam idem caſus eſt acquiſitæ hære-
ditatis, idémque genus ſubſtitutionis, nimirum dire-
ctæ. Nàm, ſi militaris, non niſi fideicommiſſaria eſſe
poſſet, quemadmodum pupillaris ſemper directa eſt,
fieri nullo poſſet vt ad vtramque eadem formula ac-
45 commodatur. † Nec pro Cuiacio quicquam facit quod
ex fideicommiſſaria ſubſtitutione æquè ac ex milita-
ri futurum ſit vt ſubſtitutus omnia bona quæ patris
morientis fuerunt cõſequatur cum fructibus inuentis
in hæreditate, *l. cohæredi 41. §. cùm filio, eo.* non enim con-
ſequens eſt vt ſubſtituto militari vtilius non ſit & ho-
norificentius ex militari ſubſtitutione & directo iure
ſuccedere, quàm fideicommiſſo, propter eas rationes
quas ſuprà attulimus, & ſequenti capite fuſiùs trade-
46 mus. † Et quicquid cauſetur Cuiacius, vera & genuina
ratio quæ facit vt ſubſtitutus militaris non niſi militis
bona capiat, illa eſt quam Goueanus reddidit, Quod
priuilegium militis non debeat cuiquam fraudi eſſe.
Nam ſi pupilli quoque bona in eam ſubſtitutionem
venirent, ſicut veniunt in pupillarem vtique fieret in-
iuria pupillo, qui etiam pubes factus atque ita teſta-
menti factionem adeptus, teſtari tamen de bonis ſuis
quæ aliunde quam à patre habuiſſet, prohiberetur, aut
eos ſibi ab inteſtato ſucceſſores eligere quos teſta-
mento hæredes ſcribere ſi poſſet, vellet. † Eáque ratio
47 placuit eidem Papiniano in *l. impuberi 40. D. de admi-
niſtr. & peric. tutor.* vbi ſcribit ille, impuberi datum à
centurione curatorem ſi decretum prætoris ſecutum
non ſit, & nihil ipſe adminiſtret, periculo contumaciæ
vel negligentiæ non adſtringi, propterea quòd priui-
legium militum ad alienam iniuriam porrigi non opor-
teat. Addit etiam quod ſummopere notandum eſt *nec
in aliis circa ſupremam voluntatem imperitia venia datur,
quàm in bonis militum.* † Vt intelligamus quemadmo-
48 dum militum imperititia tot priuilegia extorſit quòd
arma magis quam leges ſcire exiſtimentur, ita eorum
priuilegia in eo cloqere omnia, quod imperititiæ venia
datur, id eſt, vt quicquid ab iis imperitè & contra to-
ris rationem factum eſt, eodem iure cenſeatur ac ſi pe-
ritè factum eſſet. † Cui conſequens fit vt ſubſtitutio 49
quam miles verbis directis fecerit etiam puberi aut ex-
traneo in caſum acquiſitæ hæreditatis, iure etiam di-
recto defendatur, non autẽ iure fideicommiſſi: alioqui
non daretur omnino venia imperitiæ militis, ſi non eo
prorſus modo valeret ſobſtitutio quo valere miles vo-
luiſſet. An verò nõ voluit valere iure directo, qui verbis
directis ſubſtituit? Sed & nonne imperitior milite eſt
quiſquis ſobſtitutionẽ directis verbis factã valere volt
iure fideicõmiſſi? Augere & adiuuare imperitiã, hoc eſt,
non excuſare † Placuit etiam illa eadem ratio Vlpia- 50
no in *l. cùm filius familias 28. D. de teſta. milit.* in cuius
ſpecie cùm filius familias miles deceſſiſſet filio impu-
bere hærede inſtituto, eique ſubſtituiſſet in aui po-
teſtate manenti tutoréſque dediſſet, admittit quidem
Vlp. ſobſtitutionem valere, ſed tutoris dationem va-
lere negat ex reſcripto diuorum fratrum, *quia*, inquit,
*hæreditatis ſuæ miles qualem vellet ſubſtitutionem facere
poteſt, verumtamẽ alienum ius minuere non poteſt.* Cui con-
uenit quod à Tryphonino ſcriptum eſt *in leg. miles ita
41. §. nec tutorem eod. tit.* & ab eodem Vlp. *in leg. 2. De
teſtam. tutel.* Quid verò tu Cuiaci ad verba illa *qualem
vellet ſubſtitutionem facere poteſt*? An non ſatis apertè
videtur tibi Vlp. docere ius eſſe militi directo ſobſti-
tuendi cuilibet, ſi directam militarem facere malit, quã
vulgarem fideicommiſſariam? Et quod iam dixerat *ſub-
ſtitutionem valere* an non iſtam fideicommiſſi inter-
pretationem prorſus excludit? Nulla ſiquidem ratio eſt
flectendæ directæ ſobſtitutionis in fideicommiſſari-
am, verbis fideicommiſſi omnino deficientib. niſi tal-
tem vbi ſic faciendi neceſſitas aliqua eſt, *vt in dict.
leg. Scæuola 76 D. ad S.C. Trebell. l. generaliter 24. §. ſi
quis ſeruo D. de fideic. libert.* Atqui neceſſitas nulla eſt cũ
ſubſtitutio directis verbis facta valet. Reſpondeamus iã
ad *l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſt.* quæ ſola virũ
doctiſſimum nulla alia lege aut ratione perſuaſum
fefellit.

CAPVT XIII.

Tribus locis corruptum eſſe l. precibus 8. C de impub & aliis ſubſtit. ac quomodo emendanda ſit. Et ad l. Papinianus 43. D. ad S.C. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Poſtrema verba* d.l. precibus *quomodo à Cuiacio accepta ſint?*
2 *Diſtinctio ab Interpretibus ſententia Cuiacij addita.*
3 *Goueani interpretatio ad verba illa finalia* d.l precibus. veluti ex cauſa fideicommiſſi.
4 *Subſtitutum militarem, ſecundum illam interpretationem non iure fideicommiſſi ſed directò ſuccedere.*
5 *Non tamen ferendum eſſe vt ſubſtitutus ille ad exemplum fideicommiſſarij ſuccedere dicatur vbi variæ inter fideicommiſſarium & militarem ſubſtitutum differentiæ afferuntur.*
6 *Cur ſubſtitutus militaris Falcidiam nullam patiatur.*
7 *Alia differentia inter militarem & fideicommiſſarium ſubſtitutum.*
8 *Proponitur ſingularis quidam caſus militaris ſubſtitutionis, vbi de iure accreſcendi agitur.*
9 *Regulam qua habet, eum qui ſemel hæres fuit ſemper hæredem manere in teſtamento militis tollere.*
10 *Cur in caſu illo propoſito Mænius ius accreſcendi ſocijs habeat?*

51 *Non*

11 *Non id iuris fore ſi in dicto caſu Meuius militariter ſubſtitutus fideicommiſſarij iure cenſeretur.*

12 *Species & emendatio* leg. Papinianus 43. ff. ad S C Trebell.

13 *In quam ſe: tentiam Papinianus in ſpecie & quaſtion dicta legis inclinet?*

14 *Differentia inter aditionem & reſtitutionem hæreditatis.*

15 *Cur in* d l Papinianus, *noua reſtitutione opus videatur, ſi hæredi adire compulſo poſt reſtitutionem hæreditatis portio accreuerit?*

16 *Non vnam hæreditatis aditionem ſufficere, ſed tot requiri, quot ſunt portiones quoties per alium puta per filiumfamilias vel ſeruum hæreditas acquirenda eſt.*

17 *Tot in ſpecie* d l. Papinianus *reſtitutiones neceſſarias eſſe, quot ſunt hæreditaria portiones.*

18 *Hæredes fideicommiſſo grauatos vltrò & ſponte portionem ſuam adeuntes non transferre ius accreſcendi in fideicommiſſarium.*

19 *Cur in caſu illo ſuperius propoſito ſubſtitutus militaris fideicommiſſarius dici non poſſit?*

20 *Ius accreſcendi, niſi de eo expreſſim cautum ſit, in teſtamento militis locum habere non poſſe.*

21 *Alia ſuperioris ſententiæ ratio.*

22 *Verba illa* d. l. precibus. ex cauſa fideicommiſſi *ſuppoſititia eſſe.*

23 *Alius eiuſdem legis verſiculus tanquam ſuſpectus expungitur.*

24 *Verba illa ſub finem eiuſdem legis &* adiciunt hæreditatem *Interpretis non Imperatorum eſſe.*

25 *Quis ſit eius legis à mendis repurgata ſenſus.*

26 *Similes nullo hærede ad tempus ſcripto hæredem tantum ex tempore ſcripſerit, ſcriptum hæredem non ideo ſubſtitutum dici.*

27 *Ad directam hæreditatis petitionē referendū eſſe quod* d. l. *ait, ſubſtitutum poſſe bona à matre petere qua filio puberi & inteſtato ſucceſſit.*

28 *Alij loci ad propoſitam quæſtionem pertinentes, Interpretum additionibus vitiati notantur.*

29 *Reijcitur & refutatur quorundam Interpretum diſtinctio ad* d. l precibus.

1 POſtrema † legis huius verba, de quorum interpretatione contendendum nobis nunc eſt cum Iacobo Cuiacio cæteriſque ferè omnib. interpretibus (nam quæ præcedunt omnia iam ſatis nos in ſuperioribus explicauimus (hæc ſunt, *ſi vero poſt pubertatem, tunc eius ex ſucceſſionem obtinente, veluti ex cauſa fideicommiſſi bona quæ cū moreretur patris eius fuerūt, à te peti poſſunt.* Sic n. à viro doctiſſimo accepta ſūt vt ſubſtitutio à milite facta verbis directis ſiue puberi filio ſiue cuilibet extraneo, flectatur ad fideicōmmiſſum nec niſi fideicōmiſſi 2 iure defendatur. † Quæ ſententia vulgaribus quoque interpretibus placuit, ſed cū hac diſtinctione, ſi mater in medio ſit quæ de ſubſtitutionis iure contendat cum ſubſtituo, non item ſi alius ſiue cognatus ſiue agnatus. Quæ tamen omnia quàm non modò falſa, ſed etiam abſurda & ridicula ſint, tā liquido ex iis quæ proxime diſputauimus conſtare arbitror, vt ei qui ex vera rectáque iuris ratione æſtimare rem velit, nulla ne vel minima quidem dubitandi cauſa ſuperaſſe videatur. † Scio 3 poſſe reſponderi quod Antonius Goueanus vir nunquā ſine laudis præfatione nominandus, ante nos dixit, nec improbabiliter, verba illa *veluti ex cauſa fideicommiſſi*, non ſic intelligenda vt ſubſtitutus militaris ſuccedat iure directo, ad exemplum tamen fideicommiſſarij. propterea quòd ſicut is qui per fideicommiſſum ſubſtitutus eſt ſolius teſtatoris bona ex fideicōmiſſo capit cū fructibus in hæreditate repertis, non etiā ſi quid aliūde rogatus hæres habuit *l. cohæred 41. §. cum filia D. de vulg. & pupil. ſubſtit. l. ſequens quæſtio. 67. de legat. 2.* Ita & qui ex militari ſubſtitutione ſuccedit, militis duntaxat, nō etiam hæredis, cui directò ſubſtitutus eſt, bona conſequatur *l. centurio. 15. de vulg. & pupil. ſubſtit.* † Secundum quam interpretationem quæ & verbis aptiſſimè 4 conuenit, perinde omnino eſt acſi apertiùs ſcriptum eſſet *quemadmodum ſi ex cauſa fideicommiſſi ſuccederetur.* Ex quo apparet tanto manifeſtius fideicommiſſi iure ſubſtitutum hunc non ſuccedere, ſed directò. Alioqui ſimpliciter ſcribendum erat *ex cauſa fideicommiſſi* non addita dictione illa *veluti* quæ ſimilitudinis & improprietatis magis quàm veritatis nota eſt. † Sed tamen ſit verum amamus, nec illud ferendum 5 eſt vt ſubſtitutus militaris ad exemplum fideicommiſſarij ſuccedere dicatur. Sunt enim omnia diſſimilia, vt in ſuperioribus probauimus. Subſtitutus militaris ſuccedit ex teſtamento, Fideicommiſſarius quoties directa inſtitutio aut ſubſtitutio flectitur in fideicommiſſum ſuccedit ab inteſtato *l. quærebatur 19. D. teſtam. milit. d. l. Scæuola 76. D. ad SC. Trebell.* Ille iure directo quia miles hæreditati ſuæ qualē vult & legem dicere & ſubſtitutionem facere poteſt, *l. 5. l. cum filius familias. 28. de teſtam. milit.* Hic autem non niſi iure obliquo, quia ius directum, id eſt ciuile, fideicommiſſa non agnoſcit *l. qui vſumfructū. 3 ff ſi vſufr. ...* † Ille 6 Falcidiam nullam patitur, tametſi totam defuncti militis hæreditatem ex militari ſubſtitutione conſequatur: nō ob id ſolùm quòd ad militū teſtamenta lex Falcidia nō pertineat *l. ſi poſt miſſionē. 17. cum l ſeq. l. ſi miles. 92. D. ad leg. Falcid. l. ſi certarū. 16. §. vltim cū l. ſeq. de teſtam. milit.* ſed etiam quia prorſus inauditū eſt vt legis Falcidiæ poteſtas contra eum qui & ipſe hæres inſtitutus, aut ſubſtitutus ſit, inducatur. Nec rurſus locum hîc habeat ratio Senatuſconſulti Pegaſiani, per quod facta eſt hæredi poteſtas deducendæ quartæ ex fideicommiſſo, vt aliquo præmio inuitaretur hæres ad eundum, ne alioqui fideicommiſſum intercideret. Nā ſi prior hæres ad tempus ſcriptus à milite hæreditatem adire nollet, non poſſet cogi à ſubſtituto qui ex tempore inſtitutus eſſet, neque tamen ſubſtitutus ipſe ſtatim adire & hæres fieri poſſet, ſed omnimodo expectanda eſſet mors inſtituti, poſtquam vtique ſecundus hæres ſuo iure & ex teſtamento ſuccederet; interim autem ſucceſſio inteſtati locum haberet, *l. miles ita 41. in princ. eod. tit.* At is qui ex fideicommiſſo ſuccedit ab inteſtato conuerſa directa ſubſtitutione in precariam, pati Falcidiam cogitur, *l. 2. §. vlt. D. de iure. codicil.* † Subſtitutus militaris nulla ex parte tene- 7 tur ad præſtationem legatorum à primo hærede inſtituto relictorum *d. l. quærebatur. §. vlt. eo* Fideicommiſſarius contra tenetur ad præſtationem legatorum omnium quæcunque ab hærede rogato teſtator reliquit, præterquam ſi ea teſtator ad hæredis onus pertinere expreſſim voluit *l. 1. § pen. & vlt. iunct. l. 2. D. ad S C. Treb.* Et quidem in ſolidum ſi tota hæreditas ei reſtituta ſit ex Trebelliano, aut pro portione hæreditatis reſtitutæ ſi reſtitutio facta ſit ex Pegaſiano deducta Falcidia *l. 1. C. eod.* † Sed & finge militem 8 teſtamento ità ſcripſiſſe *Titius ex ſemiſſe poſt biennium hæres eſto, Sempronius ex alio ſemiſſe vſque ad biennium hæres eſto. poſt biennium Meuius hæres eſto. Ius accreſcendi inter eos ſaluum eſto.* Mæuio poſt biennium Sempronij ſemiſſem ex ſubſtitutione iam nacto, ſi Titius ſuum repudiet, dico ius accreſcendi quod teſtator inter hæredes ſaluum eſſe voluit, non Sempronio, ſed Mæuio competiturum, licet Sempronius priore loco hæres ſcriptus ſit ſicut & Titius, dicique ſoleat in iure accreſcendi potiorem eſſe illorum cauſam qui in eodem gradu vocati ſūt, *l. quidam teſtamento 10. l. qui duo 42. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Nimirum quia verum eſt Mæuium hæredem ſolum eſſe eo tempore quo per Titij repudiationem ius accreſcendi locum habere incipit, Sempronium autem licet prior hæres fuerit,

fuerit, nunc tamen hæredem non eſſe. † Illa enim iuris
regula quæ habet, eum qui ſemel hæres fuit ſemper
hæredem manere, *l. ait prætor 7. §. ſed quod Papin. de mi-
nor. l. ei qui ſoluendo 88. de hæred. inſtit.* locum habere
non poteſt in teſtamento militis cui ex priuilegio per-
miſſum eſt vt hæredem ad tempus quemadmodum &
ex tempore ſcribat, & conſequenter vt poſtquam hæ-
redem ex teſtamento vſque ad certum tempus habuit,
pro reliquo tamen toto tempore inteſtati exitum faciat,
10 *d. l. miles ita 41. de teſtam. milit.* † Itaque poſt bien-
nium Sempronius qui toto illo biennio hæres fuit, pe-
rinde habetur acſi hæres non fuiſſet, Mæuius verò, quòd
verè nunc hæres ſit, ſolus habet ius accreſcendi, haud
ſecus acſi præcedente biennio inteſtatus miles fuiſſet
nec Sempronium hæredem habuiſſet, quo caſu nemo
diceret legitimum hæredem ius accreſcendi habiturum
eſſe viuo & ſuperſtite Mæuio, qui verè ex teſtamento
hæres eſſet. Proinde nulla actione indiget Mæuius ad-
uerſus legitimum militis ſucceſſorem vt deficientem
Titij portionem conſequi poſſit. Nam cùm per ius ac-
creſcendi portio portioni accreſcat velut alluuio *l. ſi
Titio 33. §. 1. de vſufr. legat.* fieri nullo modo poteſt vt
portio Titij deficiens accreſcat legitimo hæredi qui
portionem nullam habet, at ne quidem vt legitimus
inteſtati ſucceſſor vllus ſit ei qui & ad certum vſque
tempus & ex eo tempore habuit hæredem ex teſtamen-
11 to. † Atqui ſi Mæuius militariter ſubſtitutus fideicom-
miſſarij iure cenſeretur, non idem iuris obtineret. Di-
cendum namque eſſet deficientem Titij portionem
Sempronio accreſcere, tùm à Sempronio ad Mæuium
12 peruenire. † Id enim eſt quod ex Papiniano Vlpianus
tractat *in l. Papinianus 43. D. ad S.C. Trebell.* ſi quis hæ-
res inſtitutus ex ſemiſſe rogatus ſit reſtituere hæredita-
tem, & eam ſuſpectam dicens compulſus adiit, deinde
fideicommiſſarius gnarus ſit accreuiſſe portionem hæ-
reditariam poſt reſtitutionem ſcripto hæredi, an opus
ei ſit alia aditione. Sic enim malo legere ex Cuiacij
13 emendatione. † Et ait ſecurum eſſe eum poſſe, id eſt
alia non indigere aditione, ſed de illo dubitari magis
poſſe, an noua ei opus ſit reſtitutione poſtquàm portio
accreuit. Quibus verbis in eam ſanè partem magis
inclinare videtur, vt noua reſtitutio neceſſaria ſit, licet
14 contrà putet Cuiacius. † Non enim aditionis & reſti-
tutionis eadem ratio eſt. Aditiō vna ſufficit, quia is qui
vel ex minima hæreditatis parte hæres eſt, vbi adiit, ex
toto aſſe hæres eſſe & adiiſſe intelligitur ſiue cohære-
dem nullum habuit, ſiue eum habuit qui aut antè aut
pòſt repudiauerit, *leg. ſi quis hæres 53. leg. qui ex duab. 53.
l. qui patri 59. leg. ſi ſolus 80. D. de acquir. hær.* Semel enim
adita hæreditate omnis defuncti voluntas rata conſti-
tuitur *l. ſi patronus 55. §. qui fideicommiſſum D. ad S. C.
Treb.* & ius adcreſcendi ſequitur etiam inuitum *leg. ſi
ex pluribus 9. D. de ſuis & legit.* At reſtitutio vna ſuffice-
re non poteſt pro ea portione quæ poſt reſtitutionem
accreuit, quia nunquam poteſt videri fideicommiſſarius
plus habere ex fideicommiſſi reſtitutione quàm ſibi re-
ſtitutum ſit: adeò vt illo etiam caſu quo minus ei re-
ſtitutum eſt quàm ex teſtamento reſtitui debuit perin-
de ex teſtamento agi oporteat ad reſtitutionem totius
fideicommiſſi acſi nihildum omnino reſtitutum eſſet,
quia neque aliter fideicommiſſum reſtitui vtiliter poteſt
vt actiones tranſeant in fideicommiſſarium, quàm quo-
modo teſtator voluit *l. 1. l. ſed etſi 9. §. vlt. cum l. ſeq. D. ad
15 S.C. Trebel. l. ſi mulier 28 §. ex aſſe de iur. dot.* † Ex contra-
rio qui rogatus hæreditatis ſemiſſem ex quo ſcriptus
erat alteri reſtituere compulſus adiit & reſtituit priuſ-
quàm cohæredis portio accreſceret, non poteſt videri
reſtituiſſe portionem illam quæ poſteà accreuit, quia
nec rogatus erat vt eam reſtitueret, quam vtique reti-
neret ſibi ipſi, ſi ſponte non coactus adiiſſet. Quòd
autem compulſus adiit, licet indignum eum reddat qui
ex teſtamento aut hæreditate defuncti quicquam reti-
neat, non magis tamen facere poteſt vt portio quæ re-
ſtitutionis tempore nondum accreuerat, pro reſtituta
habeatur, quàm vt ipſi fideicommiſſario potiùs quàm
hæredi accreſcat. Etſi enim verum eſt quod diximus
portionem portioni accreſcere, non perſonæ, ea verò
pars hæreditatis cui deficiens accreſcit poſt reſtitutio-
nem reperitur eo tempore penes fideicommiſſarium,
quoniam tamen hæres rogatus licet compulſus adierit,
verè tamen hæres manet (vnde illud eſt quod Senatuſcon-
ſultum tametſi hæredem facere poſſit fideicommiſſariū
tamen non facit, quia nec poteſt, ne vni duo ſint hæ-
redes) & ius accreſcendi non niſi inter eos qui ex eo-
dem iure ſuccedunt locum habet, id eſt, inter cohære-
des, non inter hæredem & fideicommiſſarium aut le-
gatarium, neceſſario fit vt deficiens portio cohæredi
accreſcat etiam poſt aditionem & reſtitutionem coa-
ctè factam, non item fideicommiſſario. Quidni ergo
noua reſtitutione opus erit? † Nam & quamuis aditio 16
vna ſufficere ſoleat vt diximus, ſi tamen per alium ac-
quirenda ſit hæreditas, vt puta per filiumfamilias aut
per ſeruum, tot aditiones neceſſariæ ſunt quot ſunt
portiones, non ſolùm ſi duo eiuſdem patris familias
liberi inſtituti pronunciantur *l. ſi quis hæres. 35. §. 1. de ac-
quir. hæred.* ſed etſi pater vel dominus ex parte inſtitu-
tus ſit, filius verò vel ſeruus ex alia parte *l. ſi ex ſuo. 36.
eod.* quin & ſi idem filius aut ſeruus ex parte inſtitutus
ſit purè ex parte ſub conditione, licèt exiſtentis quo-
que conditionis tempore adhuc ſit in poteſtate *l. ſi ſo-
lus 80.* vbi eſt textus elegans *in fi. eo. t. t.* Hoc verò cur
ita? Niſi quia pater vel dominus qui ſibi per alium
quæſiit hæreditatem, non potuit quærere niſi quate-
nus iuſſit, non iuſſit autem pro ea parte quæ tum fue-
rat delata? Quanquam ea res, vt puto, non excluderet
ius accreſcendi ſi quid eſſet quod impediret ne aditio
noua ſequi poſſet. Atqui quod fideicommiſſario acqui-
ritur, hæreditas fit per interpoſitam hæredis perſonam,
& intercedente miniſterio reſtitutionis, neque poteſt
quicquam incidere propter quod noua reſtitutio fieri
non poſſit, nam & prædefuncto eo, qui rogatus eſt, fieri
poteſt ab eius hærede dummodò is ipſe adierit, qui ro-
gatus eſt *l. ille à quo. 13 §. 1. D. ad S C. Treb.* † Tot ergo 17
reſtitutiones neceſſariæ ſunt, quot ſunt portiones, quæ
ſiue principaliter ſiue in conſequentiam, veniunt in re-
ſtitutionem. Quid enim ſi hæres ex parte ſcriptus qui
portionem ſuam coactus adierat, accreſcentem retine-
re vellet, fideicommiſſarius autem conſentiret? quis di-
ceret ex vi factæ reſtitutionis hanc quoque portionem
acquiſitam eſſe fideicommiſſario, & aliqua retroceſſio-
ne opus eſſe? Sed etſi eo caſu quo hæres ſcriptus coa- 17
ctus adiiſſet, faterer non magis reſtitutione quàm adi-
tione noua opus eſſe, ratione illa quam nimis genera-
liter & ex ingenio ſuo Cuiacius adſtruit quòd omnia
quæ perdit is qui compulſus adiit, tacito iure fideicom-
miſſarium ſequantur (in quorum numero non eſt ius
accreſcendi ſicut nec nomen ipſum hæredi cui inſepa-
rabiliter vnitum eſt illud accreſcendi, ſed tantùm com-
modum quod ex iure adcreſcendi peruenturum erat ad
hæredem ſi ſponte adiiſſet.) Illud tamen Cuiacius non
negat, imò defendit, & rectè, contra receptam inter-
pretum traditionem, hæredes vltro & ſponte portio-
nem ſuam adeuntes non transferre ius accreſcendi in
fideicommiſſarium, ne plus habeat ex teſtamento quā
teſtator voluerit † Ergo vt ad id redeamus, cuius pro-
bandi gratia huc nos digredi neceſſe fuit, non poteſt 19
ſubſtitutus militaris fideicommiſſarius dici, aut fidei-
commiſſario comparari, cùm ius accreſcendi habeat
proprio iure & citra perſonam primi hæredis, ſi modò
ius illud inter hæredes ſaluum eſſe miles voluit. Quod
idcirco ſubieci & in ſuperiore formula militaris teſta-
menti clauſulam illam addidi, *Ius accreſcendi inter eos
ſaluum eſto:* † quoniam alioquin certum eſt Ius accreſ-
cendi in teſtamento militis locum habere non poſſe
niſi

niſi idipſum expreſſim cautum ſit, quippe quod ex legis
poteſtate magis quàm ex teſtantis voluntate inducatur,
ex quo fit vt ab inteſtatu quoque locum habeat *d. l. ſi ex
pluribus. 9. De ſuis & legit.* Aut ſi teſtamentum factum
ſit, inducitur ex tacita voluntate quaſi cohæredes mu-
tuem ſubſtituiſſe teſtator videatur *l. ſi Titio 61 § Iul. ante
de legat. 2.* At militis voluntas tacita nulla eſt, ſed ea
demum quæ ſit nuda & aperta, adeò vt ſi miles vnum
ex fundo hæredem ſcripſerit, credatur quantum ad reſi-
duum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe *leg. ſi miles. 6.*
21 *l. de teſt. milit.* † Sed me illud omnium maximè mouet,
quòd, vt superiore capite attigi fideicommiſſariæ hæ-
reditatis reſtitutio fieri non poteſt niſi ab eo qui reſti-
tutionis tempore hæres ſit: quomodo enim hæredita-
tem reſtitueret qui hæres non eſſet? At qui is qui cui in
caſum aditæ hæreditatis datus eſt à milite ſubſtitutus
poſt certum tempus, puta *poſt 14. annum* hæres non eſt
niſi ad tempus & in vltimum vſque inſtans completi
anni decimi quarti: quando militi permiſſum eſt hære-
dem ſcribere ad certum tempus. Ergo etiam ſi filius
aut extraneus hæres cui miles ſic ſubſtituiſſet, eo tem-
pore viueret, hæreditatem tamen ex cauſa fideicommiſſi
reſtituere non poſſet, quam tùm amplius non habe-
ret. Multo minùs igitur ſic facta ſubſtitutione *ſi poſt
decimum quartum annum filius deceſſerit* mortuo poſt
eam ætatem filio, admittendum eſt vt legitimus filij
hæres fideicommiſſo vllo obſtringatur, cum nullo iu-
re dici ille poſſit hæres militis, qui filium non niſi
22 quoad viueret hæredem habere voluit. † Concludo
itaque verba illa *veluti ex cauſa fideicommiſſi* eſſe ſup-
poſititia & inepto interpreti adſcribenda. Quod vt ſen-
tiam, præter certiſſimam iuris rationem, ex eo quoque
moueor, quod video aliis duobus eiuſdem legis locis
non ſibi temperaſſe interpretem quin & textum cor-
rumperet, & inſcitiam ſuam proderet. † Primùm illo
23 loco vbi ſic ſcriptum legimus *ſi intra decimumquartum
ſuæ ætatis annum aut poſtea deceſſerit.* Totum enim illum
verſiculum non dubito eiuſdem eſſe interpretis expli-
care volentis verba hæc *aut in ſecundum filio ſuo quem ha-
buit in poteſtate mortis tempore ſubſtituerit* quæ tamen
explicatio ridicula eſt. Nam cùm paulò poſt ſequatur
*ſi verò ſubſtitutio in ſecundum caſum vel expreſſa vel com-
pendio non vſque ad certam ætatem facta reperiatur* debue-
rat exemplum duplex poni ſubſtitutionis in ſecundum
caſum factæ, Vnum ſubſtitutionis factæ certa ætate ex-
preſſa hoc modo *ſi intra viceſimumquintum annum de-
ceſſerit, vt in d. l. centurio. 15. De vulg. & pupill. ſubſt.* Alte-
rum ſubſtitutionis factæ compendio verborum, id eſt
non vſque ad certã ætatem expreſſam hoc modo *quã-
docunque filius meus deceſſerit* aut etiam, vt puto, *ſi filius
meus deceſſerit.* Neutri verò conuenit illa formula *ſi in-
tra decimumquartum ſuæ ætatis annum aut poſteà deceſſe-
rit.* Non enim dici poteſt facta compendio verborum
quæ tot verba continet, & certam ætatem exprimit.
Nec rurſus admittam quod certa ætate expreſſa fa-
cta ſit. Nam quæ ſequuntur, *aut poſtea* faciunt vt po-
tius dici debeat non vſque ad certam ætatem fa-
ctam eſſe. Proinde cum id ageret ſtolidus interpres
vt vtriuſque ſubſtitutionis diuerſos caſus eadem for-
mula exprimeret, aſſecutus eſt vt neutram expreſſe-
rit. Quòd ſi ex ea formula tollas verba illa, *aut po-
ſteà* nihil tamen effeceris. Quæ enim relinquuntur,
ſi intra decimumquartum ſuæ ætatis annum deceſſerit,
nullam ſubſtitutionem continent quæ non finiatur
pubertate ſiue à pagano ſiue à milite facta ſit. Sequen-
tia autẽ legis verba demonſtrant tractari hac lege de
ſubſtitutione ſic concepta vt & intra pubertatẽ & poſt
pubertatẽ locũ habere poſſit, licet alio effectu. † Rurſũ
24 in verſiculo illo *ſi quidem intra pubertatem deceſſerit, ha-
beat eos hæredes quos pater ei conſtituit & adierint hære-
ditatem* exiſtimo eiuſdem eſſe interpretis verba hæc
& adierint hæreditatem. Quid enim attinebat de adita

hæreditate tractare, cùm non niſi de iure adeundæ
hæreditatis conſulti eſſent Imperatores à matre quæ
dubitabat an ſibi, an potiùs ſubſtitutis delatum eſſet ius
adeundæ hæreditatis? Quid ſi ſubſtitutus erat aliquis ex
liberis forte ſe primi thori? Quid ſi ſeruus teſtatoris?
Vtique non fuiſſet in iis neceſſaria aditio, quia quiſquis
patri hæres neceſſarius eſt, idẽ ſi pupillo ſubſtitutus ſit
ei quoque neceſſarius hæres eſt, vt probauimus libro
ſuperiore c. 14. Et quod lex ait *eos habeat hæredes* ſic ac-
cipiendum eſt *eos habere debeat*, ac proinde ſiue neceſ-
ſarij hæredes ſint ſiue voluntarij, & ex voluntariis ſiue
iam adierint hæreditatem ſiue nondum adierint. Fruſtra
igitur & ineptè adiecta ſunt verba illa *& adierint hæ-
reditatem* quæ nec commodè poſſis conſtruere niſi ad-
das relatiuum *qui* & legas *qui adierint*. Quis igitur
improbabile nunc putat ea quæ tollimus *veluti ex
cauſa fideicommiſſ.* ab eodem interprete addita fuiſſe?
Aut quis miretur ab imperito interprete inuectum
errorem quẽ tot tantique interpretes auſi ſunt defen-
dere? Qui antiquam vix credibile eſt, tam ſupinum erro-
rem in vllius eruditi interpretis mentem venturum
fuiſſe ſi non eos corruptæ lectionis autoritas ſefel-
liſſet: in quo tamen non carent reprehenſione, qui 25
plus receptæ lectioni quàm iuris rationi ponderis tri-
buerunt. † Iis autem verbis ſublatis manifeſta eſt legis
ſententia, Defuncto poſt pubertatem filio cui pater
miles in ſecundum caſum ſubſtituerat directò ſiue ex-
preſſa ætate ſiue compendio verborum non vſque ad
certam ætatem, filij ſucceſſionem ad matrem pertinere
ab inteſtato bona verò quæ patris cũ moreretur fuerũt,
ſpectare ad ſubſtitutum militarem ex directa ſubſtitu-
tione: non velut ex pupillari, nam pupillaris ipſa etiam
filij bona comprehenderet: neque item velut ex cauſa
fideicommiſſi propter tot differentias de quibus dixi-
mus, ſed potius veluti ex cauſa inſtitutionis, quia non
aliam ob cauſam huiuſmodi ſubſtitutio militibus per-
miſſa eſt quàm quòd ex tempore hæredem inſtituere
poſſint, quamuis non quiſquis à milite inſtitutus ex
tempore dici debeat ſubſtitutus militaliter, ſed is de-
mum qui ſic inſtitutus eſt poſt alium ad tempus inſti-
tutum. Subſtitutionem enim æſtimamus, vt iam ſuprà
dictũ eſt, ex ſecundo gradu, ſecundáque hæreditatis di-
latione ab eodem teſtatore & eodem teſtamento facta. 26
† Quare ſi miles nullo hærede ad tempus ſcripto hære-
dem tantum ex tempore ſcripſerit defertur quidem ei
hæreditas ſuo tẽpore, adeóque ſecundo loco, id eſt poſt
legitimos inteſtati ſucceſſores *d. l. miles ita in princ.* Sed
tamen non idcirco ſubſtitutus dicetur, ſed inſtitutus ex
tempore, quia primus ille eſt, non ſecundus cui ex te-
ſtamento defertur hæreditas. Cæterum quemadmodum
eo caſu ſuccederet iure directo nec fideicõmiſſum pe-
tere cogeretur à legitimo inteſtati ſucceſſore, quia te-
ſtamentum valeret, ita & alio hærede priore ad certũ
vſque tempus ſcripto, ſubſtitutus eodem iure vtitur, nec
ob id deterioris conditionis ſit quod teſtamentarius
non legitimus hæres ex cauſa ſuccedendi eum præceſ- 27
ſerit. † Itaque quod lex ait ſubſtitutum poſſe bona pa-
tris petere à matre quæ filio puberi & inteſtato ſucceſ-
ſit, ad directã hæreditatis petitionẽ referendum eſt, quæ
datur contra quemcunque hæreditatis poſſeſſorem ſi
pro hærede aut pro poſſeſſore poſſideat, non ad fidei-
cõmiſſariam. Ideò autẽ neceſſaria eſt ſubſtituto petitio
hæreditatis, quod confuſis per filij immixtionem bonis
patris cum bonis filij, omnium poſſeſſio à filio in matrẽ
eandémque legitimam hæredem transfuſa fuerit: quæ
res impedit ne ſubſtitutus capere propria autoritate
poſſit bona militis licet veniant in directam ſubſtitu- 28
tionem. † Eidem verò interpreti cuius inſcitiam & au-
daciam hic prodimus, adſcribo etiam additionem illam
quæ in codices omnes ſolo Florentino excepto irre-
pſit *in l. Lucius 45 de vulg. & pupill. ſubſtit.* ab illis ver-
bis *aliter ſi eiuſdẽ ætatis, vſque ad § Paulus reſpondit*, quã

additionẽ emendationẽ etiam egere docuit Cuiacius *libro 17.cap.26*. Eidem quoque adſcribo quicquid irreptitium eſt *in l.4.eod.tit.* De cuius emendatione ſcribemus *infr.c.29.*† Suaues verò mehercule ſunt interpre-
92 tes noſtri qui ſubſtitutionẽ hanc volunt flecti ad fideicommiſſum fauore ſolius matris, non etiam ſi ſubſtitutus contendat cum aliis ſiue agnatis ſiue cognatis etiã ſi à milite facta ſit. Nam contra hanc diſtinctionem apertiſſimus eſt textus *legis in teſtamento.6.C.de teſt.mil.* in cuius ſpecie cùm inter matrem pupilli & ſubſtitutum à milite contenderetur de iure ſubſtitutionis, non dubitat Imperator quin ſubſtitutus matrem vincere deberet ſi conſtaret factam à milite ſubſtitutionem militarem, id eſt cogitaſſe militem de reciproca ſubſtitutione in ſecundum caſum facienda. Quod tamen in dubio cogitaſſe non præſumitur, ſiue mater ſiue alius agnatus ſit aut cognatus qui ſubſtituto controuerſiam hæreditatis faciat, quia non poteſt id fieri citra interpretationem petendam ex præſumpta teſtatoris voluntate, cui interpretationi & præſumptioni in teſtamento militis locus eſſe nunquam poteſt vt probauimus in ſuperioribus.

CAPVT XIV.

Explicatio l. Scæuola. 76.D. ad S. C. Trebell. l.4.C.de codic.l fundum.92.§.vlt.de legat 1.& alia pleraque de iure codicillorum tam ex teſtamento quàm ab inteſtato.

SVMMARIA.

1 *Quam rationem habeat Scæuolæ reſponſum* in dict. leg.76.

2 *A iuris regulis alienum eſſe, vt ſubſtitutio directa quæ iure directo valere non poteſt, ad cauſam fideicommiſſi trahatur.*

3 *Reÿcitur ratio qua Interpretes motum Scæuolam in dicta lege ad benignam interpretationem decurriſſe exiſtimant.*

4 *Subſtitutionem verbis ciuilibus poſt decimum quartum annum factam ne iure quidem fideicommiſſi valere.*

5 *Nec diſtinguendum eſſe, an verbis ciuilibus & mere directis, an verè communibus ſubſtitutio facta ſit.*

6 *Scæuolam ad id non reſpexiſſe quod pater* in d.l. *verbo communi* ſubſtituo, *potius quàm alio vſus eſſet.*

7 *An cum Cuiacio dicendum ſit ſupradictum Scæuolæ reſponſum pro fundamento pupilli fauorem habere.*

8 *Pupillarem ſubſtitutionem pupillo non ſolùm vtilem ſed honorificam olim fuiſſe, & nunc fauorabilem eſſe.*

9 *Benignam interpretationem in* d.l. Scæuola. *ex fauore pupilli eliciendam non eſſe.*

10 *Benignam interpretationem* in d.l. *admittendam non eſſe, cùm iuris communis & ordinarii, ratio pro ſubſtituto faciat.*

11 *Eum qui cùm teſtamentum nullum feciſſet, in codicillis ab inteſtato ſcriptis hæredem directò inſtituit, hoc ipſo legitimum hæredem rogare intelligi, vt hæreditatem ex cauſa fideicõmiſſi ſcripto hæredi reſtituat.*

12 *Vno tantùm caſu nihil ab illo legitimo hærede deberi.*

13 *Hæreditatem codicillis æquè inutiliter dari ac confirmari, ſed directam dationẽ in fideicõmiſſariã flecti.*

14 *Directam hæreditatis dationem factam teſtamento minus ſolemni quod clauſulam codicillarem vel quamuis aliam enixa voluntatis declarationem contineat, in fideicommiſſariam flecti.*

15 *Potentius eſſe ius codicillorum ſi ab inteſtato, quam ſi ex teſtamento facti ſint.*

16 *Explicantur verba illa* l. 6. in princ.ff. de iur. codicill. nihil egiſſe matrem.

17 *Eum qui codicillis poſt teſtamentum factis hæredem inſtituit, non videri rogaſſe teſtamentarium hæredem vt hæredi in codicillis ſcripto hæreditatem ex fideicommiſſo reſtituat.*

18 *Quis ſit ſenſus* l. non idcirco. C. de codicill. *& an ea de codicillis ab inteſtato facti ſit accipienda?*

19 *Imperatores* in d.l. inteſtato *pro* nullis vocatis teſtibus *dixiſſe.*

20 *Ratio dubitandi & decidendi in eadem lege.*

21 *Frequentiores olim fuiſſe codicillos qui ex teſtamento, quàm qui ab inteſtato fierent.*

22 *Hæreditatem codicillis ab inteſtato ſcriptis directò datam ad fideicommiſſum flecti poſſe.*

23 *Differentia conſtituitur inter codicillos quos quis ſibi ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, & eos quos pupillo fecit ab inteſtato.*

24 *Quid iuris quũ quis inteſtatò moriturus codicillos ſcribit, & in iis hæreditatem ſuam inſtitutionis vel ſubſtitutionis iure directo dat?*

25 *Non minorem eſſe codicillorum ab inteſtato factorum, quàm teſtamenti fauorem.*

26 *Patrem non poſſe filio impuberi codicillos ab inteſtato facere.*

27 *Nec ideò magis id ei permitti debere, quod teſtamentum filio impubere facere poſſit?*

28 *Patrem non prohiberi codicillos teſtamentarios filio impuberi facere, ſi non tantùm ſibi ſed etiam filio teſtatus ſit.*

29 *Nullo caſu admittendum eſſe, vt codicillis ab inteſtato factis pater legitimum impuberis hæredem fideicommiſſo grauare poſſit.*

30 *Teſtamento à patre facto nihil neceſſe eſſe concedi ei facultatem codicillos filio inteſtato faciendi contra communes iuris regulas.*

31 *Legitimum pupilli hæredem eo caſu tacitè ab ipſo pupillo inſtitutum videri.*

32 *Eo caſu quo pater pupilli ſibi teſtamentum fecit, legitimum pupilli hæredem quaſi pupillaris ſubſtituti iure cenſeri.*

33 *Fideicommiſſum à legitimo pupilli hærede quaſi tacitè ſubſtituto, in teſtamento, vel teſtamentariis codicillis relictum pupillo pubere facto euaneſcere.*

34 *Cur in ſpecie* d.l. Scæuola. *ſubſtitutio directò in codicilis facta ad fideicommiſſum ipſo iure non trahatur, ſed benigna interpretatione opus ſit?*

35 *Vnde petenda ſit benigna huius interpretationis ratio?*

36 *Nihil intereſſe legitimi ſucceſſoris pupilli quibus verbis pater vſus ſit, precariis an aliis.*

37 *An ſi in propoſita,* dict.l. *ſpecie pater nullum ſibi teſtamentum feciſſet, aut ſi feciſſet, inutile feciſſet, licèt clauſulam codicillarem habens benignam interpretationem Scæuola fuiſſe admiſſurus.*

38 *Patri non permitti tacitè filio ſuo impuberi legitimum hæredem facere.*

39 *Priuſque eſſe vt pater filio impuberi teſtamentum facere poſſit, quàm vt legitimos ei hæredes tacito iudicio ſubſtituiſſe videatur?*

40 *Poſito quod pater ſiue teſtatus ſiue inteſtatus filio impuberi codicillos ab inteſtato facere poſſit, an mater ſubſtitutis pupillaribus fideicommiſſo obligetur, ſi iis codicillis directa pupillaris ſubſtitutio à patre facta ſit?*

41 *Quomodo Scæuola in ſupradicta lege dubitandi cauſam expreſſerit.*

42 *Scæuolæ reſponſum* in d.l. Scæuola, *ſingulare eſſe, & ad ſuam ſpeciem coarctari debere.*

43 *Hoc reſponſo abuti eos qui ſubſtitutionem militarem in caſum acquiſitæ hæreditatis factam, quaſi directo inutilem iure fideicommiſſi defendunt.*

44 *Nec minùs eos qui* in d.l. *patris codicillos teſtamentarios à codicillis ab inteſtato factis non ſeparant.*

45 *Errare*

45 *Errare quoque eos qui non diſtinguunt non teſtator ii codicillis directò ſubſtituens, de ſua, an de pupilli hæreditate ſenſerit.*

46 *Alius Interpretum error ex illo Scæuolæ reſponſo refellitur.*

1 DIfficile † interpretibus ferè omnibus ſemper viſũ
eſt intelligere, quam rationem habeat quod in
hac lege Scæuola reſpondit, ſi pater filium ſuum impu
berem ex aſſe ſcripſerit hæredem eique codicillis ſub
ſtituerit, deinde filius impubes deceſſerit inutilem qui-
dem eſſe ſubſtitutionem, quia codicillis hæreditas ne-
que dari neque adimi poſſit, ſed tamen benigna inter-
2 pretatione placere vt mater quæ ab inteſtato pupillo
ſucceſſit, ſubſtitutis fideicõmiſſo obligetur. † Videtur
enim hoc abhorrere à iuris regulis vt ſubſtitutio dire-
cta quæ iure directo valere non poteſt trahatur ad cau-
ſam fideicommiſſi, cùm nec fideicõmiſſi verba illa ſũt,
nec aliud quicquam, ex quo appareat teſtatorem aut
codicillantẽ de fideicõmiſſo inducendo cogitaſſe. Quid
enim à fideicommittendi voluntate iam alienum dici
poteſt quàm verbis directis vti, cùm fideicommiſſa
non relinquantur niſi precariis? Idque Scæuola ipſe
fatetur non obſcurè cùm ait hoc fieri *benigna interpretatione*. Nam quid eſſet neceſſe ad benignam interpre-
tationem recurrere ſi iuris ratio non repugnaret. Sed
& verba illa piæ ſe ferunt caſum hunc ſingularem eſſe,
ſpecialémque habere rationem quæ non patiatur vt
facilè trahi poſſit ad conſequentias. In eóque potiſſi-
mùm laborant interpretes vt inueſtigent qua ratio-
ne motus Scæuola ad benignam hanc interpretationẽ
3 decurrendum putauerit. † Nam ſi dicas quod pleriſque
placere video, ita eum reſpondiſſe pro conſeruanda
defuncti hominis ſuprema voluntate vt eo ſaltem mo-
do valeret quo valere poteſt, efficies vt eodem æqui-
tatis colore generaliter concludendum ſit, ſubſtitutio-
nem quamlibet directam ſiue puberi ſiue impuberi filio,
ac ſiue filio ſiue extraneo factum in caſum quoque ac-
quiſitæ hæreditatis, quam conſtat, extra caſum pupil-
latem directo iure valere non poſſe, fideicommiſſi ta-
4 men iure defendendam eſſe. † Quo admiſſo, mendacij
ſimúlque imperitiæ reum facies Papinianum qui *in l. verbis ciuilibus. 7. D. de vulg. & pupill. ſubſt.* apertiſſimè
contrà ſcribit verbis ciuilibus poſt decimum quartum
ætatis annum fruſtra fieri ſubſtitutionem. Nam vt ad
eum locum diximus ſuprà *c.* 12. non poſſet dici fruſtra
factam ſubſtitutionem, quæ tametſi iure directo eſſet
inutilis, tamen in vim fideicommiſſi defenderetur.
5 † Nec eſt quod vulgare illud temperamentum afferas
quo veluti collirio interpretes vti ſolent, adhibita di-
ſtinctione an verbis ciuilibus & merè directis ſubſti-
tutio facta ſit, an communibus, quale volunt eſſe ver-
bum *ſubſtituo* à Scæuola vſurpatum in ea ſpecie de
qua diſputamus. Iam enim à nobis in ſuperioribus
ſatis ſuperque probatum eſt communia verba nulla
prorſus eſſe, ſed omnia omnino vel ciuilia & merè
directa vel precaria: ſed etſi aliqua eſſent communia
nullum tamen magis directum dici poſſe quàm ver-
6 bum *ſubſtituo* quod proprium eſt directarum omnium
ſubſtitutionum. † Et verò non ad id reſpexiſſe Scæuolã,
quòd hoc potiùs quam alio verbo pater vſus eſſet, ex
eo apparet quod ad benignam confugit interpretatio-
nem vt directam ſubſtitutionem flectat in fideicommiſ-
ſariam, cũ tamen benigna dici non poſſet interpretatio
quam ipſa verbi vis & proprietatis eliceret. Eſtque om-
nium apertiſſimus hic locus ad probandum *ſubſtituo*
verbum commune non eſſe ad directam, & ad precariã
7 ſubſtitutionem. Rurſum ſi cum Iacobo Cuiacio cæte-
riſque ferè omnibus recentioribus dicas, reſponſum
hoc Scæuolæ non tam niti præſumptione voluntatis,
quàm fauore pupilli, perinde fiet conſequens vt gene-
raliùs, latiúſque patere debeat, quàm Scæuola voluerit.

Idem enim pupilli fauor extorquere debebit, vt quo-
ties pupillaris ſubſtitutio ex quacunque cauſa inutili-
ter facta erit, defendenda tamen ſit iure fideicommiſſi.
Proinde ſiue pater pupillo tantùm, non etiã ſibi teſta-
mentum fecerit, ſiue ſibi etiã quidem, ſed minùs ritè ac
ſolemniter, ſiue pupillo quẽ teſtamenti aut mortis tem-
pore non habuit in poteſtate, pupillariter ſubſtituerit;
quibus omnibus caſibus in confeſſo eſt, pupillarem ſub-
ſtitutionem non valere, dicendum erit valituram iure
fideicommiſſi, quandoquidem non minor his caſibus
pupilli fauor videri debet quàm cùm in codicillis ſub-
ſtitutio pupillaris facta eſt, imò tanto maior quantò
minus alienum eſt à iuris regulis vt ſubſtitutio hæc in
teſtamento, quam vt in codicillis fiat. Sed neque facilè
videre poſſum quis pupilli fauor in eo verſetur, quod
placet Scæuolæ, vt legitimus pupilli hæres ſubſtitutis
pupillaribus fideicommiſſo obſtringatur. † Nam cùm 8
dicimus pupillarem ſubſtitutionem non ſolùm vtilem
pupillo, ſed etiam honorificam eſſe, ad id reſpicimus
quòd per eam pupillus habeat teſtamentarium hæredẽ
potiùs quàm legitimũ inteſtati ſucceſſorem *l. Iulianus. 42. alias l. ſi pupillus D. de acquir. hæred.* Ius enim haben-
di ex teſtamento hæredis honorificum eſſe creditur,
quia ciuium Romanorum & patrumfamilias propriũ
eſt: pupillo autem vtile ob id potiſſimùm, quòd ea ratio-
ne fiat vt agnatorũ inſidiis minùs expoſita ſit vita pu-
pilli quandiu ignoratur qui ei ſucceſſor futurus ſit. Pro-
pter quam cauſam cauere olim patres ſolebant ne pu-
pillares tabulæ viuo adhuc & impubere filio aperiren-
tur *l. vlt. D. ad S.C. Trebell. §. ſin autem quis Inſt. de pupill. ſubſtit.* Etſi autem ſolent hodie pupillares ſubſtitutiones
æquè apertè fieri ac vulgares, non ſine magno pupillo-
rum periculo, vt proinde non iam ſicut olim vtiles vi-
deri poſſent, non eo tamen minùs fauorabiles ſunt, ſiue
pupilli perſonã intueare, cui honorificentius fuerit ex
teſtamento hæredem habere quàm ab inteſtato: ſiue ius
ipſum teſtamenti, cuius cauſa ſemper fauorabilis nec
immeritò eſſe exiſtimatur, *l. ſi pars. 10. D. de inoff. teſtam.* 9
† At in ſpecie *l. Scæuola*, non facit benigna illa inter-
pretatio quam iſti eliciunt ex fauore pupilli, vt ſubſti-
tutum hæredem habeat ex teſtamento, ſed tantùm vt
mater pupillo ſuccedens ab inteſtato, de hæreditate
ſubſtituto reſtituenda per fideicõmiſſum rogata videa-
tur. Quis ergo pupilli fauor in eo verſari poteſt? Quin
potiùs dicendum eſſet pupillo incommodam & onero-
ſam eſſe interpretationem quæ legitimum ipſius hære-
dem, præſertim matrẽ, à qua nullũ ipſius ſaluti pericu-
lum immineat, ad fideicommiſſum fortaſſis extraneo
præſtandum obliget. Tritum enim vtrumque eſt fidei-
commiſſariam ſubſtitutionem etiam pupillo qui alio-
quin teſtari ipſe non poſſet, oneri eſſe, pupillarem ve-
rò honori. *l. cohæredi. 41. §. cùm filiæ D. de vulg. & pup. ſubſtit.* Quid verò hac parte intereſt an à pupillo ipſo, an
ab eius legitimo ſucceſſore fideicõmiſſum relinquatur?
Igitur alia ratio quærenda eſt propter quam viſum ſit
Scæuolæ, benignam eſſe interpretationem illã quæ fa-
ciat vt pupillaris ſubſtitutio inutilis flectatur fideicom-
miſſũ. † Mihi verò, contrà quam vlli adhuc interpreti 10
in mentẽ venerit, multo difficilius illud videtur, quid
neceſſe fuerit Scæuolæ ad benignã illam interpretatio-
nem recurrere, cùm iuris ordinarij & cõmunis ratio fa-
ceret pro ſubſtituto. Etſi enim codicillis hæreditas dire-
ctò neq; dari neq; adimi poteſt, ſiue ex teſtamẽto cõfir-
mati ſint, ne per codicillos qui ex teſtamento valerẽt,
ipſum teſtamentũ quod vires per inſtitutionem hære-
dis acciperet, confirmari aut deſtrui videretur, vt ele-
ganter Papinianus ratiocinatur *in l. quod per manus 10. D. de iur. codicill.* ſiue ab inteſtato facti ſint, ne hoc ipſo
teſtamentum factum videri poſſet, aut codicillorum
& teſtamentorum iura confunderentur *§. penult. Inſtit. eod. tit. leg. ſi idem. 7. C. eod. l. non codicillum. 14. C. de teſtam.* † Tamen ſi is qui teſtamenti tabulas nullas fe- 11

cit codicillos ab inteſtato ſcribat,& in iis hæredem di-
recto inſtituat,hoc ipſo legitimum hæredem rogare in-
telligitur vt hæreditatem ſcripto hæredi ex cauſa fidei
commiſſi reſtituat, dummodo dubitari non poſſit quin
voluerit defunctus eam ſcripturam inſtar habere co
dicillorum : quomodo idem Papinianus loquitur *in l.*
12 *illum enim.13.§.1.De iur.codic.*† vbi addit non niſi vno
caſu nihil à legitimo hærede deberi,nimirum ſi defun-
ctus teſtamentum ſe facere exiſtimauerit.Quod etſi in
dubio præſumendum eſt cum ea ſcriptura hæredis in-
ſtitutionem aut exhæredationem continet,aut vulgarē
ſubſtitutionē aut legata aliáve huiuſmodi quæ in teſta-
mentum,non codicillos conferri ſolent vt ibidem Pa-
pinianus ſubiicit,& ſcriptum etiam eſt *in d.l. non codi-
cillum,*nullus tamē præſumptioni aut dubitationi locus
relinquitur,cum paterfamilias codicillos ſe facere velle
dixit. Quò etiam pertinet quod *in l.2.2.§.vlt.eo. tit.* ex
Iuliano proponitur, hæreditatē teſtamento inutiliter
datā non poſſe codicillis confirmari quaſi hæreditatē,
ſed tamen ex fideicōmiſſo peti poſſe ſalua legis falci
13 diæ ratione.† Quid enim refert an hæreditas codicillis
detur,an confirmetur ? Vtrumque inutiliter fit,ſed po-
ſterius hoc,vt ita dicam,inutilius, quia duplici ratione
confirmatio illa impeditur. Vna,quod confirmatio da-
tionis datio quædam ſit,nec proinde fieri queat vt hæ-
reditas confirmetur in ea ſcriptura in qua dari nō poſ
ſet.Altera quòd inutilis actus præcedentis vtilis cōfir-
matio fieri nequeat,quod enim inutiliter factum eſt,ex
integro faciendum non confirmandum eſt. Et tamen
inutiliter datæ in teſtamento hæreditatis confirmatio
adhuc inutilior in codicillis facta prodeſt vt legitimi
hæredes de hæreditate illa ex fideicōmiſſo reſtituenda
rogati exiſtimentur. Quidni ergo proderit datio ipſa
hæreditatis licet inutiliter directo facta,vt flectatur in
fideicōmiſſum?† Sed & ſi quis facto teſtamento minùs
14 ſolemni in quo hæres directis & ciuilibus verbis inſti-
tuit clauſulam codicillarem in eo adſcripſerit, de qua
*in l.3.D.de teſtam.milit.& in l.vlt.C.de codicill.*vt ſcilicet
teſtamentum valeat vice codicillorum, perinde dici-
mus directam hæreditatis dationem conuerti in fidei-
commiſſariam. Quinimò etiamſi neque clauſulæ codi-
cillaris, neque codicillorum mentio vlla facta ſit,
ſed ita fortè teſtator ſcripſerit,*Hoc teſtamentum volo eſ-
ſe ratum quacunque ratione poterit vt in l.ex ea ſcriptura.
29.D.qui teſtam.facer.poſſ.* Aut vt in *l. Titia 13.de ineff.
teſtam.* Aut quomodo Lucius ille Titius de quo idem
noſter Scæuola *in l. Lucius.88. aliàs l.codicillis §.vlt.de
legat.2. Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine
vllo iuriſperito,rationē animi mei ſecutus potius quā nimiā
& miſeram diligentiam : & ſi minus aliquid legitimè mi-
núſve peritè fecero,pro iure legitimo haberi debet hominis
ſani voluntas.* Nam cùm in eo teſtamento hæredes in-
ſtituiſſet, poſteà verò inutiliter factum eſſe teſtamen-
tum conſtitiſſet,nō dubitat Scæuola quin inteſtati eius
bonorum poſſeſſione petita portiones hæreditariæ hæ-
redibus adſcriptæ ex cauſa fideicommiſſi peti poſſint.
Quanto igitur magis idem reſpondiſſet ſi teſtator ille
vel apertiorib. verbis clauſulā codicillarē adſcripſiſſet,
vel nihil niſi codicillos ab inteſtato feciſſet ? † Ideo
15 autem de codicillis ab inteſtato factis loquimur, quo-
niam fortius & potentius eorum ius eſt,quàm ſi ex te-
ſtamento facti eſſent.Qui enim teſtamento confirmati
ſunt,ſiue teſtamentum præceſſerit, ſiue ſubſecuti ſint,
non poſſunt hæredis inſtituti ius vlla ex parte lædere
aut minuere , ſi quid in iis verbis directis ſcriptum ſit
ad cauſam hæreditatis pertinens , ſiue data hæreditas
ſiue adempta ,ſiue conditio inſtitutioni adiecta , ſiue
directa ſubſtitutio facta proponatur *l. pen.§. vlt.D. de*
16 *cond.inſt.l.Diui.6. in princ.D. de iur.codicill.*† vbi Mar-
cianus refert , à Seuero & Antonino reſcriptum eſſe
nihil egiſſe matrem quæ cùm liberos hæredes ſuos pu-
rè inſtituerit , conditionem emancipationis codicillis
adiecit,quia inquit,neque conditionem hæredi inſtitu-
to codicillis adiicere neque ſubſtituere directo poteſt.
Non enim nihil geſſiſſe dici poſſet ſi quæ in codicillis
perperā directis verbis ſanxiſſet,fideicommiſſi iure de-
fenderentur. Quemadmodum ex eo quod Papinianus
ſcribit *in l. verbis ciuilibus.7. De vulg. & pupill.ſubſtit.*
verbis ciuilibus vltra decimumquartum annum ſubſti-
tutionem *fruſtra fieri* probauimus in ſuperioribus : non
igitur flecti ad fideicommiſſum , quia non fieret 17
fruſtra quæ fideicōmiſſi iure valeret.† Putóque eò ſpe-
ctare Papiniani verba illa *in d. l. illud.13.§.1.de iur.co-
dicill. Tractari,*inquit, *ſolet de eo qui cùm tabulas teſta-
menti non feciſſet,codicillis ita ſcripſit, Titium hæredē eſſe
volo.*Vt intelligamus nō ſimiliter tractari,id eſt dubitā
poſſe de eo qui facto iam teſtamento codicillis hæredē
ſcripſerit, an hæredē teſtamentariū rogaſſe videatur de
hæreditate ex fideicōmiſſo reſtituenda,ei quē ſubinde
in codicillis hæredē ſcripſit.Certū.n. eſt nullū ex eiuſ-
modi codicillis induci fideicōmiſſū,non ſolùm quod ad
ipſam hæredis inſtitutionē de qua minùs dubitari po-
teſt,ſed & quod ad legata,niſi ſi quod expreſſim & ver- 18
bis precariis relictū ſit†.Quæ ſententia eſt legis *Nō id-
circo. 4. C. de codicill.*ea tantùm ex codicillis debita
eſſe admittentis quæ precariis verbis relicta ſunt. Nā
ſi de codicillis ab inteſtato factis loqueretur,quomodo
omnes,vt opinor,quotquot vnquā fuerunt interpretes
intellexerūt,valerēt proculdubio illa etiā quæ directis
verbis relicta eſſent,non quidē iure directo,ſed iure fi-
deicōmmiſſi:cùm multo facilius aut ſaltē nō difficilius
ſit cōuerti legata in fideicōmiſſa quàm inſtitutionē di-
rectā in ſubſtitutionē fideicōmiſſariā *l.quærebatur.19.§.ſ.
de teſtam.milit.*† Interpretes fefellerunt verba illa *quòd
inteſtato abſente codicillos mater tua fecit,*nō animaduer- 19
tentes *inteſtato* dixiſſe † Imperatores,pro eo quod eſt
*nullis conuocatis teſtibus,*Quemadmodū ex contrario di-
cemus *teſtato* quid fieri,pro eo quod eſt *teſtibus conuoca-
tis l. vlt. D.de leg. commiſſ.l.qui Romæ 122.in princip.&
§. cohæredes de verb. obl.* † Dubitandi autem vo
cauſa pro filio erat , quod cùm teſtamento matris hæ-
res ſcriptus fuiſſet , vt *in l.2.eod.tit.*atque ita ius ei ali-
quod ex teſtamento quæſitum videretur,non debuerat
eius cōdicio deterior fieri per codicillos quos mater nō
ſolùm ipſo abſente, ſed etiā nullis conuocatis teſtibus
feciſſet.Sed decidendi ratio eſt quòd codicilli nullā iu-
ris ſolēnitatē deſiderent,*§.vlt.Inſtit.de codicill.*nec pro-
inde teſtium conuocationem illam ſolennem quæ in
teſtamētis requiritur,*l.vlt.C.eod.*multo minùs autē præ-
ſentiā hæredis inſtituti.Quippe cui nullum ex teſtamē-
to ius ante mortē teſtātis quæſitū dici poſſit:licèt mul-
to minor aut potius nulla prorſus futura ſit dubitatio
in codicillis ab inteſtato factis abſente eo qui non niſi
legitimus hæres ſit.† Et verò frequentiores olim fuiſ- 21
ſe codicillos qui ex teſtamento quàm qui ab inteſtato
fierent,vt pote à quib codicillorum ius exordiū ſumpſe-
rit vt Iuſtinianus refert *in princip. tit. de codicill. inſtit.*
adeóque potentius eſſe ius hæredis inſtituti quā legiti-
mi ex eo colligi poteſt quod Papinianus *in d.l. quod
per manus.10. De iur codicill.*propoſita quæſtione illa ge-
nerali,Cur in codicillis hæreditas dari non poſſit , af-
fert rationē ad teſtamentarios duntaxat codicillos per-
tinentem *ne,*inquit, *per codicillos qui ex teſtamento vale-
rent,ipſū teſtamentū quod vires per inſtitutionē hæredū ac-
cipit,cōfirmari videretur.*† Ex quo illud etiā apparet, li- 22
cèt in codicillis inteſtati æquè in teſtamentariis hære-
ditas inutiliter directò detur,nō tamē vſque adeò inu-
tiliter eā dari quin flecti poſſit ad fideicōmiſſū , quoniā
ea res non lædit ius ſucceſſionis inteſtati hæredíſque le-
gitimi,quod nec commune quicquā habet cum iure co-
dicillorum ab inteſtato factorum vt ab inteſtati ſuc-
ceſſione pendêre videantur,quomodo pendent ex teſta-
mento ij qui ſiue ante ſiue poſt teſtamentum fiunt,
vt mirum non ſit ſi non tantam vim habeant ad læ-
dendum

dendum ius hæredis ſcripti, ex cuius inſtitutione cõfir-
mantur: læderent autem ſi fideicommiſſo eum obſtrin
gerent à quo nihil petitum eſſe quique ſuo iure hæres
exiſteret *ar. d. l. illud enim, in princ.* Hancque diſſerentiã
elegan er Paulus expreſſit *in l. ab inteſtato. 10. eo* illis
verbis *inteſtato patrefamilias mortuo nihil deſiderant co-
dicilli, ſed vicem teſtamenti obtinent: teſtamento autem fãcti-
ius ſequuntur eius.* Quæ cùm ita ſint, non eſt iam quod
quis miretur directam ſubſtitutionem in codicillis inu-
tiliter factam defendi iure fideicõmiſſi. Sed illud, meo
iudicio, longe magis mirandum eſt quod tamen nemo
miratur, quamobrem in ea ſpecie quã Scæuola tractat
in d. l. Scæuola neceſſariam putet ille benignam inter-
pretationem ad ſubſtitutum ex fideicommiſſo admit-
tendum quaſi deficiente iure. † Dicam quod mihi vide-
23 tur, & ni fallor, ipſum quod res eſt, quamuis à nomi-
ne adhuc animaduerſum. Differentia hac parte conſti-
tuenda eſt, & elegans & vera, inter ſubſtitutionem pu-
pillarem & cæteras directas, id eſt inter codicillos
quos quis ſibi ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, &
eos quos pupillo fecerit ab inteſtato † Cum quis inte-
24 ſtatus moriturus codicillos ſcribit & in iis directò dat
hæreditatem ſuam, ſiue inſtitutionis ſiue ſubſtitutionis
iure, tum ea proculdubio locum habent quæ hucuſque
diximus, id eſt, quiſquis ab inteſtato ſuccedit rogatus
intelligitur de hæreditate per fideicommiſſum reſti-
tuenda eis qui hæredes directò inſtituti fuerunt aut
ſubſtituti: quoniam alioqui fieret vt ſuprema defuncti
hominis volũtas deſtitueretur, ni eo ſaltẽ modo valeret
quo valere poteſt, id eſt per fideicõmiſſum: quod tamẽ
25 ferendum non eſt, † quia tantus fauor eſt codicillorum
nullo facto teſtamento, quantus teſtamenti eſſet ſi
teſtamentum factum fuiſſet, cùm teſtamenti vicem
eo caſu obtineant, vt diximus, nec aliud quidquam
exigimus niſi vt paterfamilias codicillos facere vo-
luerit, non etiam teſtamentum ſe facere putauerit
d. l. 13. §. 1. de iur. cod c. Sic enim fert ius codicillorum
cùm ab inteſtato fiunt, vt quemadmodum ad eum qui
legitimus hæres futurus eſt dirigi eos neceſſe eſt, ſi non
ex verbis, ſaltem ex voluntate illius qui codicillos ſcri-
bit (de quo enim alio obligando ſenſiſſe videri poſſet
is qui moritur inteſtatus? indeque nimirum fiebat
olim ſæpius vt per epiſtolam fierent codicilli) ita hoc
ipſo quo fiunt codicilli ab inteſtato, legitimus hæres
26 rogatus videatur, licèt verba precaria nulla ſint. † At
cum paterfamilias etiam teſtatus codicillis hæredem
ſcribit non ſibi, ſed filio impuberi, verius eſt vſque adeò
inutilem eſſe directam illam dationem hæreditatis, vt
nec fideicommiſſi iure defendatur, quia nec codicilli
illi, quod ad pupillum attinet, ab inteſtato facti eſſe in-
telliguntur. Hoc ipſum verò cur? Ita quia nec ab inte-
ſtato codicillos habere pupillus poteſt. Non enim ſicu-
ti permiſſũ eſt patri pupillariter ſubſtituere filio impu-
beri quem habet in poteſtate vt inducat ei hæredẽ te-
ſtamentariũ, quòd ea res pupillo & vtilis & honorifica
fore creditur vt diximus: ita & permiſſũ aut permittẽ-
dũ patri fuit, vt pupillo codicillos faceret ab inteſtato,
cùm per eos pupillo hæres dari non poſſit. Atqui cer-
tum eſt pupillum non alios codicillos habere poſſe quã
ſi quos ei facere patri permittatur. Codicillos enim ei
demum facere poteſt qui & teſtamentũ facere poteſt,
d. l. Diui. 6. §. pen. l. conficiuntur. 8. §. codicilli eod. tit. Conſe-
quens ergo eſt vt nullos ab inteſtato habere poſſit. † Nã
27 ſi dicas ei iuris regulæ quæ habet codicillos facere non
poſſe niſi eũ qui & teſtãdi ius habeat, magis cõſequens
videri vt ex contrario, igitur quiſquis teſtari poteſt poſ-
ſit etiam codicillos facere, ac proinde vt patri non mi-
nùs licere debeat codicillos pupillo facere, etiã ab inte
ſtato: cui etiam teſtamentũ facere poteſt, accedẽte præ-
ſertim alia iuris regula, quæ non patitur vt cui plus li-
cet non debeat etiam quod minus eſt nõ licere *l. non de-
bet. 21. de reg. iur.* Iam reſpondi, ſingulari quodã iure &

contra receptas iuris regulas inductũ moribus fuiſſe vt
pupillo teſtamentũ facere pater poſſet, non alia ratio-
ne quàm vt impuberis ſaluti proſpiceretur dato ei hæ-
rede teſtamẽtario vt à legitimorũ ſucceſſorũ, qui ſemper
certi ſunt, inſidiis minùs cauendũ haberet, de codicil-
lis autẽ pupillo inteſtato faciendis nihil cautũ aut per-
miſſũ fuiſſe, quòd ea res ad pupilli vtilitatẽ aut hono-
rem nihil pertineret. Et ſanè captioſa eſt collectio à
teſtamento ad codicillos ab inteſtato factos vbi nõ ea-
dem teſtamenti & codicillorũ inteſtati ratio eſt. † Nam 28
de codicillis teſtamentariis non puto dubitandũ, quin
patri liceat eos facere pupillo eadem prorſus ratione
qua & teſtamentũ facere poteſt, dũmodò non ſibi tan-
tùm, ſed etiã filio teſtatus ſit, cùm ex ipſo teſtamẽto vi-
res capiãt eiúſque acceſſio ſint, & ſequela. Codicillos
autẽ inteſtato filio facere pater nõ poteſt, quia nec ne-
ceſſe eſt. Quid? An nõ ſicuti conceditur vnicuique ab
eo ad quẽ legitima eius hæreditas vel bonorũ poſſeſſio
peruentura eſt, fideicommiſſũ dare, ita & ab eo quẽ im-
puberis filij legitima hæreditas vel bonorũ poſſeſſio
peruentura eſt, fideicommiſſa rectè dantur? Fateor. Sic
enim Iulianus ſcribit *in l. ſi fundũ. 61. § vlt. de leg. 1.* Sed
id omnimodo ita accipiendũ eſt ſi pater ſibi ipſi
teſtamentũ fecerit ac præterea teſtamento illo aut co-
dicillis ſuis ex eo teſtamento valentibus fideicõmiſſũ à
legitimo pupilli hærede dederit, non etiam ſi codicillos
tantùm aut ſibi ſoli, aut pupillo ſoli aut vtrique fecerit
ab inteſtato, aut etiam ſibi quidem ex teſtamento, ſed
filio ſuo non niſi ab inteſtato. † Nullo enim prorſus 29
caſu admittendum eſt, vt codicillis ab inteſtato factis
pater legitimum impuberis hæredẽ fideicommiſſo gra-
uare poſſit, nec ſi precariis in eam rem verbis vſus pro-
ponatur. Idque apparet euidenter ex coniunctione *l.
planè. 94. eod. tit.* vbi idem Iulianus ſubiicit in hæc verba:
*Planè ſi filium impuberem exhæredauerit, fideicommiſſum
legitimus hæres præſtare cogendus non erit, niſi idẽ & patri
hæres fuerit.* Ne dubitare quis poſſet quin ſuperior ſen-
tentia eo demum caſu locum haberet quo non ſolùm
teſtatus pater fuiſſet, ſed etiã filiũ impuberẽ inſtituiſ-
ſet, aut eum ſaltẽ qui legitimus pupilli ſucceſſor futu-
rus eſſet. Qui enim fiat vt viuo impubere legitimus hæ-
res ipſius impuberis ſit etiã hæres patris niſi ex teſta-
mento? Prius ſiquidẽ eſt vt filius exhæres ſit, quàm vt
alius quiſpiã hæres ſit patris: porro filius exhæredari niſi
in teſtamento nõ poteſt. Factũ igitur à patre teſtamen-
tum eſſe neceſſe eſt: vt à legitimo filij hærede fideicõ-
miſſum vtiliter detur, ſiue eodẽ teſtamento, ſiue, quod
hac parte idẽ eſt, codicillis eo teſtamento, confirmatis
fideicõmiſſũ detur. † Facto autẽ à patre teſtamento ni- 30
hil neceſſe eſt concedi facultatẽ patri codicillos inte-
ſtato filio faciendi contra cõmunes iuris regulas, cum ſi
quid teſtamento prætermiſſum eſt, quod ab inteſtati
pupilli ſucceſſoribus præſtari velit, poſſit pater id con-
ferre in codicillos ſuos ex eo teſtamento valituros. Nã
cùm pater teſtatus eſt, ratio iuris facit vt ſicuti filio
quoque teſtamentum facere poſſet ſi vellet ita ſi malit,
inteſtatum illum decedere, fideicõmiſſum ab eius legiti-
mo hærede relinquere poſſit, ſi modò vel filiũ ipſũ hæ-
redẽ inſtituerit, vel legitimũ ipſius ſucceſſorẽ. † Quidni 31
verò? Cùm eo caſu dici poſſit legitimum pupilli hære-
dem tacitè à pupillo ipſo inſtitutum videri, quoniam
& expreſſè inſtitui potuiſſet. Nulla enim tùm differen-
tia eſt inter pupillum, & cæteros patresfamilias quos di-
cimus ſi cùm teſtamentũ facere poſſẽt inteſtati dece-
dere maluerint, videri ſponte ſua legitimis hæredibus
relinquere hæreditatẽ, *l. 3. l. conficiuntur 8. D. de iur. co-
dicill.* Id enim eſt quod Paulus ait *in l. ab ex hæredat. 126.
de legat. 1.* legitimos hæredes cogi præſtare fideicom-
miſſa à ſe relicta eo ipſo iure quo ſi ſcripti fuiſſent. † 32
Itaque nõ malè quis meo iudicio dixerit legitimũ pu-
pilli hæredẽ hoc caſu quo pater ſibi teſtamẽtũ fecerit
eo quo diximus modo, quaſi pupillaris ſubſtituti iure

cenſeri, exemplo cohæredis legitimi quem in portio
ne cohæredis etiam ab inteſtato quaſi ſubſtitutum vi
deri Vlpianus ait *in l. ſi Titio.61.§.Iulia in de leg.2* quo
modo, ac multo magis, eum qui ſecundo loco & gra
du conſtitutos tempore teſtamenti poſteà hæreditatis
adeundæ tempore proximior reperitur in cauſa ſucceſ
ſionis inteſtati, *l.1.§.vlt. de leg.3.* iuxta eam interpre
tationem & emendationem quam nos docuimus *lib.4.*
33 *c.15.* † Nam & inde illud fit quemadmodum ſubſtitu-
tio pupillaris finiretur pubertate, nec aliter deberen-
tur legata à ſubſtituto pupillari relicta, quàm ſi filius
in pupillari ætate decederet: ita fideicommiſſum à le-
gitimo pupilli hærede quaſi tacitè ſubſtituto relictum
in teſtamento aut confirmatis, id eſt tementatis codi-
cillis patris non aliter debeatur, quàm ſi filius impubes
decedat, filio autem pubere facto euaneſcat, vt ex Vl-
piano ad Iuliani ſententiam explicationis gratia addi-
tum eſt *in l. quod fideicommiſſum. 93.de leg.1.* Etſi enim
legitimus ille pupilli hæres, quem nos quaſi pupillarem
ſubſtitutum appellamus, etiam poſt pubertatẽ defuncto
filio ad eius ſucceſſionem admittitur, deſinit tamen ex
eo tempore videri pupillaris ſubſtitutus, non ſecus acſi
per expreſſam pupillarem ſubſtitutus eſſet, ſuccedit que
quaſi ab ipſo pubere iam & patre familias facto, non
quaſi à patre impuberis nomine, & patriæ poteſtatis iu-
re tacitè inſtitutus. Et conſequenter fideicommiſſa quæ
ab eo tanquam à ſubſtituto quaſi pupillari pater dedit,
intereidunt, quia nec initio ab eo dari in id tempus po-
34 tuiſſent. † Ergo, vt ad Scæuolam noſtrum redeamus, cùm
eam ſpeciem tractet in qua pater filium ſuum impube-
rem ex aſſe ſcripſerat hæredem, dubitari non poteſt,
quin ſiue in eo teſtamẽto, ſiue in codicillis ſubſecutis,
potuerit pater rogare matrem & alios quoſlibet inteſta-
ti filij ſucceſſores futuros de reſtituenda per fideicom-
miſſum pupilli hæreditate *d.l.ſi fundum in fine.* Sed cùm
iis codicillis directò & pupillariter ſubſtituiſſet, non
poterat illa proponi quæſtio, an fideicommiſſum debe-
retur, quod tel ctum non erat, ſed an ſubſtitutio pupil-
laris adeò eſſet inutilis vt nec ad cauſam fideicommiſſi
proficere poſſet, Inutilem quidem eſſe conſtat, quoni-
am directa eſt & pupillaris, certum autem eſt codicillis
hæreditatem directò neque dari neque adimi poſſe:
ſed ſi nihil aliud obſtaret, non faceret ea quominus hæ-
reditas ex fideicommiſſo peti poſſet: quamuis pupillus
ipſe inteſtatus deceſſiſſet, quemadmodum contingeret
ſi paterfamilias codicillis ab inteſtato factis hæredem
in eis directò inſtituiſſet *d.l 2.§. vlt. d.l.illud.13.§.1.D.
de iur.codicil.d.l.vlt.C.eod.* Quid igitur obſtat? Hoc vnũ
quod codicilli illi teſtamentarij in quibus pupillaris
ſubſtitutio facta eſt, non ſunt filij, ſed patris, quia vt
diximus, codicillos habere ab inteſtato pupillus nun-
quam poteſt. Abſurdum autem ſit codicillos patris ex
teſtamento factus eam vim habere vt ſubſtitutionem
pupillarem quæ non patris ſed filij teſtamentum eſt, fle-
ctant ad fideicommiſſum à legitimo pupilli hærede præ-
ſtandum. Toties enim directa inſtitutio aut ſubſtitutio
in codicillis inteſtati facta induerit fideicommiſſum ab
inteſtato, quoties illius codicilli ſunt de cuius ipſius hæ-
reditate agitur, non cùm vnius perſonæ codicilli ſunt,
alterius verò hæreditas iis codicillis directò data, vt hic
contingit. Neque verò aut melior aut alia vlla ratio
quærẽda eſt propter quã in propoſita ſpecie directa ſub
35 ſtitutio in codicillis facta fideicommiſſũ non trahatur
ipſo iure, ſed opus ſit benigna interpretatione. † Ac
difficilius illud nunc eſt quod inueſtigandum ſupereſt,
quænã ratio benignam illã interpretationem extorſe-
rit, nõ Scæuolæ tantùm iudicio, quẽ alioqui conſtat iu-
ris religioſiſſimũ fuiſſe, ſed conſentiente tota ipſa iuriſ-
prudentia Sic enim Scæuola ſcribit *tamen benigna inter-
pretatione placet vt mater qua ab inteſtato pupillo ſucceſſit
ſubſtitutis fidei-cõm ſſo obligetur.* Solent autem prudentes
verbũ illud *placet* vſurpare cùm aliquid exprimunt,

quod à tota iuriſprudentia receptum ſit ſiue ex æquita-
te, ſiue ex ſtricto iure vt in *l.4. De liber.& poſthu.l.pla-
cet.79.de acquir.hære.l.in cai.42.l.obliget omnium fere.44 §.
1.de obliga.& act.* aliiſque ſexcentis locis Ego primo be-
nignæ huius interpretationis rationẽ ex eo petẽdã eſ-
ſe quod iam diximus patrem qui ſibi teſtamentũ fecit,
licet nullum filio fecerit poſſe tamen ſiue in teſtamen-
to ſuo, ſiue in codicillis eo teſtamento confirmatis, fidei-
commiſſũ totius hæreditatis relinquere à legitimo pu-
pilli ſucceſſore, tanquam à quaſi ſubſtituto pupillari,
quoniã expreſſim illum & ſubſtituere & onerare ſi vo-
luiſſet, potuiſſet. † Quamquàm enim non aliter id face- 36
re ſummo iure poteſt quàm ſi verbis precariis quæ fi-
deicommiſſorum propria ſunt in eam rem vtatur nihil
tamen intereſt legitimi ſucceſſores pupilli quibus ver-
bis pater vſus ſit: ac multo æquius eſt obſequi cum vo-
luntati patris, cùm hoc ipſum quod hodie ſuccedit pu-
pillo inteſtato, habere ſit credẽdus ex iudicio patris &
quaſi ab ipſo per tacitã vt modo dicebamus pupillarẽ
impuberi ſubſtitutus, quandoquidẽ hæreditas ei adimi
& in extraneũ quemlibet trãsferri potuiſſet, ſi extraneũ
filio ſolẽniter ſubſtituere pater, dixiſſet, voluiſſet. Vo-
luntas enim patris pupillariter ſubſtituẽtis licet in co-
dicillis, aperta illa eſt vt pupilli hæreditas non ad legi-
timos ſucceſſores, ſed ad pupillarem ſubſtitutum per-
ueniat: & quãuis non poſſit ea res impedire ſucceſſionẽ
inteſtati, quia nec poteſt facere teſtator quin leges in
ſuo teſtamẽto ſuiſve codicillis locum habeant, mone-
re tamen debet ne audiatur legitimus pupilli hæres im-
pugnans voluntatẽ eius ex cuius tacito ſuccedit. † Ex 37
quo apparet, ſi in ea ſpecie quã tractamus nullum ſibi
teſtamentum pater feciſſet, aut feciſſet quidẽ, ſed inu-
tile, licet clauſulam habẽs codicillarẽ, aliud proculdu-
bio reſponſurum Scæuolam, nec benignam hanc inter-
pretationẽ admiſſurum illo caſu fuiſſe. Nimirũ quia nec
fideicommiſſi verbis potuiſſet pater fideicommiſſum vl-
lũ relinquere à legitimo pupilli ſucceſſore qui ſuo iure
ſolóque legum auxilio, non etiam tacito patris iudicio
pupillo ſucceſſiſſet. † Dicat aliquis, imò verò etiã in- 38
teſtato patre mortuo dici adhuc poſſe filium impuberẽ
eundémque legitimum patris hæredem aut potiùs ſu-
um, ab ipſo patre tacitè inſtitutum videri *d.l.conficiun-
tur*, ob idque non minùs patri permittendum eſſe vt fi-
lio ſuo hæredem faciat non quidem expreſſim, ſed eo
ipſo modo quo ſibi facit, id eſt tacitè quodammodo
pupilli nomine inſtituto illo quẽ pupillus hæredem le-
gitimum habiturus eſt: ſiquidem pupillus quandiu in ea
manet ætate, nõ magis tacitè quàm expreſsè inſtituen-
di hæredis ius habet: & conſequenter nec ipſi iniuriã
fieri ſi ea taciti hæredis inſtitutio patri interim permit-
tatur: nec legitimo pupilli ſucceſſori ſi obligetur ad ea
omnia præſtanda quæ pater in codicillis ab inteſtato
factis reliquit, haud ſecus acſi ipſe patris legitimus hæ-
res eſſet vel à patre teſtamentum factũ fuiſſet in quo
vel filius vel idem ille filij hæres legitimus inſtitutus
proponeretur, quaſi eadem, vt ita dicam, & iuris &
voluntatis proportione. An non enim ex tacito illo
patris iudicio qui & inteſtatus ipſe, & filium quoque
inteſtatũ mori voluit, tantundẽ lucri & cõmodi legi-
timus filij hæres conſequitur quantũ ſi & filius à patre
ſcriptus eſſet & ipſe filio à patre pupillariter ſubſtitu-
tus? Verùm reſpondeo, nõ eſſe hæc ſimilia † Prius enim 39
eſſe vt pater impuberi teſtamẽtum facere poſſit quã vt
legitimos filij hæredes tacito iudicio ei ſubſtituiſſe vi-
deatur. Porrò ita comparatũ eſſe vt nõ prius filio teſtari
pater poſſit quã ſibi ipſi teſtamentũ fecerit, & quidem
per ſcripturã aut nuncupationem. Non enim ſufficere
quòd teſtamentũ facere ſi velit poſſit, quòdque inteſta-
tus moriens videatur hoc ipſo tacitè inſtituere filium ſuũ
hæredẽ Confunderentur namque iura omnia ſucceſſionũ
teſtati & inteſtati, ſi tacita illa inſtitutio quæ ex hominis
ab inteſtato morientis præſũpta volũtate colligitur, pro

testamento

teſtamento haberetur: neque vnquam diceretur quiſpiam decedere teſtatus.
40 † At ex contrario, ne quid prætermittamus quo rem tam obſcuram & difficilem elucidare & explicare poſſim, finge ita ius eſſe vt ſiue teſtatus ſiue inteſtatus pater codicillos filio impuberi facere poſſit ab inteſtato, iiſque codicillis factam eſſe à patre directam pupillarem ſubſtitutionem: intrepidè dicerem futurum eo caſu vt mater quæ filio impuberi ab inteſtato ſucceſſiſſet, ſubſtitutis pupillaribus fideicommiſſo obligaretur, idque non ex benigna aliqua interpretatione, licetq́ue verum foret hæreditatem codicillis directò dari non poſſe, ſed ex ratione iuris communis quæ facit vt quicquid in fideicommiſſis ab inteſtato factis relinquitur verbis directis, ſiue hæreditas ſit, ſiue legatum, ſiue libertas, aut quid aliud ſimile, ex fideicommiſſo debeatur. Nam ſi quemadmodū teſtamentum volente patre, ita & codicillos ab inteſtato habere pupillus poſſet, nulla ratio eſſet cur non in hac etiam parte cæterorum patrumfamilias iure vti deberet. † Itaque obſeruandum eſt quod dubitandi cau-
41 ſam Scæuola ſic expreſſit, *Licèt ſubſtitutio inutilis ſit, quia codicillis hæreditas neque dari neque adimi poteſt.* Nō dixit *licet ſubſtitutio directa in codicillis inteſtati facta non poſſit trahi ad cauſam fideicommiſſi* (id enim falſum fuiſſet, ac prætereà parum ad rem accommodatum, quia de codicillis teſtamentariis Scæuola tractabat, nec rurſum codicillos ab inteſtato habere pupillus vnquam intelligitur) ſed dixi ſimpliciter ſubſtitutionem inutilem eſſe, quia codicillis hæreditas neque dari neque adimi poteſt: de codicillis nimirum ſentiens non pupilli, ſed patris, cui non magis permittitur vt pupillarē hæreditatem quam vt ſuam det in codicillis. In eo tamen patrefamilias, qui codicillos ab inteſtato feciſſet, iiſque ſuam non alienam hæreditatem directò reliquiſſet, ſiue per inſtitutionem duntaxat ſiue per adiectam inſtitutioni vulgarem ſubſtitutionem, ratio illa dubitādi & falſa eſſet & inepta. Non enim illa inſtitutio aut ſubſtitutio directa abſolutè inutilis dici poſſet quæ iure communi & citra benignam interpretationem valeret fideicommiſſi. Et quod ſubiicit Scæuola *quia codicillis hæreditas neque dari neque adimi poteſt*, æquè falſum eſſet quando & dari & adimi per fideicommiſſum poteſt, licet directò non poſſit § *penult. Inſtit. de codicil.* In pupillo tamen abſolutè quomodo Scæuola concepit id verum eſt, nec fuit neceſſe adiicere dictionem illam *directè* vt abſolutè vera eſſet ratio, quia de fideicommiſſo ex pupillaribus inteſtati codicillis inducendo tractari hic non poteſt, cùm nec eiuſmodi codicillos pupillus habere vnquam poſſit. † Conſtat igitur ex ſu-
42 perioribus, vt tandem concludamus, verum eſſe quod in tota hac diſputatione monuimus reſponſum hoc Scæuolæ eſſe valde ſingulare, & ad ſuam ſpeciem omnino coarctari debere: nimiſque eo abuſos interpretes vt probarent ſubſtitutionem pupillarem in teſtamento pagani factam verbis communibus, poſt decimumquartum annum flectendam ad fideicommiſſum benigna interpretatione: nam & in ea ipſa ſpecie quam Scæuola tractat non aliter locum habet benigna illa interpretatio quàm ſi filius impubes deceſſerit. Quinimò etiamſi fideicommiſſum verbis precariis à legitimo pupilli hærede iis codicillis relictum eſſet, quod ſuo iure pater dummodò facto ſibi teſtamento relinquere poſſet, tamen poſt pupillarem ætatem deberi deſineret, neque benigna interpretatione magis quàm ipſo iure ſuſtineretur, *d. l. quod fideicommiſſum. § 3. iunct. l. praeced. & ſeq. de legat. 1.* † Abutuntur etiam qui ſubſti-
43 tutionem militarem in caſum acquiſitæ hæreditatis factam in teſtamento militis quaſi directò inutilem, defendunt tantùm iure fideicommiſſi tanquam ex benigna huiuſmodi interpretatione, quomodo ſenſiſſe videtur ineptus ille interpres qui *in l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſtit.* adiecit ex ſuo capite ea verba *vtrum ex cauſa fideicommiſſi*, quæ nos ſuperiore capite tollenda eſſe probauimus. Valet enim illa iure directo: nec fideicommiſſi interpretatio vlla cadere poteſt in teſtamentum militis directò quid conſtituentis. † Abutun- 44
tur & ii qui ex ſola pupilli perſona benignam illam interpretationem elicientes non ſeparant hac parte codicillos patris teſtamentarios à codicillis ab inteſtato factis: cùm tamen ſi nullum à patre teſtamentum factum eſſet, nullus benignæ huic interpretationi locus relinqueretur, quia nec expreſſim verbis precariis fideicommiſſum à legitimo pupilli hærede relinquere pater poſſet, ne intra pubertatem quidem. † Abutun- 45
tur ii quoque, qui non diſtinguunt an teſtator ſubſtituendo in codicillis directò, de ſua hæreditate ſenſerit, an de pupillari. Nam ſi de teſtatoris hæreditate ageretur, nullo caſu locum haberet benigna illa interpretatio, ſed omnimodo dicendum eſſet hæreditatem ex fideicommiſſo deberi codicillis ab inteſtato factis: ſin teſtamento ſiue anteriore ſiue poſteriore confirmati eſſent, nullo modo deberi, quia hæreditas teſtamento data codicillis adimi niſi per fideicommiſſum non poteſt, nec rurſus per fideicommiſſum niſi verbis precariis. Verba enim directa in codicillis poſt teſtamentum factis poſita nunquam flectuntur ad ſenſum obliquorum vt dicemus *cap. ſeq.* † Sed omnium maximè damnandi ſunt & ex hoc Scæuolæ reſponſo refellendi qui 46
putant quotieſcunque de pupillari hæreditate contenditur inter matrem pupilli & ſubſtitutum, eam interpretationem benignè accipiendam, quæ matrem præſtat aut in totum aut ſaltem quod ad legitimam portionem. Nam ſi eo quoque caſu quo pupillaris ſubſtitutio in codicillis facta nec directo iure valet, nec iure fideicommiſſi, benigna tamen interpretatio placet Scæuolæ quæ matrem obliget ad hæreditatem ex fideicommiſſo ſubſtitutis pupillaribus reſtituendam, quanto magis pronunciaſſet ille pro ſubſtituto contra matrem ſi pupillaris ſubſtitutio ſiue expreſſa ſiue tacita directo iure valere potuiſſet?

Capvt XV.

Melius quàm antehac explicata Seueri & Antonini conſtitutio, de qua in § non tantùm Inſtitut. de codicillis.

SVMMARIA.

1 *Reuocat author ſententiam ſuam de validitate codicillorum ante teſtamentum factorum poſt Seueri conſtitutionem.*

2 *Quam ob rationem Papinianus putauerit, quæcunque codicillis ante teſtamentum factis relicta eſſent, ſpeciali confirmatione indigere?*

3 *Ius codicillorum à teſtamentis originem ſumpſiſſe.*

4 *Legata ab inſtituto relicta non deberi à legitimo inteſtati ſucceſſore, niſi per clauſulam codicillarem aut aliam æquipollentem ab eo repetita ſint.*

5 *Ratio ſuperioris ſententiæ Papiniani ab authore antea reddita, ab ipſo reuocatur.*

6 *Codicillos poſt teſtamentum factos nulla egere confirmatione.*

7 *Confirmari quidem potuiſſe, ſed non ex neceſſitate.*

8 *Poſt Seueri & Antonini reſcriptum ex iis codicillis qui teſtamentum præcedunt, licet confirmati non ſint, fideicommiſſum peti poſſe.*

9 *Cuiacii interpretatio ad illud reſcriptum.*

10 *Ante ſuperius reſcriptum non magis valuiſſe fideicommiſſa quàm legata iis codicillis relicta, ante teſtamentum facti nec teſtamento nec quouis alio voluntatis indicio confirmati eſſent.*

11 *Cur fideicommiſſa ex dictis codicillis non debeantur?*
12 *Poſt Seueri & Antonini reſcriptum non ſolùm fideicommiſſa, ſed etiam legata directis verbis eiuſmodi codicillis data non quidem iure directo, ſed ex fideicommiſſo deberi.*
13 *Hanc reſcripti interpretationem æquitatis colore adiuuari.*
14 *Illud reſcriptum etiam tunc locum habere quum codicilli ante teſtamentum facti, nec ſpecialiter confirmatis legata duntaxat, non etiam fideicommiſſa relicta fuerint.*
15 *Directam inſtitutionem vel ſubſtitutionem iis codicillis contentam non valere nec ad fideicommiſſum flecti poſſe.*
16 *Extra cauſam directæ hereditatis, legata, libertates & alia quæ nonniſi directò dari poſſunt, ſuperioribus codicillis dari poſſe & ad fideicommiſſum flecti*
17 *Differentia inter codicilles ante teſtamentum factos, & eos qui poſt teſtamentum facti, teſtamento ſpecialiter confirmati ſunt.*
18 *Ex codicillis poſterioribus teſtamento confirmatis legata iure directo deberi.*
19 *Ex non confirmatis non valere quæ in eis verbis directis relicta ſunt.*
20 *Ante Seueri & Antonini reſcriptum pleniùs fuiſſe ius codicillorum qui poſt teſtamentum, quàm eorum qui antè facti eſſent.*
21 *Poſt reſcriptum ius anteriorum codicillorum pleniùs eſſe.*
22 *Licet anteriorum & poſteriorum codicillorum idem ius ſit, ſi teſtamento confirmati ſint, magnam tamen eſſe in ipſo confirmandi modo differentiam.*
23 *An* l. ante tabulas.ff. de iur. codicil. *propter illud Seueri & Antonini reſcriptum immutata ſit?*
24 *Quid nouis illo reſcripto inductum ſit? & quis ſit ſenſus*, verſ. ſi appareat. d.§.non tantùm. Inſtit. de codicill.
25 *Cur codicillis ante teſtamentum factis & teſtamento voluntatis probatio heredi incumbat?*
26 *Multum intereſſe codicilli anteriores teſtamento vel quo alio indicio confirmati ſint, necne.*
27 *Poſt illud Seueri & Antonini reſcriptum locum hodie non eſſe ſententiæ Iuliani, quæ extat in* l.impuberem 22.§.qui codicillos ff ad l.Corn.de falſ.
28 *Cur Paulus de codicillis ante teſtamentum factis in* d. §.*loquatur.*

EXiſtimabam † aliquando codicillos ante teſtamen-
1 tum factos non aliter valere etiam poſt Seueri
conſtitutionem, quam ſi teſtamento ſpecialiter con-
firmati ſint, aut qua alia poſteriore voluntate, niſi quòd
ad eo pertinet, quæ precariis verbis per fideicommiſ-
ſum relicta ſint. Quam in ſententiam mouebat me au-
toritas viri doctiſſimi Iacobi Cuiacij potiùs, quàm ra-
tio vlla iuris aut æquitatis: ſic enim ille ſcripſit *li.* 18.
*Obſeru.c.*7.& nos probauimus *lib.* 5.*c.*12.Nunc verò me
in contrarium illa reuocant quæ proximè diſputaui de
iure codicillorum. † Nam ſi eam iuris rationem inſpi-
2 cias, propter quam Papinianus putabat quæcunque
codicillis ante teſtamentum factis relicta eſſent, indi-
gere ſpeciali confirmatione, aliquo ſaltem indicio re-
tentæ voluntatis, ſiue directis, ſiue precariis verbis re-
licta proponerentur, non alia ſane eſſe potuit, quam
quòd is qui nullo adhuc facto teſtamento codicillos
ſcribit, ea mente eſſe videatur vt valeant quaſi ab in-
teſtato, ſi non expreſſim eos referat ad teſtamentum
quod poſtea facturus ſit. Alioqui .n. quomodo teſtati
codicillos facere videri poteſt, qui neque teſtatus eſt, ne-
que dum teſtatur, neque teſtaturum ſe profitetur? Ni-
mirum poſtquam inductum & receptum eſt vt etiam
ab in[illegible]ato codicilli fieri poſſint. † Neque enim id
3 [illegible]am citò & ab initio obtinuiſſe credendum eſt, cum ius
codicillorum originem ſumpſerit à teſtamentariis vt
Iuſtinianus ref. *rit in princip.tit. De codicil. Inſt.iuncto.§ non
tantùm cod.* Atqui is qui codicillos primùm fecerat tan-
quam inteſtatò moriturus, ſi poſteà teſtamentum faci-
at, haud dubiè recedit à priore voluntate, cum ſint om-
nino hæc non modò contraria, ſed etiam contradicto-
ria. teſtatum quem decedere & inteſtatum. Ita ergo fit
vt quæ velut ab inteſtato relicta ſunt, licet eo iure va-
lere potuerint, deſinant tamen valere ſi ex teſtamen-
to ſuccedatur. † Nam & ſimili licet contraria ratione 4
illud admiſſum eſt vt legata & fideicommiſſa ab in-
ſtituto data non debeantur à legitimo inteſtati ſuc-
ceſſore niſi per clauſulam codicillarem aut quam aliam
æquipollentem ab eo repetita ſint, *l. eam quam.* 14. *C.
de fideic.l. filium quem* 20. *D. de bonor. poſſeſ.contr.tabul.*
Proinde non abs re Papinianus putabat codicillorum
qui ante teſtamenti tabulas facti eſſent, neceſſariam
eſſe ſpecialem confirmationem, ſiue ea confirmatio
fieret in ipſo teſtamento, ſiue extra teſtamentum re-
tentæ quocumque indicio priore voluntate, vt ipſe lo-
quitur *in l. ante tabulas* 5. *D. de iur. codicil.*† Nec pro- 5
babile eſt motum fuiſſe Papinianum ratione illa quæ
nobis aliquando placebat, quòd is qui poſt codicillos
teſtamentum faciat nec præcedentes vel confirmat vel
reuocat, eorum oblitus fuiſſe videatur. Quid enim ſi
eo ipſo die quo facti ſunt codicilli, teſtamentum quo-
que fiat? Quis ex vnius aut alterius horæ interuallo
præſumat oblinionem? Quid rurſum ſi poſt quinquen-
nium aut ſexennium non teſtamentum factum ſit, ſed
alij codicilli? Plures enim ab inteſtato quoque fieri
poſſe conſtat §.*vlt. l. ſt. eod.* Quidni tam facile prioris
voluntatis oblitio præſumatur quàm ſi teſtamentum
factum eſſet? Et tamen nullo iuris loco proditum eſt
pluribus ab inteſtato factis codicillis non aliter vale-
re priores quàm ſi ſpecialiter ſint confirmati. Nempe
quia non poteſt quis videri receſſiſſe à prioribus co-
dicillis hoc ſolo quod alios fecerit, cùm ſint omnes
eiuſdem conditionis, id eſt ab inteſtato facti: in quo
etiam nos in prioribus noſtris cogitationibus errraba-
mus, cum nihil referre putaremus an poſt codicillos
teſtamentum quis feciſſet, an alios codicillos.† In illo 6
ſanè bene ſentiebamus quod cum Accurſio aliud iuris
conſtituendum fatebamur in codicillis poſt teſtamen-
tum factis, vt nulla egerent confirmatione. Nam &
idem hodie nobis placet, non ratione illa quam tum
afferebamus, quod dici non poſſit teſtator enim ſupre-
ma ordinaret eorum oblitus de quibus ne quidem co-
gitabat, ſed quia non ſicut qui poſt codicillos tan-
quã ab inteſtato factos teſtatur, recedit à priore volun-
tate, eligens cauſam teſtati, ſic ex contrario qui poſt
teſtamentum facit codicillos eo animo eſt vt mutet
voluntatem, & eligat cauſam inteſtati, quia nec eo
modo mutare poſſet, tametſi maximè vellet, quando-
quidem teſtamentum per codicillos rumpi non poteſt.
Nec abſolutè verum eſt codicillos ſiue vetuſtiores ſint
teſtamento ſiue poſteriores, ſpeciali ſemper indigere
confirmatione Nam præter illam diuerſitatis rationem
quam attuli, quæro cur Papinianus in *d.l.ante tabulas*,
& Paulus *in l. impuberem.* 22.§.*qui codicillos ad l.Corn.de
falſ.* itémque Iuſtinianus *in d.§. non tantum.* loquantur
de codicillis ante teſtamentum factis, ſi in iis quoque
qui poſt teſtamentum facti eſſent idem iuris admitten-
dum eſſe putarunt? † Fateor potuiſſe codicillos etiam 7
poſteriores confirmari non modò teſtamento, ſed etiã
poſt factum teſtamentum idque in vſu fuiſſe vt colligi
poteſt ex *l. quædam.* 7. *l. conficiuntur.* 8. § *ſi poſt f. Eum
& §.vlt l.Plotius.*18 *D.de iur.codicil.l.ſi ne initio.C.eo.* Sed
neceſſariam fuiſſe ſpecialem illam confirmationem ad
validitatem codicillorum, nego & pernego, idque ap-
paret ſatis *ex §.vlt.l.* 3.*ff.eo.* Niſi ad hoc vt valerent quę
in ita relicta eſſent verbis directis, quod & Cuiacius
ſupra dicto loco ſentit.† Hæc verò cùm ea iuris ratio- 8
ne ita

ne ita ſe haberent placuit Seuero & Antonino, ex iis
codicillis, qui teſtamentum præcedunt, licet confirma-
ti non ſint, poſſe fideicommiſſum peti, ſi appareat eum,
qui teſtamentum fecit à voluntate quam in codicillis
9 expreſſerat non receſſiſſe. † Quod reſcriptum ſic inter-
pretatur Cuiacius & nos aliquando probabamus, vt ad
ea pertineat, quæ iis codicillis relicta ſint per fidei-
commiſſum & verbis precariis, non directis, ſpeciali
quodam & proprio fideicommiſſorum iure, quaſi ſola
10 debeantur ex codicillis teſtamento non confirmatis
vel ab inteſtato confectis: † Ego verò tota hac re
meliùs perpenſa longè aliter nunc ſentio: ante reſcri-
ptum Seueri & Antonini non magis valuiſſe fideicom-
miſſa quàm legata iis codicillis relicta qui ante teſta-
mentum facti nec teſtamento confirmati aut alio quo-
cunque voluntatis indicio retenti eſſent: poſt reſcrip-
tum verò valere non modò fideicommiſſa, ſed etiam
legata cæteráque eiuſmodi licet directis verbis data, ſi
modò non appareat teſtatorem cum teſtamentum
conderet, aut poſtea, receſſiſſe à priori voluntate, ha-
ctenus tamen vt non iure directo, ſed ex fideicommiſſo
debeatur. Et priorem quidem ſententiæ meæ partem
ex eo probo quod *in d.l. ante tabulas d. §. qui codicillos
& d.§. non tantum* apertè negatur valere vireſque vllas
habere codicillos ante teſtamentum factos neque con-
firmatos. Non igitur legata duntaxat inutilia ſunt: ſed
etiam fideicommiſſa & cætera omnia quæcumque iis
codicillis continentur. Neque enim fieri poteſt vt ex
codicillis inutilibus quicquam debeatur. Nec quod fi-
11 deicommiſſa etiam codicillis ab inteſtato factis relin-
qui potuerint, ad rem facit. † Dicimus namque non
deberi, non quòd inutiliter ab initio data fuerint, ſed
quod poſtea facto teſtamento reuocata intelligantur.
Propter mutatam voluntatem eius, qui cùm ab inteſta-
to codicillos feciſſet, maluit poſtea decedere cum te-
ſtamento. Quemadmodum ex contrario ſi quis in te-
ſtamento etiam ſolemni fideicommiſſa reliquerit, dein-
de ex aliqua cauſa inteſtatus deceſſerit, non ob id ma-
gis fideicommiſſa debebuntur à legitimo ſucceſſore,
quam legata, quòd ab eo quoque perinde atque ab
inſtituto fideicommiſſa relinqui poſſint. Sufficit enim
quòd iure ſuo hæres ſit, nihilque ab eo fuerit petitum
l. illud enim. 13. in prin. de iur. codicil. extra caſum illum
elegantem de quo Papin. noſter *in l. filio. 17. D. de inoff.
rupt. & irrit. fact. teſt.* quam nos enarrauimus *lib. 9. c. 14.*
Multóque maior ratio eſt vt in propoſito caſu fidei-
commiſſa nulla debeantur, quia cum teſtamento facto
in quos alius quam legitimus ſucceſſor inſtitutus eſt,
appareat magis dilectum à teſtatore hunc quem inſti-
tuit quàm illum quem codicillorum tempore legiti-
mum ſibi hæredem fore ſperabat, coniectura volunta-
tis non patitur vt minùs dilecto grauato ad magis di-
lectum grauandum argumentemur, quando nec valet
argumentum à magis dilecto grauato ad minùs dile-
ctum grauandum ſi cauſa teſtati conuertatur in cauſam
inteſtati *d. l. ea quam. 14. D. de fideicom. cum ſimilib.*
12 † Poſteriorem verò ſententiæ noſtræ partem probo ex
eo quod à Seuero & Antonino non illud conſtitutum
eſt, vt fideicommiſſa peti poſſint quæ codicillis non
confirmatis relicta ſunt, [nam qui ſic loqueretur in-
nueret aliud ius eſſe legatorum vt non poſſent peti] ſed
*vt ex eiuſmodi codicillis non confirmatis fideicommiſſum
peti poſſit.* Quod ipſum quid aliud eſt quam ea omnia
quæ in iis codicillis relicta ſunt ſiue directis verbis ſiue
precariis, deberi iure fideicommiſſi? Nam & ſimiliter
dicimus hæreditatem in codicillis ab inteſtato verbis
directis datam peti ex fideicommiſſo, *l. 2. § ult. De iur.
codicil.* & tanquam fideicommiſſariam *d. l. illud. 13. §. 1. eo.*
tametſi precaria verba nulla prorſus interuenerint.
13 † Et hanc interpretationem noſtram ille etiam æqui-
tatis color adiuuat, quod inſpecto initio & eo tempo-
re quo facti ſunt codicilli tanquam ab inteſtato, lega-
ta in ipſis ſcripta in eo fuerunt, vt iure fideicommiſſo-
rum valitura fuerint ſi paterfam. inteſtatus deceſſiſſet
ſicuti à nobis ſuperiore capite probatum eſt. Quidni
enim directa legatorum verba flectantur in ſenſum
obliquorum, ſi quod multo difficilius eſt, ipſa hæredi-
tatis datio directa flectitur in fideicommiſſariam, co-
dicillis ab inteſtato factis? Etſi autem ſubſecuto teſta-
mento dicimus eam voluntatem penitus intercidere vt
nec fideicommiſſi quidē iure defendatur, quaſi reuocata
ſi non ſpecialiter confirmata, aut quocumque volun-
tatis indicio retenta proponatur: tamen cùm Seuero
& Antonino placuerit vt hoc ipſo retenta videri de-
beat quòd non conſtet ab ea receſſiſſe teſtatorem, ceſ-
ſante iam illa tacitæ reuocationis coniectura, conſe-
quens ſit, vt eundem ſaltem effectum huiuſmodi codi-
cilli habeant ex teſtamento quem habituri erant ab
inteſtato, hoc eſt vt ex iis fideicommiſſum peti poſſit,
aut quod idem eſt, vt fideicommiſſi iure debeantur
quæcunque iis relicta ſunt ſiue directò ſiue precariò:
ſola excepta hæreditate. † Alioqui quid dicemus ſi in 14
codicillis ante teſtamentum factis nec ſpecialiter con-
firmatis legata duntaxat relicta fuerint, non etiam fi-
deicommiſſa vlla: An dicemus inutilem fore Seueri &
Antonini conſtitutionem, quæ tamen id egit non vt fi-
deicommiſſis, ſed vt codicillis ipſis alioquin inutilibus
vires daret? † Hæreditatem tamen excipio, quia facto 15
teſtamento non poteſt ea vis eſſe codicillorum ſiue
ante ſiue poſt teſtamentum facti ſint, vt directa inſti-
tutio aut ſubſtitutio in iis contenta flectatur ad cau-
ſam fideicommiſſi, ne teſtamento per codicillos dero-
gatum videatur in eo ex quo teſtamentum præcipuè
æſtimatur, id eſt in hæredis inſtitutione: cùm ex con-
trario directæ inſtitutioni quæ prioribus codicillis cō-
tinebatur apertè derogatum videri debeat per eam
quæ in teſtamentū collata eſt. Nametſi precariis verbis
fideicommiſſum paterfamilias reliquiſſet his verbis
*quiſquis mihi hæres erit, is hæreditatem meam Sempronio
reſtituat*, vt *in l. quidam referunt. 14. §. ult. de iur. codicill.*
non ideò tamen fideicommiſſo obſtringeretur qui po-
ſtea teſtamento ſcriptus hæres eſſet. † At extra cauſam 16
hæreditatis, id eſt quod ad legata pertinet, libertates,
aliáque huiuſmodi quæ non niſi directis verbis dari
poſſunt, volo potentius eſſe ius codicillorum qui ante
teſtamentum facti ſunt quàm ſi poſt teſtamentum ſcri-
pti eſſent ad conuertenda verba directa in ſenſum
obliquorum, & ad inducendum fideicommiſſum non
modò propter Seueri & Antonini conſtitutionē quæ
in codicillis ante teſtamentum factis ius hoc induxit,
nec de poſterioribus locuta eſt: verùm etiam quia, vt
iam attigimus, codicilli qui teſtamentum præceſſerunt,
eam conditionem & naturam ab initio habuerunt, vt
quoniam nihil in iis directò relinqui poterat, quicquid
directò relictum eſſet pro fideicommiſſo haberetur, ne
alioqui nullius eſſent momenti [cùm tamen nihil om-
nino ſit quod codicillos ab inteſtato inutiles facere de-
beat, quandoquidem nullam verborum aliamve ſolem-
nitatem deſiderant, nec proinde verborum differentias
curant.] † Itaque faciliùs eſt, vt ad eam redeant ſuam na- 17
turam hac vna differentia quòd teſtamento facto fi-
deicommiſſum ex ipſis petitur tanquam ex teſtamen-
to, quod alioqui non potuiſſet peti niſi ab inteſtato.
Codicilli verò poſt teſtamentum facti, ſi non ſpeciali-
ter teſtamento confirmati ſint, non idem ius habeat
vt quæ in iis directò relicta ſunt debeantur ex fidei-
commiſſo, qui nunquam in eo fuerunt vt per verba di-
recta fideicommiſſum inducere potuerint, non magis
quàm ſi ex verbis directis in teſtamento adſcriptis fi-
deicommiſſum quis petere vellet. Præcedens enim te-
ſtamentum impedit ne verba directa flecti poſſint ad
fideicommiſſum: cùm potuerint valere iure directo ſi
teſtator ea legata in teſtamentum conferre aut codicil-
los teſtamento confirmare voluiſſet. Itaque quicquid
eiuſmodi

eiuſmodi codicillis vtiliter relioquitur, id vt precariis
18 verbis relinquatur omnino neceſſe eſt *l.4.C. de codi il.*
de cuius etiam ſeotenria proximo capite diximus. † Pla-
nè confirmatis teſtamento poſterioribus codicillis ne-
mo dubitat quin etiam legata directo iure debeantur.
Quidni enim hoc caſu idem ius ſit codicillorum omni-
um ſiue teſtamento anteriores ſint, ſiue poſteriores?
Atque ad hoc genos codicillorum, id eſt teſtamento
confirmatorum pertinet ſanè quod ſcriptum eſt *in l.2.*
§.1. De iur. codicil. codicillorum lus ſingulare eſſe, vt quę-
cumque in iis ſcribuntur perinde habeantur ac ſi in
teſtamento ſcripta eſſent. Quanquam & nulla facta
confirmatione fateor, quod dixi, valere codicillos,
& pertinere ad teſtamentum quod quoquo tempore
factum ſit, nimirum vt ſequantur ius teſtamenti, nec
aliter valeat ipſum teſtameotum, licet in iis fidei-
19 commiſſa tantùm, noo etiam legata vlla relicta ſint,
l.3.§.vltim.l.ab inteſtato.16.eod.l.1.C.eo. † Sed hoc con-
tendo quod & Cuiacius fateror, ſi codicilli poſteriores
teſtamento confirmati non ſint, non valere quæ in eis
relicta ſunt verbis directis, quia codicillorum inſtru-
mentum proprium eſt fideicõmiſſorum non legatorum
ſiue teſtamentum factum ſit, ſiue non, niſi quod facto
teſtamento ſi in eo confirmati ſint, ipſius quodammo-
do teſtamenti naturam induont vt in iis legata, liber-
tates & quæ ſunt ſimilia etiam directò dari poſſint.
20 † Ergo cùm ante Seueri & Antpoini reſcriptum ple-
nius eſſet ius codicillorum qui poſt teſtamentum quàm
eorum qui antè facti eſſent, in eo quod ſaltem fidei-
commiſſa in poſterioribus relicta valebant quaſi ex
teſtamento etiam ſi eo teſtamento confirmati non eſ-
ſent, vt coniici poteſt ex *l. libertates. 43. de manum. te-*
ſtam. Ex prioribus verò ne quidem fideicommiſſa peti
poterant ſi ſpecialis confirmatio ſecota aut retentæ
21 voluntatis indiciom aliquod non eſſet quaſi pro reuo-
catis habendi eſſent. † Nunc poſt reſeriptum Seueri
plenius eſt ius codicillorum anteriorum, qoandoqui-
dem ex iis tanqitam ex teſtamento peti poſſunt iure
fideicommiſſi illa etiam quæ directis verbis teſtator
dedit, tametſi confirmatio nulla expreſſa ſecuta ſit
nouúmve retentæ voluntatis indicium dum ne in con-
trarium reuocationis indicia vlla appareant. Ex poſte-
rioribos autem ſi non expreſſim confirmati ſint noo
alia poſſunt peti, ne iure quidem fideicommiſſi quàm
22 quæ precariis verbis fuerint relicta. † Sed etſi diximus
quod & verum eſt, idem ius eſſe codicillorum ante-
riorum & poſteriorum ſi vtrique cõfirmati ſint, legata
tamen differentia eſt in ipſo confirmandi modo.
Poſteriores enim non modò ſpecialem, ſed etiam ex-
preſſam confirmationem omnino exigunt, quia nun
poſſuot tacitam accipere ex teſtamento cùm dici non
poſſit teſtatorem eo tempore quo teſtabatur de futu-
ris codicillis cogitaſſe ſi nihil de iis dixerit, ob idque
neceſſe eſt vt confirmentur vel teſtamento ipſo vel
poſt factum teſtamentum priuſquam fiant vt in *d.§ ſi*
poſt factum. Poſtqoam enim facti ſunt confirmari non
poſſunt, ſeràque confirmatio eſt. Quò fortaſſe per-
tinet quod Iulianus in *dict.l.22. §. qui codicilles de falſ.*
tractans de confirmatione codicillorum iam factorum,
ponit eos ante teſtamentum factos, facit non inele-
ganter quod Papin ſcribir io *l. centurio 27. de teſtam.*
milit. cùm miles ſecundo teſtameoto facto dixit ſe ad
ſuperius redire irrita fieri omnia quæ in ſecundo ſcrip-
ſerat, niſi nominatim ea confirmaſſet ad priorem vo-
luntatem reuerſus, quia nec de his cogitare tum po-
tuerat cùm prius teſtamentum ordinaret. Anteriores
verò etiam ante conſtitutionem Seueri & Antonini
nõ vſque adeò ſpecialem confirmatiooẽ requirebant
vt non ſufficeret voluntatem quæ in ipſis expreſſa
eſſet quocumque indicio retineri, vt Papinianus lo-
23 quitur in *d.l.ante tabulas.* † Quem locum quia à Tri-
boniano propter illam conſtitutionem immutatum pu-
tant, egregie meo iudicio decipiuntur. Nihil enim
aliud à Seuero & Antonino inductum eſt, niſi vt cùm
olim retentæ quncumque indicio voluntatis probatio-
nes ab eo exigerentur qui ex codicillis quid peteret,
hodie ex contrario immutatæ volontatis probatio in-
cumbat hæredi qui legata & fideicommiſſariis codi-
cillis relicta ea fideicommiſſo præſtare recuſat. † Sic
enim accipio qood Tribonianos ait in *d.§.non tantum.* 24
Si appareat eum qui teſtamentum fecit à voluntate quam
in codicillis expreſſerat non receſſiſſe. acſi ſcriptum eſſet,
niſi appareat eum qui teſtamentum fecit à voluntate quam
in codicillis expreſſerat receſſiſſe. Satis enim apparet
non receſſiſſe ea eo ipſo quod non apparet re-
ceſſiſſe. Similíque loquendi formula ab ipſis etiam
iuris autboribus vſurpata eſt ni eidem Triboniano
eam tribuere malis in *l. decem trigeſima. D. de iure do-*
tium, l. generaliter vigeſimaquarta. §. ſed etſi ita ſcripſit
octauo, De fideicommiſ. libertat. & alibi ſæpè. *leg. ſi Sti-*
chum octaue § ſi quis ita de nonai. Alioqoi dici non poſ-
ſet quid noui Seuerus & Antoninus pro codicillorum
iure induxerint, cùm ipſi Papiniano ſatis fuerit ſi vo-
luntas in codicillis expreſſa quocomque iudicio reten-
ta probaretur Et verò cùm non alia vt diximus ratio-
ne moueretur Papinianus quàm quod codicilli quaſi
ab inteſtaro facti ſecuto poſteà teſtamento reuocati
viderentur ſimul cum ipſa voluntate habendi ab inſta-
to hæredis, Æquiſſima ſanè eſt illa interpretatio vt
quodcunque indicium ſufficiat ad probandam eandem
manſiſſe voluntatem. Nihil enim facilius eſt qoàm vt
voluntas quæ defecerat, indicio recenti rediſſe intel-
ligatur vt idem Papinian. tractat in eleganti illa ſpe-
cie de qua in *l. qui ex liberis. 11.§.1. De bonorum poſſeſ.*
ſecur. tab. quam nos explicauimus *lib.10 cap.18.* quan-
do tamen facilius eſt, vt eadem voluntas retineatur,
quæ nonquam defecerit? † Etſi namque is qui priùs 25
codicillos ab inteſtato fecerat poſteà teſtatus in eo
mutat volũtatem quod nõ vult inteſtatus decedere, po-
teſt tamen iuris fortaſſe ignoratione in eo labi quod
exiſtimet nihilominùs valitura ea quæ in codicillis an-
teà factis reliquerat cùm non ſint expreſsè reuocata li-
cet nec ſint confirmata Fit enim ea ratione iuris po-
tiùs quam voluntatis vt teſtamento facto deberi deſi-
nant quæ teſtator priùs ab inteſtato reliquerat, & vt
dicam apertiùs non tam deficit voluntas codicillantis,
quàm ius codicillorom propter mutatam cauſam ſuc-
ceſſionis Et ideò ſi fortè proponeretur miles, valereot
proculdubio codicilli etiam apud Papinianum, ſaltem
quaſi ex noua voluntate, vt dici ſolet de milite filio-
famil. qui capite minutus fuit vel emancipatus, vel à
patre ſuo in adoptionem datus *l. miles filius familias.*
22. Noua enim quidem volontas eſſe intelligitur, [quia
prius ipſum teſtamenti ius per capitis diminutionem
quæ ſuperuenit reuera ſublatum eſt.] ſed quæ tamen
non eget aliqua confirmatione at neque noua vlla vo-
luntatis declaratione. Itaque ſummam æquitatem ha-
bet Seueri & Antonini reſcriptum quod nec illud exi-
gi vult, vt voluntas codicillis declarata Indicio aliquo
retenta probetur: difficile enim eſt vt qui poſt codi-
cillos teſtatur præſertim breui tantum interiecto tem-
pore meminerit codicillorum, aor vt eorum memori-
am tenens non videator quoque voluntatem eandem
retinere, ſi nulla det indicia contrariæ voluntatis. † An 26
igitur in dubio nihil intererit an codicilli anteriores
teſtamento confirmati ſint aut quo alio indicio necne?
Imò intererit vt dixi, hactenus quòd ſi confirmati ſint
relicta directis verbis iure directo debebuntur excepta
hæreditate, quæ nullo modo debebitur, relicta autem
verbis precariis iure fideicommiſſi ſi confirmati non
ſint dum ne aliquo voluntatis indicio probentur reuo-
cati, nihil ex iis debebitur præterquam ex fideicom-
miſſo,

miſſo, haud ſecus acſi ab inteſtato valerent, niſi quod fideicommiſſom illud ex teſtamento & debetur, & petitur. Si verò aliqua vel mimima voluntatis coniectura appateat teſtatorem à priore iudicio receſſiſſe nihil omnino ex iis codicillis debebitur ne fideicommiſſa quidem: Quæ poſtrema diſtinctio non cadit in codicillos poſt teſtamentum factos, Vtpote de quibus re-
27 uocandis non potuerit teſtator teſtamenti tempore cogitare, cùm necdum facti tonc eſſent. † Eſt autem ſuperiotibus conſequens, vt poſt illud Seueri & Antonini reſcriptum non ſit hodie locus ei ſententiæ Iuliani quæ extat in *d.l. impuberem.* 2 2.*§.qui codicillos.D ad l.Corn. de falſ.* Id eſt, vt ſi quis codicillos ante teſtamentum factos in quibus legatum ei adſcriptum etat confirmauerit in Senatuſconſultum Libonianum non incidat, quia nec quicqoam illius intereſt qood codicilli confirmati ſint, cum etiamſi confirmati non eſſent, valerent, legatúmque in iis relictum deberetur, fideicommiſſi quidem non legati iure, ſed eodem tamen effectu poſtquam Iuſtiniano placuit vt in omnibus idem ius ſit legatorum & fideicommiſſorum. Iuliani temporibus, id eſt ante Seueri & Antonini conſtitutionem [floruit enim ille temporibus Hadriani] intererat legatarij codicillos ante teſtamentum factos confirmari, vt legatum ex codicillis deberetur. Poſt eam conſtitutionem & Pauli quoque temporibus cuius ea lex eſt, adhuc intererat, quia commodius erat ex legato quid conſequi quàm ex fideicommiſſo, præſertim ſi per vindicationem aot per præceptionem legatum fuiſſet Nunc verò nihil prorſus intereſt poſt exæquata per omnia & in omnibus legata fideicommiſſis vt ſcripſi-
28 mus *lib. 6. cap.* 1. † Ideò autem Paulus poſt Iulianum de codicillis ante teſtamentum factis loquitur, Aut quia non æquè ex poſtfacto confirmari poterant codicilli poſt teſtamentum facti, vt ſupra dictum eſt, ſicut oec codicilli ante teſtamentum facti poſt teſtamentum confirmari poſſent, ni ſufficeret probatio retentæ quocumque iudicio voluntatis, aut quia fieri non poteſt vt quis mala mente ſcribat confirmationem codicillorum nondum factorum, tanquam ex iis legatum aliquando percepturus de quo nec teſtator quidem tum cogitet, tametſi poſtea eueniat vt iis codicillis legatum huic datum inueniatur: quamquam prior interpretatio non ſolùm ſubtilior ſed etiam probabilior mihi videtur.

CAPVT XVI.

Emendatio l. 2. §. codicillorum. D. de iur. codicil. & ad l. generaliter. 30. § ſi quis ſeruo. D. de fideic. libert.

SVMMARIA.

1 *Iulianum in* d. §. codicillorum. *de codillis teſtamento confirmatis, & poſt teſtamentum factis tractare.*
2 *Confirmationem illam in ipſo teſtamento, non extra teſtamentum factam fuiſſe.*
3 *Collectionem a Iuliano in* d.§ *factam, proxima concluſioni è diametro contrariam eſſe.*
4 *In ſpecie* d.§. *ſeruo qui teſtamenti facti tempore teſtatoris fuit, licet codicillorum tempore fuerit alienus, libertatem directam rectè dari.*
5 *Negationem in illis verbis* d. §. *abundare*, non rectè libertas directa datur.
6 *Superior emendatio ſequentibus Iuliani verbis confirmatur.*
7 *Seruum in ſecundo eius* §. *caſu teſtatoris fuiſſe quum moreretur.*
8 *Fieri non poſſe vt in vtroque* d.§. *caſu idem ius conſtituatur.*
9 *Totam illam clauſulam in fin.* d. §. & ideò directæ libertates &c. *preperàm ſubiectam fuiſſe.*
10 *Seruo qui teſtamenti tempore alienus, codicillorum verò tempore teſtatoris fuit, fideicommiſſariam non ideò deberi quod directa non competat.*
11 *In omnibus fere cauſis fideicommiſſarias libertates ex quo competere cæperunt pro directò datis habendas.*
12 *Quid exigatur, vt ſeruo qui codicillorum tempore alienus fuit fideicommiſſaria libertas debeatur?*
13 *An quod in* §. ſi ſeruus alienus. l. ſi ſeruus. 108. de legat. 1. *ſcriptum eſt, perinde locum habeat, etiamſi ſeruus ille teſtamenti tempore alienus, poſtea in dominio morientis eſſe cæperit?*
14 *Verba* vulgaria *in* l. libertates. 56. de fideicommiſſ. libert. *pro precarijs accipi, & directis opponi.*
15 *Verſiculum* & ideò directæ libertates. *tanquam ſuppoſititium è* d. §. codicillorum. *expungendum eſſe.*
16 *Verſiculum illum ab aliquo Interprete additum*
17 *Quomodo accipi debeat quod in* d. §. *ſcriptum eſt*, Quæcunque codicillis ſcribuntur perinde haberi ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent?
18 *Accurſij interpretatio ad hæc verba.*
19 *Reprehenditur Tribonianus quod in* l. generaliter. 24. §. ſi quis ſeruo. de fideicom. libert. *fideicommiſſariam libertatem ſeruo pignorato dederit.*

QVando † in hunc tractatum incidimus De iure codicillorum, dicendum etiam nobis aliquid eſt de ſententia & emendatione §. *codicillorum. l* 2. *D. de iur. codicil.* Locus enim eſt vt perelegans & præcipui in toto illo tractatu momenti, ita ni fallor maximè mendoſus, & viciatus. Codicillorum, inquit Iulianus, ſingulare ius eſt vt quæcumque in his ſcribuntur perinde habeantur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent. Senſus eſt non ille quem putat Accurſius, vt quicquid in codicillis ſcribitur perinde ſit acſi teſtamentum fieret eo ipſo tempore quo fiunt codicilli, ſed ex contrario, [quod verba ipſa præ ſe ferunt tam apertè vt non potuerit dici apertiùs], vt quæ in codicillis ſcribuntur, in teſtamento ipſo quod iam ante factum ſit ſcripta eſſe videantur, & conſequenter ad teſtamenti tempus referantur. Tractat enim hoc loco Iulianus de codicillis teſtamento confirmatis, & poſt teſtamentum factis, vt appareat ex iis exemplis quæ ſubiicit, de libertate directò data. Siquidem certi iuris eſt quos nos proximo capite probauimus, Nihil directis verbis relinqui poſſe in codicillis poſt teſtamentum factis ſi non ſint illi teſtamento confirmati. † Portò confirmatis codicillis dicimus tempus confirmationis inſpiciendum eſſe non quo facti ſunt codicilli, præterquàm in certis caſibus de quibus in *l. quadam* 7. *eod. tit. & alijs ſimilibus*. Confirmatio autem licet extra teſtamẽtum dummodo facto iam teſtamento fieri potuit *l. conficiuntur.* 8. §. *ſi poſt factum eod.* tamen vt plurimum fiebat in teſtamento: nec dubitandum eſt quin de iis codicillis Iulianus loquatur, qoi in teſtamento ipſo confirmati ſint: Alloqui nulla ratio eſſet cur de teſtamenti tempore inſpiciendo tractaret, cùm certi iuris ſit confirmationis tempus ſpectandum eſſe *d. l. quadam*. Non igitur teſtamenti niſi quatenus in eo facta confirmatio ſit: Quamuis nulla etiam facta confirmatione, aut ea poſt teſtamentum facta non eo minùs codicilli vires accipiant ex teſtamento quòd ad hoc vt teſtamenti ius ſequantur, nec aliter valeant, quàm ſi teſtamentum valeat & habeat effectum *l. 3. §. vlt. leg. ab inteſtato* 16. *in fin. eod. l.* 1. *C. eod.* † Hoc ita conſtituto, videamus quid Iulianus inferat, *Ideo* inquit *ſeruo qui teſtamenti facti tempore teſtatoris fuiſſet, codicillorum tempore alienus, non rectè libertas directa datur.* Inepta ſanè collectio, & 3

proximæ

4 proximæ concluſioni ex diametro contraria. † Nam ſi
ea omnia quæ in codicillis ſcribuntur perindè haben-
tur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, quidni obſecro
directa libertas in codicillis rectè dabitur ei cui in te-
ſtamento dari vtiliter potuiſſet? Is enim ſuperioris con-
cluſionis totus effectus eſt. Atqui nemo dubitat quin
ei ſeruo qui teſtamenti tempore ſeruus teſtatoris fuit,
libertas directa teſtamenti dari potuerit. Quid enim
obſtaret poſt confirmatas lege duodecim tabularum
teſtamentarias manumiſſiones, ſicut & ſupremas reli-
quas defunctorum voluntates? vt Vlpianus in *titulo*
ſcribit, *tit. 1. §. vt teſtamento.* Non quod poſteà ſeruus
hic teſtamento liber eſſe iuſſus idem viuo teſtatore fa-
ctus eſſet alienus, vtique non impediret libertatem,
quæ teſtamento ritè & rectè data fuiſſet, ſi modò mor-
tis tempore in teſtatoris dominio reperiretur. Tritum
enim eſt media tempora libertatibus non nocere quæ
nec aliis legatis nocerent, nec aliud quicquam requi-
ri vt valeat libertas directò data, niſi vt ſeruus fuerit
teſtatoris duobus illis temporibus teſtamenti & mor-
tis, *leg. Seruum 35. iunct. leg. ſi ſeruus 30. Digeſt. de manum.
teſtam. §. libertas in fin. Inſtit. de ſing. reb. per fideic. re-
lict.* Ergo in propoſita ſpecie fatendum eſt, ſeruo qui
teſtamenti facti tempore teſtatoris fuit, licet codicillo-
rum tempore fuerit alienus, libertatem directã rectè da-
ri. Alioqui non teſtamenti & confirmationis tempus
ſpectaretur, ſed codicillorum, quod diſertè Iulianus
5 negat. † Hoc verò ſi ita eſt abundat certè negatio in
illis verbis *non rectè libertas directa datur.* Illum enim
caſum proculdubio Iulianus tractat quo ſeruus hic qui
teſtamenti tempore fuit teſtatoris, codicillorum tem-
pore alienus, redierit in dominium viui teſtatoris ni-
mirum vt de directa libertate tractari queat, cui nec
aliter locus eſſe poſſet, ſiue teſtamenti ſiue codicillo-
6 rum tempus inſpiceretur. † Idque apparebit euiden-
tius ſi iungas quod ſequitur apud Iulianum, *Et contrà
ſi cum teſtamentum fiebat alienus eſſet, codicillorum tem-
pore teſtatoris, intelligitur alieno ſeruo libertas data.* Hoc
enim ex eodem illo manat principio quod teſtamenti
tempus inſpici debeat non codicillorum. Nam ſi codi-
cillorum tempus ſpectaremus, aut ſi, quomodo Accur-
ſius, interpretatur, libertas in codicillis data perinde
haberetur, ac ſi data eſſet in teſtamento facto eo ipſo
tempore quo codicilli facti ſunt, non intelligeretur
libertas alieno ſeruo data, ſed proprio, quandoquidem
eo codicillorum tempore proprius fuit non alienus: &
7 ideo valeret tanquam directa. † Nam & hoc caſu po-
nendum eſt ſeruum hunc fuiſſe teſtatoris cùm morere-
tur: Alioqui parum referret an teſtamenti aut codicil-
lorum tempore alicuius fuiſſet necne: cùm æquè futurum
eſſet vtroque caſu vt ei qui mortis tempore alienus re-
periretur, directa libertas inutiliter teſtamento data vi-
deretur. Cùm verò hos caſus tanquam contrarios Iu-
lianus opponat inuicem, prorſus conſequens eſt vt
ſicuti alieno ſeruo directam libertatem inutiliter datam
eſſe ait, quæ ei data eſt qui teſtamenti tempore alie-
nus, codicillorum tempore teſtatoris fuit: ita ex con-
trario ſenſerit & ſcripſerit rectè libertatem directam
dari ei qui teſtamenti tempore fuit teſtatoris, licèt co-
dicillorum tempore fuerit alienus: vno igitur caſu di-
recta libertas teſtamento data valet: alio caſu non va-
8 let. † Nam cùm caſus iſti non modò diuerſi, ſed eti-
am contrarij & inuicem oppoſiti ſint, ex eadem tamen
iuris regula & propoſitione æſtimandi, fieri nullo mo-
do poteſt vt idem iuris in vtroque conſtituatur ſiue di-
rectam libertatem competere dicas ſiue neges, ſed ne-
ceſſe omnino eſt vt ſi primo caſu directa libertas non
valet, ſecundo valeat? aut contrà ſi ſecundo caſu non
9 valet, vt primo valeat. † Cui conſequenter fatendum
etiam eſt ineptiſſimè ſubiectam eſſe totam illam clau-
ſulam ſequentem *& ideo licet directa libertates deficiant,
attamen ad fideicommiſſarias eundum eſt.* His enim ver-
bis innuitur, vtroque illo caſu de quo actum eſt, di-
rectam libertatem deficere: quod falſiſſimum eſt, vtro-
que tamen fideicommiſſariam deberi quod adhuc fal-
ſius eſt, & ineptius. † Nam non quemadmodum data 10
libertate ſeruo qui teſtamenti tempore fuit proprius,
licet codicillorum tempore fuerit alienus, fideicom-
miſſaria libertas competere non poteſt, cùm directa
competat [neque enim fieri poteſt vt concurrant ſicu-
ti docuimus *lib. 6. cap. 1*] Ita ex contrario dicendum eſt
ſi ſeruus ille teſtamenti tempore fuerit alienus, codi-
cillorum verò tempore, teſtatoris, fideicommiſſariam
libertatem ob id deberi, quòd directa competere non
poſſit. Certum namque libertatem ſeruo alieno verbis
directis datam vſque adeò nullius eſſe momenti vt
nec fideicommiſſi iure debeatur *l. ſi ſeruum legatum. 108.
§. ſi ſeruum a te u. de lega. 1.* vbi eleganter Africanus ex
Iuliano ſcribit, Si ſeruus alienus liber eſſe iuſſus & le-
gatus ſit, peti eum ex legato poſſe: *nam cùm libertas,*
inquit, *nullius momenti ſit, abſurdum eſſe per eam lega-
tum infirmari quod alioquin valeret ſi ſolum datum fuiſſet.*
Quæ ratio apertè falſa & ſtulta eſſet, ſi libertas directa
ſeruo alieno malè data iure fideicommiſſi defenderetur.
† Id enim eſt quod dici ſolet in omnibus ferè cauſis 11
fideicommiſſarias libertates ex quo competere cœpe-
runt pro directò datis habendas, *l. Iulianus 49. D. de
manumiſſ. teſtamen. iunct. l. ſi idem 14. De leg. 2.* Hoc eſt
quod quis dicat in ea ſpecie quam nos tractamus, id eſt
cùm directa libertas data eſt ſeruo qui teſtamenti tem-
pore fuit quidem alienus, ſed poſteà & mortis tempo-
re fuit teſtatoris, faciliùs capi poſſe fideicommiſſariæ
libertatis interpretationem, quam ſi de eo tractare-
mus, qui non modò teſtamenti ſed etiam mortis tem-
pore alienus fuiſſet. † Nam vt fideicommiſſaria liber- 12
tas debeatur, non exigimus vt vel hoc vel illo tempore
ſeruus fuerit teſtatoris, ſed etiamſi vtroque tempore
atque adeò ſemper fuerit alienus, fideicommiſſariam
tamen libertatem deberi admittimus, dummodo non
ea teſtatoris voluntas fuerit vt directam libertatem
daret. Tunc enim non magis fieri poteſt vt directa fle-
ctatur in fideicommiſſariam, quantuſcunque fauor ſi-
bi libertatis, quàm vt ſcriptura ab eo facta qui ſe teſta-
mentum condere exiſtimauit defendatur iure codicil- 13
lorum *l. Illud in m. 13. §. 1. D. de iur. codicil.* † Neque ve-
rò dubitandum eſt quin quod Africanus ſcribit in *d. §.
l. ſi ſeruus alienus*, perinde locum habeat etiam ſi ſeruus
ille teſtamenti tempore alienus, poſteà cœperit eſſe in
dominio morientis teſtatoris: quo caſu tamen nihil eſt
quod impediat ne ſtatim ex fideicommiſſo libertas
præſtari poſſit *d. §. libertas Inſtit. de ſingul. reb. per fidei-
com. relict.* vbi addit Iuſtinianus quod ad rem noſtram
maximè pertinet, nihil referre vtrum de ſuo proprio
ſeruo teſtator roget, an de eo qui ipſius hæredis aut
legatarij, aut etiam extranei ſit: quod & ſcriptum eſt
in *l. Imperator. 12. §. 1. D. de fideic. libert.* & apertiùs *in l.
libertates. 16. eod.* † vbi tamen additur *ita tamen vt vul- 14
garibus verbis & quibus euidenter voluntas teſtatoris ex-
primi poſſit*, vt intelligamus ſolum fauorem libertatis
facere non poſſe vt ſi directis verbis data ſit, valere
debeat tanquam fideicommiſſaria. Precariis enim ver-
bis opus eſt quæ Iuriſconſultus eo loco vulgaria ap-
pellat elegantiſſimè, ad differentiam directorum quæ
ciuilia dicuntur, & imperatiua, propterea quod legum
propria ſunt, nec ita cuicunque menti teſtatoris obuia,
aut ad omnem voluntatis ſpeciem accommodata. Vn-
de illa etiam dubitatio apud Papinianum in *l. rogo. 2 t.
eod. tit.* an his verbis *rogo ne Stichus alterius ſeruitutem
experiatur* fideicommiſſaria libertas data videatur. Tã-
tum abeſt vt directis verbis data libertas peti vnquam
ex fideicommiſſo poſſit. † Quare totum illum verſi- 15
culum *& ideo licet directa libertates deficiant, attamen
ad fideicommiſſarias eundum eſt* ſuppoſititium & ineptiſ-
ſimum eſſe affirmo, quem & dictiones illæ *licet attamen*
faciunt

faciunt etiam ineptiorem. Quaſi verò ſi directæ libertates competerent, dubitari minùs poſſet an ad fideicommiſſarias eundum eſſet. Cùm ex contrario verum ſit quod diximus fideicommiſſarias libertates nunquã poſſe cum directis concurrere, id eſt eo caſu deberi quo competant directæ: niſi cùm teſtator ſeruo electionem dedit *l. ſi quis ſeruo. 16. D. de manum. teſtam.* Quare ſic
16 potiùs ſcribendum erat *& ideo cùm directæ libertates deficiant ad fideicommiſſarias eundum eſt.* † Videtur autem is verſiculus ab imperito interprete additus quem corrupta præcedentis clauſulæ lectio fefelliſſet, exiſtimãtem in neutra earum ſpecierum quas Iulianus tractat directam libertatem competere quam tamen in priore ſpecie competere probauimus, id eſt cùm ei data eſt qui teſtamenti tempore fuit teſtatoris, codicillorũ tempore alienus. Interpretem verò illud ſanè fefellit quod pro-
17 poſitionis & regulæ à Iuliano conſtitutæ vim & ſententiã non intellexit. † Putauit enim hoc quod dicimus, Quæcunque in codicillis ſcribuntur, perinde haberi ac ſi teſtamento ſcripta eſſent, ita accipi debere vt perinde habeantur ac ſi teſtamentum eo tempore factũ eſſet quo codicilli ſcripti ſunt, cùm planè in oppoſitum ſenſus ſit codicillos teſtamento confirmatos eo ipſo tempore factos intelligi quo teſtamentum factum eſt. Alioqui dicendum eſſet in ſecunda ſpecie, id eſt, data libertate ei qui teſtamenti tempore alienus fuiſſet, codicillorum tempore teſtatoris non videri liberatem alieno ſeruo datam, ſed proprio, ob idq; & directam com-
18 petere: quod tamen Iulianus negat & iuris ratio ipſa non patitur. † Fuit quidẽ interpretatio illa etiam Accurſij, ſed videtur ille ad eam ex neceſſitate potiùs quã ratione aliqua ductus inclinaſſe, cũ aliud nihil haberet quod afferre poſſet cur directa libertas non competeret ei data qui teſtamẽti tempore fuiſſet teſtatoris, codicillorũ verò tempore alienus. Ioannes autem vetus ille gloſſator, & vt mihi videtur inter primos præcipuus, bene vidit ſubeſſe mendum, cùm mutari caſum ſcripſit, ſed quomodo emendandus locus eſſet, aut mutatio illa interpretanda non potuit aſſequi, certè nõ explica-
19 uit. † Quid verò ſi omnes hos errores Triboniani inſcitiæ tribuamus? Nam & idem ille videtur mihi contra manifeſtã iuris rationem & Vlpiani mentem dediſſe fideicommiſſariam libertatẽ in ſpecie *l. generaliter. 24. §. ſi quis ſeruo. de fideic. libert.* id eſt, cùm quis ſeruo ſuo pignorato directam libertatẽ dedit: quo caſu conſtat directam non competere: quia fieri non poteſt vt ipſo iure & citra hominis factum liber ſit is qui pignoris vinculo tenetur: fideicommiſſariã verò multo minus quia nec relicta eſt, ſed expreſſim directa: nec proinde dici poteſt eam teſtatoris voluntatẽ fuiſſe vt fideicommiſſaria deberetur: quamquam nec ſola mens teſtatoris tribuere ſolet fideicommiſſariam libertatem, ſed verbis quoque fideicõmiſſi opus eſt *d. l. libertates 16. eo. tit.* ſicut ex contrario, non tantũ verba fideicõmiſſi, ſed & mens teſtatoris neceſſaria eſt, vt idem Vlpianus ſcribit *in ead. l. generaliter. §. ſed et ſi ita ſcripſit.* 8. Et tamen Triboniano placet quaſi & fideicõmiſſaria libertate relicta ſeruum petere poſſe vt ex fideicõmiſſo liber fiat. Fauor enim, inquit, libertatis ſuadet vt interpretemur & ad libertatis petitionẽ procedere teſtamenti verba, quaſi ex fideicommiſſo fuerat liber eſſe iuſſus. Subiicit *nec enim ignotũ eſt quod multa contra iuris rigorem pro libertatẽ ſit conſtituta* Quaſi in propoſita ſpecie fideicommiſſaria libertas inducatur contra iuris rigorem ſolum, nõ etiam præter voluntatem & contra verba teſtatoris. Quidni ergo ſimiliter admittimus fauor libertatis deberi fideicõmiſſariam libertatem in ſpecie *l. Stichus. 39. de manum. teſtam.* id eſt collata libertate in id tẽpus quo ſeruus alienus futurus eſt? Quidni etiam deberi ei, quẽ quis tutorẽ ſcripſerit, quod liberum eum eſſe putabat? Atqui neque libertatem peti poſſe, neque tutelam libertatis præſtationi patrocinari apertè Vlpianus ſcribit in §. præcedente. Quidni rurſum fideicommiſſaria ſaltem libertates defendimus ex teſtamento, quod agnatione poſthumæ ruptum eſt? Atqui non magis fideicommiſſarias deberi quàm directis competere ait Vlpianus in §. proximè ſeq. *ſi quas*, inquit, *non à legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit*, ſcilicet ex fideicommiſſariis, directas enim à legitimis hæredibus relinqui non poſſe conſtat, vt valeant iure directo *l. libertates. 43. de manum. teſtam.* Cur ergo in ea ſpecie de qua medio loco Vlpianus tractat fideicommiſſariam libertatem, quæ nec relicta eſt, ſolo libertatis fauore non modò deficientibus ſed etiam repugnantibus verbis & inuitã iuriſprudentia inducemus? Taceo quod ipſe verborum contextus Tribonianum, ni fallor, prodit ſatis.

CAPVT XVII.

Emendatio & explicatio l. 4. D. de manumiſſ. teſtam.

SVMMARIA.

1. *Verba illa,* à teſtamento. in §. vlt. d. l. 4. *ab Interprete addita eſſe.*
2. *Legatum* in d. §. *ſtricti iuris ratione inſpecta non valere tanquam à libertate ſeparatum.*
3. *Eum qui libertate teſtamẽto data ſeruo proprio ſic legat* eique ſi eum vindicta liberauero hæres meus decem dato, *legatum à libertate ſeparare.*
4. *Nec ob id magis valere eiuſmodi legatum, quòd teſtator eum ſeruum viuus manumiſerit.*
5. *Tribonianum humanitatis intuitu contrarium ſenſiſſe, ſi viuus teſtator ſeruum manumiſerit.*
6. *Ea ſententia iuris rationibus refellitur.*
7. *Teſtatore ſic ſcribente,* Stichus liber eſto, eique hæres meus decem dato, *legatum deberi, etſi teſtator viuus Stichum manumiſerit.*
8. *Ab eo caſu multum differre caſum in* d §. vlt. *propoſitũ.*
9. *Nullo æquitatis colore legatum in ſpecie* d. §. *ſeruo relictum, & à libertate ſeparatum ſuſtineri poſſe.*
10. *Fieri aliquando vt libertas vtiliter data ſit, legatum verò cum ea datum inutiliter relinquatur.*
11. *Legatum de quo* in d. §. vlt. *agitur nec legati nec iure fideicommiſſi valere poſſe.*
12. *Vulgaris clauſula codicillaris vſus in teſtamentis.*
13. *An ea clauſula non expreſſa in teſtamentis hodie ſubintelligi debeat?*
14. *Cur ſuperiori legatum ne quidem fideicommiſſi iure defendi poſſit?*

EIdem † Triboniano adſcribo quod ex Pomponio ſcriptum legimus in *l. 4. §. vltim. De manumiſſ. te.* Si quis ei cui libertatem teſtamẽto dedit ſic legauerit, *eique ſi eum vindicta liberauero hæres meus decem dato,* licèt ex nimia ſubtilitate ſeparatum ſit legatum; attamen humanitatis intuitu valere debere ſi eũ viuus teſtator manumiſerit. Neque enim dubito, quin eo non valeat legatum tanquam ſeparatũ non *à teſtamento* vt abſurdè imperitior quidã interpres addidit, ſed vt ſubintelligendũ eſt *à libertate.* † Nã cùm legari illis ſolis 2 poſſit cum quib. teſtamenti factio eſt *§. legari. 24. Inſtit. de legat.* ipſo ſcilicet teſtamenti tẽpore inſpecto *l. ſi ſeruo. 101. §. 1. de leg. 1.* ſeruus autem ex propria perſona teſtamenti factionẽ non habeat, apparet inutiliter ei legari niſi cũ libertate, adeò vt nec legatum cũ libertate coniunctim datum vllo modo debeatur, ſi non dies libertatis vtiliter cedat, quia cùm vtrumque ſimul datũ eſt, vtriuſque eã diẽ ſimul cedere oportet *l. cùm filius. 76. §. ſeruus purè. de lega. 2.* † At is qui libertate teſtamẽto data ſeruo proprio ſic legat *ei qui ſi eum vindicta liberauero*

vanero hæres meus decem dato ſeparat legatũ à libertate:
Ab ea ſcilicet quã teſtamẽto dat. Libertatẽ enim con-
fert in tempus nõ mortis ſuæ ſed aditæ hæreditatis. Nã
teſtamento liber eſſe iuſſus tùm fit liber cùm adita fue-
rit hæreditas,& quidẽ ab eo gradu quo liber eſſe iuſſus
eſt, *l.teſtamento.23.§.1.leg.25.de manum.teſtam.* Legatum
verò quod dat ſub condictione quæ nõ niſi viuo teſta-
tore poſſit exiſtere, id eſt purè [nihil enim refert ſi cõ-
dicio impleatur qua nõ impleta nec de legato quærẽ-
dum eſt,] confert in tempus mortis. Nec quod eo tem-
pore iam liber futurus eſt, ad rem facit. Non enim liber
erit ex libertatis datione teſtamentaria, ſed quia ma-
numiſſus vindicta. Proinde verum ſemper eſt datũ fuiſ-
ſe legatũ ſine teſtamentaria libertate, & quidem ei cui
ſine libertate legatum ſeparatim dari non potuit, cùm
eo tẽpore teſtamenti factionem, quòd ſeruus eſſet, non
haberet. Quid enim ſi tùm teſtator deceſſiſſet? Vtique
nemo diceret legatũ valere cuius conditio viuo adhuc
teſtatore defeciſſet, quia manumiſſio per vindictã fieri
peragique non poteſt eo ipſo inſtanti quo quis mori-
tur. *arg.l.vlt. De condic.inſtit.* † Non igitur ob id magis
4 valere debet quòd teſtator diutius vixerit, & ſeruũ vi-
uus manumiſerit. Non quidem propter regulam Ca-
tonianam quæ ſanè ad legata conditionalia non per
tinet *l.cætera.14.§ 1.de legat.1.* ſed quia ſublata cauſa li
bertatis quæ ex teſtamento competere amplius nõ po-
teſt poſtquàm à viuo teſtatore data eſt, ſolum ſupereſt
legatum, & conſequenter à libertate ſeparatũ, quod ex
teſtamento deberi non poteſt ei cum quo teſtamenti
5 factio non fuit tùm cum legabatur. † Triboniano tamẽ
placet veram illam prorſúſque neceſſariã iuris rationẽ
nimiæ ſubtilitati potiùs tribuendam eſſe, *& humanitatis
intuitu*, quomodo ſolet ille loqui, valere legatum ſi vi-
6 uus teſtator ſeruum manumiſerit. † Obſeruandum au-
tem eſt quod Triboniani inſcitiam manifeſtiùs detegit,
non aliter eum intuitu iſto humanitatis defendere lega-
tum quàm ſi eodẽ teſtamento libertas fuerit ſeruo data.
Sic enim ſcriptum reliquit *ſi libertate data ſic fuerit le-
gatum.* Nec ſanẽ dubitandi cauſa vlla eſſet quin legatũ
non valeret ſi eodem teſtamento libertas adſcripta nõ
eſſet. Atqui conſtat nihil prodeſſe poſſe dationem illã
libertatis, & vt Pauli verbis vtar in *l.Stichus.39.in fin.
eod.tit.* nullum vtilem caſum habere, quod ſaltem ad
legatum ipſum pertinet, quia ſiue is ſeruus à viuo te-
ſtatore vindicta manumiſſus erit, intercidet legatum
libertatis, ſiue non erit vindicta manumiſſus, legati
conditio deficiet. Itaque quemadmodum Africanus *in
d.l.ſi ſeruus legatus.108.§.ſi ſeruus alienus.de leg.1.* ſic ar-
gumentatur vt dicat abſurdum eſſe per libertatẽ infir-
mari legatũ quod alioqui valeret ſi ſolum datũ fuiſſet.
Sic ego contraria ratiocinatione dico, abſurdũ eſſe cõ-
firmari legatum per libertatem quæ non poſſit valere
& competere, niſi eo caſu ſolo quo legatum propter de-
fectam conditionem non debeatur. Longéque diſſimilis
7 eſt hic caſus iis de quibus in eadẽ lege Pomponius tra-
ctat & in quibus legatum valere defendit. † Nã ſi quis
ita ſcripſerit *Stichus liber eſto eique hæres meus decem da-
to* nulla dubitatio eſt quin debeatur legatum etſi pater-
familias viuus Stichum manumiſerit. Etſi enim hoc ca-
ſu non niſi ſeparatim legatum præſtandum eſt, nimirũ
poſt mortem teſtatoris, non eo minùs tamen verum eſt
coniũctim cum libertate datum fuiſſe legatum, quod
ſufficit vt vtiliter relictum dici poſſit, quoniam aliquo
caſu libertas ex eo teſtamento competere potuit, &
cum libertate legatum. Sed etſi ſic teſtator ſcripſerit
*Stichus liber eſto ſiue ſtatim ſiue poſt tempus, eique cum li-
ber erit hæres meus decem dato* idem dicendum eſt vt va-
leat legatum etiamſi à viuo patrefamilias ſeruus ma-
numiſſus ſit, quia & eadem ratio hîc locum habet.
Nam ſiue ita ſcriptum ſit *Stichus ſtatim liber eſto*, ſiue
ita *Stichus poſt biennium hæres eſto* (ſic enim Pompo-
nius explicandus eſt non vt verba illa *ſiue ſtatim ſiue
poſt tempus* ſint verba teſtatoris & eiuſdem formulæ)
non de alio tempore ſenſiſſe teſtator intelligitur quã
quod poſt mortem ſuam futurum ſit, propter quã cau-
ſam & verba illa *poſtquã mortuus ero* addi ſolebant ne
qua dubitatio ſupereſſet *l.ſi ita fuerit.45.eo.tit.* Ita fit vt
in idem tempus & legatum & libertas conferatur nec
legatum à libertate ſeparetur: propter addita verba illa
cum liber erit, quamuis ex poſt facto ea ſeparatio fiat, 8
cùm ſeruus à viuo teſtatore manumittitur vindictã † At
cùm libertate teſtamento data teſtator ſic loquitur
eique ſi eum liberauero vindictâ, hæres meus decem dato fit
ſeparatio libertatis & legati in ipſo teſtamento, data
nimirum libertate in eum caſum quo legatum nõ debe-
bitur, id eſt quo ſeruus à viuo teſtatore manumiſſus nõ
erit, & viciſſim adſcripto legato in eum caſum quo li-
bertas ex teſtamento competere non poterit, id eſt ſub
ea condicione, ſi ſeruus ab ipſo teſtatore vindictã ma-
numiſſus erit † Cur ergo aut quo iuris vel æquitatis cõ- 9
lore admittamus legatum hoc valere? Aut quis huma-
nitatis intuitus hic occurrere poteſt? Quaſi verò inhu-
manum & impium futurum ſit ſi ſeruus libertatem re-
præſentatam à viuo teſtatore conſecutus, legatum
quoque ſibi eodem teſtamento perperam relictum non
conſequatur. Si de libertate ipſa tractaretur, memoria
humanæ condicionis quæ homines omnes naturâ libe-
ros eſſe vult, facere poſſet, vt humanitatis intuitu de-
fendi nonnunquam libertas deberet quæ alioqui ſum-
mo iure non valeret. Sed quod ad legatum pecuniariũ
attinet, non idem legatarij fauor eſt, eius præſertim qui
pro modico illo pecuniario commodo libertatẽ à do-
mino ſuo repræſentatam citiùs certiúſque ſit aſſecutus,
cum poſſent multa incidere quæ facerent ne directa il-
la libertas competere vnquam poſſet ex teſtamento, 10
fortaſſis rupto, aut irrito facto, aut deſtituto. † Neque
nouum eſt vt libertas vtiliter data ſit, legatum autem
etiam cum libertate datum, inutiliter, aut vt vtroque ab
initio vtiliter relicto legatum non debeatur, libertas
tamen debeatur *l.ſi ita ſcriptum 16.D.ea.l.ſi fideicommiſſa-
ria 23.§.etiam.D.de fideic.libert.l.rogo 21.eod.iuncl.l.peto.
69.§.prædium de legat.2.* Sed vt legatum pecuniarum fa-
uorabilius ſit libertate, id eſt vt libertate & legato pe-
cuniario ſimul datis valere poſſit legatum pecuniarium
eo quoque caſu quo libertas ex illo teſtamento non
competat, quod hîc contingeret fieri nullo modo poteſt
d.l.Stichus ſeruus meus 39.D.de manu.teſt. † Sed & cùm 11
humanitatis intuitu Tribonianus fauet libertatibus cõ-
tra rectam iuris rationẽ hactenus id facere ſolet vt ex
directis faciat fideicõmiſſarias, quemadmodũ proximo
capite docuimus ab eo factum eſſe *in l.2.§.1.De iur.co-
dicill.in l.generaliter 24.§.ſi quis ſeruo de fideic.liber.* Quî
ergo fieri poſſit vt verum ſit quod Triboniano placet,
legatũ hoc de quo diſputauimus valere ſimpliciter, id
eſt iure legati? Illud verò multo minùs dici poteſt, quod
nec Tribonianus tentare auſus eſt, valere iure fideicom-
miſſi. Etſi enim fideicõmiſſorum fauor ille eſt vt aliquã-
do etiam ab initio inutiliter data facilius conualeſcãt,
non idem tamen in teſtamentis aut in legatis quæ non
niſi in teſtamento aut codicillis teſtamento confirma-
tis, verbiſq; directis relinqui poſſunt, admiſſũ eſt *l.1.§.1.
de legat.1.* † Quam ob cauſam & in eam rem compa- 12
ratus eſt vſus vulgaris illius clauſulæ codicillaris, quæ
totũ teſtamentum id eſt non modò legata in eo cõuer-
tat in fideicõmiſſum ſi qua ratione contingat teſtamẽ-
tum non valere, aut rumpi aut irritum fieri *l.5.D.de iur.
codicill l.vlt.C.eod.d.l.generaliter §.teſtamento de fideic.li-
bert.* † In quo miror tam grauiter errasse Iacobũ Cuia- 13
cium qui ſcripſit eam clauſulam hodie in omniũ teſta-
mentis etiãſi non ſit expreſſa ſubintelligi tamen debe-
re, quòd vt plurimũ ex cõſuetudine notariorũ & teſta-
torũ addi ſoleat, quodq; dubitandum non ſit eandẽ te-
ſtantiũ omniũ eſſe volũtatem quæ & Lucij illius Titij
fuit de quo *in l.Lucius 88.alias l.codicillis.§.vlt.de legat.*

Nam & idem obiici potuiſſet in ipſis quoque veteris iuriſprudentiæ temporibus cùm ſi Vlp. credimus *in l. 3 de teſt. milit.* iam tùm ſolerent plerique cùm teſtamenta per ſcripturã faciebant adiicere, Velle ſe eam ſcripturã etiã vice codicillorũ valere: neque verò dubitari oportet quoties ea clauſula in teſtamentis adiicitur quin ex teſtantis voluntate, potiùs quã ex notariorum ſtilo & cõſuetudine adiecta intelligatur. † Cæterũ in propoſita ſpecie legatũ quod nos iure legati valere negamos, nec fideicommiſſi iure defendi poſſe ex eo cõſtat, quòd non magis per fideicommiſſum quàm per legatum quicquam relinqui poteſt ei cum quo teſtamenti factio non eſt. Item quòd etiamſi adiecta eſſet clauſula codicillaris, nullus tamen illius effectus eſſet ad conuertendum legatum in fideicommiſſum, quandiu teſtamentum propriis viribus ſubſiſteret. Habet enim conditionem illam ſiue expreſſam ſiue tacitam ſi ex teſtamento non ſuccedatur.

Capvt XVIII.

Emendatio l. vxorem 29. D. eod. tit. De manum. teſta. & l. quidam. 25. §. ſi quis filium ad S. C. Treb. & explicatio l. cùm ex falſis 47. D. de manum. teſtam.

SVMMARIA.

1 *Species & quæſtio* d. l. vxorem. *& Scæuolæ ad eam reſponſum.*
2 *Teſtamento intercidente libertates quoque tam directas quàm fideicommiſſarias intercidere.*
3 *Tribonianum contra hanc iuris regulam, & contra Scæuolæ ſententiam in* d. l. *ſtatuiſſe.*
4 *Ratio ſententiæ Triboniani refellitur.*
5 *Hæreditatem in ſpecie* d. l. *ab inſtituto aditam non fuiſſe.*
6 *Nec ſi adita fuiſſet, potuiſſe ex ea aditione libertatem ſeruis competere.*
7 *De quo Scæuola in* d. l. *interrogatus fuerit, & quomodo reſponderit?*
8 *Quid Tribonianum in ſpecie illa fefellerit?*
9 *Plus eſſe præſtitam eſſe libertatem ab hærede licèt indebitam, quàm à teſtatore in teſtamento nullo inutiliter datam eſſe.*
10 *Ad confirmandam libertatis indebitè & per errorem factam dationem, conſtitutione Principis opus fuiſſe in ſpecie* l. cùm ex falſis in princip. de manumiſſ. teſtam.
11 *Cur in §. 1. eiuſdem legis libertas ſeruo data ab hærede conditionis implendæ causã nõ reuocetur licèt filius de inofficioſo poſteà agens obtinuerit?*
12 *In cæteris libertatibus eodem teſtamento datis & ab hærede poſt præparatam vel inſtitutam querelam præſtandis non idem eſſe.*
13 *Niſi teſtamentum poſt quinquennium ex magna & iuſta cauſa inofficioſum dictum ſit.*
14 *Animaduerſio ad* §. 1. d. l. cùm ex falſis. ff. de manum. teſtam.
15 *Libertatem quæ conditionis implendæ cauſa capitur, mortis cauſa peti, non quàm teſtamenti iure captam intelligi.*
16 *Libertatem quæ ab hærede vltrò quaſi proprio ſeruo præſtatur non confirmari ſi teſtamentum poſteà inofficioſum pronuntiatum fuerit.*
17 *Quod de libertate ex falſo teſtamento præſtita in §* 1. d. l. cùm falſis. *dicitur ad eam ſpeciem coarctandum eſſe in qua hæres conditionis implendæ gratia ſeruum manumiſerit.*
18 *Papinianum in* d. §. 1. *pro libertate ex falſo teſtamento data ſic reſponſurum non fuiſſe, ſi nulla conſtitutio præceſſiſſet.*
19 *Cur pro eiuſmodi libertate Papinianus reſponderit?*
20 *Quid iuris in quæſtione illa de falſo teſtamento, ſi falſi accuſatio iam adita hæreditate ſuperuenerit?*
21 *Quæ ſuis libertates ex falſis codicillis, qui veri credebãtur, præſtitas ex Hadriani conſtitutione defendi.*
22 *Omnes quoque libertates ex falſo teſtamento ſaluas fore, ſi is ſolus inſtitutus ſit qui ab inteſtato quoque totam hæreditatem ſolus haberet.*
23 *Eas libertates quæ à teſtatore directis verbis dantur non valere ex teſtamento, quod aut ab initio nullum, aut inofficioſum aut ex poſt facto falſũ eſſe apparuit.*
24 *Secus in fideicommiſſariis obtinere, quæ ab hærede poſtea victo in lite inofficioſi teſtamẽti præſtita ſunt.*
25 *Quomodo accipienda ſit* l. ſi autem. 9. ff. de inoffic. teſtam.
26 *Hadriani reſcriptum, de quo in* d. l. cùm ex falſis *non ad præſtandas ſed ad præſtitas libertates pertinere, vt non reuocentur.*
27 *Fauorabiliores & potentiores in eo eſſe fideicommiſſarias libertates quàm directas.*
28 *Scæuolam in* d. l. vxorem *de libertatibus directis in teſtamento nullo & iniuſto datis tractare.*
29 *Cur in* §. vlt. l. Papinianus 8. de inoffic. teſtam. *libertates ex inofficioſo teſtamento præſtitas poſt quinquennij lapſum confirmentur?*
30 *Inſtituta intra quinquennium à die aditionis inofficioſi querela legitimo hærede victore exiſtente non ideò magis directas libertates ſeruis competere quod vltra quinquennium bona fide in libertate morati ſint.*
31 *Non poſſe in ſpecie* d. l. vxorem, *libertates poſt quinquennium competere, quæ nunquam aditione confirmatæ ſunt, aut confirmari potuerunt.*
32 *Diſſimilem eſſe ſpeciem* d. l. vxorem, *à ſpecie* l. ſi cum fideicommiſſa §. Ariſto. ff. qui & à quibus manum.
33 *Longè quoque ab ea diſtare ſpeciem* §. ſi quis filium. l. quidam 25. ff. ad S.C. Trebell.
34 *Cur in* d. §. *directa libertas confirmetur, nec fideicommiſſi prætextu reuocari poſſit?*
35 *An aliud in* d. §. *reſpondendum eſſet, ſi quis à milite quoad viueret inſtitutus, ſeruum in militis hæreditate repertum teſtamenti manumiſiſſet?*
36 *Tentatur in* d. §. *directam libertatem non competere ex teſtamento eius qui à pagano quoque rogatus ſit de ſeruo illo cum tota hæreditate reſtituendo.*
37 *Verba quædam indicantur in* d. §. *Triboniani ſtylum redolentia.*
38 *An ibidem interſit, ſciens an ignorans codicillos, rogatus hæres libertatem ſeruo dederit?*
39 *Priorem tantùm partem ſententiæ Iuliani in* d. §. *corruptam eſſe.*
40 *Quem ſenſum habeant verba illa Iuliani*, hoc amplius etſi ignoraſſet?
41 *Libertates in* d. l. vxorem, *non tam ex Scæuolæ reſponſo, quàm Triboniani adiectione tanquam ex Iuſtiniani noua conſtitutione defendi.*
42 *Teſtamento poſthumi agnatione rupto nullas libertates valere.*
43 *Quò vſque libertatum fauor extendatur?*

SVperiora † cogũt me vt moneam, videri etiam mihi corruptum ab eodem Triboniano reſponſũ Scæuolæ quod extat *in l. vxorem 29. eod. tit. De manũ. teſtam.* Vxorem prægnantẽ vir repudiauerat, & aliã duxerat, Prior enixa filiũ expoſuit, Hic ſublatus ab alio educatus eſt nomine patris vocitatus. Vſque ad vitæ tempus patris tam ab eo quàm à matre an viuorum numero eſſet ignorabatur. Mortuo patre teſtamentoque eius quo filius hic neque exhæredatus neque inſtitutus ſit recitato, filius & à matre & ab aula paterna agnitus 1

hæreditatem patris ab inteſtato quaſi legitimus poſſidet: Quæſitum eſt, inquit Scæuola, hi qui teſtamento libertatem acceperunt verum liberi an ſerui ſint? Reſpondit Scæuola *filium nihil præiudicij paſſum fuiſſe ſi pater eum ignorauit, & ideò cùm in poteſtate & ignorantis patris eſſet teſtamentū non valere* Quod ſi ita eſt vt eſt, cōſequens ſit nec libertates eo teſtamento datas valere.

2 † Nā certi iuris eſt quoties teſtamentū nō valeret nihil omnino valere eorū omniū quæ teſtamento continentur, ac ne fideicōmiſſa quidē tametſi ab inteſtato quoque vtiliter relinqui potuiſſent, *d.l. 1. §. 1. de legat. 3. l. illud enim. 13. §. tractari. D de iur. codicil.* Tantúmque abeſt vt hac parte ſeparandæ ſint libertates à cæteris rebus vt etiāſi ab initio teſtamentū valuerit, eo tamen poſteà rupto libertates intercidant, nec directæ tantùm ſed etiā fideicōmiſſariæ *d.l. generaliter. 24. §. ex teſtamento l. ſi pater. 47. in princip. de fideic. libert.* Quanto minùs igitur valebunt directæ ſi teſtamentū ab initio nullum, & in-

3 iuſtum fuit? † Et tamen Tribonianus ille noſter perpetuus æquitatis ſuæ arbiter, & egregius libertatū fautor adiecit ad Scæuolam ſubtiliter & eleganter ſi Diis placet *ſerui autem manumiſſi ſi per quinquenniū in libertate morati ſunt, ſemel datā libertatē infirmari contrariū ſtudiū fauore libertatis eſt* Quis enim vnquam ſibi perſuadeat ſic locutum Scæuolā fuiſſe? tam multis ſcilicet verbis, támque perplexis, nec ferè grammaticam vllam interpretationē commodè admittentibus? Aut quia neſcit perpetuū Scæuolæ morē hunc eſſe vt de iure tantum ad ea quæ ex facto proponuntur reſpondeat, non etiā vt in facto ipſo aliquid vnquā ſuppleat? Cur ergo de ſeruis per quinquennium in libertate moratis tractaret, cum nihil tale ex facto proponeretur? E contrario enim verba conſultationis præ ſe ferebant quæſtionē illam de ſeruorum ſtatu non ita multo poſt teſtamenti recitationē incidiſſe: ac proinde intermediū tempus quinquennij eſſe nō potuiſſe. † Sed & ratio illa Triboni-

4 ani, quòd libertatē ſemel datam infirmari non oporteat prorſus inepta eſt. Neque enim libertatem datam eſſe ſufficit vt infirmari nunquā poſſit ſed ritè & rectè datam eſſe oportet, quod non euenit, cùm teſtamentū ab initio ipſo non valet. At neque vtiliter datam eſſe ſatis eſt niſi teſtamenti validitas duret *d. §. ex teſtamento l. 24. & d.l. 47. de fideicom. libert.* Rurſus nec illud ſatis eſt teſtamentum ab initio valuiſſe nec poſteà ruptum aut irritum factū fuiſſe, niſi addas ex eo cōpetere libertatē. Ad eas namque demum libertates quæ iam competunt, illud pertinet quod dici ſolet reuocari eas non poſſe *leg. Imperatores. 52. de manum. teſtam.* Porrò directæ libertates ex teſtamento quātumcunque vtili nūquam competunt priuſquā adita ex eo hæreditas, niſi hærede aliquo neceſſario exiſtente *l. teſtamento. 23. §. 1. l. 25. l. ſciēdum. 32. eodē tit.* †

5 Atqui in ea ſpecie de qua tractamus, non proponebatur hæreditas adita ab inſtituto, ſed potiùs non adita cùm ſtatim mortuo patre teſtamētóque eius recitato filius tanquam legitimus hæreditatē patris ab inteſtato poſſidere cœpiſſet. Quomodo igitur fieri

6 poteſt vt per quinquenniū morati ſint in libertate ſerui de quorū ſtatu dubitatur? † Sed & cum adiri hæreditas ex nullo & iniuſto teſtamento nō poſſit, eáque aditio nullius planè ſit momenti (prius enim eſt vt hæreditas deferatur per legem, quā vt per aditionem acquiratur, *l. delata. 151. iunct. l. lege obuenire. 130. de verborū ſignif.*) planè non video quo iure poſſit libertas cōpetere, etiā ſecuta aditione ex nullo & iniuſto teſtamento Nam ſi quis dicat potuiſſe ex huiuſmodi teſtamento adiri hæreditatē bona fide priuſquā ſciretur, an filius aliquis teſtatoris in rerū natura eſſet cuius præteritione iniuſtū videri poſſet, dicā repugnare Scæuolam, cùm ait nihil præiudicij paſſum filium ſi pater eum ignorauit. Si enim nec patris ignorantia quantumlibet probabilis filio noceret, multo minùs nocebit ignorantia hæredis, *l. ſi is ad quem. 22. in fin. D. de acquir. hæred.* quæ tamen noceret ſi ex ea cauſa libertates teſtamentarias faciliùs competere admitteremus: nec rurſum fieri queat vt ex ea ignoratione magis ſuſtineatur teſtamentum quàm ſi filius ipſe poſt teſtamentum defunctus eſſet: quo tamen caſu perinde verum eſſet teſtamentū non valere neque ex eo hæreditatē adiri poſſe *l. ſi filius. 7. D. qui teſtam. facer. poſſ.* † Illud enā obſeruari volo non de eo in- 7
terrogatum Scæuolam fuiſſe an datæ libertates reuocādæ eſſent, ſed an cōpeterent, id eſt an ſerui quos pater liberos eſſe iuſſiſſet liberi eſſent an ſerui. Eleganter verò Scæuola & conciſè more ſuo ſic reſpondet ad propoſitam quæſtionem vt quamuis nihil exprimat de libertatibus, facilè tamen ſit intelligere quid ille reſponſum velit, libertates ſcilicet nō competere filio præterito ius ſuum exequente, cùm teſtamentum non valeat. Nam etſi filius præteritus iudicia patris turbare nollet, tamen ſicuti nō ideo minùs teſtamentū iniuſtum eſſet, ita nec eo magis valerent aut cōpeterent ab inteſtato libertates quæ à legitimis ſucceſſoribus non eſſent repetitæ, niſi vno illo caſu quē Papinianus tractat *in l. filio præter. 10. 17. De inoff. rupt. & irrit. fact. teſt.* id eſt iis ipſis qui teſtamento hæredes ſcripti ſunt totam hæreditatē ab inteſtato poſſidentibus: vt nos plurib. explicauimus
liber. 9. cap. 14. † Error Triboniani ille primus fuit quòd 8
Scæuolæ verba ſic accepit acſi de iure tantùm teſtamēti, non etiā de libertatibus de quibus tamen conſultus fuerat quicquā reſpondiſſet, non attendens ad morem Scæuolæ cui familiare eſt ſic reſpondere vt in *l. Titia. 13. de inoff. teſt. l. generali. 32. §. 1. De vſufr. legat.* Adiecit verò dictionem illam *quidem* in iis verbis *filium nihil præiudicij paſſum fuiſſe*, vt totam eam clauſulam *ſerui autem manumiſſi &c.* quam nos expungimus cōnectere ſuperioribus poſſet. Fefellit etiam fortaſſe Tribonianum, quod vidit, aliis etiā nonnullis caſibus, quos ille ſimiles putat, ita conſtitutum eſſe vt libertates etiam indebitæ puta ex falſis codicillis aut ex falſo teſtamento ſi præſtitæ ſint durent, neque ex poſtfacto reuocentur, *l. cum ex falſis. 47. in princ. & §. 1. eo. tit.* præſertim ſi diu quis ſteterit in libertate, *l. ſi cùm fideicommiſſa. 16. §. Ariſto. D.*
qui & à quib. manumiſſ. † Sed cogitare debuit valde diſ- 9
ſimiles eſſe illos caſus, in quibus ſcilicet agitur de libertatibus non ſolùm teſtamento datis, ſed etiam præſtitis, & quidem ab hærede, cui proinde teſtandi ius fuit. Sic enim Papinianus ſcribit in d.l. cū ex falſis, *cùm ex falſis codicillis per errorem libertas licet non debita præſtita tamen ab hærede fuiſſet, viginti ſolidos à ſingulis hominibus inferendos eſſe hæredi Princeps conſtituit.* Plus enim eſt præſtitam eſſe libertatem ab hærede licet indebitā, vt reuocari non poſſit, quā à teſtatore in teſtamento nullo inutili datam eſſe. Non enim datio illa facit liberum ſed poteſtas legis. 12. tabul. confirmantis libertatem teſtamento datam quæ poteſtas in confirmando teſtamē-
to nullo & iniuſto nulla eſt. † Sed & obſeruādū eſt in 10
ea quoque ſpecie principis conſtitutione opus fuiſſe non minùs vt libertatis præſtatio indebitè & per errorem facta confirmaretur, quàm vt viginti ſolidi à ſingulis hominibus inferrentur. Vtrumque enim eadem conſtitutione factum fuiſſe certum eſt, *l. penult. §. 1. D. de iur. patron. l. 1. C. de fideicomm. libert.* Subiicit Papi-
nian. *Sed etſi conditionis implendæ cauſa ſeruum inſtitutus* 12
manumiſerit, ac poſtea filius de inofficioſo agendo obtinuerit, conſequens erit idem in hac ſpecie fieri quod in falſis codicillis conſtitutum eſt. Nimirum quia etiāſi reſciſſo per querelā inofficioſi teſtamento apparet hæredem non eſſe eum qui libertatem præſtitit, quoniā redit res ad cauſam inteſtati, verum tamen eſt fuiſſe illum hæredē eo tempore quo libertatē dedit, & conſequènter præſtitam ab eo libertatem qui eius præſtandæ ius habuit, cùm nec de inofficioſo teſtamento agi potuerit ante aditam hæreditatem, nec adiri hæreditas ab eo, qui conditionis implendæ cauſa ſeruum manumittere debuit, niſi conditione impleta. Proinde mirum non eſt

eam

eam libertatem nón infirmari quæ ſemel credita meri
rò eſt vtiliter data eſſe, licet neque directa fuerit ne
que fideicommiſſaria, & ex poſtfacto appareat indebi-
tam fuiſſe.† Sed in cæteris libertatibus eodē teſtamen-
12 to datis & ab eodem hærede præſtandis, aut poſt inſti-
tutam querelam vel præparatam ſiue ex fideicommiſſo
ſiue vltrò, præſtitis non idem erit, quia reſciſſo per que-
relā teſtamento conſtat libertates intercidere ſicut &
cætera legata, & quidē ipſo iure *l. Papinianus.8 §.penultim.*
l. qui repudiantis.17 in fin. dict. l.ũ in mater.18. de inofficioſo
13 *teſtament.*† Vnus tantū caſus excipiendus eſt ex Hadria-
ni & Antonini Pij conſtitutionibus, ſi poſt quin-
quennium teſtamentum cœptum ſit inofficioſum dici
ex magna & iuſta cauſa. Nam cùm querela inofficioſi
teſtamenti quinquennio finiatur cóque tempore ela-
pſo dici poſſit confirmatas eſſe libertates quarum ius
irreuocabile in id vſque tempus quodammodo pepen-
derat, fauor libertatis non patitur, vt etiamſi iuſta ali-
qua cauſa ſit propter quam filio poſt quinquennium
ſuccurri oporteat, quod non facile admittendum eſt, li-
bertates tamen quæ ſemel competierunt, reuocentur *d.*
l. Papinianus § vltim. Intra quinquennium agente filio,
& poſteā quàm ſecunque obtinente libertates non cō-
petunt, nec vnquam competiiſſe intelliguntur vt Mo-
deſtinus ſubiicit *in l. ſi autem 9 eod.* Itaque ea ſpecies
quam Papinianus tractat in *d. l. ex falſis*, valde ſingu-
laris eſt, quod probant verba illa *idem in hac ſpecie fieri.*
14 † Illud verò animaduerſione dignum eſt quod Papinian.
vt libertatem etiam ex inofficioſo teſtamento implen
dæ conditionis cauſa datam tueatur, non inducit reſcri-
ptum Hadriani ex ea parte qua proſpexit libertatibus
inofficioſo teſtamento relictis, ſed ex illa potiùs qua ca-
uit de libertatib. præſtitis ex codicillis falſis, nēpe quòd
ex priore illa parte nō confirmantur libertates niſi quæ
aut directis aut precariis verbis relictæ ſunt, & ita de-
mum ſi nō niſi poſt quinquenniū ab adita hæreditate
15 cœptū ſit agi de inofficioſo.† Quæ autem condicionis
implendæ cauſa capitur libertas ea neque directa eſt
neque fideicōmiſſaria, ſed mortis cauſa potiùs quā te-
ſtamenti iure capi intelligitur, *l. Mæuius.55. de conditio-*
nibus & demonſtration. Itaque hæc ſpecies libertatis
cùm nullo modo relicta ſit à teſtatore i. nec directis ver-
bis nec precariis, ſi ab hærede præſtetur ei potiùs cō-
paranda eſt quæ præſtatur ex falſis codicillis. Nā nec
illa vllo modo relicta eſt. Sed & cùm fideicōmiſſas li-
bertates ex inofficioſo teſtamento intra quinquenniū
& ante præparatā querelā præſtitas defendimus, *dict. l.*
ſi autem, videtur id fieri ex poſteriore potiùs quam ex
priore reſcripti parte. Et ea ratione quòd libertas fidei-
cōmiſſaria in teſtamento inofficioſo relicta ūn magis
indebita videri poſſit, quā quæ ex falſis codicillis præ-
ſtita eſt, cùm & perinde præſtita ſit ab eo, qui tùm ve-
16 rus hæres fuit † Cæterùm, ſi neque directò neque per
fideicommiſſum, neque condicionis implendæ cauſa li-
bertas data ſit, ſed ab hærede vltro quaſi proprio ſeruo
præſtita nullo modo confirmabitur, teſtamento quan-
documque inofficioſo pronunciato. Id enim eſt quod
17 Papinianus innuit illis verbis *in hac ſpecie.*† Ex quibus
etiam apparet, quod ibidem ait, idem iuris eſſe ſi teſta-
mentum falſum fuerit pronunciatū, non tam genera-
liter accipiendum eſſe vt cōpetant libertates datæ te-
ſtamento quod ex poſt facto falſum fuiſſe apparuit, aut
vt reuocari non poſſint eæ quæ à falſo hærede præſtitæ
ſunt ſiue ex fideicommiſſo ſiue etiam ex ſpontanea ip-
ſius voluntate, ſed ad hanc ipſā ſpeciem coarctandam
in qua hæres inſtitutus condicionis implendæ gratiā
ſeruū manumiſerit. Finge teſtamentum ita falſum dici
vt hæres ipſe accuſetur, qui certus ſit ſe falſum non fe-
ciſſe Poſtmodum verò de falſo conſtitiſſe, ſed ab
alio quàm ab hærede id crimen admiſſum fuiſſe. Non
potuit accuſatio impedire quominus etiam penden-
te quæſtione hæres ſcriptus hæreditatem ex te-

ſtamento adiret, *l. cum falſum .46. de acquir. hæred.* por-
rò adire niſi impleta conditione non potuit. Nihil ergo
tunc obſtitit quominùs ſeruo rectè libertatem daret.
Et conſequenter quod teſtamentum poſteà falſum ap-
paruit facere non debet vt reuocetur libertas quæ ſe-
mel data eſt vtiliter. Aliud ergo Papinianus reſpondiſ-
ſet in libertatibus ſiue directis ſiue precariis eo teſta-
mento adſcriptis poſtmodū falſum eſſe conſtitiſſet: quia
verum eſt nec datas eſſe † Dices ſi teſtamentum falſū 18
eſt, nec illud quoque verum eſſe vt conditionis implen-
dæ gratia ſeruum manumittere hæres debuerit. Ac ſa-
nè ita eſt, ob idque nec pro huiuſmodi libertate reſ-
pondere Papinianus potuiſſet ſi conſtitutio nulla præ-
ceſſiſſet. Sed cùm principis conſtitutione inductū eſſet
vt etiam ex falſis codicillis præſtita per errorē libertas
reuocari non poſſet, idem ille per interpretationem ad-
mittendum putauit illo etiam caſu quo teſtamentū fal-
ſum pronunciatum eſſet. Poſt præſtitam ab hærede con-
dicionis implendæ cauſa libertatem:† An quòd hæc li- 19
bertatis ſpecies in eo fauorabilior ſit cæteris eo teſta-
mento adſcriptis, quòd cùm illæ nec à teſtatore ipſo
datæ hæc tamen & ipſo ſaltem hærede vltro data, & fa-
cto ipſo præſtita ab eo. Minimè. Alioqui etiam cæte-
ræ libertates valebunt quas hæres ipſe ſiue ante ſiue
poſt propoſitā aut præparatam falſi accuſationem præ-
ſtiterit, quaſi ex fideicōmiſſo non implendæ condicio-
nis cauſa. Sed, quia hanc ſolam non etiā cæteras præſta-
ri neceſſe fuit vt adiri hæreditates poſſet quæ eo tem-
pore nihil obſtante falſi accuſatione adiri iure potuit.
† Sed & finge falſi accuſationē ſuperueniſſe adita iam 20
hæreditate. Nemo dixerit ſuperuenientem dubitationē
de iure & viribus teſtamenti irritam facere poſſe adi-
tionem iam ante factam licet faciendam impediret *dict.*
l. cum falſum. Atqui non potuit aditio illa, vt diximus
fieri, niſi priùs impleta condicione Igitur libertatem il-
lam quaſi ex neceſſitate eo tempore præſtitam ſaluam
manere æquum eſt. † Non eadem diſtinctio adhibetur 21
cùm de iis libertatibus quæ ex falſis codicillis qui tùm
veri credebantur, præſtitæ fuerunt omnes enim tam
fideicōmiſſariæ quàm quæ condicionis implendæ cau-
ſa præſtitæ ſunt [directæ enim non poſſunt competere
ex codicillis falſis, non magis quàm ex veris teſtamen-
to non confirmatis] defenduntur ex Hadriani reſcrip-
to, viginti duntaxat aureis in ſingulos homines hæredi
ſoluendis quaſi pro iuſta cuiuſque æſtimatione *dict. leg.*
penultim. §.1 de iur. patron leg. 2 Cod. de fideicom. libert. nec
eæ duntaxat quæ ab hærede ipſo præſtitæ ſunt, ſed &
quæ à legatario *dicta lege ſecunda.* Alioqui cur Hadria-
nus de codicillis locutus fuiſſet, ſi de teſtamento
falſo idem quoque conſtitutum voluiſſet? Præſertim
cùm inofficioſo quoque teſtamento tractaret, eadem
vt probabile eſt conſtitutione licet *capite ſeparato.* Ideò
fortaſſe quòd non ſicut ex falſo teſtamento ita & ex
falſis codicillis perſona veri hæredis mutetur, nec
proinde tam iniquum aut difficile ſit nocere ſibi ve-
rum hæredem qui ipſe manumittat, aut legatario tra-
dat hominem manumittendum quàm iniquum illud
eſſet falſi hæredis factum nocere vero hæredi, cuius
nullum interceſſiſſet.† Qua ratione dicerem audacter, 22
ſi in teſtamento quod falſum eſſe apparuit, is hæres in-
ſtitutus eſſet ſolus, qui ab inteſtato quoque totā hære-
ditatem ſolus habere deberet, omnes perinde libertates
ſaluas fore quas ipſe ex falſo teſtamēto quaſi fideicom-
miſſarias præſtitiſſet, non ſecus ac ſi in falſis codicillis
à vero hærede relictæ eſſent, quia vi ipſa & in effectu
non magis hoc quàm illo caſu intereſſet veri hæredis,
cuius factum etiā interceſſiſſet vtroque caſu.† At in iis 23
libertatibus quæ non ab hærede præſtantur ſed tantùm
à teſtatore directis verbis dantur, nullo caſu recep-
tum eſt aut ſcriptum vt valere debeant & compe-
tant ex teſtamento quod aut ab initio nullum aut
inofficioſum, aut falſum fuiſſe ex poſtfacto apparuit.

Planè io fideicommiſſarlis alıud admıttimus ſi præſtitæ
ſint ab hærede bona fide, non quidem ex falſo teſtamé-
to vt iam dictum eſt, ſed ex eo quod inofficioſum pro-
nunciatum ſit. *d. l. ſi autem* 9. Nam à falſo hærede præ-
ſtitas libertates illud omnimodo impedit quod neque
voluntaté teſtatoris habent neque factum veri domini
24 cuius eſt eas præſtare.† Quæ auté præſtitæ ſunt ab hæ-
rede poſteà victo in lite inofficioſi teſtamenti licet de-
functi voluntaté habere non credantur, nec ſi adiecta
ſit clauſula codicillaris, (quia per querelã reſcinduntur
defuncti iudicia tanquã dementis & inſani, conſtat au-
tem inſanũ & dementé hominé non magis ab inteſta-
to quã ex teſtamento fideicómiſſa dare poſſe *d. l. Titia.*
13. de inoff. teſt. l. nec fideicommiſſa. 36. de lega. 3.) habent
tamé factũ eius qui tùm verus hæres fuit, factũ tamen
pro infecto haberi nó poteſt, etſi nó poſſet ea res ſuffi-
cere ad confirmandas quaſlibet libertates ab hærede
præſtitas, ſed ab eas tantum quæ fideicómiſſæ fuerunt.
Sunt enim fauorabiliores hoc ipſo quod precariam te-
ſtatoris voluntatem ab initio, & eo tempore quo præ
25 ſtitæ ſunt, habuerunt.† Ex quo apparet quod ſcriptum
eſt ex Modeſtino & Paulo in *dict. leg. ſi autem* mora in-
tra quinquennium inofficioſi teſtamenti querela præ-
ſtandas eſſe fideicómiſſas libertates, [nam de iis quas
hæres vltro præſtiterit, id eſt citra cauſam fideicómiſſi,
nec dubitatio vlla eſt quin rupto per querelam teſta-
mento reuocentur, extra caſum *d. l. cùm ex falſis* etiam
niſi cùm præſtitæ ſunt implendæ condicionis cauſa]
non ita accipi debere, vt ſi vel poſt motam querelam
vel poſt victoriam petantur, præſtari debeant ſiue ab
hærede ſcripto, ſiue à victore, Sed ſic potiùs, vt quæ an-
tè propoſitam inofficioſi accuſationem præſtitæ ſunt ab
hærede ſcripto, eas victor ratas & pro bene præſtitis
habere debeat, licet egerit intra quinquennium, Ra-
tione illa quam ſuprà attulimus, quòd præſtitæ ſint ab
eo qui tùm verus hæres fuit, & manumittendi ius ha-
buit, hancque interpretationem probant ſequentia
illa *ſcilicet viginti aureis & in hoc caſu à ſingulis præſtan-*
dis.† Hadriani namque reſcriptum de ſoluendis in ſin-
26 gulos homines viginti aureis, tã ex eo capite quo cau-
tum eſt de falſis codicillis, quàm ex alio quo de liberta-
tibus inofficioſo teſtamento datis prouiſũ fuit, non ad
præſtandas, ſed ad præſtitas aut ipſo iure competentes
libertates pertinet vt non reuocentur.† In quo mirum
27 videri poſſit fauorabiliores aut potentiores eſſe liberta-
tes fideicómiſſarias quàm directas. Directæ ſiquidem
rupto intra quinquennium teſtamento nunquam com-
petiiſſe intelliguntur. Nempe quòd querela inofficioſi
teſtamenti, quæ iuris auxiliũ publicum eſt, faciliùs euer-
tat directas libertates quæ non niſi iure nituntur, quàm
fideicómiſſarias quæ non tantùm iuris ſunt, ſed etiam
facti, in quibus ſcilicet præſtandis factum veri hæredis
interuenit. Itaque directas competere dicimus non præ-
ſtari, fideicommiſſarias verò præſtari non competere,
d. l. Papinianus §. vlt. Directæ nunquam reuocantur,
quia quo caſu reuocationi locus eſſe poſſet in fidei-
commiſſariis, directæ nec competiiſſe exiſtimantur. Fi-
deicommiſſariæ verò ſi Hadriani reſcriptum deeſſet,
proculdubio reuocarentur. Difficilius autem eſt, vt li-
28 bertas reuocetur, quã vt non competere dicatur.† At-
qui Scæuola in ea lege quam emendamus non tractat
de fideicommiſſariis libertatibus, ſed de directis in teſta-
mento nullo & iniuſto datis, ex quo neque adita hære-
ditas ſit neque adiri vnquam potuerit. Nó ergo mirum
Triboniano videri debuit eas infirmari, vt ipſe loqui-
tur, quæ nec competierunt vnquam nec præſtitæ ſunt.
Neque fuit cur conditioné illam adderet, *Si per quin-*
quenniũ in libertate morati ſint, motus, vt credibile eſt
exemplo cóſtitutionis illius Hadriani de qua in *d. §. vlt.*
29 *l. Papinianus* † Nã quod in ea ſpecie conſeruantur poſt
quinquenniũ libertates, non fit propter ſolum lapſum
temporis, ſed quia tempus illud inſtituendæ querelæ
inofficioſi teſtamenti præſtitutum eſt, quo elapſo cum
nullus iam ſubſit metus rumpendi teſtamenti ſi ordina-
rio iure agatur, confirmantur ſine dubio libertates etiã
directæ: Tanto magis quod nec quinquenniũ illud cur-
rere incipit niſi à die hæreditatis aditæ, quo demũ tem-
pore dies libertatum directarum cedit, ſi nihil ſit quod
facere aliquando poſſit ne videatur tũ ceſſiſſe, quomo-
do contingit quoties teſtamentum in eo eſt vt per que-
relam inofficioſi teſtamenti reſcindi quandoque poſſit.
† Itaque ſi ponas inſtitutam querelam intra quinqué- 30
nium tractumque per aliquot annos iudicium, inſciis
quoque & abſentibus fortaſſe iis qui directas libertates
acceperunt, victo tandem hærede non ob id magis di-
rectæ libertates cópetent quod ſerui illi per ſeptenniũ
aut etiã ſi voles decenniũ integrum à die aditionis nu-
merãdum bona fide morati ſint in libertate, quia non
poteſt aut debet bona illa fides nocere filio qui intra
conſtitutum tempus egit, & cui neque negligentia, ne-
que aliud quicquam imputari poſſit. † Quanto minùs 31
igitur competent libertates poſt quinquennium, quæ
nunquã aditione confirmatæ ſunt aut confirmari po-
tuerunt? Aut quomodo potuit Scæuola reſcriptũ illud
Hadriani ad caſum iam diſſimilem extendere? aut citra
reſcripti authoritatem nouum ius tam audacter induce-
re, confirmandiſque libertatibus de quibus querebatur
quinquennij potiùs quàm biennij aut decennij tem-
pus præſcribere? Aut denique ſi reſcripto Hadriani
in hac ſpecie locum eſſe putauit, cur non ſubiecit ſaltẽ
in ſingulas libertates viginti aureos victori præſtando
eſſe? † Neque rurſus ſimile eſt quod Ariſto reſpondit, 32
A debitore fiſci qui ſoluendo non erat manumiſſum ita
reuocari in ſeruitutem debere ſi non diu in libertate
fuiſſet, id eſt non minùs decennio *d. l. ſi cum fideicommiſ-*
ſa. 16. §. Ariſto. D. qui & à quib. manumiſ. Nam præter id
quod locus ille tractat de libertate præſtita non de di-
recta quæ teſtamento tantùm data ſit, apparet etiã li-
bertatem illam præſtitã eſſe à vero domino, ob idque
non niſi per reuocationem infirmari poſſe, nec eo mi-
nùs tamen requiri vt per decennium integrum manu-
miſſus ſteterit in libertate ad hoc vt reuocatio impe-
diatur. Quis ergo admittat quinquenniũ poſſe ſufficere
ei cui nunquam libertas competierit nec competere ex
teſtamento nullo potuerit? † Poſtremo nec ſimile il- 33
lud eſt quod Iulianus ſcripſit in *l. quidam. 15. §. ſi quis*
filium. D. ad S.C. Trebell. ſi quis filium ſuum ex aſſe hæ-
redem inſtituit, & codicillis quos poſt morté filij ape-
riri iuſſit, fidei eius cómiſit, vt ſi ſine liberis decederet,
hæreditatem ſuam ſorori ſuæ reſtitueret, & filius ſciens
quod in codicillis ſcriptũ erat, Stichum ſeruũ hæredi-
tariũ teſtamento ſuo liberum eſſe iuſſit, libertatem có-
ſeruari nec niſi ſerui pretium à filij hæredibus præſtari
debere.† Ibi enim libertas quidem directa teſtamento 34
datur, ſed teſtamétoiuſto, & à vero domino hæredé ha-
bente ex eo ipſo teſtamento. Proinde mirum non eſt ſi
libertas cópetat, neque reuocari poſſit prætextu fidei-
commiſſi. Nemo enim ob id ſolùm deſinit hæres eſſe &
dominus quod de hæreditate alteri reſtituenda rogatus
ſit, ne quidem poſt factam reſtitutionem, multò minùs
ante reſtitutioné.† Quare & aliud reſpondendum pu- 35
taré ſi quis à milite quoad viueret inſtitutus ſeruũ in
militis hæreditate repertũ teſtaméto manumiſiſſet. Nã
cùm miles ex priuilegio poſſit hæredé habere ad tem-
pus *l. miles ita. 41. de teſtam. milit.* Ideóque ius ipſum hæ-
redis & domini hoc caſu penitus deficiat eo ipſo inſtã-
ti quo hæres ita ſcriptus moritur, cóſequés eſt vt alienũ
ſeruum manumiſerit, qui hæreditarium teſtamento ma-
numiſit, quandoquidé huiuſmodi manumiſſionũ, vt &
aliorũ omniũ quæ ex teſtamento pendent effectus in id
tépus confertur quo teſtator erit mortuus, & conſequé-
ter nihil cauſæ eſt cur libertas ſeruetur quæ non cópe-
tit, nemo .n. alienũ ſeruũ quamuis vt proprium manu-
mittat ad libertaté perducere poteſt *ſi nó proprietaté 4.*

C. de

36 *C. de his qui à non domin. manum. ſunt.* † Quamquam ſi
dicere liceat quod ſentio, via puto ex iuris ratione
defendi poſſe vt directa libertas competat ex teſta-
mento eius qui à pagano quoque rogatus ſit de ſeruo
illo cum tota hæreditate reſtituendo. Nam vt directa
libertas competat non ſufficit vt ab eo data ſit qui do-
minus reuera fuit, ſed illud etiam requiritur vt domi-
nus fuerit ille pleno iure. Vnde illud eſt quod ſeruo pi-
gnorato directa libertas dari non poteſt: *l. generaliter.*
24. §. *ſi quis ſeruo de fideic. libert.* Atqui ſeruus fidei-
commiſſarius plus quàm pignoratus eſt nec pleno iure
hæredis grauati eſſe dici poteſt ne quidem ante reſti-
tutionem, cùm ſit omnimodo reſtituendus, nec in po-
teſtate ipſius eſſe debeat vt pro ſeruo precium præſtet,
non magis quàm vt fideicommiſſum cogere poſſit ad
vendendum. Taceo quod ex Iuſtiniani conſtitutioni-
bus bona omnia fideicommiſſo obnoxia hoc ipſo cen-
ſentur tacitè fideicommiſſario deuincta & obligata ſi
malit ille hypothecariam exercere quàm rei directam
vindicationem. Quomodo igitur fieri poteſt vt di-
37 recta ei libertas detur. † Et ſanè ablatiui illi abſoluti
libertate fauore ſui ſeruata. Tribonianum redolent aper-
38 tiſſimè non Iulianum. † Illa autem Iuliani ratio *ne fa-
ctum cuiuſquam alteri damnum afferat* ex contrario pro-
bat rectiſſimè, non modò nihil intereſſe an ſciens co-
dicillos an ignorans rogatus hæres libertatem dederit,
vt hoc magis quàm illo caſu fideicommiſſum interei-
dat, ſed etiam non debere cogi fideicommiſſarium vt
pro ſeruo qui in fideicommiſſo eſt, precium ſerui ac-
cipiat. Alioqui damnum proculdubio ſentiret ex facto
hæredis, cùm eius poſſit intereſſe quam maximè ſeruum
potiùs habere propter commoda penè innumera quæ
per ſeruos dominis acquiruntur. Planè fatendum eſt
hactenus intereſſe an fideicommiſſum hæres ſciuerit,
an ignorauerit, quod ſi ignorauit admittimus liberta-
tem defendi propter iuſtam ignorantiam tam hæredis
quàm ſerui manumiſſi, ne alioqui deterioris coditionis
ſit libertas quàm cæteræ res, in quibus hoc ipſum ad-
miſſum eſt: *l. ſi hæres. 63. l. vlt. §. vlt. de legat. 2.* Sed cùm
ſciuit, nulla prorſus ratio eſt vt dolo ipſius faueamus,
tuendæ libertatis cauſa in præiudicium fideicommiſ-
39 ſarij. † Itaque prior tantùm pars ſententiæ Iuliani à
Triboniano corrupta eſt: Poſteriorem ille intactam
40 reliquit. † Nec quod his verbis *hoc amplius etſi igno-
raſſes* videtur Iulianus idem iuris vtroque caſu conſti-
tuiſſe ſiue hæres qui directam libertatem dedit, ſciue-
rit fideicommiſſum ſiue ignorauerit, ſententiam no-
ſtram impugnat. Voluit enim Iulianus hoc dicere,
Vtroque caſu idem iuris hactenus obtinere vt fidei-
commiſſum non intercidat, non etiam vt vtroque ca-
ſu eodem modo præſtetur. Nam ſi hæres ſciuit, datio
libertatis non valet, ac ſeruus ipſe omnino reſtituen-
dus eſt. Sin ignorauit, valet quidem, ſed tamen pre-
41 cium ſerui ab hæredibus rogati præſtandum eſt. † An
igitur vt tandem concludamus, in ea ſpecie quam Scæ-
uola tractat in *d. l. vxorem*, nullius momenti erunt li-
bertates, etiamſi ſerui manumiſſi per quinquennium
morati ſint in libertate adita fortaſſis hæreditate ex
teſtamento bona fide, ac priuſquàm agnitus eſſet filius
cuius præteritio iniuſtum faciebat? Nullius omnino ſi
iuris rationem inſpicias: Sed tamen cùm ea adiectio
Triboniani ſit, quam nos tollimus, ſupereſt vt liber-
tates illas defendamus non iam ex Scæuolæ reſponſo
quam veluti ex Iuſtiniani noua aliqua conſtitutione,
Siquidem quicquid non modò à prudentibus ſcriptum
ſed etiam à Triboniano cæteriſque compoſitoribus
immutatum eſt ſic accipi Iuſtinianus voluit quaſi ab
42 vno ipſius ore profectum. † Planè ſi proponas ruptum
eſſe teſtamentum agnatione poſthumi, conſtat liber-
tates nullas valere, ſiue directæ ſint ſiue fideicommiſ-
ſariæ, Niſi ſi quæ ſint à legitimis etiam hæredibus re-
petitæ *d. l. generaliter 24. §. ex teſtamento de fideic. libert.*
nec eo magis defendi poſſe quòd ab hærede ſcripto
bona fide præſtitæ ſint antequam ruptum eſſet teſta-
mentum. Ad has enim reſcriptum Hadriani nulla ex
parte pertinet, vtpote quæ à falſo hærede præſtitæ ſint,
id eſt ab eo qui hæreditatem nullo tempore adire
tuit, neque, quamdiu in eo teſtamentum fuit, vt tu
poſtea, neque ex quo ruptum eſt. † Qua ex re appa- 43
manifeſtiùs, non tantum eſſe fauorem libertatum, vt
omnimodo defendi debeãt, ſiue iure, ſiue iniuria præſti-
tæ ſint, multo minùs ſi nec ab eo hærede vero præſtitæ
ſint, nec iuſto teſtamento datæ Quod & Papinianus
confirmat ſatis in *d. l. cùm ex falſis.* vbi nec Hadriani reſ-
criptum protrahere audet ad quaſcunque libertates ex
inofficioſo aut falſo teſtamento præſtitas, ſed ad eam
tantùm ſpeciem de qua eo loco tractat.

CAPVT XIX.

Emendatio l. 4. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. Lucius. 40. D. de teſtam milit & explicatio l. quamuis. 4. C. de impub. & aliis ſubſtit.

SVMMARIA.

1 *Summa conſtitutionis Diui Marci ad ſubſtitutionum materiam pertinentis.*
2 *Tres in quæſtione* d. l. 4. *conſtitutiones diſtinguendas eſſe earumque primam ad eam ſubſtitutionem pertinere quæ in alterutrum duntaxat caſum ſimpliciter facta eſt.*
3 *Secundam ad eam ſubſtitutionis ſpeciem pertinere quæ in vulgarem duntaxat caſum, non in pupillarem vtrique filio facta ſit.*
4 *Verba illa,* eoſque inuicem ſubſtituo, *pupillarem caſum ſui natura non comprehendere.*
5 *Quam rationem habeat tertia conſtitutio ad reciprocam ſeu breuiloquam ſubſtitutionem pertinens?*
6 *Examinatur verſic.* ne ſi vulgari modo in d. leg. 4. §. 2.
7 *Dictionem illam* vulgaris in *dict. verſic. irreptitiam eſſe.*
8 *Diſparem filiorum ætatem facere non poſſe quin alter alteri in caſum vulgarem ſubſtituatur.*
9 *Duplicem ſubſtitutionem non ex numero perſonarum ſed ex caſuum diuerſitate dici.*
10 *Emendatur* §. ſi quis duobus l. qui bona. 13. ff. de acquit. rer. dom.
11 *Eandem rem in pupillari teſtamento alij à teſtatore legatam, in ſuo verò mihi totam meam eſſe.*
12 *Noua emendatio & coniectura ad* §. ſi coniunctim l. planè. 34. ff. de leg. 1.
13 *Quis* in d. §. 2. l. 4. *ſenſus ſit horum verborum Modeſtini,* ita enim in altero &c.
14 *Non cenſeri patrem in vtrumque caſum filio ſubſtitui voluiſſe, quoties reciprocam ſubſtitutionem inter liberos in diſpari ætate vel conditione conſtitutos ſcripſit.*
15 *Excutitur enthymematicum in fine* d. l. 4. *his verbis expreſſim* vel certè euitandæ quæſtionis gratia.
16 *Quid in verſic.* ne ſi vulgari d. §. 2. *Modeſtinus docendum ſibi proponat?*
17 *Totum illum verſiculum*, vel certè euitandæ quæſtionis &c. *Interpretis alicuius non Modeſtini eſſe.*
17 *Triboniani aditio notatur in* l. Lucius 40. ff. de teſt, mil.
19 *Tribonianum* in d. l. *ſpecialem voluntatis expreſſionem requirere licèt minimè neceſſaria ſit.*

20 *An* d.l.quamuis. C.de impub. & al.ſubſtit. *perti-*
neat ad reciprocam ſubſtitutionem factam inter fi-
lium impuberem & vxorem teſtatoris?
21 *Quando ſubſtitutio vulgaris duabus perſonis diſpari*
ætatis aut conditionis facta ad pupillarem trahatur
vel contrahatur?
22 *Vtram eius legis dubitationem hanc eſſe, an Publius*
Firmanus ad filij hæreditatem tanquam ex pupil-
lari ſubſtitutione admitti debeat.
23 *Cur ex Imperatorum reſcripto Firmanus ex huiuſ-*
modi ſubſtitutionem nihil ſibi in pupillarem caſum
vindicare poſſit?

1 IAm † quidem ſatis multa in ſuperioribus à nobis
diſputata ſunt de ſententia conſtitutionis Marcis,
quæ induxit vt cùm pater impuberi filio in alterum
caſum ſubſtituit, in vtrumque ſubſtituiſſe intelligatur
ſiue filius hæres non extiterit, ſiue extiterit & impu-
bes deceſſerit, non ſolum ſi ſimplex ſubſtitutio fuerit,
ſed etiamſi reciproca & duplex quæ fieri ſolet his ver-
bis *eoſque inuicem ſubſtituo*. De qua Modeſtinus tractat
in *l. iam hoc iure. 4. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Sed
id nunc agendum nobis ſupereſt, vt perelegantem il-
lam legem duobus locis ni fallimur corruptam emen-
2 demus † Diſtinguendæ ſunt in tota hac quæſtione
tres conſtitutiones. Prima fuit diuorum fratrum Mar-
ci & Veri, ad eam tantùm ſubſtitutionem pertinens
quæ in alterutrum duntaxat caſum, id eſt aut vulga-
rem aut pupillarem facta ſit, & quidem ſimpliciter,
3 id eſt, vni tantùm non vtrique. † Secunda fuit An-
tonini Pij, qua factum eſt vt ſi pater duos filios impu-
beres hæredes inſtituat eóſque ſubſtituat communi
illo verbo *inuicem* quod commune inter fratres, id
eſt duplicem facit ſubſtitutionem, in vtrumque caſum
reciproca ſubſtitutio facta videatur. Itaque pertinet
hæc conſtitutio ad eam ſpeciem ſubſtitutionis quæ
facta ſit non vni ex filiis ſiue in alterutrum ſiue in
vtrumque caſum, ſed vtrique filio in vnum duntaxat
caſum ac proinde in vulgarem, non in pupillarem
4 † Nam ſi verba illa *eóſque inuicem ſubſtituo* pupillarem
caſum æquè ac vulgarem ſui natura comprehenderent.
quomodo interpretes noſtros vulgo ſentire video, quid
neceſſe erat conſtitui à Diuo Pio vt ſubſtitutio ſic
facta, in vtrumque caſum facta videretur? nemo enim
dubitat quin vulgarem caſum multo magis compre-
hendant, neque verò dare quiſquam poſſit exemplum
reciprocæ ſubſtitutionis in pupillarem duntaxat caſum
factæ. Niſi ponat ſic locutum teſtatorem *eóſque inui-*
cem pupillariter ſubſtituo. quo caſu fatebor equidem pe-
rinde locum fore conſtitutioni, vt in caſum quoque
vulgarem facta videatur. Sed non hic caſus eſt de quo
Diuus Pius ſenſit, cùm reſcripſit in vtrumque caſum
factam videri ſubſtitutionem: At ille potiùs quo neque
vulgaris neque pupillaris expreſſa conditio ſit, ſed ge-
neraliter liberi inuicem ſubſtituti. Sic enim Modeſtinus
ſcribit *eóſque inuicem ſubſtituat*. † Tertia fuit conſtitu-
5 tio Seueri & Antonini, quæ fecit vt ſi ex liberis hoc
communi verbo *inuicem* ſubſtitutis alter pubes ſit, al-
ter impubes, in vulgarem tantummodo caſum ſubſtitu-
tio facta videatur. Quæ conſtitutio rationem illam ha-
bet, quod incongruens viſum eſt in altero duplicem
eſſe ſubſtitutionem, in altero ſolam vulgarem. Perti-
net autem hæc conſtitutio ad ſuperioris interpretatio-
nem, & conſequenter ad tertium illud genus ſubſtitu-
tionis quam prudentes reciprocam, interpretes vulgo
breuiloquam appellant. Ne quis fortè putaret pro æ-
tatum diuerſitate, diuerſam quoque ſubſtitutionis ra-
tionem conſtitui debere. Hoc itaque caſu inquit Mo-
deſtinus, ſingulis ſeparatim pater ſubſtituere debebit.
Vt ſi pubes hæres non extiterit, impubes ei ſubſti-
tuatur, ſi autem impubes hæres extiterit, & intra
pubertatem deceſſerit, pubes frater in portionem
cohæredis ſubſtituatur: Quo caſu in vtrumque
euentum ſubſtitutus videbitur ſcilicèt frater pubes fra-
tri impuberi: licet non niſi in pupillarem expreſſim ſub-
ſtitutus ſit. Frater verò impubes puberi in vnum dun-
taxat caſum ſubſtitutus intelligetur, in eum ſcilicèt in 6
quem potuit.i. in vulgarem. † Subiicit *ne ſi vulgari mo-*
do impuberi quoque ſubſtituat, voluntatis quæſtionem re-
linquat vtrum de vna vulgari tantummodo ſubſtitutionem
in vtriuſque perſona ſinſiſſe intelligatur. Atqui etiamſi
vulgari modo impuberi quoque pubes ſubſtitutus eſſet,
nulla voluntatis quæſtio relinqueretur, nec dubitan-
di cauſa ſupereſſet, quin duplex vulgaris ſubſtitutio iis
verbis contineretur. Nam proculdubio in caſum vul-
garem non minùs impubes puberi quàm pubes impu-
beri ſubſtitutus dicendus eſſet: ac proinde duplex eſſet
ſubſtitutio vulgaris non vna, Altera quidem in perſo-
na puberis, qui impuberem habuit ſubſtitutum, Alte-
tera in perſona impuberis cui pubes ſubſtitutus fuit.
† Itaque dubitandum mihi non videtur, quin irrepti- 7
tia ſit dictio illa *vulgaris* ex gloſſa interpretis explican-
tis, nec malè, quid præcedente illa voce *vna* ſignifice-
tur. † Etſi enim certiſſimi iuris eſt diſparem filiorum 8
ætatem facere non poſſe quin alter alteri in caſum vul-
garem ſit ſubſtitutus, ac proinde quin duplex numero
vulgaris in reciproca ſubſtitutione contineatur, Vna
tamen ſpecies ſubſtitutionis eſt, non duplex. Nimirum
vulgaris tantùm: quæ tamen in euentum pupillarem pu-
pillaris quoque eſſet ea perſona impuberis, ſi alter
quoque impubes proponeretur † Duplex enim ſubſti- 9
tutio dicitur non ex numero perſonarum, ſed ea caſuum
diuerſitate, id eſt non quæ in duorum perſonis locum
habere poteſt, ſed quæ in duplicem caſum, *l. Lucius.*
45. eod. tit. Proinde in propoſita ſpecie, vna tantùm
ſubſtitutio eſt eaque vulgaris ſed non tamen vna vul-
garis, imò duæ vulgares: Nec ſanè fieri poteſt vt reci-
proca ſubſtitutio ſit quin duæ ſint ſubſtitutiones. Sed
facilè contingit, & verò ita ſemper in dubio fieri cre-
dendum eſt, vt vna tantùm eadémque ſubſtitutionis
ſpecies ſit quæ duas illas ſubſtitutiones complectatur,
id eſt aut vulgaris tantùm: aut pupillaris tantùm, aut
militaris tantùm: quò etiam pertinet *d. l. Lucius & l. in*
teſtamento. 6. C. de teſtam. milit. de quo diximus ſup. c. 15.
Similia pleraque menda in libris noſtris occurrunt,
quæ qui non obſeruant, etſi rectam teneant emendan-
di rationem, probabiliter tamen emendare nunquam
poſſint † Exemplum eſto in *l. qui bona. 23. §. ſiquis* 10
duobus De acquir. rer. domin. vbi nemo non videt quod
Iacobus Cuiacius in obſeruationibus primus affirma-
uit, erratum eſſe in illis verbis *rationem facere vt ei dun-*
taxat in ſolidum acquirat. Nam ſi alienus ſeruus bona
fide ſeruiat, & ex vnius eorum re acquirat ratio ſanè
facit vt ei duntaxat partem acquirat. Sed quis tamen
emendationem illam Cuiacianam probare poſſit vt pro
iis verbis *in ſolidum* reponamus *partem*. Etſi eam nos
ipſi probauimus *libr. 4. cap. 16.* cùm nihil eo tempore
haberemus, quod nobis probabilius videretur At ſi
verum amamus, nónne multo probabilius eſt, tollenda
verba illa *in ſolidum* tanquam quæ irrepſerint ex gloſ-
ſa imperiti interpretis explicantis dictionem illam
duntaxat, quæ tamen ſola præ ſe fert ſatis, non ſolidum
ſed partem duntaxat ei acquiri ex cuius ſolius re per
alienum ſeruum bona fide ſeruientē acquiritur. † Con- 11
trario errore in *l. planè. 34. §. ſi coniunctim de legat. 1.*
ſcriptum eſt *interim igitur partem habebit is cui in ſuo te-*
ſtamento legauit cum tamen nihil verius ſit quam in
ea ſpecie, id eſt cùm quis in pupillari teſtamento alij
eandem rem legauit quam mihi in ſuo legauerat, to-
tam interim habere me debere, quando non niſi con-
curſu partes inter nos fiant. † Sed quis admittat, quod 12
idem Cuiacius docuit pro *partem* legendum eſſe *totum*
Fuerit ſanè veriſimilius, vt tolli oporteat dictionem
illam *partem* velut irreptitiam, additamque pro inter-
pretatione

interpretatione verbi *habebit*, niſi malis eidem in
terpreti verſiculum illum integrum adſcribere *interim*
igitur partem habebit is cui in ſuo teſtamento legauit. Nam
præter id quod ex præcedentibus iis verbis *concurſu*
partes nos habere ſatis conſtabat quid inferre Vlpianus
vellet, interim igitur totum habere me debere cui
pater teſtamento eandem rem legaſſet, ſi hoc ipſum
adiicere Vlpianus voluiſſet vtique ſcripſiſſet conue-
nienter ſuperioribus, *Interim igitur partem habebo.* Po-
ſuerat enim ſibi legatam rem à teſtatore in teſtamento
principali, non alij de quo poſtmodum in tertia per-
ſona loqui debuerit. Mihique nunc magis arridet con-
iectura hæc quàm quæ à nobis propoſita eſt *lib.6.cap*
13 1. † Redeamus ad Modeſtinum. Sequitur *ita enim in*
altero vtraque ſubſtitutio intelligitur ſi voluntas parentis
non refragetur. Senſus eſt, Non ſolùm cùm recipro-
ca ſubſtitutio facta eſt, ſed etiã cùm impuberi ſoli pater
ſubſtitutum dedit, ita demum locum eſſe conſtitutio-
nibus Marci & Antonini vt in altero caſu vtraque
ſubſtitutio contineatur, aut vt in eius perſona qui in
vtrumque euentum habere ſubſtitutum poteſt duplex
ſubſtitutio facta videatur, ſi non repugnet voluntas
teſtatoris. Id enim egerunt Imperatores vt teſtatoris
voluntatem non modò adiuuarent, ſed etiam ſupple-
rent ex eo quod veriſimile eſſet teſtatorem ſenſiſſe.
14 † Itaque ſalua ſemper eſt quæſtio voluntatis, ſi quis
probare velit noluiſſe patrem filio ſubſtitui in vtrum-
que caſum: quomodo noluiſſe credendus eſt quoties
reciprocam ſcripſit ſubſtitutionem inter liberos in diſ-
pari ætate conſtitutos, aut quorum alter eius ſit con-
dicionis vt ei pupillariter ſubſtitui non poſſit. Finge fi-
lium eſſe naturalem, non legitimum, & conſequenter
quis non ſit in iure & poteſtate pàtris *d.l. Lucius*. Op-
timum igitur conſilium eſt, ne qua voluntatis quæſtio
relinquatur, ſingulis liberis quorum alter pubes ſit, al-
ter impubes ſeparatim eo quo diximus modo ſubſtitui,
puberi quidem in caſum vulgarem, impuberi verò in
pupillarem: quo caſu dubitatio nulla futura eſt, quin
impuberi in caſum quoque vulgarem ſubſtitutus pubes
eſſe videatur: quandoquidem in eum caſum vtrique pa-
15 ri iure & ratione ſubſtitui potuit. † Quod cùm ita ſit
an nõ prorſus ineptum & ridiculum eſt quod ſequitur
Vel certè euitandæ quæſtionis gratia ſpecialiter in vtrumque
caſum impuberi ſubſtituat fratrem ſiue heres non erit, ſiue
erit & intra pubertatis annos deceſſerit. Illa enim præce-
dentia Modeſtini verba. *Ne ſi vulgari modo impuberi*
quoque ſubſtituas, voluntatis quæſtionem relinquas aper-
tiſſimè demonſtrant nullam ſuperfore voluntatis quæ-
ſtionem ſi non vulgari ſed pupillari modo impuberi
ſubſtituatur. Nam cùm expreſſo caſu pupillari
verum ſit vulgarem qui expreſſus non eſt æquè conue-
nire impuberi ac puberi, quænam, obſecro, dubitatio
eſſe poteſt poſt tot Imperatorum conſtitutiones, an
ſubſtitutio impuberi facta in caſum pupillarem traha-
tur ad vulgarem? Nam & traheretur etiam ſi puberi
nulla prorſus facta ſubſtitutio eſſet. Quanto magis igi-
tur impubere ipſo vulgariter puberi ſubſtituto? Deni-
que non minùs ridiculum conſilium illud eſt, De vtro-
que caſu ſpecialiter exprimendo, euitandæ quæſtionis
16 gratia, quàm ſine qua ex teſtamento naſcatur dubi-
tatio ennſulat teſtaturo ne teſtetur. Quid enim certius?
† Sed & manifeſtum eſt id agere Modeſtinum vt do-
ceat quomodo ſubſtitutionis verba concipienda ſint
cum ex liberis inuicem ſubſtitutis alter pubes eſt alter
impubes vt facta in vnum caſum duntaxat in vtrumque
facta intelligatur. Alienum igitur eſt à propoſita quæ-
ſtione, & ab Impp. conſtitutionibus conſilium illud,
17 vt in vtrumque caſum ſpecialiter pubes impuberi ſub-
ſtituatur. † Quare fatendum eſt, ni fallor, interpre-
tis eſſe totam illam clauſulam, & quidem imperiti:
Eiuſdem fortaſſe qui corrupit legem *l. Lucius 45. eo. tit*
& l. precibus. 8. C. de impub. & aliis ſubſtit. vt ſcripſimus
ſupra cap. 11. Nam Triboniano adſcribendam eſſe non
iniſſim omnino æſtimare: Etſi video fuiſſe illi quàm ma-
ximè familiare ſpecialem voluntatis expreſſionem iis
etiam caſibus requirere, in quibus minimè neceſſaria
eſt: aut legitimas voluntatis probationes etiã in aperta
volũtate. † Cuius rei præclarũ teſtimoniũ præbet reſ- 18
ponſum Pauli I.C. in *l. Lucius. 40. De teſtam. milit.* Nam
cùm proponeretur Lucium Titium militem notario
teſtamentum notis ſcribendum dictaſſe & antequàm
literis perſcriberetur, vita deceſſiſſe. Reſpondit Paulus
valere dictationem, quia militibus quoquo modo ve-
lint quoquo modo poſſint, teſtamentum facere cõceſ-
ſũ eſt. Subiecit Tribonianus ingenioſè vt ſolet *ita ta-*
men vt hoc ita ſubſecutum eſſe legitimis probationibus oſten-
datur. † Quid verò Triboniano hoc illud eſt, quod 19
tantis tàmque legitimis probationibus oſtendi vis ita
eſſe ſubſecutum? An præceſſiſſe dictationem? Atqui ex
facto id proponebatur cum quæreretur non an ſcrip-
tura, quod obſeruandum eſt, ſed an dictatio valeret:
Quomodo enim quæſtioni locus eſſe poſſet ni conſta-
ret factam eſſe? A quo verò factam niſi ab ipſo mi-
lite? An potiùs id animo agitaſſe militem vt ea dicta-
tio notis excepta teſtamentum eius eſſet? Nam id pri-
uilegiũ quod militantibus datum eſt vt quoquo modo
facta ab iis teſtamenta rata ſint, conſtat ſic intelligi
debere, vt vtique priùs conſtare oporteat teſtamen-
tum factum eſſe *l. Diuus Traianus. 24. eod.* At nec de illo
dubitabat, qui Paulum conſulebat Ex facto enim pro-
ponebat Lucium Titium militem notario ſuo teſta-
mentum notis ſcribendum dictaſſe: Quod ſi ita erat?
quæſtio facti nulla relinquebatur an dictationem illam
teſtamenti iure valere voluiſſet. Eſt ergo inepta &
Triboniani ſubtilitate planè digna illa adiunctio.
† Supereſt vt quod capitis inſcriptio pollicetur, expli- 20
cemus etiam *l. quamuis. 4. C. de impub. & aliis ſubſtit.*
Nam pertinet quoque ad eas conſtitutiones de quibus
hucuſque diximus. An & ad reciprocam ſubſtitutio-
nem à patre factam inter filium impuberem cui pupil-
lariter ſubſtitui potuit, & vxorem teſtatoris quæ non
niſi vulgarem potuit habere ſubſtitutum? Ita vulgò
putant. Nam cùm pater filio & vxore in æquas par-
tes inſtitutis ita ſcripſiſſet *ſi mihi Firmianus filius &*
Ælia vxor mea, quod abominor, heredes non erunt, in lo-
cum eorum Publius Firmianus heres eſto, deinde filius
impubes deceſſiſſet, is reſcripti ſenſus eſſe creditur, vt
filij portio non ad Æliam quaſi reciprocè ſubſtitutam;
ſed ad Publium Firmianum pertineat, Ratione illa
quòd non poſſit videri hoc caſu Ælia pupillo ſubſtitu-
ta pupillariter quando nec ipſi Æliæ pupillariter ſub-
ſtitui impubes potuit. † Ex quo inferunt, vulgarem 21
ſubſtitutionem duabus perſonis factam quæ ſint
diſparis aut ætatis aut condicionis, in neutra pu-
pillarem continere. Quod inferunt veriſſimum ſanè
eſt probaturque clariſſimè *ex dicta leg. iam hoc iure 4.*
& dicta lege Lucius. 45. De vulgar. & pupillar. ſubſtitut.
Sed illatio & collectio ipſa erroris plena eſt. Toties
enim quærendum eſt, an ſubſtitutio facta in ca-
ſum vulgarem trahatur ad pupillarem, quoties aut
in eum caſum vulgarem expreſſim, aut quod effe-
ctu idem eſt, reciprocè facta fuit † At in propoſita 22
ſpecie & iis verbis quæ retulimus, neutrum dici poteſt.
Neque enim aut filius vxori, aut vxor filio ſubſtituta
proponebatur vllo modo, ne vulgariter quidem: ſed
vtrique Publius Firmianus in caſum vulgarem, *ſi here-*
des nõ eſſent. Nõ igitur de illo dubitari poterat, an Ælia
filio impuberi pupillariter ſubſtituta videretur ex cõſti-
tutione Diui Marci aut Antonini Pij, cùm nec vulga-
riter eſſet ſubſtituta. Sed de illo duntaxat, An Publius
Firmianus ad filij hæreditatem tanquam ex pupillari
ſubſtitutione admitti deberet. Videbatur enim hoc ca-
ſu inducenda poteſtas conſtitutionis, non quidem An-
tonini Pij cum reciproca ſubſtitutio nulla facta propo-
neretur

2 neretur, ſed Diuorum fratrum Marci & Veri, quando negari non poſſet, quin filio impuberi Firmianus in vulgarem euentum ſubſtitutus fuiſſet. † Sed contra reſcriptum eſt, nihil iuris ex huiuſmodi ſubſtitutione Firmianum poſſe ſibi vindicare in caſum pupillarem: quia quamuis placuerit ſubſtitutionem impuberi qui in poteſtate teſtatoris fuerit à parente factã ita *ſi hæres non erit*, porrigi ad eum caſum quo poſtea quam hæres extitit impubes deceſſit ſi modò non contrariam defuncti voluntatem fuiſſe probetur, manifeſtum tamen eſt ſubſtitutionem ſicut diximus factam in eum ſolum caſum factam intelligi debere quo vtrique hæredum ſubſtitui potuit. Atqui Æliæ quæ defuncti vxor fuit ſubſtitui pupillariter non potuit, ſed vulgariter duntaxat, Ergo nec filio pupillariter Firmianum ſubſtitutum eſſe dicendum erit, licet filius impubes fuerit, eíque pupillariter ſubſtitui potuerit: ſed vulgariter tantum ſi hæres ille non fuiſſet. Itaque ſicuti conſtitutione Seueri & Antonini factum eſt, vt ſubſtitutio reciproca inter filium impuberem & puberẽ aut quod idem eſt extraneum facta nõ contineat caſum pupillarem, quia non poſſet ea interpretatio vtique conuenire, nec ferendum eſt vt in vnius perſona duplex ſit ſubſtitutio, in alterius verò, ſimplex. Ita & cùm filio impubere & alio pubere aut extraneo inſtitutis vtrique ſubſtituitur verbo illo communi *in locum illorum*, eadem interpretatio facienda eſt, eadem iuris & æquitatis ratione, vt non videatur teſtator in perſona impuberis duplicem, in perſona alterius ſimplicem feciſſe ſubſtitutionem. Quid enim refert, an filio impuberi cohæres, & cohæredi viciſſim filius, an alius vtrique ſubſtitutus ſit? Idque à Modeſtino tractatũ non fuiſſe miror: Sed quod ille prætermiſit, ex hoc loco ſupplendum erit, ne quid deſit ad plenam conſtitutionis vltimæ, quæ Seueri & Antonini fuit, interpretationem.

CAPVT XX.

Emendatio l. ſi quis hæres 35. §. 1. l. ſi ſolus. 80. §. item ſi ſeruus & l. toties. 81. ff. de acq. hær.

SVMMARIA.

1 *Species* d. l. ſi hæres. 35.
2 *Eius legis ſententia obſtare videri Paulum* in §. item ſi ſeruus. l. ſi ſolus 80. eod. tit.
3 *Harum legum conciliatio à Cuiacio tradita examinatur.*
4 *Ratio ſententia Pauli* in d. § ſi ſeruus.
5 *Inſtitutionem condicionalem* in d. §. ſi ſeruus. *non eſſe appendicem puræ inſtitutionis.*
6 *Filiofamilias vel ſeruo ex parte purè, ex parte conditionaliter inſtituto vnam aditionem non ſufficere.*
7 *Patre ex parte conditionaliter, filio purè ex altera parte inſtitutis, filium patris iuſſu ex pura inſtitutione adeuntem patri quoque eam portionem acquirere qua ſub conditione fuerat delata.*
8 *Nec intereſſe an propter conditionis defectum, an verò propter repudiationem patris portio defecerit.*
9 *Vera ſuperiorum legum prima fronte pugnantium conciliatio, & inter vtriuſque ſpeciem diſtinctio.*
10 *Parum* in d. l. ſi quis hæres, *intereſſe an iuri accreſcendi, an verò ſubſtitutioni locus ſit.*
11 *Cur in* d. §. item ſi ſeruus l. ſi ſolus *poſt aditam ex pura inſtitutione hereditatis partem iuri accreſcendi locum habere non poſſit quandiu pars altera conditionaliter poſteriore loco delata adiri poteſt?*
12 *Nihil in illa ſpecie intereſſe cohæredem habuerit nec ne ſeruum ex parte purè, ex parte ſub conditione inſtitutum.*
13 *Me... eſſe* l. toties 81. ff. de acquir hæred.
14 *Quando quis ex inſtitutione adijt ex ſubſtitutione nondum delata adiſſe cenſeatur?*
15 *Emendantur* in d. l. toties. *verba illa*, nam ſi mortuus eſſet, non transferret ſubſtitutionem.
16 *Repetitur emendatio* §. 1. l. generali. 31. ff. de vſufr. legat.

SI † quis hæres inſtitutus ex parte, mox Titio ſubſtitutus antequàm ex cauſa ſubſtitutionis ei deferatur hæreditas, pro hærede geſſerit, erit hæres ex cauſa quoque ſubſtitutionis, inquit Vlpianus *in l. ſi quis hæres. 35 ff. de acq. hær. Quoniam quoque ei accreſcit portio.* Idem admittit etſi filiusfamilias vel ſeruus iuſſu domini vel patris adierint hæreditatem, mox emancipatus vel manumiſſus ex cauſa ſubſtitutionis adeant Erunt námque hæredes pater aut dominus. Sunt enim huiuſmodi ſubſtitutiones appendices præcedentis inſtitutionis: Cùm etiamſi ſubſtitutio nulla eſſet, ea tamen ipſa portio quæ ex ſubſtitutione defertur ei quoque accreſceret qui priorem ex inſtitutione habuiſſet: idque ex eo apparet etiam apertiùs quòd quæ ex ſubſtitutione ſi ſola eſſet non niſi volenti acquireretur, accreſcit tamen inuito, Vt intelligamos non tam proprio ſubſtitutionis quàm accreſcendi iure fieri eam acquiſitionem, ius autem accreſcendi certum eſt appendicem eſſe præcedentis inſtitutionis quando nec aliam cauſam habet, quàm quòd is cui accreſcit portio deficiens ſuam habeat iam acquiſitam ex inſtitutione. † Obſtare tamen huic ſententiæ videtur quod Paulus ſcribit in *l. ſi ſolus.* 80. §. *item ſi ſeruus eod. tit.* Si ſeruus meus ex parte hæres inſtitutus ſit purè, ex parte ſub condicione data ſcilicet cohærede & iuſſu meo adierit, deinde eo manumiſſo condicio alterius portionis extiterit, Verius eſt, inquit, non eſſe mihi acquiſitam illam portionem, ſed ipſum cõitari, Omnia enim permanere debere in id tempus quo alterius portionis condicio exiet vt acquiratur ei cui prior portio acquiſita eſt. † Conciliationis ineundæ rationem quæ interpretibus difficilis nec immeritò viſa eſt, Iacubus Cuiacius ſumit ex illis verbis *dato ſcilicet cohærede.* Quaſi adiectio cohæredis efficiat ne inſtitutio illa condicionalis ex qua pars hæreditatis poſteriore loco defertur, appendix videri debeat præcedentis inſtitutionis, ſiquidem impedit ne domino qui partem hæreditatis iam habet ex pura inſtitutione pars alia deficiens accreſcat ſoli: Nam & cohæredi accreſcit, vtrique pro hæreditariis portionibus. † Sed me vt contrà ſentiam illud mouet, quod non hanc ſententiæ ſuæ rationem Paulus reddit, aut longè aliam & planè diuerſam, *Quòd omnia parta permanere debeant in id tempus quo alterius portionis condicio exiet vt acquiratur ei cui prior portio acquiſita eſt*: quæ ratio non minùs locum habet illo etiam caſu quo cohæres datus eſt, quàm ſi datus non eſſet. Et ſanè cùm noua aditione opus ſit ad eam portionem acquirendam poſt exiſtentem condicionem, non ſolùm ſi filius eo tempore emancipatus aut ſeruus manumiſſus reperiatur, ſed etiam ſi remanſerint in poteſtate, vt Paulus ipſe ſubiicit, Prorſus cõſequens eſt veſi tùm cum noua illa aditio fit reperiatur ſui iuris filius aut ſeruus qui ſub condicione ex illa parte inſtitutus fuit, eam ſibi ille acquirat non patri aut domino. Quomodo enim acquireret aut patri aut domino nullo iuſſu præcedente? Aut quomodo iuberet pater vel dominus hæreditatem pro illa parte adiri ab eo, quem ampliùs in poteſtate non haberet? † Non igitur dici poteſt inſtitutionem hanc condicionalem appendicem eſſe puræ inſtitutionis, cùm ſi ita eſſet aditio vna ſufficeret ad vtramque portionem acquirendam, vt contingit in ſpecie *d. l. ſi quis hæres.* Etſi enim cùm liber homo & ſui iuris, ex parte purè, ex parte ſub condicione ſubſtitutus eſt, ſi hæreditatem ſemel adierit ex pura inſtitutione, non cogi-

tur

tur iterum adire ex condicionali, Quin etſi fuerit ſubſtitutus & omiſſa inſtitutione adierit ex ſubſtitutione, placet aditionem illam ſufficere, vt ea quoque portio quæ ex inſtitutione omiſſa fuerat, etiam inuito acquiratur.

6 † Tamen cùm filiusfamilias aut ſeruus inſtitutus eſt, aditio vna ſufficere non poteſt, quia quod dicimus ſemel tantùm adeundum eſſe ad eum caſum pertinet quo nobis per noſmetipſos non per alios acquiritur.

7 † Planè ſi ponas partem ex parte inſtitutum ſub condicione, filium verò ex alia parte purè, ſufficiet quòd filius iuſſu patris adierit ex pura inſtitutione, vt patri ea quoque portio acquiratur, quæ ſub condicione fuerat delata, licet condicio defecerit *d. l. ſi quis heres* §. 1. vbi manifeſtum eſt meo iudicio abundare negationem in illis verbis *non quæſiſſe ſuam portionem.*

8 † Nam etſi pater ſuam illam portionem ex qua fuerat inſtitutus poſtquàm delata ſibi eſſet repudiaſſet, nihilominus ei nunc accreſceret etiam inuito. Cui enim alij acquireretur nomine ſubſtituto? at ne quidem vllo cohærede dato? Sed etſi cohæres datus eſſet, non idcirco tamen ſoli cohæredi accreſceret portio quam pater repudiaſſet, cùm nihilominus partem habeat pater ſibi per filium acquiſitam: portio autem quæ deficit non perſonæ accreſcat, ſed portioni, *l. ſi totam* 83. *eod. tit. l. ſi Titio* 33. §. 1. *de vſufruct.* ac proinde cuilibet portionem habenti. Quid verò intereſt an propter condicionis defectum defecerit patris portio, an propter repudiationem?

9 † Alia igitur ratio quærenda eſt conciliandi Pauli cum Vlpiano. Mihi videtur multum intereſſe, an poſt aditam ex pura inſtitutione partem hæreditatis alia portio ex ſubſtitutione deferatur, vt apud Vlpianum. Quanquam enim ſubſtitutio quoque ipſa quædam veluti condicionalis inſtitutio eſt, in eo tamen differt ab ea inſtitutione de qua tractamus, quod ſecunda non prima inſtitutio eſt, indéque fit vt faciliùs dici poſſit appendix, & ſequela præcedentis inſtitutionis, quam inſtitutio illa quæ ſit in eodem gradu, ac æquè, principalis, atque illa ex qua prior aditio facta eſt.

10 † Neque enim priùs defertur portio ex ſubſtitutione, quàm ex inſtitutione defecerit: poſteà verò quàm defecit, iam cœpit portio in eo eſſe, vt ei qui aliam haberet inuito quoque accreſcere deberet ipſo iure, niſi poteſtas legis in iure accreſcendi inducendo ſuſpenderetur per ſubſtitutionem, cuius cauſa vtique prior & potior eſt, quia nititur expreſſa teſtatoris voluntate, *leg. vnic. §. his ita diffinitis Cod. de cadu. tollen.* Proinde quod ad effectum attinet, parum intereſt an iuri accreſcendi locus ſit, an ſubſtitutioni, quæ ſit loco & vice iuris accreſcẽdi. Nam vt eleganter ait Cuiacius, Accretio hæc ferè potius quàm ſubſtitutio dicenda eſt, aut ſi mauis accretio per modum, vt ita dicam ſubſtitutionis. Eſt enim acquiſitio portionis deficientis: in quo demum portionis ſolo genere locus eſſe poteſt iuri accreſcendi.

11 † At cum poſt aditam ex pura inſtitutione partem hæreditatis, alia pars ex inſtitutione conditionali defertur exiſtente condicione, non poteſt ius accreſcendi locum habere quandiu ea pars poſteriore loco delata in eo eſt, vt adiri poſſit. Non enim deficit ſed competit per delationem, quouſque aut repudiatione, aut tempore, aut qua alia ratione excluſus ſit hæres inſtitutus à iure adeundi. Itaque ſubſecuta aditione nihil cauſæ eſt cur acquiri debeat illa portio ei cui prior iam quæſita fuit, ſi is ipſe qui adit, talis eo tempore ſit vt eam ſibi poſſit acquirere. Nam etſi duo eiuſdem patris filij ex ſemiſſibus purè inſtituti eſſent, non ſufficeret quod alter iuſſu patris adiiſſet ad acquirendam patri totam hereditatem, ſed alterum quoque adire neceſſe eſſet *d. l. ſi quis hæres. §. vltim.*

† Itaque nihil omnino intereſt in ea ſpecie de qua tractamus an cohæredem necne habuerit tertius ex parte purè, ex parte ſub condicione inſtitutus. Quòd cum ita ſit, quis non fateatur verba illa, *dato ſcilicet cohærede* imperiti eſſe interpretis, exiſtimantis non aliam excogitari poſſe rationem Vlpiani cum Paulo conciliandi? 12

† Hinc verò animum ſumo emendandæ etiam legis *Titius* 81. *eod. tit.* vbi ſcriptum eſt, toties eum, qui ex inſtitutione adiit, ex ſubſtitutione quoque adiiſſe intelligi quoties ſibi acquirere poſſit. *Nam ſi mortuus eſſet*, inquit lex, *non transferret ad heredem ſubſtitutionem.* Hæc enim ratio quomodo conueniat, aut quid cum dicto commune habeat, explicari meo iudicio nullo modo poteſt. Quinimò ſi nihil aliud conſideres quàm quòd ſubſtitutio ad hæredem non tranſmittitur nec ſi iam competat *l. ſi ex pluribus* 9 *ff. de ſuis & legitim.* inferendum potiùs erit, eum qui ex inſtitutione adierit, non videri adiiſſe ex ſubſtitutione, tametſi iam ex ſubſtitutione delata ſit hæreditas. 13

† Cùm tamen ex contrario verum ſit, illo etiam caſu quo ſubſtitutio nondum deferatur, aditam videri hæreditatem ex ipſa quoque ſubſtitutione quæ re vera non niſi ex inſtitutione adita fuit: Nimirum ſi is qui adiit poſſit ſibi acquirere, id eſt ſi portio quæ ex ſubſtitutione eſt deferenda aut iam delata, non alij vlli acquiri poſſit, eique inuito accreſcat vt in ſpecie *d. l. ſi quis heres. in princ.* Nam ſi fingeres datum ei cohæredem qui ex parte ſua adierit, ac proinde per quẽ fiat, ne huic qui ex inſtitutione adiit poſſit ſoli acquiri portio poſteà deficiens alterius cohæredis, dicendum eſſet non videri non aditam ex ſubſtitutione hæreditatem, quia adiectio cohæredis adeuntis impedit ne ſubſtitutio huiuſmodi poſſit cenſeri vice iuris accreſcendi, quandoquidem alius effectus futurus eſt iuris accreſcendi, alius ſubſtitutionis Ex ſubſtitutione tota portio deficiens acquireretur ſoli ſubſtituto, quæ citra ſubſtitutionem etiam cohæredi pro hæreditaria portione accreſceret. Itaque ſi ante factam ex ſubſtitutione aditionem moriatur is qui iam adierat ex inſtitutione, non tranſmittet ſubſtitutionem ad hæredem, ne fiat iniuria cohæredi, qui eius portionis in qua ſubſtitutio facta eſt partẽ habere debet accreſcendi iure: ſed tranſmittet tantùm eam partem, quæ etiamſi ſubſtitutio nulla facta eſſet, inuito ei erat acceſſura per accretionem. 14

† Legendum igitur eſt, niſi me coniectura fallit, *non ſi mortuus ad heredem non transferret ſubſtitutionem.* Vt ſenſus ſit, Ita demum videri eum qui ex inſtitutione adiit, adiiſſe quoque ex ſubſtitutione, ſi portio quæ acquirenda ſupererat ſubſtitutione tranſmitti poſſit ad hæredem nimirũ accreſcendi potiùs quã ſubſtitutionis iure, id eſt ſi ius ſubſtitutionis ita coniunctum & vnitum ſit cum iure accreſcendi, vt non plus vtilitatis & commodi afferre poſſit, quod ipſum non aliter contingit, quàm ſi cohæres nullus ſuperſit qui in iure accreſcẽdi partem facere poſſit Cui erit cõſequens vt ſi idem ille cohæres etiam ſubſtitutus fuit ex æquis cum eo quis adiit, portionibus, vnica aditio ſufficere debeat, etiam quod ad cauſam ſubſtitutionis, quia & mortuus hic qui ex inſtitutione adiit transferret ſubſtitutionem ad hæredem, Vtpote cùm non ex eo deterior fieret cõdicio alterius cohæredis qui & ipſe ſubſtitutus eſſet, & quidem ex æquis, vt dixi portionibus. Alioqui ſi hic 15

qui

qui poſt aditionem partis deceſſit ante delatam aut acquiſitam ſubſtitutionem, ex maiore parte ſubſtitutus proponeretur, idem iure cōſtituendum eſſet quod conſtitueretur ſi ſolus eſſet ſubſtitutus, id eſt aditio vna non ſufficeret, quia nec ad hæredem tranſmitti ſubſtitutio poſſet. Facile autem error naſci potuit ex corruptione & mutatione literæ o in a cùm ſcriptum eſſet, *nō ſi mortuo*. Cùm enim ſic loqui cœpiſſet, *nam ſi mortuus*, ſubinde viſum eſt neceſſe adijci dictionem *eſſet* ad ſententiam perficiendam.† Eadem nos felicitate contrarium errorem emendauimus, *in leg. generali* 32. §. 1. *De vſufruct. legat.* vbi legendum eſſe in Claudij nota *nam credidit*, non vt vulgo *nō credidit* probauimus *libr.* 1. *capit.* 11. tam apertè vt nihil vnquam à nobis verius, & elegantius, ſi quis tamen vnquam eleganter obſeruatum eſſe, videatur.

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI SABAVDI
SENATORIS ET IN GEBENNENSIS
Ducatus Auditorio Præſidis,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
LIBER DECIMVS-SEXTVS.

CAPVT PRIMVM.

Differre iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, cùm quæritur de ineunda rei debitæ æſtimatione.

SVMMARIA.

1 *Difficultas huius diſputationis, cuius temporis ratio habenda ſit quum de ineunda rei debita æſtimatione ſiue ex ſtricto, ſiue ex bonæ fidei iudicio, agitur.*
2 *Sex vel ſeptem opiniones Interpretum ſuper hac quæſtione à Bartolo referri.*
3 *Bartolum non niſi cùm de re per iuſiurandum in litem æſtimanda agitur, inter ſtricta & bonæ fidei iudicia diſtinguere.*
4 *Extra eum caſum in omnibus iudicijs tempus moræ ex eiuſdem ſententia inſpiciendum eſſe.*
5 *Ab eo tempore æſtimationem in ſingula momenta creſcere, etiam ſi poſt quadrimeſtre iudicato faciendo datum nouam moram debitor condemnatus contraxerit.*
6 *Eam interdum æſtimationem deberi quæ tum fuit quum contractum eſt.*
7 *Probatur ex l.3* §. in hac.ff. commod. *in ineunda rei debitæ æſtimatione differentiam inter bonæ fidei & ſtricti iuris iudicia conſtituendam eſſe.*
8 *Bartoli ad eam legem reſponſio & ratio cur in* d. §. in hac, *bonæ fidei iudicia à ſtrictis differant.*
9 *Reijcitur diſtinctio ab eodem conſtituta inter iuſiurandum affectionis & veritatis.*
10 *Iurari in litem in b.f. iudicijs ex æquitate ipſius iudicij, in ſtrictis verò ex neceſſitate indulgeri.*
11 *Cur re debita poſt moram & ante litem conteſtatam perempta præſens eius rei æſtimatio præſtanda ſit ac ſi res illa adhuc ſupereſſet?*
12 *Refutatur ſententia Bartoli exiſtimantis in ſtrictis iudiciis in litem iurari de æſtimatione quæ fuit tempore moræ.*
13 *Iuſiurandum illud neceſſitatis potius quam veritatis dicendum eſſe.*
14 *Non ſicut interdum in b.f. iudicijs ſalua iudicis taxatione, ita & in ſtrictis in immenſum iurare permitti.*
15 *An in l.3.* de in lit.iur. *de iureiurando veritatis ad præteriti temporis æſtimationem referendo tractetur?*
16 *Adiectionem diei vel loci facere vt ratione pecuniæ id quod intereſt præſtandum & actoris iureiurando æſtimandum ſit.*
17 *Actori eo caſu permitti ex affectione & ſupra quàm re vera interſit iurare.*
18 *Cur in* d.l. *Vlpianus æſtimationem factam per iuſiurandum in litem ad præteritum tempus referat?*
19 *Refellitur alia Bartoli opinio tradentis iuſiurandum affectionis nunquam deferri niſi propter dolum commiſſum in non parendo iudici præcipienti rem reſtitui.*
20 *Cur in arbitrarijs actionibus iuſſum reſtituendi præcedere neceſſe ſit?*
21 *In bonæ fidei iudiciis vnam condemnationem ſufficere.*
22 *Iureiurando in litem non rem quanti eſt, ſed debitoris contumaciam vltra rei pretium æſtimari.*
23 *Multum referre an quod intereſt agentis ſolum æſtimetur, an verò dolus aut contumacia non exhibentis aut non reſtituentis puniatur.*
24 *Fruſtra quæri cuius temporis ratio habenda ſit in re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda.*
25 *Vera interpretatio* d.§. in hac l.3.ff.commod.
26 *Caſus quo aduerſus debitorem in mora conſtitutum in litem iurari non poteſt.*
27 *In ſtrictis iudicijs non tempus moræ, ſed litis conteſtatæ ſpectandum eſſe quum de rei peremptæ æſtimatione agitur.*
28 *An ſi in ſpecie* d.l. 3. de in lit. iur. *nummi crediti fuiſſent, iuſiurandum in litem creditori deferendum eſſet?*
29 *Bonæ fidei iudicia à ſtrictis differre, quum de rei debitæ æſtimatione aliter etiam quam per iuſiurandum ineunda quæritur.*

SI † qua in toto iure ciuili obſcura quæſtio eſt, & digna cui lucem aliquam adferamus hæc vna ſanè eſt de qua nunc dicere inſtituimus, cuius temporis ratio habenda ſit, cùm quæritur de ineunda rei debitę æſtimatione ſiue ex bonæ fidei iudicio ſiue ex ſtricto agatur. Non enim reperio ex interpretibus aut veteribus aut recentioribus qui in hac diſputatione mihi ſatisfaciat: Ego an aliis ſatisfacturus ſim, nec poſſum, nec auſim affirmare: Mihi certè ante hunc diem non ſatisfeci, hodie ſatisfacio. † Ve- 1
tuſtiorum interpretum opiniones ſex aut ſeptem refere 2

Bartolus poſt Accurſium ad *l.pen. D. de cond. tritic. & ad l.3.§.in hac. D. commodat.* omnes non modò inter ſe
diſcrepantes pugnanteſque, ſed etiam adeò improbabi-
les, & à prudentum verbis ſenſúque alienas, vt neque
dignæ videri poſſint quæ referri debeant aut refelli. Ita-
que Bartoli qui ſingulas ex ordine & recenſuit & refu-
tauit, operâ in eam rem vti malumus, quàm noſtra: niſi
quod in ipſius quoque Bartoli referenda refutandáque
ſententia, & noſtra proponenda de aliis etiam aliquid di-
cendum erit, vt facilè intelligere quiuis poſſit, cur à no-
3 bis non probentur. † Bartoli ergo ſententia eſt, quam
poſteriores omnes vulgares interpretes ſecutos video:
Nullam hac parte differentiam eſſe inter iudicia bonæ
fidei, & ea quæ ſtricti iuris appellamus, niſi cùm agitur
de re per iuſiurandum in litem æſtimanda. Eo namque
caſu æſtimari rem iureiurando actoris inſpecto tempo-
re iudicati ſi bonæ fidei iudicium proponatur, inſpecto
autem tempore litis conteſtatæ aut moræ præcedentis, ſi
qua mora præceſſerit conteſtationem cùm iudicium
4 ſtricti iuris eſt.† Si verò aliter quàm per actoris iuſiuran-
dum res æſtimetur, inſpiciendum eſſe tam in bonæ fidei
iudiciis quàm in ſtrictis tempus moræ, ſiue mora illa per
conteſtationem contracta ſit, ſiue per lapſum diei poſitæ
in obligatione, ſiue per interpellationem, vt vocant ex-
traiudicialem, ſiue denique re ipſa, vt puta emptore cui
tradita eſt res vendita ceſſante in pretij ſolutione ſi modò
5 res eo tempore quo mora contracta eſt pluris fuerit. †
Nam ſi tùm minoris fuit, creſcere in ſingula momenta
æſtimationem abeo die quo mora contracta eſt in diem
vſque condemnationis ſi non medio tempore mora pur-
gata ſit, quæ nec poſteà rurſum fuerit contracta. Sed &
poſt condemnationem creſcere, ſiue à ſententia quæ con-
demnationem irrogauit, perperam & ſine cauſſa prouo-
catum ſit, ſiue poſt quadrimeſtre quod iudicato faciendo
datur, nouam moram contraxerit debitor iam condemna-
tus. Totius tamen illius quadrimeſtris inducias, etiam
cùm mora præceſſit condemnationem, immunes eſſe à
periculo augendæ æſtimationis, vt quamuis intereà cre-
uerit, non ideo tamen maior debeatur. Eámque volunt
noſtri eſſe interpretationem *l.vinum 22.D.de reb.credit. l.pen.& vlt.De cond.tritic.l.3.§.vlt.l.ſi ſterilis 21.§. cùm per venditorem. D.de action.empt. l.hominem 37.D man-*
6 *dat.l.quoties 59.De verb.obligat.* † Interdum tamen ſpe-
ctari præciſè tempus quo contractum eſt, eámque æſti-
mationem deberi, quæ tum fuerit. Nimirum ſi ita ferant
verba contractus, & æſtimatio ipſa in obligatione ſit,
obligatio autem ipſo contractus tempore oriatur, vt cùm
ſtipulatus fundum Cornelianum poſteà ſtipulator *quanti fundus ille eſt.l.fundum 28.D.de nouat.* Nam ſi obligatio
præſtandæ æſtimationis non ſtatim oriatur, eius tempo-
ris habendam eſſe rationem quo incipiet oriri, ſicut eue-
nit cùm quis alterius mandato dari hominem fideiuſſit
& ſoluit *d.l.hominem 37.D mand.* Abeo enim duntaxat
die quo ſoluit naſcitur obligatio, & ius petendæ æſtima-
7 tionis.† Ac quoniam huic noſtrorum traditioni quæ nul-
lam agnoſcit differentiam inter iudicia bonæ fidei &
ſtricti iuris, repugnat apertiſſimè Vlpianus in *d.l.3.§.in hac.D.commod.* vbi ait in actione commodati ſicut & in
cæteris bonæ fidei actionibus æſtimari quanti res ſit in-
ſpecto tempore rei iudi candæ, in ſtrictis verò ſpectari
8 tempus litis conteſtatæ. † Reſpondet Bartolus cum ſuis
ſequacibus, tractari eo loco de re dubia per iuſiurandum
in litem æſtimanda. Quo caſu fatetur differre vt iam
dictum eſt, iudicia bonæ fidei à ſtrictis. Differentiæ verò
rationem hanc adfert, quod iuſiurandum in litem in
actionibus bonæ fidei ſit adfectionis, naſcatúrque ex
dolo per reum admiſſo in iudicati executione, cùm reus
condemnatus ad rem tradendam non vult parêre, non
autem ex mora ante ſententiam commiſſa. In ſtrictis
verò contra naſcitur, inquit, ex dolo commiſſo ante
ſententiam quandocumque, imò verò ex ſola mora etiã
citra dolum, iuncta tamen difficultate aut potiùs impoſ-
ſibilitate probationis *l.in actionibus.in princip.& verſ.planè.D de in lit.iuran.* Mora autem ſi non ſemper ante con-
teſtationem, tùm ſaltem contrahitur cùm conteſtatio fit,
ob idque putat Bartolus litis conteſtatæ, non moræ tem-
pus ab Vlpiano expreſſum eſſe: Ex quibus locis tractant
Iureconſulti de iureiurando adfectionis, præſens tem-
pus ſemper eos demonſtrare his verbis, *quanti res eſt vt d.§.in hac d.l.in actionibus l.arbitrio 18.§.1.ff.de dolo,l. qui reſtituere 6;ff.de rei vind.* Tempus verò præteritum,
quanti res fuit, quoties tractant de iureiurando in litem
in iudicio ſtricti iuris, *l.numis 3.ff.de in lit.iur.* quod iuſ-
iurandum veritatis Bartolus perpetuò appellat. Mihi tota
hæc Bartoli traditio non plura verba continere videtur
quàm errata, ſi eam diſtinctionem partis tollas, quæ eſt
de æſtimatione ipſa in obligationem deducta præſenti
tempore demonſtrato, *vt in d.l.fundum 28.de noua.* qui
caſus in tam apertis verbis ſtipulationis nullam prorſus
recipit dubitationem. † Illud verò primùm nobis refel- 9
lendum eſt quod Bartolus ſomniat de duplici illo iureiu-
rando adfectionis & veritatis. Fuit enim ea diſtinctio
prorſus incognita prudentibus, nec fieri poteſt, vt vn-
quam iuretur in litem quin iurantis adfectioni indulgea-
tur. † Differentia tantùm illa eſt hac parte inter iudicia 10
bonæ fidei & ſtricta, quòd in illis indulgemus iuranti ex
æquitate ipſius iudicij, quandoquidem bona fides non
patitur, vt dominus qui ex dolo & contumacia alterius
re ſua carere cogitur, eam iuſto pretio vendere compel-
latur *l.1.ſi tutor 8.ff.de in lit.iur.l. non enim 7.cum §.vlt.l. preced.ff.rer. amot.* In his verò indulgemus ex neceſſi-
tate, & vno tantùm caſu. Eo ſcilicet quo res quæ ex con-
tractu ſtricto debebatur perempta eſt poſt moram non-
dum tamen conteſtata lite. Cùm enim nihilominùs res
adhuc debeatur, quia effectus moræ præcipuus ille eſt vt
obligationem perpetuet, *l.ſi ex legat.23.l.ſi ſeruum 91.§. vlt.de verb.oblig.* nec tamẽ res ipſa quæ extare diſiit præ-
ſtari ampliùs poſſit, neceſſe eſt vt ad æſtimationẽ facien-
dã, præſtandámque recurratur, *l.promiſſor Stichi 21.l.promiſſa hominis 23.de conſtit.pecun.* fieri autem non poteſt,
vt ſine delatione iuſiurandi iudex æſtimet rem quæ non
extat, vt Marcian.ſcribit *in d.l.actionib.in fin.* † Hoc verò 11
cur ita? Niſi quia ſicut homo debitus poſt morã mortuus,
adhuc debetur, ita præſens eius æſtimatio præſtanda eſt
nec ſecus ac ſi hodie viueret, neque tamen ex qua alia
cauſa præſtari poſſet, ſecuta iam condemnatione, quia
quod præſtari iam non poteſt aut in condemnationem
deduci, accidit facto & culpa debitoris qui in eo inciden-
do moram contraxit. Suam autem ei moram prodeſſe
æquum non eſt: quomodo prodeſſet haud dubiè, ſi libe-
raretur ille dando æſtimationem quæ anteà fuiſſet, cum ſi
homo adhuc viueret, is ipſe non præterita eius æſtimatio
dari deberet. Et verò ſi non præſens ipſa æſtimatio debe-
retur, ridicula eſſet adeóque falſa Marciani ratio illa, *quia iudex æſtimare ſine delatione iuſiurandi non poteſt rem quæ non extat.* nec erat cur ideo induceretur contra re-
ceptas iuris regulas vt defuncto poſt moram promiſ-
ſoris homine ex ſtipulatu debito in litem iuraretur.
Quid enim facilius, quàm eas quoque res quæ extare
deſierunt æſtimare, inſpecto eo tempore quo fuerunt,
adeóque quo extare deſierunt, ſi modò paulò latiùs
id accipiatur, & ἐν πλάτει, vt ait Vlpianus *in d.l.pen.ff. de condic. tritic.* † Itaque egregius ille & inſignis Bar- 12
toli error eſt quod in iudiciis ſtrictis vult iurari in li-
tem de æſtimatione quæ fuit tempore moræ: Inepta
verò ratio quam ſubiicit, *quod tale iuramentum præſtetur ob dolum commiſſum tempore moræ.* Nam vt taceam
fieri plerumque vt mora contrahatur ſine dolo, ad-
eóque licet difficilius, ſine culpa, quo tamen caſu non
minùs iuratur in litem, quàm ſi dolus interueniſſet,
non poſſet mora, ac ne quidem dolus inducere iuſiu-
randum ſi iurandi neceſſitas nulla ſubeſſet. Iurandi
porrò neceſſitas ex eo ſolo proficiſcitur, quòd perem-
pta poſt moram re debita præſens eius æſtimatio de-
betur,

betur, quoniam ipſa res adhuc deberi intelligitur: Quænam verò æſtimatio illa ſit aliter quàm per actoris iuſiurandum ſciri nullo modo poteſt, quia rei non exiſtentis nulla re vera æſtimatio eſt niſi extare deſierit poſt litem conteſtatam. Tunc enim æſtimari commodè poteſt citra iuſiurandum, inſpecto ſcilicet tempore litis conteſtatæ quod æquè inſpiciendum eſſet etiamſi hodie res ex-
13 taret, vt in ſequentibus dicemus. † Cui conſequens eſt vt iuſiurandum hoc non poſſit dici veritatis, quia cum neſciri poſſit quanti res nunc ſit, quæ ſic perempta eſt vt tamen adhuc extare credatur fieri etiam nequit vt præſtito iuſiurando ſciatur an ex veritate an ex adfectione actor iurauerit. Debet igitur iuſiurandum hoc di-
14 ci *neceſſitatis* potiùs quàm *veritatis*. † Illud ſanè libenter fateor, non ſicut in bonæ fidei iudiciis interdum permittitur iurare in infinitum ſalua iudicis taxatione ſi in immenſum iuratum ſit *l. videamus 4. §. iurare eo.* ita in ſtrictis iuris actionibus æquè facilè permittendum actori vt in infinitum iuret. Nam cùm in his non tam iuretur ob id quod iurari æquum ſit aut iuris rationi conſentaneum, quam quia nihil ſit quod melius dici poſſit, quódque rei neceſſitas eò adigat iudicem vel inuitum, obſeruare ſanè iudex debet ne cum actore tam liberaliter agat, quam ſi is bonæ fidei iudicio ad rem ſuam repetendam experi-
15 retur. † Id verò ferre nullo modo poſſum, quod idem Bartolus putat *in l. 3. de in lit. iura.* tractari de ſuo illo iureiurando veritatis ad æſtimationem præteriti temporis referendo: Tractat enim ibi Vlpianus de numis depoſitis, ac proinde ex eo bonæ fidei iudicio debitis, ex quo in litem iurari ſolet ſi aliud nihil obſtet *l. 1. §. in depoſiti, & l. 5 ff. depoſi.* Et ait non ob id quod numi depoſiti ſint permittendum eſſe ei qui depoſuit vt iuret quanti ſua interſit, ſi non reddantur, quia, inquit, numorum certa eſt æſtimatio, non ſicut cæterarum rerum incerta, & pro hominum arbitrio conſtituenda, nec proinde quicquam cauſæ eſt cur ad numos æſtimandos iurari in litem oporteat, *niſi fortè de eo quis iuret quæ ſua inter-*
16 *fuit numos ſibi ſua die redditos eſſe.* † Adiectio enim diei vel loci facit, vt etiam ratione pecuniæ præſtandum ſit id quod intereſt, quod alioqui ne in infinitum facilè excurreret nunquam præſtaretur. Non enim poteſt in infinitum excurrere quod ex loci vel téporis adiectione certũ modum habet. Hoc ipſum verò quantùm ratione loci aut temporis interſit, iureiurando actoris non minus æſtimandum eſt quam ſi de merce aut ſpecie æſtimanda ageretur, cum bonæ fidei iudiciũ exerceetur, & proprij actoris numi repetuntur, quia perinde agitur de fide rupta, nec ratio vlla eſt propter quam mitius agi debeat cum depoſitario numorum fidem rumpente, quàm ſi qua merx aut
17 ſpecies depoſita fuiſſet. † Cur non igitur ei permittetur vt ex adfectione iuret etiam ſuprà quàm reuera interſit? Nam ſi dicas non poſſe locum eſſe adfectioni propterea quod certa ſit numorum æſtimatio, æquè dicam, facilè fieri poſſe iuſtum ſpeciei aut mercis pretium, neque tamen eo minus iurari in litem propterea quod interſit actoris rem ſuam habere. Eóque caſu non tam rem retinet inuito domino *d. l. 1. de in lit. iur.* Sic igitur & in numis dicendum eſt, quòd certa eorum æſtimatio eſt, facere quidem, vt non debeat licere actori iurare quamdiu nihil eius intereſt, id eſt quamdiu nihil petere poteſt niſi corpora ipſa numorum, quia nihil prorſus intereſt an ea ipſa corpora quæ depoſuit an alia dummodo eius generis & bonitatis conſequatur. Sed ex quo incipit intereſſe quòd euenit adiecto tempore vel loco propter dolum depoſitarij qui nec niſi de dolo conueniri poteſt, non tam de corporibus numorum depoſitis agitur quàm de omni eo quod intereſt agentis, in quo & corpora ipſa continentur. Proinde non inſpicimus quanti re vera ipſius interſit, ſed quanti ſua intereſſe iuret, alioqui dolus & contumacia non punietur, de cuius tamen pœna tum maximè agitur cùm iuratur in litem, ex bonæ fidei con-
18 tractu. † Idcirco autem Vlpianus *in d. l. 3.* refert ad tempus præteritum eam æſtimationem quæ fit per iuſiurandum in litem, quod tractat de æſtimando eo quod intereſt ratione temporis adiecti, & conſequenter ad id tempus quo reddi res debuit, neceſſariè referendo, non quòd ſola diei adiectio faciat vt eius temporis quod adiectum eſt præciſam æſtimationem ſpectari oporteat (præſens enim æſtimatio quæ maior eſſet ſpectari deberet, ſi de merce aut ſpecie æſtimanda quæreretur, vt dicemus in ſequentibus) ſed quoniam ſicuti pecuniæ nomine nunquam præſtaretur id quod intereſt niſi cùm certus locus aut dies adiectus fuit, ita non plus eo nomine deberi poteſt, quàm temporis aut loci adiecti ratio patiatur, quod in æſtimanda merce vel ſpecie debita, licet certo die ſoluenda diuerſum eſſet. Nam quod hodie pluris intereſt, eius qui numos depoſuit ad certam diem reddendos, quàm tum interfuerit cùm dies venit, non tam ex eo proficiſcitur quod numi ſua die redditi non ſint, quàm quia hoc ipſum quod interfuit redditos eſſe, tardiùs exſolutum ſit; itaque dicenda ea eſſet acceſſio acceſſionis, potiùs quàm rei debitæ æſti-
matio. † Sed & in eo nimis euidenter errat Bartol. 19
quod ait iuſiurandum adfectionis nunquam deferri niſi propter dolum commiſſum in non parendo iudici præcipienti rem reſtitui: id enim verè quidem dicitur in actionibus arbitrariis in quibus duplicem quodammodo ſententiam ferri neceſſe eſt, vnam de re reſtituenda, alteram de præſtando eo quod intereſt arbitrio iudicis ni reſtitutio fiat *§. præterea. Inſtit. de action.* ſed non ſimiliter in actionibus bonæ fidei ex contractu competentibus ex quibus vna tantùm condemnatio ſi ex bona fide, rectáque condemnatur reus quanti actor in litem iurauerit, ſi rem actoris reddere dolo malo recu-
ſet. † Nam in arbitrariis iuſſum reſtituendi ideo præ- 20
cedere neceſſe eſt vt aliquid ſit quod poſſit inducere arbitrium iudicis, id eſt arbitrariam condemnationem, quoniam in iis nulla præcedit obligatio, nec aliud quicquam quod obligationis vice ſit ex quo
poſſit ſequi condemnatio. † At in actionibus bonæ 21
fidei, ſi tollas hereditatis petitionem, de qua ob hanc fortaſſe cauſſam dubitatum olim fuit, præcedit obligatio ex contractu, vel quaſi, quæ ſufficit ad inducendam perſonalem actionem, & ex actione condemnationem, vt pluribus à nobis tractatum eſt libro ſuperiore cap. 1. Proinde ſi depoſitarius actione depoſiti conuentus, dolo malo differat rei depoſitæ reſtitutionem, tam citò támque facilè condemnari poteſt, quanti actor in litem iurauerit, quàm vt rem ipſam reſtituat, cùm nec aliter poſſit depoſiti condemnari quàm ſi ſit in dolo, quod ipſum ſufficit vt iuſiurandum deferatur. Idémque in aliis omnibus bonæ fidei actioni-
bus tractari poteſt ſi dolus interuenerit. † Poſtremò vt 22
hanc primam diſputationis noſtræ partem abſoluamus, in eo maximè peccat Bartolus quod tractat de æſtimatione per iuſiurandum in litem facienda: quaſi verò tanti res eſſe credenda ſit, quanti ſua intereſſe actor iurat. Quod ſanè abhorret manifeſtè à principiis iuris. Nam vt iam attigimus *ex l. 1. de in lit. iur.* cùm per iuſiurandum in litem creſcit cõdemnatio ex contumacia non reſtituentis, ſiue ad reſtitutionem teneatur ex præcepto iudicis ſiue ex vi & poteſtate contractæ obligationis, non pluris res ſit per hoc, ſed contumacia æſtimatur vltra rei pretium. Quare habent prudentes iſta non modò pro diuerſis, ſed etiam pro contrariis, Condemnari quem quanti res eſt, & condemnari quanti actor in litem iurauerit *l. ſi tutor. 8. eod.* vbi Marcellus ſcribit, æquum non eſſe pretio ſuo, id eſt quanti res eſt litem æſtimari cùm & contumacia punienda eſt, & domini potius arbitrio pretium ſtatuendum, vt non quod in rei veritate eſt inſpiciatur, ſed quanti res eſt ab actore æſtimata. vt & in *l. penult. §. 1. D. vt quis eum qui in ius vocat. eſt vi exim.* licèt is locus de ea æſtimatione loquatur quæ per nudam actoris petitionem facta eſt,

23 non per iuſiurandum in litem. † Quin & dicimus mul-
tùm referre an quod intereſt agentis ſolùm æſtimetur,
veluti cùm culpa punitur non reſtituentis vel non exhi-
bentis, An verò dolus aut contumacia non exhibentis vel
non reſtituentis puniatur, quod fit cùm in litem actor
iurat *l.2.in lit. iur.l. ſemper 15.§.hoc interdicto & ſeqq.*
D quod vi aut clam.l.quid ſi poſſeſſor. D.de rei vindicat.
24 † Abſurdum igitur eſt dicere cum Bartolo æſtimari
quanti res eſt per iuſiurandum in litem, quia quoties iu-
ratur non ſolùm quanti res, ſed etiam quanti contuma-
cia eſt, æſtimatur: & conſequenter abſurdum etiam eſt
quærere, Cuius temporis ratio habenda ſit in re debita
per iuſiurandum in litem æſtimanda. Nam cùm eo modo
non tantùm res ipſa æſtimetur, vt diximus, ſed etiam cō-
tumacia quæ ſemper durat, quis non videt in arbitrio &
facultate iurantis poſitum eſſe vt æſtimationem quam
pro arbitrio facit, referat ad quod vult tempus ſiue præ-
teritum illud ſit, ſiue præſens? aut potiùs ad nullum, qui
ſcilicet pro ratione habeat propriam voluntatem iudice
25 ipſo permittente? † Hæc cùm ita ſint, alia igitur interpre-
tatio quærenda eſt ad Vlpianum *in dict.l.3. §.in hac D.*
commod. vbi quod ait *in hac actione ſicut in cæteris bonæ*
fidei iudiciis ſimiliter in litem iurabitur: & rei iudicandæ
tempus quanti res ſit, obſeruatur, proculdubio accipien-
dum eſt vt docere velit duo eſſe in actione commodati
in quibus vt in cæteris omnibus ea actio conueniat cum
aliis bonæ fidei iudiciis: quorum vnum illud eſt quod
in ea iuretur in litem, quemadmodum & in aliis in qui-
bus agit quis ad rem propriam contra doloſum repeten-
dum: Alterum eſt, quod ſi quæratur de re quæ petitur,
non ab actore per iuſiurandum in litem, ſed ab ipſo iu-
dice æſtimanda quanti re vera ſit, rei iudicandæ tempus
ſpectatur, vt in cæteris bonæ fidei iudiciis fieri ſolet, non
litis conteſtatæ, vt in ſtrictis. Alioqui ſi commentitiam
illam Bartoli interpretationem ſequare, dicendum erit
26 mancam & imperfectam eſſe Vlpiani ſententiam. † Quid
enim ſi aduerſus commodatarium in litem iurari non
poſſit. Pone non eſſe eum in dolo ſed tantùm in culpa.
Aut ne quidem in culpa, ſed tantùm in mora, quæ & po-
teſt vtique contrahi citra culpam vt diximus. His certè
caſibus iuſiurandum in litem non defertur, *d.l.in actio-*
nibus, nec eo minùs tamen quærendum eſt cuius tem-
poris ratio habenda ſit in ineunda rei commodatæ, quæ
non redditur, æſtimatione *d.l.2. De in lit. iur.* Sed ne-
que ſequentia illa *quamuis in ſtricti iuris iudiciis litis*
conteſtatæ tempus ſpectetur ad eum caſum referri poſſint,
quo agenti ex iudicio ſtricto iuſiurandum in litem de-
ferri oporteat, quandoquidem, vt docuimus, quoties iu-
ratur in litem iudicio ſtricti iuris, ideò iuratur, quia præ-
ſens æſtimatio debetur, quæ porro niſi per actoris iuſiu-
randum ſciri non poteſt: Nec iurandi neceſſitas vlla eſ-
ſet, ſi referenda eſſet æſtimatio ad tempus litis conteſta-
27 tæ, aut vt Bartolus vult, ad tempus moræ. † In quo etiam
obſeruandum eſt Bartolum ab Vlpiano diſſentire. Vlpia-
nus enim ſpectari vult tempus litis conteſtatæ, Bartolus
moræ, ſi qua mora præceſſerit litem conteſtatam. Ratio
autem qua mouetur ille vt tempus moræ reponet pro
tempore litis conteſtatæ falſa etiam eſt. Etſi namque in
iudiciis ſtrictis nunquam iuratur in litem niſi mora præ-
cedente, mora tamen non idcirco requiritur vt eius ra-
tio aliqua habeatur in re æſtimanda, ſed ob id duntaxat,
quòd ſi mora nulla præcederet, debitor ſpeciei interitu
liberaretur, nec proinde æſtimationem vllam deberet
dict. l.ſi ex legati 23. de verb. obl. l.ſi fideiuſſor. 19.D.de
dolo. Atqui non iuratur in litem in iudiciis ſtrictis niſi
poſt rem peremptam ante litem conteſtatam quia facilè
ſine delatione iuſiurandi poteſt iudex æſtimare rem quæ
28 extat *dict.l. in actionibus in fin. iunct. l. ſequent.* † Ideó-
que nimirum ſi poneres in ſpecie *l.nummis 3. eod.* cre-
ditos fuiſſe non depoſitos nummos qui ad certam diem
reddi debuerunt nec redditi ſunt, dicam perinde quidem
condemnari debere eum qui mutuos accepit in id omne
quod intereſt creditoris ſua die redditos fuiſſe, propter
diei adiectionem, ſed negabo deferendum eſſe in eam
rem iuſiurandum creditori, quia nummi illi qui iudicio
ſtricto repetuntur, nec poſſunt perire, cùm recipiant
functionem in ſuo genere, nec incertam habere æſtima-
tionem: Ceſſatque hîc neceſſitas illa quæ ſola induxit
vt in iudiciis ſtrictis in litem iurandum aliquando ſit in-
uita iuris ratione. Ad quod proculdubio idem Vlpianus
noſter eo loco reſpicit cùm loquitur de nummis depoſi-
tis, vt intelligamus non idem eſſe in creditis, aut debitis
ex ſtipulatione, aliòve contractu ſtricto. † Sic refutato 29
Bartoli commento quod cæteri interpretes non alia ra-
tione probaſſe videntur quàm quia nihil melius excogi-
tare potuerunt quod dicerent, illa nobis concluſio & de-
finitio certa ex Vlpiano relinquitur, Differre iudicia bo-
næ fidei à ſtrictis, cùm quæritur de rei debitæ æſtimatio-
ne aliter etiam, quàm per iuſiurandum ineunda: in iudi-
ciis enim bonæ fidei ſpectatur tempus rei iudicandæ, in
ſtrictis, litis conteſtatæ. Cui conuenit Africanus *in dict.*
l.hominem 37. mand. vbi diſerte ſcribit aliud in manda-
to ſeruari, aliud in ſtipulatione, his verbis, *Aliter in ſti-*
pulatione ſeruatur. Nam tunc id tempus ſpectatur quo agi-
tur. Non.n. tempus illud quo agitur aliud eſt, quàm quo
litis conteſtatio fit, vt interpretes omnes conſentiunt,
ſicut nec tempus quo petitur, De quo *in d.l.vinum, &*
d l.vlt. de condict. tritic. quibus locis hoc ipſum traditur
quod nos defendimus, in iudiciis ſtrictis ſi dies adiecta
non ſit obligationi, eam præſtari æſtimationem quæ fuit
tempore litis conteſtatæ. Cur autem adiecta die aliud ſit,
dicemus poſteà. Vnius tantùm iuris locus eſt qui Barto-
lum coegit vt ſupradictis erroribus ſe inuolueret, nul-
lámque inter bonæ fidei iudicia & ſtricta differentiam
conſtituendam putaret. Is eſt *in l.pen.ff.de cond.tritic.* vbi
idem Vlpianus ſcribere videtur in condictione triticaria
quæ vel ſemper ſtricta vel ſaltem tam ſui natura ſtricti
iuris quàm bonæ fidei eſt, ſpectandum eſſe tempus rei iu-
dicandæ, aut mortis ſi res perempta ſit, aut moræ ſi mo-
ra vel mortem vel condemnationem præceſſerit. Sed
priuſquàm de illius loci ſententia dicamus, recentiorum
opiniones referendæ nobis ſunt, & refellendæ, vt coie-
cturis noſtris proponendis locus fiat.

Capvt. II.

In quo eluceat differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris cùm de æſtimanda re debita tractatur.

SVMMARIA.

1 *Iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, quum de ineunda ci-*
tra iuſiurandum rei debitæ æſtimatione agitur, inter
ſe differre.
2 *Differentiam illam à nonnullis in hoc conſtitui, quòd in*
ſtrictis litis conteſtatæ tempus preciſè, in b. f. iudi-
ciis condemnationis, ſiue mora aliqua ſiue nulla ſit,
ſpectetur.
3 *Superior differentia rationibus & iuris authoritate*
euertitur.
4 *Triticariæ actionis natura.*
5 *Cuius temporis æſtimationem recipiat res quæ ea actio-*
ne petitur?
6 *Alios Interpretes in propoſita initio quæſtione diſtin-*
guere an mora per debitorem commiſſa ſit necne.
7 *Cur Interpretes in hac diſtinctione de frugib. loquãtur?*
8 *Vlpianum in* §. in hac.l.3.commod. *non niſi de ſpecie*
debita accipiendum eſſe.
9 *Legem* vlt.ff.de condict.tritic. *quæ de mercibus agit,*
ad ſpecies quoque debitas extendendam eſſe.
10 *Differentia à Cuiacio inter b.f.& ſtricta iudicia conſti-*
tuta,

tuta, eiuſque fundamenta.

11 *Fieri non poſſe vt mora vno caſu excepto per conteſtationem non contrahatur.*

12 *In ſtrictis iudiciis tempus litis conteſtatæ ſpectandum eſſe, nec admittendam exceptionem illam Cuiacij, niſi mora conteſtationem præceſſerit.*

13 *Reſpondetur ad legem pro dicta exceptione allatam.*

14 *An in ſtrictis præcedente mora æſtimatio ad tempus moræ reducatur?*

15 *Ratio differentiæ, inter b. f & ſtricta iudicia à Cuiacio & Hotomano conſtituta refellitur.*

1 RECentiores † interpretes in eo nobiſcum ferè omnes conueniunt quod proximè diximus, & vincimus contra Bartoli & ſequentium errorem: differre iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris cùm quæritur de ineunda citra iuſiurandum debitæ rei æſtimatione: Sed in ea differentia explicanda quænam & qualis ſit, diſſident valde inter ſe: nonnulli etiam à ſeipſis: ego omnino ab omni-
2 bus. † Sunt qui putent differentiam in eo elucere, quod in iudiciis ſtrictis ſpectamus præcisè tempus litis conteſtatæ *ex leg. vinum 22. Digeſt. de reb. credit. leg. vltim. Digeſt. de condict. triticar. leg hominem 37. Digeſt. mandat.* In iudiciis verò bonæ fidei tempus condemnationis, idque indiſtinctè, id eſt ſiue mora aliqua præceſſerit aut ſubſecuta ſit conteſtationem vel condemnationem, ſiue nulla: eámque Vlpiani apertiſſimam eſſe ſententiam *l. 3. § in hac. Digeſt. commod.* vbi de hac quæſtione tractans ſcribit generaliter, in iudiciis bonæ fidei tempus rei iudicandæ quanti res ſit obſeruari: in ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ ſpectari, non adhibita ea diſtinctione: Moráne præceſſerit, an non. Quis verò credat fieri poſſe vt ad iudicem aut ſaltem ad ſententiam perueniatur, quin mora præcedat? Et hanc ſententiam vir quidam in iuriſprudentia noſtra maximus & præcipuæ apud me auctoritatis, cuius nomini parcendum arbitror, aliquando ſequebatur, ac mirifica oſtentatione ingenij & eloquentiæ pluribus verbis quàm rationibus compro-
3 babat. † Sed tamen hanc ſententiam euidenter impugnat Pomponius *in lege tertia, §. vltim. de action. empt.* Nam ſi per venditorem vini mora facta fuerit quominus traderet, placet Pomponio condemnari eum oportere vero tempore pluris vinum fuerit, vel quo venit vel quo lis deducitur in condemnationem. Quod ſi per emptorem mora fuit, æſtimari oportere pretium quod ſit cùm agatur. Moræ igitur ratio habenda eſt, nec tempus condemnationis præcisè ſpectandum in bonæ fidei iudiciis, quale procuſdubio empti & venditi iudi-
4 cium eſt. † Obſtat etiam Vlpianus niſi noua interpretatione donetur *in l. hac penul. Digeſt. de condict. triticar.* vbi tractat de condictione triticaria quæ generalis eſſe creditur ad omnes tam bonæ fidei quàm ſtricti iuris actiones, adeóque ſi certam naturam habeat, ſtrictis propiùs ſanè accedit quàm iis quæ ſunt bonæ fidei, quia competit ex ſtipulatione & ex alia quacumque cauſſa, ſiue res mobiles ſint ſiue ſoli, denique ad omnes res ſola excepta pecunia numerata *leg. 1. eodem titul.* †
5 Et tamen vult Vlpianus in ea actione ſi quæratur res quæ petita eſt cuius temporis æſtimationem recipiat, verius eſſe quod Seruius dicebat condemnationis tempus ſpectandum eſſe ſi res extet, ſin deſierit eſſe in rebus humanis, ſpectandum tempus mortis, vtroque autem caſu, id eſt ſiue res extet ſiue non, moræ habendam eſſe rationem, eius verò temporis quo lis fuerit conteſtata ne
6 meminit quidem. † Alij diſtinguunt an mora per debitorem commiſſa ſit néc ne. Si commiſſa ſit, non dubitant quin omnem frugum vtilitatem præſtari oporteat, ac propterea quanti plurimi fruges ſine contractus, ſiue iudicij accepti condemnationis tempore fuerint æſtimari *ex d. l. 3. §. vlt. & l ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem de act. emp.* vbi verò mora nulla eſt, ſi in diem concepta fuit obligatio, æſtimationem quæ tunc ſit præſtari voluit. *ex d. l. vinum d l. vlt de condic. tritic. l quoties 59. de V O.* Sin dies adiecta non eſt, præſtari æſtimationem ex ſtrictis iudiciis, inſpecto tempore litis conteſtatæ, in aliis verò quæ bonæ fidei ſunt, inſpecto tempore rei iudicatæ *ex dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* † Ideo autem de fru- 7
gibus loquuntur, quoniam aliud iuris eſſe putant, ſi ſpecies debita proponatur, vt homo, vel fundus, vt fortiſſimam illam obiectionem effugiant ex *d. l penult. de cond. tritic.* quam quia tractat de homine, coarctant ad eum caſum quo ſpecies debeatur, ne alioqui pugnet illa lex cum ſeq. quæ in ipſa condictione triticaria tempus litis conteſtatæ inſpici vult, ſi dies non ſit adiectus. Quæ fuit iam olim ſententia Irnerij à Franciſco Hotomano his ipſis ferè verbis expreſſa quæſt. 16. Illuſtr. quæſtionum. † Sed quàm falſa ſit conſtat ex *dict. l. 3. §.* 8
in hac. D. commod. qui locus. vt Bartolus quoque bene vidit, & contra Irnerium diſputauit, non niſi de ſpecie debita intelligi poteſt, quia quantitas commodari nequit, vt quantitas *d. l. 3. §. vlt. cum l. ſeq.* Non poteſt autem differentia quæ ibi traditur inter iudicia bonæ fidei & ſtricta locum habere, niſi æque ad ſpeciem debitam referatur, id quod Vlpianus ait in iudiciis ſtrictis ſpectari tempus litis conteſtatæ. † Idem etiam conſtat ex 9
d l. vlt. de cond. tritic. quæ cùm vult ſimiliter in condictione triticaria ſi dies adiecta non ſit inſpici conteſtationem, licet de vino, oleo & frumento loquatur, ſubiicit tamen de cæteris rebus idem eſſe: quæ verba tam generalia qui reſtringere volunt ad cæteras res ſimiles, id eſt quæ mercis appellatione continentur, vt ſpecies excludant, faciunt procuſdubio vim legi, & iniuriam iuris rationi, quæ certe non patitur vt ſpecies à mercibus hac parte ſeparentur. † Itaque Iacobus Cuiacius cùm aliquan- 10
do diſtinctionem illam mercium & ſpecierum probaſſet *tract. 3. ad Africanum ad l mercis. 207. de verb ſign.* eam poſtea improbauit in interpretatione *l. hominem 37. D. mand* vbi melius ſibi viſus eſt totam rem hanc videre, nec tamen vidit meo iudicio aut explicauit felicius. Differentiam enim quam inter bonæ fidei & ſtricti iuris iudicia ab ipſis prudentibus conſtitutam agnoſcendam eſſe fatetur, ſic agnoſcit vt tamen effectu ipſo nulla proſus eſſe videatur. Diſtinguit enim an mora aliqua condemnationem & conteſtationem præceſſerit, necne, & mora præcedente nó dubitat quin ab eo tempore debeatur quanti plurimi vnquam res fuit ſiue moræ tempus illud ſit, ſiue litis conteſtatæ, ſiue rei iudicatæ, ſiue mortis cum res debita talis eſt quæ mori & perire poteſt. Ex *§. vlt d. l. 3 de act empt.* qui loquitur de iudicio bonæ fidei, ex *dict l hominem*, quæ loquitur de ſtricto. Denique ex *d. l pen. de condict tritic.* quæ tractat de condictione triticaria generali ad omnes, vt diximus, bonæ fidei & ſtricti iuris actiones.
† Hoc verò ſi ita eſt, vix dici poteſt quo demum caſu 11
poſſit dici differre hac in re iudicia bonæ fidei à ſtrictis: niſi vno illo, qui vix vnquam contingit, quo conueniatur ad condemnationem citra moram. Nam ſi verum eſt quod dici ſolet, poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores eſſe pares. id eſt malæ fidei poſſeſſores & prædones *l. ſed etſi lege 25. §. ſi ante de petit. hered.* quanto minus fieri poteſt vt mora ſaltem per conteſtationem non contrahatur? Scilicet extra caſum illum ſingularem quem Papin. ponit in *l. 3. in princ. de vſur.* & de quo ſcripſimus lib. 7. c. 1. Facilius ſiquidem eſt moram contrahi quàm malam fidem induci. Ergo vt iuris regula ad ea quæ frequentiùs accidunt quod par erat, accommodaretur, debuerat potiùs ſic concipi, vt tam ſtrictis quàm in bonæ fidei iudiciis, vero tempore pluris vnquam res fuiſſet, æſtimaretur in tempus vſque condemnationis aut mortis, niſi eo demum caſu quo mora nulla præceſſiſſet condemnationem. † At longè aliter Iureconſulti locuti ſunt: ſpe- 12
ctandum ſcilicet in bonæ fidei iudiciis tempus rei iudicandæ *d. l. 3. §. in hac D. commod.* Niſi ſi moræ tempore pluris res fuit *d. l. 3. §. vlt. de act. empt.* In ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ, *dict. §. in hac, & d. l. hominem 37. Digeſt. mand.*

mand. nuſpiam addita exceptione illa quam Cuiacius ponit, Bartolum ſecutus niſi mora conteſtationem præceſ-
13 ſerit. † Nam quod ad eam rem adducit ille poſt cætera verba illa Africani *dict. leg. hominem*, *Niſi fortè per promiſſorem ſteterit quo minus ſua die ſolueret*, non ad quamlibet moram referendum eſt, ſed ad eam duntaxat quæ contrahitur per lapſum diei adiectæ in obligatione, cuius multo maior vis eſt quàm eius quæ contrahitur per extraiudicialem interpellationem, vt dicemus in ſequen-
14 tib. † Sed nec verum illud eſt, quod Cuiacius ait probari ex *dict. leg. pen. de condic. tritic.* præcedente mora reduci æſtimationem ad tempus moræ. Id enim illo demum caſu admittit Vlp. quo ſeruus debitus deterior factus ſit poſt moram, ita innuens aliud dicendum eſſe ſi non deterior factus ſit puta claudus, & eluſcatus; ſed tantùm minoris æſtimationis, quod longè diuerſum eſt, vt docebimus
15 ad eam legem. † Sed & ratio illa quam Cuiacius & Hotomanus reddunt huius differentiæ quam verbo duntaxat agnoſcunt inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, oſtendit manifeſtè fieri non poſſe vt in æſtimanda re ex contractu ſtricto debita, moræ quæ conteſtationem præceſſit ratio vlla habeatur. Aiunt enim differentiam ex eo deſcendere, quòd in iudiciis ſtrictis iudex ad eam ipſam quantitatem certam quæ in iudicium deducta fuit adſtrictus eſt, in iis verò quæ bonæ fidei ſunt liberam ex bono & æquo æſtimãdi poteſtatem habet §. *in bona fidei, Inſtit. de action.* nec aliud in eis petitur, niſi quod iudex arbitrabitur & æſtimabit dari debere ex fide bona atque ita facta relatione ad tempus rei iudicatæ. Nam ſi ita eſt vt eſt, fierine obſecro poteſt, vt iudex addictus actioni ex ſtipulatu, adeóque verbis ipſis ſtipulationis, rationem vllam habeat moræ præcedentis; Eſt enim id proculdubio extra cauſſam obligationis per ſtipulationem contractæ, nec proinde aut contractus, aut iudicij ſtricti natura patitur, vt ob moram æſtimatio rei debitæ augeatur, non magis quam vt ex iudicijs ſtrictis, aut fructus, aut vſuræ aliæve acceſſiones à die moræ præſtentur. Id namque proprium ius eſt iudiciorum bonæ fidei, quæ pleniores ex bona fide & vberiores præſtationes admittere ſolent. Reſtat igitur ne in aliis referendis & refellendis longiores ſimus, vt noſtram de tota hac quæſtione coniecturam, quam dilucidè facere poterimus, proponamus.

Capvt III.

Vera interpretatio l. 3. §. in hac D. commod. l. vinum 22. D. de reb. cred. l. vltim. de condict. tritic.

Svmmaria.

1 *Vera explicatio differentiæ inter bona fidei & ſtricta iudicia, & distinctio inter obligationem puram & eam quæ in diem concepta eſt.*

2 *In ſtrictis iudicijs, ſi pura ſit obligatio litis conteſtatæ tempus ad ineundam rei debitæ æſtimationem præciſè inſpiciendum eſſe.*

3 *Reſpondetur ad* §. 1. l. Iulianus de rei vindic. *contra allatum.*

4 *Non poſſe in ea lege locũ eſſe propoſitæ quæſtioni de ineunda rei debitæ æſtimatione.*

5 *Moræ conteſtationem præcedentis rationem nullam in hoc iudiciorum genere haberi ſi pura ſit obligatio.*

6 *Reſpondetur ad l.* hominem 37. ff. mandat.

7 *Ratio ſuperioris ſententiæ.*

8 *Affertur in eandem ſententiam illa iuris regula, Quale quid eſt cum petitur, tale dari debet.*

9 *Annon ex illa regula potius probetur in ſtrictis iudicijs æſtimationem à die litis conteſtatæ in diem vſque condemnationis creſcere debere.*

10 *Cur in ſtrictis iudicijs quale quid eſt quum petitur tale dari debeat, nec præcedentis aut ſubſequentis temporis vlla ratio habeatur?*

11 *Ad quid proſit mora per ſimplicem interpellationem vel per conteſtationem contracta, ſi ſpecies vel ſi merx debeatur?*

12 *Nouationem quæ fit per litis conteſtationem in ſtrictis iudicijs non facere meliorem creditoris conditionem.*

13 *Moroſo debitori in ſtrictis iudicijs fruſtrationem ſuam nec prodeſſe, nec nocere debere.*

14 *Aliud eſſe moram alicui ſuam prodeſſe, aliud non nocere.*

15 *In bonæ fidei iudicijs rei iudicandæ tempus ſi tunc pluris res ſit, litis conteſtatæ ſi tunc pluris res fuit, inſpiciendum eſſe.*

16 *Cur non ſicut in ſtrictis ita in b.f. iudicijs litis conteſtatæ tempus præciſè ſpectetur?*

17 *Cur prudentes vbi de ineunda in b.f. iudicijs rei debitæ æſtimatione tractarunt, litis conteſtatæ nuſpiam meminerint?*

18 *An totius intermedij illius temporis quod inter moram ſiue duplicem ſiue extraiudicialem, & condemnationem intercedit aliqua habenda ſit ratio.*

19 *Refellitur opinio Interpretum exiſtimantium, quodcunque tempus ſpectetur, actori quanti plurimi ab eo tempore res fuit præſtandum eſſe.*

20 *In condictione furtiua à die commiſſi furti quanti plurimi vnquam fuit res furto ablata, præſtandum eſſe.*

21 *Multum referre an debeatur, vtro tempore pluris res fuit, an vero quanti plurimi vnquam res fuit.*

22 *Actionem legis Aquiliæ cum condictione furtiua hac parte in omnibus fere conuenire.*

Diſtinguenda proculdubio ſunt iudicia bonæ fidei à ſtrictis, vt iam contra Bartolum probauimus ex *l. 3. §. in hac. D. commod. & l. hominem 37. D. mandat.* Sed differentia longè aliter explicanda eſt quàm à recentioribus factum ſit. Tractabimus primùm de obligatione pura, mox de obligatione in diem certam concepta. Eſt enim quæſtio hæc tam perplexa, & ab aliis interpretibus adeò perplexè & inuolutè diſputata, vt nobis tanto magis laborandum ſit ne quid obſcurè aut indiſtinctè dicere videamur. † Si pura non in diem obligatio fuit, 1 2
dico in iudiciis ſtrictis inſpiciendum eſſe tempus litis conteſtatæ ad ineundam rei debitæ æſtimationem ex *dict. l. §. in hac & dict. l. hominẽ l. vltim. D. de condict. tritic. leg. vinum 22. D. de reb. credit.* Et quidem præciſè, id eſt ita vt neque rei iudicandæ tempus vllo modo ſpectetur (etiamſi mora cõtracta ſit per conteſtationem maiórque reperiatur debitæ rei æſtimatio tẽpore rei iudicandæ quàm fuerit tempore litis conteſtatæ) neque moræ illius quæ conteſtationem præceſſerit, tametſi tùm etiam pluris res fuiſſe proponatur. Mouet me primùm illud quod vt iam dixi, in ſuperioribus nullo iuris loco ſcriptum reperies iudicem in æſtimanda re debita ex iudicio ſtricto ſpectare debere tempus rei iudicandæ. Nam quod ait *lex penultim. de condic. triticar.* quæ vna interpretibus omnibus tenebras effudit, condemnationis tempus inſpiciendum eſſe, longè aliam habet ſententiam quam nos loco ſuo trade-
mus. † Quod autem nonnulli etiam in eandem rem obiiciunt ex *leg. Iulianus 17. §. 1. Digeſt. de rei. vindic.* prorſus alienum eſt à propoſita quæſtione. Ibi enim Vlpianus ex Iuliano hoc duntaxat ſcribit ſi moram poſſeſſor fecerit in homine reddendo, & homo mortuus ſit, etiam fructuum rationem vſque ad tempus rei iudicatæ ſpectandam eſſe. Itaque non de iudicio ſtricto loquitur, ſed de vindicatione & actione in rem quæ arbitraria, nec rurſus de æſtimatione rei, ſed de fructibus, & quidem eo caſu quo poſſeſſoris dolo aut culpa homo periit, 3

rit, quemadmodum nos eum locum ex aliis interpretati
4 ſumus lib. 2. cap. 6. † Proinde non poteſt in ea ſpecie lo-
cus eſſe propoſitæ quæſtioni de ineunda rei debitæ æſti-
matione, quia ſiue dolus poſſeſſoris interceſſit, locus eſt
iuramento in litem per quod arbitrio petitoris non tan-
tùm homo, ſed etiam poſſeſſoris dolus æſtimatur. Sin
culpa tantùm interuenit non dolus, aut ſi mora tantùm
etiam citra culpam, æquè locus eſt iuramento, non vt do-
lus qui nullus eſt, ſed vt res ipſa æſtimetur, quæ licet
non extet cùm tamē extare adhuc credatur, & debeatur,
omnimodo æſtimanda eſt ex tempore præſenti, æſtimari
autem à iudice ſine delatione iuſiurandi nequaquam po-
teſt *l. in actionibus 6. §. planè. Digeſt. de in lit. iur.* qui locus
tametſi de ſtricti iuris iudiciis loquatur, tamen ad arbitra-
rias & bonæ fidei actiones in quibus facilius iurandi fa-
cultas concedi ſolet, multo magis pertinet, eadem non ſo-
lùm ęquitate ſed etiam neceſſitate in omnibus idem iu-
randi ius inducente. Nullus igitur in toto iure locus eſt
quo probari poſſit in iudiciis ſtrictis ineundam eſſe rei
debitæ æſtimationem inſpecto tempore rei iudicandæ,
ſiue mora aliqua conteſtationem præceſſerit, ſiue nulla.
5 † Nec vllus rurſum, qui probet moræ conteſtationem
præcedentis rationem vllā in hoc iudiciorum genere ha-
beri oportere. Quod n. ſcriptum eſt *in d. l. vinum 22. de
reb. cred. dict. l. vltim. de cond. tritic. & in d. l. quoties 69. de
verb. oblig.* tanti æſtimandam rem quæ petitur per condi-
ctionem triticariā, quanti fuiſſet eo die quo dari ex con-
uentione debuiſſet, ad propoſitam diſputationem non per-
tinet. Tractamus enim de pura obligatione, non de ea
quæ diem certam habuerit, de qua ſunt omnes illi loci.
Quantum verò diſtet inter moram quæ per lapſum diei
expreſſim adiecta, & eam quæ per interpellationem ex-
6 tra iudicialem contrahitur, ſuo etiam loco dicemus. † Idem
reſponderi poteſt ad Africanum *in dict. leg. hominem.* Illa
enim verba, *niſi forte per promiſſorem ſteterit quominus
ſua die ſolueret,* oſtendunt ſatis, non tam nocere debitori
quod interpellatus non ſoluerit, quàm quod non ſoluerit
ſua die, id eſt ea ipſa die, in qua vt ſolueretur, conuenerat.
Itaque extra caſum illius exceptionis quæ ſola placuit
Africano, id eſt, ſi de ſolutionis die nihil dictum ſit, ſe-
quemur definitionem illam generalem ab Africano ipſo
ibidem traditam, vt ſi ex ſtipulatione agatur, & præſtan-
da ſit æſtimatio, tempus illud, quo agitur, ſpectetur, id eſt
7 tēmpus litis cōteſtatæ. Moueor etiam ex eo quòd mora
quæ precedérit litis conteſtationem non poteſt maioris
eſſe poteſtatis quàm quæ per conteſtationem ipſam con-
trahitur. Tanto enim potentior eſt conteſtatio quàm ex-
traiudicialis interpellatio, quanto impudentior ille eſt
qui pro re quam ſcit ſe debere, patitur vocari in ius, &
apud iudicem aut negat ſe debere, aut ex alia quacunque
cauſſa differt ſolutionem. Nam & inde fit vt per con-
teſtationem inducatur mala fides, quę alioqui per ſolam
interpellationem extraiudicialem non induceretur, *leg.
ſed ſi lege 28. §. ſi ante D. de petit. hered.* Atqui fatentur
recentiores, ſi mora nulla conteſtationem præceſſerit non
poſſe conteſtationem facere vt quanti plurimi res ab eo
tempore fuit in diem vſque condemnationis pręſtari de-
beat actori: Hanc enim ſolam differentiam hac parte ag-
noſcunt inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, in eóque
ſolo diſſentiunt à Bartolo & antiquioribus, qui con-
teſtationem non minoris efficaciæ volunt eſſe quàm
interpellationem extra iudicium factam: Cur ergo ex
contrario dicemus plus poſſe moram extraiudicialem, vt
8 totius temporis exinde ſecuti rationem haberi oporteat?
† Sed me omnium maximè mouet ratio ipſa iuris, quæ
precipua mihi sēper lex eſt & omnibus eſſe debet. Qua-
le quid eſt cum petitur, tale dari debet, inquit Papinianus
in l. 2. D. de vſur. vbi ob hanc cauſſam vulgo receptum
eſſe ait vt ex ſtrictis quoque iudiciis poſt litem conteſta-
tam cauſſa præſtetur, id eſt acceſſiones naturales vt fru-
ctus *l. videamus 38. §. ſi actionem de vſur.* Ea igitur æſti-
matio præcisè præſtanda eſt, quæ fuit cùm res peteretur.

Alioqui non poſſet videri præſtita res qualis tunc fuiſ-
ſet, ſi alterius temporis æſtimatio præſtaretur. † Dices for- 9
ſitan ſe rationem hanc ſi recta eſt facere potiùs, vt æſti-
matio creſcere debeat à die litis conteſtatæ in diem vſque
condemnationis. Nam ſi Papiniano idonea viſa eſt ad in-
ducendam condemnationem fructuum poſt litem conte-
ſtatam perceptorum, qui licet ex reipſa nati ſint, vbi ta-
men ſeparati fuerunt à fundo in aliam rem & ſpeciem
tranſierunt, quidni erit accommodatior ad perſuadēdum,
quòd æſtimatio quæ nihil aliud eſt quàm res ipſa quæ
petitur, ex die litis conteſtatæ augeatur? Sed reſpondeo
non eſſe hæc ſimilia: vel ob hoc ipſum quod æſtimatio il-
la de qua tractamus, vſque adeò intelligitur res ipſa quæ
petitur, vt ſi aliud quàm litis conteſtatæ tempus in ea
conſtituenda ſpectandum eſſet, alia proculdubio res dari
videretur, quàm quæ petita eſſet, certè non qualis tùm
fuiſſet. Fructus verò ideo debentur à die litis conteſta-
tæ, quòd non videretur alioqui reddita res, qualis tem-
pore iudicij accepti, cùm ſi reddita fuiſſet, eos fructus
actor deinde percepiſſet. Denique æſtimatio ſemel de-
beri cœpta certo tempore inſpecto, omnes alias æſtima-
tiones excludit, quæ aliis inſpectis temporibus conſtitui
poſſint: quia quemadmodum ſemel tantùm id debere-
tur quod non niſi ſemel poſitum eſt in obligatione, ita
non niſi vnius præcisè temporis ratio haberi poteſt in eo
æſtimando. At non excludit ſimiliter ea certi temporis
æſtimatio acceſſiones naturales, quæ nihil cum ea com-
mune habent, niſi quod ipſam ſequuntur ſicut & rem
ipſam ſi extaret ſequerentur *dict. leg. Iulianus 17. §. 1.
Digeſt. de rei vindic.* † Indiget autem ſupradicta Papinia- 10
ni ratio maiore aliqua luce. Id ipſum enim obſcurum eſt
cur in iudiciis ſtrictis quale quid eſt cùm petitur tale de-
beat dari, nec præcedentis aut ſubſequentis temporis
vlla prorſus ratio habeatur? Puto id pendere ex veteri-
bus formulis iudiciorum quas prætor dictare ſolebat
cùm iudices daret in hora ipſa conteſtationis. Erant au-
tem hæc ferè verba formulæ ſolemnia *ſi paret Lucium
Titium Sempronio debere centum aut hominem ex ſtipula-
tu tunc eum Sempronio condemnato.* Referebantur itaque
ad tempus præſens, id eſt litis conteſtatæ & iudicij accep-
ti, ſiue ſtrictum ſiue bonæ fidei iudicium proponeretur.
Eáque ſola erat differentia ex qua innumeræ aliæ ſeque-
bantur, quod in bonæ fidei iudiciis addebatur in formula
ex fide bona, quibus verbis poteſtas fiebat iudici de iis
quoque iudicandi quæ litis conteſtatæ tempore non de-
bebantur, ſi modò id æquitas ſuaderet, vt puta de vſuris,
de eo quod actoris intereſſe poſteà cœpiſſet, de interpo-
nendis cautionibus & aliis huiuſmodi. Proinde ſi quan-
do neceſſe erat ſic ferri ſententiam vt pro re ipſa quæ de-
bebatur eius æſtimatio deduci deberet in condemnatio-
nem, fieri non poterat vt iudex ſtricto iudicio addictus,
aliam quàm litis conteſtatæ æſtimationem ſequeretur,
ſiue mora iam antè contracta eſſet: ſiue non: † etſi non 11
ex contractu ſtricti iuris perinde contrahitur mora etiam
per ſimplicem interpellationem ac multo magis per con-
teſtationem atque ſi ex bonæ fidei contractu debitum eſ-
ſet, non tamen poteſt ea mora prodeſſe ad inducendas
vberiores præſtationes, quas in aliis iudiciis induci bona
fides ſuaderet, ſed ad hoc tantum vt perpetuet obligatio-
nem ſi forte ſpecies debeatur, quæ perire facilè poteſt, &
qua perempta ſi mora nulla præceſſiſſet debitor liberare-
tur *l. ſi ex legati 23. l. ſi ſeruum 91. §. ſequitur. & §. vltim.
de verb. oblig.* Nam in merce quæ nec perire nec deterior
fieri vllo modo poteſt, quia in genere conſiſtit, nullius
planè momenti eſt mora quoties debetur ex contractu
ſtricto, Taceo quod nec ſolet nec poteſt mora augere
principalem obligationem, id eſt facere vt plus in obliga-
tione ſit poſt moram, quàm fuerit ante moram, ſed mo-
uere duntaxat officium iudicis vt acceſſionum præſtā-
tionibus augeat ex bona fide & æquitate condemnatio-
nem, nimirū quoties actionis natura tale iudicis officium
vel arbitrium admittit, id eſt in bonæ fidei actionibus, &

in arbitrariis, non etiam in ſtrictis, *l. quæro* 54. *D. locat. l.*
12 *qui per colluſionem* 49. *§. vlt. de actio. empt.* † Nec aliud iu-
ris eſt in ea mora quæ contrahitur per conteſtationem,
quia nouatio illa quæ per conteſtationem fieri dicitur ſi-
cuti non debet facere deteriorem creditoris conditionem
l. non ſolet 86. *de regul. iur.* ita nec poteſt facere hac parte
meliorem. Neque enim immutat naturam obligationis
ex qua primùm agi cœptum eſt, eiuſdémque conditio-
nis manet actio cuius anteà fuit *l. aliam* 29. *D. de nouat.*
quandoquidé ad actionem illã quæ primùm fuit, accom-
modatur formula prætoris, cuius poteſtas in diem vſque
iudicati durat. Igitur ſiue poſt moram extraiudicialem ſi-
ue poſt iudicialem quæ per conteſtationẽ contrahitur, rei
debitæ æſtimatio creuerit, nõ idcirco tamẽ aliã æſtimatio-
nẽ iudex ſequetur, quàm quæ fuit tẽpore litis cõteſtatæ.
13 † In eóque mirandum eſt hallucinatos recentiores inter-
pretes ignoratione eius ipſius iuris cuius rationem non
ignorarũt. Veteribus enim minùs ſuccenſendum eſt, qui
in iis omnibus quæ ad veterum iudiciorum formulas ti-
tuloſque pertinebant, nihil prorſus viderunt. An igitur mo-
roſo debitori fruſtratio ſua proderit? Minimè. Sed nec
nocebit, quoniam iudicium quòd exercetur tale eſt vt ob
moram debitoris pinguior creditoris actio fieri nequeat:
Nec magis poteſt conqueri creditor de iniquitate iudicij
quàm de ſeipſo cur ita contraxerit, neque melius ſibi pro-
14 ſpexerit, aut cur citiùs litem conteſtatus non ſit. † Aliud
autem eſt moram alicui ſuam prodeſſe, aliud, non nocere:
quanquam nec abſurdum eſſet prodeſſe in eo iudicij
genere, in quo nulla prorſus moræ ratio haberi poteſt.
Prius enim eſt vt moræ rationem aliquam haberi opor-
teat, quàm vt de eo quæri poſſit, An mora prodeſſe de-
beat aut nocere, necne. Et hæc quidem de iudiciis ſtricti
15 iuris. † In iis verò quæ ſunt bonæ fidei longe aliter ob-
ſeruandum arbitror: In iis ſcilicet cum agitur de re debi-
ta æſtimanda non ſpectari præcisè tempus litis conteſta-
tæ, quomodo in ſtrictis, ſed etiam rei iudicandæ *d. l.* 3. *§.*
in hac D. commod. Nimirum ſi eo tempore quo ſententia
redditur pluris res ſit *l.* 3. *§. vlt. D. de action. empt.* Nam ſi
tempore litis conteſtatæ pluris fuit, vtique eius temporis
habenda erit ratio. Ne aliter poſito iure accidat vt de-
bitoris ob id melior conditio ſit quòd bonæ fidei iudi-
cio ex mora cõueniatur: Cùm ſi ſtrictè cõueniretur, eam
deberet æſtimationem vt diximus, quæ fuiſſet tempore
conteſtationis. Si enim tempus moræ etiam extraiudi-
cialis ſpectandum eſt cùm pluris eo tempore fuit *dict.*
§. vltim. l. 3. *de action. empt.* quidni multo magis ſpe-
16 ctabimus tempus moræ quæ in iudicio contrahitur? †
Quamobrem verò non conteſtationis præcisè vt in ſtricti
iuris actionibus, ſed rei quoque iudicandæ tempus in
his ſpectetur, ratio illa eſt, quam in ſuperioribus iam at-
tulimus, quòd in bonæ fidei iudiciis non tam inſpicitur
quid debeatur, & in obligatione ſit, quàm quid ex bona
fide præſtari æquum videatur. Facit enim formula pote-
ſtatem iudici condemnandi ex bona fide, & conſequen-
ter bonæ fidei ratio quam in eo contractuum & iudicio-
rum genere præcipuam haberi conuenit ad tempus con-
demnationis refertur, quod in ſtrictis ſecus eſſe dixi-
mus. Apertiſſimè autem æquum eſt præſtari agenti ex
bonæ fidei contractu vtro tempore pluris res fuit conte-
ſtationis aut condemnationis irrogandæ, quia ſiue data
fuiſſet res quo tempore petita eſt darique debuit, nunc
eam haberet creditor, ſiue data non ſit, talem hodie dan-
dum eſt quod tam olim dari oportuit. Quæ perelegans
Pauli ratio eſt in *leg. ſterilis.* 21. *§. cùm per venditorem. eod.*
titul. de action. empt. Cùmque ex æquitate quadam ad
obligationis naturam accommodata, potiùs quàm ex ip-
ſius obligationis iure ratio illa deriuetur, mirum non eſt
ſi non perinde in iudiciis ſtrictis locum habere poſſit.
17 † Nec conturbare nos debet, quod prudentes quibus lo-
cis tractant de ineunda rei debitæ æſtimatione in iudicio
bonæ fidei nuſpiam meminerunt litis conteſtatæ. Id enim
ab iis ratione illa factum videri debet, quòd ſi vt ple-
rumque ſit mora per interpellationem extraiudicialem
contracta ſit ante conteſtationem, non conteſtationis
licèt tunc res pluris fuerit, ſed præcedentis moræ tempus
ſpectari oportet *dict. §. vltim. leg.* 3. *eod.* Non quòd in bonæ
fidei iudiciis magis quàm in ſtrictis mora poſſit augere
principalem obligationem, ſed quia ſi bonam fidem ſpe-
ctes parum intereſt an quid petatur per iudicem an per
extraiudicialem interpellationem, quandoquidem iudi-
cium non niſi in inuitum redditur, *l. inter ſtipulantem*
83. *§.* 1. *de verb. obl.* non etiam in eum qui bonam fidem
agnoſcere, ac præſtare paratus eſt *l. quoties* 9. *§. ſicut au-*
tem de adminiſtr. & peric. tutor. † Cæterùm verba illa 18
d. §. vlt. vtro tempore pluris fuit, mouent me vt ſentiam,
quod nemo fortaſſe vnquam dixit, probántque ni fallor
euidenter, totius intermedij illius temporis, quod inter
moram ſiue iudicialem, ſiue extraiudicialem & condem-
nationem intercedit, nullam prorſus habendam eſſe ra-
tionem. Quia cum æſtimatio quanti plurimi, vt vocant,
nihil aliud ſit quam res ipſa quæ debetur, aut ſaltem eius
rei vicem obtineat *d. l. ſi ſeruum* 91. *§. vlt. de verb. oblig. l.*
promiſſor Stichi 21. *l. promiſſor hominis* 23. *de conſtit. pe-*
cun. non ad aliud tempus accomodari poteſt quo res vel
petitur in iudicio aut extra iudicium, vel adiudicatur;
Totúmque medium tempus debitori quantumlibet mo-
roſo immune eſt, ni ab acceſſionibus, quas officium iudi-
cis ex mora elicere debet, vt puta vſurarum, & eius quod
intereſt actoris: aut quæ cùm ſint naturales rẽ ipſam de-
bitam neceſſariò ſequuntur, cuiuſmodi ſunt fructus *d.*
l. 2. *d. l. videamus*, *§.* 38. *ſi actionem cum ſeqq. de vſur. d. l. Iu-*
lianus 17. *§.* 1. *D. de rei vindicat.* † In eóque maximus & 19
ferè perpetuus interpretum noſtrorùm omnium error eſt,
quod ſiue moræ ſiue litis conteſtatæ ſiue rei iudicandæ
tempus ſpectari velint, non dubitant quin præſtandum
ſit actori quanti plurimi ab eo tempore res vnquam fuit,
nec ſolum ſi ex bonæ fidei iudicio agatur, ſed etiam
quod magis mirum ex ſtricto. Quaſi verò æſtimatio
quanti plurimi ſit cauſſa quædam, vel acceſſio quæ fru-
ctuum exemplo, vel vſurarum, vel eius quod intereſt in
dies ſingulos augeatur, nec ex quo aucta eſt vnquam de-
creſcat, tanquam ſemel deberi cœpta. Imo verò res ipſa
eſt quæ debetur, quæ proinde ſemel deberi cœpta nun-
quam creſcere poteſt, nec ſi propter dolum debitoris aut
poſſeſſoris iurari poſſit in litem *l. &* 2. *D. de in lit. iur.* Ita-
que ſi ponas inſpiciendum eſſe tempus moræ vt in iudi-
ciis bonæ fidei ſi eo tempore pluris res fuit quàm cùm lis
in condemnationem deducitur, noli dicere æſtimationem
illam creſcere vt ea debeatur quæ medio tempore maior
fuit: Ita enim tecum pugnares qui iam dixiſti debitam
fuiſſe æſtimationem quæ tempore moræ fuit: Neque
enim fieri poteſt vt maior æſtimatio quæ ſecuta eſt ea-
dem ſit cum minore quæ præceſſit: cum æſtimatio con-
ſiſtat in pretio, indéque fiat vt quantumcunque au-
geatur vel minuatur, alia æſtimatio ſit *arg. leg. pacta con-*
uenta 72. *D. de contr. empt.* † Quare nec vnquam ſic 20
prudentes loquuntur vt dicant præſtari debere quanti
plurimi res fuit ab vno tempore in aliud tempus, ſed
præcisè quanti fuit hoc vel illo tempore *d. l.* 3. *§. vlt. de*
act. empt. Niſi cùm tractãt de condictione furtiua, in qua
hoc ſpeciali quodam iure receptum eſt odio furis, qui à
tempore commiſſi furti moram facere intelligitur quoli-
bet inſtanti, & ſine remiſſione *l. in re* 8. *§.* 1. *ff de condict.*
furt. qui vnus in hanc rem de quanti plurimi æſtimatio-
ne locus eſt. Nam in aliis perſonis, licet moræ iam con-
tractæ effectus ſit perpetuus, tamen non niſi ſemel inter-
uenire mora intelligitur. *l. Titia Seio* 87. *§. vſuras, de le-*
gat. 2. Itaque nihil intereſt an dicas. In condictione fur-
tiua æſtimari rem furtiuam inſpecto tempore moræ præ-
cisè. An verò quanti plurimi vnquam res fuit ab eo in-
ſtanti quo furtum admiſſum eſt, cùm vnoquoque in-
ſtanti noua mora per furem contrahi videatur. † Et in
hoc etiam labitur contrario errore Cuiacius, cùm id quod
dicimus, furem teneri condictione furtiua quanti pluri-
mi

mi vnquam res fuit ſic intelligit, vt ſur condemnandus ſit vtro tempore pluris res fuit, aut facti furti, aut litis conteſtatæ, aut rei iudicatæ, aut mortis. Multum namque refert an dicas deberi *vtro tempore pluris res fuit*, quomodo Vlp. loquitur in *d. l. 3. §. vlt. de act. emp.* an verò *quanti plurimi vnquam res fuit*, quæ eiuſdem Vlpiani verba ſunt de condictione furtiua tractantis in *d. l. 8. §. 1. de condict. fur.* Prior locutio totius intermedij temporis æſtimationem excludit: vt ex eo apparet quod cùm lex Aquilia eam æſtimationem complectatur quanti eo anno plurimi res fuit, nullum aliud tempus eſt ex quo poſſis eam, æſtimationem metiri, præterquam ſingula totius eius anni inſtantia. Fit enim computatio illa anni retrorſum eo primùm die quo quis occiſus aut vulneratus eſt *leg. aut lex 21. D. ad leg. Aquil.* ac proinde ita vt neque delicti neque conteſtationis, neque rei iudicandæ aut iudicatæ, neque mortis tempus
22 toto eo anno vllum ſit. † Nihil autem hac parte inter actionem legis Aquiliæ, & furtiuam condictionem intereſt vt idẽ Vlp. ait in *l. 2. §. quæſitum de priuat. delict.* niſi quod condictio furtiua non egreditur retrorſum tempus iudicij accipiendi, id eſt litis conteſtatæ, vt nos contra Accurſium & Cuiacium probabimus. infrà cap. 11. Ergo quemadmodum ſingulis momentis totius anni de quo lex Aquilia loquitur, creſcente æſtimatione ſerui occiſi aut vulnerati, creſcit condemnatio, ita & dicendum eſt furem qui condictione furtiua conueniatur, non ſolùm condemnari debere vtro tempore res furtiua pluris fuit aut furti admiſſi, aut litis conteſtatæ aut rei iudicatæ, aut mortis, quomodo putat Cuiacius, ſed quanti plurimi vnquam fuit, id eſt vel minimo vno inſtanti ſiue aliquo ex iis temporibus quæ diximus, ſiue medio inter ea tempora interuallo. Cæterum extra eam cauſſam condictionis furtiuæ & legis Aquiliæ nullibi reperias præſtari æſtimationem quanti plurimi vnquam res fuit. Et interpretum noſtrorum & pragmaticorum non prudentium vox illa eſt toties in tribunalibus omnibus decantata. Videamus iam quid reſponderi poſſit ad *l. pen. de cond. tritic.* Is vnus enim locus eſt qui aduerſus ea omnia quæ conſtituimus, vigere maximè videatur.

CAPVT IV.

Ad l. penult. D. de condict. triticar.

SVMMARIA.

1 *Communis & magis recepta eius legis interpretatio.*
2 *Ea explicatione differentiam inter bona fidei & ſtricta iudicia conſtitutam deſtrui & euerti.*
3 *Quam rationem habeat quod* in d. l. pen. *de mortis tempore ſpectando dicitur.*
4 *Paulum hac parte* in l. vlt. eod. tit. *Vlpiano contrarium videri.*
5 *An dicta lex pen. de ea tantùm condictione triticaria quæ ſit bonæ fidei, accipi debeat?*
6 *An triticaria actio bonæ fidei ſit & ſtricti iuris.*
7 *Ex eadem cauſa duas actiones vnam bonæ fidei, alteram ſtricti iuris interdum competere.*
8 *Condictionem triticariam non ideo bonæ fidei eſſe quòd pro re depoſita vel commodata detur.*
9 *Eandem aduerſus commodatarium aut depoſitarium non competere ſi dominus fuit is qui depoſuit aut commodauit.*
10 *Triticariæ condictionis nomine quid intelligatur?*
11 *Cur Vlpianus* in d. l. pen. *nullam ſpectandi temporis litis conteſtatæ mentionem faciat?*
12 *An poſito quòd condictio triticaria b. f. actio ſit, verum ideo ſit, perempta re debita ex contractu bonæ fidei æſtimationem, mortis tempore inſpecto, ineundam eſſe?*
13 *Irnerium & alios in* d. l. *diſtinxiſſe an merx, an verò ſpecies debeatur.*
14 *Vlpiani ſententiam in* d. l. pen. *in merce locum habere non poſſe, quum mortis tempus inſpiciendum eſſe dicit.*
15 *Cur ſpecies ex tempore rei iudicandæ æſtimetur?*
16 *Hotomani reſponſio ad* d. l. pen. *reiicitur.*
17 *Ioannis Gloſſatoris reſponſio ad* §. in hac l. 3. ff cõmo.
18 *Vera ſpecies & quæſtio* d. l. pen. *& eiuſdem conciliatio cum* d. §. in hac.
19 *Longè diuerſam eſſe quæſtionem* d. l. pen. *à quæſtione* l. vlt. eod. tit. & l. vinum de reb. cred.
20 *Differentiam inter bonæ fidei & ſtricta iudicia nullam eſſe quum de æſtimatione poſt rem iudicatam ineunda agitur.*
21 *Vlpianum in* d. l. pen. *de ineunda poſt rem iudicatam æſtimatione, tractare.*
22 *Ambiguitatem in* d. l. *ex condemnationis verbo proficiſci.*
23 Condemnationis *verbo ſimpliciter accepto irrogatam magis quam irrogandam intelligi.*
24 *Quum de ineunda poſt rem iudicatam æſtimatione agitur in ſtrictis & bonæ fidei iudiciis, ſiue merx ſiue ſpecies debeatur, condemnationis tempus inſpici.*
25 *Nec diſtinguendum eſſe an in diem certam res dari debuerit necne.*
26 *In quo differat merx à ſpecie?*
27 *Specie poſt condemnationem perempta non cõdemnationis iam factæ, ſed mortis tempus inſpiciendum eſſe.*
28 *Quomodo diſtinguendum ſi ante condemnationem homo debitus perierit?*
29 *Poſteriorem dictæ legis penult. partem ad ſolas ſpecies debitas pertinere.*
30 *Quam vim habeat exceptio in poſteriore dictæ legis parte poſita, eo quo concepta eſt modo.*
31 *Seruum non ideo deteriorem factum quòd vilioris pretij nunc ſit, ſi aut credulior & ingenioſior antea fuerit.*
32 *Interpretatiuncula ad ſingula dictæ legis verba ſubnectuntur.*
33 Rei *appellatione in* d. l. *principio quid veniat?*
34 *Soluitur argumentum contra nouam ſuperioris legis interpretationem allatum.*
35 *Condictionem triticariam etiam poſt rem iudicat. durare.*
36 *An & quomodo pecunia numerata in condictionem triticariam veniat?*

SEntentia † huius legis illa magis communiter eſſe creditur, vt ſi agatur condictione triticaria, & quæratur, cuiuſnam temporis ratio habenda ſit in ineunda rei debitæ æſtimatione, tempus iudicandi ſpectetur ſi res extet, nulláque mora præceſſerit, ſin ante ſententiam res extare deſierit, tempus mortis, latius tamen ſumptum & ἐν πλάτει vt Vlpianus ait, ne alioqui pretium ſerui fortaſſis mortiferè vulnerati ad exiguam ſummam deducatur. Si denique mora præceſſerit, tempus moræ inſpiciatur. † Hoc verò ſi ita eſt, vtique falſa ſunt omnia quæ nos de bonæ fidei & ſtricti iuris iudiciis hucuſque diſputauimus. Nam cùm condictio triticaria ſit generale nomen actionum omnium perſonalium, ex quibus aliquid petitur, quodcunque tandem illud ſit præter ſolam pecuniam numeratam, ſiue certum ſit, ſiue incertum, ſiue mobile, ſiue ſoli, adeòque ſiue in iure, ſiue in corpore conſiſtat *l. 1. ill. tit.* Conſequens eſt vt quod de condictione triticaria verè & commodè dicitur, de omnibus actionibus ſpecialibus ſiue bonæ fidei ſint, ſiue ſtricti iuris perinde generaliter & indiſtinctè dici poſſit, idque vel ex philoſophorum dicto: quæcumque de genere dicuntur, ea & ſpeciebus conuenire Nulla igitur differentia relinquetur inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, quæ tamen ponitur apertè *in dict. leg. § in hac. Digeſt. commod. leg. hominem 37. Digeſt. mandat. leg. 3. § vlt. de actio. empt. iunct. leg. vinum*

22. de

22.*de reb.cred.leg.vltim. de condict. tritic.* Auget dubita-
tionem quòd ea Vlpiani ſententia quæ extat *in d.l.pe-
nult.* videtur diſcrepare ab iis omnibus quæ obtinere dixi-
mus tam in bonæ fidei iudiciis quàm in ſtrictis. Nam in
ſtrictis diximus inſpici præcisè tempus litis conteſtatæ,
neque aut præcedentis moræ, aut etiam ſequentis ratio-
nem vllam haberi, multo minùs verò rei iudicandæ. Vl-
pianus contrà vult ſpectari tempus condemnationis aut
moræ, litis verò conteſtatæ ne meminit quidem. In bonæ
fidei verò iudiciis diximus ſpectari vtro tempore pluris
res fuit: aut moræ extraiudicialis aut litis conteſtatæ, ſi
mora nulla conteſtationem præceſſerit, aut rei iudicandæ
medij verò temporis æſtimationem non curari. Vlpianus
contrà ſi medio tempore res petita deceſſerit, tempus
mortis ſpectandum eſſe ait, non conteſtationis aut con-
demnationis.† Sed nec videtur poſſe dici quam rationem
3 illud habeat quod ait de tempore mortis ſpectando. Aut
enim ponimus deceſſiſſe hominem ante moram, aut poſt
moram. Si ante moram & nullo dolo factóve debitoris
interueniente, conſtat interitu ſpeciei liberationem debi-
tori contingere, nec proinde quæſtionem de præſtanda
æſtimatione vllam ſupereſſe *l.ſi ex legati* 13.*l. ſi ſeruum.*
91.*§.ſequitur.* & *§.vlt.de verbor.oblig.* Sin poſt moram, aut
lite iam conteſtata, aut non. Priore caſu litis conteſtatæ
tempus neceſſariò ſpectandum eſt, præſertim ſi contractus
fuit ſtricti iuris, quia & ſpectandum eſſet etiamſi res ex-
taret, neque præſtaretur. Poſteriore verò caſu ſiue bonæ
fidei, ſiue ſtricti iuris contractus proponatur, & ſiue do-
lus debitoris vel poſſeſſoris interceſſerit, ſiue non, locus
neceſſariò eſt iuramento in litem, ad rem ipſam arbitrio
actoris æſtimandam, quia cùm adhuc res debeatur & ex-
tare videatur, æſtimatio proculdubio debetur, *l.eum qui*
30.*§.1. de iureiur.* æſtimari autem ſine delatione iuriſiu-
randi non poteſt res quæ non extat, inquit Marcianus
in l.in actionibus 6. in fine. de in lit. iur. Ex quo loco iam
ſuprà probauimus præſentem æſtimationem hoc caſu de-
beri non eam quæ fuerit tempore moræ, aut mortis: quia
ſi qua ex iis deberetur nihil neceſſe eſſet recurri ad iu-
ſiurandum, cùm nihil ſit faciliùs, quàm æſtimari rem
quæ non extat inſpecto eo tempore quo exierit, vt is
ipſe Vlpiani locus probat, de quo tractamus: Nam cùm
ait Vlpianus perempta ſpecie debita mortis tempus inſ-
pici debere, non ponit neceſſarium eſſe iuſiurandum
in litem vt ea æſtimatio ineatur. Nullius ſiquidem tem-
poris vt dixi ratio haberi poteſt in æſtimanda re quæ
4 non niſi arbitrio & iureiurando actoris æſtimatur.† Sed
& quod magis mirum eſt, in ea ipſa actione de qua agi-
tur *in d.l. penult.* id eſt in condictione triticaria prorſus
diuerſum ius conſtitutum eſt à Paulo *in l.vlt.eod.tit.* vbi
ſcribit ille, ſi certa die ſolui res debuit, eius diei æſtima-
tionem ſequendam eſſe, ſin pura fuit obligatio id tem-
pus ſpectandum eſſe quo petita res eſt acceptúmque iu-
dicium: de tempore autem condemnationis, aut moræ
aut mortis, verbum nullum. Nec tamen poſſis dicere
pugnantes fuiſſe in hac quæſtione Iureconſultorum ſen-
tentias. Alioqui dicendum erit Vlpianum *in d.l.penult.*
non modo à Paulo *in d.l.vlt.* & cæteris diſſentiſſe, ſed
etiam à ſeipſo, *in d.§.in hac, l.3.D.commod.* vbi eam in-
ter bonæ fidei iudicia & ſtricta differentiam quam nos
defendimus, tam apertè tradit, vt non potuerit apertiùs.
5 † His nimirum rationibus planè perſuaſum habeo non
eam poſſe Vlpiani ſententiam eſſe *in dict. l penult.* quæ
vulgo creditur, ſed aliud quiddam Vlpianum animo agi-
taſſe quod à nullo interprete hucuſque preceptum ſit.
Quis enim id probet quod antiquus quidam gloſſator
dicebat intelligendum Vlpianum non de omni condi-
ctione triticaria in genere quæ tam ſtrictas quàm bonæ
fidei actiones comprehendat, ſed de ea tantùm quæ ſit
bonæ fidei? Primùm enim verba legis generalia ſunt,
in hac, inquit Vlpian. *actione* nec niſi de condictione
triticaria accipi poſſunt de qua iam egerat *in l.1.eod. tit.*
vbi tamen tractauerat etiam de triticaria competente ex
ſtipulatu, quæ ſanè non poteſt ſtricta non eſſe. † De- 6
inde non puto poſſe tam facilè defendi, quod noſtri vo-
lunt, condictioné triticariam & bonæ fidei eſſe, & ſtricti
iuris. Etſi enim generale non ſpeciale actionis nomen
eſſe ſcio, magis tamen eſſe puto vt ſemper ſit ſtricti iuris,
ſicut & cæteræ condictiones omnes tam generales, qua-
lis eſt certi condictio, quàm ſpeciales. † Neque verò 7
nouum eſt vt ex eadem cauſſa duæ actiones competant,
quarum vna ſit bonæ fidei alia iuris, vt olim continge-
bat in dote cuius nomine ſtipulatio interpoſita fuiſſet.
Actio enim rei vxoriæ quæ in eam rem competebat ma-
gíſque propriè dicebatur actio de dote, erat bonæ fidei,
ex ſtipulatu verò ſtricti iuris, vſque ad Iuſtiniani conſti-
tutionem *in l.vnica. C. de rei vxor. act.* Sic ei qui rem
ſuam penes alium depoſuit, aut alij commodauit damus
actionem perſonalem ex depoſito aut commodato quæ
proculdubio bonæ fidei eſt, nec eo minus tamen accom-
modamus vindicationem quam bonæ fidei eſſe nemo
vnquam dixit. Sic denique ne omnes conquiramus,
contra furem eundemque rei furtiuæ poſſeſſorem datur
vendicatio domino iure communi, quæ eſt arbitraria:
nihilominùs datur etiam condictio, quæ eſt ſtricti iuris.
† Eadem igitur ratione dico non eſſe rectam conſecu- 8
tionem ſi ex eo quod condictio triticaria poteſt dari pro
re depoſita vel commodata, inferre quis velit eſſe eam
bonæ fidei, quemadmodum ſi depoſiti aut commodati
ageretur. Nam actionem depoſiti aut commodati bo-
næ fidei illud facit quod ex bonæ fidei contractu naſci-
tur. Condictio autem triticaria non tam naſcitur ex con-
tractu, quàm ex eo quod alienam rem aut alteri debi-
tam iniuſtè & ſine cauſſa poſſideat quiſquis ille eſt cui
condicitur: licèt aduerſus eum detur qui ex contractu
eſt obligatus. † Quamquam nec verum eſt competere 9
eam aduerſus depoſitarium aut commodatarium ſi do-
minus fuit is qui depoſuit aut commodauit. Iuris enim
regula eſt neminem poſſe rem ſuam condicere niſi à
fure, cuius odio id ſpecialiter receptum eſt quo pluri-
bus actionibus teneatur *dict. l.1. §.vltim. de condic. tri-
tic. l.1.D. de condict. furt. l. vlt. D. vſufruct. quemadm.
caueat.* Ergo non condicit qui rem ſuam repoſcit actio-
ne depoſiti aut commodati: Et ſi aliena res depoſita ſit
aut commodata, cum nihilominus actio depoſiti & com-
modati competat ex contractu, perinde dicendum eſt
non condicere eum qui agit depoſiti aut commodati,
niſi eo ſenſu quo perſonales actiones omnes condictio-
nes appellamus à vetere illo vſu condictionis, vt vete-
res loquebantur, id eſt denunciationis quam in perſo-
nalibus actionibus exercendis præcedere neceſſe erat
§. appellamus. Inſtitut. de action. † At nos cùm tritica- 10
riam condictionem dicimus, non generale duntaxat no-
men actionum perſonalium intelligimus (alioqui di-
cendus eſſet triticaria condictione is etiam agere qui
commodati aut depoſiti iudicio rem ſuam repoſceret,
quod falſum eſt) ſed certum genus actionis licèt ex om-
ni cauſa & ad rem quamlibet prætetquàm ad rem no-
ſtram, & ad pecuniam numeratam competentis.† Verius 11
igitur eſt condictionem triticariam ex quacumque cau-
ſa, & ex quocumque contractu detur, ſemper eſſe ſtri-
cti iuris vt & cæteras omnes condictiones quæ certum
& ſpeciale condictionis nomen habent, bonæ fidei ve-
ro nunquam. Quo magis mirum eſt quod Vlpianus *in
dict. l. penult.* nullam prorſus mentionem facit ſpe-
ctandi temporis litis conteſtatæ, cuius tamen ſolius me-
minit *in l. 3. §. in hac commod.* Tractans ibi de ineunda
æſtimatione rei debitæ ex iudicio ſtricti iuris. † Sed et- 12
ſi verum eſſet, quod iſti volunt, poſſe triticariam con-
dictionem interdum etiam eſſe bonæ fidei, adeóque de
ea ſola quæ bonæ fidei ſit Vlpianum *in dict. l. pen.* intel-
ligi debere, nondum tamen dubitationibus noſtris eſſet
ſatisfactum. Quoniam enim alio iuris loco ſcriptum repe-
rias, Perempta re debita ex contractu bonæ fidei, æſtima-
tionem ineũdam eſſe inſpecto tempore mortis? Imò verò
paſſim

paſſim ſcriptum eſt, interitu naturali debitæ ſpeciei citra moram, liberari debitorem *d.l.ſi ex legati*. Mora verò contracta tanti æſtimandam rem quanti actor in litem iurauerit *d.l.in act.§. planè*. Qui locus etſi de actionibus ſtricti iuris loquitur, tamen ad actiones bonæ fidei & arbitrarias multo magis pertinet quoties ceſſante dolo iurari ex regulis iuris non poteſt, ipſa tamen caſus neceſſitas iurandi neceſſitatem inducit, quod euenire iam ſuprà diximus, quotieſcunque res poſt moram perempta eſt ante conteſtationem, nec aliter quàm per iuriurandum æſtimari poteſt, ſiue ex bonæ fidei, ſiue ex ſtricto iudicio aut arbitrario debita fuit. Quidni enim debeatur ea æſtimatio quæ eſt tempore rei iudicandæ, cùm etiam fructus perempti poſt moram hominis, ſi modò poſſeſſoris dolo aut culpa perierit, in id vſque tempus quo res iudicatur, præſtandi ſint *l. Iulia-*
13 *nus.17.§.1 ff. de rei vindicat.* † Quare ſubtiliores nonnulli veterem illum interpretem Irnerium ſecuti diſtinctionem induxerunt, an merx, an ſpecies debeatur. In merce debita admittunt quod tot locis ſcriptum eſt ſpectari tempus litis conteſtatæ, in ſpecie verò volunt eſſe verius quod Vlpianus ait *in d.l. penult.* inſpici tempus condemnationis. Et ſanè non poteſt negari quin Vlpianus *in d.l. penult.* loquatur de ſpecie debita, ſed tamen diſſimilitudinis rationem nullam iſti adferunt cur in ſpecie debita potius quam in merce ſpectari debeat tempus condemnationis cùm ex ſtricto iudicio debetur. Deinde iam probauimus in ſuperioribus eundem Vlpian. *in l.3. §.in hac ff. commod.* vbi ait in iudiciis ſtrictis ſpectari tempus litis conteſtatæ, eum quoque caſum tractare quo ſpecies debeatur: cum ita ſcribat ad differentiam actionis commodati quæ bonæ fidei eſt, & ex qua tamen fieri non poteſt vt merx & quantitas vlla vnquam debeatur, quia vt in eiuſdem legis fine ſcriptum eſt, & *in l. ſeq.* non poteſt commodari quantitas vt quantitas. Idque iam olim Bartol. contra Irnerium rectè diſputauit. Denique alij loci ſunt qui tractant de ſpecie debita, nec eo minùs tamen ſpectari volunt tempus litis conteſtatæ, *vt d. l. hominem 37. ff. mandat. l. fundum Cornelianum. 28. de noua.*
14 † Fateor in eo differre ſpeciem à merce & quantitate, quod ſpecies & perire & deterior fieri poteſt, non etiam merx quæ in genere & quantitate conſiſtit. Ideòque nec poſſe locum habere in merce debita quod Vlpianus ſcri-
15 bit *in d.l. penult.* inſpiciendum eſſe tempus mortis. † Sed extante ſpecie ſicut & merx ſemper extat, quæro cur ſpeciem æſtimemus ex tempore rei iudicandæ, mercem verò ex die litis conteſtatæ? Nam quod nonnulli addunt pro ratione differentiæ, mercium pretia non etiam ſpecierum mutari in ſingula ferè momenta, ridiculum eſt. Mutantur ſanè & faciliùs, ſed tamen mutantur etiam pretia ſpecierum *l. pretia 63. ff. ad leg. Falc.* neque verò poteſt locus eſſe huic quæſtioni, Cuius temporis habenda ſit ratio in debita ſpecie æſtimanda, niſi cùm alia atque alia fuit ſpeciei æſtimatio. Et quod mercium pretia faciliùs mutantur & ſæpiùs, facere magis deberet vt in iis æſtimandis condemnationis potiùs quàm litis conteſtatæ tempus ſpectaretur: tamen nullo id iuris loco proditum
16 eſt. † Quid verò ineptius quàm quod Franciſcus Hotomanus vt hinc ſe explicaret commentus eſt, Illuſtr. q. 16. nihil ad propoſitam diſputationem pertinere Vlpianum *in d.l. pen. Quoniam*, inquit, *agitur ibi de homine mortuo*. Imò inquam, de homine viuo, cùm ait ſpectandum eſſe tempus condemnationis. Nam de homine mortuo ſubinde tractans ait ſpectari tempus mortis. Nos verò non de illo quærimus, Cur non ſpectetur in mercibus tempus mortis, ſed cur in ſpecie debita ſpectetur tempus condemnationis non litis conteſtatæ vt in mercibus. Deinde ſi te ab Vlpiano hac ratione expedias, incides in Africanum *in d.l. hominem*, & in Papinianum *in d.l. fundum*, adeoque in Vlpianum ipſum *in d.l.3.§. in hac ff. commod.* quibus locis tractatur de ſpecie debita ex contractu ſtricto, nec eò minùs tamē litis cōteſtatæ tēpus inſpicitur.

† Sed illud omnium improbabiliſſimum eſt quod alius 17
gloſſator Ioannes dicebat Vlpianum *in d.§. in hac*, cùm tempus litis conteſtatæ ſpectari vult in iudiciis ſtrictis, non de ineunda rei debitæ æſtimatione, ſed de fructibus intelligendum eſſe, quorum non niſi ab eo tempore in hoc iudiciorum genere ratio haberi ſolet. Quid enim apertiùs quàm quòd Bartolus quoque & cæteri fatentur, tractari eo loco de rei æſtimatione non de fructibus? Sed etſi locus ille non eſſet, an non alij ſunt quos proximè ex Africano & Vlpiano retulimus, quibus idipſum probatur, in iudiciis ſtrictis ſiue merx ſiue ſpecies debeantur æſtimandam rem quanti fuit tempore litis conteſta-
tæ, non quanti tum eſt cum iudicatur. † Quid ergo ſu- 18
pereſt, inquies quod melius dici poſſit, ad nodos iſtos diſſoluendos? Teneo enim te vt video iam diutius ſuſpenſum. Puto Vlp. *in d.l. pen.* cùm tempus condemnationis ſpectandum eſſe ait, non de re iudicanda ſentire, ſed de re iam iudicata: nec de illo quærere, Cuius temporis rationem habere iudex debeat cùm debitor qui rem ipſam debitam præſtare non poteſt condemnandus eſt ad eius æſtimationem, ſed de hoc potius, Cuius temporis æſtimationem pro re dare debeat is qui ad rem ipſam dandam condemnatus eſt, ſi quid fortè poſt rem iudicatam acciderit, propter quod factum ſit ne res ipſa dari ampliùs poſſit. Finge eum qui ex ſtipulatu Stichum debebat, & condictione triticaria conuentus, vt Stichum daret condemnatus fuerat, ideo non poſſe dare & ſatisfacere iudicato, quòd poſt condemnationem Stichus ille cùm alienus eſſet euictus fuerit à domino, aut etiam, ſi voles, à creditore hypothecario, qui eum ſuo iure diſtraxerit. Quærit Vlpianus, quid iſte dando, id eſt quam æſtimationē pro re iam adiudicata præſtando, poſſit conſequi liberationē. Vtique enim cogendus non eſt vt eam ipſam ſpeciem præſtet quæ præſtari amplius nequit. Cúmque neceſſario recurrendum ſit ad æſtimationem, nec inelegans, neç otioſa quæſtio eſt, cuius temporis rationem
in ea æſtimatione ineunda ſpectari oporteat, † quæ quæ- 19
ſtio longè alia diuerſaque eſt ab ea quæ proponitur, *in l. vlt. eod. tit. & in d.l. vinum de reb. credit.* Iis enim locis tractatur de re iudicanda non de re iudicata vt conſtat ex illis Caij verbis *in d.l. vlt. tanti litem æſtimandam.* Quamdiu enim res iudicata non eſt tanti lis æſtimatur, quantum deducitur in condemnationem: & apertiùs ex eodem Vlpiano *in d.l. vinum*, vbi quæſtionem: ſic concipit, *quæſitum eſt cuius temporis æſtimatio fieret, vtrum cùm datum eſſet, an cùm litem conteſtatus fuiſſet, an cùm res iudicaretur.* Non dixit, *cùm res iudicata eſſet*, ſed *cùm res iudicaretur*, vt intelligeremus referenda eſſe verba illa ad rei iudicandæ non iudicatæ tempus. Quod & manifeſtiùs oſtendunt illa eiuſdem Vlpiani verba, *in d.§ in hac, l.3. commod. & rei iudicandæ tempus quanti res ſit obſeruatur, quamuis in ſtrictis litis conteſtatæ tempus ſpectetur.* Opponit enim tempus litis conteſtatæ tempori rei iudicandæ, non tempori rei iudicatæ, ne quis fortè putaret differentiam quæ eſt inter bonæ fidei iudicia, & ſtricta in eo elucere, quòd in ſtrictis iudiciis inſpiciatur litis tempus conteſtatæ, in iis verò quæ bonæ fidei ſunt, tem-
pus rei iudicatæ, & irrogatæ condemnationis. † Diffe- 20
rentiam enim nullam agnoſcit Vlpianus, quod ad æſtimandam rem debitam, inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, niſi quamdiu res iudicanda eſt, quoniam eo caſu ſpectamus in iudiciis ſtrictis tempus litis conteſtatæ præcisè, in iis verò quæ ſunt bonæ fidei tempus etiam rei iudicandæ. Sed re iam iudicata, nulla prorſus differentia eſt, ſed in omnibus indiſtinctè ſpectamus tempus condemnationis, ratione illa quam mox reddemus. Itaque cum de re iudicanda tractaret Vlpianus *in d.l. vinum*, motus eſt authoritate Sabini, ſicut & Caius authoritate Caſſij *in dict. l. vlt. de cond. tritic.* Fuerunt enim ambo eiuſdem ſcholæ: nec malè Cuiacius ex eo conijcit vtriuſque illarum legum eandem prorſus eſſe
ſententiam. † At cùm idem Vlpianus quærere deineunda 21
æſtima

æſtimatione eo caſu quo res iam eſſet iudicata *in d. l. pe-*
nult. motus eſt authoritate Seruij, nec meminit Sabini
aut Caſſij quorum proculdubio meminiſſet ſi caſum il-
lum tractaſſet de quo ij reſponderant, nec tam facilè ab
iis quos aliàs probauerat, diſſentiſſet. Moueor etiam ex
eo quod Vlpianus *in dict. l. penult.* ſic ſcribit, *ſi quæ-*
ratur res quæ petita eſt, cuius temporis æſtimationem re-
cipiat. Non enim poterat apertiùs exprimere de ea æſti-
matione ſe tractare, quæ non tam à iudice decernenda,
quàm à condemnato præſtanda eſſet: neque verò in to-
ta lege verbum vnum eſt, ex quo poſſit conijci agere
Vlpianum de debitore nondum condemnato: † Ambi-
22 guitas autem ex *condemnationis* verbo proficiſcitur. Sic
enim ſcriptum eſt, *verius eſt quod Seruius ait condem-*
nationis tempus ſpectandum. Si adiecisſet *irrogatæ*, du-
bitatio nulla ſupereſſet, ſed quia poteſt condemnatio
perinde accipi pro irroganda atque pro irrogata, hinc
nimirum errandi occaſio nata interpretibus, qui omnes
temerè de irroganda intellexerunt, cum tamen ex tot
difficultatibus ſe nullo negotio euoluere potuiſſent, ſi
de irrogata accepiſſent. Meminiſſe autem debuerant
eius quod Celſus ſcripſit *in l. ambigua 19. ff. de leg.* In
ambigua voce legis etiam potius accipiendam eſſe ſigni-
ficationem quæ vitio caret, præſertim, inquit, cum etiam
voluntas legis ex hoc colligi poſſit. Quidni enim de ir-
rogata condemnatione accipiamus potiùs quàm de ir-
roganda? Non ſolùm quod nihil incommodi habeat
ea interpretatio, ſed etiam vt abſurdum illud effugia-
mus quod alioquin obuium eſt, vt Vlpianus in apertiſſi-
ma iuris ratione non tantùm à ſuis doctoribus [fuit
enim ille cum Papiniano & Africano Sabinianus] ſed
etiam à ſeipſo diſſentiſſe exiſtimetur. † Adde quod in
23 dubio *condemnationem* ſimpliciter cùm dicimus de irro-
gata magis intelligere debemus, quàm de irroganda.
Multùm namque differt res iudicanda aut etiam iudica-
ta à condemnatione, quia quamdiu iudicatum non eſt,
poteſt fieri vt reus abſoluatur æquè ac vt condemnetur,
ſiue deficiente actore in iure, aut iuris ſui probationi-
bus, ſiue parato fortaſſis reo ſatisfacere, ex qua cauſa
dici ſolet iudicia omnia eſſe abſolutoria, *§. vltim. Inſtit.*
de perpet. & tempor. action. Nec eò minùs res iudican-
da eſt, quòd reus ſit abſoluendus, aut iudicata quòd ſit
abſolutus. Ergo qui dicit ſpectandum eſſe tempus con-
demnationis idem ſentit quod ſi diceret ſpectandum
tempus rei iam iudicatæ, nec tantùm in ſententiam, ſed
& in condemnationem deductæ. Neque alius fortaſſis
in toto iure noſtro locus eſt ex quo decidi hæc quæſtio
poſſit, cuius temporis æſtimatio ſequenda ſit ſi poſt
rem ipſam quæ debebatur in iudicium deductam, quæ-
rendum ſit ex iuſta aliqua cauſa de rei æſtimatione præ-
ſtanda. † Eleganter autem Seruius dixit quod & Vl-
24 pianus probat, tempus irrogatæ condemnationis ſpe-
ctari oportere: & quidem indiſtinctè, id eſt ſiue ex bo-
næ fidei contractu ſiue ex ſtricto debebatur, & ſiue merx
ſiue ſpecies vt homo vel fundus: adeóque ſiue pluris an-
te condemnationem res fuiſſet, puta moræ aut conteſta-
tionis tempore inſpecto, ſiue minoris. An quia per ſen-
tentiam & actionem quæ ex iudicato naſcitur, prior
contractus nouatur qualiſcumque is fuerit, ſiue bonæ fi-
dei, ſiue ſtricti iuris. Ita ſanè eſt ſi Iuſtiniano credimus
in l. vltim. C. de vſur. rei iudicat. magis quàm Accurſio,
aut Bartolo qui ad eum locum negant fieri ex iudicato
nouationem. Proinde fruſtra quæras quis contractus
præceſſerit, aut quænam fuerit rei debitæ æſtimatio tem-
pore litis conteſtationis, cùm litis conteſtatio ſimul cum
ipſa actione ex qua lis conteſtata eſt, perempta fuerit per
ſententiam. Sed illa potiſſimùm ratio mihi placet, quod
ſiue per ſententiam admittas fieri nouationem, ſiue ne-
ges, illud ſaltem fatebere, poſt rem iudicatam non de alio
quæri oportere quàm quid iudicatum ſit, id eſt quan-
tum in condemnationem deductum. Nam cùm res iudi-
cata pro veritate habeatur, vtique liberaretur debitor
præſtando ad id quod eſſet condemnatus, tametſi plus
anteà debuiſſet, ſicut è contrario ſi pluris condemnatus
eſſet quam debuiſſet, non liberaretur ſoluendo quan-
tum deberet, niſi ſolueret præterea quanto plus eſſet
in condemnatione, propter authoritatem rei iudicatæ
leg. ſi fundus. 16. §. ſi pluris. ff. de pignor. Igitur ſic lata
ſententia vt hominis debitor condemnatus ſit ad homi-
nem dandum, quemadmodum homo ipſe dandus eſt ſi
dari poteſt licèt pluris fortaſſe fuerit tempore moræ aut
litis conteſtatæ, ita ſi ob aliquam cauſam dari ipſe præ-
ſtaríque nequeat, neceſſariò referenda eſt æſtimatio
ad id tempus quo debitor rem dando liberari potuiſſet.
† Ergo ad tempus condemnationis non ad illud quo
mora contracta, aut lis conteſtata eſt: nec ſi ad certam 25
diem dari res debuerit: quia nec obligationem ipſam
curamus aut inſpicimus ex quo res iudicata eſt: cùm ta-
men diſtinctio illa, An in diem certam dari res debue-
rit nécne, maximè neceſſaria ſit, vt in ſequentibus di-
cemus, cùm agitur de æſtimatione in condemnationem
deducenda non poſt condemnationem præſtanda. Ac
ſicuti ab Vlpiano aliiſque Iureconſultis prætermiſſa non
eſt *in dict. l. vinum. dict. l. vltim. de condict. tritic. dict.*
leg. hominem. 37. ff. mandat. Ita nec *in dict. l. penultim.*
prætermiſſurus veriſimiliter fuiſſet Vlpianus, ſi eam ad-
hibendam putaſſet. Quam enim exactè totam hanc rem
eo loco tractet, ex illo apparet, quod illos quoque caſus
perſequitur ſi res petita perierit, ſi poſt moram deterior
facta ſit. Quid igitur, inquies, ſi hominis illius qui ex
iudicato dari debuit, æſtimatio creuerit poſt condemna-
tionem? Non idcirco creſcet condemnatio, vt ſequen-
ti capite contra Bartolum tractabimus. Quid ſi non ſpe-
cies, ſed merx debeatur? Idem eſt. † Etſi namque in eo
differt merx à ſpecie hac parte, quòd cum ſpecies debe- 26
tur, licèt eius æſtimatio minor ſit tempore ſententiæ fe-
rendæ quàm anteà fuerit, ſpecies tamen ipſa in condem-
nationem deducenda eſt non eius æſtimatio, cùm au-
tem merx debetur condemnandus eſt debitor ad æſtima-
tionem non ad mercem, quia merx in quantitate & ge-
nere conſiſtit, ideóque mutata æſtimatione alia res eſſe
creditur, quàm quæ debebatur, quod in ſpecie debita
diuerſum eſt, ſi tamen iudex per imperitiam condemna-
uerit debitorem centum modiorum frumenti ad centum
modios frumenti dandos nulla certæ æſtimationis facta
mentione, dicam non aliam frumenti æſtimationem
ab eo deberi quàm quæ fuit tempore factæ condemna-
tionis, licet iudex cùm iudicabat debuerit condemnare
ad æſtimationem quæ fuit tempore litis conteſtatæ, ſiue
ex natura iudicij ſi ſit ſtricti iuris, ſiue ex bona fide, pro-
pterea quòd eo tempore pluris res fuerit, quam tempo-
re condemnationis *l. 3. §. vlt. ff. de act. empt.* Vides ergo
quantum interſit an agatur de re debita æſtimanda per
ſententiam, an poſt ſententiam quæ tranſierit in rem iu-
dicatam. † Et hoc quidem quod dicimus ſpectandum
tempus condemnationis iam factæ & irrogatæ, tunc 27
obtinet cùm res ipſa quæ debetur extat. Nam ſi in rebus
humanis eſſe deſierit, quod non aliter contingere poteſt
quàm ſi ſpecies non merx debita fuit, placet Vlpiano
ex ſententia Seruij tempus mortis inſpiciendum eſſe. Ni-
mirum vt ego interpretor conſequenter ſuperioribus, ſi
deſierit extare poſt condemnationem. † Nam ſi ante
condemnationem homo debitus perierit, diſtinguen- 28
dum neceſſariò eſt an mora aliqua præceſſerit an non.
Si nulla præceſſerit, debitor, vt iam ſæpius dixi, in ple-
num liberatus eſt, ita vt neque rem debeat neque æſti-
mationem. Si verò mora præceſſit, vſque adeò manet
obligatus vt condemnandus ſit ad æſtimationem, &
quidem eam non quæ fuit tempore mortis aut moræ aut
litis conteſtatæ, ſed ad præſentem, ſolo actoris iureiu-
rando ex neceſſitate conſtituendam, ſiue bonæ fidei iu-
dicium fuit ſiue ſtricti iuris, *dict. l. in actionibus in fin.*
de in lit. iur. Et certè vel vna hæc ratio cogere nos debet
vt Vlpianum qui & mortis tempus ſpectari vult, &

diſtin-

diſtinctionem illam prætermittit an mora interuenerat néc ne, interpretari debeamus de æſtimatione hominis ineunda poſt condemnationem: nec minùs eo caſu quo ſpecies extat quàm quo non extat. Apparet enim vtrumque caſum ad eandem quæſtionem pertinere, licèt re extante aut perempta, aliter atque aliter obſeruetur. Nec eſt contrarium, quòd proximè diximus, æſtimationem rei debitæ non creſcere poſt condemnationem. Nam quod Vlpianum ſenſiſſe volo, vt poſt rem iudicatam mortuo homine tempus mortis ſpectari debeat, ego ſic intelligo ſi nulla alia ratio ſit propter quam res ipſa dari non poſſit quàm quia periit: qui caſus ſpecialem habet rationem, vt dicemus etiam capite ſequenti. Iam enim
29 ſumus hîc longiores quàm vellemus. † Sequitur apud Vlpianum, ſi poſt moram deterior facta fuerit res quæ debetur, non condemnationis aut mortis tempus ſpectandum eſſe, ſed moræ. In quo obſeruandum eſt hanc quoque legis partem ad ſolas ſpecies debitas pertinere, non etiam ad merces quæ quoniam in genere & quantitate conſiſtunt, non magis deteriores fieri quàm perire vnquam poſſunt *l. incendium. 11. C. ſi cert. pet.* Illud etiam obſeruari volo, quod non magis à Iacobo Cuiacio quàm à vulgaribus interpretibus obſeruatum eſt, non ſic ab Vlp. concipi exceptionem *niſi mora facta ſit*. Nam cùm tractat de ineunda poſt condemnationem æſtimatione rei debitæ, non poterat dubitari quin mora præceſſiſſet, ſaltem per conteſtationem quæ præcedit ſemper condemnationem: ſed ait *niſi poſt moram res deterior facta ſit*, quia non ſtatim conſequens eſt vt ob contractam moram res fiat deterior. Poteſt enim fieri etiam pretioſior
30 *d. l. fundum. 28. de nouat.* † Sed & obſeruatione præcipua dignum illud eſt, quod ad inſtitutam diſputationem maximè pertinet, neque ſic conceptam eſſe exceptionem, *niſi poſt moram res debita facta ſit minoris æſtimationis*, ſed ita *niſi deterior facta ſit*. Sunt etiam hæc longè diuerſa. Siquidem facile poteſt fieri, vt ſeruus debitus multo melior factus ſit poſt moram, puta ex citharœdo comœdus, & tamen minoris pretij nunc ſit, propter imminuta pro tempore pretia ſeruorum. Quo caſu proculdubio non patiar reduci æſtimationem ſerui ad tempus moræ, quia nec id vult Vlpianus, ſed ita demum ſi ſeruus ipſe deterior factus ſit, puta vt Vlpiani verbis & exemplum
31 vtar claudus vel eluſcatus. † Idque maximus interpretum omnium error eſt quod ſeruum deteriorem factum putant qui vilioris pretij nunc eſt, tametſi fortè melior ſit aut eruditior, aut ingenioſior, quam anteà fuerit. Quaſi verò ſpecies æſtimentur ex ſuis pretiis ac non potiùs pretia ſpecierum ex ipſarum qualitate & ſubſtantia. Neque verò in ipſis quoque mercibus ſi ſubtiliùs inſpicias aliud eſt, quia frumentum quod nunc vilius eſt, non tam deterius quàm aliud frumentum eſſe intelligitur. Genera enim vt diximus ſicuti perire, ita deteriora fieri non poſſunt. In ſpeciebus tamen hoc plus eſt, quòd licet mutentur earum pretia, eædem tamen ſpecies manent, perindéque ex eiuſdem ſtipulationis verbis peti poſſunt, quales quantæque ſunt cùm petuntur *dict. l. fundum* 28.
32 *ff. de nouat.* † Poſſent iſta ſufficere ad plenam huius legis interpretationem, iunctis iis quæ ſequenti capite ſubiicienus. Sed amplioris elucidationis gratia libet ad ſingula ferè legis verba interpretatiunculas ſubnectere. Ait lex *in hac actione* intelligere condictionem triticariam de qua totus ille titulus eſt. *Si quæratur res quæ petita eſt*, ſupple *& adiudicata*. Nam & ante ſententiam non tam petita res dicitur quàm peti. Licet *in l. ſeq.* alio ſenſu hæc verba accipiantur, id eſt de merce petita necdum adiudicata, ſed adiudicanda, vt probauimus ſuprà ex iis ver-
33 bis, *tanti litem æſtimandam*. † *Rem* autem hîc intellige generaliter tam mercem quàm ſpeciem. Nihil enim intereſt ſiue de condictione triticaria, quæratur *dict. l. vltim.* ſiue de aliis bonæ fidei aut ſtrictis iudiciis, quoties agitur de æſtimanda re ſiue ante ſiue poſt condemnationem, niſi quod nunquam peruenimus ad æſtimationem ſpeciei quamdiu ſpecies ipſa dari poteſt, quamuis vilior facta ſit etiam poſt moram, dum ne deterior. Quod ideirco addendum eſt, quia nec videtur reddi res quæ deterior redditur, vt ſcriptum eſt in fine huius legis & *in d. l. 3. § primo commod.* Sequitur, *cuius temporis æſtimationem recipiat*, ſupple cùm æſtimatio offertur à debitore iam condemnato, non cùm taxanda eſt à iudice in ipſo tempore rei iudicandæ. Non quærit igitur Vlpianus quanti condemnandus ſit debitor, vt in ſpecie *§. vltim. l. 3. de act. empt.* & aliis locis ſupradictis, ſed quam æſtimationem præſtare debeat vt liberetur. Ego in illis ſequentibus *Verius eſt condemnationis tempus ſpectandum* ſupple *iam factæ & irrogatæ*. Nam ſi de re iudicanda quæratur, ea ſeruanda ſunt quæ idem Vlpianus contra ſcripſit *in dict. l. vinum. 22. De reb. credit.* & *in dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* itémque Caius *in dict. l. vltim.* Africanus *in dict. l. hominem.* Papinianus *in dict. l. fundum.* Sequitur *ſi verò deſierit in rebus humanis eſſe* ſupple *poſt condemnationem.* nec obſtet *l. in actionibus. 6. §. planè. de in lit. iuran.* iuncta *l. Iulianus. 17. §. 1. D. de rei vindic.* Sequitur *In vtroque autem* intellige *ſiue ſpecies debita etiam in condemnationem deducta adhuc extet, nec tamen præſtari poſſit, ſiue deſierit extare poſt condemnationem.* Subiicit Vlpian. *ſi poſt moram res deterior facta ſit* ſupple, Non tamen ſi in eadem manens bonitate vilioris tantùm æſtimationis ex aliqua cauſſa extrinſeca ſeruus factus ſit. Ita fiet legis ſententia apertiſſima. Cætera enim facilia
ſunt. † Vnum illud interpretationi noſtræ obſtare vide- 34
ri poteſt, quod Vlpianus tractat de ineunda æſtimatione rei debitæ cum agitur de condictione triticaria. Poſt condemnationem verò nulla ſupereſt actio niſi quæ naſcitur ex iudicato *dict. l. vltim. C. de vſur. rei iudic. d. l. ſi fundus. 16. §. ſi pluris. D. de pign.* Sed reſponderi poteſt ſic intelligendum eſſe Vlpianum, vt quærat non de æſtimatione ineunda in iudicio condictionis triticariæ, ſed vt verba ſonant, de ineunda poſt condemnationem æſtimatione rei quæ petita fuit per condictio-
nem. † Sed & dici poteſt condictionem triticariam in 35
eo differre à cæteris actionibus quod etiam poſt rem iudicatam durat, quia ſicut & cæteris omnibus cauſſis, & ad res omnes competit: Ita & ex iudicato & ad rei iam adiudicatæ æſtimationem, ſicut & re furtiua perempta dicimus durare condictionem æſtimationis *l. in*
re furtiua. 8. in princ. de condict. furt. † Cui contrarium 36
non eſt ſi quis obiiciat ex eodem Vlpiano *in dict. l. 1. de condict. tritic.* non dari condictionem triticariam pro pecunia numerata, cuiuſque autem rei æſtimationem in pecunia numerata conſiſtere. Nam æſtimatio licèt præſtetur in pecunia numerata, non tamen præſtatur, tanquam pecunia numerata, ſed tanquam illa ipſa res quæ debetur, præſertim cùm ipſa quoque res non modò in obligationem deducta eſt, ſed etiam in condemnationem: Aut ſi mauis, præſtatur tanquam pecunia numeranda potiùs quàm numerata. Ea verò demùm pecunia non venit in condictionem triticariam quæ ab initio fuit numerata, aut aliter in obligatione poſita vt principaliter deberetur: Alioqui dicendum eſſet ex ſtipulatione facti non competere triticariam, cùm in huiuſmodi obligationibus faciendi ſuccedat in locum facti præſtatio eius quod intereſt *leg. ſi quis ab alio. 13. §. vltim. D. de re iudic.* quæ præſtatio non niſi in pecunia fieri poteſt. Atqui hoc falſum eſt. Triticariam enim ex omnibus cauſſis competere certum eſt, neque eſt ex interpretibus qui diſſentiat.

Capvt V.

An rei debitæ æſtimatio poſſit creſcere poſt condemnationem, aut poſtquàm perempta res eſt.

SVMMARIA.

1 *Receptam Interpretum ſententiam hanc eſſe, vt in æſtimanda re debita tam ex ſtricto quàm ex bone fidei iudicio, creſcente poſt rem iudicatam æſtimatione, ſiue merx ſiue ſpecies debeatur, condemnatio quoque creſcat.*

2 *Repetitur ſententia* leg. penultim. ff. de condictioñ. tritic.

3 *Cur rei debitæ æſtimatio poſt irrogatam condemnationem, etiam debitore condemnato nouam moram contrahente, non augeatur?*

4 *Condemnationem, licet quod ad rem ipſam poſt ſententiam non creſcat, fructuum tamen & vſurarum aliarumque acceſſionum præſtatione augeri.*

5 *Ea ratione debitoris condemnati non meliorem, ſed deteriorem conditionem fieri.*

6 *Cur quadrimeſtre tempus iudicatis datum à periculo augendæ æſtimationis immune ſit?*

7 *Fieri non poſſe vt poſt rem iudicatam plus ſit in iudicati obligatione, quam fuerit in condemnatione.*

8 *Superior ad* d.l.pen. *coniectura confirmatur.*

9 *Speciem ipſam quamdiu extat & præſtari poteſt, non autem eius æſtimationem in condemnationem deduci debere.*

10 *Specie non extante condemnationem de æſtimatione ferri debere.*

11 *Quibuſdam caſibus ſpecie extante de æſtimatione quærendum eſſe.*

12 *Aliud exemplum à Bartolo allatum reiicitur.*

13 *Homine debito ante ſententiam defuncto, cuius temporis æſtimatio debeatur?*

14 *Speciei debitæ & perempta æſtimationem in diem vſque præſtiti iuriſiurandi ſeu condemnationis creſcere.*

15 *Cur non tanta poteſtatis & efficaciæ ſit condemnatio, quanta eſt mora condemnationem præcedens, ad augendam rei peremptæ æſtimationem.*

16 *Neceſſe eſſe hominis poſt moram mortui pretium augeri.*

17 *Cur non idem poſt condemnationem locum habeat?*

18 *Quomodo accipiendum ſit quod* in d. l. pen. *Vlpianus dicit*, mortui poſt condemnationem hominis pretium ex tempore mortis conſtituendum eſſe?

1 HIc † quoque dimicandum nobis eſt contra Bartolum vulgareſque interpretes, vt noſtram ad Vlpianum interpretationem quam ſuperiore capite attulimus, tueamur. Sic enim illi putant, in æſtimanda re debita ſpectari quidem tempus rei iudicandæ, ſi tunc res pluris ſit quàm fuerit à tempore moræ in eum vſque diem quo res iudicatur, ſed tamen non eo minùs creſcere condemnationem ſi poſt rem iudicatã æſtimatio creuerit, ſiue merx ſiue ſpecies debita proponatur, & ſiue ex iudicio bonæ fidei ſiue ex ſtricto. Niſi, inquiunt, durante quadrimeſtri illo, quod condemnatis ad iudicatum faciendum datur. Totum enim illud tempus ab augendo æſtimationis periculo immune eſſe volunt, vt primo huius libri capite præfati ſumus. Mouentur autem non aliqua lege, ſed illo tantum rationis colore quòd æquum ſit meliorem fieri conditionem debitoris moroſi ob id quòd iam ſit condemnatus. *l. euidenter.* 16. *D. de except. rei iudic. l. 3. in princip. de vſur.* † Nos verò diximus Vl- 2
piani ſententiam illam eſſe in *l. pen. D. de condict. tritic.* vt ſi res debita & in condemnationem deducta præſtari ex aliqua cauſa non poſſit, forte quod fuerit aliena & à domino euicta, aut etiam per hypothecarium creditorem ablata, ideóque neceſſariò recurrendum ſit ad æſtimationis præſtationem, ſpectari oporteat tempus irrogatæ condemnationis, neque poſſe creſcere ex eo tempore quantumuis in mora dolóque ſit condemnatus, ſiue bonæ fidei iudicium fuit, ſiue ſtrictum, & ſiue ſpecies, ſiue merx debita ſit. † Eius iuris ratio nondum à 3
quoquam allata, à nobis hoc capite afferenda eſt. Pendet autem ex eo quod diximus, poſt rem iudicatam non eſſe amplius quærendum de iure priſtinæ obligationis quæ per iudicatum nouata & conſequenter extincta eſt, ſed illud tantum inſpiciendum, quid & quantum in iudicato ſit *l. vlt. C. de vſur. rei iudic. l. ſi fundus.* 16. §. *ſi pluris. D. de pign.* Nam cum alia actione quàm ex iudicato experiri victor non poſſit, conſequens eſt vt quicquid ex iudicato debetur referendum ſit ad tempus condemnationis. Neque verò vllus eſſet litium aut æſtimationis ineundæ finis, ſi poſt rem iudicatam rurſum conteſtanda lis eſſet, aliáque condemnatio irroganda, vt ex nouæ conteſtationis aut condemnationis tempore ineundæ æſtimationis ratio conſtitueretur. Itaque cum per ſententiam ſemel certum eſſe cœperit non tam quid anteà deberetur, quàm quid tandem præſtari neceſſe ſit, non poteſt ratio iuris pati, vt ex eo tempore quod condemnationem ſecutum eſt ipſius condemnationis quantitas augeatur. Poſtquam enim iudicatum eſt nihil aliud ſupereſt, niſi vt iudicati executio fiat, quæ porrò non aliter fieri poteſt quàm ſi id ipſum præſtetur quod iudicatum eſt, nec plus, nec minus.
† Nimirum quod ad rem ipſam attinet, quæ per ſenten- 4
tiam fuit adiudicata. Nam quod ad fructus & vſuras aliáſque huiuſmodi acceſſiones pertinet, tempus quod ſequitur condemnationem ab iis dependendis immune non eſt, vt eleganter & ſubtiliter magis quàm ex Antonini Imper. mente Papinianus diſputat ad reſcriptum Antonini in *leg. tertia in princip. & §. primo. Digeſt. de vſur.* cùm mora, inquit, præceſſit condemnationem: imo maiores vſuræ præſtantur, quàm ex eſſent quæ ex priſtino contractu debebantur *l. vlt. Cod. de vſur. rei iudic.* † Ex quo 5.
ſatisfieri poteſt ei quod noſtri obiiciunt, non debere conditionem debitoris ob id meliorem effici quòd ſit condemnatus. Neque enim fit melior, ſed longè deterior propter acceſſiones quæ aut ampliores aut ſaltem in longius tempus præſtandæ ſunt ex condemnatione, id eſt in id vſque tempus quo pleniſſimè ſatisfactum ſit iudicato. Imò vero faciunt illi longè meliorem condemnati debitoris conditionem quam eſſe debet, in eo quod totum illud quadrimeſtre iudicato faciendo præſtitutum liberum eſſe volunt debitori quantumuis moroſo & condemnato, ne auctam eo tempore æſtimationem præſtare teneatur. Nam ſi ita ius eſſet vt illi putant. 1. ſi rei debitæ & iam adiudicatæ æſtimatio creſcere poſſet ex die condemnationis, perinde toto illo quadrimeſtri creſceret, atque poſt elapſum quadrimeſtre, eádemque Papiniani ratio quam is vſurpat in fructibus locum ſibi vindicaret in augmento æſtimationis, niſi ſunt illi Papiniano hac in re ſubtiliores & prudentiores. † Admitto ta- 6
men quòd illi volunt quadrimeſtres iudicati faciendi inducias immunes eſſe à periculo augendæ æſtimationis. At non ob reſcriptum Antonini quo mouentur, ſed ratione illa quòd nec poſt tempus illud præteritum augeri æſtimatio poteſt. Perpetuò enim verum eſt quod nos diſputauimus ſuperioribus, Moram facere nunquam poſſe vt principalis obligationis quantitas augeatur, id eſt vt qui fuit obligatus in decem ante moram, videri debeat obligatus in quindecim poſt moram, licèt poſſit augere quantitatem condemnationis, propter acceſſiones quarum præſtandarum æquitas extra ius

ipſum

ipſum obligationis inducitur ex mora : nempe ſi iudicij
natura id patiatur vt contingit quoties bonæ fidei iudi-
7 cium eſt, non ſtricti iuris. † Cæterùm non ſicut poteſt ex
fide bona vel officio iudicis plus eſſe in condemnatione
quàm fuerit antea in obligatione, ita fieri ſimiliter queat
vt poſt rem iudicatam plus ſit in iudicati obligatione,
quàm fuerit in condemnatione, neque enim quemadmo-
dum obligationem ex qua actum eſt ſequitur condem-
natio, ita & condemnationem iam factam alia ſequi po-
teſt condemnatio de eadem ipſa re de qua iam fuerit iu-
dicatum : alioqui prior condemnatio ſubuerteretur,
quod ne fieri poſſit impedit auctoritas rerum iudica-
tarum. Nam cùm diuerſitas æſtimationis quotieſcun-
que de præſtanda æſtimatione agitur, aliam atque aliam
rem efficiat, conſequens eſſet aliam rem in condemna-
tionem deductam eſſe, aliam verò ex condemnatione
præſtari, ſi hominis qui iudicati tempore centum aureo-
rum duntaxat fuiſſet, æſtimatio præſtaretur ducentorum,
8 ob moram in iudicati executione commiſſam. † Et ex
hoc vel maximè apparet, quàm neceſſaria ſit nedum pro-
babilis noſtra ad Vlpianum noua interpretatio, ne quis
dubitandi locus ſuperſit quin falſum ſit, quod vult Bar-
tolus ſpectandum eſſe quanti plurimi res fuit a tempore
condemnationis ſubducto quadrimeſtri, cùm ex contra-
rio Vlpianus velit factæ condemnationis tempus inſpici
oportere. Eſt autem eo plauſibilior coniectura noſtra,
quòd licèt prima illa Vlpiani propoſitio de inſpiciendo
tempore condemnationis locum habeat generaliter in
rebus omnibus quæ per triticariam condictionem peti
poſſunt, id eſt tam in mercibus quàm in ſpeciebus vt ſu-
prà explicauimus, tamen ex iis quæ apud Vlpianum ſe-
quuntur de re perempta aut facta deteriore, apparet tra-
ctare illum de ſpecie debita, non de merce quæ non pe-
9 rire ne deterior fieri vnquam intelligitur. † In ſpecie au-
tem illud obſeruandum eſt, vt quamdiu extat, & præſtari
poteſt, deduci ea ipſa debeat in condemnationē, non eius
æſtimatio, quia vt docuimus, mutata ſpeciei æſtimatio ſi-
ue pluris ſiue minoris eſſe cœperit, non mutat ſpeciem,
nec facit vt alia res eſſe videatur quàm quæ debetur. Ita-
que cùm dicimus debitorem ſpeciei condemnatum eſſe,
ſimpliciter, nec exprimimus an ad rem ipſam præſtandā
condemnatus ſit, an ad rei æſtimationem, nec ruſum an
res ipſa præſtari potuerit tempore rei iudicandæ an non,
intelligere debemus de ſpecie ipſa potius quam de ſpe-
ciei æſtimatione danda factam fuiſſe condemnationem.
Proinde non abhorret ab Vlpiani verbis noſtra inter-
pretatio, cùm quod ille ait tempus condemnationis ſpe-
ctandum eſſe nos ſic intelligi volumus, vt id tempus
ſpectetur quo ſpecies deducta eſt in condemnationem.
10 † Non nego poſſe fieri vt condemnatio de æſtimatio-
ne ferri debeat. Scilicet ſi rei iudicandæ tempore ſpe-
cies ipſa quæ debetur præſtari iam non poſſit : & ex iis
ipſis cauſis ex quibus etiam poſt condemnationem in
ſpecie factam recurrendum eſt ad æſtimationem. Sed
hoc contendo, Sicuti ſtultus eſt iudex qui debitorem ſpe-
ciei condemnat ad æſtimationem quamdiu res ipſa præ-
ſtari poteſt, vt Iuſtinianus loquitur *in l. vltim. C. de fidei.*
liber. Ita ſtultum fore interpretem, qui quod lex ait de
ſpeciei debitore condemnato, velit intelligere de con-
11 demnando ad ſpeciei debitæ æſtimationem. † Exemplum
autem adfert Accurſ. vnum duntaxat in quo poſſit eue-
nire vt ſpecie extante quærendum ſit de æſtimatione. Si
res debita, inquit, quæ actori dari debuit non potuerit
eius fieri pleno iure : idque Bartolus probat nec malè.
Sed alia etiam addi poſſunt quæ iam ſuprà attulimus, Si
fortè res illa quæ dari debuit aliena fuerit, aut creditori
obligata, adeóque per dominum aut creditorem euicta
ſiue aduerſus debitorem ipſum, ſiue aduerſus credito-
rem cui iam fuerat ſoluta. Finge condemnatum debito-
rem vt hominem daret, dediſſe, ſed poſtmodum euictum
eum hominem fuiſſe: Neceſſario recurrēdum eſt ad æſti-
mationem quia non poteſt videri liberatus debitor qui
hominem quem dare debuit, ſic dedit vt non fecerit ac-
cipientis, *l. vbi autem. 76. §. vlt. ff. de V. O.* † Addit Barto- 12
lus aliud exemplum, Si homo debitus extabat tempo-
re ſententiæ, ſed deceſſerit ante factam executionem.
Hoc verò malè. Quanquam enim hoc caſu neceſſariò
deueniendum eſt ad æſtimationem quia mortuus homo
præſtari non poteſt, tamen non eſt accommodatum ex-
emplum ad id quod Vlpianus ait ſpectari debere tempus
condemnationis, cùm ſtatim ſubiiciat eo caſu quo de-
bitus homo perierit, ad tempus mortis non condemna-
tionis referendam eſſe æſtimationem. Sed errandi cau-
ſam illud præbuit Bartolo, quod eam clauſulam, quæ eſt
de inſpiciendo tempore mortis, vult intelligi de homi-
ne mortuo ante condemnationem. Quod nos in præce-
dentibus tam ſæpe iam refutauimus, vt hîc repetere nil
ſit neceſſe. † Nam homine debito ante ſententiam de- 13
functo, vel nulla protſus æſtimatio debetur ſi deceſſe-
rit ante moram, vel ſi mora præceſſit præſens æſtimatio
debetur quæ eſt rei iudicandæ tempore, non illa quæ
fuit tempore mortis, quia nec mortuus videtur qui pe-
rit poſt moram, ob idque iuſiurandum in litem defer-
tur actori vt rem ipſe æſtimet, quam aliter iudex æſti-
mare non poteſt *l. in actionibus. 6. §. planè, de in lit. iur.*
Quid ni verò creſcat æſtimatio etiam poſt mortem, cùm
fructus quoque peremPti hominis præſtandi ſint in tem-
pus vſque rei iudicandæ *l. Iulianus. 17. D. de rei vindi-*
ca. Quanquam inter fructus & æſtimationem hoc inte-
reſt, quòd vt æſtimatio tanta debeatur quantam actor
in litem iurauerit, ſufficit promiſſorem fuiſſe in mora li-
cet nec in dolo fuerit, nec in culpa : vt verò augeatur
condemnatio acceſſione fructuum à die mortis in diem
vſque rei iudicandæ computandorum, neceſſe eſt dolo
vel culpa poſſeſſoris hominem periiſſe, vt docuimus lib.
1.6. † In eóque errat egregiè Baldus, & quotquot Bal- 14
dum ſequuntur, exiſtimantes ſpeciei debitæ æſtimatio-
nem nunquam creſcere, ex quo die deſiit extare : idque
probari ex Vlpiano *in d. l. penult.* Nam imò verò creſcit
æſtimatio in diem vſque præſtiti iuriſiurandi, aut quod
idem eſt in diem vſque condemnationis, quoniam con-
demnationis quantitas ex iureiurando modum & legem
accipit. Alioqui nihil cauſſæ eſſet cur contra iuris regu-
las deferri iuſiurandum deberet ſtipulatori agenti ex cō-
tractu ſtricto, præſertim contra non doloſum ad æſti-
mandam rem inſpecto eo tempore quo aliquando exti-
tiſſet. Sicuti nec iuratur in actione legis Aquiliæ, in qua
ſcilicet æſtimatur homo quanti plurimi fuit eo anno quo
occiſus aut vulneratus eſt anno retrorſum computato *l.*
ait lex. 21. D. ad legem Aquiliam. leg. 2. § quæſitum. D. de
priuat. delict. † Debuit Baldus dicere & ex hoc Vlpiani 15
loco probare, ita demum hominis mortui pretium non
creſcere, ſi deceſſerit poſt condemnationem in quo ta-
men illud mirari quis poſſit, Cur non tantæ poteſtatis
& efficaciæ ſit condemnatio quantæ eſt mora quæ con-
demnationem præcedit, ad augendam rei peremptæ æſti-
mationem. Sed reſpondendum eſt id fieri, quia ſi poſt
mortem creſcere poſſet, creſceret in infinitum, nullo ſci-
licet alio extremo exiſtente quo huiuſmodi incrementi
fines coërceantur. Iam enim diximus, poſt rem ſemel iu-
dicatam non poſſe perueniri ad aliam condemnationem,
ſed tantùm iudicati executionem faciendam eſſe. At poſt
moram, quæ præcedit condemnationem ſequi poteſt &
debet condemnatio impeditura ne æſtimatio exinde creſ-
cat. † Itaque nihil abſurdi aut incommodi eſt ſi dicamus 16
non eo minùs creſcere pretium ſerui quòd deceſſerit,
cùm poſt moram deceſſit. Imò creſcere neceſſe eſt, nec
vllam mortis rationem haberi quia vt ſæpius dictum eſt
habetur pro viuo qui poſt moram mortuus eſt. Hoc ip-
ſum autem ideo (vt more noſtro omnia ad principia ſua
referamus) quia non aliter perueniri poſſet ad condemna-
tionem. Neque enim homo mortuus deberi poteſt, nec
rurſus aut ad hominem aut ad hominis æſtimationem cō-
demnari is qui nihil debet. At nec illud æquū eſt interitu

ſpeciei debitæ liberari debitorem qui moram contraxit, cùm ſi mora contracta non eſſet potuiſſet creditor acceptum hominem vendere, ſibique pretium, etiam mortuo apud emptorem ſeruo, retinere *l. item ſi cum. 14. §. quid ſi homo in fin. D. quod met. cauſ. l. item ſi verberatũ. 15. §. vlt. de re vindic. l. cùm res. 47. § vltim. de legat. 1.* Neceſſaria igitur fuit iuris ciuilis conſtitutio vt homo poſt moram mortuus adhuc extare crederetur, & peti poſſet, licet nec præſtari nec in condemnationem deduci *l. ſi ſeruum. 91. §. ſequitur, & §. vlt. de verborum oblig. iunct. l. ſi ex legati. 23. eod. l. promiſſor 21. l. 23. D. de conſtit. pecun.* Alioqui fuiſſet inutilis creditori obligatio per moram perpetuata,
17 ſi ex ea ſequi non potuiſſet condemnatio. † Quorum omnium nihil eſt quod ſimiliter tractari poſſit homine mortuo poſt condemnationem. Cur enim adhuc eum viuere fingamus? An fortè ad perpetuandam obligationem? Atqui iam perpetuata eſt per moram quæ præceſſit rem iudicatam, ſemel enim moram interueniſſe ſufficit vt obligatio perpetuetur *l. Titius Seio. 87. §. vſuras de legat. 2.* Aut vt veriùs dicam, iam ſublata obligatio eſt per ſententiam quæ priſtinam & obligationem & actionem nouat, facitque vt nihil amplius niſi ex iudicato debeatur *l. ſi fundus. 16. §. ſi pluris. D. de pign.* An igitur ad perpetuandam ipſam condemnationem? Atqui condemnatio quælibet ex ſeipſa eſt perpetua, nec verendum eſt ne liberetur intuitu ſpeciei is qui iam ad ſpeciem præſtandam condemnatus fuit, ſicut nec perpetuandæ obligationis cauſſa illa amplius ſubeſt quæ antea ſuberat, vt ſequi poſſit condemnatio quæ iam ſecuta eſt, nec magis ſequi poteſt. Ergo ceſſante cauſſa inducendæ iſtius fictionis, quæ faciat vt homo mortuus viuere exiſtimetur, conſequens ſit vt ex rei veritate omnia diiudicari oporteat, id eſt vt homo mortuus poſt condemnationem habendus ſit pro mortuo, nec proinde æſtimatio eius creſcere poſſit ex die mortis: Mortui ſiquidem hominis nulla æſti-
18 matio eſt, tantum abeſt vt poſſit vnquam creſcere. † Sed illud magis mirum eſt, cur non hoc quoque caſu quo debitus homo & adiudicatus periit poſt condemnationem, ſpectetur tempus condemnationis, id eſt cur poſt condemnationem augeatur æſtimatio mortui hominis quæ non augeretur, ſi homo ille extaret. Quod enim mortuus eſt poſt ſententiam facere potiùs deberet vt condemnationis tempus ſpectari oporteret, quàm vt ex eo die creſceret æſtimatio. Quare non dubito quin id quod Vlpianus ait mortui poſt condemnationem hominis pretium ex tempore mortis conſtituendum eſſe, ſic accipiendum ſit, ſi alia cauſſa nulla ſit propter quam præſtari debeat æſtimatio, quàm quia homo mortuus eſt, id ſi ea conditio hominis fuit vt ſi hodie extaret, is ipſe dari non eius æſtimatio deberet. Nam ſi talis fuit qui etiamſi viueret dari non poſſet fortaſſe alienus, aut, vt diximus, iam per creditorem hypothecariũm euictus: ratio ſanè non patitur vt alia eius mortui quàm viui æſtimatio ineatur. Nemo enim pluris videri poteſt ob hoc ſolùm quòd ſit mortuus. Sed ſi hoc vnum, habendi eius facultatem victori præripuerit, quod in eo poſt condemnationem præſtando debitor condemnatus moram fecit, atque intereà ſeruus deceſſit, æquum ſanè eſt, nec tantùm æquitati, ſed etiam iuris rationi conſentaneum vt non fiat deterius ius victoris ex mora condemnati: Fieret autem deterius, ſi victor ea æſtimatione contentus eſſe cogeretur, quæ iudicati tempore fuiſſet, aucto pretio ſerui ex poſtfacto: cum ſi non deceſſiſſet, reddi in ſpecie qualis quantuſque tunc fuiſſet, debuiſſet, nec ſuffeciſſet offerri æſtimationem quæ fuiſſet tempore condemnationis, quia nec de æſtimatione vllo modo eo caſu quæri oportuiſſet. Redditus autem tanti pretij commodum potuiſſet adferre victori, quanti verè tunc valuiſſet, non quanti tempore rei iudicatæ.

CAPVT VI.

De differentia moræ, quæ per lapſum diei, & eius, quæ per interpellationem ſiue iudicialem, ſiue extraiudicialem contrahatur, in ineunda rei debitæ æſtimatione.

SVMMARIA.

1 *Differentia ab Interpretibus conſtituta inter puram & in diem conceptam obligationem, quum de ineunda rei debitæ æſtimatione agitur.*

2 *Ex eorundem ſententia, debitorem condemnari quanti plurimũ res vnquam fuit à die moræ, ſiue ea per iudicialem, ſiue per extraiudicialem interpellationem, vel diei lapſum, tam in ſtrictis quam b. f. iudiciis contracta ſit.*

3 *Varia eius ſententiæ fundamenta & munimina.*

4 *Obligatione in diem concepta, eius diei æſtimationem tam in ſtrictis quàm in b. f. iudiciis ſpectandam eſſe.*

5 *Si nulla die adiecta debitor interpellatus moram contraxerit, aliter in bonæ fidei, aliter in ſtrictis æſtimationem ineundam eſſe.*

6 *Diem obligationi adiectam in ineunda æſtimatione ita preciſè inſpiciendam eſſe, vt poſtea condemnatio augeri non poſſit.*

7 *Remouetur difficultas quæ contrarium in bonæ fidei iudiciis ſuadere videbatur.*

8 *Contrahentium, qui obligationi diem adiiciunt, eam videri voluntatem, vt res ad diem non ſoluta tanti æſtimetur quanti ea die fuiſſe reperietur.*

9 *Non ideò minus id locum habere, quòd de rei æſtimatione ad dictam diem referenda nihil expreſsè conuenerit.*

10 *Cur nummis ea lege depoſitis, vt ad certam diem reddantur, ſi redditi non ſint actori in litem iurare permittatur quanti ſua interfuit nummos ſua die redditos fuiſſe.*

11 *Rei certa die debitæ & non ſolutæ æſtimationem non augeri poſt diei lapſum, licet poſtea eius pretium creuerit.*

12 *Furti actionem ad duplum vel quadruplum eius æſtimationis quæ furti facti tempore fuit, non eius quæ poſtea creuit, concedi.*

13 *Pithœi emendatio ad* l. 6. ff. de furt. *reprobatur.*

14 *Speciale eſſe in fure vt nouam moram in ſingula momenta contrahere videatur.*

15 *Maiorem ideò obligationem non fieri, quod tardiùs creditor agat.*

16 *Aliud eſſe obligationem creſcere, aliud æſtimationem: vbi reſpondetur* ad §. cùm per venditorem. l. ſi ſterilis. ff. de act. empt.

17 *Æſtimationem in d. §. ex bona fide, non obligationis iure augeri.*

18 *Pauli ſententiam in* d. §. *ad eum duntaxat venditorem pertinere qui in mora fuit tradendæ rei venditæ, quam ſine die dare debuit.*

19 *Meliorem ea parte conditionem eſſe moroſi venditoris qui ad diem tradere mercem debuit, quam eius qui non ex diei lapſu, ſed ex interpellatione congrua moram contraxit.*

20 *An ideò plus poſſit mora quæ per diei lapſum, quàm quæ per interpellationem contrahitur?*

21 *In bonæ fidei iudiciis præter diem moræ tempus condemnationis ſpectari.*

22 *In quo differat is qui per diei lapſum moram commiſit, ab eo qui congruo loco & tempore interpellatus ſolutionem diſtulit?*

23 De

23 *De vera lectione* l.quoties 59.de verb. oblig.
24 *Quis in* d.l.quoties *ſenſus ſit horum verborum.* alioqui rei captio erit?
25 *Creditorem in damno non morari, ſi debitore, pro quo dies ſolutioni adiecta eſt, moram faciente, in æſtimanda re debita dies moræ ſpectetur.*
26 *Die ſolutioni adiectâ, & morâ per diei lapſum contractâ, promiſſori potius, quam ſtipulatori fauendum eſſe.*
27 *Reijcitur Hotomani emendatio ad illa verba* d.l. *quoties.* alioqui captio erit.
28 *Sententia* l.ſi Calendis.ff.de re iud.
29 *Diem obligationi adiectum præcisè inſpiciendum eſſe, non ſolùm ſi de æſtimatione agatur, ſed & de eo quod intereſt, licet poſtea creditoris intereſſe deſinat.*
30 *In rei debitæ æſtimatione non facilè fieri poſſe vt poſt moram deberi, aut actoris intereſſe deſinat, ſi æſtimatio poſt moram decreuerit: vbi ſpecies à merce ſeparatur.*
31 *An ſi debita ſpecies propter aucta rerum pretia pretioſior facta ſit, dies obligationi inſerta inſpici debeat?*
32 *Mora ex ſolo diei lapſu commiſſa in quo creditori vtilis eſſe poſſit?*

HVcuſque diximus de ineunda rei debitæ æſtimatione, cùm purè dari res debuit, non in diem certam. Videamus nunc, ſi in diem concepta obligatio fuit eadémne dicenda ſint, aut in quo diuerſum ius conſti-
1 tuendum. † Interpretes noſtri hactenus tantùm intereſſe arbitrantur, quod ſi dies adiecta ſit contrahitur mora per ſolum diei lapſum, nulla alia ſecuta interpellatione: quæ alioqui requireretur ad debitorem in mora conſtituendum, ſiue extraiudicialis eſſet interpellatio ſiue iudicialis, qualis illa eſt quæ fit per libelli oblati denun-
2 ciationem aut per conteſtationem. † Enim verò ſiue per extraiudicialem interpellationem, ſiue per iudicialem, ſiue per lapſum diei mora contracta ſit, nihil putant intereſſe, ſed omnibus his caſibus debitorem condemnari volunt quanti plurimi vnquam res fuit à die moræ, nec minùs ſi ſtrictum, quàm ſi bonæ fidei iudicium fuiſſe proponatur. † Moti ex *l. 3. §. vlt. de act. empt.* quæ de bonæ fidei iudicio tractans, non minùs moræ quàm condemnationis tempus ſpectari vult, ſi moræ tempore pluris res fuit, & ex *l. hominem. 37. D. mandat.* vbi Africanus poſteaquam dixit in ſtipulatione quæ ſtricti iuris eſt id tempus ſpectari quo agitur, id eſt quo litis conteſtatio fit, ſubiicit exceptionem *niſi fortè aut per promiſſorem ſteterit quominus ſua die ſolueret, aut per creditorem quominus acciperet.* Adiecta etiam ratione *neutri enim frustratio ſua prodeſſe debet.* Prodeſſet autem maxime ſi moræ tempus in quo pluris res fuiſſet, maximè ſpectaretur. Addunt illi Vlpianum in *l. 3. de condict. tritic.* vbi ad id quod primùm dixerat inſpiciendum tempus condemnationis aut mortis, ſubiungit exceptionem *niſi poſt moram res deterior facta ſit*, Deteriorem factam interpretantes eam, quæ poſt moram facta ſit vilioris quàm antea æſtimationis. Nituntur denique omnibus iis iuris noſtri locis, quibus traditum eſt, cùm res in diem certam debita fuit, ſi quæratur quanti condemnari debitorem oporteat, tanti litem æſtimandam quanti res tunc fuit cùm dari debuit *l. vinum. 22. D. de reb. cred l. vlt. de condict. tritic. d. l. hominem. 37. mand. d. l. 3. § vlt. de act. empt. l quoties. 59. de verb. oblig.* Sic enim ratiocinantur, adiectæ diei non aliam eſſe vim quàm vt debitorem tacitè pro homine interpellet, non igitur plus eam poſſe ad debitorem in mora conſtituendum aut ad moræ effectus inducẽdos, quàm expreſſam interpellationem. Taciti enim tanta quidem vis interdum eſſe ſolet quanta expreſſi, ſed maior eſſe nunquam poteſt. Specioſa ſanè ratio, & de qua quin vera eſſet, nemo fortaſſe ex interpretibus vnquam dubitauit.
4 † At ego longè aliter ſtatuo, concepta quidem obligatione in diem certam nihil hac parte differre bonæ fidei iudicia ab iis quæ ſunt ſtricti iuris, in omnibus autem ſpectari præcisè æſtimationem quæ ea ipſa die fuit, ſiue pluris ſiue minoris tum res fuerit: quò pertinent leges omnes ſupradictæ: † ſed ſi nulla dies adiecta ſit, quantumuis interpellatus debitor moram contraxerit, nego 5
habendam vllo modo eſſe rationem moræ in iudiciis ſtrictis licèt ab eo tempore valor decreuerit, in iudiciis verò bonæ fidei hactenus moræ tempus ſpectandum eſſe arbitror vt inſpiciamus non quanti plurimi res fuerit à tempore moræ, ſed vt Vlpianus loquitur *in d. l. 3. §. vlt. de act. emp. vtro tempore pluris res fuit* aut moræ aut cõdemnationis. De quo quia iam multa ſcripſimus in ſuperioribus, eam tantum ſententiæ noſtræ partem hic confirmabimus, quæ eſt de obligatione in diem concepta, & in quo mora quæ ex ſolo diei lapſu contingit differat ab ea quæ per interpellationem aut iudicialem, aut extraiudicialem contrahitur, exponemus. † Illud autem primùm 6
conſtituimus, adiectam diem inſpici debere, neque eſt qui dubitet: ſed quod dicimus eius diei æſtimationem inſpici præcisè, ita vt non augeatur condemnatio etiamſi condemnationis aut rei iudicandæ tempore pluris eſſe res cœperit, hoc verò eſt quod ab interpretibus nũquam impetrabo, ſi nõ fortiſſimis rationibus probauero, & euicero. Illa verò me imprimis mouet, quòd prudentes quibus locis agunt de æſtimanda re debita in diem, adeò referunt æſtimationem ad id tempus quod obligatione cõprehenſum eſt, vt nullum aliud vnquam demonſtrent. Et ſanè cùm in ſtipulationibus cæteriſque contractibus ſequamur ſemper id quod actum dictúmque eſt, abſurdum videtur quærere cuius temporis ratio habenda ſit, obligatione ipſa in diem concepta. Indéque nimirum infero nullam hac in re differentiam eſſe inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, quia omnibus commune illud eſt, vt ad id quod actum dictúmque fuit accommodentur *l. ſemper in ſtipulationibus 35. de reg. iur.* Et quidem quod ad ſtricta iudicia pertinet, faciliùs admitti poteſt quod volumus ſpectari in iis tempus quo dari rem conuenit præcisè, quoniam & nulla die adiecta ſpectaretur præcisè tempus litis conteſtatæ vt probauimus in præcedentibus. Cur enim augeatur æſtimatio à die moræ, vt ita dicam conuẽtionalis, ſi nec à die conteſtationis augeri poteſt? † At in 7
iudiciis bonæ fidei difficiliùs certè videtur vt non creſcat æſtimatio ab elapſo die, cùm ſi mora per interpellationem ſiue iudicialem ſiue extraiudicialem contracta eſſet, vtique æſtimatio creſceret in diem vſque condemnationis, non vt quanti plurimi medio tempore fuiſſet præſtaretur, ſed vt quanti alterutro die aut moræ aut condemnationis. Inconueniens enim videtur, vt minùs vtilis creditori ſit ea mora quæ per lapſum diei quàm quæ per interpellationem contrahitur cùm tantæ poteſtatis ſit adiectio diei vt faciat ne interpellatio vlla neceſſaria videri poſſit. † Sed reſponderi commodè poteſt, Quoties 8
in obligatione dies adiicitur, eam videri contrahentium voluntatem, non ſolùm vt ſi ad eum diem non ſoluetur, mora ipſo iure contracta intelligatur, ſed etiam vt ſi contracta erit, tanti res æſtimetur quanti tunc & ea ipſa die fuiſſe reperietur. Quænam enim alia cauſſa eſſe poteſt propter quam diem adiecerint? Aut quibus verbis potuiſſent apertiùs idipſum ſignificare? Proinde non poteſt abſurdum dici quod eius diei æſtimatio præcisè attendatur, non magis quàm ſi deſignata & expreſſim demonſtrata fuiſſet æſtimatio temporis præſentis per hæc verba *quanti nunc res eſt*, quo caſu nemo dubitaret eam æſtimationem deberi quæ contractus tempore fuiſſet, nec ob id ſolùm auctam iri, quòd poſt debitoris moram res pluris eſſe cœpiſſet. Sic namque Papinianus reſpondit *in dict. l fundum Cornelianum. 28. D. de nouat.* Cùm enim lex iubet ſpectari tempus litis conteſtatæ, vt in ſtrictis iudiciis, aut etiam rei iudicandæ, vt in iis quæ ſunt bonæ fidei [non dico *rei iudicatæ*, quoniam id diuerſum eſt vt mox dicemus] nõ aliã habet rationẽ quàm quòd ita

conſtituendum videatur ex tacita contrahentium volun-
tate, aliter tamen atque aliter, pro negotiorum & iudi-
9 ciorum qualitate, interpretanda. † Atqui non eſt
quod ad tacitam illam voluntatem exquirendam recur-
ramus quoties ipſis verbis conuentionis tam expreſſa il-
la eſt vt nullus dubitationi locus relinquatur. Nec ad
rem pertinet, ſi quis dicat, ea conuentione quæ certam
diem dumtaxat habuerit nihil expreſſum eſſe de rei æſti-
matione vt ad eam ipſam diem referretur, ideóque nihil
impedire quominùs aucta poſt moram æſtimatione
pluris quoque condemnari reus debeat, ne alioqui fiat
vt moroſo debitori ſua fruſtratio prodeſſe videatur. Nam
reſpondeo imò verò vi ipſa hoc ipſum obligatione con-
tineri propter ſolam diei adiectionem. Inde namque
illud etiam fit, vt quamuis ex iudiciis ſtrictis debitor
non condemnetur ad fructus aut ad vſuras ad id quod
intereſt creditoris ex die moræ ante iudicium contra-
ctæ, quin nec à die litis conteſtatæ niſi ad fructus quo-
rum acceſſio naturalis eſt, condemnari tamen debeat ſi
dies ſtipulationi inſerta fuit, *l. ſi fundum certo die* 114.
de verb. oblig. l. ſi Calendis. 11. *D. de re iudic.* tametſi ni-
hil de fructibus aut vſuris aut de eo quod creditoris in-
tererit expreſſum proponatur, quia ſufficit vt ipſa ex-
preſſum id fuiſſe verbis ſtipulationis *l. 4. D. de vſur.*
iunct. l. quicquid aſtringendæ. 99. *de verb. obl.* Ea igitur
vis eſt adiectionis diei, vt ex voluntate contrahentium
aliud nullum tempus inſpici debeat, ſiue quæratur an
mora per debitorem contracta ſit, ſiue poſt commiſ-
ſam morã dubitetur, cuius temporis æſtimationem iniri
10 oporteat. † Quæ etiam ratio eſt propter quam dicimus.
Numis ſic depoſitis vt ad certam diem redderentur, ſi
redditi non ſint, permittendum eſſe actori vt iuret in li-
tem quanti ſua intereſſit eo die ſibi redditas fuiſſe *l. 3. D.*
de in lit. iur. quia quamuis ratione numorum ex quo-
cunque contractu purè debitorum nunquam iuretur,
nec ſi dolus manifeſtiſſimus interuenerit eius qui con-
uenitur, ne ſcilicet in infinitum creſcat æſtimatio [cùm
vtilitas quæ ex pecuniæ vſu & negotiatione percipi po-
teſt non ſicut ea quæ ex cæteris reb. percipitur certa ſit
& finita] tamen cùm dies adiecta eſt, vereri non debe-
mus ne taxatio eius quod intereſt incerta ſit & infinita,
quippe quæ ad eam ipſam diem reſtringenda ſit in qua
dari debuit pecunia: quod vtique non ſimiliter dici
poſſet ſi diei adiectio non faceret quominus ſequentis
totius temporis ratio nulla haberi deberet. Alioqui non
magis permittendum eſſet iuſiurandum in litem pro pe-
cunia certo die dari aut reddi debita, quàm ſi dies nulla
adiecta fuiſſet, cùm idem iurandi in immenſam & infini-
11 tam quantitatem periculum ſubeſſet. † Ergone, inquies,
impunita erit mora debitoris quia ſua die non ſoluit rem
cuius æſtimatio poſteà creuerit? Reſpond. non idcirco
impunitam fore, quando iam diximus teneri debitorem
etiam pecuniæ, ac multo magis debitorem mercis, vt
creditori præſtet quanti eius intereſſit ſua die factam eſſe
ſolutionem: in quo tamen non continebitur pretium
quod poſteà creuit, quia non hodie intereſſit actoris ob
non factam ſua die ſolutionem inſpiciendũ eſt, ſed qoid
intereſſuerit eo ipſo die quo dari res debuit, vt loquuntur
Iuriſconſulti in *d. l. 3. de in lit. iur. d. l. ſi Calen.* 11. *de re*
12 *iud.* † Non poteſt autem videri quicquam eo die inter-
fuiſſe ratione æſtimationis quæ poſteà maior ſuperuenit:
vt ex eo colligi poſſit quid in actione furti obtinet, quæ
licèt non detur ad id quid intereſt actoris, ſed ad duplum
vel quadruplum veri pretij, non tamen datur ad duplum
eius æſtimationis quæ poſteà creuit, ſed eius dumtaxat
quæ furti facti tempore fuit, ſi Ponponio credimus in *l.*
ei qui furti. 9. de furt. & Iauol. in *l. cum furti. 9. de in lit.*
iur. Quamquam alia ſententia fuiſſe videtur Celſi in *l. in-*
ficiando, 67. § infans de furt. & Vlpian. in *l. in furti actio-*
ne. 50. eod. & Pauli *in l. ex argento. 23. de cond. furt.* De quo
ſeparatim nobis alio capite tractandum erit. Habet enim
furtum rationem ſeparatam ab aliis delictis, quia aſſi-
dua contrectatio rei furtiuæ facit vt ſingula momenta
fur non ſolùm moram ſed etiam furtum facere intelliga-
tur *l. in re furtiua.* 8. § 1. *eod. d. l. in furti:* † quæ Pauli 13
etiam ſentẽtia eſt in *l. quamuis. 6. eod tit.* cùm ait *ſæpe fur-*
tum fieri contrectando. Quod non obſeruans vir alioquin
pereruditus, & de iure noſtro optimè meritus Petrus
Pithæus ſcripſit locum eſſe corruptum, & pro *ſæpe* le-
gendum *ſemper* quod nunquam furtum fiat ſine contre-
ctatione. Id vero Paulus non negat, ſed ait ſæpius
furtum fieri cùm ſæpiùs res furtiua contrectatur, licèt
vna tantùm ſit furti actio, vt & Celſus fatetur in *d. §. in-*
fans. Sed extra cauſſam furti, id eſt in cæteris delictis ſi-
ne publicis quæ non habent doli continuationem, certa
eſt & generalis regula iuris nunquam creſcere ex poſt-
facto præteriti delicti æſtimationem *l. omnis hereditas*
138. §. *nunquam de regul. iur.* Quanto minus igitur creſ-
cet præteritæ moræ æſtimatio, ſi nihil niſi moram ſpe-
ctemus? Mora enim multo minus quàm delictum eſt. Et- 14
ſi namque moram ſemel interueniſſe ſufficit vt perpetuò
duret quouſque purgetur, non ideo tamen quod diu du-
rat, ſæpius interuenire dicitur, vt conſtat Papiniano in
l. Titia Seio. 87. § vſuras de legat. 2. & in fure ſpeciale eſt
vt nouam moram in ſingula momenta facere videatur,
non alia ratione quàm quia & furtum in ſingula mo-
menta facere, vt dixi, intelligitur. † Denique nunquam 15
maior ſit obligatio ob id ſolùm quòd tardiùs agatur, vt
Paulus ait in *l. ſi ſterilis.* 21. §. *cum per venditorem. De*
action. empt. Fieret autem maior ſi ob id creſceret æſtima-
tio rei debitæ, quòd ad dictam diem creditor non egiſ-
ſet, debitámque rem exegiſſet: cùm ſi ſtatim actum fuiſ-
ſet, quæri hodie de maiore æſtimatione quæ nunc ſit,
non oporteret. † Dices non rectam conſecutionem, quia 16
Paulus in *dict. §. cum per venditorem,* poſteaquam dixit
nec maior ſit obligatio quod tardiùs agitur, ſtatim ſubiicit,
quamuis creſcat ſi vinum hodie pluris ſit. Et addit ratio-
nem, *meritò: quia ſiue datum eſſet, haberet emptor, ſiue non,*
ſaltem hodie dandum eſt quod iam olim dari oportuit. Ita
innuens, vt videtur rei æſtimationem creſcere, tum etiam
cùm obligatio creſcere non poteſt, quoniam æſtimatio
nihil aliud eſt, quàm res ipſa, quæ tamdiu debetur quam-
diu ſoluta non eſt. Sed reſpondeo multùm referre an
obligationem, an æſtimationem creſcere quis dicat. Obli-
gatio enim nunquam creſcit ex mora ſed tantùm quæ
anteà fuit perpetuatur, ideóque dicimus non augeri obli-
gationem fideiuſſoris ex mora rei *l. centum. 8. D. de eo*
quod cert. loco, quamuis fideiuſſor in omnem cauſſam ſe
obligauerit vt in ſpecie *l. quæro* 54. *D. locat.* quia nec ip-
ſius rei qui moram contrahit obligatio augetur. † Creſ- 17
cit tamen & augetur æſtimatio, ſicut & cæteræ præſtatio-
nes non iure obligationis ſed ex bona fide, quoties iudi-
cium quod exercetur tale eſt vt bonæ fidei interpretatio-
nem admittat, quale eſt iudicium empti & vẽditi de quo
in *d. §. cùm per venditorem:* vnde fit vt ad huiuſmodi præ-
ſtationes fideiuſſor quoque teneatur qui ſe in omnem
obligationis cauſſam obſtrinxit acſi ita fideiuſſiſſet *in*
quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fi-
de tua eſſe iubes. Inquit idem Paulus in *d. l. quæro.* Bonæ fi-
dei autẽ ratio illa eſt quæ ponitur in *d. §. cùm per vendito-*
rem, vt probetur venditorẽ per quem mora facta eſt con-
demnãdũ eſſe ad eam mercis æſtimationẽ quæ hodie ma-
ior eſt. Non enim ex eo mouetur Paulus quod præſens
æſtimatio ſit in obligatione, [ipſa namque merx eſt quæ
ſicut fuit vendita ita venditi obligatione continetur, æ-
ſtimatio autem tantùm in præſtatione eſt] ſed quia ſi
mora contracta non fuiſſet, haberet nunc emptor mer-
cem: quæ ſaltem hodie danda eſt, cùm iam olim dari
debuerit: Fit igitur hoc ex fide bona, non obligationis
iure. Atqui cùm dies obligationi inſerta eſt, obligatio
ipſa demonſtrat quanti æſtimanda ſit res debita, quæ da-
ta non eſt ſua die. Tanti ſcilicet quanti ea die fuit. † Fru- 18
ſtra ergo quæramus qoid bona fides dari ſuadeat. Tunc
enim ad bonæ fidei rationem, & interpretationem recur-
rendum

rendum eſt, cùm déficit aut manca eſt poteſtas obligatio-
nis, quia nec bona fides vnquam pati poteſt, vt contra
quam conuentione expreſſa cautum ſit aliquid ſtatua-
tur, ex quo intelligimus, Pauli ſententiam in *dict. §.*
cùm per venditorem, ad eum duntaxat venditorem perti-
nere qui fuit in mora tradendæ rei venditæ, quam ſine
die dare debuit: non etiam ad eum qui mercem certa
die tradere fuit obligatus, quia diei adiectio ſicuti pars
eſt obligationis, ita deducit in obligationem, quicquid
ob non factam ſua die ſolutionem præſtandum eſt, in
quo ſanè ipſa rei æſtimatio continetur, quoties locus
19 ſit quæſtioni de æſtimatione præſtanda. † Ita igitur fit
vt hac parte melior conditio ſit moroſi venditoris qui
ad diem tradere mercem debuit, quàm eius qui non ex
ſolo lapſu diei ſed ex interpellatione congrua moram
contraxit. Hic enim præſtaret vtro tempore pluris res
fuiſſet, aut moræ aut condemnationis, *leg. 3. §. ſi per ven-*
ditorem. D. eodem. Ille autem non ad aliud tenetur quàm
ad æſtimationem quæ tum fuit cùm ex verbis conuen-
tionis dari rem oportuit. Nec verò mirum id videri de-
bet quia quoties in conuentione aliqua dies adiicitur,
pro debitore eſſe intelligitur, non pro creditore: pro reo
non pro ſtipulatore *leg. eum qui Calendis. 41. §. penultim.*
de verborum obligation. l. cùm tempus. 17. de regulis iuris.
Proinde neque iuris neque æquitatis ratio patitur, vt
in eius odium retorqueatur: quod fieret ſi ob adiectio-
nem diei condemnandus eſſet, quanti ex eo die res fuiſſet.
20 † Neque tamen fatebor plus poſſe moram quæ per la-
pſum diei, quam quæ per interpellationem contrahitur.
Nam nec illa quæ fit per interpellationem prodeſt credi-
tori, vt maior æſtimatio præſtetur ſi forte poſt contractam
moram creuerit, ſed ad id tantùm vt ea ipſa æſtimatio quæ
tempore moræ fuit maior, præſtari debeat, cuius alioqui
ratio nulla haberetur, ſed eius ſolius quæ litis conteſta-
21 tæ tempore fuiſſet, aut condemnationis. † Quod au-
tem præter diem moræ, ſpectamus etiam tempus condem-
nationis in bonæ fidei iudiciis, non fit propter moram
ſed ex æquitate iudicij, & poteſtate formulæ quæ quan-
titatem deducendam in condemnationem, refert ad tem-
pus ſententiæ & rei iudicandæ, vt diximus in ſuperiori-
bus. Idque ita eſſe ex eo apparet, quód etiamſi mora nul-
la præceſſiſſet, non eo minus tamen cõdemnationis tem-
pus attenderetur. Item ex eoquod in iudiciis ſtrictis, in
quibus nullam moræ rationem haberi certum eſt, per-
inde inſpicitur tempus litis conteſtatæ, non etiam tempus
condemnationis, licet mora præceſſerit. In eo itaq; po-
tiſſimũ errant interpretes, quòd moræ, quomodocumque
contracta ſit, eam vim tribuunt, vt ab eo die quo con-
tracta eſt præſtari velint, quanti plurimi vnquam res fuit
22 quo nihil dici poteſt aut falſius, aut ineptius. † In quo
igitur differt is qui per diei lapſum moram commiſit ab
eo, qui congruo loco & tempore interpellatus diſtulit
ſolutionem? In hoc vno, quod adiecta die dico eam
præciſè deberi æſtimationem quæ tum fuit, non quæ
poſteà litis conteſtatæ aut rei iudicandæ tempore creuit:
cùm tamen ſi dies adiecta non fuiſſet inſpiceretur tem-
pus, in iudiciis quidem bonæ fidei, condemnationis ir-
rogandæ, aut moræ vtro tempore pluris res valuiſſet: in
23 ſtrictis verò litis conteſtatæ. † Eáque mihi videtur eſſe
Iuliani ſententia in *d. l. quoties 59. de verborum obliga.* in
illis verbis *alioquin rei captio erit.* Sic enim legendum eſt
ſublata dictione *alias* quæ ideò lineis intercluſa eſt ne
dubitemus eſſe irreptitiam ex gloſſa interpretis valde
otioſi, qui præcedentem illam dictionem *alioquin* hac in-
24 terpretatione egere exiſtimabat. † Senſus autem eſt, ideò
inſpiciendam eſſe præciſè æſtimationem eius diei quæ
ſtipulationi inſerta eſt, quòd alioquin eueniret vt ex
diei adiectione promiſſor deciperetur: quem ſicut cre-
dendum eſt non aliter conſenſurum fuiſſe quàm vt in
eam diem obligatio conciperetur, ita dubitandum non
eſt reſpexiſſe ad æſtimationem quæ eo die futura eſſet.
Quid autem ei prodeſſet diem illam adieciſſe, ſi aliam
æſtimationem deberet, quæ ex poſtfacto maior ſuperue-
niſſet? Ita fieret, vt quæ ratio eum mouiſſet ad diem
obligationi adiiciendam, ratus futurum vt ad eam rei
debitæ æſtimationem teneretur, quæ eo die futura eſſet
ſi rem ipſam non daret, eadem ipſa eum obligaret ad
præſtandam maiorem, in quo ſanè ipſius captio verſatur.
† Nec ſimiliter poſſis dicere quod obiicit Hotomanus
illuſtrat. quæſt. 16. æquè ſtipulatoris damnum fore 25
ſi imminuta poſt diem æſtimatione aliud quàm adiectæ
diei tempus ſpectetur. Nam cùm non poſſit promiſſor
negare ad illud ſaltem pretium ſe teneri quod tunc fuit
cùm dies obligationis venit, quantumlibet maius fuerit
quam illud quod nunc eſt, apparet ita conſtituto iu-
re vt eum ipſum diem ſpectari oportat, non poſſe cre-
ditorem in damno morari. Et quæſtionis huius (quam
tractamus, An obligationis tempus præciſè inſpicien-
dum ſit, non alium eſſe ſenſum quàm hunc, an debitor
qui ad diem non ſoluit condemnandus ſit præciſè quanti
tunc res fuit, licet fuerit minoris, an verò vtro tempore
pluris res fuit, an tunc cùm dies obligationis venit, an
cùm res petita fuit, an cùm iudicandum eſt. † Quæſtio 26
igitur tota in eo eſt, an promiſſori fauendum ſit an ſti-
pulatori. Interpretes ſtipulatori fauent odio moræ quæ
per lapſum diei contracta eſt, nos verò promiſſori, non
vt moræ faueamus, ſed quoniam mora illa non niſi ex
lapſu diei inducitur, dies autem pro debitore adiecta
fuerat non pro creditore, nec ob id ſolùm ne ante diem
peti poſſet, ſed ob id etiam vt ſi ad diem non ſolueretur,
eam æſtimationem quæ tunc futura eſſet, præſtari opor-
teret, quanta aut quantulacunque eſſet, nec in arbitrio
creditoris eſſet, eàmne, an aliam maiorem petere vellet.
Nam ſi arbitrium illud eſſet in creditoris poteſtate, ſe-
queretur diei adiectionem multo commodiorem fore &
vtiliorem creditori, quàm debitori: † Quod cùm ita ſit, 27
ridiculè & ſuo more infeliciſſime Hotomanus Iulianum
emendat, vt pro eleganti rectàque ratione reponat
ineptam. Sic enim legit *Alioquin alius rei pactio erit.* Qua-
ſi ſentiat Iulianus ideo ſpectandũ tempus quo dies obli-
gationis venit, quòd aliter poſito iure, id eſt, inquit, ſi
eius temporis quo ſtipulatio facta eſt, æſtimatio ſequen-
da eſſet, pactio interpoſita videretur de re alia ſoluenda
quam quæ debita eſſet. Fateor ſtipulatione in diem con-
cepta non eſſe ſpectandum tempus ſtipulationis, quia
nihildum eo tempore debetur, ſed dico, quod lex ait,
ſpectandum eſſe tempus quo dies obligationis venit, ha-
bere generaliorem ſententiam, vt cæterorum omnium
temporum æſtimatio excludatur, ſiue præcedentium
ſiue ſequentium, & ſiue pluris res ante aut poſt eam
diem fuerit, ſiue minoris. † Et id apparet euidentiùs ex *d.* 28
l. ſi Calendis. 11. D. de re iudic. vbi aliam rationem Celſus
reddit his verbis *ex eo enim tempore quidque æſtimatur*
quo nouiſſimè ſolui poterit. Hoc enim ſibi vult certa die
adiecta non poſſe tanti litem æſtimari quanti ante eam
diem fuit, quia totum medium tempus adhuc liberum eſt
promiſſori ad ſoluendum *d. l. eum qui, 41. §. 1. & l. ſeq. de*
verb. oblig. [quis verò de hoc dubitet, cùm etiamſi pura
eſſet obligatio, tamen illud tempus non inſpiceretur?]
nec rurſus quanti poſt eam diem fuit, quia ex quo cœ-
piſſet intereſſe non poſſet debitor poſt diem ſoluere quod
antea dare debuiſſet *leg. ſi ita quis. 35. §. Seia. De verb.*
oblig. Quamquam videtur mihi ea ratio facere potius pro
ſtipulatore in eo ne minorem æſtimationem poſt moram
promiſſoris accipere cogatur, quàm in eo vt poſſit etiam
ſi volet petere maiorem, immutato & aucto pretio poſt
moram. † Tempus igitur quod in conuentionem dedu- 29
ctum fuit, præciſè inſpiciendum eſt, nec minùs ſi de rei
æſtimatione quàm de eo, ſi quod intereſt agatur: Adeò vt
non dubitem quin ſi deſinat creditoris intereſſe nihilo-
minus actio duret, quia ſemel interfuit eo tempore quo
an intereſſet quærendum erat, vt euenit aliis omni-
bus caſibus, in quibus id quod actoris intereſt vt certo
tempore æſtimatur, *leg. vbi exigitur. 8. §. 1. D. de edend. &*

Bbb 4 qui

30 *qui autem* 12.§.1. *D. ſi quis caution.* † Etſi in æſtimatione rei debitæ non æquè facilè poteſt accidere, vt poſt moram deſinat deberi, aut vt deſinat intereſſe actoris ſi æſtimatio poſt moram decreuit. Niſi fortè velit quis hac in re ſeparare ſpeciem debitam à merce. Nam ſi merx debeatur, fatuus ſanè iudex fuerit ſi poſt diem condemnet debitorem ad ſolutionem mercis ſimpliciter nulla æſtimationis mentione facta, quam & referre debet ad tempus in quod concepta fuit obligatio: ſcilicet cùm alia eſt æſtimatio tunc cùm iudicatur, quam fuerit cùm dari debuit. Merx enim cùm in genere & quantitate conſiſtat æſtimatur ex pretio, potius quàm pretium ex merce, mutatóque pretio ſiue pluris ſiue minoris eſſe cœperit, alia res eſſe videtur. At quotiès debetur ſpecies quæ deterior facta non eſt, quamuis vilior effecta ſit à tempore moræ, non eo minùs tamen ſpecies ipſa & in condemnationem deducenda, & præſtanda eſt, quia immutatio æſtimationis non facit quin eadem ſpecies & maneat, & manere intelligatur. Sed cùm hoc ipſo interſit actoris qui ſi ſpeciem ad ſuam diem habuiſſet, eam tunc vendere maiúſque pretium ex ea redigere potuiſſet, quàm quanti nunc eſt, hactenus diei adiectæ rationem haberi conuenit vt quanto minoris tunc ſeruus eſt aut fundus debitus, præſtare teneatur debitor, at non iure æſtimationis (neque enim ad æſtimationem teneri poteſt qui eam ipſam rem præſtat quam debet, & qualem quantámque debet) ſed iure eius quod intereſt, cuius petitionem iam diximus naſci ex adiectione diei; tametſi ex contractu quoque
31 ſtricto debeatur. † E contrario autem ſi debita ſpecies facta ſit non melior ſed propter aucta rerum pretia pretioſior (ad quem vnum caſum vt dictum eſt tota hæc diſputatio pertinet, id eſt, An dies obligationi inſerta inſpici debeat, an vtro tempere pluris res fuit, aut quo dari debuit, aut quo poſteà pluris eſſe cœpit) non relinquitur locus dubitationi, quia ſi non eo minùs eadem ſpecies manet quòd facta ſit pretioſior conſequens fit vt perinde præſtanda ſit ei ipſa acſi pretioſior facta non eſſet: nemo enim putauerit debitorem ſpeciei ob id liberatum intelligi debere, quòd poſt eius moram res debita pretioſior facta fuerit. Cùm verò ſpecies ipſa preſtatur, an non hoc ipſo habet creditor vtilitatem auctæ æſtimationis? Vtique. Non ergo de æſtimatione quæſtio vlla ſupereſſe poteſt, nec conſequenter de tempore quod inſpiciendum ſit ad æſtimationem ineundam. † Nec in alio poteſt mora commiſſa ex ſolò diei lapſu vtilis eſſe creditori: niſi in eo vt obligationem perpetuet, ſi fortè poſt eam diem ſpecies perierit, aut deterior facta ſit, *d. l. fundum Cornelianum.* 28. *de nouat.*

Capvt VII.

Ad l.hominem.37. D.mandat. Continuata tractatio.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter ſtipulationem & mandatum in ſpecie* d.l. hominem. *ad rei debitæ æſtimationem pertinens.*
2 *Quis ſit in* d.l. *ſenſus verſiculi,* niſi fortè?
3 *Debitorem moroſum, ſi, quum ex ſtipulatu agitur, ſeruum vnum quidem ſed deteriorem factum præſtet, non magis liberari quàm ſi mortuum offerret.*
4 *Debitorem ſi ſpeciem non deteriorem ſed vilioris æſtimationis factam poſt moram præſtet, non ad æſtimationem ſed ad indemnitatem cum ſpecie debita præſtandam teneri.*
5 *Africanum in* d. l.hominem. *eum caſum tractare quo æſtimatio petenda aut præſtanda ſit.*
6 *Non eandem eſſe poteſtatem moræ per diei lapſum contractæ, & eius quæ per interpellationem committitur.*
7 *Vera & commodiſſima Africani in* d.l. *ſententia.*
8 *Reiicitur exceptio ab Interpretibus ad Africani exceptionem poſita.*
9 *Legem illam de ſola mora per diei lapſum contracta accipiendam eſſe.*
10 *Ipſi non obſtare quòd ratio in fine dictæ legis poſita generalis ſit.*
11 *Mora in ſtrictis iudiciis ante litis conteſtationem contractæ rationem nullam haberi niſi ad perpetuandam obligationem.*
12 *Caſum illum in* d. l. *tractari, quo res vilioris duntaxat æſtimationis facta ſit.*
13 *Litis conteſtatæ tempus ſpectandum, quum de præſtanda æſtimatione rei debitæ ex contractu ſtricti iuris agitur.*
14 *Moram eo caſu debitori non prodeſſe, ſed tantùm non nocere.*
15 *Caſus quo apud Africanum in* d.l. *debitori moroſo fruſtratio prodeſſe poſſet.*
16 *In poſteriore eiuſdem legis parte ex ſtipulatu agi poſt hominem mortuum.*
17 *Superior ad Africanum interpretatio confirmatur.*
18 *Merce debita, cuius æſtimatio poſt diem in obligatione adiectum creuerit, eam æſtimationem præſtandam eſſe quæ moræ tempore fuit.*
19 *Quam æſtimationem moroſus debitor præſtare debeat, qui quum mercem ad diem deberet eam ampliſſimo pretio vendidit, ac poſtea mercem vilioris pretij factam dare vult?*
20 *An ea mercis debitæ æſtimatio debeatur quæ die ſtipulationis veniente maior fuit, ſi cauſa aliqua non dandæ illius mercis interuenerit, quæ debitorem excuſare poſſit?*
21 *Creditori iniuriam non fieri, ſi æſtimatione mercis creſcente ex quo dies obligationis venit, ea æſtimatione contentus eſſe cogatur quæ fuit quum dies venit.*
22 *Nullum lucrum hoc caſu debitori ob id accedere, quòd debitam mercem ſua die non ſoluerit.*
23 *Legem penult.* de condict. tritic. *ad propoſitam diſputationem non pertinere.*
24 *Seruo deteriori facto non pretioſiorem, ſed meliorem opponi.*
25 *Alia obſeruatio ad* d.l.pen.

ET † hæc ſine dubio Africani ſententia eſt *dicta l. hominem.* 37. *mandat.* vbi ait in eo differre ſtipulationem à mandato, quòd ſi fideiuſſor qui hominem certum pro te fideiuſſit & ſoluit, mandati agat, æſtimatio eius hominis ad id tempus quo ſolutus ſit non quo agatur referri debet, *& ideo*, inquit, *etiamſi mortuus fuerit nihilominus vtilis ea actio eſt.* At in ſtipulatione aliter ſeruatur, nam tunc id tempus ſpectatur quo agitur. Vt inferamus ſi intereà homo ex ſtipulatione debitus deceſſerit inutilem eſſe eam ex ſtipulatu actionem. † Ergo quod ſubiicit *niſi fortè aut per promiſſorem ſteterit quominus ſua die ſolueret, aut per creditorem quominus acciperet, etenim neutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet,* ſic accipiendum eſt, vt ſi homo ille ex ſtipulatu debitus deceſſerit poſt moram promiſſoris, licèt priuſquam ex ſtipulatu ageretur: perinde tamen obligatus maneat promiſſor qui moram contraxit, vtiliſque ſit ex ſtipulatu actio, ne alioqui eueniat vt debitori fruſtratio ſua proſit ſi ſpeciei interitu qui poſt moram contigit liberetur. † Nam ſi ponas eum hominem tum viuere cùm agitur ex ſtipulatu, ſed factum eſſe deteriorem, idem iuris eſt, quia non magis liberatur moroſus debitor dando ſeruum debitum factum deteriorem quàm ſi mortuum offerret *d.l.fundum & l.pen.de condict.tritic.* † At pone nec mortuum eſſe nec deteriorem factum, ſed tantùm vilioris æſtimationis.

Right-margin numbers: 1 (line "ET † hæc"), 2 ("Ergo quod"), 3 ("Nam ſi ponas"), 4 ("At pone").

ſtimationis. Nego caſum hunc tractari ab Africano, quia vt iam ſæpiùs inculcaui, ſicuti mutatio & imminutio æſtimationis non facit quin ea ipſa ſpecies maneat quæ debebatur, ita nec mora facere poteſt, quin promiſſor eam ipſam ſpeciem dando liberetur, nec proinde quærendum eſt de æſtimatione, cuius petitioni aut præſtari nequeat. Aliud enim eſt pretium rei, aliud res ipſa *d. l. fundum, l. ſi alij 42. §. 1. de vſufr. l. qui vas. 48. §. vltim. de furt.*
5 † Africanus autem euidenter eum caſum tractat quo æſtimatio petenda aut ſaltem præſtanda ſit, etſi iam dixi eo caſu quo eadem quæ debita fuit ſpecies præſtatur vilioris pretij poſt moram præſtandum eſſe ſtipulatori quanto pluris res fuit eo die quo dare debuit, tanti enim tùm intererat. Sed aliud eſt tractare de indemnitate, aliud de æſtimatione actori præſtanda, nos de æſtimatione tantùm agimus & hoc contẽdimus nõ augeri eam ob id ſolùm, quòd ſpecies quæ ad certam diem debebatur, ſua die non ſit ſoluta, ſiue hodie extet æquè bona licèt non æquè pretioſa, ſiue perempta aut deterior hodie ſit
6 quam tunc eſſet. † Sed etſi is Africani ſenſus admitteretur, vt debitor in diem non liberaretur dando promiſſum hominem qui vilioris pretij, quamuis non deterior factus fuiſſet, non erit tamen bona conſecutio ſi ex eo inferas cum interpretibus, eandem igitur poteſtatem eſſe debere moræ per interpellationem contractæ. Nam ſi nullam hac parte velis agnoſcere differentiam, quæ tamen iudicio meo neceſſariò agnoſcenda eſt inter ſpeciem debitam & mercem, dicam de ſpecie idipſum quod iam dixi de merce, non tantæ poteſtatis eſſe moram quæ per interpellationem inducitur, quantæ illa eſt quæ per lapſum diei, quod ad augendam æſtimationis condemnationem: nec quod lapſus diei inducit moram, ex eo fieri quia cenſeatur iure tacitæ cuiuſdam interpellationis, ſed quoniam ea contrahentium expreſſa conuentio parſque obligationis eſſe videatur hoc ipſo quod obli-
7 gationem in diem concipi voluerunt. † Sed & commodiſſime ſic intelligi Africanus & poteſt & debet, vt ſi ſpecies debita pluris fuerit eo die quo dari debuit, nec data eſt, referatur æſtimatio ad id tẽpus, nec ſpectetur illud quo agitur, id eſt litis conteſtatæ & quo res minoris eſt, quod alioqui ſpectandum eſſet, quamuis mora præceſſiſſet contra interpellationem iudicialem, aut extraiudicialem: non etiam ex diuerſo vt ſi poſt diem res pluris eſſe cœperit, præſtari debeat augmentum illud propter moram ex lapſu diei commiſſam: neque enim neceſſe eſt tractari de mora vt ea debeatur æſtimatio quæ maior eſt tempore litis conteſtatæ: cùm ex ipſius iudicij quantũuis ſtricti natura fiat vt ea æſtimatio debeatur, nulla quoq; mora præcedente, porrò medij temporis quod inter moram ſiue conuentionalem, ſiue iudicialem aut extraiudicialem intercedit, rationem prorſus nullam in ineunda æſtimatione haberi oportere iam ſatis ſuperque docuimus in ſuperioribus. Non igitur poteſt Africanus aliud ſibi velle, niſi vt cum dies adiecta eſt & eo tempore pluris res fuit quàm ſit litis conteſtatæ tempore, referenda ſit æſtimatio ad aliud tempus, quod nos vtique non negamus, quin potius tempus illud vſque adeò inſpici volumus quoties rei in diem debitæ æſtimatio ineunda eſt, vt ſi ab eo tempore æſtimatio creuerit maiórque ſit cùm lis aut conteſtatur aut iudicatur, non idcirco æſtimationis condemnationem creſcere patiamur. Denique quantum hîc diſcrepent interpretes noſtri ab Africano, ex eo intelligi poteſt, quod Africanus inſpici vult tempus quo agitur, id eſt litis conteſtatæ, cùm agitur ex ſtipulatione, niſi, inquit, mora per debitorem facta ſit quominùs ſua die ſolueret. Tunc enim ſpectandum eſſe tempus moræ, id eſt æſtimationem quæ fuit ea die in
8 qua tradi res debuit. † Interpretes verò ad id quod Africanus exceptionis loco ponit ſpectandum tempus poſitum in obligatione, aliam exceptionem adſtruunt, niſi res pluris ſit cùm litis conteſtatio vel condemnatio ſit, tunc enim ſpectari debere quanti plurimi vnquam poſteà res fuerit, aut, vt paulò meliùs Cuiacius loquitur, tempus rei iudicatæ vel mortis. Hanc verò exceptionem quam de ſuo comminiſcuntur, neceſſe eſt vt fateantur probari ex Africano nullo modo poſſe. Africanus enim exceptionem ſuam ad eum procul dubio caſum refert quo res pluris fuerit moræ tempore: Nam cùm minoris fuit equidem perinde dicimus eandem æſtimationem deberi, ſed non ea ratione quæ Africanum mouet ne debitori ſua proſit fruſtratio quæ minùs bene intellecta contrarium potiùs ſuadere videretur. † Abutuntur quoque in- 9
terpretes eodem Africani loco, cum quod ille ait de mora ex ſolo diei lapſu contracta, protrahunt ipſi aliam moram quamlibet, id eſt, ad eam etiam quę contracta fuerit per interpellationem. Illa. n. Africani verba *quo minus ſua die ſolueret* oſtendunt manifeſtè tractare eum de mora quæ per lapſum diei contracta ſit: cuius diuerſum ius & potentius in eo eſt quod, vt diximus, pars obligationis dies eſt, & mora quæ ex diei lapſu inducitur, adeòque effectus omnes quos ea mora producit, ex conuentione ipſa proficiſci intelliguntur. † At, inquies 10
ratio illa, quæ apud Africanum ſequitur generalis eſt, *etenim nutri eorum fruſtratio ſua prodeſſe debet.* Iam enim admiſimus, etiam ex contractu ſtricto perinde atque ex eo qui bonæ fidei ſit, moram contrahi poſſe ante litem conteſtatam & per ſimplicem interpellationem. Et hoc nimirum eſt ſanè quod interpretes omnes fefellit. Quibus tamẽ facilè ſatisfaciemus, ſi dicamus, toties æquũ eſſe vt moroſo debitori ſua mora noceat, non quoties mora contracta eſt ſed quoties moræ contractæ ratio aliqua haberi poteſt. Prius enim eſt vt contractæ moræ rationem moræ rationem haberi oporteat, quam vt ex ea mora condemnationem augeri debere quis dicat. † Iam 11
autem probauimus in præcedentibus, iudiciorum ſtrictorum naturam non pati vt moræ quæ præcedit conteſtationem, ratio vlla habeatur, niſi ad perpetuandam obligationem, id eſt ad hoc vt ſi fortè ſpecies debita perierit poſt moram, aut deterior facta ſit, nihilominùs debeatur qualis quantáque fuerat ante moram, propriúmque ius illud eſſe iudiciorum bonæ fidei, vt ex die moræ non expectata litis conteſtatione vberiores admittant præſtatio-
nes. † Atqui nos non de perpetuanda obligatione agi- 12
mus, id eſt non eum caſum tractamus, quo res debita perierit aut deterior facta ſit, ſed illum quo facta ſit duntaxat vilioris æſtimationis, quod re ipſa ſalua, adeóque meliore effecta fieri interdum poteſt, diminuta rerum omnium eius ſpeciei quæ debetur æſtimatione. Nam in genere debito, id eſt in merce quæ in genere ſemper conſiſtit, non ſimiliter tractari hoc poteſt: nec moræ quæ fit ante conteſtationem vllus eſſe effectus, cùm neque perire neque deterior fieri poſſit. † Nulla igitur moræ 13
extraiudicialis ratio haberi queat, ac ne iudicialis quidem, id eſt, contractæ per denunciationem libelli oblati iudici, quamdiu ſecuta non eſt conteſtatio, cùm agitur de præſtanda rei debitæ æſtimatione ex ſtipulatu, aliòve
quolibet contractu ſtricti iuris. † Neque tamen fit con- 14
ſequens, vt moroſo debitori ſua mora proſit, ſed tantùm
ne noceat, quod longè diuerſum eſt. † Apud Africanum, 15
qui tractat de ſpecie debita prodeſſe poſſet, ſi fortè is qui hominem certa die ſoluendum ſtipulanti promiſiſſet eum ad diem vendidiſſet pretiúmque quod tunc fuit redegiſſet. Nam ſi poſteà conuentus ex ſtipulatione, liberaretur præſtando minorem æſtimationem quæ conteſtationis tempore reperiretur, vtique ſentiret lucrum ex mora ſua, qui quanto pluris homo tum fuiſſet cùm dari
debuerat, ſibi retineret. † Ideò autem ponimus agi ex 16
ſtipulatu poſt hominem mortuum, quia ſi homo adhuc viueret iudicij accepti tempore, poſſet videri debitor ex mora ſua lucrum ſentire qui ſeruum qualis quantúſque tunc eſſet dum ne deteriorem factum daret, aut ſi alienus eſſet præſentem illius æſtimationem, tametſi moræ contractæ tempore multo pluris fuiſſet, niſi fortaſſis ad ea reſpicias quæ medio tempore promiſſori per eum hominem

nem acquiri potuerunt, ſed nihil habet illa commune
17 cum æſtimatione de qua ſola tractamus, † ex quo clariùs
apparet quam vera ſit ſuperior noſtra ad Africanum in-
terpretatio: némque quod diximus, non debere nocere
promiſſori qui debitum hominem ad diem non ſoluit,
quòd is homo poſt moram vilior factus ſit, ſi modò præ-
ſtet eum non factum deteriorem. Non enim abſurdum
Africano videtur quòd moroſo debitori ſua mora non
noceat, dum ne etiam proſit. Quanquam illud etiam ve-
rum eſt quod docuimus, quanto pluris homo tunc fuit
cùm dari debuit, præſtari debere ſtipulatori, cui nunc
vilior licèt non deterior factus homo datur, non propter
moram aut iure æſtimationis, ſed quaſi debitum iure eius
quod interfuit tunc dari, propter diem ſolutioni dictam.
Non enim de mora debitoris quærendum eſt, aut an eius
moræ rationem aliquam haberi oporteat, aut an debito-
ri mora ſua prodeſſe vel nocere debeat, cùm ex ſtipula-
tionis aut alterius cuiuſlibet contractus verbis appareat,
18 quid creditori omnimodo debeatur. † Huicque rei ar-
gumento illud eſt, quod ſi non ſpecies debita propone-
retur ſed merx, cuius æſtimatio poſt diem in obligatione
poſitam decreuiſſet, conſtat non eo minùs præſtandam
fore creditori æſtimationem quæ moræ tempore fuiſſet:
& tamen non poſſet illo caſu eadem Africani ratio locum
habere *ne debitori ſua proſit fruſtratio.* At enim ponimus
debitorem habuiſſe mercem quam ad eam diem daret,
aut non habuiſſe. Si non habuit, nihil ei profuit quod
non dedit, nec poteſt videri ob eam moram factus locu-
pletior, ſed tantùm non pauperior: quomodo haud du-
biè factus pauperior eſſet ſi vt creditori ſatisfaceret, eam
19 mercem quanti tunc fuiſſet comparaſſet. † Si verò habuit,
nec proinde ampliorem illam æſtimationem conſecutus
eſt, quàm ex venditione redigere potuiſſet, ſimiliter di-
cere non poſſis in quo factus ſit locupletior ob hoc quod
ad diem non ſoluit. Quod ſi habuit, & ampliſſimo pretio
quod tunc fuit vendidit, ac poſteà mercem vilioris iam
factam pretij dare velit, hic equidem caſus eſt qui ma-
iorem videtur habere dubitationem. Sed tamen ſi ſubti-
liùs inſpicias, ne tùm quidem poſſit dici, futurùm vt
proſit ei ſua fruſtratio ſi non ad eam æſtimationem te-
neatur, quæ ad dictam diem dari debuit, ſcilicet quia
merx illa quam habuit & pluris vendidit, non fuit ea
ipſa res quam debuit: mercedem namque in genere de-
buit non hanc aut illam puta centum modios frumenti
in genere, non centum illos frumẽti modios qui fuerunt
in hoc aut in illo horreo: nec quod hos centum frumenti
modios in horreo ſuo habuit, facere debet vt hos ipſos
debuiſſe videatur, ideóque totidem alios præſtando li-
berationem proculdubio conſecutus fuiſſet. Proinde non
aliud iuris hoc caſu eſſe debet, quàm ſi frumentum nul-
lum debitor eo tempore habuiſſet quod daret: aut ſi quod
habebat nec creditori ſoluiſſet nec alij vendidiſſet. Quid
ergo? Condemnamus eum creditori ad æſtimationem
illam quæ tùm fuit, cùm dari merx debuit, quia tale cre-
ditoris ius eſt ex ipſis ipſis contractus verbis, nec curat
ille an moram debitor contraxerit necne, aut quis moræ
effectus eſſe debeat, aut an ex ea mora debitor lucrum
ſenſerit aut ſentire potuerit, ſed hoc tantùm contendit
deberi ſibi ex ſtipulatione mercem qualis quantáque tum
20 fuit cùm ex ſtipulatione dari debuit. † Quare tametſi po-
nas cauſſam aliquam interueniſſe non dandæ mercis de-
bitæ, propter quam cauſſam videri poſſit debitor excu-
ſatione dignus, ne moram contraxiſſe videatur, vt puta
ſi debitor ante diem deceſſerit, necdum fuerit hereditas
illius tunc adita cùm dies venit [non enim ſola ceſſatio
in ſolutione ſtatim moram inducit *l. ſciendum. 21. l. ſi quis
ſolutioni. 24. de vſur.* quia nec videtur ceſſaſſe qui impe-
ditus fuit ſoluere *l. is cui. 5. §. ceſſatũ. D. vt in poſſeſſ. legat.*]
nihilominus tamen dicemus eam deberi æſtimationem
quæ die ſtipulationis veniente maior fuit *l. ad diem. 77.
D. de verb. oblig. l. vltim. D. de nautic. fœnor.* vbi quod ma-
gis eſt, placet prudentibus committi hoc caſu pœnam

quæ promiſſa fuerat ſub ea conditione ſi ad diem pecu-
nia non ſolueretur. Nam ſi pœna quæ ipſa per ſe odio-
ſior eſt committitur, quanto magis æſtimatio debebi-
tur? An verò quia vt vulgo putant, mora hæc ex ipſo
contractu committitur? Minimè. Neque enim mora vlla
eſſe aut intellectu percipi poteſt vbi nulla eſt petitio
l. ſi pupillus. 127. de verb. obl. l. intra, 88. de reg. iur. nulla
autem petitio eſſe poteſt iacente hereditate debitoris
nullo curatore bonis dato: cùm non ſit à quo petatur.
Sed quia etiam citra moram debetur quicquid in ſtipula-
tionem deductum eſt, ſufficitque conditionem ſtipula-
tionis extitiſſe, id eſt ad dictam diem ſolutum non fuiſ-
ſe; ſiue id contigerit quòd eo tempore iacuerit here-
ditas ſiue qua alia ratione, non ſecus acſi pœna aut am-
plior æſtimatio deberetur ſub ea conditione *Si nauis ex
Aſia veniret,* nauis autem iacẽte hereditate veniſſet. † At 21
ex contrario, inquies, ſi mercis æſtimatio creuerit à quo
tempore dies obligationis venit, iniuria fiet creditori, ſi
cogatur contentus eſſe ea æſtimatione, quæ fuit cùm
dies venit, itáque debitori fruſtratio proderit qui libera-
bitur dando centum pro frumento, ex cuius venditione
nunc ducenta ſit conſecuturus. Nam quemadmodum
debitoris prodeſſet mora, cùm ſpecies debetur ſi eâ pluris
venditá eo tempore quo dari debuit & pluris fuit, libe-
raretur ille dando minorem æſtimationem quæ tùm eſſet
cùm ageretur *d. l. hominem* [non etiam ſi extantem ſpe-
ciem daret, quia hoc ipſo auctam quoque æſtimatio-
nem dare intelligeretur.] Sic ex diuerſo mora debitoris
ipſi eſſet profutura, ſi mercem quæ tempore moræ fuit
minoris, præſtare poſſet in ea æſtimatione quæ tùm fuiſ-
ſet. Cum ſi mora nulla interueniſſet, neque dies adiecta
eſſet, eam æſtimationem deberet, quæ litis conteſtatæ,
aut ſi bonæ fidei iudicium proponeretur rei iudicandæ
tempore foret. Reſpondendum eſt futurum quidem com-
modius debitori eam præſtare æſtimationem quæ tum
minor fuit cùm dies obligationis venit quam ſi maiorem
præſtaret quæ ſuperuenit: ſed non moræ eum ſuæ acce-
ptum illud commodum ferre, at iuri obligationis quæ ſic
contracta eſt vt dies adiecta ſit, cuius rationem vterque
contrahentium voluerit haberi. Si enim æquum eſt eam
diei adiectionem prodeſſe creditori, ad conſequendam
æſtimationem quæ tunc maior fuit licet mora nulla in-
teruenerit, vt probauimus, multo æquius eſſe vt mora
debitoris ſua die non ſoluentis facere non poſſit, quin
eadem diei adiectio debitori ipſi prodeſſe debeat, ne ad
aliud pretium teneatur, quam quod in obligationem
deductum intelligitur, non ſecus ac ſi ipſis conuentionis
verbis iam taxatum eſſet, quandoquidem, vt diximus illa
diei adiectio ſit pro reo magis quàm pro ſtipulatore. † At 22
neque verum eſt, quicquam lucri hoc caſu accedere de-
bitori ob id quod quod debitam mercem ſua die non ſol-
uerit. Quid enim lucratur, qui id quod debet non ſoluit
eo tempore quo ſit minimi? Dices, hoc ipſum lucratur
quod eam rem poſteà carius vendit, & conſequitur libe-
rationem ſoluendo partem eius æſtimationis quam ipſe
percipit maiorem. At reſpondeo poſſe hîc vſurpari illud
ipſum quod iam diſputauimus, cùm mercis æſtimatio
poſt moram decreuit, ſcilicet, cùm poſtea venditur
merx pluris facta, non vendi eam ipſam rem in ſpecie
quæ debebatur, quia non per modum ſpeciei, ſed gene-
ris debebatur merx: nec ſi ſoluta eſſet, futurum ob id
fuiſſe vt quæ pluris vendita eſt, non fuiſſet tanti vendi-
ta. Nihil enim vetabat & illam quæ debebatur ſolui, &
hanc vendi, cùm ea quæ in genere conſiſtunt recipiant
inuicem functionem. Et hæc ad Africanum tractaſſe ſuf-
ficiat. De reliquis enim quæ ad actionem mandati perti-
nent dicemus cap. 9. vt & breuiùs hîc & diſtinctius aga-
mus. † Reſtat vt moneamus quod iam ſatis ex ſuperio- 23
ribus colligitùr Vlpianum in *l. pen. de condict. tritic.* li-
cèt de mora loquatur & de æſtimatione ad tempus mo-
ræ reducenda, nihil tamen facere ad propoſitam diſpu-
tationem quæ eſt de æſtimanda re in diem debita & quæ
poſt

poſt moram non deterior, ſed vilior tantum facta ſit. Ita demum enim vult Vlpianus rem debitam æſtimari ex tempore moræ ſi poſt moram facta ſit deterior, non etiam ſi vilior. Quæ ſunt longe differentia, cum fieri poſſit vt ſeruus debitus factus ſit deterior, & tamen pretioſior, id eſt maioris pretij quam fuerit anteà
24 propter aucta pro tempore pretia ſeruorum. † In eóque lapſum etiam Cuiacium miror qui deteriori facto ſeruo paſſim opponit ſeruum factum pretioſiorem, cum opponere debuiſſet meliorem; Non animaduertens, quod tamen non ignorauit, rerum pretia non ex ipſarum qualitate duntaxat, ſed etiam ex tempore æſtimanda eſſe. Cæteris quidem paribus & habita eiuſdem temporis ratione fieri nequit vt pretioſior ſit qui eſt deterior. Sed alio & alio tempore inſpecto facillime hoc contingat vt ſeruus qui antequam claudus eſſet aut eluſcatus non niſi centum vendi potuit in magna ſeruorum vilitate, poſteà factus claudus vel eluſcatus dignus tamen ſit ducentis ſuperueniente penuria ſeruorum, & ex penuria, carietate. †
25 Illud quoque obſeruari volumus, Vlpianum in *d. l. pen.* ſicuti non diſtinguit an mora aliqua præceſſerit necne, aut an pluris homo fuerit tempore litis conteſtatæ, quia tractat de æſtimatione præſtanda poſt condemnationem, vt ſuo loco probauimus ita neque diſtinguere an ſpecies deberetur in diem, aut ſine die: quia nec ea diſtinctio neceſſaria eſt cum agitur de æſtimanda re poſt rem iudicatam: ſed vtroque caſu æſtimamus rem ex tempore condemnationis irrogatæ, quia poſteaquam iudicatum eſt, incipit res exinde deberi, id eſt ex iudicato non ex priſtina obligatione: quippe quæ per ſententiam extincta & ſublata eſt, quod non eſt prætermittendum pro interpretationis noſtræ ad eam legem confirmatione. Nam ſi ea Vlpiani ſententia eſſet quæ vulgo creditur, vt in ſpecie æſtimanda aut merce, inſpiciendum eſſet tempus rei iudicandæ, non erat prætermittenda illa diſtinctio. An in diem concepta obligatio fuiſſet necne, quam nec Vlpian. prætermiſit in *l. vinum 22. de reb. cred.* nec Caius in *l. vlt. de cond. tritic.* nec Africanus in *d. l. hominem. D. mandat.*

CAPVT VIII.

Emendatio l. quoties 59. De verb. oblig. & de differentia diei & conditionis.

SVMMARIA.

1 *In ineunda rei debita æſtimatione tunc demum diem obligationi adiectam inſpici, quum certa dies adiecta fuit.*
2 *Certa dies quænam dicatur?*
3 *Aliud ſtatuendum eſſe ſi in diem incertam debeatur.*
4 *In quo differat is qui in certam diem debet ab eo qui in incertam?*
5 *Debitorem ſub conditione ab eo qui in certam debet diſtinguendum eſſe.*
6 *Cuiacium ad* l. quoties 59. de V. O. *hanc diſtinctionem negligere.*
7 *Bartolo hanc ſententiam probari vt debitor conditionalis eam æſtimationem præſtet quæ fuit tempore moræ contractæ per interpellationem factam poſt conditionis euentum.*
8 *Varia eius ſententiæ fundamenta.*
9 *Reprehenduntur nonnulla in Bartoli ratiocinatione.*
10 *Ex eo quidque æſtimandum eſſe quo nouiſſime ſolui potuit.*
11 *Die certa obligationi adiecta aliquod inſtans dari, poſt quod non poteſt ſalua conuentione ſolui.*
12 *Quid ſignificet vulgatum illud, ex eo tempore quidque eſſe æſtimandum quo nouiſſimè ſolui potuit.*
13 *Ex obligatione magis, quam ex mora pendere id illud quod de ineunda rei debitæ æſtimatione conſtitutum eſt.*
14 *Solam moram per lapſum diei contractam facere vt aliud quam litis conteſtatæ tempus in ſtricti iudicio inſpiciatur.*
15 *Obſeruatio ad* dict. l. hominem, ff. mandat. *& alias ſimiles.*
16 *Verba illa d. l. quoties.* vel ſub conditione. *expungenda eſſe.*
17 *Bartoli interpretatio ad illa verba reiicitur.*
18 *Quid Interpretem mouerit vt ea verba contra Iuriſconſulti mentem adderet?*
19 *Cur in ſtrictis iudiciis litis conteſtatæ tempus inſpici oporteat,*
20 *Ratio propter quam tempus condemnationis in ſtrictis iudiciis inſpicitur ſi tunc res pluris ſit.*
21 *Cur in* d. l. quoties. *Iulianus de oleo, aliiſque rebus quæ mercis appellatione continentur, diſputet?*
22 *Senſus horum verborum,* alioqui rei captio erit.

QVod † toties diximus, die obligationi adiecta ſi quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatione ſiue merx ſiue ſpecies debita fuit, at ſiue ex iudicio bonæ fidei, ſiue ex ſtricto, inſpici debere quanti tunc res fuit cùm dari debuit, eo demum caſu verum eſt, quo dies certa fuit, vt Caius loquitur in *l. vlt. D. de cond. tr. tritic.* nec diſſimiliter Vlpianus in *leg. vinum. 22. de rebus credit.* iis verbis, *ſi dictum eſſet quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet.* † Certam verò diem accipere debemus non eam duntaxat quæ ipſis contractus verbis expreſſa & demonſtrata eſt, vt puta *in Calendas Martias proximas,* ſed illam etiam quæ nullo modo expreſſa, tamen ex contractus verbis adeò neceſſariè colligitur, vt vi ipſa contractui ineſſe exiſtimetur: qualis illa eſt quæ inducitur ex adiectione loci. Nam ſi centum Capuæ aut Lugduni te ſoluturum promiſeris, licèt diem nullam adieceris, conſtat tamen tacitam diem ineſſe ſtipulationi, & quidem certam eam ſcilicet intra quam ad eum locum in quo deſtinata ſolutio eſt perueniri poſſit *leg. 2. §. qui ita. D. de eo quod cert. loco. l. eum qui Calend. 41. §. 1. leg. interdum. 73. l. continuus. 137. §. cum ita de verborum obligat.* Proinde nihil cauſæ eſt cur æſtimatio quæ eo tempore fuerit, perinde ſpectari non debeat, ac ſi dies expreſſa fuiſſet. Nam cùm ius illud æſtimandæ rei debitæ ex eo tempore quo tem ſtari conuenit, non aliam rationem habeat quàm quòd ea contrahentium voluntas fuiſſe videatur, quid obſecro intereſſe poteſt, an certa dies expreſſa ſit, an tacitè ex contrahentium voluntate ſubintellecta? Idque eſt quod ex Vlpiano proponitur in *l. idem erit. 60. D. eodem.* Cum enim ex Iuliano ſcriptum eſſet in *l. praced.* quoties in diem oleum quis ſtipulatur, eius æſtimationem eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit: tunc enim peti poſſe, Alioquin rei captionem fore, ſubiungitur ex Vlpiano idem eſſe etſi Capuæ certum olei pondo dari quis ſtipulatus ſit. Nam eius temporis fieri æſtimationem quo peti poteſt. Peti autem poteſt cum primùm in locum peruenire potuit. † Quid ergo ſi in diem incertam debi- 3
tum fuit? Multa ſunt ex quibus probatur non idem dicendum eſſe, illud primum quòd fruſtra prudentes de certa die adiecta tractaſſent vt eius temporis rationem in æſtimanda re haberi debere dicerent, ſi in die incerta, idem quoque admittendum eſſe exiſtimaſſent. Deinde quia diſputauimus de certa æſtimatione ineunda, & quidem ex voluntate contrahentium. Fieri autem nequit vt de certa æſtimatione cogitauerint contrahentes, qui in diem incertam obligationis non modò vim & poteſtatem, ſed etiam natiuitatem contulerunt. Poſtremò, quia multo magis imputari poteſt ei qui in diem certam debuit, quàm ei qui in incertam, cur ad diem nó ſoluerit, idéòque durius cum eo agi æquum eſt. † Nam qui in 4
certam diem debet toto medio tempore poteſt ſoluere: & quamuis ad ſolutionem vrgeri nequeat, quia vt lex ait

totum

totum illud tempus liberum habet, tamen ad hoc omni-
modo tenetur ex obligationis vinculo, vt ſoluat aliqua
ſaltem vltima parte eius temporis quod in obligatione
poſitum eſt *l. qui hoc anno. 42. de verbor. obligat.* Qui verò
in diem incertam dare obligatus eſt, adeò non tenetur
vllo interim tempore ſoluere, vt etiamſi ſoluat, non libe-
retur, *leg. ſtipulatio iſta 38. § inter incertam eod.* Cùm ergo
condemnemus debitorem ad eam æſtimationem quæ tum
fuit cùm dies illa incerta extitit, ſi non fuit in eius pote-
ſtate vt citiùs ſoluendo atque ita plus præſtando quàm
5 deberet, ſe exoneraret. † Quod ſi incertam diem à certa
hac parte ſeparemus, illud etiam conſequens eſt vt debi-
torem ſub conditione ab eo, qui in diem certam debet
diſtinguamus. Nihil enim dies incerta diſcrepat à condi-
tione *d. § inter l. dies incertus. 102. & l. 1. de condict. & de-
monſt.* nec igitur debitor in diem incertam à debitore
ſub conditione: & cùm debitor in diem ſeparatur ab eo
qui ſub conditione debet, de eo intelligere proculdubio
conuenit qui in diem certam debet, non de eo qui in in-
6 certam. † Quod quanquam ita eſt, tamen quaſi nihil in-
terſit prorſus inter eum qui in diem certam, & eum
qui ſub conditione dare rem debuit, ſcriptum eſt in *dict.
leg. quoties. 59. de verbor. obligat.* quoties in diem vel ſub
conditione oleum quis ſtipulatur, perinde æſtimationem
olei eo tempore ſpectari oportere quo dies obligationis
venit: id eſt ſpectari tempus exiſtentis conditionis, ſicut
& diei quæ certa adiecta eſt in obligatione. Neque verò
Cuiacius dubitat quin ita ius ſit, quamuis ad eas rationes
quas in contrarium adferimus nihil reſpondeat, quaſi
nec viderit, cùm tamen ex certiſſimis & cuique obuiis
7 iuris principiis ſint depromptæ. † Bartolus autem, licèt
multo robuſtiore nec tamen delicato ſolitus vti ſtoma-
cho, tam duram ſententiam concoquere facilè non poteſt,
magiſque probat vt qui ſub conditione debuit non eam
æſtimationem præſtare teneatur, quæ fuit tempore exi-
ſtentis conditionis, ſed illam quæ ſit tempore moræ con-
tractæ per interpellationem, factam vtique, poſteaquàm
8 obligationis conditio extitit. † Mouetur verò ex eo, quod
vt huius vel illius temporis æſtimatio præſtetur non ex
alio fieri poteſt quàm ex mora præcedente: cùm enim
non æſtimatio, ſed res ipſa in obligatione ſit, putat ille
moram præcedere neceſſariò debere vt ad æſtimationis
condemnationem & præſtationem perueniri poſſit. At-
qui certum eſt moram non videri commiſſam ob id ſo-
lùm quòd ſtipulationis conditio extiterit: ſiquidem con-
ditionis exiſtentia nihil aliud facit niſi vt ex eo tempore
obligatio purè contracta eſſe videatur: quod ipſum ta-
men non ſufficeret ad inducendam moram niſi ſubſe-
cuta interpellatione. Nam quod obligatio pura eſt, effi-
cit duntaxat vt ex ea ſtatim conueniri & vrgeri debitor
poſſit, non etiam vt ipſo iure in moram conſtitutus, qua-
ſi hoc ipſo interpellatus fuiſſe exiſtimetur. Abſurdum
namque & inconueniens eſſet eodem temporis inſtanti
& obligationem & moram ex obligatione contrahi,
priuſque neceſſariò eſt vt obligatio ſit & ſubſiſtat
quàm vt obligationi ſatisfieri oporteat, ac proinde
quàm mora ex obligatione contrahatur, vt non inſubtili-
ter idē Bartolus diſputat ex *l. quod dicimus. 105. de ſolut.
leg. promiſſor Stichi. 21. § 1. de conſtit. pecun. § vlt. Inſt.
de inut. ſtip.* Atqui certum quoque illud eſt antequam
conditio extiterit nihil prorſus deberi nec obligationis
diem ceſſiſſe intelligi *l. cedere diem. 213. de verbor. ſignifi-
cat.* Quod in debito in diem diuerſum eſt, quia cùm ex-
ploratum ſit omnimodo debitum aliquando iri, [tra-
ctamus enim de eo quod in diem certam debetur, vt
diximus] ſtatim atque ſtipulatio interpoſita eſt placet
obligationis diem cedere, nec aliud amplius expecta-
ri niſi vt veniat, ad hoc vt ex obligatione iam nata agi
9 debitúmque exigi poſſit. † In qua Bartoli ratiocinatione
vera ſunt omnia, niſi quod ait de æſtimatione præſtanda
ex moræ tempore: Neque enim quicquam vetat in ineū-
da æſtimatione illud quoque tempus ſpectari quod mo-
ram præceſſit, licèt quamdiu mora contracta non eſt, de
præſtanda æſtimatione quæri non poſſit. Euiúſque rei ma-
nifeſtiſſimum argumentum & exemplum eſt in eo qui
ad certam diem dare debuit. Hic enim non priùs moram
contraxiſſe videri poteſt, quàm dies præterierit in quam
collata obligatio fuit, quia nec ante peti quicquam ab eo
poteſt: vbi autem nulla petitio, ibi nec mora vlla eſt *leg.
ſi pupillus. 127. de verborum obligat. l. mora. 88. de regul. iur.*
At obligatione in diem concepta, dicimus ineundam
æſtimationem habita ratione eius diei in quam dilata fuit
exactio, non diei ſequentis. Tempus igitur cuius ratio
habenda eſt in ineunda æſtimatione, præcedit neceſſariò
tempus moræ, & conſequenter non eſt bona ratiocina-
tio Bartoli, cùm debitorem conditionalem negat teneri
ad eam æſtimationem quæ fit tempore conditionis exi-
ſtentis, ob hoc ſolùm quod nulla dum eo tempore mora
contracta eſſe poſſit. † Debuit potius dicere cum Celſo 10
in l. ſi Calend. 11. D. de re iudic. ex eo quidque æſtimandū
eſſe quo nouiſſimè ſolui potuit: Potuiſſe autem id quod
ſub conditione debitum fuit ſolui poſt exiſtentem con-
ditionem citra moram; quia conditio ex ſe non habet
incluſam diem certam neque tacitam neque expreſſam:
tamdiu autem ſolui impunè & citra moram poteſt, quā-
diu ſoluendi tempus elapſum non eſt, quod porro nec
priùs elabi poteſt quàm fuerit conſtitutum. † Quoties 11
autem dies certa ſiue expreſſa, ſiue tacita obligationi
ineſt, datur inſtans, poſt quod fieri nequit vt ſalua con-
uentione ſoluatur: illud nimirum quod nouiſſimum in-
ſtans eſt diei adiectæ in obligatione. Nam etſi poſt eam
diem debetur quod antè debebatur, quoniam ceſſatio in
ſolutione non eſt legitimus modus tollendæ obligationis,
veruntamen eſt non ſatisfacere conuentioni eum qui
poſt diem diem ſoluit quod intra diem ſoluere debuit:
ideóque ex voluntate contrahentium æſtimandum eſt id
quod debetur ex vltimo illo inſtanti, vt obligationi ſatis-
factum videatur: quamuis mora non niſi poſt inſtans il-
lud præteritum contrahatur. Quæ ratio ſi bene inſpicias
non eò pertinet, vt intelligamus totius præcedentis
temporis rationem nullam haberi oportere. Nam etſi
dies nulla obligationi adiecta eſſet, neque conditio, ſed
pura obligatio proponeretur, nemo tamen diceret, certè
nemo adhuc dixit æſtimandam eſſe rem ex die inter-
poſitæ ſtipulationis, niſi cùm id faciunt expreſſa verba
ſtipulationis vt in *l. fundum Cornelianum. 18. D. de nouat.*
Abſurdiſſimum autem fuerit in obligatione quæ in diem
certam concepta eſt aut ſub conditione, potiùs quàm in
pura id exiſtimare. † Ergo cùm dicimus ex eo tempore 12
quidque eſſe æſtimandum quo nouiſſimè ſolui potuit,
hoc magis ſignificamus, ſequentis temporis rationem
haberi non poſſe. Non enim aut iuris ratio aut contra-
hentium voluntas patitur, vt res debita æſtimetur ex eo
tempore quo ſolui amplius ex conuentione non poteſt.
† Ex eóque apparet eſſe veriſſimum quod nos diſputa- 13
uimus in ſuperioribus, ex obligatione magis quàm ex
mora pendêre ius illud quod conſtitutum eſt à pruden-
tibus de ineunda rei debitæ æſtimatione, nec proinde
ob id quod mora commiſſa eſt etiam per interpellatio-
nem ſtatim conſequens fieri vt quanti plurimi res fuit
ab eo tempore præſtari debeat, niſi quantum iuris ra-
tio patitur, & natura iudicij quod exercetur. † Vnde 14
illud eſt quod Africanus in *dict. l. hominem*, de qua pro-
ximè diximus, ſubiiciens exceptionem ad id quod dixe-
rat in actione ex ſtipulatu quæ ſtricti iuris eſt ſpectan-
dum eſſe tempus quo agitur, non ſcripſit *niſi per debi-
torem mora facta ſit ex creditoris interpellatione* ſed
adiecit *quominus ſua die ſolueret*, vt intelligamus, non
omnem moram facere vt aliud quam litis conteſtatæ
tempus in iudicio ſtricto inſpici oporteat, ſed eam de-
mùm quæ per lapſum diei contracta ſit, eam, inquam,
non quatenus mora eſt, ſed quatenus eo caſu inducitur,
quo fieri nequeat vt aliter obligationi ſatisfactum videri
poſſit, quàm ſi eius temporis intra quod dari res de-
buit

buit æſtimatio ineatur. Adeò vt quamuis ab eo tempore
æſtimatio creuerit, nihilominus idem tempus ſpectan-
15 dum ſit. † Obſeruandum verò eſt quod ad propoſitam
diſputationem pertinet, non ita ſcripſiſſe Africanum *quo-
minus ſua die aut exiſtente conditione ſolueret*, ſed ſolius
diei non etiam conditionis meminiſſe, ſicut & cæteros
Iureconſultos in *dict. leg. vinum de reb cred. & dict. leg.
vltim. de condict. triticar.* quia nec dubitarunt quin ea-
dem certæ diei & conditionis ratio eſſe non deberet.
16 † Quæ omnia cùm ita ſint nec verius quicquam in iure
diſputari poſſit, non video quis dubitationi locus relin-
quatur, quin verba illa legis quoties 59. *de verb. obligat.*
quæ eandem hac parte rationem faciunt diei certæ &
conditionis, expungi debeant, & inepto interpreti
17 adſcribi potius quàm Iuliano. † Nam quod Bartolus ea
ſic interpretatur vt exiſtente conditione æſtimatio facien-
da ſit ex tempore moræ quæ per ſubſecutam interpella-
tionem contracta ſit, nihil minùs quam Iuliani verbis
conuenit quibus disertè expreſſum eſt, æſtimationem eo
tempore ſpectari oportere quo dies obligationis venit, &
quo peti poteſt: vt & in *leg ſeq.* V[illegible]nus ait. Porrò con-
ſtat ex quo extitit conditio ſtipulationis & cedere & ve-
nire diem obligationis ſtatimque ex ea agi poſſe, nec ne-
ceſſarium eſſe vt præcedat interpellatio, quæ nec fieri
vlla poteſt niſi poſtquàm cœpit agi poſſe, & peti quod
18 deberetur. † Interpretem fefellit quod exiſtimauit nihil
aliud hic intuendum eſſe niſi an dies venerit quo agi
poſſit. Perinde. n. venit cùm extitit conditio ſtipulatio-
nis, atque ſi in diem certam concepta obligatio fuiſſet,
eáque dies iam veniſſet. Quod ſi ita accipiendum eſſet,
ſequeretur obligatione nec in diem nec ſub conditione,
ſed purè contracta tempus ipſum contractæ obligationis
ſpectandum fore, quoniam ex ea protinus agi poteſt.
Quod tamen iam ſuprà negauimus, quin ad indu-
cendam certi temporis æſtimationem, non ſufficit,
quod eo tempore agi poſſe cœperit, niſi dandæ euictioni
cauſſam illud dederit quòd ex eo tempore deſierit pro-
miſſor poſſe conuentioni ſatisfacere. *d l. ſi Calendis.* quod
tùm accidit cùm in diem certam concepta fuit obligatio,
non cùm purè, aut ſub conditione quantumuis poſteà
19 conditio extiterit. † Eáque etiam ratio reddi poteſt pro-
pter quam in iudiciis ſtrictis inſpici oporteat tempus litis,
conteſtatæ, quia cùm in iis nulla moræ ratio habeatur
niſi ad perpetuandam obligationem ſi fortè ſpecies de-
beatur quæ poſt moram perire aut deterior fieri poteſt,
non etiam ſi merx ſit in obligatione, apparet poſſe debi-
torem tamdiu ſatisfacere quamdiu lis conteſtata non eſt:
ab eo autem tempore quo litem ſecum conteſtari paſſus
eſt non poſſe ſatisfacere, quia per conteſtationem accedit
noua quædam veluti obligatio, cùm in iudicio quaſi con-
trahatur: quam obligationem nouam diſſolui quoque
neceſſe eſt vt priori ſatisfactum videatur, quando ex eo
nata ſit quòd prior non fuerit priùs diſſoluta. Porrò non
aliter poſterior hæc diſſolui poteſt, quàm ſi ea æſtimatio
20 præſtetur quæ fuit tempore litis conteſtatæ. † Nec eo
minùs tamen ſpectamus tempus condemnationis in iudi-
ciis bonæ fidei ſi tunc res pluris ſit, quoniam licèt ſtricta
iuris ratio repugnet quæ ſemper conteſtationis tempus
ſpectandum eſſe ſuaderet, tamen bona fides cuius præci-
pua in his ratio habetur, cogit iudicem vt tam præce-
dentis quàm ſequentis temporis, id eſt, aut moræ aut con-
demnationis vtro tempore res pluris fuit ineat æſtimatio-
nem: quia nec poſt moram integrum eſt promiſſori ſa-
tisfacere conuentioni, cùm in iudiciis bonæ fidei mora
ſpectanda & expianda ſit, hoc ipſum quoque tàm iuris
quam bonæ fidei ratione *l. mora 32. §. vlt. l. videamus. 38.*
21 *§. pen. & vlt. de vſur.* † Ideo autem Iulianus, in *d. l. quo-
ties*, de oleo loquitur & aliis rebus oleo ſimilibus, id eſt,
quæ mercis appellatione continentur, quia cùm ſpecies
debetur in diem non ſimiliter contingit, vt poſt diem
ſpecies præſtari nequeat: licèt enim mutata ſit eius æſti-
matio, eadem tamen ſpecies manet, ſiue creuerit pretium
ſiue decreuerit, nec proinde eſt quod quæratur de æſti-
matione rei quæ ipſa præſtari poteſt, ſed alia ratione in-
demnitati ſtipulatoris aut alterius cuiuſlibet creditoris
conſulimus, quia ſiue pretioſior ſpecies facta eſt, hoc
ipſum quod pluris nunc eſt conſequitur creditor, ſpeciē
accipiendo: ſiue deterior facta eſt, tenetur debitor in
diem vt præſtet creditori quanti eius interfuit, ſua die
ſolui: Tanti verò ſaltem interfuit quanti tunc res fuit. † 22
Denique in hac lege illud obſcurum videri poteſt quod
Iulianus ita ſcribit *alioquin rei captio erit*. Quæ verba
Hotomanus emēdat vt legat, *alioquin alia rei pactio erit.*
Sed quam inſulſa ſit emendatio, & quis Iuliani ſenſus ſit
tam apertè docuimus cap. 6. vt non alio Iulianus nunc in
digeat aſſertore Rectéque Accurſius *captionem* interpre-
tatur *damnum*, vt & in *l. vlt. de pact. dot.* & aliis pleriſque
Iuris locis.

Capvt IX.

De differentia mandati, & aliorum bonæ fidei contractuum in debita re æſtimanda, Ad primam partem l. hominem 73. D. mandat.

SVMMARIA.

1 *Mandati actionem ab aliis bonæ fidei iudiciis differre quum de ineunda rei debitæ æſtimatione agitur.*
2 *Diſſimilitudinis ratio redditur ex* dicta leg. hominem.
3 *Inſpiciendum eſſe in ſpecie* dict. l. hominem. *non quid nunc fideiuſſori, ſed quid tunc ei abfuerit quum ex mandato ſoluit.*
4 *In ſtrictis iudiciis non præſtari quanti plurimi res fuerit à die moræ vſque ad diem condemnationis.*
5 *In b. f. iudiciis certam quidem, æſtimationem ex die moræ fuiſſe, ſub hac tamen exceptione, ſi non pluris res foret quum iudicaretur.*
6 *In quo conueniat, in quo item differat mandati actio à contraria negotiorum geſtorum actione.*
7 *Cuiacij illatio ex illis Africani verbis in* d. l. hominem, aliter in ſtipulatione ſeruatur.
8 *Ex loco optimè probari, in ſtrictis iudiciis litis conteſtatæ tempus ſpectari.*
9 *Reprobatur ratio à Cuiacio reddita, propter quam in* d. l. *in ſtipulatione non etiam in actione mandati tempus litis conteſtatæ ſpectatur.*
10 *Reiiciuntur quæ ad enarrandam actionis mandati, & actionis ex ſtipulatu differentiam a Cuiacio adiecta ſunt.*
11 *Mancam eſſe ſuperiorem Cuiacij rationem.*
12 *Eiuſdem interpretatio ad illa Africani verba,* aliter in ſtipulatione ſeruatur, *ex ipſis Africani verbis refellitur.*
13 *In actione ex ſtipulatu, & omnibus b. f. iudiciis illud obſeruari vt contra debitorem ſpecies ante moram perempta actio exerceri non poſſit.*
14 *Ad hoc vt ſpeciei debitæ interitu debitor liberetur, ſufficere ſi nulla mora præceſſerit.*
15 *Iureconſultos, quum de ineunda rei debitæ æſtimatione tractant, ad propriam cuiuſque actionis naturam & conuentionis poteſtatem, non ad moram reſpicere.*
16 *Nihil* in d. l. hominem *intereſſe an certus, an verò incertus homo promiſſus ſit.*

DIfferre † mandatum à cæteris bonæ fidei contracti- 1
bus, & conſequenter actionem mandati ab aliis bo-
næ fidei iudiciis cùm agitur de ineunda rei debitæ æſti-
matione, conſtat ſatis ex iis quæ à nobis in ſuperioribus
diſputata ſunt, ſi cōiungas id quod Africanus ſcribit in
l. hominem 37. D. mandat. Docuimus enim, & vt nobis

videmur, abunde probauimus ita ferre naturam iudicio-
rum bonæ fidei vt ſi quando rei æſtimatio præſtanda ſit,
inſpici oporteat vtro tempore res pluris fuit aut litis con-
teſtatæ ſi mora nulla conteſtationem præceſſerit, aut rei
iudicandæ. Africanus verò *in d.l. hominem*, ſcribit, cùm
mandati agit is qui pro te hominem dari fideiuſſit & ſol-
uit, æſtimationem eius hominis ad id priùs tempus quo
ſolutus ſit non quo agatur referri debere, ex quo infert,
etiamſi mortuus interim homo fuerit, nihilominus vti-
2 lem eam actionem eſſe. † Nec ſanè obſcura diſſimilitu-
dinis ratio eſt in qua etiam tradendo video interpre-
tes omnes conuenire. Non enim mandati obligatio
competit fideiuſſori ob id ſolùm quòd fideiubendi man-
datum ſuſceperit, aut fideiuſſerit, ſed quia ſoluit: com-
petit autem ex fide bona quòd æquum ſit indemnem
eum ſeruari, nec damnum ſentire ex amici officio quod
pro te impleuerit. Porrò quantum ei debeatur indem-
nitatis nomine, non ex alio ſciri poteſt quàm ex com-
paratione eius quod ipſi abeſt ex cauſſa mandati *l. inter.*
26. §. abeſſe. D. mandat. Quid verò ei abeſt? Nimirum
quanti ſeruus fuit tempore ſolutionis. Ergo illud ipſum
pretium inſpiciendum præſtandúmque erit, ſiue eo
tempore quo agitur, ſeruus ille deceſſerit, ſiue pluris
tunc ſit aut minoris. Quia ſicuti damnum ex man-
dato ſentire fideiuſſor aliuſve mandatarius non debet,
3 ita neque lucrum captare.† Dices Abeſſe fideiuſſori non
eam hominis æſtimationem quæ fuit ſolutionis tem-
pore, ſed hominem ipſum, qui ſolutus fuit, ac proinde
quanti homo ille eſt tùm cùm agitur, quia ſi hominem
ex cauſſa mandati non ſoluiſſet, tantundem hodie con-
ſequi ex hominis venditione poſſet. Reſpondeo, non
quid nunc fideiuſſori abſit inſpiciendum eſſe, ſed quid
tunc ei abfuerit cùm ſoluit. Ex quo enim facta ſolutio
eſt, cœpit certum eſſe quid abeſſet, ac proinde quid actio-
ne mandati præſtari oporteret, ſemel autem conſtituta
obligatione quæ certam legem certámque quantitatem
habuit, non ob id augeri poteſt ex poſtfacto quod tar-
dius agatur *l. ſi ſterilis. 21. §. cùm per venditorem. D. de act.*
empt. Nam ſi ſtatim poſt factam pro te ſolutionem fide-
iuſſori præſtitiſſes quanti tum homo fuiſſet, nihil à te ſu-
prà eam quantitatem petere ille potuiſſet: Alioqui cùm
mandatario præſtari debeat non tantùm quod ei abeſt
propter mandatum, ſed etiam quod abfuturum eſt, creſ-
ceret in infinitum ſoluti hominis æſtimatio: nec planè
vnquam liberatus videreris ne tum quidem cùm auctam
ex poſtfacto præſentémque æſtimationem præſtitiſſes:
quoniam poſt eam ſatisfactionem adhuc hodie pluris eſ-
4 ſe ſeruus poſſet. † Quod ſi in mandati actióne quæ ple-
niſſimas recipit præſtationes adeò diſtrictè hoc obſerua-
tur, vt à quo tempore certa deberi cœpit æſtimatio non
poſſit ea creſcere ex poſt facto, quis ferat quod noſtri vo-
lunt, etiam ex contractibus ſtrictis præſtandum eſſe,
quanti plurimi vnquam res fuerit à tempore moræ ad
diem vſque condemnationis? Aut quis nobiſcum non
ſentiat, in iis quoque iudiciis quæ ſunt bonæ fidei, ſi mo-
ræ tempore pluris res fuit, non poſſe creſcere æſtimatio-
5 nem? † At, inquies, non accipit æſtimatio certam legem
ex tempore moræ, ne in bonæ quidem fidei iudiciis, cùm
ſi pluris res ſit tempore condemnationis, vtique tem-
pus illud non moræ inſpici oporteat. *l. 3. § in hac. ff. com-*
mod. leg. 3. §. vlt. de act. empt. Ego verò admitto equidem
neſciri poſſe ante condemnationem quænam & cuius
temporis habita ratione æſtimatio iniri debeat, ſed ſi con-
demnationis tempore appareat pluris rem fuiſſe tunc cùm
mora contracta eſt, dico iam inde ab eo die certam æſti-
mationem debitam fuiſſe intelligi, nec quod potuit res
pluris eſſe tempore iudicati, conſequens fieri, vt auctæ
interim æſtimationis ratio aliqua ſit habenda. Dicerem
potiùs certam fuiſſe æſtimationem ex quo mora facta eſt,
ſub hac tamen exceptione, ſi non pluris res foret cùm iu-
6 dicaretur. † Cæterum actioni mandati hac parte ſimilli-
ma eſt contraria negotiorum geſtorum actio: vtriúſque
enim actionis eadem natura, idemque fauor eſt: nec
alia vlla differentia, niſi quod mandati actió contraria
non competit niſi mandato præcedente, negotiorum ve-
rò geſtorum vbi mandatum nullum interceſſit *l. ex man-*
dato. 10. D. mandat. At non eo minus æquum eſt vt in-
demnem præſtes eum qui pro te abſente & ignorante fi-
deiuſſit, imò tanto magis quanto promptior fuit ille ad
negotium tuum bona fide, & vtiliter gerendum, non
expectato mandato. Et in vtraque actione ſpectandum
igitur eſt tempus quo alius pro te ſoluit, non quanti po-
ſteà res ſoluta eſſe cœperit, ſiue pluris, ſiue minoris, ſiue
moræ, ſiue litis conteſtatæ tempore, ſiue condemnatio-
nis. † *Aliter*, inquit Africanus *in d.l. hominem, in ſtipu-* 7
latione ſeruatur. Vbi notat Cuiacius eos qui nullam inter
iudicia bonæ fidei & ſtricta differentiam agnoſcunt fa-
cilè ex illo Africani loco refelli poſſe, cùm ſupradictis
verbis apertiſſima differentia conſtituatur inter actionem
mandati quæ bonæ fidei eſt, & actionem ex ſtipulatu,
quæ ſtricti iuris, idémque mihi aliquando videbatur. Sed
omnino, vt nunc [illegible]deo malè, & imperitè. Nec enim hac
in re magis differt [illegible]o mandati ab actione ex ſtipulatu,
quàm à cæteris actionibus bonæ fidei, in quibus vt dixi-
mus non naſcentis actionis tempus inſpicitur, ſed vtro
tempore pluris res fuit aut moræ ſiue iudicialis, ſiue ex-
traiudicialis, aut condemnationis: excepta contraria
negotiorum geſtorum actione. † Illud ſanè locus hic 8
Africani rectè probat, in actionibus ſtricti iuris qualis
ea eſt quæ competit ex ſtipulatione, ſpectandum eſſe tem-
pus quo agitur, id eſt, litis conteſtatæ. Cur enim in actio-
ne ex ſtipulatu ſic conſtitutum putemus, niſi quia ſtricta
actio eſt? *l. 5. §. in hac D. commod. l. vinum. 22. de reb. cre-*
dit. l. vlt. de condict. tritic. † Parúmque ſubtiliter videtur 9
mihi facere Cuiacius, qui interrogatus cur in ſtipulatio-
ne ſpectetur tempus litis conteſtatæ non etiam in actio-
ne mandati, reſpondet nullum aliud tempus eſſe quod
in actione ex ſtipulatu inſpici poſſit, nec enim, inquit,
vnquam occurret quicquam de ſpectando tempore ſti-
pulationis in quæſtionibus huiuſmodi, niſi in ſpecie *leg.*
cùm quis. 23. de oblig. & action. Quaſi verò, inquam,
nullum aliud quàm interpoſitæ ſtipulationis tempus ſit,
de quo dubitari queat in hac quæſtione, an eius ra-
tio aliqua habenda ſit necne. Cur ergo putat ille cum
cæteris interpretibus, ſi mora contracta ſit ſpectandum
eſſe tempus moræ quæ præceſſerit conteſtationem? Cur
ſpectari tempus condemnationis aut etiam mortis ſi
tunc pluris res eſſe proponatur? Cur denique quanti plu-
rimi vnquam res medio tempore fuit, vt veteres om-
nes interpretes ſomniant? Ratio igitur alia melior quæ-
renda eſt propter quam litis conteſtatæ nec aliud vllum
tempus ſpectari Africanus velit, niſi cum dies adiecta
eſt. † Quod autem vir idem doctiſſimus vt latiùs enar- 10
ret differentiam quæ eſt inter actionem mandati, & actio-
nem ex ſtipulatu, ſubiicit, ſtipulatorem neque mihi rem
geſſiſſe ſtipulando, neque ei quicquam propter me abeſ-
ſe, non eſſe igitur cur agat ex ſtipulatu ſi interim homo
promiſſus interierit ſine culpa mea, multo impertinen-
tius eſt. Quid enim prohibet ſtipulatorem negotium
promiſſoris geſſiſſe? Finge hunc ipſum fideiuſſorem de
quo Africanus tractat *dict. leg. hominem*, à te ſtipulatum
eſſe, & male ex ſtipulatu quàm actione mandati con-
tra te experiri. Nam & ad hunc caſum accommodari
Africanus poteſt, cùm ſtipulationes omnes conuentio-
nales pendeant ex negotio contracto, vt Pomponius
ait *in leg. 5. de verbor. obligat.* Et verba illa Africani *ali-*
ter in ſtipulatione ſeruatur, poſſunt hanc interpretationem
commodè admittere vt illud ſit ſi fideiuſſor tuus qui pro
te ſoluit, obſtrictum te habeat ex ſtipulatu, malítque
ex ſtipulatione agere quàm mandati. † Sed & ratio 11
hæc Cuiacij non alij ſatisfacit quàm ei qui quærat, cur
aliter in ſtipulatione quàm in mandato ſeruetur: at
manca eſt, ſi quis illud ſciſcitetur de quo nos diſputamus,
cur aliter ſeruetur in actione ex ſtipulatu quàm in iis quæ
bonæ

bonæ fidei ſunt, quas non indemnitas actoris patit, vt actiones contrarias mandati & negotiorum geſtorum, ſed alia quælibet iuſta cauſſa contrahendæ obligationis: in quibus tamen non tempus litis conteſtatæ vt in actione ex ſtipulatu, ſed vel moræ, vel condemnationis vt
12 diximus inſpiciendum eſt. † Illud verò longè improbabilius eſt, quod idem Cuiacius verba illa *aliter in ſtipulatione ſeruatur*, ſic interpretatur, quaſi hoc tantùm velit Africanus, vt ſi homo ex ſtipulatu debitus ante moram deceſſerit, nulla ſuperſit actio contra debitorem. Etſi enim hoc veriſſimum eſt promiſſorem liberari interitu ſpeciei ante moram contingente *leg. ſi ex legati. 23. de verbor. obligat.* non tamen id agit Africanus vt hoc doceat, ſed ſeipſum longè aliter & euidentiſſimè interpretatur cùm ſtatim ſubiicit *nam tunc id tempus ſpectatur quo agitur.* Priùs ſiquidem cùm de mandati actione ageret, dixerat è contrario non tempus quo agatur ſpectandum eſſe, ſed quo ſolutus fuit homo ex cauſſa fideiuſſionis. Quod autem ſubiunxerat, ſi interim ſeruus ſolutus deceſſiſſet, nihilominùs vtilem mandati actionem fore, non niſi per quandam veluti conſequentiam dictum videri debet. Semel enim nata mandati actio ob id quod cœperit abeſſe fideiuſſori non poteſt ideò perire, quod ſeruus ſolutus perierit, quia nec ob id deſinit ei abeſſe.
13 † Cæterùm quod in actione ex ſtipulatu obtinet, vt non poſſit exerceri contra debitorem ſpeciei ante moram peremptæ, idem procuidubio locum habet in aliis omnibus etiam bonæ fidei contractibus, vt puta ſi homo venditus necdum traditus deceſſerit ante moram. Venditor enim liberatur, nec eo minùs petere poteſt vt contra Cuiacium diſputauimus libr. 2. cap. 4. Idem eſt ſi ſeruus legatus proponatur, *dict. leg. ſi ex legati. 23. de verbor. obligat.* licet actio ex teſtamento ſoleat ſequi & imitari naturam bonæ fidei actionum *leg. vſur. 34. de vſur.*
14 † Non igitur quemadmodum ex eo quod in actione mandati ſpectatur tempus ſolutionis factæ per fideiuſſorem, inferri meritò poteſt ſupereſſe obligationem & actionem quamuis homo à fideiuſſore ſolutus perierit, ita poſſis inferre hominis promiſſi interitu liberari promiſſorem, ex eo quòd in ſtipulatione tempus illud inſpiciatur, quo agitur: nihil enim hoc cum illo commune habet, ſpeciémque debitam eſſe ſufficit, & nulla mora præcedente peremptam, vt debitor liberatus intelligatur, ſiue ex contractu bonæ fidei, ſiue ex ſtricto debitor fuit: Idque apparet etiam manifeſtiùs ex illa exceptione quam ſubiicit Africanus *niſi fortè per promiſſorem ſteterit quominùs ſua die ſolueret, aut per creditorem quominùs acciperet.* Non enim poteſt exceptio illa accommodari ad id quod Cuiacius ab Africano traditum putat liberari debitorem ſpeciei ea perempta, ſcilicet, ex qua parte Africanus tractat de mora creditoris. Nam cùm per creditorem ſtetit quominus ſua die acciperet, tanto faciliùs admittenda eſt liberatio debitoris, qui etiam ſi nulla ex parte mora interueniſſet,
15 liberaretur. † Apparet etiam ex ſuperioribus, Iureconſultos cùm tractant de ineunda rei debitæ æſtimatione ad propriam cuiuſque actionis naturam, & conuentionis poteſtatem reſpicere, non, vt interpretes putant, ad moram. Neque enim is qui fideiuſſorem dedit, in mora conſtituitur ob hoc ſolùm, quod fideiuſſorem de ſuo ſoluere patiatur, nempe quod ad obligationem, & actionem mandati pertinet, quæ nec naſcitur in fideiuſſoris commodum priuſquàm ſoluerit pro debitore: & tamen condemnamus eum ad æſtimationem quæ fuit illo ipſo
16 inſtanti quo ſoluit fideiuſſor hominem qui debebatur. † Illud poſtremò peſſimè Cuiacius ad Africanum, quod Accurſium reprehendit qui ſcripſerit idem iuris eſſe ſi incertum atque ſi certum hominem dari quis fideiuſſerit. Etſi enim Africanus de certo homine loquitur, non alia tamen ratione id facit quàm quia tractat de homine non ſolùm promiſſo, ſed etiam ſoluto, & poſt ſolutionem mortuo, incertus autem & in genere nec ſolui nec mori poteſt. Et hoc ipſum eſt quod mouere nos debet vt nihil intereſſe debeamus credere, an certus homo, an incertus promiſſus ſit, cùm non poſſit locus eſſe quæſtioni, niſi poſt ſolutionem, nec rurſus ſolui homo niſi qui ſit certus.

CAPVT V.

De emendatione & ſententia l. cùm quis 23. D. de oblig. & act.

SVMMARIA.

1 *Obiecto petita ex* l. cum quis 23. de oblig. & act. *aduerſus ea quæ de ineunda rei debitæ æſtimatione ſuperius dicta ſunt.*
2 *Diſtinctio inter fideiuſſorem & alias perſonas quæ ex ſtipulatione conueniuntur, ad ſoluendam obiectionem ab Interpretibus adhibita, reiicitur.*
3 *Quænam æſtimatio inſpiciatur quum fideiuſſor ipſe ex ſtipulatione agit?*
4 *Fideiuſſore ex ſtipulatu conuento eandem in ipſo ineundæ æſtimationis rationem inſpiciendam, quæ in principali debitore ſpectatur.*
5 *Hoc ipſum in debito mercis præcipuè obtinere.*
6 *Merce ad diem dictam non ſoluta, non ipſam mercem ſed mercis æſtimationem in condemnationem à iudice deduci debere.*
7 *Fideiuſſorē in* d. l. cùm quis. de V.O. *in eandem æſtimationem condemnandum eſſe, in quam reus principalis mercis debitor condemnaretur.*
8 *Alia Accurſij interpretatio ad* d. l. *tanquam diuinatoria reiicitur.*
9 *Noua coniectura ad verba illa* d. l. quo ſatis acceperit.
10 *Verbis illis negationem præponendam eſſe.*

HIs † quæ hucuſque diximus de ineunda rei debitæ æſtimatione, ſiue pura, ſiue in diem concepta fuit obligatio, maximè illud obſtare videtur quod idem 1
Africanus noſter in *c. cùm quis. 23. de obligat. & action.* reſpondit, Cùm quis mercem in diem ſtipulatus fideiuſſorem accepit, eius temporis ineundam eſſe æſtimationem quo ſatis acceperit. Nam ſi adiectæ diei ratio habenda eſt, quidem præciſè vt docuimus, cur non fideiuſſorem ad eam æſtimationem condemnamus, quæ mercis fuit eo ipſo die quo dari merx debuit? Sin diuerſum hoc caſu obtinet ex iure aliquo ſingulari ob perſonam? aut potiùs in perſona fideiuſſoris, qui ſicut non niſi ex ſtipulationis vinculo teneri, ita neque alia quàm ex ſtipulatu actione conueniri poteſt *l. blanditus. 3. C. de fideiuſſ.* Cur non litis ſaltem conteſtatæ tempus ſpectamus, vt in aliis omnibus caſibus in quibus agitur ex ſtipulatione *d. l. hominem, 37. D. mandat.* Nuſquam enim reperias referri æſtimationem ad tempus initi contractus, niſi vno illo caſu quo idipſum à contrahentibus factum ſit, & contractus verbis expreſſum, cùm quis fundum Cornelianum ſtipulatus, poſteà quanti is fundus eſt ſtipula-
tur *l. fundum Cornelianum 28. De nouat.* † Sunt qui poſt 2
Accurſium diſtinguant inter fideiuſſorem & alios, ſed ita tamen vt nullam adferant diſtinguendi rationem: quæ nec certè vlla eſt, cùm fideiuſſor ipſe ex ſtipulatu conuenitur, ſicut nec vlla eſſet ſi ageret ille ex ſtipulatione: quem ſenſum eſſe ſuprà diximus eorum Africani verborum in *d. l. hominem, aliter in ſtipulatione ſeruatur.* Non enim differentiam conſtituit inter fideiuſſorem & alias perſonas, ſed inter cōtrariam actionem mandati & actionem ex ſtipulatu, tùm etiam cùm hæc aut illa actio per fideiuſſorem exercetur. † Quamquam caſus ille dubitabilior eſt quo fideiuſſor ipſe agit ex ſtipulatione,

quàm quo conuenitur? nam cùm agit ſicuti agit tan-
quam fideiuſſor ita videretur eadem ratio & æquitas ſua-
dere vt inſpiceretur æſtimatio quæ ſolutionis tempore
fuiſſet, ſi actio ex ſtipulatu interpretationem aliquam re-
4 cipere poſſet ex æquitate & bona fide. † At cùm fideiuſ-
ſor ex ſtipulatu conuenitur, cur obſecto aliam ipſius
cauſſam conſtituamus quàm ſit cæterorum omnium ex
ſtipulatione obligatorum, præſertim verò ipſius debi-
bitoris, ex cuius obligatione metienda vtique eſt fideiuſ-
ſoris obligatio: alioqui facilè eueniet, vt fideiuſſor
aut in duriorem cauſſam acceptus videatur, quod à vul-
garibus notiſſimiſque iuris regulis abhorret: ſed in aliam
ſanè potiùs quàm in duriorem. Neque enim fieri poteſt
vt alia in debitore principali, alia in fideiuſſore ſpecte-
tur ratio ineundæ æſtimationis, ſiue maior, ſiue minor
ſit æſtimatio quæ à fideiuſſore debeatur, quin dicendus
ſit fideiuſſor in aliam cauſſam acceptus eſſe, ſiquidem
quantulumcumque illud ſit quod addas pretio, aliud pre-
tium eſſe, ideóque ſi de emptione tractetur alia quoque
emptio fieri intelligitur, *l. pacta conuenta.72. D. de contr.*
5 *empt.* † Hoc verò tanto magis in debito mercis obtinet,
quæ ſicut in genere & quantitate non in ſpecie conſiſtit,
mutatúrque in ſingula ferè temporum momenta, non
aliter videri poteſt eadem merx eſſe, eadémque res quæ
debetur à pluribus quàm ſi in omnium perſonis eiuſdem
6 temporis æſtimatio inſpiciatur. † Nam & inde eſt, quod
poſt diem ſolutioni dictam, ſi merx ſoluta non ſit, neceſ-
ſariò in condemnationem deducere iudex debet non
mercem ipſam, ſed mercis æſtimationem, ſiue bonæ fi-
dei ſiue ſtricti iuris iudicium proponatur, quod in ſpecie
debita diuerſum eſt, quæ ſiue pluris ſiue minoris facta ſit
etiam poſt moram dummodo non deterior, eadem ſem-
per ſpecies eadémque res & eſt, & eſſe intelligitur, vt la-
7 tius à nobis in ſuperioribus diſputatum eſt. † Atqui in
propoſita quæſtione cùm quis in diem ſtipulatus eſt in
mercem, nemo dubitat quin quod ad reum & principa-
lem debitorem attinet, ea mercis æſtimatio conſtituenda
ſit quæ eo ipſo die fuit quo dari merx debuit. Sic enim
ſcriptum eſt in *l. vinum.21. de reb. credit. l. vlt. de condic.
tritic. l. quoties.59 de verb. obligat.* & ab Africano ipſo in
dict. l. hominem. Ergo nec aliud in huius debitoris fideiuſ-
8 ſore dicendum eſt. † Quare nec Accurſius ipſe præſtat in
ea differentia, quam inter debitorem & fideiuſſorem pri-
mùm conſtituerat, ſed ad aliam confugit diuinationem: &
ait Africanũ intelligẽdum eſſe de fideiuſſore accepto poſt
diem dictam ſolutioni, vt quod Africanus vult id tempus
ſpectari debere quod ſtipulator ſatis acceperit, non aliud
ſit quàm ſi diceret idem tempus & in fideiuſſore & in de-
bitore ſpectandum eſſe. Quam ſententiam & interpreta-
tionem Cuiacius quoque & Hotomanus aliique recen-
tiores nonnulli probarunt, Parum acutè ſanè vt mihi vi-
detur, ne dicam prorſus ineptè. Nam præter id quod vix
eſt vt fideiuſſor accipiatur eo tempore quo iam nata eſt
actio ad extorquendam ſolutionem, tùm etiam cùm id
fit, dico eam æſtimationem à fideiuſſore deberi quæ fit
non eo die quo fideiuſſor accipitur, ſed quo dari merx
debuit. Alioqui eueniet proculdubio abſurdum illud
quod iam diximus cauendum eſſe, vt in aliam rem pla-
neque diuerſam cauſſam acceptus videbatur. Siquidem
fieri vix poteſt vt eadem eiuſdem mercis æſtimatio ſit
diuerſis diebus, iam autem probauimus, adiecto die
eam ipſam æſtimationem præcisè deberi quæ tùm fuit,
non eam quæ ſequenti die ſiue creuerit illa, ſiue decre-
uerit. Etſi autem poſſet abſurdum hoc euitari ſi verum
eſſet quod contrà putant interpretes omnes & veteres,
& recentiores, etiam adiecta die creſcere æſtima-
tionis condemnationem ſi poſteà pluris res fiat, quia æ-
què fideiuſſor & debitor auctam æſtimationem præſta-
rent, pone tamen pluris rem fuiſſe eo die, quo ex verbis
ſtipulationis debuit dari, non poteris, aſſequi vt fide-
iuſſor non in aliam cauſſam acceptus videri debeat, qui
non obligatur ad eandem æſtimationem ſed ad mino-
rem. At ſecundum id quod verius putamus, vt eius præ-
cisè temporis quod obligatione comprehenſum eſt ra-
tionem haberi oporteat, finge minoris rem fuiſſe eo die,
ſequenti verò & exinde magis ac magis creuiſſe æſti-
mationem. Eueniet vtique vt fideiuſſor accipiatur non
in aliam ſolum, ſed etiam quod abſurdius eſt in du-
riorem cauſſam, id eſt, ad mercis æſtimationem maio-
rem, quàm quæ à reo debeatur. Ita fit vt poſterior hæc
interpretatio, præter id quod diuinatoria eſt, vt nemo
non videt, nulla ratione probabilis videri poſſit. † Illud 5
longè probabilius fuerit ſi quis dicat verba illa Africa-
ni *quo ſatis acceperit* ſic accipienda eſſe, acſi ſcriptum
eſſet *in quod ſatis acceperit.* Nam quemadmodum con-
traxiſſe vnuſquiſque in eo loco intelligitur, in quo
vt ſolueret, ſe obligauit, ſicuti ſcriptum eſt in *lege contra-
xiſſe prox. praced.* Ita dici poteſt eo tempore videri con-
tractam obligationem, in quod collata ſolutio eſt. Sed
tamen durior mihi videtur hæc interpretatio, quàm vt
facilè admitti poſſit. Quibus enim verbis poteſt apertiùs
demonſtrari, & exprimi tempus accepti fideiuſſoris ad
excluſionem temporis poſiti in obligatione, quàm illis
quo ſatis acceperit. Nec niſi valdè impropriè poſſis dicere
contractum qui hodie factus ſit de pecunia Calendis
Martiis proximis ſoluenda Calendis illis factum eſſe.
Ideóque Iulianus in *dict. l. contraxiſſe*, vtitur verbo illo
intelligitur, quod ſolet denotare, vt noſtri loquuntur, im-
proprietatem. At illa quæ ſequuntur *quo ſatis acceperit*
id tempus demonſtrant quo verè ſtipulator ſatis accepe-
rit, non quo ſatis accepiſſe intelligatur. Nullus ergo fi-
ctioni, nullus improprietati locus relinquitur. † Igitur, 10
vt tandem dicam quod ſentio, fatendum eſt, ni fallor cor-
ruptum eſſe Africani reſponſum & addita negatione
legendum *non quo ſatis acceperit*, quæ lectio facit vt legis
ſententia non ſolum vera ſit ſed aperta, illa videlicet, vt
cùm quis mercem ſtipulatus fideiuſſorem accepit, eius
temporis æſtimationem ſpectari oporteat, in quod ſti-
pulatus fuit, non eius quo ſatis acceperit. Nam & ſimili-
ter idem Africanus in *dict. l. hominem*, tractans eandem
quæſtionem cuius temporis habenda ratio ſit in æſtima-
tione ineunda, ita ſcribit *æſtimatio eius ad tempus potiùs
quo ſolutus ſit, non quo agatur referri debet.* Suſtulit verò
negotiationem imperitus interpres, exiſtimans fortaſſe
imperfectam fore legis ſententiam ſi ſic legamus, *non quo
ſatis acceperit*: quaſi demonſtrato iis verbis tempore
quod ſpectari non oportet, non etiam illo quod inſpi-
ciendum eſt. At obſeruare debuerat, imò dictionem
illam *eius*, quæ eſt in præcedentibus ſatis exprimere tem-
pus illud de quo iam Africanus locutus fuerat, id eſt,
diem in quem creditor mercem ſtipulatus eſt: quod vnum
tempus eſt cuius hac in re rationem haberi neceſſe ſit.
Denique cùm ſua Africano ſententia conſtet, etiam ſu-
blata illa clauſula quam nos emendamus *quo ſatis acce-
perit*, tollendam potiùs eam putarem, quàm mihi perſua-
dere vnquam poſſem id ſcripſiſſe aut ſenſiſſe Africanum
quod à vera rectáque iuris ratione tam euidenter abhor-
reat, nobis tamen prior illa noſtra emendatio magis
placet.

Capvt XI.

De æſtimatione rerum furtiuarum & amotarum.

Svmmaria.

1 *Non bene ab Interpretibus hactenus intellectum fuiſſe* §. 1. ff. de condict. furt.

2 *In condictione furtiua non pluris æſtimari rem furti-uam quàm quanti plurimi fuit à die litis conteſtatæ, in diem quo reſtituatur.*

3 *Quid*

3 *Quid* in l. 2. §. quæſitum. ff. de priuat. delict. per iu-
dicij accipiendi tempus, *Accurſius intelligat?*
4 *Quid interſit inter accepti & accipiendi iudicij
tempus?*
5 *In condemnationem ex cauſa condictionis furtiuæ non
poſſe venire quanti plurimi res fuit à die commiſſi
furti in diem vſque conteſtationis.*
6 *Mora in ſtrictis iudiciis ante litis conteſtationem com-
miſſa quatenus ratio habeatur?*
7 *Verba illa* d. §. 1. l. 8. ſemper moram fur facere vide-
tur. *quo referenda ſint?*
8 *Cur debitor qui ſpeciem deteriorem factam poſt moram
reddit non liberetur?*
9 *Solo furum odio factum eſſe, vt quanti plurimi res ſub-
repta vnquam fuit à die litis conteſtatæ in diem vſ-
que condemnationis præſtetur.*
10 *Pleraque alia abſque iuris ratione ſolo furum odio con-
ſtituta eſſe.*
11 *Illud furis odium efficere non poſſe vt rei furtiuæ æſti-
matio iudicij accipiendi tempus retrorſum egre-
diatur.*
12 *Stephani interpretatio ad* §. quæſitum. l. 2. ff. de pri-
uat. delict. *reiicitur.*
13 *In quo Cuiacius furis condictionem deteriorem vel me-
liorem faciat?*
14 *In condictione furtiua furem à die litis conteſtatæ te-
neri quanti plurimi res erit vel minimo inſtanti vſ-
que ad tempus rei iudicatæ.*
15 *Reſpondetur ad* l. 9. ff de in lit. iurand. *& differentia
indicatur inter actionem furti & condictionem fur-
tiuam.*
16 *In actione furti rem ſubreptam ex actionis iureiurando
æſtimari, in condictione furtiua rei æſtimationem ex
poſt facto creſcere.*
17 *Cur rerum amotarum æſtimatio ad id tempus quo
amota ſunt referatur?*
18 *Actionem rerum amotarum in locum actionis furti &
condictionis furtiuæ ſubſtitutam fuiſſe.*
19 *Et cui furtum factum eſt iniuriam non fieri, ſi furti
actione agens præteriti duntaxat temporis æſtima-
tionem quæ forte minor fuit, conſequatur.*
20 *Re furtiua vilioris pretij facta extante, non æſtimatio-
nem quanti plurimi res vnquam fuit, ſed corpus ip-
ſum condicendum eſſe.*
21 *Extante ſpecie debita non ob id creſcere condemnatio-
nem quod æſtimatio eius poſt moram decreuerit, niſi
quum poſt moram deterior facta eſt.*
22 *Cur in condictione furtiua in litem non iuretur ſi res
poſt litem conteſtatam extare deſierit?*
23 *Condictionem furtiuam hac parte à cæteris actionibus
ſtricti iuris differre.*
24 *Differentia inter actionem rerum amotarum, & con-
dictionem furtiuam.*
25 *Vltima verba* l. pen. rerum amot. *quomodo ſint acci-
pienda?*
26 *Cur in actione furti iuretur tanti rem fuiſſe quum
furtum factum eſt?*

1 VEreor † ne interpretes omnes & noſmetipſos in
hunc vſque diem deceperit, quod Vlpianus ſcribit
in lege in re furtiua. 8. §. 1. *Dig. de condict. furt.* Si ex cauſ-
ſa furtiua res condicatur, & quæratur cuius temporis æ-
ſtimatio fieri debeat, id tempus ſpectandum eſſe quo res
vnquam plurimi fuit. Sic enim id & à veteribus, & à
recentioribus interpretibus acceptum eſt vt quanti plu-
rimi res fuit à die furti contracti, tanti condemnatio fiat
2 ex cauſſa furtiuæ condictionis. † Quod tamen non ita
eſt. Nam vt idem Vlpianus *in l. 2. §. quæſitum de priuat.
delict.* condictio ex cauſſa furtiua non egreditur re-
trorſum iudicij accipiendi tempus, id eſt non pluris
æſtimatur res furtiua quàm quanti plurimi fuerit à die
litis conteſtatæ in diem vſque quo reſtituatur: ſiquidem
iudicij accipiendi tempus aliud non eſt apud iuris noſtri
auctores quàm tempus litis conteſtatæ, cùm ita ius eſſet
vt non niſi lite apud prætorem conteſtata iudices ab
eo dari, & conſequenter à litigatoribus accipi ſole-
rent. † Et ridiculus eſt Accurſius qui ad eum locum no- 3
tat iudicij accipiendi tempus aliud non eſſe quàm tem-
pus ipſum quo furtum factum ſit, quod inquit, ab eo
die liceat domino cui res ſubtracta fuit condictionem
furtiuam exercere, déque ea iudicium accipere. Imò ve-
rò, fieri nullo modo poteſt, vt eodem tempore quo fur-
tum ſit, iudicium accipiatur, quia neceſſe eſt præcede-
re conteſtationem, quam ipſam præcedit vocatio in ius,
& alia eiuſmodi quæ ſunt præparatoria iudiciorum. † 4
Nec quicquam intereſt inter accipiendi & accepti iudi-
cij tempus, niſi quòd cum accipiendi iudicij tempus dici-
mus, illud magis propriè ſignificamus quod tunc eſt cùm
litis conteſtatio fit, cùm verò iudicij accepti, illud tem-
pus potius exprimimus quod ſtatim & immediatè ſequi-
tur conteſtationem. † Ac quoniam illud perpetuò ve- 5
rum eſt, in iudiciis ſtrictis æſtimari rem ex tempore litis
conteſtatæ præciſè, id eſt ita vt neque præcedentis, ne-
que ſequentis temporis ratio vlla habeatur, condictio
autem furtiua ſtricti iuris eſt vt & cæteræ omnes condi-
ctiones, conſequens eſt vt quanti plurimi res fuit à die
commiſſi furti, in diem vſque conteſtationis, non poſſit
venire in condemnationem. † Nec quod fur moram 6
ſemper facere intelligatur, ad rem facit. Nam ex con-
tractibus ſtrictis perinde atque ex iis qui bonæ fidei
ſunt poteſt mora contrahi ante conteſtationem, ſi debitor
congruo loco & tempore interpellatus non dederit *leg.
ſi ex legati. 23. de verborum obligation.* Sed non poteſt ea
mora facere vt creſcat rei æſtimatio, quia iudicij ſtricti
quod ex contractu ſtricto exercetur natura non patitur,
vt præcedentis moræ ratio vlla habeatur, niſi hactenus
vt ſpecie debita poſt moram perempta vel deteriore fa-
cta ſubſiſtat eadem obligatio, quæ alioqui ſi mora nul-
la contracta eſſet penitus ſublata aut ſaltem diminuta
intelligeretur *leg. ſi ſeruum 91. §. ſequitur & §. vltim.
eod.* † Et quod Vlpianus *in dict. leg. in re. §. 1.* rationis 7
loco ponit *Semper enim moram fur facere videtur*, non
ad id referendum eſt quod præcedit de præſtanda æſti-
matione quanti plurimi vnquam res fuit (nihil enim
commune habet mora cum huiuſce æſtimationis iucundæ niſi
quatenus condemnatio fieri poteſt ex bona fide, vt in om-
nibus bonæ fidei iudiciis) ſed ad proximam illam clau-
ſulam *maximè cùm deteriorem rem factam fur dando non
liberatur.* † Vera enim ratio propter quam non liberatur 8
debitor ſpeciei qui rem factam deteriorem reddit poſt
moram, illa vna eſſe poteſt, quòd moræ effectus præci-
puus & perpetuus ille eſt, vt obligationem perpetuet, qua-
lis quantáque fuit ante moram. Itaque cùm fur ſemper
& quolibet temporis inſtanti moram adeóque furtum
facere intelligatur, vt ſequenti capite dicemus, rationi
congruit vt rem factam deteriorem dando non libere-
tur, ſiue ante, ſiue poſt acceptum iudicium deterior
facta ſit, dummodo poſt admiſſum furtum. † Cur ergo, 9
inquies, ſpectamus eam æſtimationem in condictione
furtiua, vt quanti plurimi res vnquam fuit à die litis con-
teſtatæ præſtetur in diem vſque condemnationis? Alia enim
hic ratio eſt condictionis furtiuæ, alia cæterarum actionũ
quas ſtricti iuris appellamus. Reſpond. non ratione ali-
qua iuris id conſtitutum eſſe, ſed ſolo odio furis contra
iuris rationẽ. Sicut & illud, vt condictio furtiua ſoli do-
mino detur, quæ ex iuris ratione nunquam domino da-
tur *l. 1. eodem, l. vltim. Digeſt. vſufruct. quemadm. caueat. l.
1. §. vltim. de condict. tritic. §. itaque. Inſtitut. de action.*
† Et quemadmodum non poſſis rationem reddere, cur 10
in actione legis Aquiliæ ſpectetur quanti plurimi fuit
homo occiſus eo anno quo occiſus eſt, & quidem an-
no illo retrorſum computato *lege ait lex 21. Digeſt. ad
leg. Aquil.* ac non potiùs quanti plurimi res fuit pro-
ximo ſemeſtri aut biennio præterito, (ſunt enim iſta

iuris vt vocant poſitiui, ad quæ maximè pertinet quod
in *lege non omnium. D. de legibus.* non omnium quæ à
maioribus noſtris conſtituta ſunt rationem reddi poſſe)
ita nec dici poteſt, cur domino demus condictionem rei
ſuæ aduerſus furem, aut cur furem condemnemus quanti
plurimi vnquam res fuit, ex die litis conteſtatæ, vtrum-
que contra iuris regulas, niſi quia ſic conſtitui placuit
odio furis, vt & pluribus actionibus, & durius obſtrin-
11 gatur. † Cæterùm non poteſt odium furis efficere vt rei
furtiuæ æſtimatio egredi debeat retrorſum iudicij acci-
piendi tempus, quia totum illud tempus, quod inter
admiſſum furtum & litem ex condictione furtiua con-
teſtatam intercedit, domini potiùs quàm furis moræ
adſcribendum eſt, nec oportet domini conditionem
ob id fieri meliorem quod agat tardiùs ad augendam fu-
ris obligationem *arg. l. ſi ſterilis. 21. §. cùm per vendit.*
12 *de actio emp.* † Nec ſubtilior fuit Stephanus interpres
Græcus, quem Cuiacius refert & probat ad *leg. quoties.*
59 *de verborum obligat.* exiſtimans quod Vlpianus ait in
dict. l. 2. §. quæſitum de priuat. delict. ita accipiendum eſ-
ſe, ſi a die furti admiſſi in diem vſque litis conteſtatæ, &
iudicij accipiendi æſtimatio rei furtiuæ non creuerit. Hoc
enim ſenſu perinde potuiſſet Vlpianus dicere æſtimatio-
nem quanti plurimi in condictione furtiua non egredi
retrorſum rei iudicatæ tempus, ſi poneres eandem ſemper
fuiſſe æſtimationem rei furtiuæ ab eo tempore quo fur-
tum factum eſt, in diem eum vſque quo condemnatio
ſubſecuta ſit: quod tamen vix eſt vt fieri poſſit, cùm re-
rum omnium prætia, non tantùm pro locorum ſed etiam
13 pro temporum varietate mutentur. † Sicut autem Cuia-
cius alios interpretes ſecutus duriorem facit condictio-
nem furis quàm eſſe debeat, in eo quod vult teneri eum
quanti plurimi vnquam res fuit ex quo delictum admiſ-
ſum eſt. Ita facit ex contrario meliorem in eo, quod in
æſtimanda re furtiua non ſingula momenta ſpectari vult
vt quanti plurimi hoc aut illo momento fuerit inſpicia-
tur, ſed tantùm vtro tempore pluris res fuit, aut quo fur-
tum admiſſum eſt, aut quo lis conteſtata, aut quo res
14 iudicata, vel res furtiua perempta eſt. † Nam imò verò
ex quo litis conteſtatio facta eſt, incipit fur teneri quan-
ti plurimi res erit, vel minimo, ſi dicere liceat, inſtanti:
quare non ob id melioris erit conditionis quod rei iudi-
catæ tempore idem ſit rei valor, qui fuit conteſtationis
tempore, aut etiam fortaſſis minor, ſi modò inter ea
tempora pluris res fuit quemadmodum & in actione
legis Aquiliæ contingit, vt quamuis non plus ſit ſeruus
occiſus, eo tempore quod occiditur, quàm fuerit primo
die anni illius retrorſum computati, non tamen ideir-
co liberetur occiſor, quin æſtimationem illam quæ me-
dio tempore longè maior extitit præſtare teneatur:
alioquin non erat cur lex ea verba *quanti plurimi* vſur-
paret ſi hoc, aut illud tempus preciſè ſpectari voluiſſet.
15 † Non eſt contrarium ſuperioribus quod Iauolenus ſcri-
bit in *l. cùm furti. 9. De in lit. iurand.* Cùm furti agitur,
iurare oporteat tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt.
Differt enim hac parte actio furti à condictione furtiua,
quia licet vtraque competat aduerſus furem æquè omni
caſu odioſum, tamen actio furti competit ad vindictam
delicti, condictio autem ad ſolam rei perſecutionem.
Proinde delicti tempus neceſſario ſpectandum eſt cùm
agitur de vindicando delicto, vt pœna delicto reſpon-
deat: tametſi in duplo illo, vel quadruplo quod pro furti
pœna debetur ſimplum quoque id eſt rei ipſius pretium
continetur: *l. in furti actione. 50. D. de fur. §. in duplum.*
Inſtit. de action. Cùm autem agitur de re perſequenda,
id eſt cùm res furtiua condicitur, non ad tempus de-
licti, ſed ad actionis ius & naturam reſpiciendum eſt,
niſi quatenus odium furis ſingulare aliquod ius inducit:
itaque, ab eo duntaxat tempore quo agi, incipitur
16 ineundæ æſtimationis ratio ſumi debet. † Inde illa
etiam differentia, quod in actione æſtimatur res ex
actoris iureiurando *d. l. cùm furti,* nimirum ſi furti actio
iure dominij deferatur vt Papinianus loquitur in *l. ſi*
vendidero. 80. §. 1. de furt. & res ipſa non reſtituatur, quia
non eſt cogendus dominus rem ſuam iuſto pretio ven-
dere *l. non enim. 9. D. rer. amot.* Nam ſi res ipſa extet ac
reſtituatur, non quanti rem fuiſſe, actor in litem iurane-
rit, ſed verum rei pretium duplatur, aut quadruplatur.
d. l. in furti actione, vbi quod ſequitur *ſed etſi res in rebus*
humanis eſſe deſierit cùm iudicatur, nihilominus condem-
natio facienda eſt, idémque etſi nunc deterior ſit æſtima-
tione relata in id tempus quo furtum factum eſt: Oſtendit
ſatis in omni caſu idem iuris eſſe vt inſpecto ſolo furti
tempore æſtimationem iniri oporteat. † Nam & in actio- 17
ne rerum amotarum ſimiliter obtinere dicimus, vt ea-
rum æſtimatio ad id tempus quo amotæ ſunt referri de-
beat, *l. penult. D. rer. amot.* non alia ratione quàm quia, vt
lex ſtatim ſubiicit, *veritate furtum ſit, etſi lenius coerce-*
tur mulier, vt intelligamus nullam hac parte differentiam
inter actiones furti, & rerum eſſe amotarum. Etſi non
ignoro placuiſſe quibuſdam ex prudentibus, Si rei fur-
tiuæ æſtimatio penes furem creuerit, condemnationem
quoque in actione furti creſcere debere vt ſequenti ca-
pite dicemus. At in condictione furtiua creſcit æſtima-
tio ex poſt facto, nec ob id tamen iuratur in litem ſed rei
vindicatione, aut ad exhibendum neceſſariò agendum
eſt vt iurari poſſit. Eleganter autem Tryphoninus in *dict.*
l penultim. differentiam hanc quam inter actionem fur-
ti, & condictionem furtiuam eſſe dicimus, probat cùm
ſubiungit *ſed ſi pluris facta res non reſtituuntur quæ amota*
ſunt, creſcit æſtimatio vt in condictione furtiua rei. Non
ſcripſit *vt in actione furti,* ſed *vt in condictione furtiua rei,*
quia in actione furti verius eſt non creſcere æſtimatio-
nem. † Ex quo apparet actionem rerum amotarum ſub- 18
ſtitutam eſſe in locum duplicis illius actionis quæ aduer-
ſus alios fures datur, ſcilicet actionis furti, & condictio-
nis rei furtiuæ ideoque ex vtraque aliquid ſumere quod
imitetur. Sumit ex actione furti, vt ſi pluris fuerunt res
amotæ cùm amotæ ſunt, quàm nunc ſint, ad id tempus
amotionis referenda ſit æſtimatio. Ex furtiua autem con-
dictione, vt ſi pluris nunc res ſint cùm agitur, præſens
æſtimatio debeatur: ne alioqui quod odio mulieris quæ
res amouit conſtitutum eſt de reuocanda æſtimatione ad
tempus delicti, eidem proſit ſi auctæ æſtimationis nulla
proſus ratio habenda ſit: idque ita ſtatui neceſſe fuit,
cùm placuerit nullam aliam ob res amotas præter quàm
rerum amotarum actionem dandam eſſe. † At cùm ei 19
furtum factum eſt qui & furti agere & condictionem
furtiuam exercere poteſt, verendum non eſt ne fiat do-
mino iniuria ſi furti actione præteriti duntaxat temporis
æſtimationem quæ fortè minor fuit conſequatur, cùm
indemnitati ſuæ poſſit conſulere propoſita condictione
furtiua, per quam conſecuturus ſit rem ipſam & corpus
ipſum, ac proinde quanti nunc eſt ſi extat, ſin extare aut
apparere deſiit, ipſius æſtimationem quæ tunc eſt cùm
agitur, aut quæ ab eo tempore creſcet in tempus vſque
condemnationis. † Quæ Vlpiani ſententia eſt in *dict. leg.* 20
in re, in princip. & §. 1. de condictione furt. ex quo
loco illud etiam notandum eſt, ſi res furtiua extet quæ
non deterior quidem, ſed tamen vilioris pretij facta ſit,
non idcirco condicendam æſtimationem quanti pluri-
mi vnquam res fuit, ſed corpus ipſum condicendum
eſſe, nec aliter admitti condictionem aut præſtationem
æſtimationis, quàm ſi corpus ipſum præſtari non poſ-
ſit, licet verum ſit furem perpetuò moram facere vi-
deri. † Quod cùm ita ſit, negari non poteſt quin ve- 21
riſſimum ſit quod nos contra interpretes diſputauimus
in ſuperioribus, extante ſpecie quæ debetur non ob
id creſcere condemnationem quòd æſtimatio eius
poſt moram decreuerit, ſed ipſam ſpeciem nihilomi-
nùs, & in condemnationem deducendam, & præ-
ſtandam eſſe, niſi cùm poſt moram deterior facta eſt:
alioqui cùm fur moram perpetuò facere videatur, vtique
non magis liberaretur reddendo ſpeciem ſubreptam
vilioram

vtiliorem factam, quàm reddendo deteriorem: quod ſi
ita eſſet non ſpecies ei condicenda eſſet, ſed æſtimatio,
quæ aut furti, aut conteſtationis tempore fuiſſet. Neque
tamen ideo melior furis conditio fit, quia quia quanto
pluris res fuit ipſo furti tempore per actionem furti vt
diximus, adeóque duplum aut quadruplum eius pretij
22 conſequi dominus poteſt. † Sicut & dicimus in condi-
ctione furtiua non iurari in litem ſi res extare deſierit
poſt litem conteſtatam, aut ſi extet quidem, ſed dolo malo
furis non reſtituatur, quia nec neceſſe eſt, cùm is qui agit
condictione furtiua poſſit etiam agere furti in qua actio-
ne cenſeat iurari in litem *dict. leg. cùm furti*: ſicut & in
rei vindicatione, & in actione ad exhibendum *l. in actio-
nibus. 6. de in lit. iur.* quæ omnes actiones competunt do-
23 mino aduerſus furem cum condictione furtiua. † Atqui
dicat aliquis etiam in actionibus ſtrictis iuratur in litem
quoties poſt moram res perempta eſt ante conteſtatio-
nem *dict. l. in actionibus, §. planè.* Cur non ergo idem
in furtiua condictione ſeruatur? Reſpondeo non dif-
ferre condictionem furtiuam à cæteris actionibus ſtri-
cti iuris, quoniam & in ea iuratur ſi ſeruus furtiuus de-
ceſſerit ante conteſtationem, propter moram. Poſt con-
teſtationem verò eam eſſe differentiam, quod in condi-
ctione furtiua ſpeciali iure receptum eſt odiò furis, ſicuti
iam diximus, vt quanti plurimi vnquam res fuit à tem-
pore litis conteſtatæ, præſtare fur debeat: in cæteris
actionibus ſtrictis, non item, ex quibus ſcilicet æſti-
matio debetur quæ fuit tempore litis conteſtatæ. Secun-
dum quam diſtinctionem accipi debet quod Paulus
ſcribit in *l. eum qui. 30. §. de iureiur.* de æſtimatione ſer-
ui mortui præſtanda in condictione furtiua ant poſt
24 moram. † In eóque rurſum differt actio rerum amota-
rum à condictione furtiua: nam in illa iuratur in litem ſi
mulier res, quas amouit, & quæ extant nolit reſtituere *l.
ſi cùm dos 8. §. 1. & l. ſequent. rer. amot.* quia vt dixi actio
rerum amotarum non tantùm condictionis furtiuæ loco
eſt, ſed etiam pro actione furti, in qua ſi competeret, iura-
ri poſſet. † Ergo quod ſcriptum eſt in *dict. l. penult. eodem.*
25 Si res amotæ pluris factæ non reſtituantur, creſcere æſti-
mationem vt in condictione rei furtiuæ, non ita acci-
piendum eſt vt in actione rerum amotarum perinde ac
in furtiua condictione æſtimētur res quanti plurimi vn-
quam fuerunt, quomodo putat Bartolus, ſed vt præ-
ſens earum æſtimatio quæ nunc maior eſt debeatur, quæ
tamen non deberetur ſi ad exemplum actionis furti, ma-
gis quàm condictionis furtiuæ actio illa commodaretur.
Rurſus id ita accipiendum videtur, ſi maritus eius res
amotæ ſunt velit res ſuas pretio ſuo vendere, nec malit
in litem iurare, ductus fortaſſis ea ſuperſtitione quæ ple-
roſque tenet, vt etiam de ea re quam exploratiſſimam
habeant, iurare nolint, vt in *l. quod ſi poſſeſſor. 7. de rei
vindicat.* Nam ſi maritus petat deferri ſibi iuſiurandum
in litem, non eſt ei denegandum, nec cogendus ille vt
ſuo pretio rem ſuam vendat *l. non enim. 9. D. eod. l. ſi filio-
familias. 25. §. 1. D. ſolut. matrim.* vbi eandem ferè ratio-
nem Paulus reddit, his verbis *quia inuitis nobis res no-
ſtras alius retinere non debeat*: quæ tamen ratio oſtendit,
non aliter in litem iurari quàm ſi mulier reſtituendæ rei
amotæ facultatem habeat, nec reſtituat. Si enim non
poſſit nunc reſtituere, nec dolo malo fecerit quominùs
poſſet, licèt ab initio dolum admiſerit in rebus ipſis amo-
uendis, non poteſt contra eum iurari in litem, quia iuſ-
iurandum hoc non ad præteritum ſed ad præſentem do-
lum vindicandum deferri debet: ideóque prodeſſe hoc
caſu poteſt quod dicimus in actione rerum amotarum
creſcere æſtimationem: cuius ſententiæ nullus alioquin
effectus eſt, cum iuratur in litem: quid enim referret an
hoc an illud tempus ſpectandum diceres, eo caſu quo
non ex veritate aut communi hominum exiſtimatione,
ſed ex proprio actoris arbitrio, & iureiurando res æſti-
26 matur? † Excipio caſum illum quo furti agitur. Tunc
enim iurandum eſt tanti rem fuiſſe cùm furtum factum
eſt *dict. l. cùm furti*, quia in actione furti non agitur de
conſequenda rei ſubtractæ æſtimatione, ſed de conſe-
quendo duplo aut quadruplo pro pœna furti quamuis in
eo duplo aut quadruplo etiam ſimplum vt diximus con-
tineatur: neque poteſt iniri ratio dupli aut quadrupli,
quin certa primùm ſimpli quantitas fuerit conſtituta:
cumque duplum æſtimetur ex ſimpli comparatione nec
poſſit aut debeatur furti pœna ex poſt facto creſcere. Om-
nino conſequens eſt vt tum etiam cum iuratur in litem
ab eo qui agit furti, æſtimatio referenda neceſſariò ſit ad
id tempus, quo furtum admiſſum fuit, in neceſſarium
antecedens æſtimandi dupli, quod niſi eo tempore inſpe-
cto quale quantúmque ſit ſciri poteſt.

Capvt XII.

Defenſio Iureconſultorum in quæſtione l. ei qui 9. D. de furt. & obſeruata in ea lege Triboniani manus, & in l. iuſiurandum 34. §. non ſemper. D. de iureiur.

SVMMARIA.

1 *An vſque adeò furtum perpetuò facere fur exiſtimetur, vt ſi rei furtiua æſtimatio creuerit furti quoque pœna & condemnatio ex ea cauſa creſcere debeat.*
2 *Ex Celſi & Vlpiani ſententia res furtiua æſtimationem creſcere ſi ea melior, aut citra vllam immutationem penes furem pretioſior facta ſit.*
3 *Pomponio & Iauoleno contra viſum fuiſſe, non ideò magis creſcere condemnationem quod res furtiua æſtimatio penes furem creuerit.*
4 *Legem* 9. ff. de in lit. iurand. *quæ Iauoleni eſt, de actione furti non de condictione furtiua intelligendam eſſe.*
5 *In duplo vel quadruplo, quod pro furti pœna exigitur, ſimplum quoque id eſt rei furtiua æſtimationem contineri.*
6 *Tryphonini ſententia in* l. pen. ff. rer. amot.
7 *In quo rerum amotarum actio condictioni furtiua, in quo item actioni furti ſimilior ſit.*
8 *Superior Celſi ſententia magis probatur.*
9 *Reſpondetur ad rationem quæ pro Iauol. Pomponij & Tryphonini ſententia vrgere videbatur?*
10 *Paulum cum Celſo in propoſita quæſtione idem ſentire.*
11 *Obſcurum eſſe quod Accurſius ad* l. in furti. ff. de furt. *annotauit.*
12 *Emendatur & explicatur* l. ei qui 9. ff. de furt.
13 *Re furtiuâ per alterutram actionem, ſiue condictio ſiue vindicatio illa ſit receptâ, alteram ipſo iure ſublatam eſſe.*
14 *Tribonianum in* d. l. ei qui *multa de ſuo addidiſſe.*
15 *Quando actor qui furti primum agens dupli aut quadrupli pœnam conſecutus eſt, vindicationem aut condictionem ſaluam habeat?*
16 *Triboniani non Vlpiani eſſe integrum,* §. non ſemper, l. iuſiurandum. 34. ff. de iureiur.
17 *Ea quæ hoc ſuperiori capite de re furtiua æſtimanda dicta ſunt, ad eum caſum pertinere quo furti actio iure dominij deferatur.*

QVæſtio † nec inelegans eſt, nec indigna ſanè quæ 1
diſſentientes habuerit ipſos prudentes noſtrique
iuris auctores, an aſſidua rei furtiuæ contrectatione vſ-
que adeò furtum perpetuò facere fur exiſtimetur, vt ſi
rei furtiuæ æſtimatio creuerit, creſcere quoque debeat
furti & pœna & condemnatio irroganda ex ea cauſſa.
Sæpiùs enim furtum fieri conſtat *leg. quamuis. 6. De furt.*
non vt plura furti eſſe exiſtimentur (vnum namque
duntaxat furtum eſt *l. inficiando. 67. §. infans eod.*

vnáque actio furti aut manifeſti aut nec manifeſti, quale illud ab initio fuerit, *l.ſiue igitur.5. iunct.d.l.quamuis eod.* (ſed vt quemadmodum moram in re furtiua reſtituenda ſemper facere fur creditur *l. in re furtiua.8.§.1. D.condict. furt* & ita ſemper furtum facere videatur, id eſt furtum iam factum continuare, vt Celſus loquitur *in d. §.infans.* nec valde diſſimiliter Vlpianus *in leg. in furti actione.50. eod.* in illis verbis *quia & tunc furtum eius factum eſſe verius eſt.* † Fuerunt qui putarent æſtimationem rei furtiuæ creſcere ſi res furtiua aut melior, aut citra immutationem vllam pretioſior facta ſit penes furem, ideóque duplari debere quanti vnquam apud eum plurimi res fuit. Qua in ſententia fuit Celſus *in d.§ infans.* vbi tractat de infante ſubrepto qui apud furem adoleuerit: & ait, tam adoleſcentis furtum factum eſſe quàm infantis, licèt vnum duntaxat furtum ſit: nec dubitare ſe quin adoleſcentis potiùs quàm infantis æſtimationem fieri oporteat. Quid enim, inquit, tam ridiculum eſt quàm meliorem furis conditionem conſtituere propter continuationem furti? Eandémque ſententiam ſecutus videtur Vlpianus *in d.l.in furti.50. eod. titu.* Nam licèt eo caſu quo res furtiua in humanis eſſe deſierit cùm iudicatur, aut quo deterior eſſe cœperit, velit ille referri æſtimationem ad id tempus quo furtum factum eſt, ſi tamen è contrario pretioſior facta ſit, eius duplum quanti tunc cùm pretioſior facta eſt, fuerit, æſtimandum eſſe vult, quia inquit & tunc furtum eius factum eſſe ve-
3 rius eſt. † Alijs contra probabilius viſum eſt, ei qui furti actionem habet, aſſidua contrectatione furis non magis furti actionem naſci poſſe, ne in id quidem in quod creuiſſet poſteà res ſubrepta: quæ Pomponij verba ſunt *in l.ei qui.9.eod.tit.* Nec aliud fuit iudicium Iauoleni *in leg. cùm furti.9. De in lit. iur.* vbi ſcribit, cùm furti agitur iurare ita oportere, tanti rem fuiſſe cùm furtum factum ſit, relata ſcilicet æſtimatione ad tempus furti, nec adhibita ea diſtinctione quam Accurſius de ſuo capite adhibet
4 pluriſne tunc res fuerit, an minoris. † Nam quod idem Accurſius poſt Azonem probat intelligendam eſſe eam legem de condictione furtiua non de actione furti, ridiculum eſt: cùm diſertis verbis Iauolenus exprimat de furti actione ſe tractare non de furtiua condictione quam paſſim Iureconſulti ſeparant ab actione furti, vt pote cùm vna rei altera pœnæ perſecutionem contineat *l.ſi pro fure 7.§.1. D.de condict.furt.* ob idque nec condictio tollatur per actionem furti, nec contrà, furti actio per condictionem, quia nunquam pœnalis tollit eam quæ rei perſecutoria eſt aut ex diuerſo *leg.ſi pignore 54.*
5 *§ cùm furti. D.de furt.* † Neque tamen ob id recta eſt Azonis ratiocinatio, cùm de furti actione Iauolenum intelligi poſſe idcirco negat, quòd actio furti ad pœnam detur non ad rem aut ad rei æſtimationem. Quanquam enim ita eſt, tamen in duplo illo aut quadruplo quod pro furti pœna exigitur, ſimplum vtique continetur, id eſt rei furtiuæ æſtimatio, vt omnes & prudentes & interpretes conſentiunt. Proinde non aliter ſciri poteſt quid & quantum pœnæ nomine debeatur, quam ſi priùs conſtet quid ſit in ſimplo, id eſt quanti ſit res æſtimanda. Quod ipſum in actione furti fit per iuſiurandum in litem, ſi fur rem ſubtractam non reſtituat, quia non eſt cogendus dominus rem ſuam iuſto pretio vendere: quam tamen vendere intelligitur cùm eius accipit æſtimationem: litis enim æſtimatio pro emptione & venditione eſt. Sed ſi res extet & reſtituatur, non quanti dominus in litem iurare paratus ſit, ſed verum rei pretium duplandum aut quadruplandum eſt *d. l.in furti*: pretium, inquam, verum quod fuit tempore admiſſi furti non quod nunc eſt ſi Iauoleno credimus *in d.l.cùm furti.* Nam quod æſtimanda res ſit per iuſiurandum in litem, aut citra iuſiurandum non poteſt inducere diuerſitatem iuris ad conſtituendum tempus quod inſpici debet in rei
6 æſtimatione ineunda. † Idemque Tryphoni iudicium fuiſſe apparet non obſcure *ex l.pen. D. de rer. amot.* quo loco ait rerum amotarum æſtimationem ad tempus quo amotæ ſunt, referri debere, tum rationem ſubiicit *nam veritate furtum fit, etſi leniùs coërcetur mulier.* Quæ ratio prorſus inepta eſt, niſi ſubintelligas in actione furti ſimiliter referri æſtimationem ad id tempus quo furtum factum fuit, non ad præſens, id eſt quod tunc eſt cùm agitur, aut cùm res iudicatur. Nec contrarium eſt quod in ea ipſa lege ſequitur, ſi pluris factæ res quæ amotæ
ſunt non reſtituantur, creſcere æſtimationem. † Subiun- 7
git enim *vt in condictione furtiua rei*, non autem quod notandum eſt *vt in actione furti*, quoniam hac parte actio rerum amotarum condictioni furtiuæ ſimilior eſt quàm actioni pœnali furti, quamuis è contrario ſimilior ſit actioni furti in eo, quod nunquam æſtimantur res amotæ quanti plurimi fuerunt, vt fit in condictione furtiua, ſed aut quanti tunc fuerunt cùm amotæ ſunt, aut quanti nunc ſunt, quemadmodum ſuperiore capite interpretati ſumus, indéque eſt quod actionem rerum amotarum actioni furti ſimilem dicimus non condictioni furtiuæ in referenda æſtimatione ad tempus admiſſi delicti, cùm in furtiua condictione æſtimatio non egrediatur retrorſum iudicij accipiendi tempus, id eſt litis conteſtatæ, *l.2.§ quæſitum. D.de priuat. delict.* Et hæc poſterior ſententia magis conuenire videtur rationi iuris propter regulam quæ habet nunquam creſcere ex poſt facto præterin delicti æſtimationem *l.omnis hereditas 134. §.1. de*
reg.iur. † Mihi tamen ſi iudicium interponere liceat, ma- 8
gis placet contraria. Ratione illa quam Celſus adfert *in d.§.infans*, quod ridiculum ſit exiſtimare meliorem furis conditionem eſſe debere ob ipſam furti continuationem. Nam & huic eleganter ad ſupradictam iuris regulam reſponderi poteſt, creſcere ſcilicet furti æſtimationem quia non præteritum ſed præſens delictum eſt quod con-
tinuatur. † Illa potiùs ratio pro Iauoleno, Pomponio & 9
Tryphonino vrgere videtur quod vna duntaxat furti actio eſt. Neque enim id Celſus ipſe negat, & ad id maximè Pomponius reſpicit *in d.l.ei qui*, illis verbis *non magis furti actio naſci poteſt.* Sed tamen reſpondet Celſus ſubtiliter, alienum id eſſe à propoſita diſputatione, probátque optimè hoc argumento quo ſi infans hic furtiuus furi ſubreptus foret, ac rurſus is à fure altero eum recuperaſſet, etiamſi duo furta feciſſet, non apliùs tamen quàm ſemel cum eo agi poſſet furti: nec ob id minùs ſecundi furti tempus ſpectandum eſſet, etiam ſecundum eorum ſententiam qui ſolum furti tempus præcisè ſpectari volunt. Hoc enim neceſſariò intelligendum eſt vt recta ſit ratiocinatio: & veriſſimè dicuntur, quia fieri nequit vt non ſint duo furta, cùm duæ ſunt ex interuallo diſtinctæ contrectationes: neque rurſus vt cum dūo ſunt furta, poſterioris non æquè ac prioris tempus inſpici opor-
teat ſi tunc pluris quàm antea res fuit. † Videtúrque hæc 10
ſententia tandem receptior fuiſſe: quam & Paulus probat *in leg.argento 13.de condict. furt.* vbi ait ex argento ſubrepto facta pocula ſic condici poſſe, vt etiam celaturæ æſtimatio fiat, quæ impenſa furis facta eſt, quemadmodum inquit, ſi infans ſubreptus adoleuerit æſtimatio fit adoleſcentis: quamuis cura & ſumptibus furis creuerit. Non eſt igitur quod in Iuriſconſultis hic conciliandis, qui tam probabiles diſſentiendi cauſſas habuerunt
diutiùs laboremus. † Neque verò bene intelligo quid ſibi 11
Accurſius velit *in d.l.furti*, cùm ait aucta rei furtiuæ æſtimatione pœnam quidem augeri, ſed nec geminari. Non enim fieri poteſt, quin aucto ſimplo duplum quoque vel quadruplum augeatur, quod ſcilicet ex comparatione & proportione ſimpli neceſſariò conſtituendum
eſt. † Et malè vulgata lectio *in d.l. ei qui.* habet, *in quod* 12
decreuiſſet, cùm legendum ſit vt Florent. *in quod decreuiſſet.* Sequitur *in d.l.ei qui*, ſi rem furtiuam à fure vindicauero, condictionem mihi manere: quod ſane ſic accipiendum eſt ſi rem ita vindicauero, vt tamen eam non
receperim. † Nam recepta re, nemo dubitat quin con- 13
dictio ſalua eſſe non poſſit, ſicuti nec vindicatio ſupereſſet.

eſſet, ſi ex condictione furtiua dominus rem ſuam à fure recuperaſſet, cum vtraque ſit rei perſecutoria, nec heri queat vt perſequatur quis eam rem quam ſit iam conſecutus *d.l. ſi pignore, §. cùm furti*. Plus enim eſt conſequi rem ex vindicatione quàm vindicare. Vindicat enim qui in iure dicit rem ſuam eſſe: licet non ſtatim dominus pronuncietur, aut ei res ipſa reſtituatur: neque ſemper tam citò aut tam facilè reſtitutio ſit. Denique hoc Pomponius vult ſola electione vindicationis non tolli condictionem, aut contrà, ſed ita demùm perimi alteram, ſi
14 ex altera effectus ſubſecutus ſit rei reſtitutæ. † Et tamen non intelligens Tribonianus hanc Pomponij tam apertam ſententiam, ſubiecit de ſuo totam illam clauſulam quæ ſequitur ad finem vſque legis, *ſed poteſt dici*, inquit, *officio iudicis qui de proprietate cognoſcit contineri vt non aliter iubeat reſtitui, quam ſi condictionem petitor remitteret, quòd ſi ex condictione ante damnatus reus litis æſtimationem ſuſtulerit, aut omnimodo abſoluat reum, aut, quod magis placet, ſi paratus eſſet petitor æſtimationem reſtituere, nec reſtitueretur ei homo, quanti in litem iuraſſet damnaretur ei poſſeſſor*. Scilicet exiſtimauit Tribonianus hanc Pomponij ſententiam fuiſſe vt dominus qui ex vindicatione rem ſuam eſſet conſecutus, poſſet nihilominùs adhuc condicere. Nam ſi admittas quod verum eſt, recepta re furtiua alterutram actionem ſiue vindicatio ſiue condictio illa ſit, alteram ipſo iure ſublatam eſſe, quid neceſſe eſt vt iudex vindicanti rem adiudicans iubeat remitti condictionem? Quid rurſum abſurdius quàm ſi is qui ex condictione litis æſtimationem aſſecutus eſt, rem adhuc quaſi ſuam vindicare velit? Iam enim diximus eam litis æſtimationem pro emptione & venditione eſſe. Quid denique ſtultius quàm illud probare quod Triboniano magis placet, vt qui iam condictionem exercuit, adeóque rei ſuæ æſtimationem ex ea conſecutus eſt, audiendus ſit ſi paratus ſit eam æſtimationem reſtituere vt ex-
15 erceat vindicationem, iuréque in litem? † Nec ſimile eſt quòd ſi actor furti primùm egerit, & dupli aut quadrupli pœnam conſecutus fuerit, ſaluam nihil ominùs habet vindicationem, & condictionem *d. §. cùm furti*. Id enim ita accipi debet ſi per actionem furti meram pœnam duntaxat exegerit, id eſt eam quantitatem quæ excedit ſimplum, non etiam ſi ſimplum quoque perceperit, quandoquidem ſimplum illud nihil aliud quàm ipſa res eſt, quam porro bis conſequi actor non poteſt. Meminit autem Tribonianus vt ſolet officij iudicis, ad temperandam iuris nimiam aſperitatem, quaſi hîc pugnaret illa cum
16 æquitate, quod falſum eſt. † Non valdè diſſimile eſt quod idem ni fallor, Tribonianus *in l. iuſiurandum & ad pecunias 34. De iureiuran.* Vlpianum corrupit addito integro illo §. *non ſemper*, vbi ita ſcriptum eſt, *non ſemper autem conſonans eſt per omnia referri iuſiurandum quale defertur: forſitan ex diuerſitate rerum vel perſonarum quibuſdam emergentibus quæ varietatem inducunt, idcóque ſi quid tale inciderit, officio iudicis conceptio huiuſmodi iuſiurandi terminetur.* Quis enim ea verba non videt Tribonianum ſapere magis quàm Vlpianum? Præſertim quod ait *terminetur*. Imperantis enim verbum illud eſt, non hominis de iure aut ſcribentis aut reſpondentis. Vlpiani au-
17 tem non fuit, ſed Triboniani agere Imperatorem. † Cæterùm quæ toto hoc capite itémque ſuperiore diximus de æſtimanda re furtiua, ad eum caſum pertinent, quo furti actio iure dominij deferatur, id eſt quo is qui furti agit agat, quia dominus & tanquam dominus. Nam ſi ſola vtilitas æſtimationem faciat, id eſt ſi quis ob id agat furti non quod ſit dominus, ſed quod ſua interſit ad æſtimationem corporis furti actio referri non poteſt vt Papinianus tractat *in l. ſi vendidero 80. §. 1. De furt.*

CAPVT XIII.

De iureiurando, quod interpretes appellant veritatis.

SVMMARIA.

1 *Duo à Bartolo requiri vt hoc iuſiurandum veritatis deferri poſſit.*
2 *Nullum iuſiurandum in litem eſſe quod non ſit affectionis.*
3 *Iuſiurandum quod Bartolus* veritatis *appellat* neceſſitatis *potius dici debere.*
4 Huic *iuramento non dolum præcedentem non probationum difficultatem ſed impoſſibilitatem locum facere.*
5 *Exemplo confirmatur dolum præcedentem ad hoc iuſiurandum non requiri.*
6 *Cur ad eiuſmodi iuſiurandum mora exigatur?*
7 *Re poſt moram peremptâ eius æſtimationem præſtandam eſſe, ac ſi res ipſa extaret.*
8 *Eam æſtimationem per iuſiurandum neceſſitatis ineundam ad præſens non ad præteritum tempus referre.*
9 *Cur in ſpecie* l. penult. ff. de condict. tritic. *res perempta iureiurando non æſtimetur?*
10 *In æſtimanda ſpecie quæ poſt diem quo dari debuit perempta eſt, ſuperiori iureiurando locum non eſſe.*
11 *Marcianum in* §. planè, l. in actionibus, ff. de in lit. iurand. *ad deferendum iuſiurandum veritatis ſola probationum impoſſibilitate moueri.*
12 *Homine ex contractu ſtricti iuris poſt litis conteſtationem perempto iuſiurandum illud actori deferendum non eſſe.*
13 *Potentius aliquando eſſe ius conteſtationis, quàm moræ præcedentis per interpellationem contractæ.*
14 *An in bonæ fidei iudiciis re debitâ poſt moram peremptâ huic iuriiurando locus ſit?*
15 *An ſi homo ex b. f. iudicio debitus & petitus poſt litem conteſtatam deceſſerit, iuſiurandum illud in litem deferri actori oporteat?*
16 *Condemnationis tempus in b. f. iudiciis non adeò ſpectari vt litis conteſtatæ dies negligatur.*
17 *Non bene à Bartolo exemplum iuriſiurandi quod vocant* veritatis *petitum eſſe ex* l. nummis 3. ff. de in lit. iur.
18 *Ratio propter quam in illa lege iurare in litem licet.*
19 *Tria in ſpecie eius legis concurrere neceſſe eſſe vt iurari poſſit.*
20 *Verſiculum*, niſi fortè. *in* d. l. 3. *Triboniani potius quàm Vlpiani eſſe.*
21 *In* l. ſi quando. C. vnde vi. *nouum genus iuriſiurandi proponi.*
22 *Rerum ſubreptarum quantitatem per iuſiurandum ex illa lege probari poſſe, & probata quantitate æſtimationem per iuſiurandum probari.*
23 *Duplex tamen iuſiurandum interponendum non eſſe.*
24 *Iuſiurandum illud nec veritatis, nec neceſſitatis, ſed potius* affectionis *dicendum eſſe.*

ET ſi iam ſatis multa in ſuperioribus præſertim cap. X. diſputauimus de iureiurando illo quod interpretes veritatis appellant, & probauimus tale nullum eſſe, attamen paulò diligentiùs id nobis nunc tractandum eſt, quia video totam hanc rem non ſolùm ab antiquioribus interpretibus, ſed etiam à recentioribus malè explicatam. † Bartolus quem cæteri hac in re, vt in alijs ferè omnibus Ducem ſequuntur, ad *l. in actionibus 7. De in lit. iur.* 1 duo neceſſaria eſſe ſcribit ad hoc vt huiuſmodi iuſiurandum in litem deferri poſſit, dolum eius contra quem iuratur, & difficultatem probationis. Dolum inquam,

non

non præſentem vt in iureiurando quod ille vocat adfe-
ctionis ſed præteritum, ideóque nec iurari hoc caſu quã-
ti fuit, æſtimatione ad præteritum tempus relata huiúſque
iuriſiurandi exempla petit ex *d.l.id actionibus, §.plane, &*
l.numis 3.eodem, & l.ſi quando, C.vnde vi. Omnia malè, &
3 ſi quid vnquam Bartolus, peſſimè. † Nullum enim iuſ-
iurandum in litem eſt quod non ſit adfectionis, ſiue cer-
ta res quæ debetur æſtimanda ſit, vt in *d.§ planè*, ſiue id
quod intereſt actoris, vt in *d.l. numis.* Quamquam non
vſque adeò adfectioni iurantis indulgere debet iudex,
qui iuſiurandum defert, quin aut ab initio taxare poſſit
quantitatem ad quam vſque iurandum eſt, aut poſt iu-
ſiurandum præſtitum ſi in infinitum aut immenſum iu-
ratum ſit, immodicam iurantis adfectionem refrænare,
4 *l.videamus 4.§.iurare eo.* † Ergo quod Bartolus veritatis
iuſiurandum appellat, neceſſitatis potiùs dici debet, quia
iis demum caſibus defertur, non quibus ratio iuris velit
iurari in pœnam & odium contumaciæ, ſed quibus in-
uita etiam iuriſprudentia neceſſitas eò adigat iudicem
vt iuſiurandum deferre compellatur. † Proinde non dif-
ficultas probationum, vt Bartolus loquitur, locum facit
huic iuriiurando, ſed mera & abſoluta impoſſibilitas:
quoniam ſi qua ratione fieri poſſet vt ſine dilatione iuriſ-
iurandi res æſtimaretur, iudex deferre in eam rem iuſ-
5 iurandum nec poſſet nec deberet. † Indéque illud etiam
apparet non eſſe neceſſe quod Bartolus exigit vt dolus
præceſſerit eius contra quem iuratur: cùm non ob do-
lum iuretur, ſed ob impoſſibilitatem probationum quæ
eadem eſt ſiue dolus aliquis interceſſerit, ſiue nullus. †
Exemplum vnicum eſt in *d §.planè.* vbi ait Marcianus, ſi
ex ſtipulatu debitus homo poſt moram perierit, deferen-
dum eſſe hoc iuſiurandum, quia ſine delatione iuſiuran-
di non poteſt iudex æſtimare rem, quæ non extat. Non
ſcribit *ſi homo debitus perierit debito malo debitoris*, aut
poſt dolum ab eo admiſſum, ſed hoc vnum requirit vt de-
bitoris mora interuenerit, & poſt eam moràm perèmpta
ſit res quæ debebatur: Moram porrò certum eſt contrahi
poſſe citra dolum, adeóque citra culpam aliquando, licèt
6 rariſſimè id contingat, cùm ſpecies debetur. † Ideò au-
tem exigimus moram, non quòd moræ per ſe ratio ali-
qua habenda ſit magis quàm doli, ſed quia ſi mora nul-
la præceſſiſſet, debitor ſpeciei interitu liberaretur *l.ſi ex*
legat. 23.de verb.oblig. nec proinde quærendum eſſet
de æſtimatione. Mora præcedens facit vt res poſt mo-
ram perempta adhuc debeatur, & per fictionem iuris
extare videatur: ſed non vt præſtari perinde poſſit quia
debitum iuris eſt, præſtatio facti, in iis verò quæ facti
ſunt non poteſt fictio iuris locum habere, ſed in iis tan-
7 tùm quæ ſunt iuris. † Itaque licèt homo poſt moram
mortuus petendus ſit, quia idipſum petendum eſt quod
debetur, neceſſe tamen eſt præſtari æſtimationem, haud
aliter quàm ſi deberetur *l.ſi ſeruum 91.§.ſequitur & §.*
vlt.de verb.oblig.l.promiſſor Stichi.21.l.promiſſor 23.de
conſtit.pecun. Æſtimationem, in quam, præſentem &
quæ tunc eſt cùm agitur, non eam quæ fuit tempore
moræ aut mortis, quia res petitur non tanquam antè de-
bita, ſed tanquam ea, quæ etiamnùm debeatur, quaſi
adhuc extet. Si autem res extaret, talis dari deberet
qualis eſſet eo tempore quo iudicium acciperetur *l.1. D.*
de vſur. Cur non igitur perinde teneatur debitor ad eam
æſtimationem? Aut cur tempus moræ vel mortis inſpi-
ciamus fauore debitoris qui propter moram obligatus
8 remanet etiam poſt rem peremptam? † In eodem rurſum
egregiè errat Bartolus, qui æſtimationem hanc per iuſiu-
randum ineundam referri vult ad tempus præteritum,
non ad præſens. Id n. ſi ita eſſet, quis iuſiurandum ne-
ceſſarium putaret? aut quæ difficultas eſſet probandæ
æſtimationis rei quantumlibet peremptæ, ſi ad id tem-
9 pus referri poſſet æſtimatio quo res extitiſſet? † Quare
nec in ſpecie illa de qua Vlpianus tractat in *l.pen. de*
cond. tritic. id eſt cùm ex ſtricta actione qualis eſt triti-
caria condictio, præſtari debet æſtimatio rei petitæ,
iam adiudicatæ, etſi ſpectandum eſt tempus irrogatæ
condemnationis aut mortis ſecuta condemnationem, iu-
reiurando tamen æſtimari rem Vlpianus vult, ſicut
nec ſi poſt moram res deterior facta ſit, quia cùm hoc ca-
ſu reuocanda ſit æſtimatio ad tempus moræ, ſicut &
in ſuperioribus caſibus inſpicimus tempus condemnatio-
nis, aut mortis, id eſt quo res extitit, nihil neceſſe eſt re-
curri ad iuſiurandum, quando tam facilè ſit dicere
quanti, quam qualis eo tempore fuerit res quæ nunc aut
nullo modo extat aut deterior vel vilior facta eſt. † Sic & 10
ſi ponas debuiſſe ſpeciem dari ad certàm diem, nec ta-
men datam fuiſſe, ſed poſteà peremptam eſſe, negabo
locum fore iuriiurando in æſtimanda re illa debita, quia
neceſſario referenda eſt æſtimatio ad diem illam, in quam
dari res debuit, vt ſupra probauimus cap.6. Non minùs
autem commodè ſciri poteſt quanti res illa tunc fuerit
licèt extare deſierit, quàm ſi hodie extaret. Nemo enim
non videt ex eo quod etiamnùm res extat, non poſſe fa-
ciliorem fieri præteriti temporis æſtimationem. Itaque
ſi difficultas ſola probationum hoc iuriſiurandi genus
induceret, dicendum eſſet aut neutro caſu aut vtroque
deferendum eſſe iuſiurandum: quod tamen qui dixerit
nemo vnquam fuit. † Neque vero Marcianus in *d.§.* 11
planè, moueri ſe ait ex difficultate probationum vt agen-
ti ex ſtipulatu iuſiurandum in litem accommodet, ſed po-
tiùs ex impoſſibilitate, cùm illam adferat rationem *quia non*
poteſt iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi rem quæ
non extat. Impoſſibilitas verò, vt ita dicam, vno tantùm
illo caſu locum habet quo præſens æſtimatio debeatur, &
res quæ in obligationem deducta fuerat, extare deſierit,
nam neque bonus vir vllus, neque iudex qui in omnibus
boni viri officio fungitur, æſtimare vllo modo poſſit,
quanti nunc, cùm agitur, ſit ea res quæ non extat. Pro-
inde mirum non eſt deferri hoc caſu iuſiurãdum etiamſi
mora ſola non etiam dolus præceſſerit, quia nec moram
exigeremus ſi fieri poſſet, vt citra moram perempta res
debita adhuc deberetur. Sed quia fieri nequit; vt ne ſpe-
ciei interitu debitor liberetur qui moram non contraxit,
cùm impoſſibilium nulla ſit obligatio, impoſſibile autem
ſit vt ea res debeatur aut præſtetur, quæ in rerum natu-
ra extare deſiit, niſi fictione iuris inducas ad retinendam
obligationem vt adhuc extare exiſtimetur, exigimus
moram præcedentem vt quæſtioni de præſtanda æſtima-
tione locus relinquatur. † Indèque apparet, ſi homo ex 12
ſtipulatu debitus non modó poſt moram, ſed etiam poſt
litem conteſtatam deceſſerit, non eſſe iuſiurandum
actori deferendum quia facilè æſtimare hoc caſu iudex
poteſt citra delationem iuriſiurandi eam quoque rem,
quæ non extat, inſpecto ſcilicet tempore litis conteſtatæ
quod æquè ſpectandum eſſet etiamſi res extaret. Neque
enim difficilius eſt reuocare ad tempus conteſtationis æ-
ſtimationem rei quæ extare deſiit, quàm ſi extare non de-
ſiiſſet. † In eòque potentius eſt ius conteſtationis, quam 13
moræ præcedentis ſiue per iudicialem interpellationem
contractæ: quia in iudiciis ſtrictis æſtimatio ſicuti non
augetur ex mora, quæ ſequitur conteſtationem, ita nec
egreditur retrorſum iudicij accipiendi tempus: nec moræ
quæ conteſtationem præcedit ratio vlla habetur. † Quid 14
ergo ſi bonæ fidei iudicio agatur: Nam in hoc iudiciorum
genere conſtat haberi moræ rationem, nec minùs illius
quæ præcedit quàm eius quæ ſequitur conteſtationem in
tempus vſque rei iudicandæ *l.3.§.in hac. D.commod.inſt.*
13.*§.vlt.de act.empt.* An igitur ſi homo debitus ex ven-
ditio aut ex commodato, vel depoſito, deceſſerit poſt mo-
ram, deferemus actori iuſiurandum ad ineundam æſti-
mationem vt in iudiciis ſtrictis, an potiùs non deferemus
quia neceſſitas deferendi nulla ſubeſt cùm inſpici poſ-
ſit tempus moræ? Verius eſt delationi locum eſſe debere,
quia licet in iudiciis bonæ fidei inſpiciendum ſit tempus
moræ, & quidem vſque adeò preciſè vt nullam ſequen-
tis temporis rationem haberi oporteat ſi poſteà res pluris
fuit tempore litis conteſtatæ, præterquam ſi pluris ſit tem-
pore

pore condemnationis: ſicut & in iudiciis ſtrictis conte-
ſtatæ litis tempus ita præciſè inſpicitur, vt ſiue pluris, ſi-
ue minoris aut antè aut poſt res fuerit non ideo vel au-
geatur æſtimatio vel minuatur. Tamen non eſt bona con-
ſecutio ſi quis dicat rem ex bonæ fidei iudicio debitam
æſtimari poſſe ex tempore moræ, ergo ſi poſt moram pe-
rempta ſit nihil cauſſæ eſſe, cur iuſiurandum actori de-
ferendum ſit. Fateor enim poſſe tempus moræ ſpectari in
bonæ fidei iudiciis ſi eo tempore pluris res fuit. Sed ne-
go ſpectari debere ſi tunc fuit minoris: ideóque cùm po-
tuerit æſtimatio creſcere, in tempus vſque rei iudicandæ
& per moroſum debitorem factum ne creuerit, non de-
bet eius mora ipſi prodeſſe, quominùs præſentem debeat
æſtimationem, acſi res extaret, quæ propter moram ex-
tare adhuc creditur, nec ob id melior ipſius conditio fie-
ri debet, quòd ex bonæ fidei iudicio conueniatur. Atqui
qualis quantáque ſit præſens illa rei poſt moram perem-
ptæ, æſtimatio, non magis ſcire iudex poteſt ſine delatio-
ne iuriſiurandi cum ex iudicio bonæ fidei agitur, quàm
ſi ex ſtricto ageretur: perinde agitur neceſſaria & conſe-
15 quenter iuſta iuriſiurandi delatio eſt. † De illo potius
dubitari poteſt, ſi homo ex bonæ fidei iudicio debitus &
petitus poſt litem conteſtatam deceſſerit, an ſimiliter di-
cendum ſit iuſiurandum actori deferri oportere. Ea-
dem enim videtur vrgere ratio vt deferri debeat, quæ vr-
geret ſi ante conteſtationem dummodò poſt moram de-
ceſſit: ſcilicet, quia in bonæ fidei iudiciis cùm de ineunda
rei æſtimatione agitur, non magis litis conteſtatæ quàm
moræ præcedentis ratio habetur, ſed ita demum ſi tunc
pluris res fuerit: alioqui præſtanda æſtimatio eſt quæ rei
iudicandæ tempore maior reperitur *d.l.3.§.in hac.D.com-
mod.d.l.3.§.vlt. De act.empt.* Sed non ita eſt. Nam litis
conteſtatæ tempus eodem iure ſpectatur in bonæ fidei
iudiciis quo in ſtrictis, id eſt ex vera rectáque iuris ratio-
ne [ſcilicet cùm mora nulla præceſſit conteſtationem]
quia quale quid eſt cùm petitur, tale dari debet *l.2.D.de
viur.* nec differētia hac parte vlla eſſet inter actiones bo-
næ fidei & ſtrictas, niſi bona fides quæ in illis non etiam
in his exuberat, ſuaderet vt in illis moræ quoque ratio
habeatur aut condemnationis irrogandæ, cuius tamen
temporis in iudiciis ſtrictis ratio nulla haberi poteſt. At-
qui bona fides non poteſt facere vt eius temporis æſti-
matio ſpectanda ſit quo res ampliùs non extat: ideò nec
eius quo res extare deſiit niſi condemnatio præceſſit, vt
in *d.l.pen.de cond.tritic.* Non.n. quanti plurimi vnquam
res fuerit æſtimanda eſt, ſed vtro tempore pluris fuit aut
moræ, aut ſi mora nulla præceſſerit, litis conteſtatæ aut
rei iudicandæ: proinde re ante condemnationem perem-
pta ſicuti non poteſt dici pluris eſſe tempore condemna-
tionis rem, quæ ampliùs nulla eſt, ita neque ratio eius
temporis in æſtimanda re haberi poteſt, nec magis neceſ-
ſe eſt iuſiurandum deferri vt res æſtimetur, quàm ſi ex
contractu ſtricto ageretur, cùm aliud tempus ſit quod
non ſolùm ſpectari commodè poteſt, ſed etiam ex iuris
ratione & regulis ſpectandum eſt. Nimirum, vt diximus,
16 litis conteſtatæ. † Non enim ſicut in iudiciis ſtrictis litis
conteſtatæ tempus ita inſpicimus vt eius temporis quo
mora contracta eſt nulla prorſus ratio habetur, ſic in iudi-
ciis bonæ fidei condemnationis tempus adeò ſpectari vo-
lumus vt litis conteſtatæ diē negligamus. Eſt enim ex ra-
tione iuris vt tēpus litis conteſtatæ ſpectari oporteat, non
etiam vt illud in quo mora contracta fuit, aut illud etiam
quod deducitur in condemnationem. Idque eſt quod ſæ-
piùs repetij in ſuperioribus. Marciani locū illum de ſtrictis
quidem iudiciis loqui, ſed tamen ad alia quoque iudicia
ſiue bonæ fidei ſiue arbitraria ſint protrahi debere, ſi ho-
mo debitus & poſt moram, & ante litem conteſtatam de-
17 ceſſerit. † Ille verò longè fœdior Bartoli error eſt, quòd
aliud exemplum iuriſiurandi vt vocat veritatis, ſumit ex
d.l. numis 3. de in lit. iur. vbi Iureconſultus ſcribit numis
depoſitis ſi non reddantur, iurari quidem in litem non
poſſe, quia nummorum certa eſt æſtimatio, ſed tamen ſi
certa die reddi debuerint, permittendum actori vt iuret
quanti ſua interfuit ea die redditos fuiſſe. Quis enim
Bartolum docuit, iuſiurandum hoc non eſſe adfectionis?
An quia in nummos non cadat adfectio? Atqui non de
nummorum valore iuratur, hoc caſu, ſed de eo quod inte-
reſt: in quo æſtimando maximè adfectioni locus eſt, ob
idque nec ratione nummorum permittitur vnquam extrà
illum caſum vt in litem iuretur, ne immodicæ adfectio-
nis feneſtra aperiatur, quæ coërcenda potiùs eſt quàm ad-
iuuanda. Die autem adiecta reddendis numis depoſitis
ſi non reddantur, iurare licet: aut cogente neceſſitate vt
iuſiurandum quod veritatis dici poſſe negamus, ſit ſal-
tem neceſſitatis? Minimè vero. Alioqui numis creditis
aut in ſtipulatum deductis ſi certa dies ſolutioni dicta eſ-
ſet æquè iurari oporteret: quod falſum eſt: quamuis non
minùs debeatur hoc caſu id quod intereſt ſtipulatoris ſuā
die ſolutos nummos fuiſſe quàm ſi depoſiti fuiſſe propone-
rentur. Quid ergo? Probare ſtipulator debet quanti ſua in-
terfuit reuera: quæ tamen probatio difficillima eſt, & ple-
rumque probationum inopia id quod maximè intereſt ad
exiguam ſummam deducitur *l.vlt.D.de prætor.ſtipul.* quia
quatenus cuiuſque interſit in facto non in iure conſiſtit *l.
quatenus 24.de reg.iur.* Vnde tanto magis apparet ſolum
probationum difficultatem non poſſe facere vt in iudicio
ſtricto iurari debeat, ſed meram & abſolutam impoſſibi-
litatem, quæ porrò nulla eſt, in eo quod intereſt æſti-
mando. † Alia igitur ratio non eſt propter quam iurare 18
liceat *in d.l.numis*: quàm quia numi repetebantur actione
depoſiti, id eſt bonæ fidei iudicio: quoniam in bonæ fi-
dei actionibus iuratur: ſed hoc ipſum tamen ita ſi actor
ſuos nummos depoſuerat, vt vulgo fieri ſolet, non etiam ſi
alienos. Nunquam. n. ei qui alienam rem repoſcit iura-
re conceditur, cùm in eo non habeat locum ratio quæ ſo-
la iuriiurando locum facit, quod æquum non ſit cogi do-
minum re ſua carere eámque iuſto pretio vendere *l. ma-
ritum 25.§ 1.D.ſolut.matr.l.non enim.D.rer.amot.* † Itaque 19
in ſpecie *d. l. numis* tria concurrere neceſſe eſt vt iurari
poſſit, primum illud, vt nummi depoſiti ſint aut ex alio
bonæ fidei contractu debiti, vt puta commodati, non et-
iam crediti vel per ſtipulationem promiſſi: deinde vt à do-
mino ipſo depoſiti fuerint, non ab alio. Poſtremò vt certa
die reddi debuerint. Dies enim efficit vt interſit actoris,
cuius alioqui nihil intereſſe videretur, ſaltem quod in
condemnationem deduci poſſet, ideóque licet nummorum
certa ſit æſtimatio de qua proinde iurandi cauſſa vel ne-
ceſſitas per ſe nulla eſt, ex quo tamen incipit actoris inte-
reſſe ob id quod inuito eo debitor velit ea corpora nummo-
rum quæ ipſa actoris ſunt retinere, incipit etiam locus fie-
ri iuriiurando, non tam iuris quàm æquitatis & bonæ fi-
dei ratione. † Quanquam ſi dicere mihi liceat quod ſerio, 20
videtur ea lex ab illis verbis *niſi fortè*, Triboniani eſſe po-
tiùs quàm Vlpiani. Nam in exemplis illis quæ lex ponit.
Si is qui pecuniam depoſuit eiuſdem quantitatis debitor
fuit ſub pœna, aut ſub pignore quod ob factam in ſolutio-
ne ceſſationem diſtractum ſit, inferri quidem ex eo poteſt
intereſſe actoris, ſed non ſtatim conſequens fit vt ob eam
cauſſam iurari in litem oporteat. Alioqui deferendum
eſſet iuſiurandum, quotieſcumque actoris intereſſet,
quod euidenter falſum eſt. Præſertim cùm in propoſi-
to æſtimari facilè poteſt id quod intereſt ſine delatio-
ne iuriſiurandi. Quid enim faciliùs quàm æſtimare
quanti interſit actoris ob pœnam commiſſam, ſcilicet ex
comparatione pœnæ quæ ſemper certam habet quanti-
tatem, aut ex comparatione pretij redacti ex diſtractione
pignoris, aut quod ex commodiore diſtractione amplius
redigi potuiſſet. † Denique quod idem Bartolus addu- 21
cit ex *l. ſi quando.C.vnde vi*, adhuc inſultus eſt. Non
enim tractat ea lex de iureiurando quod interpretatur
ad æſtimandam rem debitam, ſed ad probandam quan-
titatem rerum per vim ſubtractarum: quod aliud
iuriſiurandi genus eſt veteribus Iurecōſultis incognitum
& ea primùm conſtitutione introductum. Anteà enim
probandum

probandum erat per teſtes quid quantumque ſubtractum fuiſſet, quamuis eo probato, quanti res furtiua tempore furti valuiſſet ex ipſius actoris iureiurando æſtimaretur
22 *l. cum furti 9. D. de in lit. iur.* † Hodie verò ipſa etiam rerum ſubtractarum & amiſſarum quantitas per iuſiurandum probari poteſt: hoc tamen ex iure vetere retento vt probatione quantitatis ſic facta, poſſit æſtimatio probati per iuſiurandum, quemadmodum & ſi ſpecies debita poſt moram perempta proponeretur. Vis enim cùm ſine dolo eſſe non poſſit, plus quam mora eſt, raptórque violentus quem leges appellant furem improbiorem, non minùs quàm alius fur quilibet moram in re furtiua ſemper, facere intelligitur *l. in re furtina 8. §. 1. De condict.*
23 *fur.* † Nec tamen duplex iuſiurandum hoc caſu interponendum eſt, vnum ad probandam quantitatem & qualitatem rerum ſubtractarum, alterum ad probandam earum æſtimationem: ſed placet vnum ſufficere, adeòque temperandum & refrænandum per iudicem ab initio laxata quantitate ad quam vſque iurare concedatur: quia facilè alioqui res abiret in infinitum ſi actori pro arbitrio & ex adiectione permitteretur iurare, non ſolùm de rerum debitarum æſtimatione, ſed etiam de ipſarum quan-
24 titate. † Cæterùm nec veritatis iuſiurandum id dici debet, ſed neceſſitatis, quia fieri nequit vt res omnes amiſſas probare poſſit is qui tantam vim paſſus eſt: quamquam nec propriè neceſſitatis iuſiurandum eſt, quando fieri poſſit vt eadem ſubſit neceſſitas deferendi iuriſiurandi propter meram probationum impoſſibilitatem nec tamen deferatur, vt puta ſi furtum ſimplex factum ſit, nec vis vlla interuenerit. Nam ad vim potiſſimùm coërcendam ea lex & conſtitutio lata eſt. Itaque adfectionis potius quàm aut veritatis aut neceſſitatis iuſiurandum illud dici debet, quamuis ab initio certa quantitate coanguſtetur, quia non adfectionis prohibendæ gratiâ id fit, ſed eius duntaxat quæ immodica ſit coërcendæ cauſſa, & ne tam facilè periurium committatur, de quo nec quæri ſolet poſteaquàm ex iuris neceſſitate in litem iuratum eſt *l. vlt. D. de in lit. iur.*

Capvt XIV.

De nouatione quæ fit ex iudicato.

SVMMARIA.

1 *An iudicati actione prior contractus ita nouetur vt vetus actio ex contractu competens perimatur?*
2 *Locus qui Interpretes mouit vt crederent per iudicatum nouam actionem acquiri, non etiam veterem perimi.*
3 *Dubitandi ratio in* leg. grege. §. etiam, ff. de pignor. *quam Interpretes pro ſententia ſua fundamento attulerunt.*
4 *Differentia inter nouationem quæ per ſententiam, & eam quæ per litis conteſtationem fit.*
5 *Poſt ſententiam, prioris actionis ex qua ſecuta fuit condemnatio veſtigia nulla ſupereſſe.*
6 *Vera ſententia* §. creditor. l. ſi fundus 16. ff. de pignorib.
7 *Bartoli, Accurſij & aliorum ad locum illum interpretationes reijciuntur.*
8 *Cur in ſpecie* d. §. creditor. *aduerſus eum qui hypothecaria iam conuentus & condemnatus eſt, rurſum in executione iudicati hypothecaria agi neceſſe ſit?*
9 *Idem obtinere in ea vindicatione quæ iure dominij datur.*
10 *Marcianum in d. §. non tractare de illo caſu, quo ſententia contra vnum reddita executio aduerſus alium petatur.*
11 *Accurſii ad d. § coniectura reprobatur & corrigitur.*
12 *Duo eſſe actionis hypothecariæ capita.*
13 *An adhuc hypothecaria ſuperſit, ſi debitor neque pecuniam ſoluere neque rem obligatam reſtituere volens, tanti condemnatus ſit quantum debetur?*
14 *An idem in directa dominij vindicatione quod in hypothecaria ſtatuendum ſit?*
15 *Ratio propter quam Accurſius* in d. §. creditor, *rei iudicatæ exceptionem vtilem eſſe putat.*
16 *Probatur ex* § ſi pluris d. l. ſi fundus *per iudicatum actionis nouationem fieri.*
17 *Verſiculum*, ſed humanius eſt d. § ſi pluris, *à Triboniano additum fuiſſe.*
18 *An iniquum ſit creditorem prætextu rei iudicatæ plus exigere à debitore quam reuera debeatur?*
19 *Alia Accurſij obiectio contra ſententiam initio capitis propoſitam.*
20 *Nouatione quæ per litis conteſtationem fit veterem actionem non perimi.*
21 *Etſi nouatio per conteſtationem facta præcedentem obligationem perimeret, non eo minus naturalem & ciuilem obligationem ſubeſſe cuius nomine fideiuſſor accipi poſſit.*
22 *Quo ſenſu dicatur nouationem fieri ex iudicato.*
23 *Reſpondetur ad* §. 1. l. argentarium 45. ff. de iudic. *ab Accurſio obiectum.*
24 *Cur ex diſpoſitione* l. vlt. C. de vſur. rei iudic. *alterius modi vſuræ poſt ſententiam, quàm antea & ex priſtino contractu debantur?*
25 *In æſtimanda re debita poſt rem iudicatam, condemnationis tantùm, aut re debita poſt condemnationem perempta, mortis tempus, tam in bonæ fidei quàm ſtricti iudicijs ſpectandum eſſe.*

IVdicati † actione nouari priorem contractum ſcribit Iuſtinianus in *l. vlt. C. de vſur. rei iudicat.* tam apertis verbis vt nihil dici poſſit apertius. Nec tamen poſſunt interpretes ſibi perſuadere adeò id verum eſſe, quin priorem priſtinamque actionem ex contractu competentem etiam poſt iudicatum manere exiſtiment: nouationem hanc, quæ per iudicatum fit, ſic interpretantes, vt noua actio per iudicatum acquiratur, non etiam vetus perimatur. Sic enim ad eum locum Accurſius, quem Bartolus & alij paſſim ſequuntur. † Mouentur ex *l. grege 13. §. etiam. D. de pignor.* vbi ſcriptum eſt, etiamſi creditor iudicatum debitorem fecerit, hypothecam tamen manere obligatam. Sed facilis reſponſio eſt, non ea ratione id fieri quòd per iudicatum nulla fiat nouatio, ſed quia, vt lex ait, ſuas conditiones id eſt exceptiones habet actio hypothecaria, id eſt, ſi ſoluta pecunia, aut ſatisfactum eſt: quibus ceſſantibus tenet: ideòque inquit, & ſi cum debitorem egero in perſonam, iſque mihi ſatiſdederit, & damnatus ſit æquè hypotheca manet obligata: ac multò magis ſi in perſonam actum ſit, ſiue cum reo, ſiue cum fideiuſſore, ſiue cum vtriſque pro parte, licet damnati proponantur: *nec per hoc fit, videtur ſatisfactum creditori quod habet iudicati actionem.* † Quibus verbis non obſcure innuit Iureconſultus, dubitandi rationem in ea ſpecie non aliam fuiſſe, quam quod ex iudicato facta nouatio fuiſſet, nec alia quam iudicati actio amplius ſupereſſet. Alioqui prima actione ſubſiſtente, & conſequenter obligatione illa cui hypotheca acceſſerat, quis tam ſtultus eſſet vt in animum poſſet inducere ſublatam idcirco hypothecam quòd prætereà iudicati actio acceſſiſſet? At quia nouatione facta liberantur hypothecæ & pignora *l. nouat. 18. D. de nouat.* conſentaneum videbatur vt poſt rem iudicatam hypotheca ſublata intelligeretur. Nec eſſet conſecutio ſi non alia voluntariæ, alia neceſſariæ nouationis ratio conſtitui deberet. *l. aliam 29. D. eod. tit. de nouat.* qui locus etſi de ea nouatione loquitur, quæ per conteſtationem fit non de ea quæ per ſententiam, eadem tamen hac parte vtriuſque cauſſa eſt, quoniam vtraque nouatio neceſſaria, neutra voluntaria eſt, &

ſicut

ſicut dici ſolet neminem facere cauſſam ſuam deterio-
rem exercendo actionem, ſed meliorem *l. non ſolet* 86.
cum l. ſeq. De reg. iur. ita dicimus euidenter iniquiſſimum
eſſe rei iudicatæ exceptionem ei proficere contra quem
iudicatum eſt *l. euidenter* 16. *D. de except. rei iudic.* †
4 Quanquam inter nouationem quę per ſententiam, &
eam quæ per conteſtationem fit hoc intereſt, quòd per
conteſtationem non perimitur vetus actio, quam è con-
trario intereſſe neceſſe eſt, vt agi poſſit tandemque ſequi
condemnatio: cùm neque ſine actione poſſit quis expe-
riri *l. ſi pupilli* 9. §. *vltim. de negot. geſt.* neque ex conte-
ſtatione actio vlla naſcatur, quæ in locum prioris ſubſti-
tui & exerceri queat: nam quod vulgo iactatur in iudicio
quaſi contrahi non hunc ſenſum habet vt ex eo quaſi
contractu noua actio detur, ſed ex iudicato demum ſecu-
ta condemnatione *lege tertia*, §. *idem ſcribit. D. de pecul.*
At nouatio quæ per ſententiam, nouat & perimit prio-
rem obligationem, quia inducit nouam, quam ſufficit
competere ex iudicato, cùm alia nulla opus ſit condem-
natione. Idque probatur nō malè ex eo quod Vlpianus ex
Papiniano & Marcello tradit in *d.* §. *idem ſcribit*, con-
demnati quoque patrem de peculio actione teneri, etiam
eius actionis nomine ex qua non potuit pater de peculio
conueniri, nam ſicut in ſtipulatione contrahitur cum fi-
lio, ita & in iudicio quaſi contrahi, proinde non origi-
nem iudicij ſpectandam, ſed ipſam velut iudicati obliga-
tionem? quod vtique falſum eſſet, ſi poſt ſententiam prio-
ris actionis ex qua fuit ſecuta condemnatio, veſtigia ali-
6 qua ſupereſſent. † Indéque nimirum illud etiam fit, vt ſi
caſus talis contingat, in quo nulla ex iudicato naſci poſſit
noua actio, ſed ea ipſa neceſſariò exercenda ſit quæ anteà
competebat, obſtet actori exceptio rei iudicatæ, ſitque illi
neceſſaria replicatio illa *ſi ſecundum me iudicatum non eſt*.
Exemplo eſto ſi creditori perſequenti adiudicanda ſit
hypotheca tanque ex iudicato habere velit. Neque
enim dominium eius vindicare poteſt, cùm non magis
adiudicatio quàm conuentio pignoris & hypothecæ do-
minium rei transferat in creditorem. Quid ergo? Neceſ-
ſe eſt vt eam ipſam actionem quam iam exercuerat, rur-
ſum exerceat, id eſt, hypothecariam: quod ſummo iure
facere poteſt, quia nulla alia actio naſcitur ex huiuſmodi
iudicato quæ hypothecariam illam perimere poſſit. Sed
occurrit exceptio rei iudicatæ quæ rem iam iudicatam ex
integro in iudicium deduci non patitur. Replicatione
igitur vtendum erit, ne res iudicata ei noceat pro quo iu-
dicatum eſt, proſit verò ei qui fuit condemnatus. Quæ
elegans Marciani ſententia eſt in *leg. ſi fundus* 16. §. *cre-
7 ditor. D. de pign.* † Quam ſi Accurſius Bartolus cæteri-
que interpretes percepiſſent, nunquam eo loco abuſi
fuiſſent ad probandum nullam ex iudicato fieri noua-
tionem, neque rurſum tot ineptias in eius interpreta-
tione effudiſſent. Quid enim ipſorum commentis, ne
dicam commentariis fœdius? Aiunt tractare Marcianum
de condemnato, qui aut ſententiæ tempore non poſſi-
deat, aut poſt ſententiam poſſidere deſierat: quoniam,
inquiunt, ſi & eo tempore quo ſententia lata eſt, & quo
iudicati executio fit, poſſideret debitor, qui eſſet con-
demnatus, agere poſteà ex iudicato creditor deberet,
non autem partam ex iudicati cauſſa perſecutionem ad
initium alterius petitionis redigere, vt Papinianus loqui-
tur in *l. minor.* 40. *de minor.* Ego verò etſi non ignoro poſ-
ſe agi hypothecaria contra alium, quàm debitorem ip-
ſum, ſcilicet ſi alius quàm debitor rem obligatam poſſi-
deat, hoc tamen contendo, fieri non poſſe vt alius hy-
pothecaria conueniatur & condemnetur quàm qui vel
poſſidet, vel dolo malo deſijt poſſidere: *d.* §. *in vindicatione:*
8 † neque dubito quin Marciani ſenſus illa ſit, vt aduerſus
eum ipſum qui hypothecaria iam conuentus, & con-
demnatus eſt, rurſum agi hypothecaria neceſſe ſit in exe-
cutione iudicati, nec alia victori actio vlla competat, ſiue
debitor, ſiue tertius poſſeſſor ſit is, qui condemnatus
fuit. Ratione illa, quòd hypothecæ adiudicatio nec

condemnatio ſit, nec ad inſtar condemnationis, ſed
quædam potiùs diſpoſitio, &, vt ita dicam, præparatio
ad condemnationem, ita demum ſecuturam ſi neque
pecunia ſoluetur, neque res obligata reſtituetur. *d.* §.
in vindicatione. Actio porrò nulla naſci poteſt ex ſen-
tentia quæ non irrogat condemnationem, nec conſe-
quenter nouatio vlla fieri per ſententiam, quæ nullam
parit actionem. Non tam enim ſententia ipſa, quàm
actio quæ ex ſententia oritur, nouat obligationem &
actionem præcedentem, vt Iuſtinianus loquitur *in d.
l. vlt. C. de vſur. rei iudic.* † Nec aliud eſt in ea vindica- 9
tione quæ iure dominij datur. Nam qui per ſenten-
tiam iudicis pronunciatus eſt dominus, non idcirco
actionem vllam habet ex iudicato: neque enim ea
pronunciatio irrogat condemnationem. Sed ſi res pe-
titori adiudicata non reſtituatur iudice ita arbitran-
te & præcipiente, tum verò condemnatio fit *l. qui reſti-
tuere* 63. *D. de rei vind.* Itaque iterum vindicare cogi-
tur poſt adiudicationem, quouſque arbitrium iudicis ex-
torſerit de re reſtituenda, vt ſi arbitrio non parebitur,
ſequi condemnatio poſſit, quoniam nulla ei actio alia
prodita eſt, ſiue ciuili, ſiue prætorio iure per quam poſſit
ille aliam vrgere condemnationem. Proinde obſtaret ei
exceptio rei iudicatæ ſi non adiuuaretur replicatione De
re ſecundum ſe iudicata. † Inepta igitur & ridicula eſt il- 10
la Bartoli ad *d.* §. *creditor* adnotatio, ſententiam contra
vnum latam executioni, aduerſus alium mandari non
poſſe, quod vtique tam apertum eſt, vt non fuerit cur
de eo Marcianus aut dubitaret aut ſcriberet. Atqui neque in
toto eo §. quicquam eſt ex quo poſſit colligi tractare
Marcianum illo caſu quo ſententiæ contra vnum reddi-
tæ executio aduerſus alium petatur, ac non potiùs contra
eum ipſum qui condemnatus eſt. Nam nec alius haberet
exceptionem rei iudicatæ quam tamen Marcianus dat
conuento poſſeſſori. † Neque minùs imperitum eſt 11
quod Accurſius comminiſcitur exceptionem illam rei
iudicatæ accommodari ei hoc colore, quaſi nouatio fa-
cta ſit actionis hypothecariæ per ſententiam latam pro
creditore. Nam imò verò ſi nouatio facta proponere-
tor, non poſſet locum habere exceptio rei iudicatæ,
quia nec hypothecaria rurſum agi poſſet, quæ per no-
uationem iam perempta, & ſublata eſſet. Itaque dicere
ex contrario debuit, ideo competere exceptionem rei
iudicatæ, quòd ea ipſa actio exerceatur ſuper qua iam
pronunciatum fuit, id eſt hypothecaria. Idcirco au-
tem hypothecariam ſupereſſe quòd nulla ſit facta no-
uatio: nullam porrò factam eſſe nouationem quia per
ſententiam hypotheca duntaxat adiudicata fuerat, id
eſt pronunciatum rem obligatam eſſe: nec prætereà
condemnatus reus fuerat ad rem reſtituendam, ad
quod neque actionis hypothecariæ poteſtas extenditur.
† Habet enim actio hypothecaria duo tantùm capi- 12
ta: quorum vnum illud eſt vt pronuncietur rem obli-
gatam eſſe, alterum vt ſi neque pecunia ſoluetur, ne-
que res obligata reſtituetur, poſſeſſor condemnetur. Ita-
que quamuis iudex hypothecam adiudicauerit, tamen
ſupereſt hypothecharia, non ad perſequendam rei reſti-
tutionem, quæ non magis peti per hypothecariam poteſt,
quàm pecunia ipſa quæ debetur. [Neutra enim eſt in
petitione, licet vtraque ſit in præſtatione] ſed ad hoc
vt niſi debitum ſoluatur, aut rei obligatæ reſtitutio
fiat, vt poſſeſſor tanti condemnetur quantum debe-
tur. † An verò poſt eam quoque condemnationem 13
adhuc hypothecaria ſupererit? Equidem quamdiu pe-
cunia ſoluta non erit, ſed dico id fieri ſpeciali illo iure
actionis hypothecariæ, de quo iam diximus, quia ſuas &
perpetuas conditiones habet hypothecaria ſi ſoluta pe-
cunia aut aliter ſatisfactum eſt, nemo autem dixerit per
hoc videri ſatisfactum creditori, quod habeat iudi-
cati actionem. † Itaque non idem erit in directa do- 14
minij vindicatione. Nam ſi rei meæ poſſeſſor iuſſus
rem reſtituere non paruerit ideóque condemnatus ſit,

quanti mea intereſſe in litem iurauero, vtique non potero iterum rem meam vindicare. Sublata enim vindicatio eſt, totáque litis æſtimatio deducta & tranſlata in condemnationem. Proinde neceſſariò me ex iudicatu agere oportebit vt conſequar quanti mea intereſſe iam
15 in litem iuraui. † Illud verò quàm abſurdum eſt quod idem Accurſius negat vtilem eſſe exceptionẽ rei iudicatæ, propterea quòd inquit, non fiat talis nouatio vt prima actio perimatur. Hæc enim ratio ſi vera eſſet, probaret potius non competere illam exceptionem: quam tamen & competere & vtilem eſſe ex hoc apparet, quod ad eam
16 elidendam opus eſt replicatione. † Mouetur etiam Accurſius ex §. *ſi pluris*, qui ſequitur in eadem lege apud Marcianum. Quæritur eo loco *ſi pluris* condemnatus ſit debitor non reſtituendo pignus, quàm computatio ſortis & vſurarum faciebat. An ſi tantum ſoluerit quantum debebat exoneretur hypotheca? Et reſponderetur quantum ad ſubtilitatem legis, & auctoritatem ſententiæ non exonerari quia ſemel cauſſa videtur tranſire in condemnationem & inde pecunia deberi, ſed humanius eſſe non amplius eum quam quod re vera debet dando hypothecam liberare. Ego vero contendo, vel ex eo maximè loco apparere nouationem fieri per iudicatum. Quid.n. aliud obſecro ſibi volunt verba illa *ſemel.n. cauſſa tranſire videtur in condemnationem & inde pecunia deberi*. Nam ſi nouatio non fieret, quænam rogo ad eum locum dubitandi ratio excogitari poſſet? At quidni liberaretur hypotheca ſolutione debitæ quantitatis? Planè de iudicati actione dubitari poſſe, ſed de hypothecaria nullo modo. At dubitatio ex eo oriſciſcitur, quòd lata ſententia & in maiorem quantitatem condemnato debitore non iam quærendum eſt, quid anteà debitum fuerit, ſed quid iudicatum ſit, ac proinde quid hodie ex iudicato debeatur. Sententia.n. non ſolùm ius facit, ſed etiam pro veritate habetur: quæ generalis ratio eſt propter quam fateri cogimur nouationem induci iudicato, neque ſanè iuris neceſſitas aut rerum iudicatarum auctoritas contrariam ſententiam admittit. † Quare nec dubito quin locus ille corruptus ſit, & à Triboniano interpolatus, addito integro verſiculo illo *ſed humanius eſt non amplius eum quam quod re vera debet dando hypothecam liberare*. Itémque interiectis verbis illis *quantum ad ſubtilitatem legis, & auctoritatem ſententiæ*. Non enim *ſubtilitatem legis* dixiſſet Marcianus, ſed *iuris* aut *legum*, neque contra tam apertas iuris regulas reſpondiſſet, à quibus nec interpretes ipſi ſe poſſunt euoluere. Quærunt enim poſt Accurſium An in propoſita ſpecie creditor ſoluendo id dumtaxat quod debet, atque ita minus quam deductum ſit in commendationem liberetur ab actione iudicati. Et coguntur dicere Marciani ſententiam illam eſſe vt liberetur. Et verò quis effectus eſſet eius liberationis quam Tribonianus inducit inuita iuriſprudentia ſi liberata iam hypotheca nihilominùs iudicati obligatio & actio adhuc ſupereſſet? Atqui nullo modo fieri poteſt vt ſtante ſententia liberetur dando decem is qui in viginti condemnatus eſt, nec ſi omnium quotquot vnquam fuerunt Imperatorum conſtitutiones in eam rem conſpirent, puto autem ad propoſitam quæſtionem ita ſimpliciter Marcianum reſpondiſſe quod ego propter auctoritatem ſententiæ non probo. Semel enim cauſſa tranſiit in condemnationem indéque pecunia debetur. Cætera verò omnia eſſe Triboniani, ſuas æquitates & humanitates vt vocare ſolet nobis ſub Marciani numine obtrudendis, niſi malis totum §. ei tribuere, quod mihi ſanè probabilius videtur, & ex iis quæ in ſequentibus dice-
18 mus, probabilius fiet. † Nam quod quidam putant iniquum eſſe creditorem prætextu rei iudicatæ plus exigere à debitore quàm re vera debeatur, quia ſi & ab extraneo plus debito exegiſſet, cogeretur ſuperfluum debitori ipſi reddere pignoratitia actione *l. ſi inter* 21. §. *vltimo eod.* id nos iam refutauimus libro ſeptimo capite decimoſexto, etſi facinus Triboniani quod iam tum nobis aliquo modo ſuſpectum erat, nondum cauimus. Reddit enim creditor debitori quod plus debito exigit ab extraneo per hypothecariam, nõ etiam quod auctoritate rei iudicatæ & ex ſtultitia iudicis potiùs quàm ex rei debitoris. nec quemadmodum manet hypotheca poſt ſententiam quia verum eſt ſolutam pecuniam non fuiſſe, ita ex contrario poſſis dicere ſoluto omni eo quod debebatur liberatam eſſe hypothecam ſi plus ſit in condẽnatione quàm fuerit in debito. Nam in debito illud hodie eſſe intelligitur quod in condemnationem deductum eſt, non quòd anteà ex conuentione debitum fuit. Poſtquam enim iudicatum eſt, auctoritas rerum iudicatarum non patitur vt de alio quæratur quàm quid iudicatum ſit. † Alia Accur- 19
ſij obiectio eſt ex *l. gracè* 8. §. 3. *D. de fideiuſſ.* vbi ſcriptum eſt Poſt litem conteſtatam fideiuſſorem accipi poſſe, quia & ciuilis & naturalis ſubeſt obligatio. Ergo, inquit nouatio quæ fit per conteſtationem non perimit præcedentem obligationem. † At nos iam ſuprà hoc vltro admiſi- 20
mus differre hac parte nouationem illam quæ fit per conteſtationem ab ea, quæ inducitur ex condemnatione: quia cùm per conteſtationem nulla producatur noua actio, prorſus conſequens eſt vt vel veterem ſaluam manere neceſſe ſit, vel nullam ſupereſſe ex qua & condemnatio ſequi poſſit. † Deinde poſſim ſi velim negare conſe- 21
cutionem. Nam etſi nouatio quæ per conteſtationem fit præcedentem obligationem perimeret, non eo minus tamen verum eſſet ſubeſſe & naturalem & ciuilem obligationem, cuius nomine accipi fideiuſſor poſſet. Siquidem naturalis obligatio quæ toto ex re ipſa & facto æſtimatur, etiam poſt rem iudicatam manet, ſi fortè verus debitor per iniuriam iudicis ſit abſolutus *leg. Iulianus verum debitorem* 59. *D. de condictio. indeb.* Multò minus ergo perimi poteſt per conteſtationem ex ratione illa quæ non patitur obligationem naturaliter contractam aliter quàm naturaliter diſſolui *leg. prout* 80. *de ſolutionib.* Ciuilis autẽ obligatio non contrahitur per conteſtationẽ quia in iudicio quaſi contrahitur. *dict. leg.* 3. §. *idem ſcribit de pecul.* Vnde fit vt litis exercitationis fideiuſſor accipi poſſit etiam ab eo cui reuera nihil debeatur: quia nec conſtare poteſt an quicquam debeatur, priuſquam perueniatur ad ſententiam.
† Quod verò ibidem Vlpianus ſubiicit condemnato reo 22
poſſe fideiuſſorem vti exceptione ſi non actionis iudicati, ſed litis tantùm exercitationis nomine acceptus ſit, ſecùs verò ſi totius cauſſa, ad rem nullo modo pertinet. Nam quod dicimus nouationem fieri ex iudicato, hunc ſenſum habet vt poſteaquam iudicatum eſt agi ampliùs ex priſtina actione non poſſit, ſed ex iudicato agi neceſſariò debeat, non autem vt vel pignora vel fideiuſſores liberentur quouſque facta ſolutio ſit, præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutionem *l. vltim. C. de fideiuſſ.* de qua ſcripſimus libro vndecimo, capite vltimo. Maximè verò cum de eo fideiuſſore agitur, qui aut iudicati actionis, aut totius cauſſæ nomine acceptus eſt. Cur enim aut qua ratione hic per ſententiam liberaretur, qui nõ aliam ob cauſſam adeptus eſt, quàm vt ſecuta quandocũq; ſententia cõueniri poſſet? † Vnũ illud diluẽdum ſupereſt quod 23
idem Accurſius erroris ſui tuẽdi gratia obiicit ea *l. argentarium* 45. §. 1. *D. de iud.* vbi Papinianus ſcribit nomine puellæ tutoribus in prouincia condemnatis, curatores puellæ iudicatum Romæ facere cogendos, vbi mutuam pecuniam mater acceperat, cui filia heres extitiſſet. Nemo autem non ſtatim videt futilem & inanem eſſe obiectionem. Etſi enim nouatio fit per ſententiam, iudicati tamen actio prioris actionis naturam in eo imitatur, vt quod ex priore contractu certo loco ſolui debuit, eo ipſo loco ſoluatur ex iudicato, niſi aliter à iudice conſtitutum & pronunciatum ſit. Quoties enim iuſta actio & petitio eſt, idipſum deduci debet in condemnationem quod in actionem deductum fuit: quod ſi per incuriam aut imperitiam iudicis factum non ſit, ex iure ipſo ſupplendum eſt, dummodò id ſententiæ verba patiantur: recipit enim ſententia interpretationem probabilem ex

conuen

conuentione quæ & actioni & condemnationi cauſſam
24 dedit. † Maneat igitur certiſſimum & inconcuſſum iudicari actione nouari priorem contractum & actionem quæ ex contractu ille competebat, indéque fieri quod Iuſtinianus conſtituit in *d. l. vlt. C. de vſur. rei iudic.* vt alterius modi vſuræ debeantur poſt ſententiam quàm
25 anteà & ex priſtino contractu deberentur. † Item quod nos in ſuperioribus diximus in interpretatione *l. pen. De cond. tritic.* Cùm quæritur de ineunda rei debitæ æſtimatione poſt rem iudicatam non moræ aut litis conteſtatæ tempus ſpectandum eſſe, ſed condemnationis tantùm, aut mortis ſi poſt condemnationem res debita in humanis eſſe deſierit, nulla hac in re conſtituenda differentia inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, quia in omnibus commune illud eſt vt nouatio prioris actionis per iudicatum fiat, id eſt vt quod antea ex contractu ſiue bonæ fidei, ſiue ſtricto debeatur, peti nunc debeat ex iudicato, nec aliud quiquam deberi, aut vnquam debitum fuiſſe intelligatur niſi quod deductum eſt in condemnationem: quæ cùm multo magis extinguat poteſtatem conteſtationis, ſicut & appellatio extinguit iudicatum *l. 1. in fin. D. ad SC. Turpil.* abſurdum ſanè fuerit ſi quis dicat etiam poſt rem iudicatam deberi eam æſtimationem quæ fuiſſet tempore litis conteſtatæ, tametſi ea ipſa præcisè alioqui deberetur, ſi res nondum iudicata eſſet: hoc ita ſi non poſt moram res deterior facta ſit. Nam qui ad rem ipſam reddendam condemnatus fuit, ad hoc condemnatus intelligi debet vt eam reddat non factam deteriorem; quia nec reddi videtur, quæ deterior redditur *l. 3. §. 1. D. commod.* Ideóque ad tempus moræ etiam poſt condemnationem reducenda hoc caſu æſtimatio eſt. *d. l. pen. D. de condict. tritic.*

CAPVT XV.

In actione hypothecaria nunquam iurari in litem.

SVMMARIA.

1. *Ex recepta tam veterum quam neotericorum Interpretum ſententia in hypothecaria actione in litem iurari ſi is qui conuenitur dolo malo poſſidere deſierit.*
2. *Iuſiurandum in litem aut manifeſta æquitate, aut mera neceſſitate induci.*
3. *Quo caſu neceſſitas iuſiurandum in litem inducat?*
4. *In actione hypothecaria neque ex æquitate, neque ex neceſſitate iuſiurandum in litem induci poſſe.*
5. *Contumaciam poſſeſſoris per iuſiurandum in litem non eſſe æſtimandam.*
6. *Quid in hac quæſtione ſeruandum ſit.*
7. *Cur in hac actione quum contra debitorem agitur iurari non poſſit, contra alium quemlibet poſſeſſorem iurare liceat?*
8. *Re pignorata dolo malo tertij alicuius poſſeſſoris perempta, creditori iuſiurandum in litem deferendum non eſſe.*
9. *Quomodo lis hoc caſu citra iuſiurandum æſtimetur?*
10. *An, ſi poſt moram poſſeſſoris res pignorata citra dolũ extare deſierit, iuſiurandum in litem actori deferatur?*
11. *Eum qui hypothecaria conuentus eſt nec poſſideat, nec dolo poſſidere deſierit, abſoluendũ eſſe.*
12. *Poſſeſſorem ſi aut pecuniam ſoluat aut rem reſtituat æquè abſoluendum venire.*
13. *Quænam condemnatio ſequatur ſi neutrum horum fecerit? vbi de libello actionis hypothecariæ firmando agitur.*
14. *Dominij ſiue hypothecæ adiudicationem à reſtiutione multum differre,*
15. *Rei reſtitutionem & pecuniæ ſolutionem neque in præſtatione neque in condemnatione, ſed iudicis arbitrio alternatiuè eſſe.*
16. *Pignoris reſtitutionem in præſtatione eſſe deſinere poſt condemnationem.*
17. *Cur in condemnatione quanti intereſt creditoris, iuſiurandum in litem ei deferri neceſſe non ſit?*
18. *Reuocatur in dubium veritas verſiculi* ſin verò d. §. *in vindicatione.*
19. *Totum illum verſiculum Triboniano potius quam Marciano adſcribendum eſſe.*
20. *Multum inter vindicationem ſiue directam ſiue vtilem & actionem hypothecariam intereſſe quum de re dolo poſſeſſoris perempta æſtimanda agitur.*
21. *Quando in actione ad exhibendum is qui obtinuit ſi res exhibeatur, in litem iurare poſſit.*
22. *Iuſiurandum in litem nunquam ad id tantùm quod intereſt æſtimandum dari; niſi præterea rès aliqua & præſtanda & æſtimanda ſit.*
23. *Actionem hypothecariam illi actioni ad exhibendum ſimilem eſſe in qua non iuratur.*
24. *Cum diſtinctione accipiendum eſſe quod dicitur, in actionibus in rem in litem iurari.*
25. *Reſpondetur ad* l. qu reſtituere. ff. de rei vindic.
26. *Refutatur ratio a Triboniano reddita in fin.* d. §. in vindicatione.
27. *In quo pignorum vtilitas potiſſimùm eluceat.*
28. *Debitorem pignus non reſtituentem in plus condemnari non debere, quàm pignus nullum dediſſet.*

Mirum † eſt quàm audacter & intrepidè iura tractare iis liceat, quos certa cognitio principiorum iuris vix errare patiatur. In actione hypothecaria iurati in litem ſi dolo malo deſierit poſſidere is qui conuenitur, adeò clarè ſcriptum eſt in *leg. ſi fundum 16. §. in vindicatione. D. de pign.* vt non fuerit ex interpretibus in hunc vſque diem, qui de eo dubitauerit: & tamen ſi ratio iuris ſpectetur quæ proculdubio ſemper ſpectanda eſt, nihil dici poteſt falſius, nihil ineptius. † Iuſiurandum enim in litem prorſus nullum eſt niſi quod aut manifeſta æquitas cum ratione coniuncta, aut mera neceſſitas inducit. Manifeſta æquitas eo demum caſu facit, vt actori iuſiurandum deferri debeat, quo quis alienæ rei reſtitutionem dolo malo recuſat. Non. n. æquum eſt dolo poſſeſſoris cogi dominum vt re ſua carere, eámque iuſto pretio vendere teneatur *l. tutor 8. D. de in lit. iur. l. ſi filiofam. 25. §. maritum. ff. ſolut. matr. l. non enim 9. D. rer. amot.* Itaque non ſolum res quæ petitur æſtimanda eſt, ſed etiam contumacia poſſeſſoris quod non aliter fit quàm per iuſiurandum in litem, cuius ea vis eſt vt augeat non repetitæ æſtimationem, ſed cõdemnationem *d. l. tutor. l. 1. eo. tit. De in lit. iur.* Id verò contingit in directa vindicatione quæ non niſi domino datur *l. qui reſtituere 63. iunct. l. in rem 23. D. de rei vind.* itémque in publiciana quæ data ad inſtar directæ vindicationis, & eo colore quaſi iam vſuceperit is qui nondum vſucepit *l. ſed etſi res 7. §. publiciana actio & §. in plubliciana. D. de public. in rem. act.* Idem etiam iuris eſt in bonæ fidei iudiciis *l. in actionibus 5. De in lit. iur. l. 3. §. in hac D. commod.* At non in omnibus, ſed in iis duntaxat in quibus agitur de fide rupta, & ita demum ſi de re agatur, quæ iam actoris propria ſit, non quæ actori nunc primùm dari ex contractu tradive debet. Inde eſt quod neque in contrariis iudiciis iuratur *l. ei apud quem 5. D. depoſ.* neque in actione empti ſi res vendita dolo & procacia venditoris non tradatur *l. ſi traditio 4. C. de act. empt.* Vt pluribus à nobis comprobatum eſt lib. 6. ca. 17. † Neceſſitas autem inducit iuſiurandũ in litem vno illo caſu quo res debita perierit poſt moram ante litem conteſtatam, quia præſens æſtimatio quæ tunc deberetur ſciri nullo modo poteſt ſine delatione iuriſiurandi cùm res non extat *d. l. in actionibus, §. planè.* idque ſiue ex bonæ fidei iudicio, ſiue ſtricto agatur, ſiue dolus interuenerit, ſiue non vt contra Accurſium & Bartolum diſputa-

uimus cap. 13. † Atqui in actione hypothecaria nihil ta-
le eſt quod aut ex æquitate aut neceſſitate iuſiurandum
poſſit inducere. Nam qui hypothecariam exercet, neque
dicit ſe dominum, neque fieri poteſt vt dominus ſit,
cùm ea nihil aliud ſit, quàm pignoris perſecutio, pig-
nus autem rei propriæ non conſiſtat *l. neque pignus 35.*
D. de reg. iur. E contrario actor contendit & probare
debet rem illam in quam agit fuiſſe in dominio debito-
ris iam tum cùm pignus contrahebatur, niſi obligata
ſint bona omnia tantùm præſentia ſed etiam futura *l. &*
quæ nondum 15. §. quod dicitur. D. de pignor. & euaneſcit
obligatio pignoris ſi rei obligatæ dominium creditori ac-
quiratur *l. pen. in fin. D. except. rei iudic.* Non igitur æqui-
tas illa facere poteſt vt creditori iuſiurandum deferri
debeat, ne cogatur inuitus re ſua carere creditor,
qui alienam rem perſequitur non ſuam: adeóque cui non
res ipſa debetur, ſed tantùm pecunia, quâ ſolutâ pignus
extinguitur, & conſequenter hypothecaria, quæ non
competit niſi de pignore & hypotheca. Ex neceſſitate
autem iuſiurandum ei deferendum eſſe multo minus dici
poteſt. Deferendi enim iuſiurandi neceſſitas tunc ſu-
beſt, cùm æſtimanda eſt res quæ non extat, quia ſine de-
latione iuriſiurandi non poteſt iudex æſtimare rem quæ
non amplius extat. At in hypothecaria, vt modò dixi non
res ipſa debetur ſed pecunia, quæ ſui natura certam ſem-
per habet æſtimationem *leg. nummis 3. De in lit. iur.* Cur
5 ergo ad rem æſtimandam iuſiurandum deferamus? † Nam
ſi dicis non equidem æſtimandam rem quæ non debe-
tur, ſed contumaciam poſſeſſoris, Reſpondebo con-
tumaciam tametſi adnexum dolum habeat, non-
quam tamen ſolam æſtimari, id eſt ſine re in qua reſti-
tuenda contumax ille eſt contra quem ob dolum &
contumaciam iuratur: rem autem quæ æſtimatur cum do-
lo contumacia, vel actoris propriam, vel ſaltem actori de-
bitam eſſe oportere: quorum neutrum eſt in hypotheca-
6 ria. † Quid ergo? Id omnino ſeruandum eſt quod Vlpia-
nus in hanc rem ſcribit in *l. ſi inter 21. D. de pign.* Si res
pignorata, inquit, non reſtituatur, lis aduerſus poſſeſſorem
erit æſtimanda: ſed vtique aliter aduerſus debitorem ip-
ſum, aliter verò aduerſus quemuis poſſeſſorem. Nam ad-
uerſus debitorem non pluris quàm debet quia non pluris
intereſt: Aduerſus cæteros poſſeſſores etiam pluris, &
quod plus debito conſecutus creditor fuerit, debet reſti-
7 tuere debitori pignoratitia actione. † Ex quo loco appa-
ret non ſolùm quid in hac quæſtione iuris ſit, ſed etiam
quæ ratio ſit huius iuris. Nam cùm agitur contra debito-
rem, ideo iurari non poteſt quod nihil intereſt actoris ſu-
pra eam quantitatem quæ debetur: ad eam verò vſq; quan-
titatem certiſſima debiti æſtimatio eſt. Cur ergo ei iurare
permittamus, cuius nihil omnino intereſt? Cùm autem
agitur contra alium quemlibet poſſeſſorem, pluris litem
æſtimamus quàm re vera debeatur, quia pluris intereſt
creditoris propter actionem pignoratitiam qua tenetur
debitori, vt quanto pluris fuit res obligata ei reſtituat, quo-
ties eam rem ita vendidit, vt non videatur carere dolo vel
culpa, qui minore pretio vendidit, quàm quanto vende-
re diligens paterfamilias potuiſſet *l. ſi pignore 22. §. vlt. De*
pign. act. Atque litis æſtimatio ſimilis eſt emptioni *leg. 3.*
D. pro emptor. Perinde igitur curare debet creditor, vt
cùm res pignorata non reſtituitur à tertio poſſeſſore, tan-
ti lis æſtimetur, quanti re vera eſt, atque ſi eam vende-
8 ret ne pignoratitia teneatur. † Nimirum ſi res extet
quæ æſtimari commodè poſſit citra iuſiurandum. Nam
ſi deſierit extare, licèt dolo malo poſſeſſoris, non idcirco
iuſiurandum actori deferendum eſt, quia nec eius quic-
quam intereſt ſupra eam quantitatem quæ debetur, quæ
ſufficiat nihil ei poſſe imputari de re perdita aut de li-
te minoris æſtimata, ne pignoratitia conueniri poſſit:
Præſertim cùm debitor idémque pignoris dominus
actionem ad exhibendum habiturus ſit contra hunc qui
dolo poſſidere deſiit: in qua actione ſi res non exhibebi-
tur vt vindicari poſſit, tùm verò iurare in litem domino
permittetur, quia in actione ad exhibendum quoties ra-
tione dominij datur iurari in litem poteſt *d. l. in actioni-*
bus l. 3. §. 2. D. ad exhib. † Igitur hoc caſu quo res pigno- 9
rata nec reſtituitur nec æſtimari poteſt ob eam cauſſam
quod poſſeſſoris dolo extare deſiit, tanti lis æſtimanda
erit quantum actori debetur, non pluris: eadem ratione
quæ locum habet cùm agitur aduerſus debitorem, quia
nec pluris intereſt creditoris: † Quemadmodum eueni- 10
ret ſi poſt moram poſſeſſoris citra dolũ res extare deſiiſ-
ſet. Quo caſu nemo vnquam dixit permittendum eſſe
creditori vt iuret, cùm nihil ipſius interſit niſi quatenus
ei debetur, nec res ipſa quæ extare deſiit, ſed pecunia tan-
tùm ei debeatur. Non enim quod ſine iuriſiurandi dela-
tione non poſſit iudex æſtimare rem quæ non extat, indu-
cere poſſet iurandi ius, & neceſſitatem, ſi non illud etiam
concurreret, quod æſtimanda neceſſariò eſt res quæ li-
cet ampliùs non extet, tamen adhuc debetur: ſicut ex di-
uerſo non ſufficeret rem deberi, & peremptam eſſe ſi alia
ineundæ æſtimationis ratio competeret, id eſt ſi poſt li-
tem conteſtatam res periiſſet, quia tunc litis conteſtatæ
tempus ſpectari poſſet. † Quæ cùm ita ſint, videamus 11
iam quid aliud ſit quod in contrarium proponitur ex
Marciano *in d. §. in vindicatione. In vindicatione pignoris,*
inquit, *quæritur an rem de qua actum eſt poſſideat is cum*
quo actum eſt? Nam ſi non poſſideat nec dolo fecerit quomi-
nus poſſideat abſolui debet. Hoc rectè. Nam cùm pignoris
perſecutio ſit in rem, fieri non poteſt vt ex ea rectè con-
ueniatur & condemnetur is qui rem non tenet, nec pro-
inde habet ipſius reſtituendæ facultatem. Idémque iuris
eſt in directa rei vindicatione quæ iure dominij datur *l.*
officium 9. D. de rei vind. vbi Vlpianus ſcribit officium
iudicis in ea actione eſſe vt iudex inſpiciat an reus poſ-
ſideat necne, id eſt vt ſequentia explicant an rem quæ
petitur ita teneat vt eius reſtituendæ habeat facultatem.
Cui & ille comparatur qui dolo malo deſiit poſſidere,
quia ex vulgari iuris regula dolus pro poſſeſſione eſt. † 12
Sequitur *ſi verò poſſideat & aut pecuniam ſoluat aut rem*
reſtituat, æquè abſoluendus eſt. Hoc etiam rectè, quia deſi-
nit creditoris intereſſe ſiue debitor ipſe aut alius quilibet
rei obligatæ poſſeſſor eam rem reſtituat, ſiue inferat li-
tis æſtimationem, iuxta eam diſtinctionem quæ traditur
in d. §. vlt. l. ſi inter 21. eo. tit. † Hypothecaria autem
actio non poteſt tenere ex quo deſiit intereſſe creditoris,
id eſt vbi ſoluta pecunia vel aliter ſatisfactum eſt *l. grege*
13. §. etiam eo. l. debitor 50. D. ad S.C. Trebell. † *Si verò* in- 13
quit lex, *neutrum horum faciat condemnatio ſequitur.* Et
hoc quoque rectè. Sed quænam condemnatio? An vt
poſſeſſor rem reſtituat quæ à creditore poſteà pignoris
iure retineatur? Ita vulgò creditum eſt: indéque natus er-
ror pragmaticorum, exiſtimantium ſic formandum eſſe
libellum in huiuſmodi actione vt rei obligatæ reſtitutio
petatur, ita formandam quoque ſententiam vt ea reſtitu-
tio adiudicetur. Quod ſanè abhorret euidenter à princi-
piis iuris. Nam cùm actio hypothecaria ſit arbitraria ſi-
cut & dominij vindicatio directa, nihil aliud petere & in-
tendere poteſt creditor niſi vt pronuncietur rem eſſe obli-
gatam, quæ dicitur adiudicatio hypothecæ *in d. l. fundus.*
§. creditor, quemadmodum & qui rem vindicat tanquam
dominus nihil aliud petere apud iudicem poteſt, niſi vt
ſibi res adiudicetur, id eſt vt rei litigioſæ dominus pro-
nuncietur. † Quæ adiudicatio ſiue dominij ſiue hypothe- 14
cæ quantum differat à reſtitutione ex eo apparet, quod
poſt eiuſmodi adiudicationem neceſſe eſt ſequi arbitrium
iudicis ex mero eius officio non ex actoris iure aut peti-
tione æſtimandum, quod porrò non tale eſſe debet vt res
ipſa præciſè reſtituatur, ſed ſub alternatione, vt vel pe-
cunia debita ſoluatur vel res obligata reddatur. Vtrum-
que enim in præſtatione eſt: nec magis arbitrari poteſt
iudex vt poſſeſſor rem reſtituat, quàm vt pecuniam de-
bitam ſoluat: quod tamen niſi ineptè & iniurioſè, face-
re non poſſit, non ſolùm ſi tertius poſſideat quem conſtat
nihil debere, ſed etſi debitor ipſe tanquam poſſeſſor
conueniatur,

conueniatur, quia per hypotecariam non quaſi debitor conuenitur? ſed quaſi poſſeſſor, quippe qui ea actione
15 conueniri nullo modo poſſet ſi non poſſideret.† Planè ſi arbitrio iudicis iubentis rem reſtitui aut pecuniam ſolui non pareatur, tùm verò ſequitur condemnatio, non ad hoc vt alternatiuè res præſtetur vel pecunia ſoluatur, ſed ad præſtandam litis æſtimationem præcisè, id eſt quanti intereſt creditoris, quod ipſum aliter atque aliter in perſona debitoris, & alterius cuiuſlibet poſſeſſoris æſtimatur *d.§.vlt. l.ſi inter.* Itaque rei reſtitutio neque in petitione, neque in condemnatione eſt, non magis quàm pecuniæ ſolutio, ſed tantum in arbitrio iudicis, & quidem alternatiuè, in quo hypothecaria differt à directa dominij vindicatione. Ibi enim iubetur præcisè reus actori
16 rem reddere, quæ eſt actoris.† Poſt condemnationem verò deſinit pignoris reſtitutio eſſe in præſtatione, ſi omnimodo lis æſtimanda, eáque æſtimatio præſtanda eſt, adeò vt oblata reſtitutione non poſſit liberari condemnatus niſi creditor offerat aut agnoſcat conditio-
17 nem. † Cùm verò condemnatio facienda ſit quanti intereſt creditoris, apparet nihil cauſſæ eſſe cur ei iuſiurandum deferri oporteat: quia certa eſt litis æſtimatio, certúmque, quid & quantum creditori debeatur, aut quanto pluris ſit res pignorata cum extat, ne creditori poſſit imputari, quod minore quàm debuerit pretio litem æſtimauerit, Æſtimatione ſcilicet ineunda inſpecto illo tempore condemnationis non litis conteſtatæ aut moræ præcedentis, ex quo de præſtanda illa æſtimatione non quæritur niſi tempore condemnationis, antequam poterat poſſeſſor offerens debitum effugere condemnationem præſtandæque æſtimationis neceſſitatem: quamquam hoc ipſum quod dicimus de præſtanda illa æſtimatione quæ ſententiæ tempore fuerit, ita accipiendum eſt ſi non poſt moram res deterior facta ſit, ex iis quæ diximus in interpretatione *l.pen.D.condict.tritic.* Sequitur apud Marcianum *Sed ſi velit reſtituere nec poſſit, fortè quòd res abeſt & longè eſt vel in prouinciis, ſolet cautionibus res explicari. Nam ſi caueret ſe reſtituturum abſoluitur.* Nec hoc hoc etiam malè. Nam & ad id iudicis officium pertinet *§.etſi in rem inſtit.de offic.iudic.l.niſi ſi malit* 11.*De rei vindict.* vbi ſcriptum eſt huiuſmodi cautionem cum fideiuſſore eſſe debere, id eſt non nuda cautione, ſed ſatiſdatio-
18 ne victori conſulendum, † *Sin vero*, inquit lex, *dolo quidem deſiit poſſidere, ſumma autem ope niſus non poſſit rem ipſam reſtituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem iurauerit.* Nec verò eſt quod ego falſum puto, neque dubito quin iure falſiſſimum affirmare poſſim. Cur n.hoc caſu quo is qui dolo deſiit poſſidere, fecit quantum in ſe fuit vt rem obligatam reſtitueret, iurabitur contra eum in litem, non etiam contra eum qui rem adhuc poſſidens nec eam reſtituere vult nec pecuniam ſoluere? De illo.n. paulò ante tractans Marcian. illis verbis *ſi vero neutrum horum fecerit* nihil aliud ſcribit, niſi condemnationem ſequi oportere nulla iuriſiurandi facta mentione. At iam diximus in ſuperioribus iureiurando in litem non tam præteritum quàm præſentem dolum vindicari, hoc eſt non tam ob id quod reus aliquando in dolo fuerit aduerſus eam iurari, quàm quia nunc in dolo ſit qui rem alienam inuito domino retinere velit. Neque verò contra eum qui dolo malo deſiit poſſidere iurari poſſet, cùm nõ poſſit reſtituere, niſi dolus præſens ex præterito induceretur, id eſt niſi adhuc pro poſſeſſore haberetur. Etſi autem quod nunc nitatur quantum poteſt rem reſtituere, non impedit quominus propter dolum præteritum adhuc habendus ſit pro poſſeſſore, & conſequenter pro contumace, nemo tamen dixerit eius cauſſam deteriorem eſſe debere, quam ſi rem ipſam reuera poſſideret, nec reſtituere vellet: nec minus illo quam iſto caſu locum habent omnes eæ rationes ob quas diximus in actione hypothecaria iurari in litem numquam
19 poſſe. † Quare fatendum eſt totum illum verſiculum Triboniani inſcitiæ potiùs quam Marciani elegantiæ

adſcribendum eſſe: quod probabunt euidentiùs quæ ſequuntur: *Sicut in cæteris,* inquit ille, *in rem actionibus.* Quaſi verò hypothecaria actio cæteris in rem actionibus ſimilis videri poſſit. Quænam autem ſunt cæteræ illæ in rem actiones, Rei vindicatio directa aut vtilis, & Publiciana, & Ad exhibendum. † Atqui quod ad rei vindica- 20
tionem ſiue dictam ſiue vtilem attinet longè alia eius ratio eſt. Cùm.n. competat iure dominij æquitas cum iuris ratione coniuncta facit vt ei qui obtinuit ſi res non reſtituatur permittendum ſit in litem iurare, ne alioqui re ſua inuitus carere & eam iuſto pretio vendere cogatur quod nequaquam ferendum eſt. At in actione hypothecaria nec de dominio agitur, nec ab eo, qui ſit dominus, ſed à non domino contra poſſeſſorem ad auocandam nudam poſſeſſionem *l.ſi cùm venditor 66.D. de euict.* niſi reus malit expectare condemnationem, quæ ſi ſequatur non de poſſeſſione fieri debet, ſed de litis æſtimatione præſtanda vt diximus, quod Bartolus in interpretatione *d. §. in vindicatione* non intellexit. Quid ergo attinet deferri iuſiurandum creditori ad æſtimandam proprietatem? In publiciana non aliud iuris eſt quàm in directa dominij vindicatione. Etſi enim publicianam is exercet qui dominus non eſt, quia tamẽ exercet quaſi dominus, & eo colore quaſi iam vſuceperit, non minus hac parte iuris habet, quàm ſi directa dominij vindicatione 21
experiretur. † In actione ad exhibendum non ita indiſtinctè idem obtinet. Nam ſicuti competit ex diuerſis cauſſis, nec ei tantùm qui ſit dominus, & iure dominij rem exhibitam poſteà vindicaturus, ſed omnibus etiam illis quorum intereſt rem exhiberi licet dominium non habeat *l.3.§. ſciendum cum ſeq. & paſſ. D.ad exhib.* Ita puto diſtinguendum eſſe cùm quæritur An in hac actione in litem iuretur, an competat ratione dominij an ex alia cauſſa. Nam ſi ratione dominij, fateor iuſiurandum eo caſu locum habere, quia vindicationis loco eſt, eædémque rationes in vtraque actione locum habent. Sed ſi alius quàm dominus ad exhibendum agat, licèt poſſeſſor dolo malo deneget exhibitionem, cogit me iuris ratio vt negẽ iuriiurando locum eſſe. Tunc enim ſola vtilitas æſtimationem facit cùm ceſſante dominio actio naſcitur, ideóque ad æſtimationem corporis actio referri non poteſt vt de furti actione dicebat Papinianus in *l. ſi vindidero* 80. *§.1.D.de furt.* † Iuſiurandum verò in litem 22
nunquam datur ad id tantum quod intereſt æſtimandum ſi non prætereà res aliqua & præſtanda & æſtimanda ſit. Sunt enim iſta prorſus contraria æſtimari rem quanti actor in litem iurauerit. & æſtimari quanti actoris interfuit *d.l.qui reſtituere & l. ſemper* 11.*§.hoc interdicto. D. quod vi aut clam.* Nec me mouet quod generaliter & indiſtinctè proditum eſt, in actione ad exhibendum iurari in litem *d.l.3.§.præterea.D.ad exhib.d.l.in actionibus.5. D.de in lit.iur.* Id.n. ob eam cauſſam factum videri poteſt, quod hæc actio maximè propter vindicationes introducta eſt, vt Vlpianus ſcribit in *l.1.illo tit.ad exhib.* † Si- 23
militer igitur dicendum eſt in actione hypothecaria iurari non debere, quia non eſt ſimilis actioni ad exhibendum in qua iuratur, id eſt quæ iure dominij competit, ſed illi potiùs in qua non iuratur, id eſt quæ ob id datur, quód ex alia quàm dominij cauſſa interſit, cùm deque domino neque pro domino, ſed creditori duntaxat pro pignore hypothecaria accommodetur. † Nec illud fur- 24
ſus mouere nos debet quod in *d.l.in actio.* generaliter & indiſtinctè ſcriptum eſt in actionibus in rem iurari: id.n. non eo minùs recipit diſtinctionem, ſi talis actio ſit quæ ob id in rem proponatur, ne dominus re ſua careat aut ea quam quaſi ſuam poſſit dicere, vt contingit in vindicatione & publiciana, non etiam in hypothecaria. Sic idem noſter Marcianus in *d.l.in actionibus* ait, in bonæ fidei iudiciis in litem iurari, quod & Vlp. ſcribit in *l.3.§.in hac. D. commod.* Et tamen nemo dixerit in omnibus bonæ fidei iudiciis idcirco iurari poſſe. Nam vt ſuprà monuimus, neque in contra-

riis iudiciis, neque in actione empti quæ omnium ma-
ximè bonæ fidei eſt, iuratur in litem : ſed in iis tantùm
ex quibus petit actor reſtitutionem rei ſuæ, licèt non tan-
25 quam ſuæ ſed potiùs tanquam ſibi debitæ. † Magis ſen-
tentiæ noſtræ illud obſtat quod *in d.l qui reſtituere*, poſt-
quam tractatum eſt de iureiurando in litem contra eum
dando qui rem petitori adiudicatam dolo poſſidere deſiit,
no eam reſtituere cogeretur, ſic Vlpianus ſubiicit, *Hæc
ſententia generalis eſt & ad omnia ſiue interdicta ſiue actio-
nes in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu iudi-
cis quid reſtituitur, locum habet*. Nam ſi ita eſt, ergo in
hypothecaria quoque actione quæ haud dubiè arbi-
traria eſt in litem iurabitur. Sed iam indicaui ſuperio-
re libro cap. 1. mihi ſuſpectam eſſe illam clauſulam, adeó-
que legem integram, & Triboniano ni fallor potius
quam Vlpiano tribuendam. De quo dicemus paulò la-
26 tiùs capit. 17. † Expediendum enim nunc nobis eſt, vt
reliquam Triboniani inſcitiam *in d.§.in vindicatione* pro-
damus & explodamus. Sequitur enim *nam ſi tanti cōdem-
natus eſſet quantum deberetur, quid proderat in rem actio,
cùm & in perſonam agendo idem conſequeretur?* Egregia
verò ratio & digna planè Triboniano, vt euincat per-
mittendum eſſe creditori hypothecariam exercenti, vt
in litem iuret. Nihilne igitur, Triboniane, prodeſſe tibi
videtur hypothecaria, tametſi per eam non plus creditor
conſequatur quàm ſibi debetur? Quid ſi exerceatur con-
tra tertium poſſeſſorem, qui neque debitor ſit, neque
debitoris heres? An tibi nullum eſſe videtur creditoris
commodum ſi quod ab vno ſibi debetur fortaſſis nunc
inope, & non ſoluendo, ab alio qui nihil debet conſe-
quatur? Sed & cùm agitur aduerſus ipſum debitorem,
eundémque rei obligatæ poſſeſſorem, quis non videt ex-
peditius eſſe vt in rem agatur quàm in perſonam? Finge
alios eſſe creditores poſteriores quidem, ſed tamen qui ſi
perſonali actione experiendum eſſet, non modò concur-
rerent, ſed etiam ob fauorabiliorem debiti cauſſam præ-
ferrentur. Conſtat. n. perſonalium actionum priuilegia
non ex tempore æſtimanda eſſe, ſed ex cauſſa *l. priuilegia
42. D de reb auctor. iudic. poſſid. vel venund*. An non erit
magnum creditoris commodum agentis hypothecaria
etiam contra debitorem, quod cæteris omnibus poſte-
27 rioribus præfertur? † In eo ſiquidem potiſſimum elucere ſo-
let vtilitas pignorum, vt vel acquirant creditori ius præ-
lationis contra cæteros creditores ſi qui ſint poſteriores
tempore, ſiue debitor ipſe, ſiue alius poſſideat, vel pa-
reant in rem actionem aduerſus tertios poſſeſſores qui
28 alioquin conueniri nullo modo poſſent. † Cæterum
non idcirco deterioris conditionis debitorem eſſe opor-
tet, quòd pignus dederit : nec quòd pignus illud non re-
ſtituat, in plus condemnari debet quàm ſi pignus nullum
dediſſet. Sufficit enim id creditorem conſequi propter
quod putauit ſibi conſulendum acceptione pignoris, id
eſt indemnitatem, quam porro ei præſtari facillimum
eſt citra iuſiurandum. Neque verò pignus idcirco datur,
vt grauior & ſeuerior contra debitorem quandoque ſe-
qui poſſit condemnatio, ſed tantùm vt meliùs cautum ſit
creditori. Non eſt igitur abſurdum quod Tribonianus
abſurdum putauit, Non plus conſequi creditorem agen-
tem hypothecaria contra debitorem, aut alium quemli-
bet poſſeſſorem quàm ſi in perſonam egiſſet. Illud ſanè
abſurdum eſſet non plus cautionis habere creditorem qui
pignus aliquod accepiſſet, quam nullum : ſed ni-
hil ea res commune habet cum iureiurando in
litem, quia iuſiurandum ad augendam
condemnationem, non ad maio-
rem indemnitatis cautio-
nem inducendam
pertinet.

Capvt XVI.

Ad l. ſi inter 21. §. vlt. D. de pignor & l. 2. quibus mod. pign. vel hypot. ſoluitur.

Svmmaria.

1 *Quomodo Accurſius & cæteri Interpretes concilient* d. §. in vindicatione, *cùm* §. vlt l. ſi inter. ff. de pign.

2 *Quid commodi afferat actio hypothecaria creditori aduerſus tertium poſſeſſorem agenti.*

3 *Creditori aliquando vtilius eſſe hypothecaria quàm perſonali actione aduerſus debitorem experiri.*

4 *Vlpianum in* d. §. vlt. l. ſi inter *iuſiurandum non requirere quum de lite aduerſus tertium rei pignoratæ poſſeſſorem æſtimandâ agitur.*

5 *Cur creditor aduerſus tertium poſſeſſorem hypothecaria agens in litem iurare non poſſit.*

6 *Multum intereſſe an debitum à poſſeſſore ad excludendam hypothecariam offeratur, an verò à iudice ad litem æſtimandam in condemnationem deducatur.*

7 *Poſſeſſore debitam quantitatem offerente, eam oblationem neque litis æſtimationem neque venditionem dici, & debitori licere reddito debito pignus à poſſeſſore vindicare.*

8 *Lite contra tertium poſſeſſorem à iudice æſtimata, non licere debitori iure dominij rem ſuam ab illo poſſeſſore vindicare.*

9 *Quid debitor eo caſu pro re ſua amiſſa à poſſeſſore conſequatur.*

10 *Poſſeſſorem, ſiue ſponte ſiue poſt arbitrium iudicis debitam quantitatem ſoluat, emptoris loco non haberi.*

11 *Caſus quo Bartolus credidit aduerſus ipſum debitorem pignus poſſidentem in litem iurari in actione hypothecaria.*

12 *Quid Bartolum in hanc ſententiam impulerit.*

13 *Aliud eſſe dicere*, æſtimandam eſſe litem ſupra id quod debetur, *aliud vero*, æſtimandam eſſe litem ſuper quam reuera intereſt.

14 *Totum illum* §. in vindicatione. *Triboniani potius quàm Marciani eſſe.*

15 *Officium iudicis de hypothecaria cognoſcentis in quo potiſſimùm verſetur?*

INtelligi autem ex ſuperioribus poteſt, quàm egregiè 1
Bartolus poſt Accurſium cæterique interpretes deci-
piantur, qui in actione hypothecaria ita demum iurari
poſſe volunt, ſi exerceatur contra tertium poſſeſſorem
non etiam ſi contra debitorem, vt Marcianum conci-
lient cum Vlpiano *in dict. leg. ſi inter. §. vlt. D. de pignor.*
Nam ſi recta eſſet illa Triboniani ratio, quam nos im-
probamus : an non multo magis locum haberet, in hy-
pothecaria quæ contra debitorem quàm in ea quæ con-
tra tertium poſſeſſorem inſtitueretur? † Siquidem cùm 2
aduerſus tertium poſſeſſorem agitur non poteſt dici inu-
tilem eſſe hypothecariam creditori, qui & in perſonam
agendo tantumdem conſequi potuiſſet : cum neque in
perſonam agere potuerit cōtra tertium nullo modo obli-
gatum, neque paruum illud commodum ſit quod ei per
hypothecariam præſtatur vt poſſeſſorem ſi nudam poſ-
ſeſſionem nollet reſtituere, habeat etiam de pecunia obli-
gatum. † At cùm aduerſus debitorem agitur, parum ſa- 3
nè intereſt creditoris an perſonali actione experiatur, an
hypothecaria, niſi cùm aut debitor ſoluendo non eſt aut
alij creditores adſunt, qui ſi nulla eſſet hypotheca, vel
concurrerent, vel præferrentur. Taceo, quód cætera om-
nia quę ſunt *in d. §. in vindicatione*, generalia ſunt, & accō-
data ad actionem quamlibet hypothecariam ſiue contra
tertium poſſeſſorem ſiue contra debitorem ipſum propo-
natur. † Sicut & Vlpianus *in d. §. vlt. l. ſi inter*, tractat 4
de

de lite vtroque caſu æſtimanda, ſed ita tamen vt neutro caſu in litem iurari patiatur. Nam quod ait aduerſus tertium poſſeſſorem pluris litem æſtimari quàm illud ſit quod debetur, non facit vt iuſiurandum eo magis neceſſarium eſſe putare debeamus. Pluris enim lis æſtimatur quia tanti æſtimatur quanti res obligata eſt non quantum debetur: at quanti res ipſa ſit facile ſciri poteſt ſine delatione iuriſiurandi, ſiue res extet, de quo nemo dubitat, ſiue extare deſierit dolo malo poſſeſſoris, quia in eo quod excedit debitam quantitatem nihil intereſt creditoris niſi hactenus vti ne quid dolo malo in re debitoris niſi hactenus vti ne quid dolo malo in re debitoris ſui feciſſe exiſtimetur, qua de re, ipſius etiam religioni ſtandum eſſe voluit Iuſtinianus in *l. vlt. ad fin C. de*
5 *iur. domin. impetr.* † Denique iuris regula eſt alium in litem non debere iurare quam dominum litis, id eſt qui litem ſuo nomine conteſtatus eſt *l. vulgo præſumitur 7. D. de in lit. iur.* Atqui creditor qui hypothecariam exercet contra tertium poſſeſſorem non poteſt videri litem exercere ſuo nomine niſi ad eam vſque quantitatem quæ ſibi debetur, quia in ſuperfluo non eſt creditor, ſed procurator debitoris cui & actione pignoratitia idipſum reddere cogitur vt lex ait. Ergo quamuis lis æſtimetur pluris ob id quod pluris res eſt, non tamen conſequens eſt
6 vt ea æſtimatio fieri debeat per iuſiurandum. † Nec minus ridiculum eſt, quod idem Bart. ad *d. §. vlt. l. ſi inter*, ſcribit eo demum caſu pluris litem æſtimari contra tertium poſſeſſorem quo pignoris poſſeſſio amiſſa fuerit culpa creditoris, quoniam, inquit, alioqui ſola debiti oblatio hypothecariam ſummoueret *d. §. in vindicatione.* Nam obſeruare debuit multum intereſſe, an debitum offeratur à poſſeſſore ad excludendam hypothecariam, an deducatur in condemnationem à iudice ad litem æſtimandam. Priore caſu ſufficit oblatio debiti licèt pluris res ſit quam debeatur: quia ſoluitur pignus ſoluta ſumma quæ debetur, ſoluto autem pignore ſummouetur ius creditoris *d. l. ſi cum creditor 68. de euict. l. Paulus 12. § vlt quib. mod. pign. vel hypot ſoluit* Poſteriore verò caſu deducitur in condemnationem quanti res eſt, ſiue creditoris culpa pignus amiſſum fuerit vt Bartolus loquitur, ſiue nulla eius culpa interuenerit, quia tanti creditoris intereſſe intelligitur, hoc ipſum verò quoniam in tantum tenetur debitori pignoratitia actione, ſiquidem vt ſuprà iam attigi, ea litis æſtimatio venditio quædam eſt, *d. l. 3. pro emptor.* cùm creditori liceat ſuo iure pignus vendere, niſi in contrarium conuenerit ne poſſit *l. 4. D. de pign. act.* Atqui pignorare vendito, quod ex venditione ſupra debitã quantitatem redactum eſt debitori reſtitui debet, *l. eleganter. 24. § ſi vendiderit. D. de pignor. action.* Imò & quod ex venditione redigi potuit ſi minùs diligenter creditor in vendendo verſatus ſit *dict. l. ſi pignore. 22. §. vltim. eod.* Mirum igitur non eſt pluris litem æſtimari, cùm agitur aduerſus ter-
7 tium poſſeſſorem. † At cùm poſſeſſor pignoris offert debitam quantitatem, vt ſummoueat creditorem, nihil tale interuenit, quia perceptio illa debiti neque litis plena æſtimatio, neque venditio eſt, nec proinde impedit debitorem quominùs reddito debito quod poſſeſſor dedit, rem ſuam vindicet à poſſeſſore *l. 2. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* quod vtique facere non poſſet ſi non ex oblatione poſſeſſoris, ſed ex iudicato creditor litis æſtimationem conſecutus fuiſſet, non magis quam ſi creditor pignus ſuo iure diſtraxiſſet. Dicitur quidem poſſeſſor offerre litis æſtimationem, qui offert creditori debitam quantitatem *d. l. 2. & l. ſicut. 8. §. vlt. eod.* quia nihil aliud eſt quod petere creditor poſſit, & cuius conſequendi gratia exerceat hypothecariam, ſed ea litis æſtimatio non cenſetur iure vẽditionis, quia non ſit à creditore, ſed ex ſola voluntate & obligatione poſſeſſoris, inuito etiam creditore *d. l. Paulus 12. §. vlt. eod.* & excludendum potius
8 quàm ad comparandum ius creditoris. † Cùm verò lis æſtimatur per iudicem contra poſſeſſorem arbitrio non parentem, id eſt, neque pignus reſtituere, neque pecuniam debitam ſoluere volentem, factum iudicis habetur pro pro facto creditoris vt *l. ſi ob cauſam 18. C. de euict.* & inuicem iuſtæ conuentionis ſuccedit auctoritas iubentis vt ait *l. 1. C. ſi in cauſſ. iudic. pign. capt. ſit.* Et quamuis iudicium reddatur in inuitum *l. inter ſtipulationem. 83. §. 1. de verb. oblig.* nec magis poſſit fieri venditio ſine conſenſu emptoris quam inuito venditore, attamen non eo minùs emptoris loco & iure habendus eſt poſſeſſor, qui ex iudicato litis æſtimationem intulit, quia hoc maluiſſe videtur *arg. l. ſi parte cogente. 22. ff. de rit. nupt.* cùm in eius arbitrio & poteſtate fuerit impedire condemnationem, ſummota per ſolius debiti obligationem hypothecaria actione. Proinde licet vtraque litis æſtimatio ſit, tam quæ offertur à volente poſſeſſore, quàm quæ ab inuito eo auctoritate iudicati extorquetur alia tamen atque alia eſt, & hæc longè plenior quàm illa, ob idque etiam potentior ad excludendum debitorem ſi tanquam dominus, rem ſuam pergat vindicare à poſſeſſore, qui condemnatus fuit & ſatisfecit. † Itaque ex eo quod intereſt debitoris, qui 9
rei ſuæ dominium amittit per eam litis æſtimationem, naſcitur in ipſius commodum ius pignoratitiæ actionis, vt hoc ſaltem à poſſeſſore conſequatur quo pluris res fuit quàm deberetur, quam actionem pignoratitiam vtique nullam habet contra creditorem qui inſtituta hypothecaria nihil niſi debitum conſecutus eſt à poſſeſſore ante condemnationem, nec ſi debitum conſecutus ſit poſt arbitrium iudicis prolatum, de pignore reſtituendo aut pecunia ſoluenda, quandoquidem arbitrium illud multum diſtat è condemnatione, quæ ipſa nec priùs, nec aliter ſequatur quàm ſi arbitrio non pareatur. Non enim ſicut condemnatio, ita arbitrium irrogat parendi neceſſitatem, ſed tantùm declinandæ condemnationis facultatem. † 10
Quare nec quicquam hac parte refert an poſſeſſor ante vel poſt arbitrium iudicis offerat id quod debet, dummodo non expectet condemnationem. Vtroque enim caſu ſponte offerre intelligitur, & pro ſuo iure, ideóque nec emptoris loco haberi poteſt, qui nihil aliud agit, niſi vt pignus tollat & hypothecariam excludat: quam excludere ſanè is ampliùs non poteſt qui iam per eam actionem non ſolùm conuentus fuit, ſed etiam condemnatus ad litis æſtimationem omnino præſtandam. Fruſtra enim tractes de excludenda actione quæ effectum habuit, & ex qua iam ſit ſecuta condemnatio. † Alius longè ineptior 11
ne dicam ſtolidior Bartoli error in eo eſt quod ad Vlpianum in *dict. §. vltim. l. ſi inter*, notat, poſſe fieri vt etiam contra debitorem ipſum pignus poſſidentem iuretur in litem in actione hypothecaria, ſcilicet, inquit, ſi creditoris agentis interſit pluris quam illud ſit quod debetur, vt puta ſi eidem creditori chirographaria pecunia debeatur propter quam retinere poſſet pignus, ſi eius poſſeſſionem nactus eſſet, nimirum quod anteà poſſediſſet, ac cuius poſſeſſio ſine ipſius facto poſteà ad debitorem rediiſſet. Alioqui fatetur Bartol. non poſſe videri quicquam intereſſe creditoris, quia ius pignoris ob chirographariam pecuniam retinendi non alij competit quàm ei qui poſſidet *l. 1. C. etiam ob chirograph. pecun. pign. retin. poſſ.*
† Errandi occaſionem Bartolo illud præbuit quod eam 12
Vlpiani ſententiam eſſe putauit, vt in hypothecaria quæ contra tertium poſſeſſorem exercetur, iurari poſſit in litem, ob id ſolùm quod Vlpianus ſcribat litem, eo caſu pluris æſtimandam quàm quantum debetur, inferens eadem igitur ratione dicendum eſſe ſi contingat aliquo caſu in hypothecaria contra debitorem ipſum inſtituta pluris litem æſtimari oportere quam ſit in debito, iuſiurandum quoque in litem creditori deferri debere, quaſi verò paria aut potius eadem hæc ſint, quæ nec ſunt conſequentia, æſtimari litem pluris quàm debeatur, & in litem iurari omnino certè inſubtiliter & imperitè: fateor æſtimari poſſe litem etiam aduerſus debitorem ipſum multo pluris quam ſit debitum, ſi modò quicquam amplius interſit creditoris ſiue ex ea cauſſa quam ponit Bartolus, ſiue ex alia qualibet: nihil enim moror. Sed neque

æſtimationem illam fieri debere per iuſiurandum in litem:
quia non debet egredi id quod re vera intereſt, quomodo
egrederetur, ſi creditori in litem iurare liceret. Niſi
rurſus cum Bartolo confugias ad commentitiam illam
diſtinctionem duplicis iuriſiurandi, adfectionis vt ille
vocat & veritatis quam nos refutauimus in ſuperioribus.
13 † Denique longè aliud eſt dicere æſtimandam eſſe litem
ſuprà id quod debetur, quod fieri facilè poteſt ſine iureiurando,
aliis ſcilicet probationibus exquiſitis quòd ex
alia cauſſa pluris interſit. Aliud verò dicere æſtimandam
eſſe litem ſupra quàm re vera interſit, quod ſicut aliter
quàm per iuſiurandum in litem fieri nequit, ita nec fit
vnquam in actione hypothecaria ſiue contra debitorem,
14 ſiue contra tertium poſſeſſorem exerceatur. † Commentum
igitur eſt Triboniani ius illud quo hodie vtimur, vt
in actione hypothecaria iuretur in litem, parúmque abeſt
vt putem quicquid ſcriptum eſt *in d §. in vindicatione* à
princip. ad finem vſque Triboniani eſſe potiùs quàm
Marciani. Solent enim Iureconſulti ſi quando diſtinguendum
arbitrantur multo breuiùs, & elegantiùs diſtinctiones
ſuas proponere quàm Tribonianus, cui nunquam
ſatis eſt innumera *ſi vero, ſin autem*, *quòd ſi* & alia
huiuſmodi congeſſiſſet. Ac in ipſo ſtatim initio §. illud
mihi ſuſpectum eſt quod ita lex loquitur, *an rem de qua
actum eſt poſſideat is eum quo actum eſt*. Scribi enim de-
15 buit *an rem de qua agitur poſſideat is cum quo agitur.* † In
eo namque potiſſimum verſatur officium iudicis de hypothecaria
cognoſcentis vt ſtatim inſpiciat an qui conuenitur
poſſideat necne, quia pati non debet vt actione
in rem vigeatur & inanibus litis ſumptibus vexetur is, qui
cùm nullo modo ſit obligatus, neque ex contractu vel
quaſi, neque ex delicto vel quaſi, alia nulla ratione conuenìri
poteſt quàm quia poſſideat, quique etiamſi per
iniuriam eſſet condemnatus, tamen reſtituendæ rei facultatem
non haberet, vt *in d. l. officium. 9. De rei vindicat.*
Itaque non ſententiæ ferendæ tempus in eo expectandum
eſt, ſed ab initio accepti iudicij & cùm agi incipitur officio
iudicis id inſpiciendum & perpendendum eſt. Idque
eſt quod dici ſolet neminem cogi poſſe vt in rem actionem
patiatur quia licet cuilibet dicere ſe non poſſidere
l. vlt. D. de rei vindicat.

Capvt XVII.

Obſeruata Triboniani manus in l. qui reſtituere. 68. ff. de rei vindicat. & in l. 4. §. iurare, & in l. 5. D. de in lit. iurand.

Svmmaria.

1 *Totam illam legem*, qui reſtituere, *contextu verborum & iuris ratione inſpecta, Triboniano, non Vlpiano adſcribendam eſſe.*
2 *iuris rationi contrarium eſſe, quod eius legis initio dicitur*, Eum qui reſtituere iuſſus iudici non paret *&c.* manu militari cogendum eſſe vt reſtituat.
3 *Præceptum iudicis rem reſtitui iubentis non condemnationem, ſed arbitrium eſſe.*
4 *Reprehenditur ſententia Accurſij & aliorum exiſtimantium in actionibus arbitrariis duas ſententias ferri.*
5 *In rei vindicatione primò adiudicationem, deinde reſtituendi præceptum, tandem condemnationem à iudice procedere.*
6 *Ex ipſo legis textu probatur arbitrium illud iudicis de re reſtituenda ſententiam non eſſe.*
7 *Examinantur verba illa eiuſdem legis*, & fructuum dutaxat omniſque cauſæ nomine condemnatio fit.
8 *Quomodo ea verba ab Accurſio accepta ſint.*
9 *Illa verba de fructibus pendente lite perceptis accipi debere.*
10 *Poſſeſſorem, ſi dolo fecerit quominus reſtituere poſſit, in tantum condemnandum eſſe quantum aduerſarius in litem ſine vlla taxatione iurauerit.*
11 *An verba illa* ſine taxatione in d.l. *de taxatione facta à iudice ſint accipienda?*
12 *Iudicem, lege in infinitum iurare permittente, iuſiurandum ſiue deferendum ſiue delatum & præſtitum taxatione reprimere non poſſe.*
13 *Triboniano adſcribitur quod in* d. §. *iurare ſcriptum eſt ab iis verbis*, ſed an iudex. *vſque ad* §. ex culpa.
14 *Iudicem in omnibus illis actionibus, in quibus iurari in litem poteſt, cogi iuſiurandum deferre.*
15 *Nullum iuſiurandum* in litem eſſe quod non ſit affectionis. *Et ad* l. vlt. ff. de in lit. iur.
16 *De differentia inter iuſiurandum de quo in* §. vlt. l. in actionib. *Marcianus, & illud de quo in* d. l. vlt. de in lit. iurand. *Paulus tractat.*
17 *Non ideò quòd in arbitrariis actionibus arbitrio iudicis condemnatio permittitur, in arbitrio quoque iudicis eſſe an iuſiurandum deferre velit, nec ne.*
18 *Arbitrariæ actiones cur dicantur.*
19 *Cur præceptum quod in arbitrariis actionibus condemnationem præcedit*, arbitrium *dicatur.*
20 *Perperam in* d. §. iurare, *à Triboniano quæri, an qui iuſiurandum deferre poteſt iuriiurando taxationem adiicere poſſit.*
21 *Reiicitur eiuſdem Triboniani reſponſio ad quæſtionem, an iudex qui iuſiurandum detulit, poſſit illud non ſequi, ſed reum vel abſoluere vel minoris condemnare.*
22 *An vera & magna huius rei cauſa ſint inſtrumenta & probationes de nouo reperta.*
23 *Ad iuſiurandum in litem non pertinere quod dicitur, ſententiam ex iureiurando redditam ob inſtrumenta de nouo reperta aliquando retractari.*
24 *Iuſiurandum in litem præſtitum, ob inſtrumenta de nouo reperta cur retractari non poſſit?*
25 *Totum* §. 1. & l. in actionib. ff. de in lit. iurand. *qui eſt de taxatione iuriſiurandi in litem, Triboniani additamentum eſſe.*
26 *Quid Tribonianum ad iſtam iuriſiurandi taxationem inducendam impulerit?*
27 *Aliam eſſe rationem iuriſiurandi in litem, de quo locis ſupra citatis tractatur, aliam eius de quo in* l. ſi quando. C. vnde vi. *diſputatur.*
28 *Iuſiurandum hoc Zenonianum in quo differat à iureiurando quod ad rem petitam & actoris arbitrio æſtimandam præſtari neceſſe eſt.*
29 *Verſiculum illum* l. qui reſtituere. Si verò nec poteſt nec dolo deſiit &c. *eum iuris ratione congruere.*
30 *Poſtremam eius legis clauſulam Tribonianum maximè ſapere.*
31 *Quod de manu militari* in d. l. *traditur, non bene defendi ex* l. dominus. 36. ff. de liberal. cauſ.
32 *Abductionem ſerui, de qua in* d. l. dominus. *non manu militari, ſed propria domini auctoritate faciendam eſſe.*
33 *Probatur, ab eo qui rem alienam quam habet reſtituere iuſſus eſt, poſſeſſionem manu militari auferri non poſſe.*
34 *An dicta* l. qui reſtituere. *è libris iuris delenda ſit?*

IAmpridem † mihi tota hæc lex ſuſpecta viſa eſt, & Tri- 1
boniano dignior quàm Vlpiano. Sed tamen cùm nondum
ſatis liqueret quid omnino ſentiẽdum videtur, nolui
ante hunc diem meam de ea re conjecturam apetire: nunc
verò

verò audacter affirmo, ne vnum quidem verbum in tota lege eſſe quod Vlpiano adſcribi debeat, omnia eſſe Triboniani: idémque mecum vt ſpero ſentient qui & contextum verborum, & iuris rationem magis quàm legis inſcriptionem intuebuntur. Tota lege nihil continetur præter diſtinctiones Triboniano quidem familiares, ſed iis prætereà verbis conceptas quæ eidem Triboniano familiariſſima eſſe iam diximus, *ſiquidem habeat rem, ſi verò non poteſt reſtituere*. Et rurſum *ſiquidem dolo fecit, ſi verò nec poteſt*. Item in fine legis *ad omnia ſiue interdicta ſiue actiones*. Rurſum *actiones in rem ſiue in perſonam ſint*. Poſtremò *ad omnia locum habet* pro *in omnibus*. Mala vbique grammatica, quam Vlpianus non ſolùm bonam ſed etiam elegantem proculdubio dediſſet. † Omiſſa autem verborum obſeruatione, ſi rem ipſam & legis ſenſum inſpiciamus, illud primùm non puto verum & rationi iuris conſentaneum quod lex ait, eum qui reſtituere iuſſus iudici non paret, contendens non poſſe reſtituere, ſi rem habeat cogendum eſſe manu militari vt rem reſtituat, aut potius vt Triboniani verbis vtar ab eo transferendam poſſeſſionem officio iudicis & manu militari: non ob id ſolùm quòd fieri id nequeat citra vim & impreſſionem quam ſemper exoſam habet legiſlator, hoc quoque expreſſim prohibito, ne vnquam omnino in negotiis priuatorum, vel tuitio militaris vel executio tribuatur *l. 1. C. de offic. milit. iudic.* Sed etiam quia iuris ratio non patitur vt incipiatur ab executione id eſt vt executio præcedat condemnationem *l. 1. C. de execut. rei iu-*
3 *dic.* † Atqui præceptum illud iudicis rem reſtitui iubentis, non condemnatio eſt, ſed arbitrium, quod in actionibus omnibus arbitrariis, cuiuſmodi eſt vindicatio, præcedere neceſſe eſt, vt ſi non pareatur condemnatio ſequi poſſit *l. item ſi cùm. 14. §. hac autem actio de eo quod met.*
4 *cauſ.* In eóque perpetuus Accurſij, Bartoli & aliorum error eſt quod putant in actionibus arbitrariis duas ferri ſententias, arbitrium iudicis pro ſententia accipientes, contrà quàm à Iuſtiniano ſcriptum ſit in *§. præterea. Inſtit. de action.* Neque enim ſententia dici debet vox quælibet iudicis, ſed ea demum quæ aut abſolutionem continet aut condemnationem. Præſertim cùm de ſententia diffinitiua tractamus, quæ & ſola ſententiæ nomen meretur, qualem hanc eſſe vult Accurſius, cùm poſſeſſor rei vindicatione conuentus rem reſtituere iubetur. Quod ſi verum eſſet ſequeretur in hoc vindicationis iudicio tres ferendas eſſe ſententias, vnam per quam pronuncietur petitoris rem eſſe. Hanc enim neceſſariò præcedere neceſſe eſt antequam poſſeſſor petitori rem reſtituere iubeatur: *§. & ſi in rem. Inſtit. de offic. iudic.* Secundam per quam iubeatur poſſeſſor reſtituere petitori rem iam adiudicatam. Tertiam qua poſſeſſor ſi non pareat condemnetur, non quidem ad hoc vt manum militarem pati cogatur (eſſet enim ea ſententiæ executio dicenda potiùs quàm ſententia, vt & Accurſius ait) ſed vt præſtet quanti actor in litem iurauerit. Nam & eo caſu quo poſſeſſor rem habeat poſſe contra ipſum iurari in litem non ſecus acſi dolo deſiiſſet poſſidere, nec Accurſius ipſe aut Bartolus nec alij diffitentur: tamen nemo vnquam dixit ſiue in arbitrario iudicio, ſiue in alio vllo tres ferri ſententias: vna tantùm eſt per quam reus aut abſoluitur, ſi ar-
5 bitrio pareat, aut ſi non pareat condemnatur. † Prima enim illa adiudicatio dici debet non ſententia cùm per eam reus neque abſoluatur, neque condemnetur: indéque nimirum fit vt cùm iudex poſteaquàm ſententiam dixit officio ſuo functus ſit *l. iudex poſteaquam. 55. D. de re iudic.* non tamen deſinat eſſe iudex is qui rem petitori adiudicauit, ſed ex officio iubere poſteà debeat eam rem reſtitui quam adiudicauit *d. §. et ſi in rem*: ſicut nec poſt arbitrium illud de reſtituenda re redditum, iudicis officium conquieſcit: at proſilire ad condemnationem iudex debet, vt non parentis contumacia coërceatur. Ergo fieri nequit vt ab eo qui reſtituere tantùm iuſſus necdum condemnatus eſt poſſeſſio manu militari transferatur, quin & poſſeſſori & legibus ipſis vis fiat. † Et 6
verò arbitrium illud iudicis de re reſtituenda nec condemnationem eſſe nec cõſequenter ſententiam ex eo apparet quod Tribonianus fatetur aliam condemnationem ſequi debere: ſubiicit enim *fructuum dumtaxat omniſque cauſſa nomine condemnatio fit*, vt ſignificet, futurum quoque vt de re ipſa petita & adiudicata condemnationem ſequi neceſſe eſſet, ſi non manu militari poſſeſſio ei aufferretur qui reſtituere iuſſus noluit parere. † Quis 7.
verò vnquam audiit, poſt ſententiam diffinitiuam adeóque iam executioni mandatam poſſe iudicem qui ſemel officio functus ſit de fructibus & cauſſa rurſum pronunciare? *l. terminato 3. cum ſeq. C. de fructib. & lit. expenſ.* Et hæc quoque non leuis ratio eſt quæ Triboniani inſcitiam detegere mihi videatur. † Quin & Accurſ. præſen- 8
ſit, qui vt ſe expediat, *condemnationem* interpretatur *condemnationis executionem*, aut quod lex de fructibus ait de iis accipiendum eſſe qui poſt ſententiam ſint percepti: vtrumque ridiculè. Condemnationis enim executio nulla eſſe poteſt, vbi condemnatio nulla præceſſit, nec rurſus condemnationis iure cenſeri præceptum illud iudicis de re reſtituenda: quandoquidem fieri poteſt vt is etiam qui reſtituere iuſſus eſt nec reſtituit abſolui debeat, ſi fortè ſine dolo aut culpa deſierit habere reſtituendæ rei facultatem. De fructibus verò poſt ſententiam perceptis certum eſt ſententiam ferri non poſſe antequam percepti ſint *l. 1. §. 1. D. de vſur.* poſteà verò multo minùs niſi nouo in eam rem iudicio inſtituto. † Ne- 9
que proinde dubitandum eſt quin de fructibus pendente lite perceptis accipi debeant verba illa *& fructuum duntaxat omniſque cauſſa nomine condemnatio fit*. In quibus tamen quid ſibi velit dictio *duntaxat* valde laborat Accurſius, & abs re, cùm ſit apertiſſimum id Tribonianum agere vt doceat nullam fieri debere condemnationem rei ipſius quæ petita eſt, cùm manu militari auferenda ſit non iureiurando in litem aut aliter æſtimanda. † Sanè quod 10
ſequitur veriſſimum eſt, ſi poſſeſſor dolo fecerit quominùs poſſit reſtituere, eum condemnandum eſſe quantum aduerſarius in litem ſine vlla taxatione in infinitum iurauerit? ratione illa quòd non ſit cogendus dominus vt re ſua inuitus careat, aut eam iuſto pretio vendat, ſicut euenit quoties dominus non ſolùm per vindicationem aut actionem ad exhibendum petit rem ſuam *l. 1. l. in actionibus 5. De in lit. iur. l. vlt. §. iuſſus. D. de appellat.* ſed etiam cùm repetit eam ex iudicio bonæ fidei, vtputa ex cauſſa depoſiti, vel commodati, vel alia eiuſmodi *d. l. in actionibus l. 3. in hac D. commod.* † Quamquam difficile eſt vt 11
domino rem ſuam petenti vel repetenti hactenus indulgeamus, vt ei licere debeat iurare in infinitum ſine vlla taxatione. Etſi enim verum eſt poſſe in infinitum iurari, ſolet tamen iudex & debet certam quantitatem ab initio taxare ad quam vſque iurare liceat, ne arrepta occaſione in immenſum iuretur *l. videamus, 4. §. iurare. De in lit. iur.* adeóque poſtquàm iuratum eſt, poteſt minoris condemnare *d. l. in actionibus*, quia immodicæ adfectioni nunquam indulgendum eſt. Quam ob cauſam interpretes, quod ait lex qui reſtituere *ſine vlla taxatione*, intelligunt de taxatione quæ fiat per legem, non de ea, quæ fieri debeat per iudicem, quod tamen nõ video qua ratione probabile eſſe poſſit, nuſquam enim reperias, iuſiurandum in litem taxari à lege, ſed ſemper à iudice vt *in l. ſi quando 9. Cod. vnde vi.* In propoſito autem excludi taxationem quæ ab ipſo iudice alioqui fieri poſſet, & deberet, ex eo apparet quod non ſolum lex ait, permittendum eſſe actori vt in infinitum ſine vlla taxatione iuret, ſed etiam condemnandum eſſe eum qui dolo deſiit poſſidere in quantum actor ſine vlla taxatione in infinitum iurauerit. Quibus enim verbis apertiùs poſſis exprimere nullam à iudice in condemnando poſſeſſore taxationem fieri debere? Igitur ſi quod ſcriptum eſt *dict. l. qui reſtituere* accipere velis pro imperatoria conſtitutione in cuius interpretatione quærendum ſit non quid ratio iuris ſuggerat, ſed

quid

quid leg ſtatutis voluntas conſtituat, non puto dubitan-
dum, quin ita ius conſtitutum videri debeat vt nullus ta-
xationi locus relinquatur, quoties contra eum iuratur qui
12 rem petitori adiudicatam dolo deſiit poſſidere. † Nec ſa-
nè mihi vnquam probabile viſum eſt quod ſcriptum vi-
deo *in d.l.4.§.iurare, & d. l.in actionibus* de taxando per
iudicem iureiurando ſiue antequam deferatur, ſiue poſt-
quàm delatum & præſtitum eſt: cùm lex patiatur iurari
in infinitum. Quid enim aliud eſt iudicem facere pote-
ſtatem iurandi in infinitum, niſi hoc ipſum quod nos
contendimus ſine vlla præfinitione & taxatione vel ad-
hibita, vel adhibenda: vtique enim nemo fuerit tam in-
ſanus & improbus qui decem millibus aureorum æſtima-
re velit rem quæ quinquaginta tantùm aureis digna ſit,
quandoquidem fieri id non poteſt citra periurium, de
quo etſi non facilè quæri ſolet *l.vltim eod.* quæri tamen
procul dubio poſſet ſi tam euidens proponeretur, vt vix
13 vlla egeret probatione. † Itaque fit mihi probabilius
quod *in d.§.iurare* ſcriptum eſt ab iis verbis *ſed an iudex*
vſque ad §.ex culpa, Triboniani eſſe non Marciani. Nam
cùm Marcianus ſcripſiſſet, iurare in infinitum licere: id-
que durum Triboniano videretur, quaſi ſenſus eſſet, per-
mittendum actori iurare in immenſum, ſubinde quærit
ille an iudex modum iuriiurando ſtatuere poſſit vt intra
certam quantitatem iuretur, ne inquit, arrepta occaſio-
ne iuretur in immenſum ridicule. Neque enim iudex
qui poteſtatem facit iurandi in infinitum, id eſt nulla in
eam rem definita quantitate, facit etiam poteſtatem peie-
randi, id eſt, in immenſum iurandi: metúſque periurij po-
teſt ſufficere ne quis eam ſibi in immenſum iurandi li-
14 centiam arroget. † Reſpondet verò Tribonianus *& qui-*
dem in arbitrio iudicis eſſe iuſiurandum deferre necne con-
ſtat. Falsò. Nam imò verò cogitur iudex in actionibus
illis omnibus in quibus iurari in litem poteſt iuſiuran-
dum deferre, quia nec vnquam niſi ex neceſſitate iuris
deferri poteſt, vt Paulus loquitur in *dict.l.vltim.* id eſt iis
demum caſibus quibus aliter ſatisfieri non poſſet ſtrictæ
rationi iuris, aut æquitati, quæ & ipſa iuris noſtri pars &
quidem potiſſima eſt, vt tunc maximè contingit cùm quis
rem alienam inuito domino retinet, nec vult reſtituere
cùm poſſit, aut dolo malo fecit quominùs poſſit reſtitue-
re. An non enim apertè iniuriam faciat iudex ſi domi-
num cogere velit ad rem ſuam iuſto pretio vendendam,
nec illum pro arbitriu rei ſuæ pretium dicere patiatur?
Quodnam verò in eam rem remedium aliud, quàm iu-
riſiurandi eſſe poteſt? Non igitur iudicis poteſtati & ar-
bitrio acceptum ferri debet quod ſubiicitur iuris neceſſi-
tati *arg à contrar.ſenſ.l.non quicquid.40. Digeſt. de iudic.*
15 † Nec eſt quod quis dicat Paulum *in d.l.vlt.* cùm loqui-
tur de iureiurando ex neceſſitate iuris præſtito, de eo in-
telligere quod in actionibus quoque ſtricti iuris locum
habet, cùm homo ex ſtipulatu debitus periit poſt moram
& ante litem conteſtatam, de quo Marcianus tractat *in*
dict.l. in actionibus.§.vlt. Non etiam de illo quod vulgo
vocant adfectionis. Iam enim ſæpiùs inculcauimus iuſiu-
randum in litem nullum eſſe quod non ſit adfectionis, id
eſt per quod non aliqualiter adfectioni iurantis indul-
geatur, & quidem ex iuris neceſſitate quod alioqui fieri
nequeat vt ſuum cuique tribuatur, qui præcipuus iuris
noſtri, & iuſtitiæ finis eſt, proinde poteſt etiam dici iu-
ſiurandum neceſſitatis ſi de neceſſitate iuris intelligas.
16 † Nam quod maioris diſtinctionis gratia diximus in ſu-
perioribus, iuſiurandum illud de quo Marcianus tractat
in d. §.vlt.l.in actionibus, magis ſpecialiter dici poſſe iu-
ſiurandum neceſſitatis, ad neceſſitatem facti potius quàm
iuris referri debet: cuius ſcilicet deferendi cauſſa non illa
eſt quæ aliis caſibus eſſe ſolet, quòd deferri æquum ſit
ad coërcendam contumaciam eius qui alienam rem inui-
to domino retinet, ſed quia, vt Marcianus ait, non po-
teſt iudex ſine delatione iuriſiurandi æſtimare rem quæ
non extat, quam ſi per ſe aut per viros probos æſtimare
poſſet, vtique iuſiurandum non deferret. Paulum verò in
d.l.vlt. non loqui de hoc genere iuriſiurandi ex eo con-
ſtat, quod nec ſi iudex vellet periurium tamen iurantis
hoc caſu detegere, & coërcere poſſet, cùm de ea re æſti-
manda agatur, quæ ſine delatione iuriſiurandi æſtimari
nullo modo poteſt, niſi proponas iuratum eſſe in quan-
titatem adeò immenſam vt & legibus & iudici illuſum
fuiſſe dubitari non poſſit, ex comparatione ſcilicet alia-
rum ſpecierum eiuſdem generis, quæ extant. † Tribo- 17
nianum illud decepit, quod crediderit in actionibus arbi-
trariis cuiuſmodi ſunt vindicatio, & ad exhibendum quæ
vindicationis præparatoria eſt, in quibus potiſſimùm iu-
rari in litem ſolet, arbitrio iudicis permitti condemna-
tionem, indéque conſequens fieri vt in iudicis arbitrio
ſit an iuſiurandum deferre velit necne. In eo autem errat
ſanè manifeſta ignoratione principiorum iuris. † Non 18
enim arbitrariæ actiones dicuntur ob id quod ex iis con-
demnatio fiat arbitrio iudicis, ſed quod arbitrium præ-
cedere neceſſe ſit, cui ſi paritum non fuerit, tum demùm
ſequatur condemnatio: nec alia ferendæ condemnatio-
nis ratio ſit quam quòd arbitrio non pareatur. Itaque
condemnatio non eſt poſita in arbitrio iudicis, ſed ſtatim
atque contumax reus fuit in parendo, habet iudex quod
ex neceſſitate iuris omnimodo ſtatuere debeat, & dedu-
cere in condemnationem: quale inter cætera illud eſt vt
iuſiurandum deferre cogatur, ſi id admittat natura pro-
poſitæ actionis. † At nec arbitrium ipſum quod præce- 19
dere debet condemnationem idcirco arbitrium dicitur
quod ſit in poteſtate & electione iudicis, vt hoc vel illud
pro arbitrio iubeat, ſed quia viri boni officio fungens
arbitrari cogitur vt hoc aut illud fiat, vt puta in actione
ad exhibendum aut in vindicatione vt res quam petito-
ris eſſe pronunciauit ei exhibeatur vel reſtituatur, nec ſi
velit poteſt citra iniuriam id non arbitrari §. 1. *Inſtit. de*
offic. iudic. Multo minùs ergo facere poterit, ſi poſt ar-
bitrium ita redditum poſſeſſor parêre nolit per contuma-
ciam aut dolo etiam fecerit ne poſſit, quominus cogatur
inuitus quoque deferre petitori iuſiurandum in litem, &
quidem in infinitum, id eſt ſine vlla taxatione, quæ vel
præcedat, vel ſequatur condemnationem. Falſum igitur
eſt, atque ita Triboniano non Marciano imputandum,
quod *in dict.§.iurare* ſcriptum eſt in arbitrio iudicis eſſe
vt iuſiurandum deferat necne. † Sequitur *an igitur qui* 10
poſſit iuſiurandum deferre, idem poſſit iuriiurando taxa-
tionem adducere, quæritur. Scilicet apud imperitos. Nam ſi
verum eſſet quod Tribonianus habet pro explorato, in
arbitrio & electione iudicis eſſe an iuſiurandum deferen-
dum ſit necne, quis tam ſupinus eſſet, qui dubitaret quin
multo magis iudici liceret iuriiurando adiicere taxatio-
nem: nec tamen audet Tribonianus apertè reſpondere:
ſed vt inſcitiam ſuam magis detegat quam nos indicaui-
mus conflatam ex ambigua dictionis huius *arbitrium*, ſi-
gnificatione reſpondet *arbitrio tamen bonæ fidei iudicis*
etiam hoc congruit. Ego verò quid bonæ fidei iudicium
ſit non ignoro, ſed *bonæ fidei iudicium* vt hic ſcriptum eſt
alibi dici nuſquam inuenio: nec ſanè meliùs poſſis dice-
re *bonæ fidei* iudicem quàm *ſtricti iuris.* † Subiicit Tribo- 21
nianus aliam quæſtionem, *item videndum*, inquit, *an poſ-*
ſit iudex qui detulit iuſiurandum non ſequi id ſed vel pror-
ſus abſoluere vel etiam minoris condemnare quàm iuratum
eſt. Quaſi verò iuſiurandum in litem ſoleat aut poſſit præ-
cedere condemnationem, ac non potiùs ipſa condemna-
tio ſit, adeóque condemnationis executio quædam & ta-
xatio vt loquitur *l.ſi traditio 4.C.de act. empt.* Sic.n.con-
cipienda ſententia eſt vt tanti reus condemnetur quanti
ſua intereſſe actor in litem iurabit. Iuramento ergo præ-
ſtito quærere an reum poſſit abſoluere aut minoris con-
demnare nihil aliud eſt quàm quærere, An iudex eum
quem iam condemnauit poſſit abſoluere aut minoris
condemnare: quod certè tam alienum eſt à principiis iu-
ris, vt non poſſit cadere in dubitationem. Quod ſi quæ-
ſtio ipſa ridicula eſt, quis probabit reſponſionem? *Et ma-*
gis eſt, inquit, vt ex magna cauſſa & poſtea repertis pro-
bationi

22 *bationibus poſſit.* † Ita innuens magnam illam cauſſam propter quam poſſit iudex abſoluere aut minoris condemnare eum contra quem iuratum eſt, hanc vnam eſſe poſſe, ſi aliæ probationes poſtea emerſerint. Atqui conſtat ſub prætextu inſtrumenti poſteà reperti tranſactionem bona fide initam reſcindi non poſſe *l. ſub prætextu inſtrumenti* 19. *Cod. de tranſact.* ſicut nec rem iudicatam *l. ſub ſpecie* 4. *Cod. de re iudic. l. Imperatores* 35. *D. eod. l. cum de hoc* 27. *D. de except. rei iudic.* iuſiurãdum verò & tranſactionis, & rei iudicatæ vim habere *l.* 2. *ff. de iureiur.* tum etiam cùm ab aduerſario defertur, multò igitur magis ſi à iudice deferatur: Vtroque enim caſu non poteſt recedi à iureiurando, quin reus periurij arguatur.
23 † Scio poſſe aliquando licèt perraò retractari ſententiam ex iureiurando redditam ob inſtrumenta de nouo reperta, vt in ſpecie *l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur. l. admonendi.* 31. *D. de iureiur.* Sed nego poſſe id pertinere ad iuſiurandum in litem, cuius in hoc diſpar à cæteris ratio eſt, quod in cæteris condemnatio fit ob iuſiurandum ab vno ex litigatoribus præſtitum, in hoc verò iuretur ob condemnationem & in executionem ad taxationem condemnationis potiùs quàm vt condemnatio ſequatur. Prius enim eſt vt iudici conſtet condemnari quem debere, & quidem ob proprium dolum quàm vt aduerſus eum
24 in litem iurari patiatur. † Itaque fieri non poteſt vt à iureiurando in litem præſtito recedatur, quin ſententiam & condemnationem ipſam quæ iurare permiſit, retractari oporteat: quod tamen ſub prætextu inſtrumentorum poſteà repertorum fieri non poſſe iam diximus ob rerum iudicatarum auctoritatem. Et verò quomodo fieri obſecro poteſt, vt qui paſſus eſt contra ſe iurari in litem ob eam cauſſam in quod dolo malo alienam rem inuito domino retinere vellet, abſoluatur ob inſtrumenta poſteà reperta, quin reſcindatur adiudicatio, quam præcedere neceſſe eſt vt arbitrium iudicis ſequi poſſit, quod locum facere queat condemnationi? Aut quomodo poſſunt facere inſtrumenta poſteà reperta vt non fuerit in dolo is de cuius dolo conſtitit antequàm iuſiurandum deferre-
25 tur? † Eſt igitur proculdubio Triboniani tota illa ſententia, & conſequenter quod in *d. l. in actionibus* ſcriptum eſt *ſed iudex poteſt præfinire certam ſummam vſque ad quam iuretur: licuit enim & à principio nec deferre, item etſi iuratum fuerit licet iudici vel minoris condemnare,* ſicut illud ipſum eſt quod in lege præcedenti Tribonianus ad Vlpianum de ſuo addiderat contra iuris rationem: ita non ab alio quàm à Triboniano ſcriptum videri de-
26 bet. † Cui in mentem vt veniret taxationem iſtam iuriſiurandi inducere quam vetus mediáque iuriſprudentia nunquam certè agnouit, cauſſam dediſſe videtur conſtitutio Imperatoris Zenonis *in l. ſi quando* 9. *C. vnde vi.* qua primum factum eſt vt liceat iudici pro perſonarum & negotij qualitate taxare quantitatem vſque ad quam iurare
27 liceat ei cuius res inuaſæ & per vim abreptæ ſunt. † Sed alia ratio eſt illius iuriſiurandi, alia verò eius de quo diſputamus, licèt vtrumque ſit in litem. Illud enim non ob id duntaxat interponitur, vt æſtimatio rerum ſubtractarum probetur, ſed etiam vt earum quantitas alioqui certa & incognita manifeſtetur: quam probationis ſpeciem iuris noſtri auctores nunquam admiſiſſent. Ea verò admiſſa cùm maximè verendum eſſet ne in immenſum iuraretur, & quidem ita vt nullo modo detegi periurium poſſet, actore tanto audaciùs & impudentiùs mentiente, optimùm ſanè fuit ita ius conſtitui, vt iudex certam quantitatem taxaret quam egredi iurans non poſſet, ne alioqui impunè peierandi occaſio actori per iudicem oblata videretur. Eſt enim multo periculoſius arbitrio & religioni actoris committere probationem quantitatis rerum amiſſarum, quàm probandæ æſtimationis facultatem: quanto ſcilicet facilius eſt periurium detegi eius cui conceſſa in infinitum iurandi poteſtate, in immen-
28 ſum iurando abuteretur. † Ex qua differentia illa etiam naſcitur quod iuſiurandum, vt ita dicam Zenonianum præſtari neceſſe eſt ante condemnationem vt verba legis probant, quia fieri non poteſt vt perueniatur ad ſententiam quin ſciatur quid illud ſit de quo diſputatur. At iuſiurandum quod ad rem petitam ex actoris arbitrio & adfectione æſtimandam præſtari neceſſe eſt, non præcedit condemnationem, ſed ſequitur potius, quia vt diximus, ſententiam ſic concipi oportet vt condemnetur reus quanti actor in litem iurabit, non quanti iurauit, cùm nec iurare poſſit niſi iudice deferente, nec iudex deferre quin condemnet. Itaque ſecuta iuriſiurandi præſtatio nihil niſi condemnationis executio & veluti taxatio eſt. Valeant igitur Accurſius & Bartolus cum ſuis ſectatoribus, qui quod ſcriptum eſt in *d. l. qui reſtituere* de condemnando reo qui rem petitori adiudicatam dolo deſiit poſſidere, quanti actor in litem iurauerit ſine vlla taxatione & in infinitum ſic interpretantur, vt tamen taxatio à iudice fieri debeat, ne in immenſum iuretur. † Quod ſequitur in 29
d. l. qui reſtituere, ſi vero nec poteſt reſtituere, nec dolo fecit quominus poſſet, non pluris quam quanti res eſt, id eſt, quanti aduerſarij interfuit condemnandus eſt, ſanè congruit cum ratione iuris, nec vllam habet dubitationem. † Sed 30
poſtrema illa legis clauſula *Hæc ſententia generalis eſt, & ad omnia ſiue interdicta ſiue actiones in rem ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur locum habet,* ea verò eſt quæ aperte Tribonianum ſapit, ſiue ineptum contextum ſiue ſenſum verborum intueare. Eſt enim falſum in omnibus actionibus arbitrariis & in interdictis manu militari auferendam eſſe poſſeſſionem quæ ſit penes reum reſtituere nolentem, falſius verò iurari in litem in omnibus arbitrariis actionibus, falſiſſimum denique in interdictis reſtitutoriis iuſiurandum hoc locum habere poſſe: vt in ſequentibus ſeparatim dicemus. Iam enim videmur nobis ipſis longiores quàm par ſit.
† Sed tamen facere non poſſumus quin ſubiiciamus, ma- 31
lè interpretes vt defendant quod in hac lege Tribonianus tradit de manu militari, ſolere tanquam ſimile quidpiam adducere quod Papinianus ſcribit in *leg. dominus* 36. *De liber. cauſſ.* dominum qui obtinuit in iudicio liberali ſi velit ſeruum abducere, litis æſtimationem pro eo accipere cogendum non eſſe. † Nec enim abductionem 32
illam manu militari faciendam eſſe vult Papinianus, ſed propria auctoritate domini, qui non ſolum abductionis ſed etiam vitæ & necis poteſtatẽ habet in ſeruum ſuum: nam cùm ſeruus caput nullum in ciuitate habeat, plenéque ignotus ſit iure ciuili, aut hactenus ſaltem cognitus vt quadrupedibus comparetur *l.* 2. *Digeſt. ad leg. Aquil.* non curat ciuilis legiſlator an ei vis fiat & impreſſio, quã non niſi inter ciuiles ſuos prohibendam & coërcendam habet, proinde ſolius domini ius & perſonam intuetur, facitque illi poteſtatem abducendi propria auctoritate ſerui, dummodò poſt ſententiam & rem pro ſe contra libertatem, iudicatam: nec ſeruum quem præſentem abducere poteſt, vendere cogitur, quomodo cogeretur ſi eum ab alio ciue vindicaſſet, contra quem aut propria victoris authoritate aut manu militari executionem aliquam fieri ciuilis legiſlator nunquam pateretur. † Et ſanè 33
ſi ita ius eſſet, vt ab eo qui rem alienam reſtituere iuſſus quam haberet, poſſeſſio manu militari auferri poſſet, nũquam eo caſu permittendum eſſet iuſiurandum in litem, quia nec foret neceſſe cùm alia & multo certiore ratione victori poſſet ſatisfieri adhibita manu militari. Iuſiurandum namque in litem nunquam defertur niſi ex neceſſitate iuris *dict. leg. vltim. De in lit. iureiur.* & ob eam potiſſimum rationem vt toties diximus ne liceat ei qui conuenitur alienam rem inuito domino retinere: at non retineret is à quo per manum militarem auferretur, eſſétque prætereà remedium illud conſultius, non ſolùm poſſeſſori qui nihil ex victoris adfectione præſtaret ſuprà rem ipſam, ſed etiam victori ne ancipitis periurij periculum ſubiret, quod ex lubrico immodicæ adfectionis non parũ verendum eſt, niſi omnem vſum manus militaris à priuatorum negotiis & magiſtratuum tribunalibus

tribunalibus, honeſtas publica legúmque auctoritas penitus arceret *l.1.§.2.ff.ſi ventr.nomin.mulier in poſſeſſ.miſſ.* Iſque noſtrorum interpretum error intolerabilis eſt, quod electionem dant victori an rei poſſeſſionem manu militari à poſſeſſore in ſe transferri velit, an potius iuſiurandum
34 in litem ſibi deferri, contra quàm lex ſtatuat. † An ergo, inquies, legem hanc è libris noſtris delebimus cùm non ſit Vlpiani? Imò verò pro Imperatoria conſtitutione habebimus, ſed ad eam interpretandam in perquirenda iuris ratione quam apertè labefactat, operam, ſi mihi credis, non impendemus. Potiuſque fatebimur arbitrarias actiones hodie nullas eſſe, poſteaquam placuit Triboniano, manu militari faciendum eſſe vt omnimodo arbitrio pareatur.

Caput XVIII.

In actionibus arbitrariis De eo quod metus cauſa, & De dolo in litem nunquam iurari.

SVMMARIA.

1 *Eum qui rem vi & metu aut dolo extortam iuſſus reſtituere non vult, in quadruplum vel quatires eſt damnari.*

2 *Verba hec*, quanti ea res erit, *vel* quanti eam eſſe paret *ad veram rei æſtimationem referri.*

3 *In ſola* l.arbitrio, ff.de dol.mal. *iuſiurandum in litem in actione de eo quod metus cauſa, & de dolo admitti.*

4 *An verum ſit quod in* d.l. *ſcribitur in actione quod metus cauſa certam quantiatem verbis edicti non comprehendi.*

5 *Simplum quod in ea actione quadruplatur ex iureiurando in litem non æſtimari.*

6 *Aliud eſſe* condemnare ex eo quod intereſt, *aliud verò* ex eo quod in litem iuratur.

7 *Cur iis etiam caſibus quibus de re ipſa neceſſario iurandum eſt cauſæ & fructuum nomine in litem iurari non poſſit?*

8 *Non eſſe in electione eius qui vim aut metum paſſus eſt, vtrum vel quadruplùm, vel quanti in litem iurare paratus eſt, petat.*

9 *Non eſſe in hac actione diſtinguendum an quis rem ſuam, an verò alienam repoſcat.*

10 *In actione de dolo, ſicut & in ea quod metus cauſa, actorem non rem ſuam, ſed alienam ſemper repoſcere.*

11 *In quo differat actio quod metus cauſa ab actione de dolo.*

12 *Cur in actione de dolo certa quantitas nec adiiciatur, nec adiici poſſit?*

13 *Refellitur quod de iureiurando per taxationem in vtraque actione refrænando Tribonianus* in d.l.arbitrio, *adiecit.*

14 *Quod in rei vindicatione de iureiurando in infinitum & abſque taxatione præſtando cautum eſt, multo magis in actione quod metus cauſa & de dolo locum habere.*

15 *Reiicitur Accurſii interpretato ad poſtremam clauſulam legis* qui reſtituere.

16 *Qua ratione motus Tribonianus iuris locos qui de iureiurando in litem præſtando tractant, interpolauerit?*

17 *Quomodo accipiendum ſit quod in* l.in actionib. ff de in lit. iurand. *ſcriptum eſt,* in actionibus in rem iurari in litem ſolere.

18 *Illis verbis actiones in perſonam excludi.*

19 *Cur* in d.l. *Marcianus actionis ad exhibendum ſpecialiter meminerit.*

20 *Contra Tribonianum contenditur in actione de dolo in litem non iurari.*

21 *Refutatur ratio propter quam Bartolus* in §. 1.d. l.arbitrio *in litem iurari non poſſe putat.*

22 *Homine quem reus dolo malo extorſit, vel ſine vel cum rei dolo pereunte arbitrum nullum à iudice reddi poſſe, ſed ad condemnationem ſtatim deueniendum eſſe.*

23 *Condemnatione illa id quod actoris intereſt contineri.*

24 *Eandem quoque condemnationem eſſe debere, ſi homo ille extet, ac ſi reſtitui iuſſus non reſtituatur.*

TEmerarij fortaſſe videbimur iis, qui putabunt inſtitui à nobis diſputationem contra ipſos iuris auctores, quam nos ex propoſito inſtituimus contra Tribonianum: quo magis æquum erit ingenii noſtri tenuitati illos ſuccurrere, quibus idem ſtudium erit quod nobis, vt iuriſprudentiæ noſtræ dignitas non ſolùm ab interpretum barbatie & inſcitia, ſed etiam à Triboniani audacia ne dicam impudentia vindicetur. † In tot iuris noſtri lo- 1
cis qui extant De actione, quæ competit ex capite edicti De eo quod metus cauſa, vel de dolo, nullibi reperias iurari in litem aduerſus eum qui arbitrio iudicis non paret, id eſt qui rem per vim & metum, aut per dolum extortam reſtituere iuſſus non vult reſtituere, ſed ſiquidem de eo quod vi metúſve cauſa geſtum eſt agatur, pœna quadrupli edicto ipſo prætoris conſtituta eſt aduerſus contumacem, & reſtituere nolentem *l. ſi cum exceptione.*14.§.1. *ff. de eò quod met. cauſ.* ſi verò de dolo, condemnatur reus quanti res eſt, i.e. quanti re vera intereſt actoris *leg.arbitrio.* 18.*ff.de dolo.* † Nam hæc ver- 2
ba, *quanti ea res erit*, vel *quanti eam rem eſſe paret*, nihil .n. intereſt, nunc referuntur ad veram rei æſtimationem, *l.inter hac verba.*179.*ff.de V.S.l.hec verba.*193.*eod.* nunc etiam ad id quod intereſt *vt in l.1.§. hac verba. ff. ne vis fiat ei qui in poſſeſſ.miſſ.eſt, l.3.§.vlt. ff. vti poſſid.* † Vnus 3
tantùm iuris locus eſt qui admittit in vtraque hac actione in litem iurari poſſe. Is eſt in *l.arbitrio in princ.* vbi poſteaquàm Paulus ſcripſit, in ea actione de dolo arbitrio iudicis reſtitutionem comprehendi, & niſi reſtitutio fiat ſequi condemnationem, *Quanti ea res eſt*, ſubiicitur in hæc verba, *ideo autem hic & in metus cauſa actione certa quantitas non adiicitur, vt poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit ſed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iuſiurandum refrænari* † In quo illud primùm falſum eſt, quod 4
dicitur in actione quod metus cauſa certam quantitatem non comprehendi verbis edicti. Nam è contrario certa quantitas & certa pœna conſtituta eſt, ſcilicet quadrupli vt diximus ex *d.l.14.§. 2.de eo quod metus cauſ.* Nec potuit certior pœna eſſe conſtituta: quæ proinde ſufficiat vt in litem iurari in eo actionis genere nunquam poſſit, ſi verum eſt quod in præcedentibus diximus & probauimus, nunquam deferri iuſiurandum in litem niſi ex neceſſitate iuris, *l.vlt. ff. de in lit. iuran.* id eſt cùm aliter indemnitati actoris conſultum eſſe non poteſt. † Nam 5
quod Iacobus Cuiacius tentat poſt Accurſium quadrupli quidem pœnam certam eſſe & conſtitutam, ſed ſimplum quod quadruplatur ex iureiurando in litem æſtimari debere, atque ita vtrumque verum eſſe & in litem iurari, & quadruplum præſtari, hoc iam olim Bartolus refutauit, & meo iudicio non malè. Vlpianus enim *in dict. l.ſi cùm,§.quadruplatur,* diſertè ſcribit quadruplari quãti res eſt cùm fructibus & omni cauſa, quibus verbis etſi non verum pretium, ſed id quod intereſt hac edicti parte continetur, vt idem quoque Vlpianus ex Iuliano explicat *in §.pen. eiuſdem legis*, non tamen quod intereſſe actor ex adfectione iuret, ſed id tantùm quod re vera intereſſe conſtet ſignificatur, cùm ſint iſta ex diametro contraria *quanti res eſt*, & *quanti actor in litem iurauerit.l.qui reſtituere.*68.*ff.de rei vindic.l.tutor* 8.*ff. de in lit.iuran. l. ſemper.*15.*§.hoc interdicto, ff.quod vi aut clàm.* † Quam in 6
rem apertiſſimus omnium elegantiſſimus textus eſt *in l. non à iudice* 64.*de iudic.* vbi Vlpianus ſcribit doli æſtimationem à iudice faciendam eſſe non ex eo quod intereſt, ſed ex eo quod in litem iuratur. Idcóque & prædoni

competere

competere ob eam cauſam actionem depoſiti, & com-
modati, licèt re vera nihil eius interſit. Sed & *in §. 1. d. l.*
14. disertè ſcriptum eſt id demum quadrupli quod re-
ſtitui oportuit. Atqui nemo dixerit reſtitui debere quan-
ti actor in litem iurauerit. Omnes enim fatentur nec
poſſe quem admitti ad iurandum in litem niſi eo de-
mum caſu quo non reſtituatur, id quod ex arbitrio iu-
dicis reſtitui debuit, prius que eſt vt quid reſtitui debeat
quàm vt ob id non reſtitutum in litem iuretur. Non igi-
tur fieri poteſt vt iureiurand in litem æſtimetur ſimplum
7 illud quod quadruplandum eſt. † Cui etiam illud con-
uenit, quod *in d. §. quadruplatur*, traditum eſt quadru-
plari rem cum fructibus & omni cauſa, quoniam hæc
quoque reſtitui debuerunt, at cauſæ & fructuum nomi-
ne in litem iurari non poſſe certum eſt iis etiam caſibus
quibus de re ipſa iurandum neceſſariò eſt, quia fructus
qui ex re noſtra vel percepti ſunt vel percipi potuerunt
nunquam petimus quaſi noſtros, ſed quaſi nobis debitos
reſtituendos, item quia ex comparatione ipſius rei de-
bitæ aut eius æſtimationis quomodocunque initæ, fru-
ctuum quoque ratio citra iuſiurandum poni facile po-
8 teſt. † Quod verò idem Bartolus aliam eiuſdem Accurſij
interpretationem ſecutus putat eſſe in electione eius qui
vim aut metum paſſus eſt vt vel quadruplum petat, vel
quanti in litem iurare paratus eſt, multò minus defendi
poteſt. Cum enim verbis ipſis edicti certa pœna eaque
grauiſſima, id eſt, quadrupli conſtituta ſit nullam
namque grauiorem pœnam ius ciuile agnoſcit quæ qua-
druplum egrediatur *§ omnes autem. Inſtit. de actio.*) cur
iudici permittamus de actione quæ ex prætoris edicto
competit cognoſcenti vt aliam pœnam pro arbitrio ir-
roget, adeóque eam quæ nunquam irrogari ſoleat aut
poſſit, niſi vrgente aut potius omnino cogente iuris ne-
ceſſitate? nec ſane probabile eſt iuris noſtri auctores qui
non ſolum in *tit. De eo quod met. cauſ.* ſed tot aliis etiam
locis tractant de actione quod metus cauſſa, prætermiſ-
ſuros fuiſſe pœnam eam iuriſiurandi in litem ex ea cauſ-
ſa differendi ſi locum ei aliquem dandum eſſe exiſtimaſ-
9 ſent. † Dicat aliquis fortaſſe actionem hanc de eo quod
metus cauſſa competere quoties quis vim vel metum
paſſus eſt ſiue in re propria alienanda, ſiue in aliena pro-
mittenda, ideóque poſſe hac diſtinctione rem tempera-
ri vt qui rem ſuam repoſcit per hanc actionem admit-
tendus ſit ad iurandum, qui alienam non niſi quadru-
plum petere debeat. Sed non ita eſt. Nunquam enim fie-
ri queat, vt per huiuſmodi actionem quis repetat rem
ſuam cùm venditio traditióque etiam per vim aut me-
tum extorta dominium transferat, ex quo fieri neceſſe
fuit alia quam iuriſiurandi pœna in eum qui metum in-
tuliſſet conſtitueretur, quia iuriſiurandi in litem deferen-
di cauſſa illa eſſe ſola poteſt, ſi quis alienam rem inuito
domino retinere velit, non ſi eam, quæ iam facta ſit ſua
l. ſi filiuſfamilias 25. §. 1. D. ſolut. matr. l. non enim. 9. D. rer.
10 *amot. d. l. tutor. 8. D. de in lit. iur.* † Quæ ratio enim facit, vt
intelligamus in actione de dolo non magis in litem iurari
poſſe: quia perinde transfertur dominium ex traditione
dolo malo extorta, atque ſi vis illata eſſet, quando nec vis
aut metus inferri poteſt ſine dolo *l. 1. D. eo quod met. cauſſ.*
Nec proinde fieri poteſt vt iudicio de dolo ſuam rem quis
11 repoſcat, ſed alienam ſemper. † In eo ſane differt actio
quod metus cauſſa ab actione de dolo, quod per actio-
nem quod metus cauſa petitur certa quantitas, id eſt pœ-
na quadrupli ſi res non reſtituatur, in actione verò de
dolo certa quantitas non adiicitur, ſed ſi reſtitutio non
fiat, reus quanti res eſt, id eſt quanti actoris intereſt
condemnatur: quia mitius agendum eſſe viſum eſt cum
eo qui dolum duntaxat admiſit, quàm cum eo qui præ-
ter dolum vim quoque aut metum intulit. Igitur falſum
eſt quod ait *d. l. arbitrio*, in actione quod metus cauſſa
nullam adiici certam quantitatem non magis, quam
in actione de dolo, illud autem falſius quod ſequitur
ideò factum hoc eſſe vt poſſit reus per contumaciam

ſuam tanti condemnari quanti actor in litem iurauerit. † 12
Vera enim ratio propter quam certa quantitas in actione
de dolo non adiicitur nec adiici poteſt, alia non eſt,
quàm quia eius quod intereſt quantitas ſemper eſt incer-
ta. Quanti quis enim cuiuſque interſit, in facto non iure
conſiſt. *l. quatenus 24. De regul. iuris.* In cámque rem ne-
ceſſariæ ſunt probationes quarum difficultate & inopia
plerumque fit, vt quamuis multum interſit, tamen con-
demnatio ad exiguam ſummam deducatur *l. vltim. D. de
prætor. ſtipulat.* Neque verò nullo alio iuris loco reperias
in actione de dolo iurari vllo caſu in litem, cùm tamen
in libris noſtris nihil ſit frequentius mentione actio-
nis huius & condemnationis ex cauſa doli irrogandæ,
quam ſemper iuris auctores referunt ad id quod intereſt
actoris, non valentes apertius excludere iuſiurandum in
litem cui tum demum locus eſt, cum ratio iuris & æqui-
tatis non patitur vt is qui conuenitur, præſtatione eius
quod re vera actoris intereſt liberetur. † Quod au- 13
tem ſequitur *in dicta leg. arbitrio, ſed officio iudicis de-
bet in vtraque actione taxatio iuſiurandum refrænari*, ad-
huc ineptius eſt, & alienius a iuris ratione quæ quoties
in litem iurari permittit, in infinitum iurari patitur *l. 4.
§ iurare de in lit. iurand.* id eſt non in immenſum [metus
enim periurij frænos affectioni adhibet, ne ſi euidentiſ-
ſimum periurium ſit, non ſolùm Deus Optimus Maxi-
mus, ſed iudex quoque quem multi magis quam Deum
verentur, iudex ſit & vltor *dict. l. vltim de in lit. iurand.*]
ſed ſine vlla præfinitione & taxatione, quemadmodum
ſuperiore capite interpretati ſumus vno illo caſu excepto
de quo Zenonis conſtitutio lata eſt *in dict. l. ſi quando 9.
Cod. vnde vi*, id eſt cùm non tantùm de ſubtractis rebus
æſtimandis agitur, ſed etiam de probanda earum quan-
titate: † ſiquidem immemor hic videtur fuiſſe Tribo- 14
nianus, qui *in l. qui reſtituere 68. D. de rei vindicat.* ſub
Vlpiani nomine ſcripſit reo non reſtituente rem vindi-
catam, & condemnationem faciendam eſſe quanti actor
ſine vlla taxatione in infinitum iurauerit ſi modò inter-
uenerit dolus, eámque ſententiam non tantùm ad vindi-
cationes pertinere, ſed etiam ad cæteras omnes actiones
arbitrarias, adeóque ad interdicta & ad actiones in
perſonam ex quibus non reſtituitur id, quod reſtitui
iubetur. Cur enim taxatione refrænabit iudex iuſiuran-
dum in litem in actione quod metus cauſa aut de dolo ſi
in his actionibus iurare liceat, potiùs quàm in rei vin-
dicatione: Eritne hac parte odioſior cauſſa eius qui rem
alienam poſſidere deſiit dolo malo, vt reſtituendi facul-
tatem ſibi præriperet, quàm illius qui rem alienam &
dolo extorſit adeóque per vim aut metum, & eandem do-
lo malo retinet etiam poſteaquam arbitrio iudicis illam
reſtituere iuſſus eſt? Aut quidni hoc etiam caſu, ſi rem
de qua agitur reus habeat, poſſeſſio manu militari ei
auferetur, & in actorem transferetur? An ob id magis
permitteremus poſſeſſori, vt alienam rem inuito domino
ſibi compararet pretio quantumcunque iniuſto & immo-
dico, quòd eam conſecutus ſit per rapinam? Abſit. *l. nec
quaſi Publicanum 70. De rei vindicat.* † Atqui conſe- 15
quens id eſſet ei quod *in dict. l. qui reſtituere*, proditum
eſt ſententiam illius legis generalem eſſe ad arbitrarias
omnes actiones: niſi confugias ad commentitiam illam
& improbabilem interpretationem Accurſij exiſtiman-
tis, ita intelligendum illud eſſe, vt quod in vindicatio-
ne conſtitutum eſt in aliis quoque arbitrariis actionibus
perinde obtineat, quod ad quædam, non quod ad om-
nia: in his verò & in illis aliter atque aliter: id eſt, in-
quit, in quibuſdam ratione poſſeſſionis per manum mi-
litarem transferendæ, in aliis ratione iuriſiurandi in li-
tem indulgendi, in aliis quod ad præſtandum quanti re
vera intereſt actoris. Quo tamé ineptius dicere nihil poſ-
ſis. An enim potuit apertiùs exprimi omnia quæcunque
in eo loco de rei vindicatione ſcripta & conſtituta ſunt
ad alias omnes actiones ſiue in rem ſiue in perſonam ſint
adeóque ad interdicta ex quibus quid non reſtituitur,

pertinere? *Hac ſententia*, inquit lex, *generalis eſt*. Neque verò illius legis multiplex ſententia eſt, ſed vna tantùm, licèt per aliquot diſtinctionis partes explicata. Itaque aut ad totius legis ſententiam integram verba illa referenda ſunt, aut ad nullam. Sed quis non Accurſij & Bartoli & aliorum quotquot ſunt omnium interpretum miſereatur potius quam vetus ſuccenſeat quos tam miſerè & impudenter Tribonianus decepit? Et verò quis vnquam ſe ex tot difficultatibus poſſit euoluere ſi
15 Triboniani ſomnia pro recta iuris ratione accipere velit?
16 Quod ſi quid vnquam à Triboniano in prudentum ſe ponſis corruptum eſt, auſim ego affirmare eos præcipue locos corruptos fuiſſe in quibus tractari legimus de iureiurando in litem deferendo: motum autem fuiſſe Tribonianum ex eo quod vti iam indicauimus, putauit delationem iuriſiurandi poſitam eſſe in arbitrio iudicis, ob id quod in vindicatione & actione ad exhibendum quæ maximè arbitrariæ ſunt, iuratur in litem: ſed iam docuimus actiones arbitrarias non ideò arbitrarias dici, quod ex iis condemnatio fiat arbitrio iudicis, ſed quia arbitrium iudicis præcedere neceſſe eſt, vt ſi ei non parebitur, ſequatur condemnatio. Cæterùm condemnatio ipſa neceſſaria eſt, quam iudex non poſſit aut imminuere aut commutare, id eſt qualis, quantáque pro cuiuſque actionis natura & conditione legibus con-
17 ſtituta eſt. † Nec eſt contrarium quod *in d.l. Actionibus*. generaliter ſcriptum eſt in actionibus in rem iurari in litem ſolere. Id enim ad eas actiones pertinet quæ ratione dominij competunt & ad rem vindicandam, cuiuſmodi eſt vindicatio ciuili iure comparata: itémque publiciana ex prætoris edicto & iuriſdictione ad exemplum ciuilis actionis introducta: ſed ſicuti non pertinet ad actionem hypothecariam, tametſi merè illa in rem ſit quia per eam non de dominio agitur, ſed tantùm de iure pignoris vt diſputauimus cap. 15. Ita nec poteſt pertinere ad actionem quod metus cauſa, quæ licèt in rem ſcripta ſit, tamen in perſonam directa actio eſt. §. *præterea. Inſtit. de act.* Multò minus ad actionem de dolo, quæ tota in perſonam & directa & ſcripta eſt. Fruſtra enim Marcianus *in d.l. in actionibus*, ſcripſiſſet in actionibus in rem iurari poſſe in litem ſi in iis etiam quæ in perſonam ſunt
18 iurare liceret. † Cúmque eo loco Marcianus caſum quoque illum vnicum perſequatur quo in actionibus ſtricti iuris contra regulas iurare permittitur, apparet non alia de cauſa tractare eum de actionibus in rem quàm vt excludat actiones in perſonam præterquam ſi quæ ſint bonæ fidei. Nam in his quoque iurari poſſe non prætermiſit, quamquam nec id generaliter verum eſt, ſed ita demum ſi bonæ fidei iudicio agatur de fide rupta, *l. ei apud quem 5 ff. depoſit.* adeoque de re quæ ſit in dominio actoris, & quam ei reddi non tantum tradi aut dari oporteat.
19 † Sed & actionis ad exhibendum Marcianus meminit ſpecialiter, quia licet in rem ſcripta ſit, tamen in perſonam proponitur, ob idque nec actionum in rem appellatione veniſſet. At de actione quod metus cauſa verbum nullum eſt apud Marcianum, nec rurſus de actione de dolo, quas certè non fuerat ille prætermiſſurus ſi in his quoque iurari poſſe exiſtimaſſet. Nec poſſum ſatis mirari Tribonianum qui alios hac de re iuris locos, adeoque hunc ipſum corruperit in eo quod ſequitur poſſe iudicem etiam poſt iuſiurandum præſtitum abſoluere reum aut minoris condemnare aut à principio non deferre, hac tamen parte incorruptum reliquiſſe Marcianum.
20 † Planè quàm falſum ſit, quod ſcriptum eſt *in d.l. arbitrio*, in actione de dolo iurari in litem, ex eo apparet quod ibidem ſequitur, non ſemper in eo iudicio arbitrium iudicis dandum eſſe. Quid enim, ſi manifeſtum ſit reſtitui non poſſe? Veluti ſi ſeruus dolo malo traditus defunctus ſit, idcóque protinus, inquit Paulus, condemnari debet in id quod intereſt actoris. Non igitur in id quod ſua intereſſe actor iurauerit. Sunt enim iſta, vt toties, diximus non modò diuerſa ſed etiam pugnantia, præſtari quod intereſt actoris, & præſtari quanti actor in litem iurauerit. † Neque id Bartolus negat, ſed ait non 21
poſſe hoc caſu iurari in litem, quia nec arbitrio locus vllus ſit, ſola autem rei contumacia non parentis arbitrio locum faciat iureiurando. Omnino malè, nam & cum arbitrium nullum reddi poteſt, non eo minùs ſequitur condemnatio quæ præcedente arbitrio ſequeretur, nec mors ſerui dolo malo extorti liberat reum à pœna, non magis quàm ab ipſius ſerui æſtimatione præſtanda, imò ne tum quidem cùm ſerui interitu reus ab eo præſtando liberatur vt in actione quod metus cauſa contingit *d.l. item ſi cum 14. §. quatenus ff. de eo quod met. cauſ.*
† Sed & finge ſeruum illum dolo malo extortum de quo 22
agimus, non tantùm poſt moram dolúmque admiſſum, ſed & dolo ipſo malo rei periiſſe. Non negabis videri reum dolo malo deſiiſſe poſſidere qui fortè hominem reſtituendum occiderit priùs etiam quàm de eo reſtituendo arbitrium datum eſſet, ac proinde eaſdem pati debere pœnas, quas pateretur ſi adhuc poſſideret, quia dolus pro poſſeſſione eſt, adeo vt non minùs iurari hoc caſu in litem deberet, ſi ita ius eſſet vt homine extante iurari poſſet: alioqui melior fieret conditio rei ob id quod hominem occiderit, atque ita fecerit ne arbitrio de homine reſtituendo locus eſſe queat, quod tamen rectè dicere nemo poſſit. Atqui non eo magis poterit locus fieri arbitrio iudicis de homine illo reſtituendo, cùm manifeſtum ſit reſtitui non poſſe hominem qui ampliùs in rerum natura non eſt. Perinde igitur locum habebit hoc caſu quod Paulus ait, omiſſo arbitrio protinus deueniendum ad condemnationem. † Ad quam verò condemnationem? 23
In id ſcilicet, quod intereſt actoris vt lex ait, neque enim tam ad id Paulus reſpicit an facto ſuo an facto eius qui conuenitur homo perierit, quàm verum reſtitui hodie poſſit necne. Neutro igitur caſu ex Pauli ſententia iurabitur in litem, ſed præſtabitur, quod re vera intereſt actoris. † Ergo nec ſi homo ille extet ac reſtitui iuſſus non 24
reſtituatur. Quid enim poteſt referre quod ad pœnam, vtrum præceſſerit arbitrium de eo reſtituendo & ſequatur contumacia, an verò dolo malo rei factum ſit ne arbitrium fieri vllum poſſit, homine ipſo, iam antequam ad arbitrium perueniretur, occiſo?

CAPVT XIX.

Triboniani eſſe totum §. quatenus l. item ſi cum 14. ff. quod met. cauſ. & de illius ſententia ac emendatione.

SVMMARIA.

1 *Non eſſe ex Bartoli ſententia locum vllum in toto vetere Digeſto hoc §. difficiliorem.*
2 *Ex verborum contextu & locutionis genere probatum totum illum §. vel Imperatoris vel Interpretis qui Imperatorem agat, non Vlpiani eſſe.*
3 *Quem ſenſum habeat quod Prætoris Edicto conſtitutum eſt vt in actione quod metus cauſa quadrupli condemnatio fiat?*
4 *Per ſimplum quod in illo quadruplo continetur non rem ipſam, ſed eius æſtimationem in eo Edicto intelligi.*
5 *Actorem nullum damnum ſentire, licèt non rem ſuam metu extortam, ſed eius æſtimationem conſequatur.*
6 *Quid in d. § quatenus Tribonianum mouerit, vt præter triplum rem quoque ipſam metu extortam actori à reo reſtitui voluerit?*
7 *Aliud eſſe, cogi quem manu militari reſtituere, aliud verò manu militari auferri poſſeſſionem.*
8 *Diſputatur aduerſus ſuperiorem Triboniani ſententiam eius, quæ ratio euertitur.*
9 *An ſi homo ſine dolo & culpa eius qui vim aut metum intulit*

intulit & condemnatus eſt, perierit, eius hominis æſtimationem præter triplum reus præſtare teneatur?

10 *Triboniani in hac quæſtione diſtinctio refutatur.*

11 *Ei qui ad rem præciſè reſtituendam condemnatur, dilationem illam non concedi quæ iudicatis ad ſatisfaciendum iudicato dari ſolet.*

12 *Refutatur alia Bartoli diſtinctio.*

13 *Reſtitutionem ex cauſa fideicommiſſi faciendam multum ab ea differre, quæ ex actione quod metus cauſa petitur.*

14 *Iure ita conſtituto, vt reus condemnatus rem ipſam metu extortam reſtituere cogatur, nullam ei dilationem dandam fore vt rem reſtituat.*

15 *Dilationem quæ iudicatis in arbitrariis actionibus ceditur, non dandam eſſe.*

16 *In actionibus arbitrariis condemnato dandam non eſſe facultatem reſtituendi rem pro qua non reſtituta iam condemnatus eſt.*

17 *Verba illa d. §. quatenus,* intra tempora iudicati actionis, *Triboniani manum maxime prodere.*

18 *Cur is qui metum intulit ſi res intra tempus iudicati actionis ſine eius culpa deceſſerit, æquè quadruplum præſtare teneatur?*

19 *Triplum illud quod ex edicto de metu præſtatur, non ob vim illatam, ſed propter contumaciam præſtari.*

20 *Rei contumacia in actione de eo quod metus cauſa accedente nunquam triplum, ſed ſemper quadruplum præſtari.*

21 *Qua ratione moti Interpretes exiſtimauerint mortuo intra iudicati tempora homine per vim extorto reum a ſimplo præſtando liberari.*

22 *Moram precedentem neque nouatione quæ fit per iudicatum, neque ea quæ fit per litis conteſtationem purgari.*

23 *Reſpondetur ad rationem à Cuiacio allatam.*

24 *Tentatur in arbitrariis actionibus nec actionem, nec contractum per iudicatum nouari.*

25 *Duo alio rationes pro ſuperiore Triboniani ſententia allata refutantur.*

26 *Ad verba illa eiuſdem* §. pro eo autem qui in fugam eſt, &c.

27 *Duriorem à Triboniano dicto loco fieri cauſam condemnati, ſi intra iudicati tempora ſeruus per vim extortus aufugerit, quam ſi perierit.*

28 *Refutatur eiuſdem ſententia cautionem exigentis de ſeruo illo qui in fuga eſt perſequendo & omnimodo reſtituendo.*

29 *Reſpondetur ad rationem pro Triboniani ſententia ab Accurſio & Bartolo allatam.*

30 *Cautionem ab eo qui vim intulit præſtitam, domino rei ſuæ quauis actione perſequendæ facultatem non adimere.*

31 *Probantur quæ in* verſ. hæc ſi. *de homine ante ſententiam ſine dolo & culpa mortuo tractantur.*

32 *Perempta re vi extorta, antequam iudex ei reſtitui iuſſerit, fieri non poſſe vt vllum iudicis arbitrium de re reſtituenda ſequatur.*

33 *Hoc caſu ad condemnationem ſtatim decurrendum eſſe.*

34 *Eum qui hoc caſu conuenitur, ſi ante vel poſt iudicis arbitrium rei peremptæ æſtimationem præſtare paratus ſit, tripli pœnam euitare poſſe.*

35 *Actionem de eo quod metus cauſa ab actione de dolo hac parte differre.*

36 *In actione de eo quod metus cauſa arbitrium præcedere neceſſe eſſe vt quadrupli condemnatio ſequatur.*

37 *In quo melioris ſit conditionis is qui vim intulit, quàm qui dolum admiſit, in quo item deterioris?*

38 *Quum de pœna quadrupli ob metum irroganda tractatur multum referre, an dolo malo eius qui vim intulit, an vero ſine dolo & culpa deceſſerit homo per vim extortus.*

39 *Caſus quo in actione quod metus cauſa nullo præcedente arbitrio rectà ad condemnationem deuenitur.*

40 *Ratio ex his Edicti verbis,* neque ea res arbitrio iudicis reſtituetur. *a Triboniano deſumpta impugnatur.*

41 *An reus qui vim intulit, rei per vim extorta, ſiue ante ſiue poſt arbitrium perempto interitu, tripli condemnationem euitare poſſit?*

42 *Imperfectum & mancum eſſe verſic.* ergo etſi in fuga *d. §. quatenus.*

43 *Refutatur diſtinctio propoſita in verſic.* ſed etſi non culpa, *eiuſdem* §.

44 *Eum qui rem metu extorſit, ad peremptæ æſtimationem ſemper teneri, licet culpa eius non perierit, nec quæri an res æquè penes actorem peritura fuerit necne.*

45 *Nullum hac parte diſſenſionis inter veteres Iuris auctores veſtigium extare.*

46 *Corruptum a Triboniano fuiſſe* §. ſiue autem. *l. ſi plures 14. ff. depoſit.*

47 *Iudicantur quodam in* §. vlt. l. item ſi verberatum. ff. de de R. V. *a Triboniano interpolata.*

48 *Minimè fauorabilem eſſe debere in* d. §. ſiue autem. *moroſi & perfidi depoſitarii cauſam.*

49 *Alia coniectura ad* d. §. ſiue autem.

50 *Superiorem diſtinctionem, an res vi extorta æquè penes actorem peritura fuerit necne, ad eum caſum non pertinere quo res illa intra iudicati tempora perierit.*

51 *Reſtituitur negatio è dicto verſ.* ſed etſi, *à Cuiacio detracta.*

52 *Ratio pro ſuperiore diſtinctione ab Interpretibus allata refutatur.*

53 *In interdicto vnde vi, quod cum actione quod metus cauſa concurrit, illi diſtinctioni locum non eſſe.*

54 *Difficile explicatu eſſe quod in dict. verſ. Tribonianus* adiicit, idem in interdicto vnde vi obſeruari *quod in actione quod metus cauſa obſeruari dixerat.*

55 *Multò difficilius eſſe quod ibidem in interdicto quod vi aut clam idem ſeruandum eſſe adiicit.*

56 *Caſus ab Accurſio allatus, in quo tractatur an qui vi aut clam opus fecerit de re citra culpa iam perempta teneatur.*

57 *Aliud eiuſdem rei exemplum.*

58 *Triboniani ſententia de interdicto quod vi aut clam reiicitur.*

59 *Eiuſdem Triboniani concluſionem in* d. §. quatenus *vitio laborare.*

NOn † abs re præfatur Bartolus, non eſſe in tota il- 1
la Pandectarum parte quam Digeſti veteris nomine
interpretes donarunt, locum alium difficiliorem. Quid
enim poteſt eſſe difficilius, quàm vt iuris ratio aliqua
conſtet ei ſententiæ, quam Tribonianus per inſcitiam, &
meram iuris ignorationem pro arbitrio corruperit? ſi
quid vero in toto Pandectarum corpore tale eſt non dubito
quin potiſſimum & nobiliſſimum ex hoc §. exemplum
ſumi poſſit. † Occurrit autem ſtatim prima ipſa 2
dictio *quatenus*, quam hoc ſenſu, id eſt pro *quod* accipi
apud Iureconſultos nunquã reperias, apud Tribonianum
verò quàm ſæpiſſimè, ſicut & pro *vt* vſurpat ille in ſequentibus,
cautio ab eo extorquenda eſt quatenus & perſequatur.
Solent enim Iureconſulti elegantiſſime hac dictione
quatenus vti tunc cùm reſpondet præcedenti illi
eatenus, ſiue expreſſa illa ſit ſiue ſubintellecta, vt cum ſcribunt,
quatenus cuiuſque intereſt in facto conſiſtere non
in iure *l. quatenus 24. De R. I. & alibi paſſ.* Sequitur verò
hoc ita diſponendum eſt, ne dubitari poſſit quin verba ſint
diſponentis & conſtituentis potius quàm interpretantis.
Ergo Imperatoris aut eius qui Imperatorem agat, non
Vlpiani qui interpretari tantùm non etiam diſponere aut

conſtituere quicquam potuit. Reliquus contextus ver-
borum æque inelegans, & ineptus eſt, & inſolentibus
locutionibus refertus, quales illæ ſunt, *pœna autem vſque
ad triplum ſtetur.* Et paulò poſt *quia tripli pœna propter
facinus ſatisfacere cogitur.* Et rurſum *cautio ab eo extor-
quenda eſt quatenus perſequatur.* Item *cauendum eſt per
iudicē vt eum perſecutus reddat.* Item illa, *ſi ab eo quo cum
agitur aberit,* pro eo quod dicendum fuit, *ſi mortuus fuerit.*
Taceo inculcatas illas dictiones *omnimodo, quomodo ſi au-
tem,* quæ Triboniano longè magis quam Vlpiano ſunt fa-
miliares. Sed pergamus quæſo ad ſententiam loci diſcu-
tiendam. *Quatenus autem,* inquit lex, *diximus quadruplo
ſimplum ineſſe, ſic hoc diſponendum eſt vt in cōdemnatione
quadrupli res quidem omnimodo contineatur, & eius reſti-
3 tutio fiat, pœna autem vſque ad triplum ſtetur.* † Hic verò
primus & omnium grauiſſimus error eſt, ex quo cæteri
profluxerunt. Nam quod edicto prætoris conſtitutum eſt
in actione quod metus cauſa, quadrupli condemnationē
fieri oporteat, hunc omnino ſenſum habet vt poſteaquam
reus arbitrio parêre recuſauit, id eſt rem quam reſtituere
iuſſus eſt per dolum & cōtumaciam reſtituere noluit non
amplius ad rem reſtituendā condēnari debeat, ſed ad qua-
druplum, ita tamen vt in eo quadruplo ſimplum cōtinea-
tur, id eſt æſtimatio ipſius rei quæ reſtitui debuit, nec fuit
reſtituta. Secum enim pugnaret iudex ſi eam ipſam rem
quam reſtitui iam iuſſiſſet deduceret in condemnationem:
quam nec ſi vellet deducere tamen poſſet: cùm ſi id faciē-
di ius haberet, iam inde ab initio condemnationem non
arbitrium ferre debuiſſet. Cur enim arbitrarias actiones
appellamus niſi quia nulla ſubſiſtente obligatione, quæ
actionem producere poſſit ſua ſponte nedum condemna-
tionem, neceſſe eſt arbitrium iudicis præcedere ex quo
poſtmodum ſequatur condemnatio, ſi arbitrio non parea-
tur. Sed & cum non aliter pœna infligatur quā ſi res non
reſtituatur, apparet fieri non poſſe vt eadem condēnatio-
ne & rei reſtitutio & pœna irrogetur, quamdiu enim res
ipſa reſtitui poteſt, tādiu in poteſtate & electione eſt eius
qui conuenitur, vt pœnam euitet, adeò clementer cum eo
4 prætor egit, vt Vlpianus *in dict. leg. item ſi, §. 1.* †
Ergo quamuis in quadruplo illo ſimplum continea-
tur, nec totum quadruplum in pœna ſit, vt eſt in
actione furti manifeſti tamen appellatione, non rem
ipſam quæ reſtitui debuit intelligimus, ſed eius æſti-
mationem, nec rei tantum, ſed etiam fructuum & ac-
ceſſionum omnium, ac prætereà ſi quicquam interfuit;
ſimplum enim illud eſt ex cuius comparatione quadru-
plum æſtimatur. Quadruplari autem conſtat, vt proximo
capite diximus id omne quod reſtitui oportuit *d. §. 1. & §.
quadruplatur ead. leg.* Et verò cum neceſſariò deuenien-
dum ſit ad æſtimationem vt quadrupli ratio ineatur [nec
enim res ipſa poteſt quadruplari] nemo non videt ex quo
ſecuta eſt condemnatio quadrupli, non poſſe ampliùs de
rei reſtitutione tractari, ſed pro re pretium & æſtimatio-
nem præſtari: idque dictio ipſa *ſimpli* demonſtrat. Qui
enim *ſimplum* dicit, pretium ſemper rei non rem ipſam
intelligit. Alioqui non quadrupli pœna conſtituenda
erat, ſed tripli, nec condemnatio in quadruplum fieri
deberet, ſed in triplum, adiecta rei reſtitutione. Atqui
non ita eſt. Vna enim pœna eſt quadrupli, vna condem-
natio quadrupli, licèt in eo quadruplo ſimplum continea-
tur. Et quemadmodum quod excedit ſimplum non po-
teſt in æſtimatione & in pecunia numerata non conſi-
ſtere, ita nec vlla ratio poteſt conſtitui ſimpli quod ineſt
in quadruplo, cùm ſit pars & quidem integralis, vt vo-
cant, quadrupli, quod vtrique aliter interpretantibus, di-
5 uerſo iure cenſeretur. † Nec video ſanè quid uideri poſ-
ſit intereſſe actoris. Nam ſi dicas imò vero quàm maxi-
mè intereſſe, vt rem ſuam habeat ſi haberi poſſit, potiùs
quàm rei æſtimationem, nec cogendum eum rem ſuam
vendere, reſpondebo hoc incommodum potiùs quàm
damnum aliunde ſarciri, adiecta ad ſimplum tripli con-
demnatione: & quemadmodum nemo abſurdum putat
dominum qui in iudicio vindicationis aduerſus poſſeſſo-
rem nolentem reſtituere iurauerit in litem carere re ſua,
quia in pœnā contumaciæ longè plus conſequitur, quàm
quanti re vera res ſit, nec fieri poteſt, vt & rem ſuam
præcisè conſequatur, & prætereà in pœnam doli & con-
tumaciæ poſſeſſoris quanto pluris ſua intereſſe iurauerit,
ita nec abſurdum videri debet cogi dominum, ſi dominus
adhuc dicendus eſt, qui rem ſuam per vim & metum in
alium tranſtulit per traditionem, carere re ſua pro qua
non modo iuſtam & veram æſtimationem, ſed triplo
amplius ſit conſecutus, aut conſecuturus. Nam quæ pœ-
na eſt iuriſiurādi in litem in vindicatione & aliis ſimili-
bus, ea eſt quadrupli in actione de eo quod met. cauſ. &
ſicuti in ea quantitate quam actor ſibi deberi iurat in li-
tem, comprehenditur res ipſa quæ petebatur, ſed tamen
quod ad pretium & æſtimationem non quòd ad rei cor-
pus, ita & in quadruplo ſimplum continetur, & quidem
ita vt non res ipſa quæ per vim extorta eſt ſit ſimplum,
ſed illius rei æſtimatio. † Mouit Tribonianum quod iam 6
ille conſtituerat in vindicatione & aliis ſimilibus iudiciis,
in quibus non parente poſſeſſore & nolente reſtituere
condemnatio fieri olim ſolebat quanti actor in litem iu-
raſſet, vt ſi reſtituendæ rei facultatem poſſeſſor haberet,
poſſeſſio per manum militarem ab eo transferatur. Idem
enim Tribonianum conſtitutum voluiſſe in actione quod
metus cauſa ex eo apparet quod in fine *legis qui reſtitue-
re 68. ff. de rei vindicat.* quæ nouum illud præclarú neque,
ſi diis placet, ius continet, ſubiicit ſententiam illius legis
generalem eſſe & ad omnes actiones ſiue in rem ſiue in
perſonam ſint ex quibus aliquid reſtituēdi oporteat, perti-
nere. Neque verò ſi quis quærat qua ratione poſſis co-
gere eum qui vim aut metum intulit & iam ad quadru-
plum condemnatus eſt, vt rem ipſam reſtituat non rei
æſtimationem, aliud quicquam reſpondere poſſis, niſi
quod per manum militarem ea coactio facienda eſt. † 7
Quamquam nec hoc quidem abſolutè verum eſt. Aliud
enim eſt cogi quem manu militari reſtituere, aliud verò
manu militari auferri poſſeſſionem. Priùs nunquam fit,
quia nemo cogi poteſt ad faciendum præcisè, quoniam
ea coactio fieri nequit ſine vi & impreſſione. Poſterius
licet inciuile ſit tamen tolerabilius eſt, quia eo modo
cogitur quis non vt faciat, ſed tantùm vt patiatur. † Sed 8
tamen debuit Tribonianus animaduertere, ita poſito iu-
re futurum, vt longè aliud ius ſit in actione quod metus
cauſa, aliud verò in vindicatione, in quibus tamen idem
iuris eſſe voluit. Nam in vindicatione tametſi omnium
maximè in dolo ille ſit, qui rem quam & reſtituere iuſ-
ſus eſt & adhuc poſſidet, non vult reſtituere, cum tamen
manu militari poſſeſſio ab eo tranſlata eſt, nihil prætereà
in pœnam contumaciæ ab eo præſtatur neque aduerſus
eum in litem iuratur [in quo ſanè ridiculus fuit Tribo-
bonianus qui clementius egit cùm poſſeſſore doloſo &
contumace, quàm cum eo qui dolo malo deſiit poſſide-
re] at in actione quod metus cauſſa vult Tribonianus
præter ipſius rei reſtitutionem quam præcisè, & vt ipſe
loquitur, omnimodo fieri præcipit, tripli quoque adiici
condemnationem, illud igitur pro fixo & indubitato con-
cludendum eſt, prætoris conſtituentis in quadruplo ſim-
plum ineſſe non eam fuiſſe ſententiam quæ Triboniani
fuit vt rem ipſam quæ extaret & reſtitui poſſet omnino
reſtitui oporteret, ſed vt vera iuſtáque ipſius æſtimatio
iniretur eáque æſtimatio quadruplaretur, ne quicquā di-
ci poſſet intereſſe eius qui vim paſſus fuiſſet, quòd rem
ſuam non haberet: Hinc autem cæteræ omnes illæ quæ-
ſtiones prodeunt quas Tribonianus perſequitur *in dict.
§. quatenus,* & quibus locus nullus relinqueretur ſi ex iu-
ris ratione & auctoritate rem ageremus. † Videamus ta- 9
men quid ille ſomniet aut potiùs deliret. *Quid ſi homo,*
inquit, *ſine dolo & culpa eius, qui vim intulit, & condem-
natus eſt, periit?* Quæſtio hæc otioſa eſt, & inepta. Nihil
enim certius eſt quàm quod ait *l. 1. Cod. eod. tit.* perſecu-
tionem eorum quæ vi vel furto ablata ſunt etiamſi poſteà
interei

intercideriint, integram tamen manere : quia moram
præceſſiſſe ſufficeret ad impediendum ne rei interitu de-
bitor liberaretur *l. ſi ex legati. 23. l. ſi ſeruum 91. §. ſequi-
tur. & §. vltim. de verborum obligat. l. pronaſſor. 21. l. 25.
D. de conſtit. pecun.* At qui furtum fecit plus quàm mo-
roſus eſt, qui verò vim intulit etiam plus quàm fur. Quis
ergo dubitare poſſit an ſuo facto perempta re quæ per
vim extorta fuerat, liberetur is qui non modò vim fecit,
ſed etiam ex ea cauſſa conuentus adeóque condemnatus
eſt? Et tamen contrà placet Triboniano qui ad ineptam
quæſtionem inepriore adhibita diſtinctione ſic reſpon-
det, *In hoc caſu a rei condemnatione ideò relaxabitur, ſi
intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli pœna*
10 *propter facinus ſatisfacere cogitur.* † Diſtinguit ergo Tri-
bonianus an homo ille per vim extortus perierit intra
tempus iudicati necne, vt priore caſu liberetur is qui
condemnatus eſt, & quidem ita vt neque rem neque pre-
tium præſtare & reſtituere cogatur. Poſteriore verò caſu
11 maneat obligatus ad præſtendam æſtimationem. † Quæ
diſtinctio quam abſurda ſit ex eo cognoſci poteſt quòd
quoties quis condemnatur ad rem præcisè reſtituendam
non habet dilationem illam quæ iudicatis dari ſolet ad
ſatisfaciendum iudicato, ſed rem ipſam ſtatim reſtituere
cogitur ſi eius reſtituendæ habeat facultatem, ſin minùs
officio iudicis proſpiciendum eſt vt de iuſta cauſſa dila-
tio detur, & cautionibus res expediatur. *§. etſi in rem In-*
12 *ſtit. de offic. iudic.* † Scio Bartolum diſtinguere an rei re-
ſtitutio petita ſit per actionem in perſonam, cuiuſmodi
hæc eſt de eo quod met. cauſ. an per actionem in rem,
quaſi is qui ex perſonali actione condemnatus eſt ad rem
reſtituendam eodem legis beneficio gaudere debeat quo
gauderet ſi pecuniam dare damnatus eſſet ex *l. 3 in prin-*
13 *cip. D. de vſur.* † Sed obſeruare debuit multum differre
reſtitutionem quæ ex cauſſa fideicommiſſi facienda eſt
de qua ibi Papin. loquitur, ab ea quam fieri volt Tri-
bonianus ex actione De eo quod met. cauſ. Fideicommiſſi
perſecutio mere in perſonam eſt, nec tam reſtitutio quàm
præſtatio dicenda videtur cum id quod per fideicommiſ-
ſum relictum eſt nunquam fuerit fideicommiſſarij, nec
alia ratione dicatur reſtitui, quàm quia ſic fideicommiſ-
ſum relinquitur vt quod quis à teſtatore accepit alij re-
ſtituere iubeatur. At in actione quod metus cauſſa petit
actor reſtitutionem rei quæ ſua fuit, & quidem eo colo-
re quaſi ſua eſſe non deſierit quæ ſcilicet per vim extor-
ta eſt. Quam ob cauſſam conſtitutum eſt vt ei qui vim
paſſus eſt liceat ſi malit vtili in rem actione experiri qua-
ſi eam rem in bonis ſuis retinuerit *l. metum. 9. §. volenti &*
14 *§ licet. D. quod met. cauſ leg. 5. Cod. eod.* † Cur ergo ei
qui ex actione quod metus cauſſa condemnatus eſt dila-
tionem demus vt rem reſtituat quam ſtatim poſſit re-
ſtituere? Aut quid hac parte poteſt intereſſe an iudicio
vindicationis an actione quod metus cauſſa reſtitutio pe-
tatur, etiam ſecundum ſententiam Triboniani qui vt
diximus idem iuris in vtraque actione voluit conſtitu-
tum *dict. leg. qui reſtituere.* Non inficior eum qui ex hac
actione quod met. cauſſ. condemnatus eſt dilationem ha-
bere debere quæ cæteris condemnatis datur, nimirum
quia actio in perſonam eſt, & ex qua cōdemnatio fit non
ad rem reſtituendam ſed ad quadruplum ob rem non re-
ſtitutam : ſed hoc contendo ſi ita ius eſſet vt ex eiuſmodi
condemnatione rem ipſam præcisè reſtitui oporteret quo-
modo voluit Tribonianus, illud quoque conſequens fore
vt nulla ei dilatio dari deberet, ſicut nec illa datur cùm
ante condemnationem ex arbitrio iudicis rem reſtituere
15 iubetur. † Nam cùm actio ſit arbitraria fatentur omnes
quod fateri neceſſe eſt, arbitrium præcedere debere per
quod is qui conuenitur rem reſtituere iubeatur : nemo
autem dixerit dandam eo tempore dilationem intra quam
res reſtituatur, dilatio enim illa non datur niſi iudicatis,
iudicatus verò dici non poteſt qui arbitrio iudicis rem re-
ſtituere iuſſus eſt, quia cùm arbitrium illud præcedat cō-
demnationem, condemnatio eſſe non poteſt : hoc autem

admiſſo, quis rogo, probabit & admittet dandam eſſe di-
lationem condemnato in actione quod metus cauſſa, vt
rem reſtituat, quam iam antea ſtatim reſtituere ſit iuſ-
ſus? An melioris erit conditionis contumax qui propter
contumaciam iam condemnatus eſt quàm qui contumax
nondum fuit? An non admitteretur reus ad purgan-
dam moram etiam poſt ſententiam ſi dilationem haberet
ad rem reſtituendam quam reſtituere ante ſententiam
noluiſſet? Atqui certum eſt nullo prorſus caſu admitti
poſſe vt mora poſt ſententiam purgetur, quæ nec ſolet
purgationem admittere poſt litem conteſtatam: nec libe-
rum eſſe ei qui vim aut metum intulit, vt pœnam euitet,
niſi in tempus vſque ferendæ ſententiæ *d. l. item* §. 1. † Et 16
vel ex hac maximè ratione colligi poteſt, nunquam in
actionibus arbitrariis, id eſt, in quibus arbitrium præce-
dere oportet dandam eſſe condemnato facultatem reſti-
tuendi rem pro qua non reſtituta iam condemnatus fue-
rit, quoniam id implicaret contradictionem : tantum ab-
eſt vt ad eam reſtitutionem faciendam debeat habere di-
lationem illam quæ iudicatis à lege datur. † Taceo, quòd 17
prudentum temporibus & ante Iuſtinianum *in l. vlt. C. de
execut. rei iudic.* nullum fuit tempus legitimum actionis
iudicati. Nam quod lege duodecim tabularum fuerat
conſtitutum iam in vſu eſſe deſierat, pendebatque ex ar-
bitrio iudicis, vt quale quantúmque tempus vellet iu-
dicato faciendo ſtatueret *l. 2. De re iudic.* Itaque verba
illa *intra tempora iudicati actionis* mouent me magis vt
Triboniani manum cogar agnoſcere. † Sed &, ſi actio 18
quod metus cauſſa, ex earum numero eſſet in quibus
poſt condemnationem dari dilationem oporteret, nō ideo
tamen conſequens eſſet vt interitu rei debitæ liberari de-
beret is, qui iam eſſet condēnatus, quem interitus ille ante
ſententiā cōtingens nullo modo liberaſſet. Occurrit enim
ratio illa elegans qua Papin. mouetur *in dict. l. 3. de vſur.*
quod non debeat conditio cuiuſquā melior eſſe poſt con-
demnationem, quàm futura eſſet ſi nulla dum lata ſentē-
tia proponeretur. Ita enim fieret vt ei prodeſſet ſententia
contra quem iudicatum fuiſſet, quod euidenter iniquiſ-
ſimum eſſe ait *lex euidenter 16. ff. de except. rei iud.* Ra-
tio autem illa Triboniani vt ideo relaxetur reus à rei con-
demnatione. [Deus bone quæ verba! quæ locutio!] *quia
tripli pœna propter facinus ſatisfacere cogitur* longe inep-
tior eſt. Nunquam enim actiones plures præſertim pœ-
nales de eadem re concurrentes alia aliam conſumit *l. nū-
quam. 130. de R. I.* Multo minus ea quæ pœnalis eſt peri-
mere poteſt rei perſecutionem *l. ſi pignore 54. §. cum fur-
ti ff de furt. l. ancilla. 12. C. eo. l. ſi pro fure 7. §. 1. ff de con-
dict. furt.* † Nec eſt quod dicas cum interpretibus reum 19
hūc qui in eo grauatur, quod tripli pœnā præſtat, debere
in alio releuari vt rei interitu intra iudicati tempora con-
tingente liberetur. Non enim grauatur qui contumaciæ
ſuæ debitam pœnam preſtat : in eóque alius Triboniani
error eſt quod putat pœnam tripli præſtari propter faci-
nus, vt ipſe loquitur, id eſt, propter vim illatam, neque
enim propter vim illatam præſtatur, ſed propter contu-
maciam tunc contractam cùm reſtituere iuſſus reus no-
luit parēre : argumento apertiſſimo eſt, quòd ſi poſt arbi-
trium de reſtituenda re redditum paruiſſet, tripli pœnam
nunc non præſtaret, tametſi non eo minùs verum eſſet
vim ab illo factam fuiſſe. † Ob idque nimirū dicitur præ- 20
tor clementer cum eo egiſſe qui purgandi delicti facul-
tatem ei dedit vſque ad ſententiam, nec aliter condemnari
eum voluit quàm ſi ad facinus accederet etiam contuma-
cia in non reſtituendo : accedente autem contumacia fit
condemnatio non tripli vt Tribonianus volt, ſed quadru-
pli, quamuis ita vt in eo ſimplum contineatur. Eſſet enim
longè tolerabilius de condemnatione detrahi triplum
quàm ſimplum, quanto ſcilicet fauorabilior eſt rei perſe-
cutio quàm pœna, cum nec pœna tripli alia de cauſa irro-
getur, quā quia reſtituta non fuit res quæ reſtitui debuit.
Deniq. verba edicti de eo quod metus cauſa, nō ſeparant
triplū a ſimplo, nec patiuntur vt ex huiuſmodi actione vlla

vnquam irrogetur condemnatio niſi quæ ſit quadrupli.
21 † Quod à recentioribus interpretibus animaduerſum, fe-
cit vt aliam rationem quærendam putauerint propter
quam dicendum ſit mortuo intra iudicati tempora homi-
ne per vim extorto liberari reum, quia, inquiunt, iudica-
ti actio nouat præcedentem actionem *l. vlt. C. de vſur. rei*
iudic. l. ſi fundus. 16. §. ſi pluris. & § ſi creditor. ff. de pign.
Proinde noua mora opus eſt, quæ porro nulla poteſt in-
tercedere quamdiu iudicati tempora largiuntur vt iudi-
cato ſatisfieri poſſit, quandoquidem totum illud tempus
condemnato liberum eſt ad ſoluendum. Sic enim Cuia-
cius ad hunc locum, ſecutus Goueanum *lib. 1. var. lect.*
22 *c. 11.* In quo tamen videntur mihi parum ſubtiles. † Nuſ-
quam enim proditum reperias nouationem quæ fit per
iudicatum purgare moram præcedentem nõ magis quam
quæ fit per litis conteſtationem: imò contra diſertè ſcri-
ptum eſt *in d. l. 3. de vſur.* etiam quòd ad fructus attinet.
Quantò minùs enim purgabit moram ratione ipſius rei
quæ debetur? Scilicet vt homine debito poſt condemna-
tionem peremptо liberetur reus qui eo ante ſententiam
adeóque ante condemnationem dummodo poſt moram
defuncto non liberetur? Iam enim ſæpiùs monuimus in
ſuperioribus aliam cauſam eſſe nouationis voluntariæ,
aliam iudicij accepti, quia nemo litem conteſtando fa-
cit condemnationem ſuam deteriorem, ſed meliorem.
23 *l. aliam. 29. ff. de nouat.* † Ex quo reſponderi etiam poteſt
ad id quod Cuiacius obiicit, ſi à fure ſtipulatus ſim, quod
ex cauſa condictionis furtiuæ dare facere oportet, non
ſolum valere ſtipulationem, ſed etiam ita valere vt ſi
poſtea citra moram ſeruus deceſſiſſe proponatur, deſinit
fur teneri condictione, quaſi purgata mora per ſtipula-
tionem. *l. ſcire debemus 29. §. vlt ff. de verb. oblig.* Eſt nam-
que multo facilius vt purgetur mora præcedens per ſub-
ſequentem ſtipulationem etiam, quod magis mirum eſt,
conditionalem, & ex qua nunquam agi potuit, quam
per condemnationem vt *in l. quoties 14. §. 1. ff. de nouat.*
Nunquam enim mora purgatur quin aliquid ſit quod
poſſit imputari ei cui nocet purgatio, vt ex tacita ſaltem
eius voluntate purgatio illa indicatur. Quid verò imputa-
ri poteſt ei qui litem conteſtatus eſt & obtinuit propter
quod videatur præcedentem moram aut purgare aut pur-
gatam eſſe voluiſſe? An debuit nunquam agere ob id ſo-
24 lùm ne vnquam mora purgaretur? † Addo quod fortaſ-
ſis nemo adhuc dixit, in actionibus arbitrariis fieri non
poſſe vt actio aut contractus nouetur per iudicatum.
Non contractus, quia nullus in iis contractus præcedit,
ex quo agatur, ſed dantur omnes aduerſus eum qui nullo
modo eſt obligatus, neque ex contractu vel quaſi, ne-
que ex delicto vel quaſi: nec igitur conſequenter actio
ipſa nouabitur, quia neque actio vlla eſſe videtur cum
nulla ſit obligatio ante condemnationem. In cæteris enim
actionibus dicimus nouationem fieri per iudicatum, quia
poſt ſententiam incipit deberi ex iudicato quod anteà ex
alia cauſa debebatur *d. l. ſi fundus 16 §. ſi pluris. De pign.*
At in actionib. arbitrariis nihil omnino debetur ante con-
demnationem. Quænam ergo fieri nouatio poteſt? Si-
quidem nouatio nulla eſt quę non ſit pręcedentis obliga-
tionis peremptio, & transfuſio in ſequentem *l. 1. ff. de no-*
uat. Aliæ actiones in id competunt vt quod debetur, piæ-
ſtetur. Ea namque actionis in genere diffinitio eſt. Arbi-
trariæ a. in hoc dantur vt aliquid debere incipiat ex con-
demnatione is qui nihil dum ante condemnationem de-
bet. Nec ſanè Tribonianus rationem hanc factæ per iu-
dicatum nouationis prætermiſiſſet ad inducendam libera-
tionem condemnati mortuo intra iudicati tempora ho-
mine per vim extorto ſi nouationem hoc caſu fieri exi-
ſtimaſſet. Erat. n. obuia & in promptu, quamquam ine-
pta. Sed cum rationem hanc ceſſare animaduerteret, aliá
excogitauit nec meliorem nec ſubtiliorem quæ a nobis
25 refutata eſt. † Dices parum referre an nouatio fiat nécne
quod ad hoc de quo quærimus, ſed ſufficere vt per eum
qui eſt condemnatus nulla mora intra tempora iudicati
facta eſſe videatur, quod æquè accidit etiamſi facta non
ſit nouatio, cùm antequam tempora præterierint agi ex
iudicato non poſſit. Reſpondeo ſufficere moram præce-
dentem hoc ipſo contractã re ipſa quod per vim aut me-
tum res ablata eſt. Comparatur enim hac parte is qui vim
aut metum intulit, furi. *d. l. 1. C. de eo quod met. cauſ.* fur
autem ſemper moram facere intelligitur *l. in re 8. §. 1. de*
cond. furt. Inſtabis rurſum, Moram illam præcedentem
poſſe purgari per cõdemnationem ſicut & purgaretur per
ſtipulationem conditionalem nulla etiam facta nouatione
d. l. quoties 14. §. 1. De nouat. Sed non rectè comparatur
condẽnatio ſtipulationi. Nam ſtipulatori poteſt imputari
cur ab eo ſit ſtipulatus, qui moram iam contraxerat, ei a.
qui egit & obtinuit nihil tale imputari poteſt vt iam di-
ximus, adeóque nec vnquam euenit vt mora ante cõdem-
nationem contracta per ſubſecutam cõdemnationem pur-
getur. † Sequitur apud Tribonianum *pro eo autem qui* 26
in fugam eſt cautio ab eo extorquenda eſt quatenus & perſe-
quatur & omnimodò eum reſtituat. Hic verò manifeſtius
inſcitiam ſuam detegit Tribonianus, qui duriorem facit
cauſſam condemnati ſi intra iudicati tempora ſeruus per
vim extortus aufugerit quàm ſi perierit. † Vult enim cau- 27
tionem præſtari (quomodo dicere debuerat non *extorque-*
ri: non enim *extorqueri* rectè dicitur quod iuſſu & aucto-
ritate iudicis præſtatur) non ſolum de ſeruo perſequendo,
ſed etiam de eo omnimodo reſtituendo. Cùm tamen ſi ſer-
uus periiſſet, condemnatus hic ſi eidem Triboniano cre-
dimus ab eius reſtituendi neceſſitate liberaretur. Atqui
nullo alio iuris loco reperias teneri de fuga eum qui de
interitu non tenetur, cùm eadem ratio faciat vt vtroque
caſu vel teneatur ſi mora præceſſit, vel liberetur ſi mora
nulla interuenit. † Fateor quamdiu ſeruus viuit qui debi- 28
tus eſt licèt in fuga ſit, non ideo tamen ſic extinctam obli-
gationem vt in debitoris poteſtatem reuerſus peti quan-
docunque non poſſit: ob idque nec nego debere cautio-
nem interponi etiam cùm mora nulla præceſſit quæ per-
petuet obligationem. Sed tamen dico eo caſu quo ſi ſer-
uus periiſſet debitor omnino liberaretur, ſi tantùm in
fuga ſit, non ad aliud teneri poſſe debitorem quàm vt
caueat ſe eum ſeruum ſi quando nactus fuerit reſtitutu-
rum, non autem de eo perſequendo omnimodo reſtituen-
do *d. l. item ſi cum §. aliquando.* in propoſito autem quid
obſecro huiuſmodi cautione opus eſt? Nam ſi condemna-
tum teneri volumus de ſeruo omnimodo reſtituendo qui
aufugit licèt intra tempora iudicati, quidni admittimus
potiùs vt in quadruplum condemnetur rectà, & in eo
quadruplo ſimplum id eſt ipſius rei æſtimatio continea-
tur? Vtique enim nemo dixerit intereſſe actoris vt ha-
beat cautionem potiùs quam præſentem æſtimationis nu-
merationem. At neque video quomodo caueri poſſit de
ſeruo qui in fuga eſt omnimodo reſtituendo. Quid enim
ſi haberi nunquam poterit? An ſemper obligatus mane-
bit debitor? An verò inutilis in perpetuum erit cautio
ſtipulatori? Aut in quod vſque tempus ea reſtitutio diſ-
feretur? Nihil enim eſt apud Tribonianum ex quo poſ-
ſint iſta definiri? † Quod verò Bartolus poſt Accurſium, 29
& cæteri interpretes tentant duriorem eſſe debere condi-
tionem condemnati propter fugam ſerui quàm propter
mortem, propterea quòd fuga ſerui non etiam mors im-
pediri potuerit, mihi probabile non videtur. Nos enim
cum Triboniano caſum illum tractamus, quo ſeruus in
condemnationem deductus perierit vel aufugerit ſine
dolo aut culpa poſſeſſoris: quo caſu non eſt quod impute-
tur poſſeſſori cur non impedierit fugam. † Sanè dubita- 30
tionem nullam habet quod apud Tribonianum ſequitur,
cautionem ab eo præſtitam qui vim intulit & condemna-
tus eſt, non adimere domino facultatem rei perſequendæ
per actionem in rem aut ad exhibendum aut ſi qua alia
competit, ita vt ſi quoquo modo rem receperit, tutus ſit
exceptione is qui ex ſtipulatione conuenitur: etſi hoc
quoque tam inconcinnè ſcriptum eſt vt facile ſit cuilibet
Tribonianum ab Vlpiano ſecernere. † Subiungit, *Hac* 31

ſi

ſi poſt condemnationem. Si autem ante ſententiam homo ſine
dolo malo & culpa mortuus fuerit, tenebitur. Rectè, cum
is ipſe conuenit qui vim fecit, ſi enim contra tertium aga-
tur, qui neque vim, neque dolum participauerit, conſtat
liberari cum interitu hominis citra culpam & ante con-
demnationem contingēte *d. §. aliquando.* Sed ratio quam
Tribonianus ſubiicit eſt falſa cum ait. *Et hoc fit ex his*
verbis edicti, neque ea res arbitrio iudicis reſtituetur. †
32 Nam perempta re antequam iudex eam reſtitui iuſſerit
non magis fieri poteſt vt arbitrium iudicis vllum ſequa-
tur de re reſtituenda, quàm vt res ipſa reſtituatur. Fatuus
námque iudex fuerit, qui iubeat & arbitretur reſtitui rem
quam ſciat peremptā eſſe, licèt eius æſtimatio adhuc de-
33 beatur. † Ideòque protinus hoc caſu debet ad condem-
nationem decurrere nullo arbitrio præcedēte vt in actio-
ne de dolo quæ æquè arbitraria eſt ſcribit Paulus in *l. ar-*
bitrio. 18. §. 1. De dolo. Non nego condemnari etiam re
perempta eum qui vim intulit, & quidem ob eam cauſ-
ſam quòd rem ipſam non reſtituat quam certum eſt nec
reſtitui poſſe. Sed nego condemnari eum ob id quod ar-
bitrio iudicis rem non reſtituat. Sunt enim iſta longà dif-
ferentia, rem non reſtituere, & arbitrio iudicis non reſti-
34 tuere. † Quarè nec dubito quin hoc caſu poſſit is qui con-
uenitur euitare pœnam tripli paratus ſit præſtare æſtima-
tionem ſiue ante, ſiue poſt arbitrium iudicis: quia præ-
ſtat quod poteſt & debet qui rei ſine dolo malo ſuo ad-
eóque ſine culpa peremptæ præſtat æſtimationem. Nec
poteſt defendi quod vult Tribonianus eum teneri, ſi ſic
intellexit vt non tantum ad mortui hominis pretium, ſed
etiam ad totum quadruplum teneatur: niſi vno illo caſu
quo nec pretium præſtare velit. Propter quod procul-
dubio arbitrium iudicis neceſſarium eſt, nimirum vt is
qui conuenitur iubeatur reſtituere non rem ipſam quæ
perempta eſt ſiue ipſius dolo & culpa perierit ſiue ſuo fa-
cto, ſed rei pretium, & ni reſtituat, condemnationem
quadrupli patiatur: eadem enim hoc caſu arrogandæ con-
demnationis & coercendæ contumaciæ cauſſa ſubeſt, quæ
35 ſubeſſet ſi res adhuc extaret. † In eòque fatendum ſanè
eſt differre actionem de eo quod met. cauſſ. ab actione de
dolo. Etſi enim vtraque arbitraria eſt, tamen ſi res dolo
extorta deſierit extare, nullum ſequi debet arbitrium de
ea re vel ipſius æſtimatione reſtituenda, ſed rectà decur-
ritur ad condēnationem *dict. §. 1. l. arbitrio*, quia condem-
natio quæ fit ex illa parte edicti non eſt pœnalis, ſed qui
dolum admiſit in id tantùm quod re vera actoris intereſt
condemnatur. Conſtat enim perinde intereſſe actoris
qui rem ſuam dolo malo aduerſarij extortam habere am-
plius non poteſt, ſiue ideo habere nequeat quód eam
reſtituere aduerſarius nolit cum poſſit quia extat, ſiue
quòd non poſſit tametſi maxime velit quia non extat.
Nec quod paratus ſit reus præſtare æſtimationem libe-
rare eum debet, cùm appareat non eo minus intereſſe
actoris, qui vtrique rem ſuam, quam eius pretium habere
mallet, neque recuſare poteſt is qui dolum admiſit quo-
minus præſtet actori quidquid re vera intereſt acto-
ris. At in actione quod metus cauſſa, condemnatio
pœnalis eſt ſcilicet quadrupli, in quo licet ſimplum
contineatur, tamen quicquid excedit ſimplum pœna non
rei perſecutio eſt: pœnam autem infligi non oportet
niſi propter contumaciam non ex eo ſolo æſtimandam
quod res non reſtituatur, ſed ex eo tantùm quòd arbi-
36 trio iudicis non reſtituatur. † Arbitrium igitur omni-
modo præcedere neceſſe eſt vt quadrupli condemnatio
ſequi poſſit ſiue res extet ſiue non, & ſiue dolo malo
aut culpa eius qui vim fecit extare deſierit, ſiue nullo
dolo nulláque culpa interuenien te: hac tātùm differentia
quòd ſi res extet, arbitrium iudicis tale eſſe debet vt rem
37 ipſam præcisè reſtitui iubeat. Sin ſecus, æſtimationem. †
Ita fit vt melioris conditionis ſit is qui vim intulit quàm
qui dolum admiſit ſi res perierit ſine dolo ſuo, quia nihil
niſi veram & iuſtam æſtimationem debet, ille autem etiam
ſi quid præterea actoris interſit, quoniam ex contraria re
extante nec reſtituta, deterioris conditionis in eo eſt quod
quadruplum præſtare cogitur, cum is qui dolum admiſit
non niſi ad id quo actoris re vera intereſt teneatur. † Etſi 38
a. nihil refert an dolo malo eius qui vim intulit, an ſine
dolo adeoque ſine culpa deceſſerit homo qui per vim
extortus fuit, quod ad hoc vt pretium præſtare teneatur,
refert tamen cum de quadrupli pœna irroganda tracta-
tur: quia cum is qui dolo deſiit poſſidere pro poſſeſſore
damnari, & dolus pro poſſeſſione haberi debeat *l. qui dolo*
131. De regul. iur. æquè condemnandus eſt ad quadruplū
is qui dolo fecit ne hominem poſſit reſtituere, vt puta
ſi eum occiderit acſi viuum adhuc poſſideret. † Et hoc 39
vno caſu admittam facilè idem iuris ſeruandum eſſe in
actione quod metus cauſſa, quod in actione de dolo ſer-
uari diximus, vt nullo præcedente arbitrio rectà deuenia-
tur ad eam condemnationem, ad quam deueniretur ſi
reus arbitrio non paruiſſet, quia tametſi reus pro poſſeſ-
ſore habeatur, non eo minus tamen certum eſt rem ip-
ſam quæ in rerum natura extare deſiit reſtitui non poſſe
nec niſi fruſtra & ineptè iudex rem ipſam præcisè reſti-
tui iuberet quam ſciret in rebus humanis ampliùs non
eſſe. At neque præſtandæ æſtimationis facultatem reo
facere debet quem videt pro poſſeſſore damnari oporte-
re. Illud ergo relinquitur vt rectà nullóque interpoſito
arbitrio irroget quadrupli condemnationem, nam & ex
ea cauſſa deferret iuſiurandum in litem ſi actionis natura
eam condemnationem pateretur, vt euenit in actionibus
in rem & ad exhibendum *d. l. qui reſtituere 68. De rei*
vind. Quæ enim in iis actionibus pœna eſt iuriſiurandi in
litem, ea eſt quadrupli in actione quod metus cauſſa vt
docuimus in præcedentibus. † Cæterum nullo caſu po- 40
teſt bona eſſe ratio illa Triboniani quæ vult ex his edicti
verbis *neque ea rei arbitrio iudicis reſtituetur*, fieri vt te-
neatur reus ad præſtandam ſerui ante condemnationem
perempti ſolam æſtimationem. Illa namque edicti verba
non niſi ad totius quadrupli condemnationem irrogan-
dam pertinent in odium & pœnam contumaciæ eius qui
arbitrio iudicis parere & rem reſtituere recuſauit. Cui
contumaciæ locus nullus relinquitur, cùm homo per vim
extortus non ſolùm ante condemnationem, ſed etiam an-
te arbitrium, quam noſtri ridiculè primam ſententiam
vocant, citra dolum poſſeſſoris deceſſit. Sanè ſi poſt arbi-
trium latum deceſſerit, id eſt, poſtquàm reſtitui potuit ſi
arbitrio paritum fuiſſet, faciunt verba edicti vt perin-
de reus condemnari debeat in quadruplum propter con-
tumaciam, niſi manifeſtiſſimum ſit & indubitatum æquè
penes actorem perituram rem fuiſſe: quod in dubio præ-
ſumendum non eſt, cùm potiùs credibile ſit fuiſſe actorē
eam diſtracturum ſi reus arbitrio ſtatim paruiſſet. † At 41
Tribonianus cum caſum tractat quo ſeruus per vim ex-
tortus deceſſit ante condemnationem non adhibita ea
diſtinctione, anténe vel poſt arbitrium latum deceſſerit.
Et verò ita eſt. Vtroque caſu tenetur reus non ad ſub-
eundam condemnationem quadrupli, ſed ad præſtan-
dam æſtimationem. Illa ſcilicet ratione quæ & vera &
generalis eſt cùm de ſola æſtimatione præſtanda quæri-
tur, quòd qui vim fecit licèt non dolo deſierit poſſidere
vt tāquam poſſeſſor condemnari perpetuò & indiſtinctè
debeat, hoc ipſo tamen eſt in mora quod ſemel vim ad-
miſit, non ſecus acſi furtum feciſſet, cúmque ea mora tā-
diu duret quamdiu purgata non eſt per ipſius rei reſtitu-
tionem aut aliam indemnitatis præſtationem, conſequens
eſt vt ipſius rei interitu quantumcumque naturali, quaſi
poſt moram contingente liberari reus non poſſit *d. l. 1. C.*
de eo quod met. cauſ. quæ cùm furi comparat eum qui vim
fecit oſtendit ſatis teneri illum etiam poſt rem facto ſuo
peremptam, non propter verba edicti, ſed propter morā
quam furis exemplo ſemper facere intelligitur. † Perga- 42
mus iam ad reliqua. *Ergo,* inquit Tribon. *etſi in fuga ſit*
ſeruus ſine dolo malo & culpa eius cum quo agetur, cauen-
dum eſt per iudicem vt eum perſecutus reddat. Hic quo-
que mancus eſt Tribonianus. Quid enim ſi nunquam

recuperare ſeruum, poterit, nec proinde reddere? Aut quid
ſi in longius tempus ea perſecutio differatur? An interim
nihil habebit actor, & ſola cautionis præſtatione reus li-
berabitur? Debuit igitur Tribonianus conſtituere, vt
cautio interponatur de ſeruo intra certum tempus perſe-
quendo reddendóque ac niſi intra id tempus reddatur, de
præſtanda æſtimatione, niſi fortè malit actor ipſam ſta-
tim conſequi æſtimationem: nec enim dubito quin pro
ſuo iure poſſit eam petere ſi velit, neque cogi debeat
cautionem accipere pro pecunia etiamſi nullo ipſius dolo
culpave ſeruus aufugerit: quidni enim hoc admittamus;
cùm etiamſi mortuus eſſet non idcirco tamen reus li-
beraretur? † Sequitur *ſed etſi non culpa ab eo cum quo*
43 *agitur aberit, ſi tamen peritura res non fuit ſi metum*
non adhibuiſſet, tenebitur reus. In quibus verbis obſeruan-
da primùm eſt elegantia Triboniani qui hominem à reo
abeſſe dicit, quem mortuum dicere voluit: deinde eiuſ-
dem Triboniani ſubtilitas in diſtinctione illa inducenda
an res æque peritura fuerit necne penes actorem. Quæ
tamen diſtinctio propoſitæ diſputationis nullo modo
44 conuenit. † Nam ſiue peritura penes actorem res fuit, ſiue
non, fieri nequit vt non teneri debeat is qui vim fecit ex-
emplo furis, quia hoc ipſo per eum ſteriſſe videtur quo-
minus reſtitueretur, vt in interdicto de vi & vi armat. cuius
comparatione hic Tribonianus vtitur, Vlpianus ſcribit in
l. 1. §. rectiſſime & ſeq. D. ill. tit. De vi armat. Siquidem ex
ipſo tempore vis illatæ pluſquam fruſtrator conſtitutus eſt
is qui vim fecit, ſicuti Tryphoninus loquitur in *l. penul-*
45 *tim. eod. tit.* † Etſi autem videtur hac de re non ſatis
conſtitiſſe inter Proculianos & Sabinianos ſi verum eſt
quod de Sabino & Caſſio ex Caio proponitur in *l. ſi plu-*
res. 14. §. ſiue autem. D. depoſit. tamen quod ad actionem
quod metus cauſſa & interdictum vnde vi, nulla prorſus
diſtinctionis ſiue diſſenſionis huius veſtigia extant in li-
bris noſtris, non magis quam cùm de furtiua condictio-
ne agitur, ſi hunc locum tollas quem tractamus, & quem
Triboniani eſſe ex iis quæ hucuſque diximus, nemo vt
opinor iam negauerit. Nunquam enim patior melio-
rem hac parte conditionem eſſe eius qui per vim rem
46 extorſit, quàm ſit furis condictione furtiua conuenti. †
Et, vt dicam liberè quod ſentio, cogit me hic locus vt
ſuſpicer non minùs Caium in *d. §. ſiue autem*, quàm Vl-
pianũ hic à Triboniano corruptum fuiſſe, illa enim ora-
tio valde ieiuna eſt *& ſua natura res ante rem iudicatam*
intercideris, veluti ſi homo mortuus fuerit. Et quæ ſequitur
ratio *vtique cum interitura eſſet ea res etſi reſtituta eſſet*
actor, ineptior eſt quàm vt tantos iureconſultos mouere
potuerit. Nam etſi æque interitura fuit penes actorem
ea res quæ penes reum facto ſuo perempta fuit; potuit ta-
men actor eam diſtrahere priuſquàm apud ſe moreretur,
atque ita pretium lucrari: qua ratione paſſim cæteri pru-
dentes mouentur vt contra moroſum debitorem etiam re
poſt moram perempta indiſtincte reſpódeant *lege item ſi*
verberatum 15. §. vltim. Digeſt. de rei vindicat l. cum res 47.
§. vltim. de legat. 1. l. cum ſeruis. 39. alias l. apud Iulianum.
§. ipſius quoque rei, eod. l. ſi ex legati 23. l. ſi ſeruum 91. §.
ſequitur, & §. vltim. de verb. obligat. Mouet me prætereà
non parum, quod in *d. l. ſi plures*, ablatiui illi abſoluti
in fine prioris ſententiæ poſiti *cautela idonea reddenda*
Triboniani haud dubiè ſunt, ſi quid aliud in toto iure
47 noſtro Triboniani eſt. † Sicut & in *d. l. item ſi verberatũ,*
§. vl. tota illa clauſula *ſi forte diſtracturus erat petitor ſi ac-*
cepiſſet. Sequitur enim, *nam ſi ei reſtituiſſet, diſtraxiſſet &*
pretium eſſet lucratus. Quæ ratio eadem erit cum dicto ſi
admittas præcedentia illa *ſi forte diſtracturus erat petitor*
ſi accepiſſet, vt taceam non niſi ineptè conditionem illam
adiici poſſe *ſi forte diſtracturus erat*. Facta enim contra
moroſũ interpretatione credendus eſt petitor diſtracturus
fuiſſe, ſi rẽ ſuã aut ſibi debitã accepiſſet, quia & diſtrahe-
re potuiſſet. Niſi is qui morã contraxit probet fortaſſe, tã
citò poſt moram periiſſe rem petitam vt medium tempus
nullum aut non ſatis idoneum interceſſerit ad eam di-
ſtrahendam, vt in eo caſu quem Vlpianus tractat in *leg.*
ſi alius 7. § eſt & alia D. quod vi aut clam, & Paulus ad
Labeonem in *lege vltim. § ſi ea conditione. D. ad leg. Rhod.*
de iact. † Quod tamen vix eſt vt eueniat in ſpecie *dict.* 48
§. ſiue autem, id eſt quando depoſitarius non ſolùm in mo-
ra per interpellationem conſtitutus, ſed etiam ſecum
litem conteſtari paſſus eſt, quantumcumque temporis
interuallum interceſſerit dum ne res iudicata ſit, habent
enim & initia & media iudiciorum tractum temporis, vt
nemo neſcit. Quòd ſi qua actio eſt in qua ſeuerius agi
æquum ſit contra moroſum debitorem, difficile ſanè eſt
vt improbo & perfido depoſitario parcendum ſit, cuius,
in cæteris ſeſe omnibus durior cauſſa eſſe ſolet ſiue depo-
ſitum neget, ſiue depoſiti quod fatetur reſtitutionem re-
cuſet. † Itaque ſi Caij ſententiam illam incorruptam eſſe
velis, dicam Sabini, & Caſſij opinionem eo loco referri 49
duntaxat non etiam probari quæ tot aliis iuris noſtri lo-
cis manifeſtiſſime improbatur. Neque enim id in li-
bris noſtris nouum eſt vt docuimus *lib. 2. cap.* 8. Alius ſa-
nè longéque diuerſus caſus eſt ille quem Paulus tractat
in *l. ſi is 56. in princ. de iur. dot.* vbi agitur de mora
per maritum contracta non in reſtituenda dote ſed in
exigenda. † Apparet tamen ex *d. §. ſiue autem*, parum
ſubtiliter facere Iacobum Cuiacium, qui in huius loci 50
interpretatione ſcribit, diſtinctionem hanc vtrum æque
res peritura fuerit penes actorem an non ad eum caſum
pertinere quo res perierit intra tempora actionis in-
dicati. Illa namque verba quæ iam retulimus *ſi res ſua*
natura ante rem iudicatam perierit an non, oſtẽdunt aper-
tiſſimè nullam poſt rem iudicatam diſtinctioni huic lo-
cum ſupereſſe? Niſi fortè dicas ita ſcriptum eſſe fauore
condemnati quaſi melior eius conditio eſſe debeat poſt
condemnationem propter illam nouationem quæ ex iudi-
cato inducitur. Sed iam probauimus in ſuperioribus fieri
non poſſe vt mora purgetur per condemnationem, aut vt
nouatio fiat per ſententiam in actione arbitraria ex qua
nihil omnino ſententiam debetur. † Idem Cuiacius malè
hunc locum emendat vt detracta negatione ſic legat *ſed* 51
& ſi culpa ab eo quo cum agitur, abierit. Adeòque refelli-
tur ea ipſa ratione qua mouetur. Nam ſi in culpa ſit reus,
inquit, hoc ſolo rei præſtationi ſatis ſubiicitur, neque id
inſuper exigendum eſt vt res peritura non fuerit apud
dominum. Et rectè. Et tamen hoc ipſum inſuper exigunt
ſequentia illa in quibus nihil ipſe emendat *ſi tamen peri-*
tura res non fuit. Sic enim fit vt in contrarium caſum, id
eſt ſi æquè peritura res fuit, lex nolit teneri reum, quem
tamen abſurdum eſſet non teneri ſi in culpa fuiſſet, quia
culpa plus quàm mora eſt, præſertim cùm accedit ad
moram iam contractam. Sed & verba illa, *ſed etſi non*
culpa eius, &c. oſtendunt tractari de caſu magis dubi-
tabili, multo autem difficilius eſt vt teneatur reus qui
in culpa non eſt, quàm qui eſt. At retenta negatione
quam retineri debere probauimus inſulſam repeti-
tionem inducis, cùm is ipſe caſus non modò præceden-
tibus, ſed etiam proximis verbis comprehenſus ſit. Cu-
ius abſurdi euitandi gratia mirum eſt quantopere ſe
Accurſius, Bartolus cæterique interpretes omnes exer-
ceant, nec hilum tamen proficiant. Mihi verò ab-
ſurdum non videtur aut inſolitum inſulſam à Tribo-
niano repetionem factam fuiſſe cui ſcilicet nihil eſt
tam familiare. † Quod verò iidem interpretes Ioan-
nem ſecuti tradunt in actione quod metus cauſſa ſin- 52
gulare ius eſſe vt adhibenda ſit illa diſtinctio an res æ-
què peritura fuerit penes actorem, necne, quòd, in-
quiunt, actio hæc damnum exigat non etiam cæteræ, mi-
hi nullo modo probabile videtur. Quid n. rogo intereſt
quod ad damnum pertinet an per vim quod extorſeris an
eripueris? Intereſt ſanè in modo damni, quia qui
vim intulit cùm poſſeſſionem à me ſit conſecuturus &
vt Accurſius loquitur, habeat meam voluntatem licèt
coactam fur non eſt, qui autem vi rapuit fur eſt & qui-
dem improbior vt ex Iuliano ſubiicitur in §. ſeq. Sed

dam

damnum datum vtroque caſu par & æquale eſt, quia
vtroque caſu rem alienam is nanciſcitur, quia mancipandi
ius non habet, adeóque ſibi eam ipſo iure acquirit is qui
per vim extorquet venditionem. Quidni ergo admittimus
indiſtinctè teneri eum qui vim intulit perinde ac raptorem?
Nam de raptore non eſt qui dubitet quin teneatur
omnimodo, id eſt ſiue peritura res fuit penes actorem, ſi-
53 ue non fuit. † Sed & in interdicto vnde vi, quod conſtat
concurrere cum actione quod metus cauſſa *l. extat. 9. eod.*
placet interpretibus ei diſtinctioni locum non eſſe ex *d. l.
1. § rectiſſime, & l. penult. §. ult. De vi & vi armat.* Cur ergo
in actione quod metus cauſſa diuerſum ſeruabimus? Eandem
enim & actionis huius & interdicti illius rationem
eſſe Tribonianus diſertis verbis profitetur. Nam quod
addunt in interdicto vnde vi damnum non exigi, falſum
eſt, cùm non alij competat interdictum quàm ei qui de
poſſeſſione deiectus in eáque damnum paſſus eſt, vnde &
recuperandæ poſſeſſionis interdictum appellatur *d. l. 1.
54 §. ſiue autem, § eum qui, & paſſ eod.* † Quæ cùm ita ſint,
fatendum eſt nec illud commode explicari poſſe quod
Tribonianus ſubiicit idem in interdicto vnde vi obſeruari,
quod in actione de eo quod metus cauſſa obſeruandum
eſſe dixerat. Sanè Accurſius & Bartolus non poſſunt
ſe euoluere, fatenturque ingenue longè diſſimilem eſſe
huius actionis & illius interdicti rationem, nulla tamen
diſſimilitudinis bona reddita ratione. Cuiacius verò ſic
eludit ſuauiter, vt dicat alios ex hoc interpretandos eſſe,
vt eadem in interdicto quæ in hac actione diſtinctio
adhibeatur, vtrum æquè res peritura fuerit penes actorem,
necne: quod tamen nullo alio iuris loco ſcriptum
eſſe non diffitetur. Quaſi verò non illud etiam in contrarium
apertiſſimè proditum ſit, eum qui ex cauſſa interdicti
vnde vi conuenitur omnimodo condemnari debere
etiam poſt rem peremptam, quia per eum ſteterit ne res
tunc reſtituta ſit cum reſtitui potuit, id eſt priùs quàm
periret, quandoquidem nec de reſtitutione quærendum
nunc eſſet ſi res vi ablata non fuiſſet *d. l. 1. §. rectiſſime &
55 §. pen. ille tit.* † Sed illud multo difficilius eſt ad explicandum
quod Tribonianus idem iuris eſſe vult non ſolum in
interdicto vnde vi, ſed etiam in interdicto quod vi aut
clam. Nam cùm interdictum hoc quod vi aut clam non
niſi ad opera pertineat, & quidem ad ea ſola quæ fiunt
in ſolo *l. 1. §. hoc interdictum ad ea. D. quod vi aut clam.*
difficile videtur, imò prorſus ἀδύνατον reperiri caſum in
quo tractari poſſit an qui vi aut clam opus fecit teneri
debeat de re citra culpam ſuam perempta. In interdicto
vnde vi facilè caſus occurrit. Etſi enim ad res mobiles
interdictum illud non pertinet, ſi tamen aliquæ res eiuſmodi
fuerint in fundo vel ædibus vnde quis vi deiectus
eſt, etiam earum nomine interdictum competere non eſt
ambigendum *l. 1. §. illud vtique. De vi & vi armat.* At
cùm vi aut clam quid factum eſt nihil tale tractari po-
56 teſt. † Et ridiculus eſt Accurſius qui exemplum adfert, ſi
in ſolo tuo vi aut clam ædificaui, & hoc ſine culpa mea
chaſmate periit, vt hoc etiam caſu teneat ad id quod tua
intereſt ex *l competit 16 §. 1. & vlt. D. quod vi aut clam.*
Cùm enim interdictum illud ſit reſtitutorium vt ait *l. 1.
eod.* & verba ipſa edicti demonſtrant, apparet non poſſe
interdicto locum eſſe ſi nihil amplius ſit, quod reſtitua-
57 tur. † Probabilius fortaſſe quis exemplum ſumpſerit ex
d. l. ſi alius 7. §. belliſſimè eod. ſi ædes a te ædificatas vi
aut clam demolitus fuero. Nam ex hoc caſu tibi contra
me interdictum competere Vlpianus eo loco ſcribit:
quamuis addat profuturam mihi exceptionem ſi tu priùs
vi aut clam ædificaueras. Finge in iis ædibus quas
ego demolitus ſum, fuiſſe quaſdam res mobiles quæ
poſteà fato ſuo perierint ſiue ante, ſiue poſt redditum
interdictum. Non dubitatur quin earum quoque nomine
interdicto teneri debeam vt eueniire diximus in in-
interdicto vnde vi. Poteſt autem perinde quæri an res
illæ mobiles æquè periturae fuerint penes te an non. Sed
vereor ne hoc exemplum nec ſatis accommodatum
ſit. Nam ſi eo tempore quo ædes demolitus ſum, res
illæ mobiles quæ in iis fuerunt ruina perierint, quo caſu
fateor earum æſtimationem per interdictum peti poſſe,
apparet non fuiſſe illas æquè perituras ſi nihil ego vi
aut clam feciſſem. Quod ſi demolitis ædibus res illæ
ad me peruenerunt, non puto de iis mecum agi eo interdicto
poſſe, quia non propter demolitionem ad me peruenerunt,
ſed quia demolitis ædibus eas rapui: proinde
vel furti vel vi bonorum raptorum agere earum nomine
debes, non quod vi aut clam. † Quæ ſi ita ſunt tanto 58
manifeſtior fit inſcitia Triboniani, qui quod in actione
quod metus cauſſa & interdicto vnde vi ineptè conſtituerat
idem in interdicto quod vi aut clam ſeruandum
eſſe ineptiùs ſubiecerit: ſane totam illam clauſulam quæ
ad finem *d. l. belliſſime* addita eſt *quod non aliter procedere
debet niſi ex magna & ſatis neceſſaria cauſſa, alioquin
hæc omnia officio iudicis celebrare oportet*, Triboniani eſſe
non Vlpiani, nemo vt puto non videt, & nos iam indicauimus
lib. 1 a. ca. 17. Conſtat autem ex ſuperioribus
luculentiſſimè quam improbabilis & inanis ſit ea loci
huius interpretatio quæ a Iacobo Cuiacio prolata eſt,
quamque ille adeò luculentam eſſe gloriatur. De Accurſij
glorioſis & Bartoli aliorúmque commẽtariis plura
hic dicere nihil attinet. Videbunt quibus legendi otium
erit quam parum illi in tota hac quæſtione viderint, neque
vel breuiùs vel diſtinctiùs iſtas Triboniani nugas
chimericas à nobis detegi refellique potuiſſe: etſi cùm
hæc ſcriberemus, otij penuria valde laborabamus. † Quod 59
autem Tribonianus concludit, *itaque interdum hominis
mortui pretium recipit, qui eum vendituru fuit ſi vim paſſus
non eſſet* ſicut infertur ex præcedentibus ita eodem
vitio laborat. Debuerat. n. dicere ſemper non interdum
teneri eum qui vim intulit vt pretium præſtet ſi rem ipſam
ob id quòd extare deſiit præſtare non poſſit, & quidem
quandocunque & quomodocunque res illa perempta
ſit, id eſt ſiue poſt condemnationem, & ſiue dolus
culpave interuenerit eius qui vim intulit, ſiue non. Sed
& ſecum pugnat Tribonianus cùm tractans de actore
qui hominem vendituru fuit ſi vim paſſus non eſſet, ait
tamen non niſi interdum poſſe eum reperere mortui
hominis æſtimationem. Fatendum enim eſt hunc ſaltem
poſſe ſemper reperere, quoniam apparet non fuiſſe penes
eum rem æquè perituram hoc ipſo quod hominem diſtracturum
illum fuiſſe. Video certè Triboniani ſententiam
illam eſſe vt interdum actor ſerui mortui pretium recipiat,
id eſt vno illo caſu quo vendituru eum fuit ſi vim
paſſus non eſſet. Sed ſi ita ſenſit, cur non ita ſcripſit? Vel
hoc maximè probat Triboniani eſſe totum hunc locum
non Vlpiani, cuius oratio ſibi ſemper conſtans tota dilucida
eſt & ornata.

CAPVT XX.

In interdictis nunquam in litem iurari poſſe.

SVMMARIA.

1 *In interdictis non de proprietate, ſed de poſſeſſione tantùm agi.*
2 *Condemnationem* quanti res eſt, *in interdictis non ad ſummam rei ipſius æſtimationem, ſed ad ſolius poſſeſſionis cauſam referri debere.*
3 *Nullam eſſe edicti Prætorij de interdictis partem qua non det actionem in id quod intereſt.*
4 *Iuriſiurandi in litem deferendi ratio quænam fuerit?*
5 *Cur in interdictis in litem non iuretur?*
6 *Nullam actionem Prætoriam eſſe in qua in litem iuretur?*
7 *Publiciana excipitur, & exceptionis ratio redditur.*
8 *Nouo argumento probatur neque in hypothecaria, ne*

que

quæ in actione quod metus cauſa, neque in actione de dolo in litem iurari poſſe.

9 *Reſpondetur obiectioni aduerſus ſuperiorem de interdictis ſententiam allata.*

10 *Dominij rationem in interdictis nonniſi per conſequentias haberi.*

11 *Totum* §. ſed quod interfuit. l. ſemper, ff. quod vi aut clam. *Triboniani eſſe.*

12 *Æſtimationem, quoties per iudicem fieri poteſt, per iuſiurandum actoris non fieri.*

13 *Probatur ex alio §. eiuſdem legis, in interdictis in litem non iurari.*

14 *Interdictum de vi & vi armata cæteris fauorabilius eſſe, nec tamen in eo in litem iurari.*

15 *Clauſulam finalem* l. qui reſtituere, ff. de rei vind. *ad interdicta non pertinere.*

16 *Interdictum quod vi aut clam quo ſenſu* reſtitutorium *dicatur?*

17 *Interdictorum ius ordinarium, poteſtatis verè & manus militaris extraordinarium eſſe.*

18 *Reſpondetur ad* l. 3. in princ. ne vis fiat ei qui in poſſeſſ. miſſ. eſt.

19 *Verſiculum* ſed melius erit. d. l. 3. *Triboniani additamentum eſſe.*

1 NOn † obſcura eſt iuris ratio quæ probat quod nos
hoc capite contra Tribonianum potiùs quàm con-
tra interpretes probandum ſuſcipimus, in interdictis in-
rari in litem nunquam poſſe. Certiſſimum enim eſt non
niſi de poſſeſſione interdicto agi, nullumque interdi-
ctum eſſe quod ad proprietatis quæſtionem pertineat: Sed
ſunt omnia aut adipiſcendæ poſſeſſionis aut retinendæ,
aut recuperandæ, in eamque rem aut prohibitoria, aut
2 exhibitoria, aut reſtitutoria. † Vnde fit vt quamuis dicti
verba vt plurimum ſic concepta ſint vt qui interdicto te-
netur condemnari debeat *quanti res eſt*, relata condemna-
tionis ſumma ad rei ipſius æſtimationem, præſertim verò
in interdictis iis frequentioribus vnde vi, & vti, poſſide-
tis *l. in interdicto 6. D. vnde vi l. 1. D. vti poſſid.* id tamen
ad ſolius poſſeſſionis cauſſam referri debeat, ita vt inſpi-
ciatur duntaxat quanti interſit actoris habere poſſeſſio-
nem. In eoque meritò notata & reprehenſa eſt Seruij
ſententia æſtimantis tanti poſſeſſionem æſtimandam
quanti res ipſa eſſet. Longè enim aliud eſt rei pretium,
aliud poſſeſſionis, vt eleganter contra Seruium Vlpianus
diſputat *in leg. tertia, §. vltimo, eodem titul. vti poſſid.* Cui
conuenit Paulus *in dict. l. in interdicto*, cùm ait in interdi-
cto vnde vi tanti faciendam eſſe condemnationem
quanti interſit poſſidere: ideóque poſſe id interdum plu-
ris eſſe quàm quanti re vera res ſit, veluti cùm quæſtio-
nis habendæ rei probandæ, aut hereditatis gratia intereſt
3 actoris ſeruum à ſe poſſideri. † Denique nulla edicti præ-
torij de interdictis pars eſt, quæ non det actionem in id
quod intereſt, vt ex omnium interdictorum enumeratio-
ne & inſpectione ſciri probaríque facile poteſt. Hoc ve-
rò cùm ita ſit, conſequens eſt vt ex interdicto nunquam
iurari in litem poſſit, nam vt in ſuperioribus ſæpiùs à
nobis dictum & inculcatum eſt, ſunt iſta non modò di-
uerſa ſed etiam pugnantia, condemnari quem in id quod
intereſt actoris, & condemnari quanti actor in litem iu-
rauerit *l. qui reſtituere 68. ff. de rei vindicat l. tutor. 8. ff de*
4 *in lit. iurand. l. non à iudice, 64. ff de iudic.* † Sed & do-
cuimus iuriſiurandi in litem indulgendi rationem aliam
non eſſe quàm quòd iniquum ſit cogi dominum re ſua
carere, & eam iuſto pretio vendere, *l. ſi filiofamilias 25.
§. 1 ff ſolut. matr. l. non enim 9. rer. amot. & d. l. tutor.* Ideó-
que per iuſiurandum non æſtimari rem pluris quàm re
vera ſit, ſed præter ipſam rem æſtimari quoque contuma-
ciam poſſeſſoris atque ita creſcere condemnationem vt
5 ait *l. 1. eod. tit. De in lit. iur.* † Quoties igitur non de do-
minio tractatur, ſed de ſola poſſeſſione, vt in interdictis
omnibus fieri diximus, nulla ratio eſt propter quam per-
mitti debeat actori vt in litem iuret, ſatíſque ei conſul-
tum eſt quod conſequi poſſit quanti ſua intereſſe proba-
uerit. Nam neque pœna illa iuriſiurãdi in litem facilè vn-
quam infligenda eſt, ſed tunc duntaxat cùm mera iuris
neceſſitas eo iudicem vel inuitum adigit, vt aliud nihil
conſtituere poſſit *leg. vltim. D. eod.* Quæ iuris neceſſitas
nunquam ſubeſt, cùm interdictum exercetur. Singulis
enim interdictis ſi quid ſecus quàm oporteat factum ſit,
pœna ſua conſtituta eſt, ea ſcilicet quam diximus, vt in
id omne quod actoris intereſt reus condemnetur. Proin-
de nunquam permittendum eſt actori, vt petat ſupra
quàm ſua interſit. † Qua ratione auſim dicere non modò 6
in interdictis, ſed in alijs etiam actionibus omnibus præ-
toriis quotquot ſunt, excepta Publiciana, generaliter ob-
ſeruandum eſſe vt condemnationem iuriſiurandi in litem
nunquam admittant, quia nec ſolet prætor nouam actio-
nem inducere quin ſimul exprimat & qua de cauſſa &
ad quid dari eam velit, nunquam autem edicti verba ſic
concepta eſſe reperias, vt in litem iurandi licentia actori
concedatur. Sicut nec ciuilis vlla actio eſt iis quæ legi-
timam certamque pœnam habent in qua iurare liceat, ta-
metſi in dolo maximè ſit is qui conuenitur, vt cernere eſt
in actione legis Aquiliæ, vi bonorum raptorum & ſimi-
libus. † Excipio quod ad prætorias attinet, publicianam, 7
in qua non dubito quin iurare liceat, haud ſecus quam
in directa & ciuili rei vindicatione, quia eam prætor in-
troduxit ad exemplum, & vt ita dicam in ſubſidium vin-
dicationis deficiente iuris ciuilis ratione *§. namque. Inſt. de
action.* Ob idque dicitur ad proprietatem reſpicere non
ad poſſeſſionem cùm eo colore detur quaſi vſucapionem
compleuerit is, qui nondum compleuit. *leg. ſed etſi res. 7.
alias l. eum qui. §. publiciana actio. D. de publician.* eadém-
que omnia in publiciana actione obtinent quæ in vindi-
catione *§ in publiciana ead. leg.* † Hincque fortiſſimum 8
argumentum ſumi poteſt ad confirmandum id quod in
præcedentibus diſputauimus, neque in actione hypothe-
caria, neque in actione quod metus cauſſa, rurſum in
actione de dolo fieri poſſe vt actori liceat in litem iurare.
Sunt enim actiones illæ omnes prætoriæ, ſuáſque leges
& conditiones habent ex edicto prætoris, qui tamen in
iis proponendis nullam iuriſiurandi mentionem fecit. † 9
Quare ad rem non pertinebit ſi quis obiiciat fieri poſſe
vt in in Interdictis quoque dominij ratio nonnunquam
habenda ſit, vt puta ſi propter opus quod vi aut clam fa-
ctum eſt, ſeruitutes amittantur, vel vſusfructus intereat
l. ſemper 15. §. ergo nonnunquam. D. quod vi aut clam, aut
ſi in fundo vel in ædibus vnde quis vi deiectus eſt ali-
quæ fuerint res mobiles, quarum etiam nomine interdi-
ctum reddi oporteat *l. 1. §. illud vtique D. de vi & vi ar-
mat.* Nam perinde actiones illæ quod metus cauſſa & de
dolo competunt ratione dominij, ſi dominium forte per
vim aut dolo malo extortum ſit, nec ob id tamen ex ea
cauſſa in litem iurare licet, ſed pœnæ illæ perſequendæ
quas prætor induxit, nimirum quadrupli ex edicto de eo
quod met. cauſ. & eius quod re vera intereſt ex edicto
De dolo. † Etſi in eo diſſimilis interdictorum ratio eſt, 10
quòd ſi quando in illis dominij ratio habenda eſt, id ta-
men non principaliter fit ſed tantùm in conſequentiam,
nec in iis de dominio vnquam contenditur, ſed tantùm
de poſſeſſione. Sicut autem in toto titulo Quod metus
cauſſa prorſus nulla iuriſiurandi in litem mentio fit, nec
ſimiliter *in tit. De dolo*, ſi vnum illum locum tollas quem
nos Triboniani eſſe iam probauimus *in l. arbitrio. 18. in
princip. De dolo.* † Ita neque vllibi reperias Agenti in- 11
terdictio deferendum eſſe hoc iuſiurandum, ſi excipias
quod apud Vlpianum *in d. l. ſemper, §. ſed quod interfuit*,
in hæc verba ſcriptum legimus, *ſed quod interfuit aut
per iuſiurandum in litem quod actor iurauerit, aut ſi iurare
non poſſit iudicis officio æſtimandum eſt.* At facile eſt meo
iudicio Triboniani manum illo etiam loco ſi quo alio vn-
quam vllo agnoſcere. Non enim latina phraſis illa eſt *iu-
ſiurandum quod in litem actor iurauerit*, ſed Hebraica
potius.

potius, vt in excellentiſſimo illo Zachariæ cantico *iuſiu-*
randum quod iurauit ad Abraham patrem noſtrum Luc.
12 profanis mi celebrari. † Denique quis vnquam pruden-
tum ſic locutus eſt vt iudex æſtimare debeat quod actoris
intereſt per ipſius iuſiurandum in litem ſi actor iurare
poſſit, aut ſi iurare non poſſit officio iudicis eam æſti-
mationem fieri debere. Imò verò quoties æſtimatio per
iudicem fieri poteſt, nunquam prudentes patiuntur fieri
eam per iuſiurandum actoris, ſed ita demum ſi aliter rem
æſtimare iudex non poſſit, vt cùm res amplius non extat
13 *l. in actionibus. §. plane de in lit. iur.* † Atqui idem Vlp.
paulò ante, id eſt in §. hoc interdicto, dixerat eo inter-
dicto, quod vi aut clam, tanti litem æſtimari quanti acto-
ris intereſt id opus factum non eſſe, officióque iudicis
ita æſtimationem fieri oportere vt in unum cauſa eadem
ſit conditio actoris quæ eſſet futura, ſi id opus de quo
actum eſt neque vi, neque clam factum eſſet. Quibus
verbis quid apertius dici potuit ad excludendum iuſiu-
randum in litem? Neque enim fieri poteſt vt iuſiuran-
dum deferatur, quin iurantis affectioni indulgeatur, tum
etiam cùm neque dolus neque contumacia vlla eſt quæ
veniat in æſtimationem. Prætor autem non ſicut id agit
vt damnum nullum is ſentiat in cuius rem aliquid vi
aut clam factum eſt, ita videri etiam poteſt id agere vt ex
opere vi aut clam facto lucrum aliquod ſibi acquirat.
Alioqui non ad id quod actoris intereſſet daretur inter-
dictum, ſed ſuprà etiam quàm intereſſet, quod nunquam
14 fit. † Et ſane ſi quod eſſet interdicti genus in quo iurare
permitti deberet, in eo maxime iuraretur quod competit
de vi armata. Eſt enim illud tanto fauorabilius cæteris,
quãto odioſior res eſt deiici quem per vim de ſua poſſeſ-
ſione, vt facile coniici poteſt ex Zenoniana illa conſti-
tutione quæ ad hoc duntaxat interdicti genus, non etiam
ad cætera accommodatum voluit iuſiurandum illud, quod
aduerſus iuris veteris rationem induxit non tantùm ad
ineundam rerum per vim ablatarum æſtimationem, ſed
ad probandam quoque earum quantitatem *l. ſi quando*
9. C. vnde vi. At verò nullus in toto illo titulo Digeſto-
rum vnde vi aut alia Pandectarum parte locus eſt quo
probari poſſit aduerſus eum qui te de fundo tuo per vim
deiecerit permittendum tibi eſſe vt in litem iures: cur
ergo potius ei permittetur in cuius ſolo alius vi aut clam
15 quid fecerit? † Quibus conſequenter fatendum eſt non
poſſe ex iuris ratione defendi aut verum eſſe quod in fi-
ne *d. l. qui reſtituere* ſcriptum eſt, ſententiam illius legis
quæ in litem iurandi facultatem præbet actori ſi dolo ma-
lo aduerſarij res non reſtituatur, ad interdicta quoque
pertinere ex quibus nõ reſtituitur quod reſtitui iubetur.
Id enim ſi quo caſu verum eſſet ad interdictum vnde vi
maxime pertineret quo id agitur vt erepta poſſeſſio reſti-
16 tuatur. † Nam licet interdictum quoque quo vi aut clam
reſtitutorium dicatur. *l. 1. § ult. tit. quod vi aut clam*, alio
tamen ſenſu id dicitur, nimirum vt res in eum ſtatum
reducatur in quo erat priuſquam opus factum eſſet, non
eo, vt qui vi aut clam fecit, aliquid actori reſtituere
iubeatur. Quod ſi admittas, de quo nec puto dubitandũ
Triboniani eſſe non Vlpiani quod in *d. l. qui reſtituere.*
præſertim de interdictis & arbitrariis in perſonam acti-
onibus, non erit difficile perſuadere, ab eodem Tribo-
niano additum eſſe verſiculum illum quem nos delemus
in *d. l. ſemper, §. ergo nonnunquam. D. quod vi aut clam.* †
Illud verò longe ineptius eſt vt quod de poſſeſſione per 17
manum militarem transferenda proditum eſt in *d. l. qui*
reſtituere ad interdicta quoque accõmodetur. Interdicto-
rum n. ius ordinarium eſt, & poteſtatis & manus militaris
extraordinarium, vt id in Vlp. noſter eleganter tra-
ctat in *leg. 1. §. 2. D. ſi vent. nomin. mulier. in poſſ. miſſ.* vbi
ait quod prætor adiecit eum qui per dolum venit in poſ-
ſeſſionem decedere cogendum ſic accipi debere vt cogat
eum decedere non prætoria poteſtate vel manu miniſtro-
rum, ſed melius & ciuilius facturum ſi eum per interdi-
ctum ad ius ordinarium remiſerit. Extra ordinem enim fit
quod per manum miniſtrorum fit *leg. vlt. § vlt. Digeſt. de*
eo quod met. cauſſ. Vnde illud eſt quod ſcriptum legimus
in *l. vlt. D. de iudic.* Solere quidem magiſtratus populi
Romani viatorem interdum loco arbitri dare ad exe-
quendum iudicatum *l. ſi pignora 50. Digeſt. de euict.* ſed ta-
men id quod minùs ciuile ſit & extra ordinem fiat non
niſi perrarò & ita ſi res vrgeat fieri debere. † Obſtat ta- 18
men quod ex eodem Vlpiano traditur in *l. 3. in princ.*
D. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ. eſt. Si quis miſſus in
poſſeſſionem fideicommiſſi ſeruandi cauſſa non admitta-
tur, poteſtate eius inducendum eum eſſe in poſſeſſionem
qui eum miſit. Sed reſponderi poteſt faciliùs id permit-
tendum quàm vt poſſeſſio quæ penes alium ſit ab eo per
manum militarem transferatur quod fieri ſanè non po-
teſt citrà vim & impreſſionem, quæ non ſimiliter fit cùm
quis in poſſeſſionem mittitur, licet ab alio admitti prohi-
beatur. Quamquam & hoc caſu meliùs eſſe agere inter-
dicto & citra manus militaris interuentum fatetur ſatis
idem Vlpianus, cùm ſubiicit *aut ſi quis volet vti inter-*
dicto conſequens erit dicere interdictum locum habere, vt
intelligamus cùm interdicto locus eſt, manum milita-
rem adhiberi non oportere. † Ex quo infero Triboniani 19
quoque eſſe quod ſtatim ſequitur *ſed melius erit dicere,*
extra ordinem ipſo iure ſuæ poteſtatis exequi oportere de-
cretum ſuum nonnunquam etiam per manum militarem.
Quid. n. attinebat clauſulam hanc adiicere cùm iam Vl-
pianus ſcripſiſſet poteſtate prætoris mitti poſſe in poſſeſ-
ſionem eum qui non admittitur? Nimirum meminerat
tùm Tribonianus eius ſententiæ quam Vlpiano adſcrip-
ſerat in *d. l. qui reſtituere.* Memor etiam eius quod dici ſo-
let, mendacem memorem eſſe oportere. Cæterum vnus
ille locus probat maximè quod volumus, & contra quàm
ſcriptum ſit in *d. l. qui reſtituere*, cùm interdicto agitur
nihil extra ordinem & manu militari faciendum eſſe, ſed
omnia iure ordinario, ſolitoque iudiciorum ordine pera-
gi & expediri oportere.

ANTONII

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI SERENISSIMI
SABAVDIÆ DVCIS
CONSILIARII AB INTIMIS,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Præſidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
LIBER DECIMVS-SEPTIMVS.

CAPVT PRIMVM.

Explicatio l. 1. C. de inoffic. teſtament. l. 2. C. de petit. hered. l. filium 20. §. ſed quemadmodum de bon. poſſ. contr. tab.

SVMMARIA.

1 *Dictam.* leg. 1. Cod. de inoffic. teſtament. *Goueano difficillimam & obſcuriſſimam viſam fuiſſe.*

2 *Verbis legis prapoſitis auctor ſententiam ſuam aperit.*

3 *Quenam fuerit in illa lege dubitandi ratio?*

4 *Non pertinere ad caſum huius legis quod vulgò dicitur, eum qui ſemel heres extitit heredem ſemper manere.*

5 *Ampliatur ſuperior dubitandi ratio.*

6 *Quem ſenſum habeat* verſic. emptor autem l. 2. C. de heredit. petit.

7 *Dictio* etiam *in dicto verſiculo quomodo accipienda ſit?*

8 *Cur* in d. l. 1. *ſummo iure fideicommiſſarius qui in querela inofficioſi teſtamenti ſuccubuit fideicommiſſarij titulum retineat?*

9 *Sola aquitatis ratione filio in ſpecie* dict. leg. 1. *querelam inofficioſi aduerſus fideicommiſſarium dari & accomodari.*

10 *Eadem aquitatis ratione fideicommiſſarium victum perinde hereditatis petitione teneri, ac ſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideret.*

11 *Supradictam legem de eo caſu accipiendam eſſe, quo tota hereditas fideicommiſſario ex Trebelliano reſtituta ſit.*

12 *Filio, ſi iis qua ad fideicommiſſarium peruenerunt contentus eſſe velit, actionem de inofficioſo aduerſus ſolum fideicommiſſarium indulgeri poſſe.*

13 *Quo ſenſu in* §. idem erit. l. nec vllam 13. de hered. petit. *dicatur etiam contra fideicommiſſarium hereditatis petitionem dari?*

14 *Refutatur emendatio quorundam* in d. l. 1. *pro* perinde *ſubſtituentium* exinde.

15 *Inofficioſi querelam ab hereditatis petitione differre.*

16 *Alia dubitandi ratio* in dict. leg. 1. *ab aliis interpretibus allata reiicitur.*

17 *Aduerſus quem inofficioſi querela regulariter detur?*

18 *Cur non ſummo iure aduerſus fideicommiſſarium, ſicut contra quemlibet bonorum poſſeſſorem inofficioſi querela dari poſſit?*

19 *Singulare eſſe ius illius querela de qua Tryphoninus.* in leg. filium 20. ff. de bonor. poſſeſſor. contra tabul. in fin. principij.

20 *Inofficioſi querelam contra eum non dari qui neque verus heres ſit, neque veri heredis loco.*

21 *Male à Goueano dictam legem* 1. *de petitione hereditatis, non de inofficioſi teſtamenti querela accipi.*

22 *Verba illa eiuſdem legis*, vt perinde fideicommiſſarius teneatur *&c. quomodo ſint accipienda?*

CONSTITVTIONEM † hanc omnium 1
quæ in toto Codice ſcriptæ ſunt difficillimam, & obſcuriſſimam ſibi videri ſcribit Antonius Goueanus *lib. 1. var. lect. c. 5.* cui tamen vix quicquam in toto iure noſtro difficile ac obſcurum videri potuiſſe crederem, ſi non is ipſe adfirmaret. Sed illud magis mirandum eſt tantùm Iureconſultum in ea tot verbis & paginis contra morem ſuum interpretanda, non ſolùm maximè laboraſſe, ſed etiam apertis oculis cæcutiſſe, ſicut & cæteros omnes iuris noſtri interpretes, niſi tamen nos ipſi potiùs cæcutimus, qui ab omnibus non vltro ſanè, ſed libenter tamen, cogente ratione diſſentimus. † Conſtitutionis verba hæc ſunt, *Cum de inofficio-* 2
ſo matris ſua teſtamento filius dicere velit aduerſus eum, qui ex cauſa fideicommiſſi hereditatem tenet, non eſt iniquum hoc ei accommodari, vt perinde fideicommiſſarius teneat ac ſi pro herede aut poſſeſſore poſſideret. Nos ſingulas ſingulorum ſententias & referemus poſtea & refellemus. Noſtram primùm, & quidem paucis verbis, ſed tamen vt ſolemus aperiſſime proponemus, vt qui eam probabunt dubitare non poſſint falſas eſſe cæteras omnes, vel hoc

3 ſolo quòd à noſtra ſint omnino alienæ. † Dubitandi rationem, vt hinc exordiamur, non aliam fuiſſe arbitror, quàm quòd querela inofficioſi teſtamenti de qua & in hac lege, & in toto titulo agitur, non ſoleat, neque poſſit dari niſi contra heredem adeoque poſt aditam hereditatem, *l. Papinianus 8. §. ſi condition. ff. eod.* (in quo vt ſæpius monuimus, differt illa à bonorum poſſeſſione contra tabulas quæ ideo dicitur dari contra lignum, quia datur etiamſi nullusdum heres ſit, & ante aditionem hereditatis, *leg. quod vulgo 29. ff. de bonor. poſſeſſ. contr tab.*) vt rupto per querelam teſtamento, atque ita teſtatore inteſtati exitum faciente, condemnetur heres, tanquam qui non niſi pro herede habeat hereditatem cùm deſierit eſſe heres. Nec enim fieri poteſt vt maneat heres ex eo teſtamento quod ſemel ruptum fuit, *leg. mater. 16.*
4 *leg. circa 24. & paſſ ff. de inoffic. teſtamen.* † Nec quod dici ſolet, eum qui ſemel heres extiterit ſemper heredem manere, *leg. ait prætor. 7. §. ſed quod Papin. ff. de minor. l. ei qui ſoluendo 86 ff. de hered. inſtit. leg. ex facto 43. §. vltim. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* pertinere poteſt ad hunc caſum, in quo tandem rupto teſtamento apparet ex poſtfacto nunquam ex eo vtiliter aditi hereditatem potuiſſe, cùm ex quo ruptum eſt in ea cauſa habeatur, ac ſi nunquam rite factum fuiſſet, maximè verò cùm rumpitur per querelam, ſiquidem non alius querelæ color eſt, quam quia furioſus & inſanæ mentis fuiſſe credatur teſtator eo tempore quo contra officium pietatis teſtamentum ordinauit, *leg 2. & 5 leg Titia. 13. in fin. ff. eod.* adeò vt etiam ſubſiſtente teſtamento pro ea parte pro qua non fuerit inſtituta querela, nihilominus pro alia parte ſuccedat ab inteſtato is qui in querela obtinuit, atque ita teſtator pro parte teſtatus deceſſiſſe intelligatur
5 contra iuris regulas communes *d. l. circa.* † Atqui fideicommiſſarius non eſt heres, quia heres rogatus de reſtituenda hereditate etiam poſt reſtitutionem heres perſeuerat, *§ reſtituta. Inſtit. de fideicomm. hered* Ergo nec ſi victus ſit, poteſt tamen dici poſſidere pro herede: quippe qui non ſolum heres nunquam fuerit, ſed nec eſſe potuerit, fideicommiſſarius ſemel factus. Vt enim idem & hæres & fideicommiſſarius ſit, non magis fieri per rerum naturam poteſt, quàm vt vnus idemque homo in plures diſtribuatur, *l. ſi plures, 9. ff. de poſt. leg. 2. §. 1. de verb. oblig. l. ſtipulatus ſum 9. §. 1. leg. qui hominem, 34. in princ. & §. 1. ff. de ſolut.* Quinimò tum quoque cum victus eſſet fideicommiſſarius, perinde tamen fideicommiſſarij nomen retineret ac ſi fideicommiſſi iure tituloque poſſideret, id eſt pro fideicommiſſario, vt mox probabimus. Ergo nec pro herede, nec pro poſſeſſore, quoniam pro herede poſſidet is demum qui ſe dicit heredem, pro poſſeſſore verò is, qui interrogatus quare poſſideat, nihil aliud reſpondere poteſt, quam quia poſſidet, *leg. pro herede. 11. cum duab. ſeqq. de pet. her.* Quod ſi ita eſt, illud etiam conſequens fit, vt fideicommiſſarius hic conueniri non poſſit petitione hereditatis, ne quidem poſtquàm ſuccubuerit in querela, quia petitionem hereditatis certum eſt non dari contra titulo poſſidentem, ſed contra eum duntaxat qui non niſi pro herede poſſideat,
6 vel pro poſſeſſore, *l. regulariter 9. & ſeq. eo. l. 1. C. eod.* † in cuius fine quod ſcriptum eſt *Emptor autem qui proprio titulo poſſeſſionis munitus eſt, etiam ſingularum rerum iure conuenitur,* non hunc ſenſum habet vt emptor ſingularum rerum hereditatis tam petitione hereditatis quam rei vindicatione conueniatur, aut vt ad inſtar emptoris vniuerſitatis fructuum nomine teneatur (proponebatur enim eo loco empta tota hereditas nō hereditatis res ſingulæ, nec verum eſt, eum qui ſiue hereditatem ſiue res hereditatis ſingulas emerit aut petitione hereditatis teneri, aut ad reſtitutionem fructuum ante litē conteſtatam perceptorū.) Nec illum quoque, vt emptor hereditatis ac vniuerſitatis etiam ſingularū rerum nomine conueniatur (nam & hoc falſum eſt ſi de petitione hereditatis intelligatur, indubitatum verò ſi de vindicatione rerum quas emptor poſſidet) ſed hunc tantū, vt petitio hereditatis nō detur contra emptorē, ſed ſola vindicatio rerū ſingularum licèt non res ſingulæ, ſed hereditas ipſa empta proponatur, ideóq; nec fructuum cōdemnatio fieri debeat, niſi eorū qui percepti ſint ex die litis conteſtatæ, quia hereditatē duntaxat fructus augent non res ſingulas, hereditas a. non magis ab ipſius emptore peti poteſt, quàm ſi ſingulas duntaxat res comparaſſet. † Itaque dictio *etiam* quæ tanquam implicatiua, doctores noſtros implicat & perturbat, ſic accipienda eſt ac ſi apertiùs ſcriptum eſſet, emptorem hereditatis quemadmodum habet ſingularem titulum ſuæ poſſeſſionis, quamuis emerit vniuerſitatem, ita etiam ſingularum rerum iure conueniri debere, non hereditatis nomine, ac proinde ſingulari iudicio vindicationis, nō petitione hereditatis, quod iudicium vniuerſale eſt. Non alio ſenſu quàm ſi pro *etiam* ſcriptum eſſet *ſimiliter*, & pro dictione *proprio* ſcriptum *ſingulari* Quid enim diſtat inter propriū titulum & ſingularem? Vniuerſalis namque titulus hoc eſt hereditarius non hominis proprius eſt, ſed legis quæ & hereditatem & heredem facit. Denique cum relatio fit in dictione *proprio*, illatio verò in dictione *etiam*, conſequēs eſt vt quod lex ait emptorem hereditatis etiam ſingularū rerum iure conueniri, ita accipiatur, vt ſicut poſſidet ille ex titulo proprio & ſingulari, ita non niſi ſingularum quoque rerum iure conueniatur. Non dixit *nomine*, ſed *iure*, quia etiam ſingularum rerum nomine nihil vetat quem conueniri eo iure quo ſi vniuerſitatis nomine conueniretur, id eſt petitione hereditatis *d. l. regulariter 9. cum ſeq.* Sed ſingularum rerum iure is tantùm conuenitur, contra quem ſic agitur ac ſi ſingulas tantum res hereditarias emiſſet, non ipſam hereditatem, hoc eſt qui rei vindicatione non hereditatis petitione conuenitur. Quod nos obiter & quaſi extra rem manendum putauimus, ne quem ea lex à nobis allegata, malè haberet. † 8
Cur verò fideicommiſſi titulum retineret fideicommiſſarius etiam qui ſuccubuiſſet in querela inofficioſi teſtamenti? An quia fiat aut fieri poſſit vt rupto per querelam teſtamento fideicommiſſum in eo relictum nihilo magis intercidat? Imò verò intercidit *l. Titia, 13. in fin l. cum mater 28. ff. de inoff. teſt.* Verùm quia fieri nequit vt rumpatur teſtamentum per querelam contra eum propoſitam qui heres non fuit. Siquidem vero heredi ſententia contra fideicommiſſarium lata nocere non poteſt, quominus maneat heres, qualis erat anteà, etiam poſt factam hereditatis reſtitutionem *d. §. reſtituta.* Porrò nec illud fieri poteſt vt quamdiu heres qui & rogatus fuit de reſtituenda hereditate & eam reſtituit, heres manet, ex teſtamento, fideicōmiſſarius deſinat eſſe fideicōmiſſarius cùm ius habeat in ſe tranſlatum per reſtitutionem quæ ſemel facta eſt ex Trebelliano vtiliter. Proinde cùm titulum ſuum retineat, ſupereſt ex iis quæ ſuprà diximus, vt petitione hereditatis nec poſſit nec debeat conueniri. Denique ſummo iure fideicōmiſſarius non eſt legitimus contradictor in querela inofficioſi teſtamenti, quia non poteſt victoria contra ipſum per filium obtenta facere inteſtatum patrem, qui non eo minùs habiturus ſit ex teſtamento heredem illū ipſum quem habuit ſemel. Quomodo enim poſſet dici inteſtatus qui heredē habet ex teſtamento? † Sed tamen quia ſummum illud ius, ſumma eſſet 9
iniuria, reſcripſerunt Imperatores, non eſſe iniquum etiā contra fideicommiſſarium querelam filio accommodari, vt oſtendant non iuris ratione aliqua, ſed mera æquitate, niti conſtitutionem. Æquitatis a. ratio ex eo pendet quòd fideicommiſſarius victus non ſit audiendus ſi velit dicere melioris ſe conditionis eſſe debere ob id quòd victus ipſe fuerit inaudito herede, quam ſi ſe inaudito quòd fieri poterat heres victus fuiſſet. Quo tamen caſu extincto ruptoque teſtamento ſicut heres deſiiſſet heres eſſe, ita & fideicommiſſarius, quamuis inauditus deſiiſſet eſſe fideicommiſſarius, quandoquidem nullum ius habet niſi ex perſona heredis & per conſequētias *l. aliud eſt 160. §. abſurdum de R. I.* Adeò vt nec ad litem

vocandus ſit, quæ cum herede inſtituatur, quia ſufficit
cum eo actû eſſe qui ius habuit defendendi. *l. ſi ideo* 55.
§. 1. *ff de euic.* Quanquam ſi velit adeſſe metu colluſionis,
poteſt, nec id ei denegatur, *l. ſi ſuſpecta.* 29. *ff. de inoff. teſt.*
10 Igitur cùm mera dumtaxat iuris ſubtilitas noceat filio
nec quicquam interſit aut heredis qui iam hereditatem
reſtituit (quia tametſi reuera heres maneat, nihil tamen
nihil nudum heredis nomen retinet) aut fideicommiſ-
ſarij qui ipſe & auditus & victus fuit, damus & accom-
modamus filio querelam contra fideicommiſſarium, vt
vbi victus erit perinde teneatur petitione hereditatis acſi
pro herede aut pro poſſeſſore non pro fideicommiſſario
poſſideret, id eſt, acſi teſtamentum ruptum eſſet, quod
reuera ruptum non fuit. Abſurdum. n. eſt fideicommiſ-
ſarium condemnatum plus iuris habere ob id ſolùm quòd
non fuerit heres verè quàm habiturus erat, ſi reuera he-
res extitiſſet. Exemplo eius quòd ſcriptum legimus *in l.* 3.
ff. ſi vſusfr. petat. eum qui viufructu ſibi ex cauſa fidei-
commiſſi tradito vſus non eſt per tantum tempus quanto
amiſſurus eum fuerat ſi legitimus ipſius factus fuiſſet,
non ideo meliore iure cenſendum eſſe, ſed perinde ha-
bendum ac ſi non minùs dominium quàm poſſeſſionem
11 vſusfructus nactus fuiſſet. † Puto autem intelligendam
eſſe hanc legem de illo caſu quo hereditas reſtituta ſit
ex Trebelliano, id eſt tota & ita vt penes heredem nihil
remanſerit præter nudum nomen heredis. Alioqui non
poſſet victoria quam obtinuiſſet filius in querela ius ei
tribuere petendæ à ſolo fideicommiſſario totius heredi-
tatis. Siquidem heres qui neque auditus neque condem-
natus eſſet, vtique retinere nihilominus poſſet ea quæ
12 tanquam heres habuiſſet: † Quamquam hoc etiam caſu
ſi filius conuentus eſſe volet iis quæ ad fideicommiſſa-
rium peruenerunt, non puto dubitandum quin perinde
indulgeri ei oporteat, vt poſſit contra ſolum fideicommiſ-
ſarium proponere querelam, non ſecus ac ſi cùm plures
patris heredes eſſent, contra alterum ex iis duntaxat
agere filius voluiſſet, vt eadem ſit ratio partis ad partem
quæ totius ad totum. Et verò qua fronte poteſt fideicom-
miſſarius dicere non teneri ſe petitione hereditatis poſt
filij victoriam in querela, ob id tantum quod ipſe per
ſententiam victus ſit non heres? *arg. l.* 3. *verſ. qua tandem*
13 *ratione. ff. de vſur.* † Planè petitionem hereditatis etiam
contra fideicommiſſarium dari ſcriptum reperias *in l. nec
vllam.* 13. §. *idem erit dicendum. ff. de pet. her.* Sed is locus
eſt de fideicommiſſario cui reſtituta eſt hereditas non
quæ fuerit defuncti vt in ſpecie quam nunc tractamus,
ſed quam defunctus non niſi pro herede poſſederat, vel
pro poſſeſſore: de quo etiam *in* §. *Neratius*, 3. *&* §. *here-*
14 *dem.* 11. *eiuſd. legis.* † Malè igitur ex veterib. interpretib.
nonnulli legem hanc emendarunt, pro *perinde* legen-
tes *exinde*, quaſi rumpatur teſtamentum per querelam
aduerſus fideicommiſſarium inſtitutam, nec niſi rupto
teſtamento permittendum filio ſit vt agat petitione he-
15 reditatis quod vtrumque docuimus falſum eſſe. † Malè
alij dixerunt proponentem querelam inofficioſi hoc ipſo
proponere petitionem hereditatis, quaſi effectu nihil in-
ter vtramque interſit. Querelam enim præcedere &
vincere neceſſe eſt vt poſtmodum petitio hereditatis in-
ſtitui poſſit, *l. filium* 20. *in fin. pr. ff. de bon poſſ. cont. tab.* †
16 Malè item nonnulli ſic legem accipiunt, quaſi ratio
dubitandi ea fuerit, quod querela inofficioſi teſtamenti
non detur niſi contra eum, qui vel heres ſit vel poſſideat
pro herede vel pro poſſeſſore. Nuſquam enim ſcriptum
reperias dari eam contra poſſeſſorem hereditatis, qui
poſſeſſionis ſuæ titulum alium non habeat, quàm pro
17 herede aut pro poſſeſſore. † Datur ſiquidem contra ſo-
lum heredem, aut qui ſaltem effectu ipſo & verè ſit loco
heredis, cuiuſmodi eſt fiſcus cùm ad eum bona teſtato-
ris heredúmve ipſius deuoluta ſunt iure ſucceſſionis aut
alia ex cauſa, dummodo poſt aditam hereditatem, *vt in
l. ſi heredum.* 10. *C. de inoff. teſt.* de qua ſequenti capite
dicemus. Item emancipatus filius qui per bonorum
poſſeſſionem contra tabulas rupto propter præteritio-
nem paterno teſtamento ſolus ſucceſſit excluſo in to-
tum fratre exheredato qui manſerat in patris poteſta-
te, vt in ſpecie *dict. leg. filium in fin. princip.* Nam
cùm teſtamentum quod per bonorum poſſeſſionem con-
tra tabulas iam ruptum eſt in totum (nec enim pro par-
te rumpi poteſt) amplius & iterum per querelam rum-
pi non poſſit, nec rurſus filius exheredatus, ſemel prop-
ter exheredationem excluſus à communione beneficij
prætorij bonorum poſſeſſionis contra tabulas, ad partem
ſucceſſionis admitti cum emancipato cui ſoli fauere præ-
tor voluit & debuit, *l. non putauit* 8. *eod.* Conſequens
eſt vt vel omni auxilio carere debeat filius etiam im-
merenter exheredatus, quod fuerit certè periniquum.
Aut vt debeat ei licere querelam inſtituere contra fra-
trem emancipatum, qui ſolus totam poſſidet heredita-
tem, licèt non tanquam heres, ſed tanquam bonorum
poſſeſſor. Quid enim referre poteſt cùm bonorum poſſeſ-
ſor quilibet ſit heredis loco? † Dices, fideicommiſſari- 18
um quoque heredis loco eſſe non minùs quàm eum qui
per bonorum poſſeſſionem contra tabulas factus eſt bo-
norum poſſeſſor *d. §. reſtituta l. quamuis* 40. §. 1. *& paſſ. ff.
ad SC. Treb* Quidni ergo etiam contra eum ſummo iure
dari poteſt querela ſicut & contra quemlibet bonorum
poſſeſſorem? Nam & hic quoque ſcrupulus tollendus
eſt qui prima facie non leuis videtur. Reſpondeo diuer-
ſitatis rationem ex eo pendere, quod bonorum poſſeſſor
ita heredis loco eſt, vt alius verus heres nullus ſit.
Rupto ſcilicet per bonorum poſſeſſionem contra tabulas
teſtamento. Siquidem ex eo teſtamento quod ruptum eſt
ſiue ciuili ſiue prætorio iure, neque eſſe neque manere
heres quiſquam poteſt. Fideicommiſſarius verò poſt
hereditatis reſtitutionem ita eſt heredis loco, vt tamen
non impediat quominus alius reuera heres maneat, &
quidem ex eo ipſo teſtamento ex quo & fideicommiſſa-
rius heredis loco eſt, quia reſtitutio hereditatis non
rumpit aut deſtruit teſtamentum, ſed ſupponit, vt pro-
inde neceſſe ſit illud rumpi per querelam inofficioſi te-
ſtamenti priuſquam ad petitionem hereditatis admitti
poſſit filius qui fuit exheredatus. Ruptum porrò eſſe non
poteſt, vt iam diximus, quamdiu verus ex eo ipſo heres
manet, quod fit etiamſi fideicommiſſarius ſuccubuerit
in querela, dum ne heres ipſe & auditus fuerit & con-
demnatus. Mirum igitur non eſt, filio exhere dato que-
relam ſummo iure contra fideicommiſſarium dari non
poſſe, quæ tamen datur contra fratrem emancipatum,
qui per bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſolus ſuc-
ceſſit patri. † Etſi fatendum eſt valde ſingulare ius eſſe 19
illius querelæ de qua Tryphoninus *in l. filium*, cùm non
ad id detur illa vt teſtamentum rumpat quod petita bo-
norum poſſeſſione contra tabulas iam ruptum ſit, ſed ad
hoc tantùm vt fratri emancipato perinde partem heredi-
tatis auferat exheredatus, ac ſi emancipatus totam here-
ditatem quaſi heres & teſtamenti iure poſſideret. Eſtque
is caſus etiam valde ſingularis, in quo neceſſaria ſit filio
exheredato querela etiam poſt ruptum teſtamentum (ſi-
cut & illud quoque ſingulare habet, quod Triphoninus
ſubiicit plus iuris in ea ſpecie habere filium exhereda-
tum quàm ſi exheredatus non eſſet. De quo tamen
quoniam ab inſtituta diſputatione alienius eſt nunc non
tractamus) An & poſt deſtitutum? Ita videtur *ex d. l.
ſi heredum.* Sed aliud tamen eſt vt ex iis quæ ſequenti
cap. dicemus, apparebit. † Cæterum vel ex ea maximè 20
Tryphonini lege intelligi poteſt nunquam dari querelam
cõtra eum qui neque verus heres ſit, neque veri heredis
loco, etiamſi fuerit ipſe aut eſſe potuerit heres aliquãdo,
quoniam alioqui mouenda eſſet querela in ea ſpecie non
contra emancipatum, quod lex ait, ſed contra extraneum
heredem inſtitutũ, à quo fuerat exheredatus filius tanquã
ab herede ſcripto, non autẽ ab emãcipato, qui & ipſe cõ-
tra vel ſaltem præter voluntatem patris ſucceſſerat. † Om- 21
nium verò peſſimè Goueanus, meo iudicio, legem hanc
interpre

interpretatus eſt de petitione hereditatis, non de quere-
la inofficioſi teſtamenti, ſeu de filio exheredato qui con-
tra fideicommiſſarium petitionem hereditatis inſtituere
maluerit, quam querelam exercere, quaſi laudandus ſit
hic filius & contra iuris regulas ad hereditatis petitio-
nem rectà admittendus, propterea quòd matris honori
parcere ſtuduerit quem propoſita inofficioſi querela ſug-
gillaſſet. Nam præter id quod ſecundum hanc interpreta-
tionem pertineret lex *ad tit. de petit. hered.* non ad hunc
ſub quo poſita eſt *De inoffic. teſtam.* ipſa etiam legis ver-
ba repugnant. Quod enim lex habet *non eſt iniquum hoc
ei accommodari*, alium ſenſum recipere non poteſt quam
vt huic filio contra iuris rigorem indulgendum ſit ius
proponendæ aduerſus fideicommiſſarium querelæ. Id
enim erat quod filius volebat vt ſibi de inofficioſo matris
teſtamento contra fideicommiſſarium dicere liceret quē-
22 admodum priora legis verba demonſtrant. † Quod ve-
rò ſequitur *vt perinde fideicommiſſarium teneatur acſi pro
herede aut pro poſſeſſore poſſideret*, ſicut à precedente ver-
bo *accommodari*, interiecto commate diſtinguendum eſt,
ita & ſic accipiendum vt fideicommiſſarius conueniri
quidem poſſit petitione hereditatis, quæ non niſi con-
tra eum dari ſolet qui pro herede aut pro poſſeſſore poſ-
ſideat: ſed tunc demum cùm in querela inofficioſi iam
ſuccubuerit, licet non eo minus priſtinum, eúmque iu-
ſtum poſſeſſionis ſuæ titulum retineat ex cauſa fideicom-
miſſi relicti in teſtamento, quod & ab initio valuerit, &
etiamnum poſt filij victoriam ſubſiſtat. Id verò adden-
dum fuit neceſſariò, quoniam fruſtra inſtitueretur que-
rela inofficioſi teſtamenti contra eum qui etiam victus
& condemnatus, ſubinde tamen hereditatis petitione
conueniri non poſſet, vt probant verba illa Tryphonini
*in d. l. filium, verſic. ſed quemadmodum De bon. poſſ. contr.
tab. Sed ad hereditatis petitionem admittendus eſt ex cau-
ſa inofficioſi querelæ contra emancipatum mouendæ.* Eaque
vt diximus, præcipua dubitandi ratio apud Imperatores
erat, propter quam non videretur filio permittendum, vt
contra fideicommiſſarium ageret de inofficioſo, quòd
etiam poſt victoriam in querela obtentam futurum eſſet,
vt nihilo magis petitione hereditatis conueniri fideicom-
miſſarius poſſet, quippe qui tum quoque nec pro herede
nec pro poſſeſſore, ſed pro fideicommiſſario poſſideret
nimirum teſtamento per querelam licet victricem mini-
mè rupto.

Capvt II.

Emendatio l. ſi heredum, 10. C. eod. tit. De inoffic. teſtam.

SVMMARIA.

1 *Species & quæſtio eius legis, & reſcripti Imperatorij verba.*
2 *Quis vulgò credatur eſſe ſenſus verborum huius reſcripti.*
3 *Quomodo in illa lege fieri poſſit vt bona patris vacantia ſint ſuperſtite filio exheredato qui ſuccedere patri velit?*
4 *Dubitatur an eo caſu querelæ inofficioſi locus vllus eſſe poſſit.*
5 *Hereditatem in ſpecie eiuſdem legis ab extraneis heredibus inſtitutis non fuiſſe repudiatam, ſed potius aditam.*
6 *Nihil vetare in ea ſpecie, & Quintiniani hereditatem ab heredibus extraneis aditam fuiſſe, & ſolius Quintiniani bona ad fiſcum perueniſſe.*
7 *Verba hæc* vt pote vacantia *è dicta lege tollenda eſſe.*
8 *Bona Quintiniani in ea ſpecie iure vacantium ad fiſcum peruenire non potuiſſe.*
9 *Dictionem* vacantia, in leg. filiusfamil. 114. §. qui inteſtato. de legat. 1. *irreptitiam eſſe.*

10 *Aliam eſſe in ſpecie* l. filium. verſic. quemadmodum. de bon. poſſeſſ. cont. tab. *rupti teſtamenti, aliam deſtituti rationem.*
11 *Cur in illa ſpecie rupto teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, filio exheredato inofficioſi querela neceſſaria ſit?*

QVintinianus † deceſſerat facto teſtamento, quo he- 1
redes extraneos inſtituerat, filium quem in poteſta-
te habebat, exheredauerat. Defuncti hereditatem adie-
rant heredes inſtituti, atque ita cœperat contra eos filio
competere querela inofficioſi, cui tum demum locus eſt
cùm adita fuit hereditas non potius vt diximus capite
ſuperiore. Sed cùm in eo eſſet filius vt aduerſus eos he-
redes agere vellet, euenerat vt ad fiſcum bona perueni-
rent. Conſulti à filio Imperatores an ob id peremptum
eſſet ius querelæ proponendæ, & ſi non eſſet perem-
ptum, apud quem peragi cauſam oporteret. Reſcriple-
runt & integram agendi cauſam ſupereſſe, & apud pro-
curatorem Cæſaris inſtituendam lucem eſſe. Sed quia fi-
lius non ſatis apertè precibus ſuis expreſſerat quoniam
iure bona patris ad fiſcum perueniſſent, an quia here-
dibus patris fiſcus ſucceſſiſſet an ſeparatim & tanquam
bona patris ab heredum bonis diſtincta. Sic quoque Im-
peratores loqui neceſſe fuit, vt omnem caſum compre-
henderent, qui fauore filij ex iuris ratione comprehendi
poſſet. Reſcripti autem verba hæc ſunt, *Si heredum
Quintiniani, quem patrem tuum eſſe dicis, aduerſus quos
de inofficioſo teſtamento acturus eras, iure ſucceſſionis bo-
na ad fiſcum pertinent, vel ipſius Quintiniani bona vt pote
vacantia filius tenet, cauſam apud procuratorem noſtrum
agere potes.* † Quorum verborum is ſenſus eſſe creditur, 2
& alius ſanè vix eſſe poteſt, vt eo quoque caſu quo fiſ-
cus bona Quintiniani tanquam vacantia teneat, per que-
relam inofficioſi teſtamenti à filio conueniri poſſit. In
quo nihil mihi aut mirum aut ſuſpectum eſſet, ſi vide-
rim fieri poſſe vt in eadem ſpecie ambo iſta concurre-
rent. Et bona patris fieri vacantia, & filium exheredatum
patri ſuccedere velle ab inteſtato. Cùm enim fiſcus ali-
cui ſuccedens eo ipſo iure vtatur quo vſurus erat is cui
ſucceſſit *l. 3. §. ſi poſteriori. l. fiſcus. 6. & paſſ. D. de iur. fiſc.*
quis miretur dari querelam filio contra fiſcum ſucceſſo-
rem heredum Quintiniani, aduerſus quos & querelam
inſtituere ipſe poterat, & mox inſtituturus fuiſſe propo-
nebatur, ſi ad fiſcum bona non perueniſſent? Nam nec
fiſcum ſolum, ſed & quod magis eſt eum qui à fiſco com-
parauit conſtat debere omnes omnino actiones excipere,
quæ contra defunctum ipſum cui fiſcus ſucceſſit, compe-
tere potuerunt *l. eum qui 41. D. eo.* † Sed vnum illud eſt 3
quod neque concoquere poſſum, neque intelligere quo-
modo fieri poſſit vt bona patris ſint vacantia ſuperſtite fi-
lio quamuis exheredato qui ſuccedere patri velit. Nam
præter id quod vacantia bona illa demum ſunt quæ non
habent ſucceſſorem, ne quidem ab inteſtato *l. filiusfam.
114. §. qui inteſtato. de leg. 1. l. 1. §. Diuus Pius eod l. 2. in
fi. D. de ſucceſſ. edict.* illud etiam me mouet, quod deſtituto
teſtamēto propter repudiationem heredis inſtituti nolen-
tis adire, aut propter præmaturam mortem ipſius ante de-
claratam voluntatem, aditámque hereditatem defuncti,
fieri nequit vt ſubſiſtat exheredatio in eodē teſtamento
facta, id eſt, vt teſtamentum pro omnia irritum ad ſolam
exheredationis notam profeciſſe videatur, quomodo lo-
quitur Tryphoninus *in l. filium 20. de bonor. poſſeſſ. contra
tabul.* vbi etiam ex hoc infert ille, filium hunc exhereda-
tum ſcriptis heredib. non adeuntibus ſuum heredem eſſe
ex aſſe, non ſecus acſi pater ab initio inteſtatus deceſſiſ-
ſet. Parum enim refert an ab initio teſtamentum nullum
à patre factum ſit, an res tandem redeat ad exitum inte-
ſtati. Ergo quemadmodum nullo condito teſtamento
non poſſent bona fieri vacantia, quamdiu ſuperſtes filius
ab inteſtato heres eſſe vellet: ita neque facto teſtamento,

quod ob ſecutam extraneorum heredum repudiationem
4 fuerit deſtitutum. † Imò nec hoc caſu fieri poteſt vt locus vllus ſit quærelæ de inofficioſo teſtamento, cùm neque heres quiſquam ſit contra quem ea proponatur, neque bonorum retinendorum prætextum vllum fiſcus habeat filio ſuccedere volente, quando non aliam ſuccedendi cauſam habet, quàm quia ex omnibus iis qui ſuccedere poſſent ſi vellent, nemo ſit qui velit. Sufficit namque filium velle querelam proponere vt ſuccedat, ne bona fiant vacantia, multò magis autem nemine alio ſuccedente, eundem filium ipſum poſſe ab inteſtato ſuccedere, nil obſtante exheredatione, que per heredum inſtitu-
5 torum repudiationem euanuerit cum ipſo teſtamento. † Sed neque verba legis patiuntur vt eum caſum tractari putemus, quo ab extraneis heredibus inſtitutis fuerit hereditas repudiata, ſed ille potiùs è contrario quo adita fuerit & acquiſita. Id enim demonſtrant legis verba illa *aduerſus quos de inofficioſo teſtamento acturus eras*, cum iam dixerimus non niſi contra eum qui hereditatem iam adierit proponi querelam poſſe *l. Papinianus* 8. § *ſi conditioni. D. de inof. teſt*. Porrò certiſſimum eſt, ſi quid in toto iure certum ſit, hereditatem ſemel agnitam repudiari poſtea nunquam poſſe *l ſicut* 4 *ff. de repud vel abſtin. hered. l.* 1. §. *decretalis. ff de ſucceſſ. edict*. Et præterea hereditatem Quintiniani aditam fuiſſe ex illo apparet quod lex ponit Quintiniani bona pertinuiſſe ad fiſcum hoc ipſo quod ipſius hæredum bona ad fiſcum ſucceſſionis iure peruenerint. Quomodo enim peruenire potuiſſent, ſi
6 Quintiniano prius hæredes ipſi non extitiſſent? † Nec eſt contrarium quod eadem lex alium caſum ſubiungit quo ſolius Quintiniani non etiam ij ſius heredum bona ad fiſcum fuerint deuoluta. (Qui proculdubiò ſenſus eſt eius verſiculi, *vel ipſius Quintiniani bona fiſcus tenet*, vt nouus hic & ſecundus caſus differat à primo.) Nihil enim vetat & aditam eſſe Quintiniani hæreditatem ab ipſius heredibus extraneis, & nihilominus ſolius Quintiniani bona perueniſſe ad fiſcum, ſiue viuis adhuc heredibus, ſiue iam defunctis, puta quod heredes inſtituti ea ipſa bona incapaci alicui ex fideicommiſſo tacito reſtituere rogatus probaretur, in qua ſpecie dubium non eſt quin quod incapaci relictũ eſt, ſiue ipſe ſe deferat, ſiue ab alio præuentus deferatur, fiſco vindicari *l.* 1. *& tot. tit. ff.*
7 *de iur. fiſc.* † Quid ergo ſupereſt niſi vt ex hac lege tollamus ea verba, quæ difficultatem inexplicabilem pariũt, *vtpote vacantia*. Vacant enim proculdubio, nec bonum ſenſum vllum habent, ideóque imperito alicui interpreti non Imperatorib. ſunt adſcribenda. Putauit nimirũ imperitus ille interpres quiſquis fuit, non aliter poſſe caſum hunc diſtingui à præcedente quam ſi de iis patris bonis intelligeretur, quæ tanquam vacantia fiſco delata eſſent, nec animaduertit, non ſolùm fieri è contrario non poſſe vt vacantia ſint quæ filius exheredatus ſibi acquiri velit deſtituto iam per heredem inſtitutum teſtamento. Sed & aliis multis de cauſis fieri poſſe vt bona etiam quæ vacantia non ſint fiſco acquirantur. Et verò ſi tale quid Imperatores reſcribere aut voluiſſent, aut potuiſſent, credibile eſt ſcripturos eos fuiſſe, *vt vacantia*, potiùs quàm quomodo ſcriptum legimus *vtpote vacantia*. Sunt enim dictiones iſtæ *vt, tanquam*, & aliæ ſimiles aptiores ad ſimilitudinem & improprietatem, quàm ad veritatem deſignandam: illa verò *vtpote* prorſus affirmatiua, & eius rei
8 quæ pro veriſſima habeatur, vt ita loquar expreſſiua. † Porrò non erat cur in propoſita ſpecie Imperatores adfirmarent bona Quintiniani ad fiſcum iure vacantium perueniſſe, non ob id tantùm quod iam diximus id fieri nullo modo potuiſſe ſuperſtite filio qui de proponenda querela non aliam ob cauſam cogitabat, quàm quòd patri ſuccedere vellet, ſed etiam quia ex aliis eiuſdem legis verbis apparet neſciuiſſe Imperatores qua ex cauſa patris bona quæ filius propoſita querela poſtmodum per petitionem hereditatis à fiſco auferre volebat, ad fiſcum perueniſſent, propterea quod filij precibus non ſatis clarè id expreſſum fuiſſet, ac proinde verba illa dubitatiuè & incertè potius quam affirmatiuè concipi debuiſſe. Ergo ſic
ſcribi, *vt vacantia*, non, *vt pote*.† S c & *in d. l. ſi filiusfam.* 9
114. §. *qui inteſtato, de leg.* 1. facilè ſuſpicor irreptitiam eſſe dictionem *vacantia*, tametſi non negem in illa ſpecie, id eſt, cum is qui ab inteſtato decedens, fideicommiſſum reliquit à fiſco ad quem ſciuit bona ſua peruentura, non aliter poſſe bona peruenire ad fiſcum: nec fideicommiſ-
ſo in iis grauari fiſcum quàm ſi fiant vacantia. † Neque 10
rurſus ſententiæ noſtræ obſtat quod ſuperiore capite diximus, poſſe fieri vt rupto iam teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vtilis tamen adeóque neceſſaria ſit querela inofficioſi teſtamenti filio exheredato, vt fratri emancipato qui totum habuit per bonorum poſſeſſionẽ cõtra tabulas, auferat ille ſuo iure partem *d. l. filium* 20. *verſ. ſed quemadmodum. ff. de bonor. poſſ. contr. tab.* Alia enim ratio eſt vel in illa ipſa ſpecie rupti teſtamenti, alia deſtituti. Deſtituto teſtamento redit res ad cauſam inteſtati, fitque locus iis qui ipſo iure ſucceſſuri erant ſi nullũ teſtamentum factum fuiſſet: atque idcirco filius etiam exheredatus admittitur, & quidem ſolus niſi quod emancipatum quoque prætor pro ſua virili parte tuetur, tanquam ab inteſtato, vt ea lex ait, quæ ratio ſimiliter facere debet ne ſuperſtite exheredato, qui patri ſuccedere velit, bona fiant vacantia. Rupto autem teſtamẽto per bonorum poſſeſſionem contra tabulas quem filius emancipatus idémque præteritus obtinuit à prætore, qui nec eam daturus fuerit fratri exheredato, nec eum ad beneficij ſui participationem admiſſurus, non ſimiliter fieri poteſt vt exheredatus admittatur, niſi propoſita priùs querela, quoniam emancipatus rumpendo teſtamentum per contra tabulas non ſolùm fecit inteſtatum patrem (quod ſi eſſet non minùs fratris quàm ſuum proprium negotium geſſiſſe intelligeretur) ſed etiam ſibi ipſi hereditatem acquiſiit, excluſo per eandem edicti partem fratre exheredato, quamdiu non probaret ſe immerenter exheredatum, quod ipſum tamen niſi per querelam inofficioſi probare non poteſt *l. non putauit* 8. *eod.* Exemplo eius quod dicimus poſthumum à patre præteritum rumpere teſtamentum, non tantùm eo modo quo iam natus filius, idémque præteritus iniuſtum facit, ſed cum eo præterea priuilegio vt rumpendo ſuccedat, ſibíque locum faciat *l. nam etſi* 5. *ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* † Ergo in ſpecie *d. l. filium*,
hoc eſt rupto teſtamento per bonorum poſſeſſionem con- 11
tra tabulas, ideò neceſſaria eſt querela filio exheredato, quia extat perſona quæ ſuo iure vniuerſa patris bona poſſidet, & à qua nihil prorſus auferre poſſit quamdiu manet exheredatus, id eſt quouſque probauerit ſe immerenter exheredatum, quod non fit niſi per querelam. Deſtituto autem teſtamento per extranei heredis repudiationem, inofficioſi querela dari nec poteſt nec debet, quia nemo eſt qui in iis bonis filio quamuis exheredato præferendus ſit, irrita quoque facta cum ipſo teſtamento exheredatione, nec qui prohibere poſſit quominus filius etiam citra querelam ſuccedat patri vtpote inteſtato, nec fiſcus quidem eo prætextu quaſi vacantia ſint bona cum prius ſit excluſum eſſe filium à ſpe ſuccedendi ab inteſtato quàm vt bona fieri vacantia poſſint *d. l.* 1. §. *Diuus, ff. de iur. fiſc.*

CAPVT III.

Emendatio l. Statius Florus 48. ff. de iur. fiſc.

SVMMARIA.

1 *Legem propoſitam vitio ab Interpretibus nondum notato laborare.*
2 *Prima ſpecies illius legis.*
3 *Verba illa dicta legis*, ſe reſtituturum ea quæ ei per præceptio

præceptionem dederat. ab imperito Interprete additа fuiſſe.

4 *Præceptiones in illa ſpecie Pompeio dari non potuiſſe.*

5 *Altera ſpecies vbi de differentia inter hanc & ſuperiorem.*

6 *Cur in altera illa ſpecie nullas præceptiones poſteriore teſtamento Pompeio datas fuiſſe Paulus moneat.*

7 *Quid conſequatur is qui tacitum fideicommiſſum ſibi datum defert & profitetur.*

8 *Probationem mutatæ voluntatis in altera illa ſpecie non fideicommiſſario ſed heredi incumbere.*

9 *An bene hanc in rem afferatur Papiniani reſponſum* in l. 3. ff de probat.

10 *Quis ſenſus ſit rationis à Papiniano in* d.l. 3. *allatæ*

11 *Quando obtineat quod vulgò dicitur, ei qui mutatam voluntatem dicit, onus probandi incumbere.*

12 *Maiorem eſſe vim taciti & fraudulenti fideicommiſſi, quàm expreſſi & liciti ad hoc vt difficilius reuocatum intelligatur.*

13 *Pompeium in altera illa ſpecie, licèt portio eius poſteriore teſtamento imminuta ſit, probatione mutatæ voluntatis non ideò minus onerandum eſſe.*

14 *Huius iuris ratio à nonnullis reddita refutatur, & noua affertur.*

15 *Qua ratione motus Pompeius poſt condemnationem, præſtatione taciti fideicommiſſi hereditatem onerari deſiderarit?*

16 *Rationis eius ſenſus.*

17 *Onus prætextu emolumenti iniunctum, pro rata diminuti emolumenti minuendum eſſe, & contra.*

18 *Verbum* pronunciauit, *ab Interprete in* d. l. *additum fuiſſe.*

19. 20. 21. 22. *In verſic* nec poſſe videri *tres rationes cõtineri quibus Pompeius taciti fideicommiſſi onus pro parte à ſe amoliri conabatur.*

23 *Tres illæ rationes vna reſponſione refutantur.*

24 *Præcipua ratio à Pompeio allata in ipſum retorquetur.*

25 *Pompeium non ex propria perſona, ſed tanquam heredem Flori condemnatum fuiſſe.*

1 SI † quis adhuc eſt qui putet nullum in toto iure no-
ſtro locum eſſe quem imperiti interpretis audacia in-
ſcitiáque corruperit, quod antiquiores omnes interpre-
tes ſcrupuloſè & ſuperſtitioſè magis quàm aut verè aut
verecunde defenderunt, vel vna hæc lex facere potuerit
vt intelligat, nihil falſius dici poſſe. De qua tamen miror
nihil quod viderim factum fuiſſe ab iis qui tot alios iuris
locos ſimili morbo vitióque laborantes aut indicarunt,
aut etiam quod non æquè facilè eſt, feliciter emenda-
2 runt. † Statius Florus teſtamento ſcriptu heredis ſui
Pompeij ex toto aſſe instituti tacitè fidei commiſerat, vt
ei qui ex legibus capere non poterat daret fundum, &
certam pecuniæ quantitatem, nec contentus ea tacita
Pompeij fide curauerat eo nomine exigi ab ipſo cautio-
nem. Sed quam, aut de qua re? *ſe reſtituturum ea quæ*
3 *ei per præceptionem dederat.* † Sic enim textus habet,
quod tamen quàm ridiculè additum ſit, & conſequenter
interpreti potiùs quàm Paulo adſcribendum, ex eo ſtatim
apparet, quod iam diximus, fuiſſe Pompeium ſolum eo
teſtamento heredem inſtitutum. Quomodo enim potuiſ-
ſent ei relinqui præceptiones vtiliter, aut ab alio quàm
à ſeipſo? Quis neſcit heredi à ſemetipſo legari non poſ-
ſe? *l. & quidem totum 18 l. planè 34 §. ſi duobus de legat.*
1. à coherede vero ſolo poſſe? *l. legatum eſt 116. §. 1. eo.*
Aut verò quid aliud præceptio eſt, niſi legatum, quod
vel pro parte capitur à coherede *vt in d. l. legatum eſt. l.*
miles ad ſororem 75. §. 1. De leg. 1. l. in quartam 91. ff. ad leg.
Falcid. vel etiam totum ex portione alteri reſtituenda de-
ducitur. vt in ſpecie *l. cùm pater 77. in princ. de legat. 2. l.*
4 *deducta 58. § deceptus ff. ad S. C. Treb.* † Non ergo potue-
runt in propoſita ſpecie præceptiones dari Pompeio qui
ſolus & ex toto aſſe ſcriptus erat ac proinde non potuit il-
le fideicommiſſario incapaci cauere, ſe ipſi reſtituturum
omnia quæ à teſtatore per præceptionem accepiſſet.
Quid ergo? Cautionem conceptam fuiſſe neceſſe eſt de
reſtituendo nominatim fundo & ea ipſa quantitate quæ
tacito illo fideicommiſſo fuerat definita. Hæc igitur pri-
ma emendatio ſit, quod totam illam clauſulam tollimus,
quam ſicuti pro præcedentium verborum interpretatio-
ne ſubiectam fuiſſe negari non poteſt, ita & fatendum eſt
parum eleganter ſic fuiſſe conceptam, *ſe reſtituturum ea*
quæ ei, &c. Scripſiſſet enim Paulus *ſibi* vel *ipſi*. non *ei*,
atque ita iuſtam Laurentij Vallæ reprehenſionem effu-
giſſet. † Sequitur, *Poſtea idem Florus facto ſecundo teſta-* 5
mento, & eodem Pompeio & Fauſtino heredibus inſtitutis,
nullas præceptiones Pompeio dederat. Hic verò cœpit
Paulus loqui de præceptionibus, vbi cœpit tractare de
pluribus heredibus inſtitutis, ac de coherede dato huic
Pompeio qui priore teſtamento ſolus inſtitutus nullum
habuerat coheredem. Noſtri autem interpretes hanc
tantùm differentiam obſeruant inter vtrumque teſtamen-
tum, quod poſteriore teſtamento præceptiones nullæ re-
lictæ fuerant, ſed priore. Cum è contrario dicere & ob-
ſeruare debuerint priore non ſolùm relictas nullas fuiſſe,
ſed nec relinqui potuiſſe. Poſteriore vero relictas quidem
ſimiliter nullas fuiſſe, ſed tamen relinqui aliquas potuiſ-
ſe, ſi teſtator voluiſſet. † Cur ergo monet Paulus nullas 6
poſteriore teſtamento præceptiones Pompeio datas eſſe?
Aut quid erat hoc neceſſe, ſi nec vllas priore teſtamen-
to idem Pompeius acceperat? Nimirum quia ex eo vi-
debatur ſumi poſſe pro Pompeio non obſcuram conie-
cturam voluntatis, quòd teſtator à tacito illo fideicommiſ-
ſo quod priore teſtamento reliquerat, receſſiſſe videre-
tur. Cùm enim à ſolo Pompeio illud reliquiſſet, quem &
ſolum priore teſtamento ſcripſerat heredem, quis crede-
ret voluiſſe teſtatorem vt non eo minùs præſtaretur ab
eodem Pompeio, cui ſecundo teſtamento coheredem
Fauſtinum, præceptionem verò nullam adſcripſiſſet?
Non enim poterat bona eſſe illatio à grauamine iniuncto
ei qui ſolus ex toto aſſe inſtitutus idipſum ex tota heredi-
tate ſoluere commodè potuiſſet, ad grauamen ab eo præ-
ſtandum, cui datio coheredis partem dimidiam heredita-
tis abſtuliſſet. Et hæc ſanè dubitandi ratio non inelegans
apud Paulum, licèt ab eo minùs expreſſa fuit. † Quid tan- 7
dem accidit? *Hac perſona,* inquit Paulus, *quæ capere non*
poterat, ſe detulerat. Nempe vt taciti fideicommiſſi par-
tem ex edicto & beneficio Diui Traiani conſequeretur.
Edicto enim Traiani conſtitutum eſt, vt ſi quis ante-
quàm cauſa eius ad ærarium deferretur, profeſſus eſ-
ſet eam rem quam poſſideret capere ſibi non licere, ex
ea re partem fiſco inferret, partem ipſe retineret. *l. edicto*
13. in princip. l. Senatus cenſuit 15. §. Senatus l. cùm taci-
tam 49. D. eod. tit. Conſules Imperatores à procuratoribus
ſuis quorum de huiuſmodi cauſis cognitio eſt, *reſcripſe-*
rant ſi non probaretur mutatam voluntatem eſſe, præſtan-
dum fideicommiſſum. † Probationem igitur mutatæ vo- 8
luntatis exigendam putauerunt ab ipſo herede qui muta-
tionem illam allegabat, non à fideicommiſſario, tametſi
fideicommiſſarius actor eſſet, heres autem reus. In
eóque cum interpretibus noſtris ſentio. Si enim a fidei-
commiſſario ipſo aliqua probatio exhiberetur, eius eſſet
probare non mutatam voluntatem, non probare muta-
tam. † Sed quod iidem in hanc rem adferunt Papiniani 9
reſponſum in *leg. 3. D. de probat.* mihi placere nullo
modo poteſt. Nam quod eo loco Papinianus reſpondit,
Cùm tacitum fideicommiſſum ab eo datur, qui tam in
primo quàm in ſecundo teſtamento pro eadem parte vel
poſtea pro minore heres ſcribitur, probationem mutatæ
voluntatis ei incumbere qui conuenitur. Oſtendit mani-
feſtiſſimè à contrario ſenſu, ſi heres qui tacitam fidem
accõmodauit, ſcriptus ſit ex minore portione in poſteriore
teſtamento, non eſſe illum hoc prætereà incommodo af-
ficiendum vt mutatæ voluntatis probatione oneretur.
† Quod & eiuſdem Papiniani ſubnexa ratio clarius 10
demon-

demonſtrat, *Cum ſuſcepti ſecreti ratio*, inquit ille, *plerum-
que dominis rerum perſuadeat eos ita heredes ſcribere quo-
rum fidem elegerunt*. Senſus enim eſt, credendum pleriun-
que eos qui tacitam fidem defuncto contra leges acco-
modauerunt non alia ratione ſcriptos heredes quàm vt
iis veluti fraudis ſuæ miniſtris teſtator, abutatur, non
itaque ſcripturus eos ſi fidem ſuam accommodare no-
luiſſent. Quæ tamen ratio non aliud probat quàm quod
Papinianus probare voluit, ſolam teſtamenti mutatio-
nem non ſufficere vt credi debeat heredi allegatis mu-
tatam eſſe voluntatem quod ad tacitum fideicommiſſum
attinet ſi poſteriore teſtamento idem heres vel ex eadem,
vel maiore portione ſcriptus proponatur: quamuis ſi fi-
deicommiſſum expreſſum non tacitum relictum fuiſſet,
proculdubio ſufficeret mutatum eſſe teſtamentum, vt ab
omni voluntate in eo contenta receſſum videretur, *leg. ſi*
11 *quis priore 29. D ad S.C. Trebell.* † Nam quod regulare
eſt vt ei qui voluntatem mutatam dicit, incumbat onus
probandi *l. eum qui voluntatem 22. D de probat.* tunc ob-
tinet cùm idem teſtamentum manet aut idem codicillus,
non cùm prior ſcriptura per poſteriorem non ſolùm im-
12 mutata, ſed etiam ſublata eſt. † Atque ita quod mirum
videri poſſit maior vis eſt taciti & fraudulenti fideicom-
miſſi, quam expreſſi & liciti quod ad hoc ſaltem vt dif-
ficiliùs reuocatum eſſe intelligatur, cùm idem heres ta-
citè grauatus, & vtroque teſtamento inſtituto non minus
commodi ſenturus eſt ex poſteriore quàm ſenſurus fue-
rat ex priore ſi ſublatum illud per poſterius non fuiſſet.
Cæteri námque heredes ideò grauati creduntur, quia
fuerunt inſtituti *vulg. l. ab eo 9. C. de fideic.* Hic contra, vt
Papinianus ſenſit, ideo inſtitutus intelligitur, quia fuit
13 oneratus tacito fideicommiſſo. † Cæterum non idem Pa-
pin. ſenſit, nec ſentire quiſquam iure poſſit, illo etiam
caſu quo heres cuius tacita fides electa eſt minus com-
modi percepturus ſit ex poſteriore teſtamento, quoniam
illa ipſa ſuſcepti ſecreti ratio qua Papin. mouetur non ſo-
lùm non inducit, ſed neque patitur, vt eadem ſubſiſten-
te taciti fideicommiſſi voluntate heredis qui fidem ſuam
accommodauit inſtituto poſteriore teſtamento minua-
tur. Atqui ea in ſpecie quam nos tractamus, imminuta
fuerat inſtitutio Pompeij per poſterius teſtamentum, ſcili-
cet adiectione coheredis qui nullus erat in priore adſcri-
ptus. Sic enim fit vt qui manente priore teſtamento he-
reditatem totam habiturus fuit, non niſi dimidiam eius
partem conſequatur ex poſteriore. Ergo ſi nihil niſi
Papiniani verba & illius reſponſi ſententiam inſpicere
volumus, conſequens potius eſt, vt in propoſita ſpecie
non ſit Pompeius mutatæ voluntatis probatione one-
randus. Et tamen reuera ita eſt, vt onerandus ipſe ſit, non
44 fideicommiſſarius. † Qua igitur ratione? Noua certè,
nedum à quoquam, vt arbitror, explicata. An illa fortaſ-
ſe, quòd hic heres non tam ex defuncti voluntate con-
ueniatur, quam ex propria cautione? vt proinde mutata
quoque teſtatoris voluntate non eo minùs conueniri poſ-
ſit. hactenus ſaltem vt ad elidendam actionem quam
ſummo iure contra ſe dandam videt, neceſſaria ei ſit ex-
ceptio doli mali *leg. 2. §. circa. D. de doli except.* quæ por-
rò cùm non niſi æquitate nitatur, *l. 1. eod.* nulla æquita-
tis ratione videtur ei accommodanda, qui ſe obligando
id egit quantum potuit vt fraudem Faceret legi, *arg. leg.
matrem pen. in fin. D. ad S.C. Trebell.* Minimè verò. Nam
ſi ratio bona eſſet æquè concluderet non ſolùm pobatio-
ne mutatæ voluntatis, onerandum eſſe heredem quod
nos admittimus, ſed etiamſi millies probaret mutatam
voluntatem, perinde tamen futurum vt ex proprio chi-
rographo vtiliter & efficaciter conueniri deberet: quod
nos negamus, negántque Imperatores à Paulo relati &
probati hoc ipſo quod mutatæ voluntatis probationem
exigunt ab herede. Cur enim exigerent, ſi nihil eſſet ea
profutura? An forrè id vnquam agere lex ſolet, aut
Princeps aut bonus iudex vt quemquam oneret ſuper-
uacua probatione? Vtique non magis quàm vt ſuperua-
cua cautione, quod iniquum eſſe ait Vlpin. *in l. hæc ſtipu-
latio 14. in fin. D. vt lega. ſeu fideic. nom. caue.* Dicendum
igitur eſt exigere nos probationem ab herede, quia licet
minus commodi ſentiat ex poſteriori inſtitutione quàm
ſenſurus fuerat ex poſteriore inſtitutione quàm ſenſu-
rus fuerat ex priore, nec æquum ſit mutatione volunta-
tis probata, teneri eum ex propria cautione, quippe quã
fecerit ſecutus tacitam illam teſtatoris voluntatem pro
cauſa, qua mutata & ceſſante nullas quoque cautionis
vires eſſe ipſo iure oporteat, *arg. l. 1. §. ſi quis ſub conditio-
ne eo tit. & leg. ſi quis ſub conditione 7. D. de cond. inſtit.*
nulla tamen præſumptio pro eo facit, nec iumi poteſt
coniectura mutatæ voluntatis ex eo ſolo quod poſteriore
teſtamento acceperit coheredem, quoniam ſicuti teſtator
non vſque adeò tacitam illius fidem ſecutus eſt, vt non
etiam curauerit exigi ab eo cautionem: ita credibile
eſt ſi mutaſſet ille voluntatem, fuiſſe facturum vt inter-
poſita cautio extingueretur. Id enim conſequens erat
naturali iuris regulæ vt taciti fideicommiſſi vinculum
eo ipſo modo quo colligatum erat diſſolueretur. Atqui
factum id non erat nec de cautionis iure diſſoluẽdo quic-
quam à teſtatore rogatum aut cogitatum proponebatur.
Manebat ergo integra præſumptio contra heredem, non
minùs quàm ſi ex eadem aut ex maiore portione in
poſteriore teſtamento ſcriptus extitiſſet. Quod ſanè ſe-
cutus fuiſſet ſi Pompeius heres aut nullam cautionem ta-
citi fideicommiſſi nomine, aut aliquam equidem, ſed eam
vltro & ſponte, non etiam idipſum curante & ſatagente
teſtatore emiſiſſet. † Sequitur apud Paulum, *Atque ita* 15
Pompeius condemnatus, ſupple cùm probare non poſſet
mutatam voluntatem (ideò enim quæri ſolet, cui onus
incumbat probandi, quoniam is cui incumbit, ſi nihil
probet, omnimodo condemnandus eſt etiamſi aduerſa-
rius nihil ex parte ſua præſtet, *l. 4. C. de edend. §. commodũ
Inſt. de interd.*) *deſiderabat onus eſſe id hereditatis oportere.*
Vt ſcilicet quemadmodum partem duntaxat dimidium
totius hereditatis habebat propter adiectum coheredem,
ita & taciti fideicommiſſi: de quo ſolidum rogatus fue-
rat, nonniſi partem præſtaret. † Ratio autem qua moue- 16
batur illa erat, quam Paulus ſubiicit, *quia præceptiones non
acceperat*. Cuius rationis non ille ſenſus eſt, quem malus
interpres credidit cùm præcedentia corrupit, quaſi te-
ſtator in poſteriore teſtamento ademiſſet. Pompeio præ-
ceptiones quas ei dederat in priore. Sed is potius quem in
ſuperioribus iam indicauimus, quòd nulla ſubeſſe vide-
retur cauſa propter quam totũ fideicommiſſi taciti onus
præſtare deberet is qui dimidiam tantùm partem heredi-
tatis haberet, cùm iniuncti fideicommiſſi tempore tota
ei hereditas deſtinata relictáque fuiſſet. † Eſt enim regu- 17
lare vt quod alicuius emolumenti prætextu iniunctum fuit
onus, vel non debeatur ſi emolumentum illud non detur,
l. Titia cùm teſtamento 34. in princ. de legat. 2. vel pro rata
diminuti emolumenti ipſum etiam diminuatur. *d. l. cùm
pater 77. §. cùm exiſtimaret eod. pen. D. de iur. codic.* Sicut
& è cõtrario interdum euenit, vt per ademptionem one-
ris quod legato vel fideicommiſſo adiectum fuerat, lega-
tum quoque aut fideicommiſſum ademptum intelligatur.
l. alumnæ 30. §. ab heredibus. D. de adim. legat. Tanta eſt
inter diſpoſitionem quamlibet, quæ onus habet, ac onus
ipſum connexitas *l. ſed duobus 5. §. 1. de leg. 2. l. legatarios
22. ff. de fideic. liber.* † Subiungit Paulus, *nec poſſe videri* 18
*pro parte in prima voluntate teſtatorem perſeueraſſe, ſed in
vniuerſo pronunciauit*. Hæc verò verba ſunt, quæ inter-
pretis noſtri imperitiam produñt euidentiùs. Adiecit enim
de ſuo verbum, *pronunciauit*, cùm ſi bonus fuiſſet gram-
maticus, ſcribere debuiſſet, *pronunciauerunt*, cùm non
de imperatore locutum ſit in ſingulari numero in præce-
dentibus, ſed de imperatoribus, iis verbis, *conſulti im-
peratores*. Adiecit autem vir minimè malus, quia puta-
bat deeſſe verbum à quo regerentur cætera verba infini-
tiui modi quæ in eadem clauſula, & præcedunt, & ſequũ-
tur, *nec poſſe videri, extare, non potuiſſe*. Animaduertere
verò

verò debebat præcedere verbum *deſiderabat*, à quo conſtitui commodè poſſint, tanquam quod implicitè ac vi ipſa contineat & ſignificet idipſum quod verbum *dicebat* vel *contendebat*, vel quod aliud ſimile, ſi fuiſſet expreſſum, ſignificaſſet. Deinde nec nouum eſſe vt cùm infinitiuis vtimur, prætermittamus verbum à quo regi poſſint, vt cùm dicimus, *Ille ſtatim pallere, mox erubeſcere*, & ſexcenta ſimilia, quæ vel minimus quiſque Grammatico-
19 lus ſubminiſtraret. † Denique tota illa clauſula, *nec poſſe videri pro parte in prima voluntate teſtatorem perſeueraſſe, ſed in vniuerſo, nec teſtamentum prius extare, nec ſi dediſſet in primo teſtamento ex poſteriore peti potuiſſe, niſi petitum eſſet*, rationes continet quibus cauſam ſuam Pompeius non inſubtiliter tuebatur, nec taciti fideicommiſſi, quamuis à ſe ſolo relicti onus ſupra portionem
20 ſuam hereditariam agnoſcere & ſuſcipere cogeretur. † Prima illa erat, quòd cùm placuiſſet Imperatoribus teſtatorem in dubio non videri à priore voluntate receſſiſſe, tametſi teſtamentum mutaſſet, adeóque Pompeium hûc ex minore quàm anteà portione teſtamento poſteriore heredem inſtituiſſet, illud etiam conſequens videbatur, vt credendus eſſet in prima illa voluntate non pro parte duntaxat, ſed in vniuerſu perſeueraſſe, id eſt voluiſſe non vt totam hereditatem Pompeius haberet, a quo ſolo tacitum fideicommiſſum reliquerat, ſed vt perinde ex tota hereditate fideicommiſſum præſtaretur, acſi ſolus Pompeius ex priore teſtamẽto heres eſſet, vt adiectio coheredis ſi non noceat fideicommiſſario, proſit ſaltem grauato vt non ex ſola ipſius portione fideicommiſſum præſtetur, ſed ex tota hereditate, ad quam vtique reſpexit teſtator cùm eum ſolum grauauit qui ſolus quoque heres ſcriptus erat. Alioqui videbitur induci diuiſio voluntatis, nec niſi pro parte teſtatorem in prima voluntate perſeueraſſe, ſi totum onus præſtandum ſit, neque tamen ex tota hereditate, ſed ex ſola Pompeij non niſi ſemiſſem habentis
21 portione. † Secunda ratio erat, quia non alio colore poterat Pompeius fideicommiſſi huius taciti nomine conueniri, quàm quia priore teſtamento heres ſcriptus fuiſſet. Fideicommiſſa enim tacita licet in teſtamento non ſcribantur, ſi quando tamen præſtentur ab herede qui tacitam fidem accommodauit, præſtantur tanquam ab herede, quaſi non minùs obligatum ſe ſentiat vt præſtet quicquid promiſit teſtatori, licet teſtamento id ſcriptum non ſit, quàm ſi apertè ſcriptum ritéque datum eſſet. Certè nec magis obligatus eſſe poteſt ad præſtandum id quod ſcriptum non fuit, etiamſi fraus facta legibus minimè detegeretur. Atqui teſtamentum prius quo fuerat Pompeius inſtitutus, & quod ſolum teſtatori cauſam dederat vt tacito iſto fideicommiſſo Pompeij fidem obſtringeret, deſiit extare, ex quo ſecundum teſtamentum factum eſt, eóque ſublatum primum. Alterutrum igitur fatendum videtur, vel nullo modo manere obligatum Pompeium vt fideicommiſſum tacitum præſtet iure primi teſtamenti quod ſublatum fuit, vel non niſi ex poſteriore teſtamento obligatum videri debere, atque ita liberandum eum partis præſtatione, cum eo teſtamento non niſi pro ſemiſſe fuerit inſtitutus, non vt reliquæ partis iacturam faciat fideicommiſſarius quem iam admiſimus totum conſequi debere, totum inquam quod ex Traiani beneficio conſequi poteſt, hoc eſt totius fundi & quantitatis per tacitum fideicommiſſum relictæ dimidiam portionem, ſed vt reliqua illa pars ex adiecti coheredis portione detrahatur, vt quod vnus heres totum deberet ſi ſolus eſſet, ab vtroque præſtetur, & ex tota hereditate
22 cum duo fuerunt inſtituti. † Tertia ratio erat, quia illa etiam fideicommiſſa quæ primo teſtamento rectè & vtiliter relicta ſunt, facto alio teſtamento non modò ex priore teſtamento quod ſublatum eſt peti amplius non poſſunt, ſed neque ex poſteriore etiam in quo idem heres ſcriptus ſit qui in priore, niſi fuerit iterum ille rogatus. Quantò minùs igitur ex poſteriore teſtamento, in quo additus ſit coheres fideicommiſſum debebit Pompeius qui eo teſtamento rogatus non fuit, licèt fuerit aliquando rogatus, non quidem priore teſtamento, ſed tamen tanquam heres priore illo inſtitutus ex toto aſſe? Verum ratio hæc vltima leuior eſt, quia ſupponit fuiſſe per poſterius teſtamentum mutatam voluntatem: quod falſum iámque negatum eſt, niſi rationem adiunges & ſuppleas Pompeium hunc non ſolùm rogatum non fuiſſe poſteriore teſtamento, ſed nec rogari potuiſſe vt totum fundum ex portione ſua daret, cùm eius partem neceſſe ſit capere ipſum à coherede *d. l. cum pater 77 in prin. & d. l. deducta §. acceptis*. † Reſponderi tamen ad rationes iſtas 23
omnes poteſt, ſummum vt locum haberent ſi teſtamento vel priore vel poſteriore Pompeius tanquam heres conueniretur, quomodo conueniri eum neceſſe eſſet ſi de tacito fideicommiſſo præſtando nihil cauiſſet. At cùm ex cautione ſua conueniatur, nec probet ſibi datas vllas præceptiones per quas imminui debeat hereditaria portio coheredis, nihil aliud eſt quod dicere poſſimus, quàm quod placuit Imperatoribus debere præſtari totum fideicommiſſum ab illo ſolo, id eſt, ita vt nullum in ea re ſit onus coheredis qui nec tacitè ſuit rogatus, & *ex ſola ipſius cautione*, vt lex ait, hoc eſt ita vt ex cautione tantùm non etiam ex teſtamento condemnatio fiat, tametſi non alio prætextu aut iure maneat efficax cautio ad agendum, quàm quod mutato quoque teſtamento nihilominus voluntas teſtatoris mutata cenſeatur. Ergo bene Paulus noſter quiquid ab Imperatoribus ſuis decretum & cõſtitutum eſſet nihil dixerat, totam quæſtionem ita concludit, *Placuit, quia non probat ſibi datas præceptiones ex ſola cautione ſolum fideicommiſſum præſtare debere*. † Eleganter verò in Pompeium retorquet eam ip- 24
ſam rationem qua Pompeius præcipuè mouebatur. Putabat enim non debere ſe teneri niſi pro parte quia præceptiones nullas acceperat propter quas æquum videri oporteret totum fideicommiſſum ab eo præſtari qui pro parte tantùm heres eſſet. Imperatores verò ob hoc ipſum quod non probabat ſibi datas vllas præceptiones, nec rurſum mutatam teſtatoris voluntaté putarunt eum condemnandum, vt ex ſola cautione ſua ſolus totum fidei-
commiſſum præſtaret. † An fortè tanquam Pompeius & 25
ex propria perſona obligatus? Nequaquam, ſed tanquam heres Flori. Si enim poneres poſteriore teſtamento nulla ex parte fuiſſe illum à Floro inſtitutum, nulla prorſus ratio eſſet cur ex ſua cautione, ſiue in totum, ſiue pro parte condemnandus videretur. Sed cùm heres manſerit, licèt pro parte tantùm, condemnatur inſolidum ex propria cautione, quia & inſolidum cauerat, & iuſta cautionis cauſa ſuperer at, quantumuis modica eſſet hereditatis portio, quam ille eó poſterior teſtamento retinuiſſet. Legis ſpecies & ſententia eſt ſanè perelegans, & in qua vix puto quemquam eſt Iureconſultis noſtri temporis ſi eadem facti ſpecies nunc primùm incideret, item fuiſſe reſponſurum. quod Impp. pronunciarunt: nec abs re poſſe quis iocando ſuſpicari apud Cæſares alioqui nomini Ponpeiano infeſtiſſimos, tam nocuiſſe iſti heredi quod Pompeius nominaretur, quàm quòd tacitam fidem contra leges accommodaſſet, ſi iuris ratio à nobis iam fuſiſſime explicata minus diligenter attenderetur.

CAPVT IV.

Emendatio l. 2. C. de tranſact.

SVMMARIA.

1 *Propter litis metum tranſactioni locum eſſe, & pecuniam eo nomine promiſſam rectè cautam intelligi.*
2 *Cur in* l. in ſumma 65. ff. de condict. indeb. *hi duo ſeparentur, dari quid ob tranſactionem, & dari quid ob cauſam.*

3 *Tranſactionem quæ per colluſionem, vel ob litem calumnioſè inſtitutam fit, non valere & tamen in aliqua differre.*
4 *Accurſij coniecturæ ad verba illa eiuſdem legis.* 2. ex qua cauſa ſi fiſco ſoluiſſes, &c.
5 *Reijcitur Donelli ad ea verba interpretatio.*
6 *Ea verba de viceſima hereditatis quæ fiſco ſoluebatur accipi non poſſe.*
7 *Noua horum verborum emendatio.*

1 FRater † cum ſorore ſua à qua hereditatis paternæ
controuerſiam aliquam verebatur, tranſegerat nul-
ladum lite mota, ex eâque cauſa cauerat certam pecuniæ
quantitatem ei ſe debere, nec tamen ſoluerat, ſed priuſ-
quam ad ſolutionem vrgeretur, conſulebat Imperatorem
an ius haberet condicendæ promiſſionis & obligationis,
quaſi ſine cauſa factæ, licet tranſactionis color quæſitus
eſſet, cum nulla lis vnquam fuiſſet de qua tranſigi po-
tuiſſet. Reſcripſit Imperator & ſi nulla fuiſſet adhuc mo-
ta quæſtio hereditatis, ſufficere tamen quod propter ti-
morem litis interpoſita eſſet tranſactio, vt pecunia eo
nomine promiſſa rectè cauta intelligatur. Neque id vl-
lam apud me aut aliquem ex interpretibus habet dubi-
tationem. Conſtat enim iuſtiſſimum eſſe titulum tranſa-
ctionis, nec ſine cauſa videri datum aut promiſſum quod
2 per tranſactionem datum aut promiſſum eſt, † quamuis
pro ſeiunctis & ſeparatis habeantur iſta, Dari quid ob
tranſactionem, & dari quid ob cauſam in *l. in ſummu
65. in princ. D. de condic. indeb.* Ideo fortaſſe quia tranſ-
actio ſatis idonea & ſufficiens ſuipſius cauſſa eſt. Nam,
vt ibidem Paulus ſubiungit quod tranſactionis nomi-
ne datur, licèt res nulla media fuerit ex illa parte, non
reperitur cùm ſi lis aliqua fuerit, hoc ipſum quod à lite
diſceditur iuſta tranſactionis cauſa eſſe videtur. Etſi ve-
rò adiecimus, *Si lis aliqua fuerit*, quomodo etiam Paulus
loquitur, non tamen caſum illum excludimus, nec ex-
cludere Paulus voluit, quo nulladum lis fuerit tempore
interpoſitæ tranſactionis, ſi modò iuſtus potuerit ſub-
eſſe metus futuræ litis. Quid enim hac parte poteſt in-
tereſſe an lis præſens ſit, an futura? An non perinde du-
bia res eſt de qua metui lis iuſta poteſt? Cur verò de lite
hic loquimur, niſi vt ſignificemus dubiam eſſe rem &
incertam de qua tranſigitur, quia nec de alia re fieri
tranſactio poteſt, in eóque præcipuè diſtat à pacto? *l.* 1.
3 *D. de tranſact.* † Nam & inde eſt quòd ſi per euiden-
tem calumniam lis inſtituta proponatur, non eo magis
tranſactio valet *d. l. in ſummu*, §. 1. Tunc enim per eui-
dentem calumniam inſtituta lis, dicitur, cùm dubitandi
ratio nulla fuit quæ litis non calumnioſæ materiam præ-
bere poſſet. A quo caſu differt ille cùm dicis cauſa mo-
uetur lis, & perfunctoriè ad hoc vt tranſactioni ſolum
color fictus quæratur inter aliquos in alterius necem col-
ludentes Huiuſmodi nemque tranſactió per colluſionem
nó per calumniam facta dici debet. Quæ per calumniam
fit id agit vt damnum irroget ei perſonæ cum qua tran-
ſigitur. Quæ per colluſionem dolum vtriuſque tranſi-
gentis habet, vt tertio damnum inferatur. Neutra valere
debet, quia quod dicis cauſa hoc eſt perfunctoriè ac ſi-
mulate fit, ſemper pro infecto habendum eſt *l. 4. D. com-
mod. l. 1. §. excuſantur 34. D. ad SC. Silan. l. ſi ex pretio 7.
C. ſi cer. pet.* Et eæ demum tráſactiones valent & ratæ ha-
bentur, quæ nec vi nec dolo, ſed ſponte ac bona fide fa-
ctæ ſunt *l. fratris 10. l. præſes prouinciæ 12. & ſeq. l. ſub
4 prætextu inſtrumenti* 19. *C. de tranſact.* † Sed quod ſequi-
tur apud Imp *in d. l. 2. ex qua cauſa ſi fiſco ſoluiſſes repete-
re non poſſes, & ſi non ſoluiſſes tamen iure conuenireris*,
quem ſenſum habeat difficile eſt explicare. Quid enim
propoſita ſpecies aut quæſtio commune habeat cum iure
fiſci, vt hic de fiſco tractari oporteat? Nihil prorſus,
niſi cum Accurſio & recentioribus nonnullis Accur-
ſium ſecutis ſuppleas ſucceſſiſſe fiſcum ſorori cum qua
frater tranſegerat. Quod tamen nec ſine diuinatione ſup-
plere poſſis cùm in præcedentibus nihil ſit ex quo poſſis
id conijcere, at ne quidem ſororis mortem aut damnatio-
nem ſuſpicari, nec rurſum cauſa aliqua fuerit propter
quam de fiſco potius quam de alio herede quolibet agi
oporteret. † Illud verò longè improbabilius eſt quod Hu- 5
go Donellus, terſus alioquin & elegans Iureconſultus
ſcripſit tractatu de fiſco ex hypotheſi, vt etiamſi is ſorori
ſucceſſiſſet aliqua ex cauſa, non eo minus tranſactio
valere deberet atque efficax eſſe tam ad agendum quam
ad retinendum. Cur enim putaremus deteriorem eſſe de-
bere hac parte conditionem fiſci, quàm alterius cuiuſlibet
ſucceſſoris, cùm in cæteris ferè omnibus melior eſſe ſolet. 6
† Quod verò Iacobus Cuiacius lib. 9. Obſeru. c. 24. hanc
legem intelligit de viceſima hereditatis quæ fiſco ſolue-
batur, nihil minus quàm probabile eſt. Non enim ſol-
uebatur cùm de parentum hereditatibus, vt in propoſi
ta ſpecie inter fratrem & ſororem agebatur: propterea
quod eiuſmodi hereditates parentum ex ipſorum toto,
iuréque naturali liberis debitæ crederentur. Qua etiam
ratione lex Iulia de caducis erubuerat iugum imponere
liberis ad tertium vſque gradum vt Iuſtinianus teſtatur
in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* † Dicendum igitur eſt men- 7
dum magnum, ſed quod facilè ex literarum ſimilitudine
conſtari potuit in verba legis irrepſiſſe, & pro *fiſco* repo-
nendum eſſe *illico*. Hoc ſenſu vt cautio & promiſſio fa-
cta certæ quantitatis ex cauſa tranſactionis condici nul-
lomodo poſſit, quia ſiue illico ſoluta fuiſſet ea quantitas,
repeti poſtea non poſſet, ſiue ſoluta non eſſet, peti vtiliter
poſſet ac ſine vllius exceptionis metu. Conſequens igitur
eſt vt obligatio etiam vtiliter facta contractáque intelligi
debeat, ob idque nec condici poſſit, quomodo poſſet
vtique ſi vel ex nulla vel ex falſa vel ex iniuſta cauſa fra-
ter ſorori caueſſe proponeretur. Tam aperta verò eſt hæc
emendatio, & prima etiam fronte tam probabilis, vt in
ea comprobanda diutiùs immorandum nobis eſſe non
arbitremur.

CAPVT V.

Emendatio l. hæc Scriptura 26. D. de cond. & demonſt.

SVMMARIA.

1 *Scripturam illam initio legis propoſitam non vnam conditionem duas partes habentem, ſed duas conditiones continere.*
2 *Cuiacij ad eandem ſcripturam emendatio.*
3 *Proponitur ſimplex conditio duas partes habens.*
4 *Quomodo ſimplex illa conditio*, ſi iurauerit ſe aliquid facturum, *duas partes habere poſſit?*
5 *Vnica illa conditione*, ſi iurauerit ſe monumentum facturum, *duas partes contineri.*
6 *Res aliarum legum exemplis illuſtratur.*
7 *Conuenientia* d. l. hæc ſcriptura *cum* l. 8. §. quoties, ff. de condit. inſtit.
8 *Confirmatio emendationis à Cuiacio ſuperimpropoſita.*
9 *Verba illa*, ſi iurauerit ſe decem daturum, aut monumentum facturum, *exemplu vnius eiuſdemque conditionis eſſe.*
10 *Cur in* d. l. ſcriptura *Iulianus diſtinguat, an duplex conditio ſit, an vna tantum quæ duas habeat partes.*
11 *Duplici conditione disiunctim & alternatiue adſcriptu, ſufficere ſi alterutru impleatur.*
12 *Inſtitutum ſub duabus his alternatiuis conditionibus*, ſi Titio decem dederis aut iuraueris te coniugem tuam occiſurum, *hac à Prætore remiſſa, heredem eſſe poſſe licet alteram non impleuerit.*
13 *Explicatur* §. ſi quis ſub iuriſiurandi, l. quæ ſub conditione, ff. de condit. inſtit.
14 *Longe diuerſam eſſe præcedentis paragraphi rationem.*

15 *Sine*

15 *Siue duæ conditiones coniunctim iuncta ſint, ſiue vna tantùm duas habens partes, vel vtramque conditionem, vel conditionis partem aut impleri aut remitti oportere.*

1 VVlgata † lectio ſic habet, *Hac ſcriptura*, ſi viginti
dederit aut iurauerit ſe aliquid facturum *vnam conditionem exprimit habentem duas partes.* Hoc verò falſum eſt. Duplicem enim conditionem hæc ſcriptura exprimit, non vnam habentem duas partes. Prior conditio illa eſt *ſi dederit viginti.* Poſterior autem diſiunctim & alternatiuè ſubiuncta *ſi iurauerit ſe aliquid acturum.* Idque iam ante nos Iacobus Cuiacius lib. 5. Obſer. ca. 1. feliciſſimè & ingenioſiſſimè, vt alia penè innumera obſer-
2 uauit. † Mendum tamen vulgatæ lectionis non ſatis feliciter vt arbitror, emendauit. Putat enim ſic legendum, *ſi iurauerit ſe viginti daturum, aut aliquid facturum.* nec animaduertit quod meo iudicio per ſe notiſſimum eſt, hoc quoque caſu duas eſſe conditiones non vnam duntaxat quæ duas partes habeat. Etſi enim tota hæc clauſula non niſi vno verbo *iurauerit*, vnicóque articulo illo *ſi*, qui conditionem facit perficitur, idem tamen verbum tacitè repetendum eſt, idémque articulus, vt non minùs ſecunda quàm prima conditio bonum habeat ſenſum. Quid enim refert an ſcriptura ita vti ex Cuiacio diximus concepta ſit, an hoc potiùs modo *ſi iurauerit ſe viginti daturum, aut ſi iurauerit ſe aliquid facturum?* An non idem vtriuſque formulæ ſenſus eſt? Et tamen quis negauerit poſteriore ſcriptura duas exprimi conditiones? Ergo & priore; noua igitur formula verborúmque conceptio quærenda eſt per quam fiat vt verè dici poſſit non duas eſſe conditiones, ſed vnam duntaxat, quamuis duas ha-
3 bentem partes. † Eam verò facilè inueniemus ſi ſic legemus *ſi iurauerit ſe aliquid facturum.* Nemo enim dixerit his verbis tam ſimplicibus & præciſis duas conditiones vllo caſu, vllóque modo contineri. Vna tantùm eſt quam nec paucioribus verbis exprimere poſſis. In eóque non puto quenquam reperiri poſſe adeò imperitum qui à me
4 ſit diſſenſurus. † Sed facilè omnes quærent quomodo aut quo ſenſu poſſit fieri vt hæc conditio tam ſimplex duas partes habeat. & quænam illæ ſint. Hoc enim vnum eſt quod antiquum interpretem primùm fefellit, & vt ita dicam, coegit, vt perelegans Iuſtiniani reſponſum corrumperet, additis præcedentibus illis, *ſi viginti dederit*, ſubiuncto etiam articulo diſiunctionis *aut*, non animaduertens ſecundum iſtam emendationem fieri non duas partes vnius eiuſdémque conditionis, ſed duas, vt diximus, conditiones. Id etiam proculdubio fuit quod aſſequi non potuit vir doctiſſimus, vt ſublato mendo quod non erat obſcurum, reſtitueret veram lectionem, & quod è
5 contrario fecit vt in eundem impegerit errorem. † Cùm tamen nihil apertius aut verius ſit, quàm vnica illa conditione *ſi iurauerit ſe monumentum facturum.* duas partes contineri. Quarum vna illa eſt iurauerit, altera, ſi monumentum fecerit. Nam qui iurat ſe monumentum facturum, hoc primùm facit quòd ſe obligat vt faciat monumentum: Illud deinde quod adhibet iuſiurandum, vt fortiore vinculo muniat obligationem. Similiter is cui relictum aliquid eſt ſub vnica iſta & ſimplici conditione *ſi iurauerit ſe monumentum facturum*, de duobus iuſſus intelligitur, de illo primùm vt faciat monumentum,
6 deinde etiam de illo vt iuret ſe facturum. † Quod etſi naturalem habet intellectum, probari tamen non inelegantèr poteſt ex *l. Celſus 23. §. 1. D. de recept. arbitr.* vbi Vlpianus ex Celſo contra Proculum ſcribit, Si arbiter iuſſerit me tibi centum dare intra Cal. Ianuar. proximas, & tu valetudine aut iuſta alia de cauſa fueris impeditus, ne accipere potueris me offerente, poſtea verò te parato accipere dare nolim, pœnam me debere. Duo enim eſſe arbitri præcepta, id eſt, vt nemo non videt interpretandum eſſe, iſtius præcepti quod re vera vnum duntaxat eſt duas eſſe partes, vnam *pecuniam dari*, alteram, *intra Calendas dari.* Et ideò quamuis in pœnam non commiſerim ex ea parte qua intra Calendas non dedi, quia per me non ſtetit, tamen nunc me committere ex ea qua non do ſi tu accipere ſis paratus. † Sed ad propoſitum noſtrum 7
multò accommodatius eſt, quod idem Vlp. ſcribit in *l. qua ſub conditione 8. § quoties, de condit. inſtit.* quoties iurare heres iubetur daturum ſe aliquid vel facturum quod non improbum ſit, non aliter debere actiones habere hereditatis, quàm ſi dederit vel fecerit id quod erat iuſſus iurare. Hoc enim cur ita? Niſi quia quod iuſſus erat iurare daturum ſe vel facturum, idipſum multò magis & in neceſſarium antecedens dare vel facere iuſſus erat? Et verò hoc ipſum quoque eſt, aliud verò prætera nihil quod Iulianus tractat in *d. l. hac ſcriptura*, cùm ſtatim poſt primam clauſulam de cuius emendatione diſputamus, ſubiicit in hæc verba, *Quare quicunque heres ſcriptus erit ſub conditione ſi iurauerit ſe decem daturum, aut monumentum facturum, quominus verbis edicti ad hereditatem vel legatum admittatur, tamen cõpellitur facere id quod facturum ſe iurare iuſſus eſt, ſolo iureiurando remiſſo.* Nimirum ſi id quod facere iuſſus eſt, improbum non ſit, vt Iulianus ex Vlpiano intelligatur & ſuppleatur. Alioqui vtrumque ſimul remittit prætor & iuſiurandum, & iuſſum faciendi, nec magis cogitur heres cui faciendi conditio adſcripta eſt, facere quàm iurare. † Dices ſupra 8
ſcriptis illis Iuliani verbis, *ſub conditione ſi iurauerit ſe decem daturum aut monumentum facturum*, Cuiacij emendationem apertiſſimè confirmari, cùm ea ipſa verba ſint, quæ putat ille in principio legis eſſe reponenda. Nec ſanè dubito quin hac potiſſimum ratione motus is fuerit, vt legem ſic emendaret. † In eo falſus & deceptus 9
euidenter, niſi fallor ego ſtupidiſſimè, quòd ea verba *ſi iurauerit ſe decem daturum, aut monumentum facturum* pro vnico propoſitæ conditionis exemplo accepit, quæ proculdubio exempla ſunt eius conditionis & ſcripturæ, de qua cum Iuliano tractauimus. Vnum, *ſi iurauerit ſe de decem daturum*, Alterum, *ſi iurauerit ſe monumentum facturum.* Quibus duobus exemplis Iulianum vti conueniens fuit, vt oſtenderet nihil hac parte inter dandi & faciendi obligationes intereſſe, quod & ab Vlpiano factum eſt in *d. §. quoties.* Sed nondum bene & omnino Iulianus explicatus eſt. † Quæret.n. aliquis fortaſſe, 10
cur diſtinguit Iulianus an duplex conditio ſit, an vna tantùm quæ duas habeat partes? Reſpondeo, quia cum duntaxat conditio eſt duas partes habens, vtraque pars eſt implenda, ſi non altera edicto prætoris remittatur. Eſt enim proprium illud cuiuſlibet conditionis, vt ſit indiuiſibilis, & conſequenter in totum implenda, nec proficiat illam fuiſſe impletam ex aliqua parte, niſi cum ex coniectura voluntatis diuiſio conditionis induci poteſt *l. cui fundus 56. eod. tit. de cond. & demonſt.* Ergo in propoſita ſpecie quamuis iuſiurandum remittat prætor, atque ita faciat ne is qui iuſſus erat iurare ſe decem daturum, cogatur implere conditionem ex ea parte qua iurare iuſſus fuit, non eo minùs tamen cogitur decem dare, & ex hac parte parêre conditioni, quoniam vnica conditio eſt, quæ licèt pro impleta habeatur, ex qua parte à prætore remittitur, quia tamen non in totum, ſed pro parte duntaxat remittitur, neceſſariò implenda eſt quatenus non eſt remiſſa. Alioqui diuideretur, & ſufficeret impleri eam pro parte contra iuris noſtri rationem. † At cùm duplex conditio eſt, ſi non vtraque 11
coniunctim adſcripta ſit, ſed diſiunctim, & vt loquuntur, alternatiuè, conſtat ſufficere vt alterutra impleatur, ac proinde quod eſt conſequens, etiam ſufficere vt alterutra prætoris edicto remittatur, ſiquidem quæ remittitur, licèt pro non implenda verius quàm pro impleta habeatur, vt alibi ſcripſimus ex *l. ſi facta 36. §. ſub conditione. D. ad SC. Trebell.* non minus tamen ei cui adſcripta fuerat prodeſſe debet ne alteram conditionem præciſè implere compellatur, quàm ſi ea quæ remiſſa eſt, & implenda fuiſſet & impleta. Aliter enim poſito iure fieret vt quæ nõ

niſi

niſi eius gratia fit remiſſio, ipſi noceret. Itaque ſi fingas heredem reſtituturum ſub duabus his alternatiuis conditionibus, *l. ſi Titio decem dederis, aut iuraueris te Mæuiam coniugem tuam occiſurum*, dubitandum non eſt quia heres futurus ſis, etiamſi Titio non dederis decem, quia non ſub illa tantùm conditione dandorum Titio decem ſcriptus fuiſti, ſed ſub alia etiam, quam ſufficit à prætore remiſſam eſſe in totum id eſt, non tantùm quod ad iuſiurandum, ſed & quod ad factum de quo iurare iuſſus eras, vt ad tuum commodum pro impleta habeatur, hactenus ſaltem ne aliam præcisè implere cogaris, quæ diſiunctim & ſub alternatione non coniunctim fuerat adſcripta, *l. ſi heredi plures* 5. *D. de condic. inſtit.* Perinde igitur heres eſſe poteris, etiamſi des Titio nihil, acſi & iuraſſes te coniugem tuam occiſurum & ſubinde occidiſſes, quia non poteſt tibi imputari cur vel hanc conditionem non impleueris quæ fuit contra leges & bonos mores, vel aliam dandorum Titio decem, quæ quamuis fuerit licita, non ſic tamen iniuncta tibi fuit vt eam omnimodo & præcisè implere debueris, cùm idem teſtator arbitrium tibi dederit, non implendi, adie-
13 cta conditione alia, eáque alternatiua. † Idque eſt quod idem Vlpian. ſcribit in *d. l. qua ſub conditione. § ſi quis ſub iuriſiurandi. De cond. inſtit.* Si quis ſub conditione iuriſiurandi ſit inſtitutus, aut ſi decem dederit, hoc eſt alternata conditione, vt aut pareat conditioni, aut iuret, poſſe quidem dubitari nunquid remitti ei conditio non debeat, quia poteſt alteri conditioni parendo eſſe ſecurus, ſed eſſe verius remittendam conditionem, ne inquit, alia ratione alia conditione eum vrgeat ad iuſiurandum puta, quòd fortè ita ſit effectus vt facilius ſit iuraturus quàm decem daturus. Ex qua ratione apparet, quod lex ait *remittendam conditionem*, non de ſola iuriſiurandi conditione intelligi debere, ſed conditione ipſa alternata, de qua & ſingulari numero. Vlpian. loquitur, quia cùm alternatiuam conditionem dicimus, licet in numero ſingulari, omnes conditiones quotquot in alternatione ſunt ſignificamus, quaſi vnius appellatione includendas ob id quòd vna eadémque cõditionis clauſula & formula continentur. Porro alternatam conditionem remitti nihil aliud eſt quàm eum cui duplex illa conditio alternatiua
14 fuerat adſcripta neutram implere compelli. † Longè diuerſum eſt quod idem Vlpian. in eadem lege ſcribit in §. præcedente. Si quis ſub iuriſiurandi conditione, & præterea ſub alia ſit inſtitutus, magis quidem eſſe vt ei remitti debeat conditio iuriſiurandi, ſed non eò minùs cogendum illum vt alij pareat conditioni. Habet enim id rationem illam, quòd hoc caſu duplex conditio fuerat adſcripta coniunctim non ſeparatim: ita vt proinde vtramque impleri oportuiſſet, ſi non altera remiſſa fuiſſet *d. l. ſi he-*
15 *redi plures.* † In ſumma nihil refert quod ad propoſitam quæſtionem, An duæ ſint conditiones, ſi modò coniunctim fuerint iniunctæ, An vna tantùm duas habens partes, quia vtroque caſu vtramque ſiue conditionem, ſiue conditionis partem, aut remitti neceſſe eſt aut impleri, aut ſi alterius tantùm remittendæ ratio ſubſit alteram impleri. Sed multum refert an vna tantùm conditio ſit duas habens partes, an duæ conditiones alternatiuæ, quoniam priore caſu remiſſa vna tantùm conditionis parte, altera pars implenda eſt. Poſteriore verò alterutram remiſſam eſſe ſufficit, vt neutra impleatur, quia & ad extinguendam eam quæ non eſt remiſſa, ſufficeret impletam ſolùm alteram quæ à prætore remiſſa fuit.

Capvt VI.

Corruptum fuiſſe à Triboniano reſponſum Marciani in l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum. De legat. 1.

SVMMARIA.

1 *De quæſtione tractata in* d. §. apud Marcellum.
2 *Locum illum a Triboniano deprauatum & corruptum fuiſſe.*
3 *Emendatur verſiculus*, & ait Marcellus.
4 *Vera ratio propter quam in* d. §. ſi legatarius, *qui fundum reſtituere & centum ex fructibus quos ex eo fundo percepiſſet Titio ſoluere rogatus eſt, confeſtim poſt acceptum legatum moriatur, fideicommiſſum extinguitur.*
5 *Eam ſpeciem à Marcello non tractari, in qua centum ex fructibus fundi legati à ſe percipiendis legatarius Titio ſoluere iuſſus ſit.*
6 *Obiectio aduerſus ſuperiorem emendationem.*
7 *Pecunia fideicommiſſum in prima parte diſtinctionis.* d. §. *in tempus mortis legatarij collatum fuiſſe.*
8 *In ſecunda diſtinctionis parte Marcelli ſententiam à Triboniano impugnatam fuiſſe.*
9 *Illa Triboniani ſententia & reprehenſio rationibus refutatur.*
10 *Ad verba illa eiuſdem paragraphi*, certè erit legatarius audiendus. &c.
11 *An is cuius fidei teſtator commiſit vt Titio centum daret liberari poſſit ſi fundum ſibi legatum & Titio tandem reſtituendum præſtare malit quam pecuniam.*
12 *Examinatur Marcelli ſententia verbis illis expreſſa*, ait Marcellus confeſtim, &c.
13 *Triboniani manus* in d. §. apud Mercellum *obſeruatur.*

Marcianus † in *l. filiusfamilias* 114. §. *apud Marcel-* 1
lum. De legat. 1. refert apud Marcellum agitatam fuiſſe talem quæſtionem. Quidam, inquit, ab eo cui fundum legauerat, fideicommiſerat vt eum fundum poſt mortem ſuam Sempronio reſtitueret. Eiuſdem præterea legatarij fidei commiſerat vt centum Titio daret. Quæritur quid iuris ſit. Et ait Marcellus ſi legatarius poſt tantum temporis deceſſiſſet, vt ex fructibus centum fierent, Titium centum accepturum, ſin poſt acceptum legatum confeſtim deceſſiſſet legatarius, Titij fideicommiſſum extingui, quia placet non plus poſſe quem rogari reſtituere quàm ei ſit relictum. Sed ſi Titij fideicommiſſum non eſt in tempus mortis legatarij collatum, confeſtim fideicommiſſum Titio dandum, ſed cautione exacta quanto amplius cœperit reddi. Quam cautionem ita committi, ſi prius legatarius deceſſerit, quam ex fructibus centum perciperet. Atque ita Marcellum ſcripſiſſe non dubito, ipſiúſque ſententententiam à Marciano probatam fuiſſe, vtpote quæ & iuris rationi conueniens ſit,
& voluntati teſtatoris. † Sed tamen quantopere corrupta 2
& deprauata ſit à Triboniano (quis enim vnquam interpres tam multa de ſuo addere auſus fuiſſet?) ex eo apertiſſimè liquet, quòd ex cæteris omnibus, quæ in legis contextu leguntur, nihil prorſus eſt quod cum aliquo iuris
colore poſſis tribuere aut Marcello, aut Marciano. † Pri- 3
mùm in illis verbis: *Et ait Marcellus, ſi Titio teſtator centum ex fructibus, quos viuus legatarius perceperit, reliquerit, & legatarius poſt tantum temporis deceſſiſſet. &c.* apparet non potuiſſe ita ſcribere Marcellum, quin propoſitæ a ſeipſo quæſtionis ſpeciem variaret, quod tamen nemo dixerit ab eo factum eſſe in reſpondendo ad propoſitam ipſam quæſtionem. Eſſet enim id hominis parum conſiderati nec ſibi ſatis conteſtantis, aut ad id quod ageret,

agerer, bene attendentis. Nam in proponenda facti ſpe-
cie, nihil aliud Marcellus expreſſerat, niſi quod eiuſdem
legatarij qui fundum ſibi legatum reſtituere Sempronio
iuſſus erat, teſtator fidei commiſerat vt Titio quoque cen-
tum daret: non additis verbis illis, *ex fructibus quos ve-
rus legatarius percepiſſet*. Itaque circumſcriptis interme-
diis omnibus ſic lego: *Et ait Marcellus ſi legatarius poſt*
4 *tantum temporis deceſſiſſet*. † Alioqui ſi poneres iuſſiſſe
teſtatorem vt centum illa ſoluerentur Titio ex fructibus
quos viuus legatarius ex fundo ſibi legato percepiſſet,
confeſtim verò poſt acceptum legatum deceſſiſſe legata-
rium, perinde quidem verum eſſet, quod Marcello pla-
cuit Titij fideicommiſſum extinctum fore, ſed non ra-
tione illa quam Marcellus probauit, quòd nemo poſſit
rogari plus reſtituere quàm ei relictum ſit. At illa potiùs
quod eo caſu fideicommiſſum Titio relictum eſſet con-
ditionale, ſi aut quatenus ex fructibus fundi legati tan-
tundem legatarium percipere contingeret, quæ condi-
tio ſicuti deficeret legatario ante tot fructuum percep-
tionem defuncto, ita & defecta ſemel non pateretur va-
lere fideicommiſſum quod ſub ea relictum eſſet *arg. leg.
defuncta* 58 §. 1 *ff. de v. ufr. leg. ſi debitor* 39. §. *veriſimile.
ff. de contr. empt. leg. ſcribit* 34 §. *vltimo, ff. de aur. & arg.
leg iunct. leg. Stichum* 6 *de legat* 1. Proinde non eſſe quæ-
rendum, An valeret, necne fideicommiſſum Titij ſupra
quam legatario relictum eſſet, quia nec fideicommiſſum
vllum datum intelligitur, quoties defecit conditio ſub
qua datum fuit. Ob idque etiam ita poſito iure vt qui ea
legato accepiſſet centum, poſſet onerari in ducentis, quod
falſum eſt, non eo magis tamen fideicommiſſum hoc
Titio deberetur, tanquam nec datum. Atqui ratio Mar-
celli oſtendit ſummum omnino, vt deberetur, niſi fieret
indebitum idea eo ſolo, quòd regula iuris non patitur, vt
5 quis in plus oneretur quàm acceperit. † Fatendum igitur
eſt non eam ſpeciem à Marcello tractari, in qua iuſſus
ſit legatarius centum ſoluere Titio ex fructibus fundi
legati à ſe percipiendis, ſed in qua ſimpliciter iuſſus ſit
Titio dare centum. Nec pugnat quod cæteris verbis re-
tentis admittimus Marcellum ſcripſiſſe, *ſi legatarius poſt
tantum temporis deceſſiſſet vt ex fructibus centum fierent*.
Non enim ideò conſequens eſt vt ea centum ex fundi
fructibus ſolui præceperit teſtator, cùm ea verba Mar-
celli ſint non teſtatoris, lógéque aliud ſit de ea fructuum
perceptione tractare quam teſtator ipſe in fideicom-
miſſi conditione poſuerit, aliud verò de fructibus quos
à legatario perceptos eſſe contigerit, ita vt ex iis centum
6 Titio ſoluere nullo ſuo incommodo poſſit. † Dices ſi ea
verba in præcedentibus, ex quo poſſit colligi eam ſpe-
ciem à Marcello tractari in qua voluerit teſtator non niſi
poſt legatarij mortem Titio centum præſtari. Præceden
tia enim ſimpliciter ita ſcriptum habent, *eiuſdem lega-
tarij fidei commiſerat vt Titio daret centum*, nulla mortis
7 legatarij facta mentione. † Et hoc quoque eſſe potius
ni fallor, quod Tribonianum decepit. Nam ſecunda di-
ſtinctionis pars ſic concepta, *ſed ſi Titij fideicommiſſum
non eſt in tempus mortis legatarij collatum*, cogit nos fateri
in prima diſtinctionis parte tractatum fuiſſe caſum il-
lum quo fideicommiſſum pecuniæ relictum Titio in
tempus mortis legatarij collatum proponeretur. Ac ſanè
ita eſt. Potuitque Marcellus idipſum colligere non obſcu
rè ex eo quòd fideicommiſſum illud pecuniarium Titio
relictum fuerat, immediatè poſt fideicommiſſum fundi,
Sempronio datum. Porro legatarius non niſi poſt mor-
tem ſuam fundum ſibi legatum Sempronio reſtituere iuſ-
ſus erat. Quidni ergo eadem clauſula inſequenti fidei-
commiſſo repetita intelligeretur? *arg. l. ſi mihi & tibi* 12.
§. *vlt. l. talis ſcriptura* 30. *in fin cum ſequenti hoc titul*. Aut
cur crederemus teſtator in dubio magis adſtrinxiſſe lega-
tarium in fideicommiſſo pecuniæ non legatæ, quam in
fideicommiſſo legati fundi? Nihil igitur neceſſe eſt ver-
ba, quæ nos delemus retinere, vt inducamus caſum il-
lum quo legatarius rogatus ſit de centum poſt mortem

duntaxat ſuam Titio præſtandis. † Quod ad ſecundam 8
verò diſtinctionis partem attinet, impugnauit Triboma-
nus Marcelli ſententiam, ſed hæſitanter ſuo more, &
ita vt facilè agnoſcas non reprehendendi animum, aut
ſtudium, ſed ſcientiæ fiduciam homini defuiſſe. Cùm
enim Marcellus ſcripſiſſet Titij fideicommiſſum in tem-
pus mortis legatarij collatum non eſſet, Titio confeſtim
dandum eſſe, ſed exacta priùs cautione, quanto ampliùs
cœperat reddi, eamque cautionem ita committi ſi prius
legatarius deceſſerit, quàm ex fructibus centum perci-
peret, noſter ille Tribonianus ſubtilem agens ſub nomi-
ne Marciani, *ſed vix eſt*, inquit, *vt legatarium ex rediti-
bus volunt ante dare quam fructus legatarius percepiſſet*. †
9 Quis verò tibi dixit Triboniane voluiſſe teſtatorem hunc
dari Titio centum ex reditibus fundi legati? An fortè
Marcellus cùm in prima diſtinctionis parte ſcripſit, *ſi
legatarius poſt tantum temporis deceſſiſſet vt ex fructibus
centum fierent*. Atqui iam diximus non eſſe teſtatoris
verba illa, nihilque ex iis inferri poſſe. Quod ſi nihil fuit
apud Marcellum, neque in proponenda facti ſpecie, ne-
que in reſpondendo ad propoſitam quæſtionem, ex quo
potueris conijcere teſtatoris voluntatem eam fuiſſe, vt
non niſi ex fundi reditibus ea centum ſoluerentur, Cur
ſupponis falſum, vt anſam tibi vltrò præbeas Marcelli
reprehendendi? An putas fortaſſe, tam ſubtilem & acu-
tum iureconſultum, qui ne Iuliano quidem pepercerit,
ignoraſſe quod nemo neſcit, eum qui ex fructibus certi
fundi aliquid præſtare iuſſus ſit, neque aliter cogendum
præſtare, quàm ſi tantundem ea fructibus perceperit,
neque plus quàm perceperit? *l. nemen debitoris* 34. §. *vni
ex heredibus, de legat*. 3. Sed à te Marcelli ſententiam
quam non intellexeris corruptam primùm pro arbitrio,
deinde ex falſi ſuppoſitione reprehenſam fuiſſe non mi-
nor. Illud potiùs miror tam audacem te qui in pruden-
tum reſponſis emendandis, aut verius deprauandis tibi nõ
temperaueris, minus tamen hic adrogaueris iudicio tuo,
quam vt reprehenſionem auſus ſis pro bona iuſtáque
ſecurus dare: *vix eſt*, inquis. Nihil ergo adfirmas. Etſi
non ignoro prudentibus noſtris eſſe familiare, vt eiuſmo-
di locutione ſententiam ſuam modeſtè inſinuent, tùm
etiam cùm affirmant. † Sed non idem tibi contigiſſe in- 10
dicat manifeſte quod mox ſubiungis, *certè erit legatarius
audiendus, ſi velit totum fundum præſtare, ſi de reſtituendo
cauetur*. Nam ſi abſolute & audacter negare potes verum
eſſe quod Marcellus dicebat, confeſtim præſtandum Ti-
tio fideicommiſſum exacta prius cautione, de qua dixi-
mus, quid attinet huic legatario electionem tribuere præ-
ſtandi, fundi pro pecuniario fideicommiſſo, ſi id malit?
An ideo fortaſſe ne magna ei fiat iniuria, ſi confeſtim vt
Marcellus volebat, & ante vllos perceptos ex fundo le-
gato fructus cogatur dare Titio centum? Atqui tutus
eſt ipſo iure, & ea ipſa etiam teſtatoris voluntate, ſi
Marcelli ſententiam vis haberi pro falſa, quæ falſiſſima
vtique eſſet, ſi ad eum caſum aptaretur, quem tu tibi
comminiſceris, quo ſcilicet ex fundi legati fructibus
centum illa ſolui debuiſſent. Nullo igitur caſu permitten-
dum eſt legatario, vt electionem illam habeat dandi pro
pecunia fundi, ſiue Marcelli ſententia vera ſit ſiue falſa.
† Et verò quis vnquam dixit, vel audiuit eum cuius fidei 11
teſtator commiſerit, vt Titio daret centum poſſe quidem
eius fideicommiſſi nomine conueniri, ſed tamen liberari
ſi fundum ſibi legatum, & alteri tandem reſtituendum
præſtare malit quàm pecuniam? An non id à iuris ratio-
ne abhorret manifeſtiſſimè? Nam ſi fideicommiſſum hu-
iuſmodi non valet, cur de fundo ipſo præſtando agimus?
Sin placet valere, cur aliud pro alio ſolui permittimus? An
quòd abſurdum ſit legatarium de ſuo præſtare centum,
vt ſubiungit Tribonianus? Immò verò longè abſurdius
eſt exiſtimare poſſe vllo caſu contingere ſecundum Mar-
celli ſententiam, vt legatarius hic de ſuo centum præſtet,
ne tùm quidem cùm ante vllos fructus perceptos, confe-
ſtim centum Titio dare cõpellitur, etiamſi addas poſtridie
illius

illius dici quo ſoluta pecunia fuerit, ipſum deceſſiſſe. Remedio namque cautionis quam exigi Marcellus voluit occurritur facilè huic periculo & iniquitati, cùm quanto plus Titius ex euentu cepiſſe reperietur, quàm ex fundi fructibus ad legatarium peruenerit, tantumdem ille heredi cuilibet legatarij ex interpoſitæ cautionis poteſtate ſit reſtituturus. Nec video qua ratione dici poſſit legatarium de ſuo ſoluere, quod non aliter pro bene ſoluto haberi poſſit, quàm ſi poſtea ex fructibus fundi legati ea ſumma conficiatur, quòdque certum ſit ante functo legatario quàm ex fructibus tantumdem redigi potuerit
12 ipſius heredi omnimodo reſtitutum iri oportere. † Dices illud ſaltem Marcelli ſententiæ conſequens eſſe, vt noſter hic legatarius de ſuo prorogет fideicommiſſum pecuniarium Titio relictum, ſi confeſtim & ante vllos fructus perceptos id ſoluere iubeatur, nec ei liceat ipſius fundi præſtatione ab eo ſe incommodo liberare. Fateor, ſed id abſurdum eſſe nego, ſiue initium inſpicias, ſiue exitum obligationis. Initio namque inſpecto, eſt quod ſibi legatarius imputet, cur legatum vltro agnouerit, quòd huiuſmodi prorogationis onere & incommodo affectum eſſe non ignorauit. Si verò quis huius obligationis exitus ſit conſideres, vtique indemnis ſeruatur legatarius remedio, vt diximus cautionis. Et pro illo modico prorogationis & repræſentationis damno quod vltrò ſubiit legatarius agnoſcendo legatum, ſperare poteſt commodum illud perceptionis futuræ fructuum, quos ſi viuet, ipſe diutius multos ampliores percipere poteſt quam quantos eſſe neceſſe ſit ad ſummam fideicommiſſi pecuniarij conficiendam. Vt proinde tanto minùs ei ſuccurrendum ſit ſi eius lucri ſpe ac veluti pretio repræſentandæ pecuniæ neceſſitatem ſibi vltro irrogauerit. Vidit enim & cogitauit damnum ſibi imminens non in re ipſa poſſe contingere, ſed tantum in tempore, lucrum verò quod ſperare potuit, non in tempore, ſed quod multò maius eſt in emolumento fructuum & in ipſa quantitate. Sed & præſentis lucri & commodi ratione moueri potuit ad legatum agnoſcendum vt quamdiu viueret fundo ipſo ſibi legato frueretur, quem multo magis quàm centum habere ſua ſciret intereſſe. Tum quoque cùm fundus non niſi centum dignus eſſet, aut ſaltem non multò pluris, alioqui eum quidem compellebat vt legatum agnoſceret? E ſi vix eſt vt prudens teſtator qui non niſi fundum alicui relinquat, eum oneret per fideicommiſſum vt, & fundum ipſum Sempronio reſtituat poſt mortem ſuam & Titio det centum, ſi fundus centum duntaxat
13 nummis dignus, aut non multò pluris ſuit. † Quæ res magis me mouet, vltimáque huius §. clauſula, vt manum Triboniani agnoſcã illo loco *maximè* ſi fundus centum vel nõ multò pluris eſt. Eſt enim mirus ille in cõquirendis iis caſibus qui vix vnquam poſſint euenire vt maiore prætextu æquitatis ſuam ſcientiam muniat, quoties melior æquitatis arbiter videri vult quam fuerint veteres Iureconſulti. Agnoſco etiam manum in verborum modis Tribonianeo more inuerſis, cùm ſcriptum video *perceperit*, pro *perciperet*. *Reliquerit* pro *reliquiſſet*. *Voluit* pro *voluerit*. *Cauetur* pro *caueatur*. Agnoſco denique eandem manum in poſtremis illis verbis *quo iure vtimur*. Fuerunt enim addenda à Triboniano vt ſententiam ſuam Marciani nomine propoſitam contraria Marcelli opinione & diſtinctione faceret potiorem. Cæterum nec Tribonianus ipſe dicere poſſit quid iis verbis voluerit ſignificare. An eius iure nos vti vt nullo caſu cogatur legatarius Titio centum ſoluere, antequam ex fructibus tantumdem elegerit? At nec Tribonianus id affirmare auſus eſt ne eum quidem cùm ex reditibus fundi ea centum fieri teſtator voluiſſet, quamuis caſus ille nullam habeat dubitationem, ne quidem apud Marcellum. An potius eo iure nos vti, vt audiendus ſit legatarius ſi malit totum fundum ſub cautionis onere præſtare quàm centum? At iam diximus eſſe id omnino alienum à iuris ratione. neque neceſſitate vlla nos vrgeri vt ad ſententiam adeò nouam decurrere debeamus, vitandi eius abſurdi gratia ne alioqui de ſuo centum ſoluere legatarius teneatur, cùm remedio cautionis ex Marcelli ſententia interponendæ poſſit & debeat indemnitati legatarij eſſe conſultum. Nihil ergo cauſæ ſubeſt cur à Marcelli ſententia & diſtinctione non minùs ſubtili quàm vera recedere debeamus.

Capvt III.

Emendatur §. ſi centum l. Imperator 70. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Summam eius legis hanc eſſe, legatarium non in plus quam ex teſtamento accepit onerari poſſe.*
2 *Ratio dubitandi in illo reſcripto Imperatoris, quod à Papiniano in principio legis refertur.*
3 *Fideicommiſſum quod a legatario relinquitur ita demum ab eo deberi ſi legatum ad eum peruenerit.*
4 *An legatarius ſi non totum, ſed partem legati reſtituere rogatus toto legato abſtinuerit, actionibus ſuis in totum, an verò pro parte cedere rogatur?*
5 *Papinianum in* verſic. quid ergo *de legatario loqui qui legato abſtinuerit, non qui legatum repudiauerit.*
6 *Legatarium, qui legatum cuius partem ex fideicommiſſo reſtituere debeat repudiauit, cogi non poſſe vt actionibus ſuis cedat.*
7 *Cur legatarius etiamſi legato abſtinuerit, ſuas tamen actiones fideicommiſſario præſtare cogatur?*
8 *Legatarium, ſi legatum perceperit non amplius ex cauſa fideicommiſſi ſoluere cogendum eſſe, quàm recepit.*
9 *Pecuniario fideicommiſſo eum demum grauari poſſe qui pecuniam aut aliquid eiuſdem generis ex teſtamento conſecutus eſt.*
10 *An, ſi centum legatis legatarius ducenta reſtituere rogatus ſit, fideicommiſſum ad ſummam vſque legatam valeat, an verò inutile ſit?*
11 *In maiore ſumma minorem ſi non formaliter, ſaltem virtualiter ineſſe.*
12 *Quarum vſurarum additamentum debeatur, ſi poſt tempus fideicommiſſum relictum ſit?*
13 *An ſi ex legato legatarius magnum aliquod emolumentum perceperit, illud fideicommiſſario poſt tempus reſtituere cogatur.*
14 *Cur legatarius, qui pecunia acceptâ rem propriam maioris pretij reſtituere rogatus eſt, non audiatur, ſi legato percepto computare velit?*
15 *Aliud obtinere ſi quantitas cũ quantitate cõferatur.*
16 *Dictum legatarium audiendum eſſe, ſi quod legati nomine percepit fideicommiſſario offerat.*
17 *Emendantur vltima verba §. 1. d. l.* Imperator. *& eorum ſenſus proponitur.*

QVod † ſup. c. diximus ex Marcello, Non poſſe quem 1
rogari vt ex fideicommiſſo plus reſtituat quàm acceperit, huic emendationi hoc loco ſubiiciendæ cauſam dedit. Et quamuis emendatio leuis alioquin videri poſſit, ſi ad literarum figuram magis quam ad legis ſententiam referatur, tãto maior tamen digniorq; videri debet, quanto fœdiora ſunt menda omnia quæ in Papiniani quam quæ in aliorum prudentum reſponſa irrepſerũt. Papinianus in tota *l. Imperator 70. de legat.* 2. nõ aliud agit varijs ſpeciebus & quæſtionibus propoſitis, quàm vt hoc ipſum doceat, Fieri nullo modo poſſe vt in plus oneretur le-
gatarius quam acceperit ex teſtamento. † Ac primum 2
refert Imperatoris Antonini reſcriptum quo cautum fuit vt legatarius a quo fideicommiſſum relictum eſt ſi nihil ex

ex legato acceperit, poſſit actionibus ſuis cedere nec id
ſoluere compellatur. In quo dubitandi ratio illa erat, quòd
fideicommiſſum ab initio non fuiſſet inutile, cum teſta-
tor non plus à legatario per fideicommiſſum quam ipſi
legatario per legatum reliquiſſet: quódque non deberet
fideicommiſſario nocere ſi legatum ad legatarium non
perueniſſet ſiue propter calumniam & tergiuerſationem
heredis, ſiue ex qua alia extrinſeca cauſa. Sed tamen pla-
cuit ad aliud non teneri legatarium niſi vt quas contra
heredem actiones habet eas præſtet, vt & aliàs euenire
ſolet quoties non ob aliam cauſam alteri quis tenetur
quàm quòd actiones habeat, *l. quod in diem 16 § vlt. leg.*
item veniunt 20. § at Senatus D. de petit. hered. l. quod de-
3 *letur 51 in fin. D. de pecul.* † Denique generale & perpe-
tuum eſt vt fideicommiſſum quod à legatario relinquitur
ita demum ab eo debeatur ſi legatum ad eum peruene-
rit. *l. ſi fideicommiſſum 78. De legat. 1.* Ne ſcilicet aliter
poſito iure fiat vt legatum damnoſum ſit legatario, quod
4 eſſe nunquam debet *l. ſi hereditatem 32. D. mandat.* †
Quid ergo inquit Papinianus, ſi non totum ſed partem
legati relicti reſtituere rogatus abſtinuit eo? Vtrum actio-
nibus ſuis in totum cogetur cedere, an verò nonniſi ad
eam quantitatem quæ fideicommiſſo continetur? Ratio
hoc poſterius ſuadet, quia licet nihil videatur intereſſe
legatarij qui abſtinet à toto legato, nec iniquum videri
poſſit hoc ſaltem conſequi fideicommiſſarium quod ſine
legatarij diſpendio futurum ſit *arg. l. in creditore 38. ff. de*
euict. qua fronte tamen fideicommiſſarius cui pars tan-
tum legati fundi relicta eſt per fideicommiſſum petere
poſſit actiones ſibi præſtari integras & in totum? Prius n.
ſemper de illo quærendum eſt, An & quatenus interſit
actoris, quam reſpiciendum ſit ad perſonam eius qui con-
5 uenitur, vtrum & quatenus ipſius quoque interſit.† No-
tandum autem eſt loqui Papinianum de legatario qui le-
gato abſtinuerit, non qui legatum repudiauerit. Sunt n.
iſta longè differentia, Cúmque per repudiationem amit-
tatur legatum, ita vt ei qui repudiauit nulla pro legato
ſupereſſe poſſit actio contra heredem, conſequens eſt
vt nonniſi fruſtra & inutiliter condemnari eo caſu lega-
tarius poſſit ad præſtandas fideicommiſſario actiones quas
ipſe amplius nullas habeat, vt dici ſolet de creditore cui
fideiuſſor aut mandator ſoluit nullo præcedente aut in-
continenti ſubſecuto pacto cedendarum actionum, *l. vt*
6 *fideiuſſor 39. ff. de fideiuſ. l. Modeſtinus 76. D de ſolut.* †
Nam ſi ei velis imputare cur repudiauerit legatum cuius
partem ex fideicommiſſo reſtituere debebat, non ideo ta-
men facies vt poſſit aut debeat cedere actione quam non
habet, quia impoſſibilium nulla obligatio eſt, at nec il-
lud rectius vt condemnandus ſit tantum præſtare fidei-
commiſſario, quantum ille ex actione ceſſa conſequi po-
tuiſſet, quaſi qui dolo malo & in necem fideicommiſſarij
repudiauerit legatum atque ita facto ſuo deſierit habere
quod cedere poſſet ac deberet. Nam præter id quod in-
uitus nemo legatum agnoſcere cogitur ſiue ſui ſiue alie-
ni compendij cauſa & conſequenter nihil dolo malo fe-
ciſſe videri poteſt qui iure communi vſus eſt, conſtat
etiam nihil fideicommiſſarij intereſſe, ſiquidem repudi-
ante legatario futurum eſt vt legatum remaneat penes
heredem cum ſuo onere fideicommiſſi ſcilicet à legatario
7 relicti, *l ſi ab eo 9. D. de vſufr. legat.* Dices, Cur ergo le-
gatarius condemnandus, vt etiamſi abſtinuerit legato,
ſuas tamen actiones fideicommiſſario præſtare cogatur?
Reſpondeo, quia legato abſtinere, non illud eſt, repudia-
re legatum, ſed tantùm illud non petere. Quod ipſum nõ
ſufficit vt remaneat penes heredem cum onere ſuo. Quã-
din. n. repudiatum nõ eſt peti per legatarium poteſt. Ideó-
que cùm nec interim actio vlla ſit fideicommiſſario con-
tra heredem qui non fuit rogatus, nec quicquam prohi-
beat quominus legatarius præſtet actionem quam adhuc
habet pro legato, licèt ipſum legatum non habeat, dixi-
mus eſſe illum condemnandum ad hoc ſaltem vt eas ipſas
8 actiones quas habet præſtet.† Quid ſi legatum percepe-

rit? Non amplius ex cauſa fideicõmiſſo ſoluere cogendus
erit, quàm recepit, vt Papinianus ait. Nec n. poteſt ei im-
putari cur legatũ agnouerit quod ſciuit aut ſcire potuit
plus incõmodi, quàm commodi habiturum. Cum è con-
trario ſcire & credere debuit, ita iure cõparatum eſſe vt
grauari legatarius nunquã per fideicommiſſum poſſit ſu-
prà quàm ex legato perceperit, & in ſuperfluo prorſus eſt
inutile fideicommiſſum. *§. hoc ſolum, inſtit. de ſing. reb. per*
fideic. relict. l. 1. § ſi is qui quadringenta l. ex facto 17. § nõ
tantum. D. ad S.C. Trebell. Licet n. recipiendũ non eſt vt
cui nihil dederis eum rogando obliges, *l. ſed etſi 6. in fin.*
de legat. 3. l. ab eo 9. C. de fideic. ita nec vt in plus eũ obli-
ges quã ipſi dederis.† Adeò vt etiamſi magnum aliquid à 9
te acceperit quod tamen pecuniariã æſtimationem nullã
recipiat, puta libertatem, nullo tamen fideicõmiſſo pecu-
niario grauari poſſit, *l planè ſi filium 94. §. vlt. D. de legat.*
1. Ne alioqui paulatim dici poſſe incipiat, cogendum eũ
præſtare fideicommiſſum quantæcunque quantitatis, ob
id ſolum quod ab eodem teſtatore acceperit rem infinitæ
æſtimationis, cuiuſmodi eſt libertas *l. non eſt ſingulis 176*
§ infinita. De reg. iur. Quo etiam pertinet quod ſcriptum
eſt *in l. non amplius 26. De legat. 1.* non amplius legato-
rum nomine videri ad quemquam perueniſſe quam ſu-
pererit deducto etiam eo quod implendæ conditionis cau-
ſa præſtare iuſſus fuit.† Inde Papinianus quærit, ſi cen- 10
tum legatis rogatus ſit legatarius duplum reſtituere, hoc
eſt ducenta. An valeat fideicommiſſum ad ſummam vſ-
que legatam, an potiùs inutile ſit in totum, tanquam
quod neque valere poſſit eo modo quo teſtator noluit,
obſtante nimirum iuris ratione: Neque eo rurſum mo-
do quo poſſet quia teſtator noluit. Numerus. n. ducento-
rum, quem ex fideicommiſſo relictum ponimus, vni-
cus numerus eſt, qui non niſi ducenteſimi nummi vni-
tate perficitur, ea q́ue formam ſuam accipit, ſi philoſo-
phis vt par eſt credimus. Sed tamen magis probat Papi-
nianus, vt ad ſummam vſque legati videatur fideicom-
miſſum conſtituiſſe. Sic enim legere malo, quam vt vulgo
conſtituiſſe, etſi vulgata quoque lectio defendi non in-
commode poteſt eo ſenſu vt teſtator qui centum legatis
reliquit à legatario ducenta, multò magis ad centum ſal-
tem vſque fideicommiſſum reliquiſſe intelligatur. † Nã 11
& illud quod paſſim ſolemus dicere in maiori ſumma mi-
norem ineſſe ſi non formaliter vt aliquid philoſophis lar-
giamur ſaltem virtualiter & in effectu *l. 1. § ſi ſtipulanti*
D. de verb. oblig. at. l. cum furti 9. D. de in lit. iur. diem pro-
ferre 27. § ſi plures. De recept. qui arbitr. l. quoties 9. § ſed
ſi maiorem D. de hered. inſtit. In dubio autem ſi de legati
viribus quæratur, ea potiùs interpretatio capienda eſt
quæ faciat vt legatum valeat, quàm vt pereat, cùm & ea
credatur fuiſſe voluntas teſtatoris *arg. l. 3. D. de teſt. m.*
milit. l. Lucius 88. alias l. codicillis. §. vlt. D. de legat. 2. † 12
Subiicit Papinianus *Si autem poſt tempus fideicommiſſum*
relictum ſit, vſurarum duntaxat additamentum admittetur.
Quarum verò vſurarum? An fortè quas legatarius ipſe ab
herede perceperit? Minimè. Non enim ponimus factam
eſſe ab herede moram in legato ſoluendo, legati autem
vſuras certum eſt niſi à die moræ nullas deberi vt nec fi-
deicommiſſi *l. Titia Seio 87. §. vſuras & l. ſi quis ſeruo 84.*
eod. tit. De legat. 2. l. 3. in prin. D. de vſur. An potius quas
legatarius perceperit ab alio quàm ab herede, vt puta
ab eo cui pecuniam ſibi legatam ſolutamque dederit
per aliquot annos vtendam? Ne id quidem. Quid enim
ſi in arca & otioſam ſemper eam penes ſe habuerit? Vtri-
que non eo minus fideicommiſſum certæ quantitatis
vſurarum additamento augebitur, Id eſt ita vt fidei-
commiſſum iſtud præſtare legatarius teneatur, non tan-
tùm ad eam vſque quantitatem quæ fuit legata, ſed com-
putato etiam commodo quod ex medij temporis inter-
uallo accedere legatario potuit, licèt re vera nul-
lum acceſſerit. Itaque ſi ponas eum cui legata fuerunt pu-
re centum, rogatum eſſe ſibi poſt decenniũ reſtituere du-
centa, medio autẽ tempore ſiue ex vſu ſiue ex vſuris legati

potuiſſe eum conſequi quin quaginta, neque cẽtum duntaxat reſtituet quamuis centum duntaxat ſint in legato, neque ducenta ne plus ei damni adferat lagatum, quàm commodi, ſed centum & quinquaginta. Quoniam ſi non ex ipſo legato ſolo, ſaltem occaſione legati tantundem ex iudicio & liberalitate aut ſaltem ex re teſtatoris percepiſſe intelligitur. Semper enim medij temporis ratio habetur quoties quæritur quid & quantum ſit in legato *l. debitor* 82. *eo. tit. de legat.* 2. *leg. verbis* 5. *D. ad l. falcid.* Sufficit nãque quod patrifamias d l genti potuerit cõmodum illud iure licitéque contingere propter legatum, licèt huic legatario parũ fortaſſis induſtrio nimiſque ne-
13 gligenti non ita contigerit. † An igitur ſimiliter, ſi forte legato percepto hic legatarius magnum emolumentum ex negotio aliquo conſecutus ſit, aut pœnam ſtipulationis imminẽtem euaſerit eum ad ducenta vſque præſtaturum? Hoc verò Pap. negat & rectè, quoniam emolumentum aliud nimis alienum & diſtans eſt à legato nec circa rem ipſam verſatur vt *in l. ſterilis* 2. §. *cum per venditorem ff. de act. emp. ſed hac ita*, inquit ille, *ſi quantitas cum quantitate conferatur*, id eſt, ſi pecuniarum legatum
14 ſit, & pecuniarum quoque fideicommiſſum. † *Enimuerò ſi pecunia accepta rogatus quis ſit rem propriam quanquam maioris pretij reſtituere non eſt audiendus legatarius legato percepto ſi velit computare*, hoc eſt inire æſtimationem rei ſuæ quam per fideicommiſſum reſtituere rogatus fuit, vt intra ea æſtimatione ſciri poſſit an plus minúſve ſit in legato quàm in fideicommiſſo. *Non enim æquitas hoc probare patitur*, ait Papinianus. Sed cur ita? Non aperit. Ratio tamen diuerſitatis non obſcura illa eſt, quòd ſpecies nullam certam habeat æſtimationem, ſed pro temporum ac locorum varietate & venditorum emptorúmque arbitrium conſentiente mutabilem, præſertim verò ſi venditor ſine iuſta aliqua de cauſa ſiue per ſtultitiam ſuam minoris æſtimare rem ſuam velit quam ſit. Quid. n. vetat eum cui legata fuerint centum duntaxat ſi rogatus ſit alteri reſtituere fundum ducentis dignum, malle tamen habere centum quam fundum, imputet ergo ſibi qui legatum agnoſcendo tanti nec pluris rem ſuam æſtimauerit.
15 † At ſi quantitas cum quantitate conferatur, non idem euenire dici poteſt. Quis. n. tam ſtultus & ſupinus eſt, vt citra computationem non poſſit dicere an plus quàm acceperit reſtituere iuſſus ſit is, qui non niſi centum acceptis ducenta reſtituere iuſſus fuit? Aut vt ſua poteſt intereſſe centum habere potiùs quàm ducenta? Nam cùm pecunia quælibet recipiat in ſuo genere functionem, nullo prorſus caſu euenire poteſt, vt ne pluris ſint ducenta, quàm centum eiuſdem generis nummorum: quod in rei cuiuſque pretio longè diuerſum eſt, cùm pretium nec res ipſa ſit, nec quid ſimile, nec denique ex re, ſed tantùm ex cogitatione percipiatur, *l. venditor* 21. *D. de*
16 *hered. vel act. vendit.* † Subiungit tamen Papinianus per modum & ſpeciem conditionis, hoc ipſum quod modò diximus, æquitatem non pati vt audiendus ſit legatarius pecuniæ grauatus de fundo reſtituendo ſi percepto legato velit computare, ſic accipiendum eſſe, *ſi quod legatorum nomine percepit, legatarius offerat*. Secundùm quam lectionem ſi recta non eſt, non alius Papiniani ſenſus eſſe poteſt, quàm vt nihilò magis audiendus ſit legatarius, quia omnia quæ legatorum nomine perceperit, fideicõmiſſario reſtituere ſit paratus. Quod tamen non ſolùm inconcinne ſcriptum eſt, ſi præcedentia inſpicias (nam pro *ſi* ſcribendum erat, *etiamſi*, aut *niſi*) ſed etiam perperam & falsò. Neque. n. dubito, quin huic legatario qui pro cẽtum ſibi legatis rem ſuam ducentis dignam alteri ex fideicommiſſo reſtituere iuſſus eſt, licere debeat poſt acceptũ quoque legatum exuere ſe & liberare ab obligatione præſtandi fideicommiſſi, offerendo id omne quod ex legato & propter legatum perceperit. Vtrumque enim eleganter & breuiter ſuo more Papinianus expreſſit iis verbis,
17 *legatorum nomine*. † Nec aliter facere poſſis, vt Papiniani ſententia conueniat cum eo, quod toties diximus, Fieri nunquam poſſe vt propter legatum in plus quis oneretur, quàm acceperit nomine legati, quàm ſi textum hunc emendes, & quàm facilè mendum irrepſit in textum ſcripto *ſi* pro *niſi*, eadem facilitate, ſed maiori felicitate pro *ſi* proponas *niſi*. Quo facto ſenſus erit & elegans & verus, non quidem eſſe audiendum legatarium, ſi accepto legato pecuniario velit computare quanti ſit reuera fundus, ne ex fideicommiſſo eum totum præſtare compellatur, ſed id exceptionem vnam habere, niſi quod legatorum nomine percepit, offerat fideicommiſſario. Hoc enim caſu adiri eum debere, quia nihil aliud ab eo ſit exigendũ, niſi vt nihil commodi ex legato retineat, ſi fideicommiſſum præſtare nolit, non etiam vt legati nomine vel minimum ſentiat & incurrat damnum. Porrò nullum ſentire ex legato lucrum poteſt legatarius qui paratus ſit reſtituere quicquid legati nomine percepit. Idque tam apertum eſt iudicio meo, vt nihil dici poſſit apertius. Cætera quæ in eadem lege apud Papinianum ſequuntur partim nulla egent interpretatione, partim à nobis alio fortaſſis loco commodius explicabuntur.

Capvt VIII.

Emendatio l. 1. C. de ordin. iudic.

SVMMARIA.

1 *Cauſam ſtatus ad cognitionem Præſidis prouinciæ pertinere contra huius legis verba aperta probatur.*
2 *Verba illa*, neque enim impedit notionem eius. in d. l. 1. *de præſide prouinciæ accipi nullo modo poſſe.*
3 *Dionyſium Gothofredum primum in hac lege mendum obſeruaſſe & indicaſſe.*
4 *Eiuſdem emendatio ad prima illa legis verba* Adire præſidem prouinciæ, *examinatur.*
5 *Veteres ICtos & Imperatores elegantiæ ſtudioſos* iudicem delegatum *pro dato vel addicto iudice nunquam dixiſſe.*
6 *Delegatum iudicem pro dato vel addicto à poſterioribus tantùm Imperatoribus & Interpretibus dici cœpiſſe.*
7 *Multum intereſſe an iudex delegatus ſit an verò ei mandata ſit iuriſdictio.*
8 *Non potuiſſe in* d. l. 1. *fieri, vt non adito prius præſide iudex quiſquam eſſet delegatus, quem adire litigatores poſſent.*
9 *An iuxta Gothofredi emendationem per iudicem delegatum* in d. l. 1. *is intelligi poſſit qui à præſide mandatam habet iuriſdictionem.*
10 *Ea emendatione & interpretatione ſubſiſtente illud cõſequens fore, vt iudex à Præſide delegatus nõ minus quam Præſes ipſe de cauſa ſtatus cognoſcere poſſit.*
11 *Alia eiuſdem legis emendatio.*
12 *Noua auctoris ad hunc locum emendatio.*
13 *Iudices à ſuperioribus magiſtratibus poſt litem demum conteſtatam datos fuiſſe.*
14 *Imperatores in huius legis ſpecie de cauſa rupti teſtamenti apud iudices à Præſide, non apud præſidem ipſum tractanda ſenſiſſe.*
15 *Verbum* docere in d. l. *quam vim habeat?*
16 *Ratio in fine legis poſita alio iuris loco confirmatur.*

REſcripti † verba hæc ſunt, *Adire præſidem prouinciæ, & ruptum eſſe teſtamentum Fabij præſentis agnatione filij docere. Neque enim impedit notionem eius quod ſtatus quæſtio in cognitionem vertitur, etſi ſuper cauſa ſtatus cognoſcere non poſſit.* Quib. verbis apertiſſimè illud exprimitur cauſam ſtatus ad cognitionẽ præſidis prouinciæ minimè pertinere. Quod tamen tam euidenter falſum eſt vt nihil magis. Conſtat enim cauſam ſtatus quæ & liberalis cauſa dicitur, maiores iudices ſemper habuiſſe haberéque debuiſſe fauore libertatis. *l. non diſtinguemus* 32. §. *de liberali. D. de recept. qui arbitr.* Adeò vt 1

quamuis

quamuis hodie ex conſtitutione Diocletiani & Maximia-
ni in *l.2.C.de pedan. iudicib.* iubeantur præſides in qui-
bus cauſis ipſi antea iudices dare ſolebant propriæ notio-
nis examen adhibere, ſub ea tamen exceptione niſi pro-
pter occupationes publicas vel cauſarum multitudinem
impediantur ne poſſint ipſi cognoſcere vt eo caſu etiam-
num iudicis dandi habeant poteſtatem, eadem nihilomi-
nùs conſtitutione excepta ſit cauſa ſtatus, id eſt, vt lex
diſtinguit cauſa ingenuitatis & libertinitatis, de qua per-
inde ac antea ipſi omnino iudicandum habeant. Quis
enim maior iudex libertatis eſſe poteſt, quàm præſes
prouinciæ, qui in prouincia ſua imperium habet maius
omnibus poſt Principem *l.4. D. de offi. præſid.* Viciſſim
verò quænam maior cauſa tractari poteſt apud præſidem
quàm libertatis? quæ & cæteris rebus fauorabilior dici-
tur, & infinitam, hoc eſt nullam habere æſtimationem?
*l.libertas 106.libertas 122. l.non eſt ſingulis 176.§. infi-
nita de reg.iur.* Itaque negari non poteſt, quin fuerit ea
vera & propria cognitio præſidis, quod & ſcriptum eſt
2 in *l.cùm ſtatus 5. C.de ordi.cogn.* † Ergo verba illa, *neque
enim impedit notionem eius*, & quæ ſequuntur de præſide
prouinciæ intelligi nullo modo poſſunt. Sed neceſſariò
referenda ſunt ad iudicem pedaneum, quem aditus præ-
ſes prouinciæ dederit pro hæreditate de qua inter litiga-
tores diſceptabatur: vt manifeſtè illud probat, quod in
eadem lege ſubiungitur. *Pertinet enim ad officium iudicis
qui de hereditate cognoſcit vniuerſam incidentem quæſtio-
nem quæ in iudicium deuocatur, examinare, quoniam non
de ea, ſed de hæreditate pronunciat.* Neque hoc vllam re-
cipere dubitationem poteſt, ſi reſcripti ſententia ex iuris
ratione æſtimetur, & ad eam, vt ſemper faciendum eſt,
accommodetur. Sed dubitatio ex eo tota naſcitur quod in
præcedentib. nihil eſt dictum de iudice, nec quid facere
vel pati poſſit, vt dictio *eius*, quæ modum hunc inducit,
ad alium, quàm ad præſidem prouinciæ de quo ſolo priùs
3 actū fuerat, referatur. † Proinde dubitatum non eſt quin
locus ſit emendandus. In eóque vt & in aliis pleriſque aſ-
ſentio libentiſſimè viro doctiſſimo, & de libris noſtris, iu-
riſque ſtudioſis omnibus, optimè merito Dionyſio Gotho-
fredo, quem honoris cauſa nomino, & cuius immenſis la-
boribus tantū me ſtudiáque mea debere ſentio, ac profi-
teor ingenue, quantum vix alius quiſquam ex iis omni-
bus in quorū manus lucubrationes ipſius peruenerunt. Is
primus quem viderim, vt eſt in iuris noſtri principiis ad-
primè verſatus, mendum obſeruauit, indicauit, & quomo-
4 do emendari poſſe exiſtimaret, docuit. † Putat autem er-
ratum fuiſſe in primis verbis legis, & pro eo quod legitur,
Adite præſidem prouinciæ, reponendum eſſe, *adite præſidis
prouinciæ delegatum.* Quæ lectio ſi admittatur, omnem
hanc ſanè quam diximus difficultatis & dubitationis ma-
teriam tollit. Sed vereor ne emendatio minus ſit proba-
bilis, quam vt ſatisfacere omnib. poſſit. † Primum enim
5 vix reperias vllo Pandectarum loco, at nequidem in prio-
rum Impp. conſtitutionibus inter quos pono Seuerum &
Antoninum, quorum hæc lex eſt, quique reſcriptis ſuis
omnib. elegantiæ plurimum ineſſe voluerunt, iudicem
delegatum dici eum qui à præſide datus ſit, aut alio vllo
ſenſu, ſed de iudice dato vel addicto ſemper locuti fuerunt
Iureconſulti. Numquam de delegando aut delegato, niſi
cùm de ea ſpecie nouationis egerunt quæ proprio nomi-
ne delegatio appellatur. Eſt quidem iudicis delegati
nomen ad hunc ſenſum hodie accommodatum, ſed ex
poſteriorum Imperatorum quos minùs diſertos fuiſſe ſci-
mus, conſtitutionib. inductum, *l.à iudice 5. C.de iudic.*
quæ eſt Imp. Gordiani *l. vnic. C. qui pro ſua iuriſd. iu-
dic. dare dariue poſſ.* quæ eſt Impp. Theodoſij & Valen-
tiani. † Poſteà verò ab interpretibus noſtris, quorum
6 barbaries fecit vt minus elegantia ferè ſemper habue-
rint pro melioribus frequentiſſimè vſurpatum fuit, præ-
ſertim quoties tractarunt de mandanda vel mandata iu-
riſdictione. Quod enim prudentes noſtri ſemper dixe-
runt mandandam iuriſdictionem vel mandatam, inter-
pretes noſtri dicunt vulgò delegandam vel delegatam.
Et quod illi iudicem datum, iſti paſſim delegatum appel-
lant. † Quæ tamen res parum curanda eſſet, ne de verbis 7
tantùm diſputare videremur, niſi inde factum tandem
eſſet, quod multò grauius eſt, vt quemadmodum & ei
cui mandata iuriſdictio eſt, & iudici dato delegati no-
men accommodant, ita & nihil putent intereſſe, an de
hoc an de illo agamus, neque diſtinguant vtrum de man-
danda vel mandata iuriſdictione agamus, an de iudice vel
dando vel dato. Cum tamen tā inter ſe hæc diſtent quàm
iuriſdictio & iudicium, ius dicere & iudicare. De quo
quia & ſcripſimus alibi, & Deo adiuuante, copioſiùs ſcri-
bemus, pertinétq; ad tractatū de iuriſdictione, plura nunc
dicere neceſſe non eſt, ſicut nec curioſius inueſtigare an
à Proconſulis legato iſta delegati appellatio deriuata ſit,
an ab ea potiùs nouationis ſpecie, per quam fit vt immute-
tur perſona creditoris & alius in alterius locum ſubſti-
tuatur. † Secundò difficile eſt, vt quicquam immutan- 8
dum ſit in primis illis verbis, *adite præſidem prouinciæ*. Eſt
enim ille omnino adeundus, vel ob hoc ipſum vt iudicem
dare & ſi ſic loqui malis, delegare poſſit. Non enim dabā-
tur iudices, ſiue à prætore, aliíſue maioribus magiſtratibus
in vrbe, ſiue à præſide aut Proconſule, in prouinciis niſi
poſt litē conteſtatam, litis autem conteſtatio fiebat apud
magiſtratum, à cuius auctoritate, & dignitate id duntaxat
alienū videbatur vt de facto cognoſceret, ſi quando facti
non iuris controuerſia incidiſſet. Quæ porrò facti quæſtio
non priùs emergit quàm eueniat vt ex litigatoribus alter
neget quod alius adfirmat, quod ipſum fit in ipſo actu cō-
teſtationis litis non antea *l vni.C de lit conteſt.* Itaq; fieri
non poterat vt non adito priùs præſide iudex quiſquam
eſſet delegatus, quem adire litigatores poſſent. Præſer-
tim cùm non ſit credibile, quòd fuiſſent illi adituri Im-
peratores quorum hæc lex eſt, vt quem iudiciorum ordi-
nem ſequi deberent, intelligerent, ſi iam tum præſidem
prouinciæ adiiſſent. † Quòd ſi præſidis prouinciæ dele- 9
gatum velis fortaſſe cum interpretibus eum intelligere,
qui ab ipſo præſide mandatam habeat iuriſdictionem, aſ-
ſequeris quidem vt præſes prouinciæ adeundus non ſit,
qui iuriſdictionem ſuam alteri mandauerit, ſed non ideò
facias vt mandatarius ille, & delegatus de cauſa ſtatus
cognoſcere non debeat, aut è contrario, vt de petitione
hereditatis cognoſcere ipſe poſſit, ac non potiùs debeat
iudicem dare, ſecundum ius illud quod Seueri & Anto-
nini temporibus, & ante ſupradictam Diocletiani & Ma-
ximiani conſtitutionem obtinebat. † Conſtat. n. eum cui 10
ab alio mādata eſt iuriſdictio, ſiue tota, ſiue pro parte ſiue
publica perſona ſit, ſiue priuata, fungi partibus eius qui
mandauit non ſuis, *l.et ſi prætor 3. de offic eius cui manda-
ta eſt iuriſd. l. ſolet prætor 16. ff. de iuriſd.* Et ideo de iis,
cauſis cognoſcere & poſſet debere, de quibus ille ipſe
qui mandauit cognoſcere & poſſet, & deberet, de aliis
verò nec ſi velit cognoſcere per ſe poſſe, de quibus ei qui
mandauit, & cuius propria iuriſdictio eſt iudicem dare
iuberetur. Cui conſequens eſſet, vt nihil referret, an ita
ſcriptum eſſet, *adite præſidem prouinciæ*, an ita quomodo
vir doctiſſimus emendat *adite prædis prouinciæ delega-
tum*, hoc ſenſu, vt delegatum pro iuriſdictionis manda-
tario acciperemus. Æquè enim falſum eſſet non poſſe il-
lum de cauſa ſtatus cognoſcere, falſum quoque poſſe il-
lum iudicare de petitione hereditatis. † Tentabam ali- 11
quando an ita poſſet locus emendari vt pro *eius* legere-
mus *iudicis*, quem ſcilicet ex ſolito iudiciorum ordine à
præſide prouinciæ datum fuiſſe ponendum eſſet. At neque
mihi probabilis eſt hæc emendatio, non ſolum quod mul-
tò faciliùs credi poſſit per imperitiam librarij aliquid
omiſſum fuiſſe quam in eo peccatum vt ſcriberet *eius* pro
iudicis, ſed etiam quia cum præcedentia meminerint præ-
ſidis tantum, non etiam iudicis dati, prorſus abſonum &
inconueniens eſt, vt hoc loco *iudicis* non *eius* ſcripſerint
Impp. Quamnam igitur emendandi rationem probabi-
liorem excogitabimus? Nam de ſententia legis mihi

12 planè liquet ac omnino conuenit cum Gothofredo. † Nihil poſſum probabilius ſuſpicari recentis illis verbis, *adite præſidem prouinciæ*, retentaque dictione *eius*, quam aliqua deſint verba intermedia quæ de iudice dato vel accepto fecerint mentionem. Proinde ſic malo legere, *Adite præſidem prouinciæ & accepto iudice ruptum eſſe teſtamentum Fabij præſentis agnatione filij docete*. Nam & in l.ſeq. quæ eſt eiuſdem Imp. Antonini ſcriptum video iiſdem fermè verbis, eodem certè ſenſu, *adito præſide prouinciæ & accepto familiæ erciſcundæ iudicio experi-*
13 *re*. † Idque etiam ipſe tituli ſenſus demonſtrat. Nam ad veterem iudiciorum ordinem intelligendum illud maximè pertinet, vt ſciamus adeundos prius fuiſſe magiſtratus, tum ab iis accipiendos iudices poſt litem, vt diximus, conteſtatam, & ad facti diſceptionem dirimendam. Eſtque longè diuerſum, de ordine iudiciorum diſputare, & de ordine cognitionum, de quo hanc ob cauſam ſeparatus
14 quoque titulus eſt. † In propoſita autem ſpecie non ſenſiſſe Impp. de tractanda cauſa rupti teſtamenti apud præſidem prouinciæ, ſed apud iudicem eo nomine à præſide datum præter ea quæ iam diximus, ex eo quoque intel-
15 ligi poteſt, quod Impp. vtuntur eo verbo *docete*. † Docere enim quid aliud eſt quàm probare? Porrò ea tantùm quæ facti ſunt probari volunt Impp. & quotquot ſunt docti iudices non illa etiam quæ ſunt iuris. Ius enim ſemper certum eſt apud eos qui neque iuris neque facti ignorantia peccant. At de iis quæ facti ſunt extra cauſam libertatis, & alias nonnullas quarum fauor priuilegio digna videbatur, Præſides, vt monuimus, cognoſcere non poterant, ſed iudices dabant. Neceſſe igitur fuit, vt ante verbum *docete*, locuti ſint Imperatores de iudice dato, neque per incuriam aut inſcitiam prætermiſerint quod librarius prætermiſit. Reliqua quæ ad legis ſententiam pertinent, tam verè, appoſitè, & eleganter expreſſit Gothofredus, vt non egeat noſtra aſſertione. Noſtri enim neque muneris, neque moris eſt noſtra facere aut pro noſtris venditare quæ ſciamus eſſe aliena, & quæ ex aliis meliùs ac commodiùs quàm ex nobis diſci poſſint, ſed quantum poſſumus & debemus agimus candidè, vt incauti, negligentes & imperiti, denique aliud quidlibet potiùs quàm plagiarij videamur. Nec puto quiſquam
16 aliter iam de nobis ſentit. † Illud tantùm addo, rationem poſitam in poſtremis illis verbis legis, *quoniam non de ea, ſed de hereditate pronunciat*, confirmari poſſe non malè ex eo quod Caius ſcribit *in l.1. D. famil. erciſc.* Si vno ex coheredibus agente familiæ erciſcundæ & nihil poſſidente alius qui totam hereditatem poſſidet, neget eum ſibi coheredem eſſe poſſe actorem excludi per hanc exceptionem, *ſi in ea re de qua agitur præiudicium hereditati non fiat*. Sed ſi poſſideat actor eam partem licèt negetur eſſe coheres, non nocere talem exceptionem, An hoc ſenſu vt reiicienda ſit exceptio? minime, ſed vt ipſe iudex apud quem agitur hoc iudicium familiæ erciſcundæ cognoſcat an coheres ſit, nécne: quamuis datus iudex ſit, tanquam inter coheredes non vt de ipſo cognoſceret, vtrum eſſent coheredes, vt *in l. cum putarem 36. D. eod. tit. famil. erciſcun.* Quid ergo? An non prononciabit actorem coheredem non eſſe? Nequaquam, cùm de hoc iudex datus non ſit, nec magis ei licet cognoſcere de ea de re de qua datus non ſit, quàm in ſpecie *leg. 1. C. de ordin. iudic.* de cauſa ſtatus de qua nec datus ſit, nec dari potuerit, ſed id tantùm curabit vt huic actori qui coheres non ſit neque adiudicat quicquam neque aduerſarium ei condemnet, in quibus duobus præcipuè verſatur totum officium arbitri familiæ erciſcundæ. Itaque licèt non pronunciet coheredem eum non eſſe, incidenter tamen examinata cauſa vtrum coheres ſit nécne, non aliter arbitratur aut præcipit quàm ſi iam pronunciatum videret coheredem illum non eſſe.

CAPVT IX.

Explicatur & emendatur l. tutor decedens 26. D. de liberat. legat.

SVMMARIA.

1 *Species & quæſtio huius legis, & Scæuolæ ad eam reſponſum.*
2 *Tres eſſe eius reſponſi partes.*
3 *Rationem non pati vt pupillus & legatum quod in vicem actionis tutelæ datum fuerat percipiat, & ipſam tutelæ actionem aduerſus teſtatoris quondam tutoris heredes retineat & exerceat. Vbi de prima huius reſponſi parte.*
4 *Cur eo caſu doli mali exceptio heredibus neceſſaria ſit, nec ipſo iure ab actione tutelæ liberentur?*
5 *Alia ratio propter quam tacita voluntas pupilli legatum percipientis ab heredibus tutoris, heres ipſo iure liberare non poſſit?*
6 *Pupillum qui tutoris heredes ritè liberauit, conditioni adſcriptæ pleniſſimè ſatisfeciſſe.*
7 *Conditionem à pupillo, quod ad liberationem heredum, impletam non videri ſi iis tantùm de non exigenda tutelæ ratione cauerit.*
8 *Cur doli mali exceptio heredibus tutoris neceſſaria ſit, cùm per indebiti conditionem ſibi conſulere poſſe videantur?*
9 *Quoties ante impletam conditionem ſolutum eſt, quod ſub conditione debebatur, condictioni indebiti non aliter locum eſſe quàm ſi per errorem ſolutio facta ſit.*
10 *Secunda pars reſponſi de optione pupillo danda examinatur.*
11 *Pupillum in propoſita legis ſpecie per actionem tutelæ plus conſequi potuiſſe, quàm ex legato conſecutus eſſet.*
12 *Ratio propter quam Scæuola in hac lege pupillo legatario electionem tribuit reſtituendi quod ex legato conſecutus eſt, vt actionem tutelæ exerceat.*
13 *Non ætatis fauore, ſed mera iuris ratione pupillo legatario licere, poſt agnitum legatum tutelæ actionem inſtituere, & quod ex legati cauſa acceperat reſtituere.*
14 *Cur pupillo, ſi malit, liceat legatum illud cuius conditio defecit inuitis tutoris heredibus retinere?*
15 *Liberatis per acceptilationem tutoris heredibus pupillum legatarium nō poſſe reddito legato tutelæ actionem aduerſus eos exercere.*
16 *Neutro caſu diſtinguendum eſſe an pupillus minorve vigintiquinque annis, an verò maior legatarius ſit.*
17 *In quo melior ſit conditio pupilli alteriusve minoris, quàm maioris qui liberationem præſtitit?*
18 *An, ſi à pupillo vel minore præſtita ſit cautio Mutiana de tutela nunquam exigenda, tutelæ actione legati commodum non excedente liceat illis relicto legato iam agnito tutelæ actionem aduerſus tutoris heredes exercere.*
19 *Liberationis conditionem per æquipollens impleri poſſe.*
20 *Verba illa,* quod ei ætatis beneficio indulgendum eſt, *Scæuolæ adſcribi non poſſe.*
21 *Pupilli appellationem* in d.l. tutor. *& aliis iuris locis ad maiorem referri qui in alterius tutela aliquando fuerit.*

TVtor † decedens aliis heredibus ſcriptis pupillo ſuo, 1
cuius tutelam geſſerat, tertiam partem bonorum dari voluerat, ſub ea conditione ſi heredib. ſuis tutelæ cauſa controuerſiam non faceret, ſed omnes eo nomine liberaret. Pupillus legatum prætulerat & perceperat, nec eo minus tamen poſtea petebat quicquid ex rerum ſuarum diſtra-

diſtractione aliáve cauſa ad tutorem ſuum ex tutela perueniſſet. Quærebatur apud Scæuolam, vtrum verbis teſtamenti ab huiuſmodi exactionibus excluderetur. Reſpondit Scæuola, ſi priùs quam conditioni pareret, fideicommiſſum percepiſſet, & tamen pergeret petere id in quo petendo faceret aduerſus conditionem doli mali exceptionem ei obſtaturam, niſi, inquit, paratus eſſet reddere quod ex fideicommiſſi cauſa percepiſſet. Tum ſub- 2 iungit, *quod ei ætatis beneficio indulgendum eſt*. † Tres igitur ſunt reſponſi partes. Prima quæ heredibus accommodat doli exceptionem, ne poſtquam legatum bona fide nimiaque facilitate ſoluerint ante impletam conditionem, rurſum ex cauſa tutelæ inquietentur. Secunda quæ pupillo tribuit electionem, vt etiam poſt perceptum legatum, aut fideicommiſſum (vtroque enim nomine Scæuola promiſcuè vtitur, vt & alij Iureconſulti paſſim, non quòd iis præſertim temporibus nihil inter legata & fideicommiſſa intereſſet, vt quidam putant, ſed quia poſt dationem legatorum ſubijci ſoleret generalis clauſula fideicommiſſi qua rogabatur heres vt quæcunque teſtamento data & legata fuerant præſtaret, quod iam alio loco monuimus ex *l. poſt emancipationem* 40. §. 1. *de legat.* 3.) poſſit nihilominus agere tutelæ ſi malit eam ſibi actionem ſaluam eſſe quàm legatum retinere. Tertia quæ huius electionis tribuendæ cauſam refert ad beneficium & priuilegium ætatis, propterea quòd is qui legatum acceperat ſub conditione præſtandæ liberationis à tutela, nec minùs tamen tutelæ agere volebat, quamuis legatum iam 3 percepiſſet, pupillus proponeretur. † Prima pars non obſcuram habet rationem quia licet conditioni paritum non fuiſſet, heredumque facilitati imputari poſſet cur ante conditionem impletam legatum præſtitiſſent, voluntatis tamen ratio non patiebatur, vt pupillus & legatum quod in vicem actionis tutelæ datum fuerat, & ipſam quoque tutelæ actionem ſimul retineret: quoniam repugnabat conditio adſcripta legato, nec enim poterat teſtator meliùs & apertiùs declarare quod pupillum nollet vtrumque conſequi quàm legando ei ſub hac conditione, ſi à tutelæ rationibus heredes liberaret. Cùm verò non niſi alterutrum ipſe dederit, non debemus nos vtrunque dare, ne in re teſtatoris, & quæ ex ipſius liberalitate proficiſcatur, ſimus liberaliores ipſo teſtatore, *l. debitor.* 59 *in fi. princip. l. facta* 63. §. *ſi ſub conditione. D. ad SC. Trebell. l. re coniuncti* 89. *D. legat.* 3. Itaque in eam rem vtilis eſt exceptio doli mali, cuius præcipuus vſus in eo eſt ne cui dolus ſuus contra naturalem æquitatem proſit, *l.* 1. *D. de doli except.* naturalis autem æquitas facit, vt ex cuius voluntate quis legatum aut aliud quod conſequitur, eius voluntati, maximè in eo ipſo legato decla- 4 ratæ ſtare compellatur. † Sed obſcurius illud videtur, cur heredibus neceſſaria ſit exceptio doli, nec ſint ij tuti ipſo iure aduerſus pupillum qui legatum ſibi relictum ſub ea conditione liberationis præſtandæ vltro ab heredibus acceperit. At non enim hoc ipſo ſatis declarauit ſuam voluntatem ſi non expreſsè ſaltem tacitè, quòd ab actione tutelæ liberatos heredes vellet? Nam ſi verum eſt vt legatum conditionale nec peti nec deberi poſſe niſi impleta priùs conditione *leg. cedere diem* 213. *de verb. ſignif. l. vnic.* 8. *in nouiſſimo. C. de caduc. tollend.* An non is qui petit adeòque quod plus eſt, percipit legatum conditionale, quamuis non impleta expreſſim conditione, hoc ipſo eam tacitè implere intelligitur in neceſſarium antecedens, aut ſaltem habere pro impleta? Cur ergo pupillus hic non repellitur ipſo iure? Cur non actio tutelæ ipſi denegatur, perinde acſi per acceptilationem Aquilianam, quæ omnium optima, & efficaciſſima liberatio eſt heredes tutoris liberaſſet? Reſpondendum tamen eſt neceſſariam eſſe doli exceptionem, quoniam obligatio & actio tutelæ, ſicut & cæteræ omnes non aliter ipſo iure perimi poteſt quàm ſi modus aliquis interuenerit ex iis qui iure certi conſtituti ſunt ad diſſoluendas obligationes perimendaſque actiones, inter quos modos non eſt tacita voluntas creditoris. Expreſſa enim liberatione opus eſt, vbi expreſſa ciuiliſque obligatio præcedit. *leg. prox.* 80. *ff. de ſolut.* liberatio autem nunquam contingit ex nuda voluntate creditoris liberare volentis, ſed tantùm ex ſolutione, nouatione, acceptilatione, aliiſque legitimis modis, de quibus apud Iuſtinianum *in titul. Quib. mod. toll. obligat.* Sed tamen voluntas illa tacita, quæ non eſt ſufficiens ad tollendam obligationem, inducendámque liberationem, ſufficit plerumque ad inducendum tacitum pactum, & conſequenter ad producendam exceptionem non tantùm pacti, ſed etiam doli, quia dolo facit quiſquis contra pactum factúmque ſuum venit. Cuius rei exempla peti poſſunt ex *l.* 2. 3. & 4. *D. de pact.* † Alia etiam ratio eſt propter quam tacita iſta voluntas 5 pupilli legatum percipientis ab heredibus tutoris facere non poteſt vt heredes ipſo iure tuti ſint, & liberati, aut pro liberatis habendi. Nimirum quia implere conditionem facti eſt non iuris, aut voluntatis, longéque aliud eſt implere conditionem, aliud implere velle, ſiquidem qui implere vult, nihildum facit, ſed tantùm facere vult, quod longè minus, ne dicam omnino nihil eſt. Is ergo cui legatum relictum eſt ſub ea conditione *ſi heredibus controuerſiam tutelæ non fecerit, ſed eo nomine omnes liberauerit*, etiamſi antequam legatum peteret & acciperet nullam controuerſiam tutelæ fecerit, non ideò tamen impleuiſſe conditionem videri poteſt, quamdiu in eo res eſt vt controuerſiam facere poſſit. Poteſt autem quamdiu vel non cauit de non faciendo, interpoſita ſcilicet Muciana cautione quæ ob has conditiones negatiuas comparata eſt, vel heredes non liberauit per Aquilianam acceptilationem. Proinde iterum conditio non tam impleta quàm non defecta videri debet, *l. hac conditio.* 10. *De condit. D. demonſtr.* † Etſi verò vtrumque continetur ver- 6 bis illis conditionis ſupraſcriptæ, dubitandum tamen non eſt quin videri debeat in totum, & pleniſſimè impleta conditio ſi liberatio heredibus ritè facta & præſtita proponatur, id eſt etiamſi Muciana cautio præſtita nulla ſit. Plus namque præſtat qui liberat quam qui cauet de non petendo. Siquidem qui cauit non eò minùs petere poteſt, licèt eo petente cautio committatur. Qui verò debitorem ſuum liberauit, nec ſi velit, ab eo poſtea petere quicquam poteſt, ideóque ex prima etiam parte videtur ipſo iure impleta conditio, eò quod non ſit à quo peti poſſit poſt factam liberationem, *l. Muciana* 7. *in pr. & in fin. eod. tit. D. de condit. & demonſtr.* † Quamuis non ſi- 7 militer è contrario poſſit dici impletam eſſe conditionem à pupillo, ex qua parte tutoris heredes liberare debet, ob hoc ſolùm quod iis cauerit de non petendo, quoniam quod plus eſt, in eo quod eſt, minus non continetur, heredúmque intereſt liberari ne vnquam ad ſolutionem cogi, vel eo nomine inquietari poſſint, potiùs quam vt quod ſoluere coacti fuerint, poſt modum repetant ex cautione *l.* 3. *D. de compenſat. l. ſi ſtipulatus* 15. *in princ. D. de fideiuſſ.* † At hic illa quoque poteſt incurrere dubitatio, 8 cur neceſſaria ſit doli exceptio heredibus tutoris, cùm videantur poſſe ſibi conſulere per indebiti condictionem. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod diximus, legatarium conditionalem non ex eo ſolo conditionem impleuiſſe dici poſſe quòd legatum perceperit, an non prorſus conſequens eſt vt indebitum ſit legatum, atque ita vt condici poſſit, *l. ſub conditione* 16. *l. Iulianus* 60. §. 1. *D. de condict. indeb.* Quod enim Papinianus in contrarium ſcribere videatur *in l. pater dotem* 7. §. *pen. de dot. releg.* cautionis præſtandæ neceſſitatē morari duntaxat ſolutionem, non etiam indebitum facere, quod fuit debitum, ad cautiones Mucianas non pertinet quæ ideò debentur & præſtantur, vt ſint vice implementi in iis conditionibus, quæ aliter impleri commodè non poſſunt, ſed ad illas quæ debentur pro legatis aut fideicommiſſis iam debitis, in quorū numero nemo vtique poſuerit legata cōditionalia priuſquam eorum conditio impleta ſit. Reſpondeo poſſe fieri vt interſit heredū ſibi proſpicere per doli exceptionē

potiùs quàm per indebiti condictionem, ſi fortè plus de-
bituri ſunt actione tutelæ, quàm præſtiterint ex legato.
Itaque auxilium codictionis non debet iis adimere com-
9 modum exceptionis. † Denique verò non aliter condi-
ctioni locum eſſe quoties ante impletam conditionem
ſolutum eſt id quod non niſi ſub conditione debebatur,
quàm ſi ea ſolutio facta ſit per errorem *d. l. ſub conditio-
ne*, id eſt ab eo qui vel ignorabat conditionale debitum
eſſe vel conditionem impletam putabat, quorum neu-
trum aptari poteſt heredibus, de quibus agimus, quippe
qui ſicut teſtamentum ex quo heredes ſunt ignorare ſo-
lutionis tempore non potuerunt ſoluentes legatum eo
teſtamento relictum, ita neque conditionem eidem le-
gato adſcriptam *l. 2. D. de edend.* ac proinde ſoluerunt
vltrò & ſcientes ante impletam conditionem quod ſcie-
bant aut ſcire debebant non deberi niſi impleta demum
conditione, atque idcirco condictionis auxilium quod
10 alioquin habituri erant ſibi præripuerunt. † Secunda
pars reſponſi quæ huic legatario dat optionem vtrum
reddere malit quod ab heredibus tutoris ſui percepit vt
ſaluam & efficacem contra eos habeat tutelæ actionem,
an verò retinere commodum legati, prohiberique exce-
ptione doli ne poſſit pergere id petere quod alioqui tute-
læ actione debeatur, paulò difficiliorem habet inſpectio-
nem. Nulla.n. ratio eſſe videtur propter quam licere de-
beat ei qui legatum vltro petiit & percepit, vt à prima
illa voluntate per quam ſibi legem dixit reſiliat, agnitúm-
que legatum repudiet: Inuitis ſcilicet heredibus qui licet
indebitum ſoluerint, potuerunt tamen in eo ſibi nocere
reueraque nocuerunt, vt magis reuocare poſſint ſolutio-
nem per condictionem indebiti, quàm ſi verè debitum
11 fuiſſet. † Ac quamuis ſoleat faueri legatario qui legatum
ſub onere aliquo accepit & agnouit, vt nihilomagis onus
ſubire cogendus ſit ſi malit reddere id omne quod acce-
pit, etiam ſi maior ſit annis vigintiquinque: quia non ſo-
lum equitas, ſed & ratio ipſa iuris non patitur vt legata-
rius plus præſtet quàm acceperit legati nomine, dum-
modo nihil prorſus ex eo quod acceperat retinere velit,
vt ſcripſimus pluribus c. 7. In propoſito tamen non vide-
tur id poſſe locum habere niſi ex facto ſuppleas quod
lex non ponit, plus potuiſſe pupillum hunc conſequi per
actionem tutelæ quàm ex legato conſecutus eſſet, quo-
ties enim non quantitas cum quantitate confertur, ſed
vel ſpecies cum genere, vt puta fundus cum pecunia vel
re quæ in genere conſiſtat, vel incertum actionis emo-
lumentum cum certo legati commodo, vt in ea ſpecie
quam tractamus neceſſariò veniendum eſt ad computa-
tionem priuſquam permittatur legatario vt prætextu one-
ris iniuncti repudiet legatum quod iam agnouit, nempe
vt per computationem ſciri poſſit, an plus ſit in onere
quàm in commodo legati, quomodo Papinianus loquitur
in l. Imperator 70. §. ſi centum de legat. 2. de cuius ſenten-
tia & emẽdatione ſcripſimus dict. cap. 7. Effectus. n. com-
putationis ille erit, vt ſi damnum ſenſurus ſit legatarius
ex agnitione legati propter iniunctum onus, admittatur
ad legatum dimittendum veriùs quàm repudiandum
(ſemper enim poſt acquiſitionem ſera repudiatio eſt, *l. 1.*
§. decretal. D. de ſucc. edict.) ſi verò nullum damnum ſen-
ſurus ſit, quòd plus habeat commodi quàm legatum, non
ſit audiendus legatarius, legati quòd ſemel agnouerit
12 onus detrectans. † Ergo in ſpecie noſtra dici non poteſt
cur Scæuola electionem hanc legatario tribuat iis ver-
bis *niſi paratus eſſet quod ex cauſa fideicommiſſi percepiſ-*
ſet reddere, ſi non ad ætatis fauorem & beneficium id re-
feratur, quod tertia pars reſponſi apertiùs exprimit vlti-
mis iis verbis *quod ei ætatis beneficio indulgendum eſt*. At
videamus ne hæc ipſa poſtrema verba ſint potiùs impe-
riti interpretis, ita vt proximè dubitationis exaggeran-
dæ cauſa diximus, magis quàm ex iuris ratione ratioci-
13 nantis. † Non. n. ætatis fauor vllus ſed mera ipſa iuris ra-
tio facit apud Scæuolam, vt licere debeat legatario etiam
poſt agnitum legatum inſtituere actionem tutelæ, & ſimul
id omne quod ex cauſa legati acceperat reddere, nimi-
rum quia vt præcedentia verba probant, legatum acce-
perat priùs quàm conditioni pareret ac proinde eo tem-
pore quo nondum erat in ipſius poteſtate vt legatum
vel agnoſceret vel repudiaret, legatum. n. conditionale
vſque adeò indebitum eſt ante impletam conditionem
vt neque acquiri poſſit neque repudiari *l. ſi ita ſit ſcript.*
45. §. ſi ſub condit. De leg. 2. eadem verò conditio quæ im-
pleta necdum tunc erat, nec vnquam fuit, nunc primùm
deficit cum pupillus hic tutelæ ſuæ rationes exigit ab he-
redibus tutoris. Quamdiu ſiquidem impleta conditio
non eſt, deficere poteſt, cum alioqui ſi deficere nunquam
poſſet, hoc ipſo iam ex inde impleta eſſe & extitiſſe di-
ceretur. *l. quod ſi ea 18. & dict. l. Iul. 60. § 1. de cond. ind.*
Proinde quis miretur in poteſtate eſſe legatarij vt lega-
tum quod iam perceperat reſtituat, cuius conditio defe-
cerit? † Illud tantùm mirari poſſumus, cur ei licere debeat 14
legatum iſtud cuius conditio defecit retinere ſi id malit
inuitis quoque hered. tutoris, quanquam eius iuris ratio
vera & vnica illa eſt quam nos iam attulimus, quòd he-
redes non poſſint habere conditionem legati quantumli-
bet indebiti, ſcienter à ſe ſoluti ex *reg. l. cuius per errorem.*
53. de regul. iur. † Quod ſi in propoſito caſu conditio le- 15
gati impleta fuiſſet, liberatis per acceptilationem heredi-
bus tutoris, non vtique ſimiliter Scæuola reſpondiſſet per-
mittendum legatario vt reddito legato, tutelæ actionem
exerceret. Nec ſi probaretur legatum illud, alioqui plus
incommodi & oneris quàm commodi habiturum, non
quòd hoc caſu perpetuo verum nõ ſit, & in maiore quo-
que annis vigintiquinque quod ſuprà diximus, fieri non poſ-
ſe vt cogendus ſit legatarius inuitus retinere legatũ quod
facta computatione damnoſum reperiatur. Sed quoniam
hoc caſu obſtat legatario non tam agnitio legati, quam
liberatio heredibus tutoris præſtita, cùm aduerſus eos qui
ritè ac ipſo iure liberati ſunt, actio nulla ſupereſſe poſſit,
nec magis pupillo quàm alij cuilibet, vt apertè ſcriptum
eſt *in l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* † Ergo neutro caſu diſtin- 16
guendum eſt an pupillus minórve annis vigintiquinque
ſit legatarius an maior. In vtroque enim idem iuris eſt,
vt ſi conditio nunquàm impleta fuerit, poſſit legatum
reddere, ac eo facto tutelæ actionẽ exercere. Si verò im-
pleta conditio ſit, & liberatio ſecuta, nihil proſit legata-
rio ad tutelæ actionem inſtituendam quòd legatum red-
dere ſit paratus. † In eo planè melior poteſt eſſe conditio 17
pupilli alteriuſve minoris cuiuſlibet quàm maioris, quod
aduerſus liberationem ex qua damnum ſenſurus eſſet, in
integrum reſtitui poteſt probata læſione, *l. patri. 27. §. ſi*
minor cum ſeq. D. de minor. Maior non item, qui remit-
tentibus actiones ſuas nulla vi, nulloque dolo interue-
niente, regreſſus ad eas dandus non eſt, *l. quæritur. 24. § ſi*
venditor. D. de ædilit. edict. † An & in eo, quod ſi liberatio 18
nulla facta eſſet, ſed tamen præſtita cautio Muciana de
tutela nunquam exigenda, nec legatum plus haberet in-
commodi quàm commodi facta computatione permittẽ-
dum eſſet minori, quod ſanè maiori denegaretur, vt le-
gatum etiam agnitum relinquere poſſet, tutelæque actio-
nem ad tutoris heredes inquietandos impunè exercere?
Minimè verò. Neque enim pupillis aut minoribus vn-
quam ſuccurritur ſolo fauore ætatis, ſi non etiam læſio
probetur, *l. verum 11. §. ſciendum eſt, l. quod ſi minor 24.*
§ non ſemper & paſſ. D. de minor. l. nam poſteaquam 9. §. ſi
minor. D. de iureiur. etſi priuilegium in eo habent quòd
læſi putantur non modò ſi damnum ſenſerint, ſed etiam
ſi amiſerint lucrum, *l. ait prætor 7. §. hodie de minor.* Cæ-
terùm neque pupilli neque alterius cuiuſlibet probi ho-
minis quicquam intereſſe credendum eſt, ob id ſolùm
quod pro legato vtiliore omiſerit & amiſerit ſaltem in ef-
fectu eam actionem ex qua nihil aliud præterea commodi
ſentire potuiſſet, niſi quod tutoris heredes longiore ac
diſpendioſa lite inquietaſſet *arg. l. ſi venditor 9. § 1. verſ. cæ-*
terum. D. de ſeru. export. Igitur & in pupillo alióve mino-
re, ſicut in maiore quolibet, neceſſaria erit computatio,
vt

vt ſciri poſſit an læſio interuenerit: quo demum probato, ætatis rationem haberi æquum erit, ſiue liberati fuerint heredes tutoris, ſiue cautio tantùm iis præſtita de tutelæ rationibus non exigendis, ſed ita tamen vt eo caſu neceſſarium ſit auxilium reſtitutionis in integrum, non etiam vt iure communi permittendum ſit pupillo, vt hoc magis quàm alio caſu mutet voluntatem, & pro legato quod elegerat, eligere actionem. Nec enim quòd liberatio heredibus præſtita non ſit, ſed cautio tantùm Muciana, facere poteſt vt eo minùs ſit pupillo neceſſaria reſtitutio, quaſi nec tum impleta conditione, quæ non id tantummodo continebat, *heredibus ſuis tutelæ controuerſiam pupillus non faceret*, ſed illud etiam *ſed eo nomine omnes liberaret*. Nam ſi heredes tutoris quorum fauore conditio adſcripta erat contenti fuerunt cautione Muciana, nec liberationem vllam ſibi præſtari curarunt, quid amplius
19 exigimus vt conditio impleta videatur? † Neque enim illud nouum etiam eſt vt conditio præſertim liberationis per æquipollens vt aiunt impleatur, adeóque quocumque modo, dum ei cui implenda eſt, ſatisfiat *l. ſi rem. 9. §.*
20 *omnis in fin. D. de pignor. act.* † Ex quo apparet tanto manifeſtius non poſſe adſcribi Scæuolæ verba illa *quod ei ætatis beneficio indulgendum eſt*, cùm in præcedentibus nihil vnde conijcere poſſimus ſenſiſſe Scæuolam de in integrum reſtitutione vel impetranda vel impetrata. Cuius certè impetrandæ neque neceſſitas neque conſequenter ratio vlla eſt in eo caſu quem tractat Scæuola, id eſt, quo nunquam fuerit paritum conditioni, cum ius commune ſufficiat legatario etiam maiori annis viginti quinque vt admittendus ſit primùm ad reddendum legatum quod ante impletam conditionem agnouerat. Deinde ad tutelæ actionem poſt legatum redditum inſtituendam. Et verò verba illa *niſi paratus eſſet quod ex cauſſa fideicommiſſi percepiſſet reddere*, ſola reddendi voluntate & oblatione quæ tamen cum effectu ſit contenta ſunt nec præ ſe ferunt neceſſitatem inſtituendæ actionis ad
21 impetrandam in integrum reſtitutionem. † Errori interpretis cauſam illud dedit, quod vidit apud Scæuolam tractari de pupillo. Nec animaduertit, quod tamen apertiſſimum erat pupillum eo loco vt & aliis propemodum innumeris, non eum dici qui tunc eſſet, ſed qui antea fuiſſet? quod & demonſtrant præcedentia illa in legis principio poſita *pupillo ſuo cuius tutelam geſſit*. Scripſiſſet enim Scæuola *gerebat*, non *geſſit*. ſi pupillus ille teſtamenti tempore adhuc in eadem tutela fuiſſet, quæ porrò viuis tutore & pupillo non poterat eſſe finita niſi pubertate. Denique conuenit ea pupilli appellatio illi etiam qui maior ſit annis viginti quinque ſi modò fuerit aliquando in alterius tutela. Vt cùm dicimus interdictum eſſe matrimonium inter pupillam & tutorem ipſius liberóſve tutoris *leg. 1. & tot. tit. C. de interd. matr. inte. pupill.* Non enim pupillam intelligimus quæ contracti aut contrahendi matrimonij tempore minor ſit annis duodecim, in qua ætate certum eſt non magis eum alio quolibet quàm cum tutore matrimonium eam contrahere poſſe, ſed quæ fuerit aliquando eius ætatis & in tutoris poteſtate. Adeò vt Papinianus quoque noſter, cui diſertiſſimè & appoſitiſſimè loqui propemodum peculiare fuit, non dubitauerit ſcribere in *l. quamquam 64. §. vlt. D. de rit. nupt.* tutorem qui rationes curatori reddidit puellam ſuam (quam & in l. ſeq. pupillam vocat) ante conſtitutum tempus ætatis eius vxorem ducere non poſſe, nec ſi mater illa ex alio priore matrimonio facta ſit. Ergo neque ſi maior ſit annis viginti quinque. Conſtitutum tempus eſt anni viceſimiſexti completi, & viceſimiſeptimi incepti *l. non eſt matrimonium 66. eod. l. qui pupillam. 7. D. ad leg. Iul. de adulter.* Non enim ideò prohibitæ ſunt iſtæ nuptiæ quòd hæc hodie ſit pupilla, ſed quod fuerit aliquando.

CAPVT X.

Indicatur Tribonianiſmus in l. 1. eod. tit. de liber. legat.

SVMMARIA.

1 *Creditorem qui rem ſibi pignori datam debitori ſuo legauit non minus debitum ipſum quam pignus legaſſe cenſeri.*
2 *Nullius vtilitatis fore eiuſmodi legatum ſi debitor rem tantùm ſuam creditori obligatam, non etiam debitum conſequeretur.*
3 *Aliud obtinere ſi creditor pigneratitius ante ſolutam ſibi pecuniam inter viuos pignus debitori reddiderit.*
4 *Ratio differentiæ redditur.*
5 *Duriorem aliquando fieri interpretationem obligationis quam liberalitatis.*
6 *Cur melior ſit conditio debitoris cui creditor rem obligatam legauit, quam cui ille ipſe pignus reddidit?*
7 *Etiam in dubio pignore debitori legato integram liberationem legatam intelligi, & contraria in teſtatore voluntatis probationem heredi incumbere.*
8 *Quid Tribonianum* in d. l. 1. *impulerit vt contrariam ſententiam tueretur?*
9 *Reſpondetur ad* l. creditorem 85. ff. de legat. 2.
10 *Verba* in d. l. 1. *Triboniani manum maximè prodentia.*
11 *Quem ſenſum* in d. l. 1. *habeant hæc verba*, exemplo Iulitionis.

SI † res pignori data legetur debitori à creditore, Iulianus ſcripſit valere legatum, haberéque debitorem 1
actionem vt pignus recipiat priuſquàm pecuniam ſoluat, vt refert Vlpianus in *l. 1. §. 1. D. de liber. legat.* vbi tamen ſubiungit, *Sic autem loquitur Iulianus, quaſi debitum non debeat lucrari, ſed ſi alia teſtantis voluntas fuit & ad hoc perueniretur exemplo Iulitionis.* Hanc verò clauſulam eſſe Vlpiani vix poſſum mihi perſuadere, ſed puto eſſe potius Triboniani, ſententiam verbáque Iuliani malè ſuo more ac perperam interpretantis. Quod enim Iulianus ſcripſit valere huiuſmodi legatum, & ex eo debitori actionem competere ad pignus recipiendum priùs etiam quam pecuniam ſoluat, proculdubio ſic ille intellexit, vt debitum quoque debitor lucretur, quia cùm nec pignori obligata ſit in dominio debitoris non creditoris *l. cum & ſortis 33. §. 1 ff. de pignor. act.* nemini autem res ſua legari poſſit *l. proprias 13 C. de legat.* conſtat non aliter valere poſſe legatum quàm ſi teſtator ius omne quod habuit legaſſe intelligatur, vt ex eodem Iuliano idem Vlpian. ſcribit in *l. cum ſeruus 39. alias l. apud Iulianum, §. ſi Titius de legat. 1.* Habuit autem creditor in hac re ius pignoris, cuius ea fuit conditio, vt tamdiu durare deberet quamdiu ſolutum debitum non eſſet, *l. grege 13. §. etiam, ff. de pign. l. debitor 59 ff. ad SC Treb.* Legando igitur rem ſibi obligatam creditor totámque cauſam pignoris legaſſe credendus eſt, & conſequenter non minùs debitum quàm
pignus ipſum. † Alioqui cuiuſnam obſecro vtilitatis erit 2
legatum ſi ponas debitorem hunc nihil præter hanc rem quæ fuerat teſtatori obligata in bonis habuiſſe? An non æquè futurum eſt vt nec ſoluente illo, nec aliunde habente quod ſoluat, hanc ipſam rem diſtrahi oporteat ex cuius pretio teſtatoris heredibus ſatisfiat? Quid porrò intereſt an res debitoris diſtrahatur tanquam creditori obligata ex conuentionali pignore, an propter pignus quod iudiciali auctoritate conſtitutum ſit in bonis debitoris condemnati? An non vtroque caſu idem eſt incommodum debitoris, contrà verò, eadem vtilitas creditoris? Quòd ſi è diuerſo ponas locupletem debitorem, cui non

 ſit

ſit difficile etiam aliunde ſoluere quod debet, quod in ef-
fectu præſtet creditor debitori cùm ei legat rem obliga-
3 tam? † Dices fortaſſe, Quamuis pignus non pro debito
præcedente & ſubſiſtente contrahatur, nihil tamen pro-
hibere quominus ſoluto debito vinculum pignoratitium
eſſe neceſſe eſt, cum chirographarium eſſe poſſit. *tit. C.*
etiam ob chirograph. pign. retin. poſſ. Idque exemplo viu-
uente cùm creditor pignoratitius ante ſolutam ſibi pe-
cuniam reddit pignus debitori. Placet enim non eo mi-
nus ſaluam ei eſſe debiti perſecutionem, vt nec taciti
pacti exceptione repellatur, in eóque minus poſſe pigno-
ris quàm chirographi redditionem, cùm creditor qui
chirographum reddidit ſi petere debitum pergat, ta-
citi pacti exceptione ſit repellendus *l. 2. §. 1. & l. 3. D. de*
4 *pact.* † Sed reſpondeo pleniùs nos vltimas defunctorum
voluntates quàm viuentium facta interpretari. Nam in
factis nihil aliud intueri poſſumus niſi quod factum
præcisè, aut quod ex facto inferri neceſſariò debet,
qui autem pignus debitori ſuo reddit, nihil aliud facit
niſi quod pignus reddit, ipſum verò debitum non ſo-
lùm non remittit expreſsè ſed nec tacitè, quomodo qui
chirographum reddit, tacitè debitum remittere dicitur,
quia lex facit quod non niſi accepta ſolutione fieri ſolet,
quotidie autem precario rogantur creditores à de-
bitoribus qui res ſuas pignori obligauerunt *l. certè. 6.*
§. vlt. D. de precar. vbi dicitur precarium hoc con-
ſiſtere non proprietatis nomine ſed poſſeſſionis. Ac cùm
creditor ſuo debitori legat rem obligatam, ea voluntate
eſt vt hæredem ſuum vel inuitum obliget ad pignoris re-
ſtitutionem, quod porrò ex iuris ratione non aliter reſti-
tuere cogi alioquin poſſet quàm ſi priùs ſibi ſolutum eſ-
5 ſet debitum, aut aliter eo nomine pleniſſimè ſatisfactum
l. ſi rem 9. § omnis pecunia. D. de pign. act. † Plus ergo debi-
tori præſtari vult, quàm ſi eidẽ is ipſe pignus redderet: nec
nouum aut inconueniens eſt duriorem fieri interpreta-
tionem obligationis, quàm liberalitatis, & contra credi-
toris heredem quem creditori ipſe obligauerit de pigno-
re reſtituendo, quàm contra creditorem ipſum ſi fortè
viuus ille pignus debitori reddere maluiſſet. Quod enim
creditoris heres cogi non potuiſſet pignus reddere, niſi
ſoluta priùs pecunia omni quæ debebatur, tantò magis
ei nocet, vt poſt redditum pignus debitã pecuniã petere
amplius nõ poſſit, quia vt de chirographi redditione dici-
mus, (licet ad ſpontaneã quoque id pertineat) contra ſoli-
tum creditorum morem eſt, immo quod in propoſito am-
6 plius eſt, contra iuris rationem, vt priuſquam debiti ſo-
lutio facta ſit, pignus ſibi eripi patiantur. † Cum igitur
in confeſſo ſit legata debitori re obligata, hactenus va-
lere legatum vt ex voluntate creditoris liceat debitori ab
inuito quoque creditoris herede pignus extorquere nul-
la præcedente ſolutione. An non proſſus conſequens eſt
liberationem etiam hoc caſu debitori legatam videri?
Quo enim alio iure poſſet pignus recuperare tan-
quam liberatum ſi non eſſet ipſe liberatus? Quod ta-
men non ſimiliter poſſis dicere cùm pignus vltro ac
ſponte redditur debitori ab ipſo creditore. Liberalitas
enim illa eſt creditoris, qui cùm ita facit, non modo vim
nullam ſibi aut legibus fieri patitur, faciens è contrario
quod quotidie faciunt plerique creditorum, ſed neque
pignoris ſui ius aut vinculum vllo modo remittit, ſiqui-
dem pignus redditum nihilominus remanet obligatum
quoadúſque pecunia ſoluta ſit, nec niſi pignoris deten-
tionem & retentionem quam habebat creditor, per huiuſ-
modi redditionem amittit. Vnde proinde negari non
poſſit quin melior ſit & eſſe debeat conditio debitoris
cui creditor rem obligatam legauit quam cui ille ipſe pi-
gnus reddidit. Etſi non inficior poſſe etiam ita legari pi-
gnus debitori vt vinculum duntaxat pignoris diſſoluatur
non etiam ipſius debiti liberatio debeatur. Nempe ſi aper-
ta alia fuerit teſtatoris voluntas, in cuius ſanè arbitrio eſt,
7 liberalitati ſuæ præſcribere quem velit modum. † Sed hoc
contendo, in dubio ſi creditor rem ſibi obligatam le-
gauerit debitori, non ſolum ius pignoris legatum in-
telligi debere, ſed etiam ius liberationis, in eoque à Tri-
boniano diſſentio, qui fatetur quidem poſſe tali legato
ius quoque liberationis contineri ex voluntate teſtatoris,
ſed eam voluntatem probari vult à debitore, cum ita ſcri-
bit, *ſed ſi alia teſtantis voluntas fuit*. Ego contrà volun-
tatem hanc in dubio præſumi volo pro debitore, niſi
aliam & contrariam probet heres creditoris. Cui noſtræ
interpretationi fauet non ſolum titulus ipſe qui eſt *de li-*
ber. legat. ſed etiam quod initio legis Vlp. ſcribit, Omni-
bus debitoribus ea quæ debent rectè legari, licèt domini
eorum ſint. Conſequens enim fuit, vt ſubiceret Vlp.
idem dicendum vt valeat legatum etiamſi non debitum
ipſum, ſed res pro debito obligata ſit debitori. Eadem
enim dubitandi ratio eſt, quod non valeat legatum eius
rei quæ legatarij ſit. Eadem quoque decidendi quod non
ſit credendus teſtator legaſſe quod ſuum. Ergo vtroque
caſu eius debiti exigendi, quod ipſum nihil aliud eſt, 8
quã ius liberationis. † Neque debuit Tribon. decipi ex eo
quod Iul. ſcripſerat, *haberéque actionem vt pignus recipiat*
prius quam pecuniam ſoluat. Vnde ſumpſit ille occaſio-
nem ſubiiciendi, *ſic autem loquitur Iul. quaſi debitum*
non debeat lucrari. Quid enim referre potuit an ita Iulian.
ſcriberet, *prius quam pecuniam ſoluat*, an ita potiùs quo-
modo ſcribendum erat ſecundum Tribon. *etiamſi pecu-*
niam nunquam ſoluat. Ignorauit nimirum Tribon. aut
certè non animaduertit paria hæc eſſe, pecuniã nque de-
bitam aut priùs quàm pignus repetatur ſolui debere, aut
nunquam, quoties pignus petitur inuito creditore, aut
quod idem eſt, creditoris herede, niſi cùm creditor ipſe 9
contrariam legem dixit, & heredi ſuo & debitori. † Nec
ſimile eſt quod Paulus reſpondit in *l. creditorem 85. de*
legat. 2. creditorem cui res pignoris iure obligata à debi-
tore legata eſſet non prohiberi pecuniam creditam pete-
re, ſi voluntas creditoris compenſare volentis euidenter
non oſtenderetur. Longè namque aliud eſt rem obligatã
legari à debitore creditori: aliud verò legari à creditore
debitori. Legatũ ſiquidem cùm ſit donatio & liberalitas,
non facilè cedit pro donatione in ſolutũ, quia quantò lar-
giùs accipitur, tantò magis diſtat à debiti ſolutione. Ac
multò faciliùs cedit pro liberatione, quoniã in liberando
liberalitas cernitur, non in ſoluendo. Et verò in re obli-
gata quam debitor legat, nihil eſt debitoris aut quod de-
bitor legaſſe videatur, præter rem ipſam: in re autem
obligata quam legat creditor, nihil è contrario eſt quod
ſit teſtatoris præter ius ipſum debiti & pignoris. Quod
vtrumque ſicut habet creditor, ita æque legaſſe intelli-
gendus eſt, ne aut nihil in effectu, aut minùs ſaltem po-
tuerit, & quàm in re ipſa iuris habuerit, legaſſe videa-
tur, *arg. l. in teſtamentis 12. de regul. iur.* † Illud verò om- 10
nium maximè Tribonianum mihi prodit, quod poſt ea
verba, *Sic autem Iulianus loquitur, quaſi debitum non de-*
beat lucrari, Adiecit ille, *ſed ſi alia teſtantis voluntas fuit*
& ad hoc perueniretur, exemplo luitionis. Quid enim ſcri-
bi potuit ſtultius & ineptius? An fortaſſis eorum verbo-
rum *ad hoc perueniretur*, alius ſenſus eſſe poteſt, quàm vt
ſi alia teſtatoris voluntas fuerit non tantùm ius pigno-
ris de quo ſolo Iulianum ſenſiſſe Tribonianus credidit,
ſed etiam ius debiti, debitúmque ipſum lucrari debito-
rem oporteat. † Quo admiſſo quæro quis ſenſus eſſe po- 11
teſt illius adiectionis *exemplo luitionis*? An fortè debi-
tum lucratur, cùm pignus luit? An non è contrario pig-
nus luere hoc ipſum eſt, debitum offerre & ſoluere? *l. 1. l.*
vlt. & tot. tit. C. de luit. pignor. Non ignoro quid Tribo-
nianus ſenſerit, voluit enim dicere debitorem cui credi-
tor legauit rem pignori obligatam, hoc ex legato conſe-
qui debere, vt non modò pignus liberum & immune re-
petat, ſed & eodem prorſus iure quo ſi pignus ipſe luiſ-
ſet, id eſt, ita vt neque perſonali vlla obligatione tan-
quam debitor maneat obligatus. Sed cùm de illo tantùm
quæreret, an debitor hic cui pignus legatum fuiſſet, lu-
craretur debitum, dico non fuiſſe accommodatum

ſubiicere *exemplo luitionis*, cùm nihil tale interueniat in pignoris luitione: per quam ſcilicet nihil lucri conſequitur debitor, ſed tantùm vitat damnum ne res obligata quæ pluris ſit, pro viliore debito vel diſtrahatur, vel detineatur. Mihi porrò videor viciſſe ſtatim atque probaui, inconcinnè & ineptè ne dicam ineleganter, in prudentum reſponſis quid ſcriptum eſſe. Quid enim aliud ſupereſt, quod vel coniicere, vel affirmare poſſimus, niſi totum id quod abſurdum & ineptum eſt, Triboniano adſcribendum eſſe non Vlpiano, aut alij vlli ex magnis illis Iureconſultis? Fiet verò hoc apertius ex iis quæ ſequenti capite ſubiiciemus.

Capvt XI.

Alij Tribonianiſmi tres in l. ſi quis reum 5. eod. tit. de liberat. legat.

SVMMARIA.

1 *Si quis reum & fideiuſſorem habeat, reo liberatione legata pleniſſimam liberationem deberi.*

2 *Quo ſenſu dicatur nihil referre an ipſo iure quis actionem non habeat, an talem habeat quæ per exceptionem infirmetur?*

3 *Multum ſuperiore caſu debitoris intereſſe vt per acceptilationem magis quam per pactum liberetur.*

4 *Ratio pro herede creditoris faciens, ne per acceptilationem liberare debitorem cogatur.*

5 *Annon æque proſpectum ſit fideiuſſoris indemnitati, ſi principalis debitor per pactum duntaxat, ac ſi per acceptilationem fuerit liberatus?*

6 *Alia ratio propter quam creditoris heres debitorem per acceptilationem liberare cogitur.*

7 *Iis caſibus quibus fideiuſſor ſoluens aduerſus debitorem nullum regreſſum habet, reum cui liberatio legata eſt pacto liberandum eſſe.*

8 *Cur illis caſibus per acceptilationem liberari non poſſit?*

9 *Iis caſibus locum non eſſe iuris regula qua vult ex pacto de non petendo non minus fideiuſſori, quam debitori exceptionem dandam eſſe.*

10 *Verſiculum* atquin ſolemus in d. l. 5. *Triboniani eſſe.*

11 *Teſtatoris debitori ſuo liberationem legantis eam voluntatem videri vt fideiuſſor quoque liberetur.*

12 *Quid Tribonianum* in d. l. 5. *fefellerit.*

13 *Alius Tribonianiſmus in §. 1. eiuſdem legis indicatur.*

14 *Ratio diſſimilitudinis inter liberationem quæ reo, & eam quæ fideiuſſori à creditore legata eſt.*

15 *Liberatione legata patri qui filio fideiuſſerat, patrem nihilominus actione de peculio conueniri poſſe.*

16 *Liberationem legatam fideiuſſori qui reuera reus fuit, ipſi tanquam fideiuſſori duntaxat, non tanquam reo prodeſſe.*

17 *Eo caſu non intereſſe, an creditor ſeu teſtator rei geſtæ veritatem ſciuerit, an vero ignorauerit.*

18 *Reſpondetur ad* l. ſed ſi fideiuſſor 24. ff. de pact.

19 *Aliter concipiendum pactum liberationis quod ſola paciſcentium voluntate, aliter illud quod in legati conſequentiam interponitur.*

20 *Vt pactum quod cum fideiuſſore, cui legata fuit liberatio, interponendum eſt, fideiuſſori tantum proſit, non ſimpliciter ſed expreſſa fideiuſſoris quantitate concipi debere.*

21 *Idem in eo fideiuſſore obſeruandum qui in rem ſuam fideiuſſit, & alium reum vice ſua dedit.*

22 *Tertius Tribonianiſmus in* d. l. 5. §. ſed ſi damnatus.

23 *Herede damnato filium liberare, ſiue per pactum ſiue per acceptilationem liberetur, patrem quoque per conſequentias liberatum intelligi.*

24 *Patrem, qui de peculio filij debitoris tenetur, conditionalem debitorem dici.*

25 *Conditionem obligationis illius paternæ deficere, filio vel per pactum vel per acceptilationem liberato.*

26 *Filium ſoluendo eſſe cenſeri, & effectu ipſo ſoluiſſe intelligi, quum exceptione pacti de non petendo tutus eſt.*

27 *Cur legata filiofam. liberatione non diſtinguatur an per pactum, an verò per acceptilationem liberetur, patri verò ſoli liberatione relicta diſtinctioni locus ſit?*

28 *Triboniani aduocatio in* d. §. ſed ſi. *inducatur & refutatur.*

SI † quis reum habeat, & fideiuſſorem, & reo liberationem leget, placet Iuliano, quod & Vlpianus probat in *l. 5. de liber. legat.* reum per acceptilationem liberandum eſſe non per pactum, ne alioqui ſi heres creditoris cœperit fideiuſſorem conuenire, alia ratione & via reus conueniatur. Senſus eſt ni fallor ex huiuſmodi legato pleniſſimam deberi liberationem debitori, ac proinde non poſſe ſufficere vt liberetur per pactum, quia pacti de non petendo ea vis non eſt vt debitorem liberet ipſo iure, ſed tantùm ope exceptionis *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret & paſſ. D. de pact.* nemo autem neſcit quam maximè intereſſe debitoris vt liberetur ipſo iure potiùs quàm per exceptionem, vel ob id ne conueniri vnquam vel vllo modo poſſit. † Quamuis enim dici ſoleat, nihil referre an ipſo iure quis actionem non habeat, an talem habeat, quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil. intereſt. 11. De regul. iur.* id tamen accipiendum eſſe conſtat quoad ad effectum actionis contra quàm fuit oppoſita exceptio non etiam ita, vt æque tutus ſit is qui ſi conuenietur habiturus eſt exceptionem, atque is contra quem vt potè iam ipſo iure liberatum nulla actio ſupereſſe daríque poteſt. Accidit namque ſæpenumero vt competens exceptio non apponatur, vel per imprudentiam vel etiam per errorem ſiue iuris ſiue facti, atque ita condemnetur is quis iuſtam exceptionem habuit non minus quam ſi nullam habuiſſet *l. ſi non ſortem. 26. §. indebitum l. qui exceptionem 40. D. de condict. indeb. l. ſi fideiuſſor 29. per tot. D. mandat. l. qui hominem 34. §. vlt. D. de ſolut.* quod contingere non poſſet ſublata actione & extincta ipſo iure per acceptilationem. † Inde igitur fit vt non ſit audiendus heres creditoris qui liberationem debitori præſtare iuſſus eſt, ſi velit eum pacto duntaxat liberare quoniam nihil poteſt intereſſe heredis an hoc an illo modo debitor liberetur. Ipſius verò debitoris poſt multum intereſſe vt per acceptilationem magis quam pactum liberetur, hoc eſt vt ipſo iure potiùs quam beneficio & auxilio exceptionis. † Vna tantum ratio eſſet quæ videretur facere pro herede ne per acceptilationem liberare debitorem cogeretur. Nempe quòd per liberationem ita factam tollatur omnis & tota quanta eſt obligatio, nec tantùm quòd ad perſonam debitoris cui legata liberatio eſt, ſed etiam quòd ad perſonam fideiuſſoris, de quo non videtur teſtator cogitaſſe, certè de quo locutus non fuit. Sed ratio hæc non eſt bona, quia non minùs intereſt debitoris ne fideiuſſor eius, quàm ne ille ipſe conueniatur, cùm alioqui futurum ſit vt per mediam fideiuſſoris perſonam qui aduerſus reum habiturus regreſſum eſt, ad reum quoque perueniatur in quo planè voluntas & propoſitum teſtatoris offenderetur, *l. 1. §. exceptionem, ff. quar. rer. act. non dat. l. cum lex 46 ff. de fideiuſſ.* † Quid? an non æquè cautum erit & proſpectum indemnitati fideiuſſoris etiamſi reus per pactum duntaxat non per acceptilationem fuerit liberatus. Ita ſanè, ſi nihil aliud quæris aut curas niſi vt fideiuſſori æquè ac debitori ipſi conſulatur. Conſtat. n. pactum de non petendo cum reo initum, tanquam quod ſit in rem ſi non in perſonam expreſſim conceptum proponatur, non minùs prodeſſe fideiuſſori quàm reo, non quia fideiuſſoris, ſed quia ipſius rei interſit *l. & heredi*

1
2
3
4
5

actione de peculio conueniri poſſit, vt ex eodem Iul.
16 Vlp. noſter ſcribit in §. *vlt. huius legis.* † Ergo ſimiliter
ac multò magis dicendum eſt, Etiamſi fideiuſſor cui li-
beratio relicta, reuera fuerit reus, non ille quem reum
vice ſua ipſe dederit, liberationem ei legatam, & quidem
non ſimpliciter, aut ſub nomine Titij vel Sempronij, ſed
ſub nomine fideiuſſoris (quamquam nec aliud fore puto
ſi ſimpliciter aut ſub proprio ipſius nomine relicta pro-
ponatur) prodeſſe illi non debere tanquam reo, ſed tan-
quam fideiuſſori duntaxat, licèt ita futurum ſit vt con-
uento eo qui ſe reum fecit, fideiuſſor hic inquietetur, ſi-
quidem, quòd pertinet ad teſtatorem qui liberationem
legauit, fideiuſſor hic tantùm fuit, non reus. Quod verò
actionem mandati quæ fideiuſſoribus omnibus dari ſolet,
habiturus non ſit, atque contrario alij qui ſe vicarium vt
ita dicam reum fecit indemnitatem pleniſſimam præſta-
turus, pendet ex eo negotio quòd inter ipſos geſtum eſt
ſeparatim, non ex eo quod vterque ipſorum geſſit cum
creditore qui legauit liberationem. Proinde non poteſt
17 liberationis legatum factum à creditore ex illo negotio
inter alios geſto recipere interpretationem. † Nec ſi po-
nas creditorem iſtum rei geſtæ veritatem non ignoraſſe,
quia ſemper verum eſt quod creditorem ſpectat, & re-
um eſſe illum qui ſe tanquam reum obligauit, & fideiuſ-
ſorem illum qui non reperitur obligatus, niſi tanquam
fideiuſſor. Porrò liberatio legata fideiuſſori nunquam de-
bet reo prodeſſe, nec à fideiuſſore ad reum tranſire, ne
per eiuſmodi extenſionem alij conſulamus, quàm cui te-
ſtator conſultum voluit, *arg. l. nec adiecit 9. D. pro ſocio.*
Poteſt quidem fieri, vt ei quoque cuius nomen in teſta-
mento ſcriptum non eſt, conſultum voluerit teſtator, quo
caſu placet non eo minùs legatarium illum eſſe, *l. 3. §. pe-
nult. & vlt. eod hoc tit. l. fideicommiſſa 11. §. plerumque &
ſeq. de leg. 3.* Sed vt alij quàm cui prodeſſe teſtator voluit
proficiat legatum liberationis fieri nullo modo poteſt.
Atqui ponimus liberationem legatam fideiuſſori non
reo. Ergo nec ſi fideiuſſori idem reus ſit, tamen liberan-
dus erit tanquam reus, ſed duntaxat tanquam fideiuſſor,
at ea liberatio neque ipſi proſit tanquam reo, neque
18 alij qui tanquam reus voluit obligari. † Neque pugnat
quod Paulus ſcribit in *d. l. ſed ſi fideiuſſor 24. D. de pact.*
Si fideiuſſor in rem ſuam ſponderit, habendum eum
pro reo, & idcirco pactum cum eo initum cum reo ipſo
initum videri, vt illi etiam qui pro reo datus eſt proſit,
tanquam fideiuſſori. Nam id rationem illam habet, quòd
cùm pactum vltro interpoſitum fuit, non tam inſpicimus
cui pactum factum ſit, quàm cui prodeſſe interſit paciſ-
centis, vt in præcedentibus legibus Paulus ſcribit. Cùm
verò liberatio alicui legata eſt, non illud inſpicimus cui
prodeſſe liberationem interſit legatarij, ſed cui tantum
prodeſſe, proſpectúmque eſſe voluerit is qui legauit nec
rurſum cui tantum, ſed etiam tanquam cui, ne libera-
tionis effectus vltra teſtantis voluntatem porrigatur. †
19 An ergo alia minorque poteſtas erit pacti propter libera-
tionem legatam adhiberi, quam ſi vltrò nec præcedente
liberationis legata interpoſitum eſſet. Nequaquam vt
ſuperiore capite diſputauimus contra Tribonianum. Sed
hoc volo, aliter concipiendum pactum, quod ſola paciſ-
centium voluntate, aliter illud quod in legati conſequen-
tiam interponitur. Ne contra teſtatoris voluntatem eue-
niat, vt idem ſit effectus vtriuſque. Pactum quod non
aliam cauſam habet quàm paciſcentium ſolam volunta-
tem, ſimpliciter concipiendum eſt, vt nihil prohibeat
ne omnibus proſit, quibus prodeſſe interſit paciſcentis.
Neque vt quod initum eſt cum fideiuſſore in rem ſuam
proſit ei qui tanquam debitor pro huiuſmodi fideiuſſore
obligatus eſt, quicquam aliud exigimus, niſi vt qui paci-
ſcitur, ſciat rem ita geſtam inter reum & fideiuſſorem.
(Alioqui ſanè difficile eſt dicere, eum qui fecit pactum
cum fideiuſſore, quem verum fideiuſſorem putabat, non
facturus niſi ſciuiſſet iure ita comparatum eſſe, vt ex-
ceptio pacti cum fideiuſſore initi non competat debitori,
ſi poſtea cum debitore experiri velit repellendum excep-
tione) † At pactum quod ad effectum liberationis lega- 20
tæ inuito etiam herede interponendum eſt cum fideiuſ-
ſore cui legata fuit liberatio, non ſimpliciter concipi de-
bet, ſed expreſſa quantitate fideiuſſoris, vt intelligat non
liberari ſe per eiuſmodi pactum niſi tanquam fideiuſſo-
rem, nec proinde fieri poſſe vt id pactum alij vlli proſit,
quia fideiuſſoris tanquam fideiuſſoris intereſſe nunquam
poteſt, vt alij quàm ſibi pactum ſuum proſit, *l. fideiuſſoris
23. de pact.* Idque intelligere poſſumus non obſcurè ex
eo quod ſupra diximus de patre obligato actione de pe-
culio eodemque filij ſui fideiuſſore, eum ſcilicet ſi ex cre-
ditoris ſui teſtamento liberationem meruerit, liberandum
ad herede, quaſi fideiuſſorem non quaſi patrem *d. §.
vltim. huius leg.* Ergo non per pactum ſimpliciter
adhibitum, ſed ſub expreſſa illa qualitate fideiuſſoris.
Quis enim dubitet, quin ſi pactum ſimpliciter patri
factum de non petendo, habiturus ille eſſet pacti ex-
ceptionem, ſiue tanquam pater, ſiue tanquam fide-
iuſſor conueniretur? † Idem ergo dicimus legata libera- 21
tione fideiuſſori qui in rem ſuam fideiuſſerat, aliùmque
reum dederat vice ſua, vt ſi creditoris heres cum eo ſim-
pliciter paciſcatur de non petẽdo, profuturum ſit pactum
ei quoque qui reus datus fuit, idque non propter legatum
liberationis, ſed propter pactum ex *d. l. ſed ſi fideiuſſor,*
Verùm ne id eueniat, liberandum eſſe pacto hunc fide-
iuſſorem, non ſimpliciter ſed tanquam fideiuſſorem.
Quòd & ſatis apertè Vlp. innuit, cùm ait & liberatio-
nem legatam fideiuſſori, & fideiuſſorem liberandum, de-
monſtrata ſcilicet in omnibus non tam perſona, quam
qualitate fideiuſſoris. † Tertius Tribonianiſmus eſt in §. 22
ſed ſi damnatus. Tractat Vlp. ex eodem Iul. caſum illum
quo filiusfamilias debitor fuerit, & patri eius, aut ipſi
etiam filio liberatio legata. Et primum quidem ſi patris
liberatio relicta ſit, pacto duntaxat liberandum patrem
eſſe ait, ne filius quoque liberetur, ſiue aliquid ſit in pe-
culio die legati cedente, ſiue non. Sed ſi damnatus ſit he-
res filium liberare, *non adijcit Iulianus*, inquit Vlpian.
*vtrum acceptilatione filius, an pacto ſit liberandus, ſed vide-
tur hoc ſentire quaſi acceptilatione debeat liberari, quæ res
patri quoque prodeſſe.* Hunc verò verſiculum exiſtimo to-
tum eſſe Triboniani, exiſtimantis minùs accuratè tracta-
tam à Iul. propoſitam quæſtionem, & ab eo prætermiſ-
ſam partem illam diſtinctionis, ſi non patri debitoris fi-
liifamilias, ſed ipſi filiofamilias liberatio relicta propo-
neretur. In quo labitur proculdubio manifeſta iuris ig-
noratione. † Caſum enim iſtum quo damnatus ſit heres 23
filium liberare, ideò prætermiſit conſultè Iulianus, quia
nec illa poterat incidere dubitatio vtrum acceptilatione
filius, an pacto eſſet liberandus. Siue namque per pactũ,
ſiue per acceptilationẽ filius liberetur, fieri certè nequit
vt non pater etiam per conſequentias liberatus intelliga-
tur, quia licèt dici ſoleat eum qui cum filiofamilias con-
trahit duos habere debitores filium in ſolidum, patrem
verò dũtaxat de peculio, *l. ſi quis cum filiofamilias 44. D.
de pecul.* † Illa tamen inter vtriuſque obligationem dif- 24
ferentia eſt, quòd filij obligatio & principalis & pura,
patris autem non niſi conditionalis, & acceſſoria, vt pau-
lò antè idem Vlp. ſcripſerat ex Marcello qui hanc ratio-
nem ſecutus, inferebat contra Iulianum, repetere patrem
poſſe quod ſoluerit pro filiofamilias debitore, qui rei iu-
dicandæ tempore non ſit ſoluendo, tanquam conditiona-
lem debitorem, aut eum ſaltem qui ſit loco conditionalis
debitoris, quem ſi interim ſoluerit id, quod non niſi ſub
conditione debetur, repetere poſſe non ambigitur *l. qui
promiſit 48. D. de condict. indeb.* Quænam verò hîc con-
ditio eſt? Nulla equidem expreſſa, quia nec obligatio ip-
ſa expreſſa eſt, ſed tacita, & quæ ſola legis iuriſque pote-
ſtate inducitur, ob idque non ſic loquuntur Iureconſulti
vt patrem conditionalem debitorem dicant, ſed conditio-
nalis debitoris loco. † Tacita autem conditio ea eſt, ſi fi- 25
lius debitor maneat, nec ſoluendo ſit. Ac proinde filio
liberato,

liberato,ſiue per pactum , ſiue per acceptilationem,con-
ſequens eſt vt tanquam deficiente obligationis paternæ
conditione pater quoque liberetur, ideóque quod magis
eſt, ipſo iure tametſi filius eo caſu quo per pactum dun-
taxat liberatus eſt,maneat ipſo iure obligatus , quoniam
vt tota conditio , cuius natura & poteſtas indiuidua eſt,
defeciſſe intelligatur,ſufficit deficere in parte,Vt hic de-
ficit ex ea parte quæ requirit filiumfamilias non eſſe ſol-
26 uendo. † Eſt enim ſoluendo, adeóque in effectu ſoluiſſe
intelligitur , quiſquis tutus eſt exceptione pacti de non
petendo, cùm habeat quod obiiciat creditori,quemad-
modum de eo qui tempore liberatus fuit , eleganter Pa-
pinianus ſcribit in *l. ſi pupillus 45. in fi. D. de admin. &
peric.tut.* Nihil ſiquidem intereſt an liberatus quis ſit
tempore an pacto,cùm vtroque caſu liberatio non indu-
catur ipſo iure,ſed per exceptionem,quia tempus non eſt
modus tollendæ obligationis,ſicut nec pactum, *l. obliga-*
27 *tionum ferè 44.§ placet.D.de oblig.& act.* †Bene igitur &
ſubtiliter Iulianus vidit quod Tribonianus ignorauit , le-
gata filiofamilias liberatione non eſſe diſtinguendum an
liberetur ille per pactum an per acceptilationem , cùm
perinde vtroque caſu pater ipſo iure liberetur ob defe-
ctum conditionis , ſub qua erat ille de peculio obligatus.
Sed ei diſtinctioni tum demùm locum eſſe,cùm patri &
quidem ſoli relicta liberatio eſt. Nam cùm filiifamilias
obligatio principalis ſit, & pura, nihil vetat liberato pa-
tre per pactum , obligationem filiifamilias ſupereſſe,quæ
tamen non ſupereſſet ſi liberatio per acceptilationem
facta proponeretur , propterea quod acceptilatio , vt in
ſuperioribus diximus , ciuilis & imaginaria ſolutio eſt
quæ iure ciuili ad effectum inducendæ liberationis eiuſ-
dem poteſtatis eſt , cuius vera ſolutio & naturalis, *l. pen.
D.ſolut.* Patris namque & filij obligatio licèt duorum ſit,
tamen vna tantùm eſt & vnica,ſiue naturali, ſiue imagi-
naria & ciuili ſolutione tollitur, vt eueniret in obligatio-
28 ne correorum debendi,aut rei & fideiuſſoris. † Proinde
ridicula eſt illa Triboniani adnotatio, *ſed videtur hoc ſen-
tire quaſi acceptilatione debeat liberari , quæ res patri
quoque proderit* , & ei perſimilis , quam ſuperiore capite
obſeruauimus in *l. 1. eo hoc tit.* Eamque Triboniani ma-
num illud etiam apertiùs prodit, quod ſtatim ſequitur in
hæc verba *quod obtinendum eſt,niſi euidenter approbetur
contrarium ſenſiſſe teſtatorem,id eſt , ne filius inquietetur,
non ne pater:Tunc enim acceptilatione eum non liberandum
ſed pacto.* Nam quis obſecro ex prudentibus noſtris aut
aliis bonæ latinitatis auctoribus ita vnquam ſcripſit,*quod
obtinendum eſt*, pro eo quod ſolent illi dicere, *quod obti-
net. Obtinendi* enim appellatio refertur ad id non quod
obtinet,ſed quod obtinetur : quæ prorſus alia ſunt, & di-
uerſa: Planè in aperta voluntate teſtatoris vix vllus dubi-
tationi locus relinquitur , quin poſſit pater manere obli-
gatus vtiliter & efficaciter , filio ſolo per pactum libera-
to,ne liberalitas teſtatoris vltra id quod ipſe voluerit,ex-
preſſimque conſtituerit porrigatur. Eſt enim perpetuum
& generale , vt in iis quæ ex teſtatoris voluntate & libe-
ralitate proficiſcuntur , nunquam ipſo liberaliores eſſe
debeamus,*l.facta 63.§.ſi ſub conditione.l.debitor 59.in fi-
ne princip.D.ad SC.Trebell.*

Capvt XII.

Svmmaria.

De ſententia & emendatione l. ſi mandatu. 59.§ creditor. D.mandat.

1 *Varias eſſe differentias inter creditorem qui pignus creditoris iure & eum cui qui iure communi vendit.*
2 *Præcipuam differentiam hanc eſſe,quod euictionem pignoris venditi non debeat creditor,qui iure creditoris vendidit,de ea vero teneatur qui iure communi vendidit.*
3 *Creditorem iure creditoris pignus vendentem vſque adeo de euictione non teneri , vt neque actione ex empto ad pretij accepti reſtitutionem teneatur.*
4 *Pignore tamen quod creditoris iure creditor vendiderat ante pretij ſolutionem euicto,nullo iure per creditorem pretium peti poſſe.*
5 *Affertur hanc in rem* d.§ creditor, *eiuſque ſpecies & quæſtio declaratur.*
6 *Verſiculum* ex hoc reſponſo.in d.§.*non Pauli ,ſed Interpretis alicuius eſſe.*
7 *Quid Paulus in illa ſpecie præcipuè attendi voluit*
8 *Dictionem* promiſerit.*in eodem § abundare.*

POteſt † creditor pignus vendere , aut iure creditoris, 1
aut iure communi,hoc eſt vel tanquam creditor, vel
tanquam alius quilibet,eo ſcilicet modo , quo res aliena
vendi poteſt , hactenus vt empti & venditi obligatio
contrahatur,*l.rem alienam 18. D.de contr.empt.* Quantùm
verò interſit an creditoris,an communi iure pignus ven-
ditum ſit à creditore,apparet ex iis quæ in hanc rem ſcri-
pſimus,*Decade 1. de error. pragmat.* † Sed illa præcipua 2
& notiſſima inter cæteras differentia eſt , quòd euictio-
nem pignoris venditi non debet creditor , qui vendidit
iure creditoris quam vtique debet is qui vendidit iure
communi *l.1. & 2.C.credit. euict. pignor. non deb.* Qui
enim vendit iure creditoris & vendendo idipſum expri-
mit (alioqui iure communi vendere credendus eſt quiſ-
quis ſimpliciter vendit , vt maximè ſit creditor)hoc ipſo
profitetur alienam rem ſe vendere , & cuius vendendæ
non aliud ius habeat , quàm quia creditor eſt , cùm nec
obligatam eam pignoris iure habere poſſet , ſi ſua eſſet
non aliena,*l. neque pignus 45. de reg iur.* Itaque nullam
emptori facit iniuriam,etiamſi euictionem præſtare recu-
ſet dummodo præſtet ſe & iuſtum & potiorem credito-
rem,ſi modò nihil dolo malo feciſſe probetur,vt ſcriptum
eſt in *d.l.1.*† Vſque adeò autem non tenetur de euictione 3
creditor,qui iure creditoris vendidit,vt neque actione ex
empto ad pretij accepti reſtitutionem teneatur. Id enim
multis conſtitutionibus effectum eſt vt loquitur Vlpian.
in *l.ex empto 11.alias l.emptorem.§ ſententiam de act empt.*
Ita innuens non obſcurè fuiſſe in id neceſſarium auxilium
conſtitutionum, ſed tamen, vt ego quidem arbitror,non
tam ad nouum ius inducendum quàm ne dubitationi lo-
cus aliquis relinqueretur,ex eo quod euenit nonnun-
quàm , vt venditor qui de euictone non tenetur , nihil-
ominùs ad pretij reſtitutionem teneatur vt puta ſi conue-
nerit expreſſim ne de euictione vllo modo vllóve caſu
obligetur,*§.vlt.eiuſdem l.*† Quid tamen ſi ante pretij ſo- 4
lutionem , pignus à creditore iure creditoris venditum
euincatur:Ad hunc caſum conſtitutiones non pertinent,
quæ de pretij reſtitutione locutæ, ſupponunt in neceſſa-
rium antecedens , factam eſſe pretij ſolutionem. Nihil
enim eſſet quod tractari poſſet de reſtitutione pretij
non ſoluti. Ergo quamuis creditor ſi pretium pignoris à
ſe creditoris iure venditi ante euictionem accepiſſet,
poſtmodum euictione ſecuta pretium reſtituere non de-
beret,ſi tamen , poſt perfectam venditionem ante pre-
tium numeratum rei venundatæ ſecuta fuerit euictio,
pretium petere nullo iure poteſt,tametſi pignoris poſſeſ-
ſionem ex cauſa venditionis transtulerit in emptoré,quia
nec tradita videtur poſſeſſio quæ poſteà per euictionem
fuit oblata. Nam ſi litem de proprietate motam eſſe ſuf-
ficit ad hoc vt emptor ad totius vel reſidui pretij ſolutio-
nem compelli non poſſit, cùm in ipſo limine contractus
immineat euictio ſi non emptori ſatis offeratur,vt gene-
raliter & indiſtinctè proditum eſt in *l. ſi poſt perfectum
17. C.de euict.* quanto magis ſuccurrendum eſt emptori,
cui non tantùm mota fuit quæſtio de re vendita, ſed ipſa
res iam euicta. † Idque meo iudicio non minùs apertè 5
quàm eleganter conijcere licet ex eo Pauli reſponſo
quod extat in *l.ſi mandatu 59.§.creditor. D. mandat.* vbi
propoſita

propoſita quæſtione, An ſi pignoris venditi poſſeſſio eui-
cta ſit emptori, regreſſum creditor aduerſus mandatorem
habere poſſit, & an interſit vtrum creditoris iure vendi-
derit an communi iure. Paulus reſpondet, Si creditor ex
pignoris pretio debitum conſecuturus non ſit, manda-
torem liberum non videri. Inde namque intelligimus non
eſſe diſtinguendum an creditoris iure vendiderit credi-
tor an iure communi, ſed ſiue hoc ſiue illo modo ven-
diderit, an debitum ex pignoris pretio conſecuturus ſit,
necne, vt intelligamus fieri aliquo caſu poſſe, vt etiamſi
pignus vendiderit creditoris, pretium tamen conſequi
prohibeatur, qui caſus vtique alius eſſe non poteſt quàm
is quem nos dicimus, ſi pignus venditum euictum fuerit
ante prætij numerationem, cùm poteſt pretij ſolutionem
neque de eo conſequendo agi oporteat, neque veteri ne
creditor ſolutum ſibi pretium retinere non poſſit, à cuius
reſtituendi metu ex conſtitutionibus liber eſt & immu-
6 nis. † Quod ſi ita eſt, vt proculdubio eſt, nemo non vi-
det eſſe interpretis non Pauli additionem quæ in eodem
reſponſo ſubiicitur iis verbis, *Ex hoc reſponſo apparet, ſi
euictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad libe-
rationem*. Primùm quia Paulus ipſe cuius reſponſum eſt,
nunquam de ſuo reſponſo tanquàm alius & tertius qui-
dam loquens ita ſcripſiſſet, *Ex hoc reſponſo*. Deinde que-
niam illatio iſta prorſus aliena eſt a ſenſu reſponſi. Nam
ſi nihil aliud inſpiciendum eſſet, quàm vtrum creditor
de euictione teneretur, necne, ſeparandus omnino eſſet
creditor qui iure creditoris, ab eo qui iure communi
pignus vendidiſſet, quandoquidem qui creditoris iure
vendit nunquam tenetur de euictione, niſi vel euictio-
nem promiſerit, vel dolum in vendendo admiſerit, qui
verò iure communi vendit ſemper tenetur ex natura
ipſius contractus, niſi contraria pactione ſibi proſpexe-
rit, *d.l.empto l.ſi in venditione* 6. *& tot. tit. D. de euict.*
7 † Et tamen non placuit ea diſtinctio Paulo qui nihil
aliud intuendum putat niſi vtrum creditor ex pignoris
venditi pretio debitum ſit conſecuturus, an non. Sed &
quod præcipuè obſeruari volumus, fieri poteſt vt credi-
tor qui pignus vendidit, de euictione non teneatur, quia
nec euictionem promiſerit, nec dolum admiſerit: & ta-
men nihilomagis pretium ſit conſequutus. Nimirū ſi an-
te pretij ſolutionem aut mota ſit lis de proprietate rei
venditæ, aut euictio ſecuta, vt à nobis probatum eſt.
Non ergo poteſt ſufficere ad liberationem mandatoris ei-
que proficere quod creditor qui pignus vendidit non te-
neatur de euictione, ſi non illud etiam concurrat vt nō
obſtante euictione pretium venditionis conſequi poſſit.
Interpretem. iſtum imperitum illud vnum præcipitem
egit, quod exiſtimauit creditorem non alio caſu prohibe-
ri poſſe quominus venditionis pretium conſequatur,
quàm quo ſit idem ille obligatus de euictione. Quod ta-
men quàm falſum ſit ex his quæ modò diximus: intelli-
8 gi poteſt. † In eodem Pauli reſponſo adundat dictio *pro-
miſerit*, in illis verbis, *an communi iure promiſerit*, Sub-
audiendum enim eſt verbum *vendiderit*, quod immedia-
tè præcedit. Venditio ſiquidem pignoris, vt præfati ſu-
mus, dupliciter fieri poteſt iure creditoris, & iure com-
muni. Promiſſio autem euictionis præſtanda nulla ſit iu-
re communi, ſiue creditor pignus diſtrahat iure commu-
ni, quia tunc euictionem promitti nil neceſſe eſt, cùm
ex natura contractus debeatur, ſiue diſtrahat iure credi-
toris, quia nec eo caſu interponi vulgò ſolet, niſi cùm
cautiùs agere vult emptor, vt ſuæ proſpiciat indemnitati,
d.l.1. C.credit.euict. pignor. non deber. Credibibile verò
eſt, ex eiuſdem interpretis gloſſa & imperitia in textum
irrepſiſſe verbum *promiſerit*, quaſi præcedentibus illis, *an
communi iure* nullus alioquin ſenſus conſtaret, qui tamen
& optimus conſtat & aptiſſimus.

CAPVT XIII.

Refutatur Accurſij diſtinctio circa debitoris pupillaris liberationem.

SVMMARIA.

1 *Ex Accurſij diſtinctione debitorem pupillarem pupillo
ſoluentem modo plenam, modo pleniorem, modo ple-
niſſimam liberationem conſequi.*
2 *Prima eius diſtinctionis pars refutatur.*
3 *Solutione plenam liberationem non conſequi debitorem
pupillarem, cui poſt ſolutionem, neceſſaria ſit doli
exceptio, ne iterum ſoluere cogatur.*
4 *Debitorem pupillarem, ſiue tutori, ſiue pupillo tutoris
auctoritate ſoluat pleniſſimè & ipſo iure liberari.*
5 *Pupillo reſtitutionem dari non poſſe ſi ea pecunia bene
ſoluta poſtmodum ex euentu pupillo pereat.*
6 *Quando iudicis auctoritatem in ſolutione pupillo fa-
ciendam lex requirat?*
7 *Eam authoritatem neceſſariam non eſſe, quum tutor ip-
ſe ſolutionem accipere, vel pupillo ſolutionem acci-
pienti auctoritatem præſtare poteſt.*
8 *Quis in* §. nunc admonendi. Inſt. quib.alien.lic. *ſen-
ſus ſit verſiculi* ita licere, *ad ſuperiorem quæſtionem
pertinentis?*
9 *Reſpondetur ad* l.1.C.ſi aduerſ.ſolut. *eiuſque ſententia
proponitur.*
10 *Reſtitutionem in integrum in ſpecie illius legis non ad
hoc dari vt liberatio per ſolutionem curatori factam
quæſita reuocetur, ſed vt meliùs & exactiùs tutelæ
rationes ineantur & ſubducantur.*
11 *Rationes reddidiſſe non videri tutorem qui reliquum
non ſoluit, quamuis rationes addiderit.*
12 *D. ctam legem primam non bene ſub illo titulo colloca-
catam fuiſſe.*
13 *Tertia diſtinctionis Accurſianæ pars refutatur.*
14 *Æquè pleniſſimam liberationem pupillari debitori con-
tingere, ſi pupillo ſoluens tutoris auctoritatem ad-
hibeat, ac ſi iudicis decretum adiiceret.*

SCribit † Accurſius noſter, quem & Bartolus & cæteri 1
interpretes vulgò ſequuntur, ad *l.ait prætor* 7. §. *permit-
titur, D de minor. & ad leg.1.C.ſi aduerſ.ſolut.* Debito-
rem pupillarem pupillo ſoluentem interdum plenam con-
ſequi liberationem, pleniorem nonnunquam, pleniſſi-
mam aliquando. Plenam, inquit ille, ſi ſoluerit pupillo
ſine tutoris aut iudicis auctoritate, ex euentu tamen ap-
pareat pecuniam in rem pupilli verſam fuiſſe, quoniam
hoc caſu liberatur debitor oppoſita doli mali exceptione,
ne lucrum pupillus caperet ex damno alieno *leg.ſi fundus
13.§.1.D.de reb.eor qui ſub.tutel.l. vtere 14. C.de præd.
minor.* Pleniorem, ſi ſoluerit, aut tutori ipſi, aut pupillo
tutoris authoritate interueniente, ſed tamen ea pecunia
pupillo tandem perierit, nec in rem ipſius verſa reperia-
tur. Quaſi hoc caſu indulgenda ſit pupillo in integrum
reſtitutio aduerſus debitorem, ipſo iure liberatum. Ex
§. *at ex contrario.Inſt.quib.alien.licet vel non* & ex *d.l.1.C.
ſi aduerſ.ſolu.* Pleniſſimam ſi ſoluerit auctore iudice, quòd
hic caſus excludat ſpem omnem reſtitutionis, etiamſi
damnum in effectu ſentiat pupillus, *ex d.§.at ex contrario,
d.§.permittitur, & l ſancimus 25.C.de adminiſt.tut.* Mihi
nulla huius diſtinctionis pars probari poteſt. † Primum 2
enim falſum illud eſt plenā liberationem acquiri cùm pu-
pillo ſolutum eſt, ſi neque tutoris neque iudicis interue-
nerit auctoritas, tametſi pecunia probetur verſa in rē pu-
pilli. Liberationem namque cum dicimus non tam factū
quàm ius ſignificamus. Naſcitur enim ſola iuris poteſta-
te ex ſolutione quæ facti eſt, at nō ex ſolutione qualibet,
verùm ex ea quæ facta ſit ſecundum regulas iuris ciuilis.

Cuiuſmodi non eſt ſolutio facta pupillio ſine tutore,
quia pupillo interdicta eſt omnis alienatio, alienat au-
tem qui amittit debitorem, licet in vicem debitoris acci-
piat pecuniæ aut alterius rei ſolutionem, non ſecus acſi
rem aliquam mobilem aut immobilem diſtraheret pretio
accepto. Quæ Iuſtiniani ſententia & ratio eſt, in §. *nunc
admonendi, verſic. ideoque. Inſtitut. quib. alien. lic. vel non.*
Vbi ex hoc infert, Si debitor pupillio ſoluat, neceſſariam
eſſe debitori tutoris auctoritatem, alioqui eum non libe-
3 rari. † Nec quod habiturus ſit exceptionem doli ſi probet
in rem pupilli verſam eſſe pecuniam, ad rem facit. Tan-
to magis enim ex eo apparet nullam debitori, nedum
plenam liberationem acquiri, cùm exceptio quæ nihil
aliud quàm actionis excluſio eſt ſicut actionem, ita &
obligationem ſupponat, ſine qua nec actio vlla eſſe po-
teſt *l. licet. 43. §. ea obligatio. D. de procurat. iunct. l. 1. & 2.
D. de except.* Planè effectu ipſo ſatis liberatus eſſe intelli-
gitur, qui vtilem habet ſiue doli, ſiue aliam exceptioné,
l. nihil intereſt. 112. *de regul. iuris.* Sed effectus ille non
tam ex ſolutione ipſa naſcitur, quàm ex euentu verſæ in
rem pupilli pecuniæ: qui tamen non eſt modus obliga-
tionis tollendæ iure ciuili: neque ex iis qui naturales
dicũtur, neque ex iis qui ciuiles, de quibus in *l. pen. D. de
ſolut.* Obligationem enim quæ ſolutionis poteſtate tolla-
tur vel tunc tolli neceſſe eſt cùm ſolutio fit, & eo ipſo in-
ſtanti, vel nunquam, quia poteſtas iuris quæ ſola, vt dixi-
mus, liberationé inducit, manere in ſuſpenſo nullo modo
poteſt. Denique doli exceptio non ex iure proficiſcitur,
ſed ex æquitate contra iuris rationem militante, nec
aliã cauſam habet quàm ne cui dolus ſuus proſit aduer-
ſus naturalem æquitatem, *l. 1. D. de doli excep.* Nemo igi-
tur niſi malè cum Accurſio dicere poſſit plenam liberatio-
nem ſolutione conſecutum eum, cui poſt ſolutionem ne-
ceſſaria ſit exceptio doli, ne iterum ſoluere condemnetur.
4 † Secunda verò pars ſupradictæ diſtinctionis æquè falſa
eſt Nam pupillaris debitor ſiue tutori ſoluerit, ſiue pupil-
lo ipſi tutore auctore, non ſolùm plenè & plenius, vt vult
Accurſius, ſed etiam pleniſſimè liberatur, & ipſo iure, vt
Papinianus ſcribit in *l. Lucius 46. §. tutela. D. de admini-
ſtr. & per. tutor.* Nec tantùm ſi ſoluerit tutori tutelam ge-
renti, vt eo loco Papinianus loquitur (nimirum ad dif-
ferentiam eius qui ab adminiſtratione remotus eſt) ſed
etſi honorario, quia & ad eum adminiſtrationis periculũ
pertinet *l. quod ſi fortè* 14. §. 1. *D. de ſolut.* Quis autem vn-
quam dixit obligationem ex euentu reuiuiſcere, quæ ſe-
mel ipſo iure fuerit perempta? *d. l. ſancimus* 25. *verſ. non
enim. C. de admin. tut. vulg. l. qui res. 98. §. aream. D. de ſo-
lut.* aut pupilli priuilegium in ea re vllum eſſe? *l. 1. C. de
contr. iudic. tutel.* † Neque verò hoc negat Accurſius,
5 Ex ſolutione tutori facta vel pupillo tutore auctore cótin-
gere ipſo iure liberationem. Sed vult poſſe pupillo dari
reſtitutionem cauſa cognita, ſi ex pecunia bene ſoluta
poſtmodum ex euentu pareat pupillo qui neque pecuniã
habiturus ſit, neque actionem vtilem & efficacem ad
eam recuperandam fortaſſe tutore ipſo tutoriſque fideiuſ-
ſoribus non idoneis conſtitutis. Quod tamen neque lege
6 aliqua probari poteſt, neque ratione. † Nam quod iudicis
auctoritatem requirere videtur Iuſtiniani conſtitutio in
d. l. ſancimus, & de qua in *dict. §. at ex contrario*, ad caſum
longè diuerſum pertinet, ad eum ſcilicet quo ſolutio facta
ſit non tutori ipſi, ſed pupillo ſine tutoris auctoritate, eò
nimirũ tempore quo nulluſdum ſit tutor aut curator. Ait
enim lex *creatione tutorum & curatorum cum omni pro-
cedente cautela*, id eſt, dum exactè, & caute quantum fie-
ri poteſt, proceditur ad dationem tutoris vel curatoris.
Habet enim ea res plerũque longas moras ob tergiuer-
ſationes eorum qui vel iniuſtas adferunt excuſationes, vel
tutores dati confugiunt ad auxilium improbæ appellatio-
nis. Quo tamen toto intermedio tempore iniquum eſt in
obligatione inuitum retineri debitorem pupillarem, qui
pecuniã in numerato habet quã ſtatim ſoluere vt libere-
tur & poſſit & velit. Cum verò pupilli vtilitas, & naturalis
æquitas non pateretur ita ius conſtitui vt ſolutio facta
pupillio ſine tutoris auctoritate pareret debitori libera-
tionem, illud vnicum remedium fuit, vt impertũ & ſen-
tentia iudicis pro tutoris auctoritate eſſet. In iis nimirum
quæ maioris momenti eſſe viderentur. Annuos enim re-
ditus annuáſque penſiones etiam ſine iudicis decreto ſol-
ui poſſe placuit eidem Iuſtiniano in *d. leg. ſancimus, & in
l. conſtitutionem 27. eod.* † At eo caſu quo pupillus habeat 7
tutorem qui ſolutionem ipſe accipere, aut pupillo ſolu-
tionem accipienti præſtare auctoritatem poſſit, nuſquam
conſtitutum aut ſcriptum reperias, neceſſarium præterea
eſſe decretum iudicis: vt ſoluens debitor pleniſſimam li- 8
berationem & ſecuritatem conſequatur. † Neque repug-
nat quod idem Iuſtinianus ſuam illam conſtitutionem
referens in *d. §. at ex contrario*, diſertè ſcribit per eam
diſpoſitum eſſe, *ita licere tutori vel curatori debitorem pu-
pillarem ſoluere vt prius iudicialis ſententia ſine omni dam-
no celebrata hoc permittat.* Non enim horum verborum
ſenſus ille eſt vt eo quoque caſu quo tutor vel curator
adeſt, iudicis auctoritatem interuenire oporteat, ſed hic
potiùs vt ſi pupillo ſolutum ſit ſine tutore, vel minori ſi-
ne curatore, nullaque iudicis auctoritate intercedente, vſ-
que adeò in obligatione retineatur debitor, vt nec in tu-
toris vel curatoris poteſtate ſit ratam facere ſolutionem
ad parandã debitoris liberationem ſiue iam tùm cùm ſo-
lutio facta fuit, tutor vel curator aderat, ſiue poſtea datus
proponatur. Eamque interpretationem probat, non illud
ſolum quòd in illa Iuſtiniani conſtitutione ſcriptum dixi-
mus, *creatione tutorum & curatorum cum omni procedente
cautela*. Sed etiam quod in eodem §. *at ex contrario*, ſubii-
citur in hæc verba, *Quod ſi* pupillus *malè conſumpſerit*,
pecuniam ſcilicet ſibi ſolutam, *aut furto aut vi amiſerit,
nihil proderit debitori doli mali exceptio, ſed nihilominus
condemnabitur, quia temere ſine tutoris auctoritate &
non ſecundum diſpoſitionem ſoluerit.* Quid enim ſcribi
potuit apertiùs vt intelligeremus, Ei demùm imputari de-
bitori, qui ſoluit pupillo & ſine tutore & ſine iudice, non
etiam illi qui alterutrum adbibuit, licet non adhibuerit
vtrũque. † Nec rurſus contrariũ eſt quod Imperatores reſ- 9
cripſerũt in *leg. 1. C. ſi aduerſ. ſolut.* Exẽplo cæterorũ debi-
torum etiam tutores ea quæ ex tutelæ adminiſtratione
debent curatoribus ſoluentes liberari, ſed ante tempus
in integrum reſtitutionis præſtitum, edicto perpetuo
permiſſum beneficium implorari, & an ſit tribuendum
per cauſæ cognitionem æſtimari poſſe. Imperatorum
nàmque ſententia non alia eſt, quàm vt minor cuius cu-
ratori ſolutum eſt per tutorem quicquid ex cauſa tutelæ
debeatur, reſtitui in integrum poſſit aduerſus tutorem.
At non in hoc vt reſcindatur liberatio quæ fuerat quæ-
ſita per ſolutionem, tametſi ſoluta curatori egeno pecu-
nia malè ab eo contempta & profligata proponeretur, ſed
in id tantum vt ſi quid amplius tutor habebat quàm ex
redditis rationibus debere viſus fuiſſet, condemnari
debeat ad totum id quantumcunque ſit præſtandum, ac
ſi nondum redditæ rationes eſſent, ſalua ei manente
liberatione, quòd ad eam duntaxat pecuniam quò
curatori à tutore ſoluta reperiatur. Finge per incuriam
aut imperitiam aut dolum curatoris, adeò malè ac per-
fidè redditas eſſe tutelæ rationes, vt tutor quem poſtea
re meliùs examinata compertum ſit debere quingenta
non niſi ducentorum debitor fuerit conſtitutus. Ea ve-
rò ducenta curatori à tutore ſoluta eſſe, poſtmodùm-
que à curatore ipſo deperdita, qui nec ſoluendo ſit, nec
idoneos habeat fideiuſſores (quamquam nec aliud erit
etiamſi locupletiſſimus proponatur.) † Dant Impe-
ratores in integrum reſtitutionem minori contra tuto-
rem cauſa cognita, id eſt, ſi læſum ſe probet, in quo
vno verſatur cauſæ cognitio quam adhiberi neceſſe eſt
in integrum reſtitutionibus minorum. Sed an in id, vt tu-
tor ea ducenta quæ curatori ſoluit, iterum ſoluere com-
pellatur? vt Accurſius exiſtimat. Minimè gentium. Quid
ergo? In id duntaxat vt iterum meliùs ſubducantur &

ineantur

ineantur rationes, comperto que quod tutor debitor re vera fuerit in quingentis, perinde trecenta adhuc peti ab eo poſſint, ac ſi a rationum reddendarum obligatione liberatus nunquam fuiſſet. Nempe quia nec ſola rationum redditio liberat ipſo iure tutorem aliúmve adminiſtratorem, ſed ſolutio reliquorum, id eſt, eius quantitatis totius quam rationibus bene redditis deberi appa-
11 reat. † Nam nec rationes reddidiſſe videtur, qui reliquum non ſoluit, quamuis ediderit rationes, ſicut neque is qui reliquum ſoluit, non editis rationibus, *l. non ſolum* 8. §. *is qui reddere, de liber. legat. l. ſi ita* 13. §. *hac quæſtio D. de manu. teſt. l. cum ſeruus* 82. *de cond. & demonſt.* Cæterum vt ducenta quæ tutor curatori iam ſoluerit iterum ſolui debeant à tutore prætextu inopiæ curatoris, aut malè redditarum rationum, neque per in integrum reſtitutionem, neque alio vllo iuris aut æquitatis commento fie-
12 ri poteſt. † Illud verò etiam obiter notari volumus, ineptè à Triboniano poſitum eſſe reſcriptum illud Imperatorum ſub eo *titu. ſi aduerſus ſolut. à tutor. vel a ſe fact.* Titulus enim eſt de ſolutione quam vel pupillus vel tutor ipſe pupilli nomine fecerit. De qua etiam Paulus in *l. qui res* 98. §. *huic applicatur minor. D. de ſolut.* Reſcriptum verò eſt de ſolutione facta minori, aut quod idem eſt, minoris curatori, per tutorem tanquam pupilli debitorem. Aduerſus quam ſolutionem reſtitui pupillum aut minorem impoſſibile eſt, ad reſuſcitandam obligationem, quæ per ſolutionem extincta ſit, hoc eſt, quatenus id quod reuera debebatur, reuera ſolutum fuit. Ideóque nec in eius legis ſpecie reſtituitur minor aduerſus ſolutionem à debitore ſuo factam, ſed aduerſus improbam aut erroneam rationum redditionem pro non redditis habeantur, quæ per-
13 peram redditæ reperiuntur. † Tertia diſtractionis Accurſianæ pars ſupereſt, ad eum caſum pertinens quo pupillaris debitor ſoluerit pupillo, iudicis auctoritate interueniente, ſiue tutor quoque adfuerit ſolutioni, ſiue non. Et in hac etiam parte Accurſium eiúſque ſequaces eius iuris errare contendimus, non in eo quod putant debitorem eo caſu conſequi pleniſſimam ſecuritatem, vt nulla prorſus ex cauſa inquietari vnquam poſſit ne quidem per in integrum reſtitutionem (ſic enim apertiſſimè ſcriptum eſt in *d. §. at ex contrario, in d. l. ſancimus & in d. l. ait prætor* 7. §. *permittitur. D. de minor.*) ſed in eo quòd volunt maioris hac parte poteſtatis eſſe iudicis quàm tutoris auctorita-
14 tem. † Apertè contra quàm viſum ſit Vlpiano in *d. l. ait prætor* 7. §. 1. vbi ait, ſi minor conueniat ſuum debitorem adhibendos eſſe curatores vt ei ſoluatur pecunia, idémque poſteà repetit in iis verbis, *aut curatoribus ſolui ſi ſunt* ne dubitare quis poſſit quin bene ſoluatur curatori ſine metu vllo reſtitutionis. Tum ſubiungit, *Quid tamen ſi prætor decernat ſoluendam pecuniam minori ſine curatoribus & ſoluerit, an poſſit eſſe ſecurus dubitari poteſt.* Quibus verbis an non apertè ſignificatur longè minùs dubitari poſſe de ſecuritate debitoris, qui tutore vel curatore auctore, quàm eius qui iubente duntaxat iudice ſoluit. Quod & magis probant quæ apud eundem Vlpianum ſequuntur: *Puto autem ſi allegans minorem eſſe compulſus ſit ad ſolutionem nihil ei imputandum. Niſi fortè quaſi aduerſus iniuriam appellandum quis ei putet, ſed credo prætorem hunc minorem in integrum reſtitui volentem auditurum non eſſe.* Nulla enim talis diſtinctio aut hæſitatio vnquam incidit in eam ſpeciem qua minori vel pupillo tutore vel curatore auctore ſolutum proponeretur. Quanquam totus ille verſic. ab iis verbis *quid tamen,* mihi valde ſuſpectus eſt, & ſi bene ſtylum agnoſco ſapit non obſcurè Tribonianum reſpicientem fortaſſe ad ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem quæ extat *in d. l. ſancimus.* Nec aliud mihi iudicium eſt de verſic. *ſed hodie,* vſque ad verſic. *permittitur etiam,* vbi tractatur de pecunia in ædem deponenda. De quo alibi à nobis tractatum fuit. Vt ſi, æquè pleniſſimam ſecuritatem conſequitur debitor pupillaris qui pupillo ſoluens adhibet tutoris auctoritatem, atque ſi adiiceret iudicis decretum. Vtroque enim caſu verum eſt quod ait Iuſtin. in *d. l. ſancimus.* id quod ritè ac ſecundùm leges ab initio actum eſt, non debere ex euentu reſuſcitari: Itémque quod idem Vlpian. *in dict. l. quod autem* 6. §. *apud Labeonem. D. quæ in fraud. credit.* iniquum eſſe impunè non ſoluere eum qui per prætorem cogatur aut cogi poſſit vt ſoluat, quod debet: quomodo vtique cogi debitor pupillaris poteſt, per tutorem pupilli, vt ipſi tutori ſoluat.

CAPVT XIV.

Emendatio §. vſumfructum l. Stichum aut Pamphilum 95. D. de ſolut.

SVMMARIA.

1 *Papiniani à Paulo diſſenſio in illa quæſtione, an legatis creditori decem quæ poſt annum ei debebantur, ſi viuo teſtatore annus ſuperuenerit, inutile fiat legatum?*

2 *Papinianum ab Africano diſſenſiſſe in illa quæſtione an adiecto ſolutionis cauſa ſolui poſſit ſi poſtea capite minutus ſit.*

3 *Ratio a Papiniano pro ſententia ſuæ fundamento allegata, eiúſque explicatio.*

4 *Quænam ratio in prima quæſtione pro Paulo contra Papinianum faciat?*

5 *In ſpecie ab Africano tractata rationem pro Papiniani ſententia conuinci.*

6 *Papinianum in* d. §. vſumfructum *de ea capitis diminutione intelligi non poſſe, quæ iam interpoſitæ ſtipulationis tempore contigit.*

7 *Vtriuſque iuriſconſulti ſententiam ad omnem capitis damnationem indiſtinctè pertinere, ſiue per eam ſtatus melior, ſiue deterior factus ſit.*

8 *Ratio qua Africanus in propoſita quæſtione monetur.*

9 *Quomodo Papinianus rationem ſententiæ Africani in* d. §. *diluat?*

10 *Eiuſdem Papiniani ſententia in* § nam ſi furioſi d. l. *Stichum?*

11 *Pupillo ſolutionis cauſâ adiecto eius tutori vel curatori rectè ſolui poſſe.*

12 *Obiectio aduerſus Papiniani ratiocinationem in* d. §. nam ſi. *expreſſam.*

13 *Longè difficilius in d. §. fuiſſe vt pecunia quæ conditionis implendæ cauſa furioſo vel pupillo danda erat, tutori, vel curatori dari poſſet, quam vt pupillo vel furioſo ſolutionis cauſa adiecto, debitori liceat alterutrius tutori vel curatori ſoluere.*

14 *Cur pupillo ſolutionis cauſa adiecto debitor ſine tutoris auctoritate ſoluens liberetur?*

15 *Creditorem debitori nihil poſſe imputare, ſi pupillo ſolutionis gratia adiecto, debitor ille eius tutori ſoluerit.*

16 *Quod pupillo debetur, ipſi bene & vtiliter non ſolui, niſi tutoris auctoritas interuenerit, vel nummi ſolui ſalui ſint.*

17 *Ea quæ pupillo vel furioſo implendæ conditionis cauſâ ſolui debuerunt, rectè tutori vel curatori ſolui, ſiue ea pecunia in rem pupilli vel furioſi verſa ſit, ſiue nō ſit.*

18 *Pecuniam tutori ſolutam in rem pupilli verſam cenſeri.*

19 *Qua ratione moti Labeo & Pegaſus in* d. §. nam ſi, *vtilitatis gratia admiſerint, vt conditio ſoluendi pupillo vel furioſo in perſona quoque tutoris vel curatoris impleri poſſit?*

20 *Fieri non poſſe vt illius conditionis implementum in ſuſpenſo maneat, donec pecuniam in rem pupilli verſam eſſe vel non eſſe conſtiterit.*

21 *Alia ratione ſuperior Pegaſi & Labeonis ſententia confirmatur, & ad eam adhibita diſtinctio refutatur.*

22 *Pecuniam quo pupillo aut furioſo implendæ conditionis cauſa dari debuit pro ſoluta haberi, ſi tutor eius moram in accipienda ſolutione oblata contraxerio.*
23 *Conditionem dandi domino impletam intelligi ſi eius ſeruo datum ſit.*
24 *Diſtinguendum tamen eſſe, an is qui dare debuit ſeruo ſimpliciter dederit, an ea mente & lege vt ſeruus domino daret.*
25 *Eam conditionem neſciente domino impleri non poſſe.*
26 *Hinc fieri vt ſeruo pecuniam ea lege acceptam vt domino dares per malam fidem retinente, aut perdente impleta conditio dici non poſſit.*
27 *Sic rem ab eo donatam, & per proprium ipſius ſeruum miſſam non ante ei ex cauſâ donationis acquiri, quam acceperit.*
28 *Exceptio ſubiicitur ex* l. abſenti 10. ff. de donat.
29 *Verſiculum* contra qui domino l. qui heredi 44. de cond. & demonſt. ex d. §. nam ſi. *ſupplendum eſſe.*
30 *Conditionem dandi domino tunc impletam cenſeri, quum pecunia ea lege ſeruo data eſt, vt ſubinde domino daret.*
31 *Exemplum de pecunia ſeruo data per eum qui domino dare debuit cum eo caſu optimè conuenire, quo tutori ſolutum ſit quod conditionis implendæ gratia pupillo ſolui debuit.*
32 *Vnam eſſe inter hos duos caſus differentiam.*
33 *Verſiculum* idque ita recipi &c. è d. §. nam ſi. *delendum eſſe.*
34 *Alius eiuſdem paragraphi locus emendatur.*
35 *Superiorem verſiculum à Triboniano additum fuiſſe.*
36 *Verſiculum* cæterùm *vſque ad finem* §. nam ſi, *ad quæſtionem ibidem propoſitam non pertinere.*
37 *Eundem verſiculum contra Papiniani ſententiam potius, quam pro ea facere videri.*
38 *Papiniani ratiocinatio in* d. §. vſumfructum & ſeq. *aſſeritur.*
39 *Quid Tribonianum impulerit, vt dictum verſiculum Papiniani verbis adiiceret.*
40 *Multum intereſſe, an quis implendæ conditionis gratia ſeruo, an verò domino dare promiſerit.*
41 *Data pecunia domino quæ ſeruo dari debuit, conditionem impletam non cenſeri, niſi ſeruus voluntate domino eius data ſit.*
42 *Pecuniam quæ implendæ conditionis causâ ipſi domino danda fuit, ſeruo rectè primùm dari, modo ea lege detur, vt domino reddatur.*
43 *Conditionem non itidem impletam videri, ſi pecunia quæ tutori, non pupillo danda erat, ea lege pupillo data ſit vt tutori redderetur.*
44 *Ad verſic.* idem reſpondendum, *vbi de eius ſenſu.*
45 *Aliam eſſe conditionem ſerui cuius perſona in conditione implenda poſita ſit, aliam eius ſerui qui ſolutionis cautiùm causâ fuit adiectus.*
46 *Reuocatur in dubium eius verſiculi veritas.*
47 *Papiniani ſententiam in* d. §. vſumfructum, *propoſitam non ad ſolum vſumfructum, ſed etiam ad cæteras res pertinere.*

1 OBſeruauimus † in prioribus Coniecturarum libris
diſſenſiſſe Papinianum à Paulo in quæſtione illa,
Si debitor decem legauerit creditori quæ poſt annum ei
debebat, & viuo teſtatore annus ſuperueniat, an inutile
fiat legatum. Paulus enim inutile effici voluit, quanquam
conſtiterit ab initio *l. debitor* 82. *De legat.* 2. Papinianus
verò nec ſi viuo teſtatore dies venerit aut debiti conditio
impleta fuerit, irritum tamen fieri legatum patitur quod
2 ſemel conſtiterit, in *l. verbis legat.* 5. *in fi. D. ad l. Falcid.* †
Idem Papinianus, ni fallor, diſſentit etiam ab Africano in
quæſtione *leg. cum quis* 38. *D. de ſolut.* Nam ſi quis ſibi
aut Titio dari ſtipulatus ſit, placet Africano magis eſſe vt
ita demum rectè Titio ſolui dicendum ſit ſi in eodem
ſtatu maneat quo fuit, cùm ſtipulatio interponeretur. Cæterum
ſiue in adoptionem ſiue in exilium ierit, vel aqua
& igni ei interdictum, vel ſeruus factus ſit, non rectè ei
ſolui dicendum. Tacitè enim ineſſe conuentionem ſtipulationi
videri, ſi in eadem cauſa maneat, *d. l. cùm quis.* †
3 Papinianus autem contrà, in *l. Stichum aut Pamphilum*
95. § *vſumfructum, eod. tit.* diſertè ſcribit, Si vſumfructum
mihi aut Titio dari ſtipulatus ſim Titio capite diminuto,
non idcircò intercidere ſoluendi Titio facultatem,
non illa tantùm ratione quæ fortaſſis Papiniano ſufficere
potuiſſet, quod ea Titio ſoluendi facultas ab initio conſtiterit
ex lege ſic dicta ſtipulationi, ſed hac potiſſimum
quia, inquit, *& ſic ſtipulari poſſumus mihi, aut Titio cùm
capite minutus erit dari.* Senſus eſt, capitis diminutionem
quæ contigit ex poſtfacto in perſona Titij facere non
poſſe, vt quam primùm habuit promiſſor Titio ſoluendi
facultatem intercidere dicendum ſit, quia licèt Titius
in eodem ſtatu eadémque cauſa non manſerit, mutatio
tamen quæ ſuperuenit talis non eſt quæ impedire debeat
ne Titio fieri ſolutio poſſit, quandoquidem & ab initio
poterat ſolutionis cauſa Titij adiici ſtipulationi in eum
ipſum caſum qui euenit, ſi capite minueretur. † Itaque 4
longè maior ratio in hac ſpecie pro Papiniano facit contra
Africanum, quàm in illa priore in qua diſſentit à
Paulo. Ibi enim, id eſt, cùm viuo teſtatore ſuperuenit dies,
vel impleta eſt conditio debiti quod ante diem vel conditionem
fuerat legatum, peruenit res ad eam cauſam à
qua incipere non potuit, quod cùm accidit ſolet actus
intercidere etiam qui ab initio conſtitit, Ex ea iuris regula
quam plerique ex prudentibus probauerunt, *l. prop̃ parte*
11. *De ſeruit. l. quia in eum caſum* 16. *D. ad l. Aquiliam
leg. exiſtimo* 98. *in prin. D. de verb. oblig.* licet nec Paulus
ipſe qui ex eorum numero fuit, neget vitiari eam plerumque,
& ſuas pati exceptiones in *l. ambiguis* 85. *l. non eſt nouum
de regul. iur.* † At in ſpecie quam Africanus tractat, 5
hoc amplius eſt pro Papiniano, quod per ſuperuenientem
in Titij perſona capitis diminutionem non idcirco
peruenit res ad eum caſum à quo incipere non potuerit.
Nam ſiue iam ipſo ſtipulationis tempore capite diminutus
fuiſſet, perinde tamen in ſtipulatione ſolutionis gratia
adiici potuiſſet, ſiue nondum ea diminutio tunc contigiſſet,
nihil tamen prohibebat, in eum caſum, in idque
tempus conferri facultatem Titio ſoluendi, quo eſſet ille
capite diminutus. † Nec video qua ratione defendi poſſit 6
quod ineundæ conciliationis gratia quidam volunt, intelligendum
eſſe Papinianum de ea capitis diminutione
quæ contigerit tempore interpoſitæ ſtipulationis. Repugnant
enim verba illa, *Titio capite diminuto facultas ſoluendi
Titio non intercidit*, quæ apertè præ ſe ferunt Titium
ab initio & ipſo ſtipulationis tempore capite diminutum
non fuiſſe. Alioqui non de illo quærendum fuiſſet,
An facultas ſoluendi Titio intercidiſſet, ſed de hoc
potius, An vnquam conſtitiſſet. Intercidere ſiquidem dicitur,
quod ita conſtitit ab initio, vt poſtea tamen conſiſtere
deſierit, *l. intercidit* 59. *D de cond. & demonſt.* Sed &
ridiculus eſſet Papinianus qui tantopere laboraret in
comprobanda ea re quæ nullam prorſus haberet dubitationem.
Quis enim dubitet eum qui iam ſit capite minutus
in ſtipulatione adiici poſſe ſolutionis cauſa? † Nec 7
alij meo iudicio ſubtiliores ſunt, qui Papiniani ſententiam
eo duntaxat caſu admittunt, quo capitis diminutio
ſtatum Titij mutauerit in melius, Africani contra quo
in deterius. Nam ſicut vtriuſque Iureconſulti ſententia
generalis eſt ita & rationes quibus vterque mouetur, ad
omnem capitis diminutionem indiſtinctè pertinent, nihilque
aliud innuetur Papinianus niſi quod certam legem
& conditionalem ab initio habuerit ſtipulatio, vt Titio
ſolutionis cauſa adiecto perinde ac ſtipulatori ipſi ſolui
poſſet, *l. vero procuratori* 12. *ver. alia cauſa eſt eod tit. De
ſolut.* quódque per capitis diminutionem quæcumque
tandem illa ſit nihil tale accidat propter quod ea lex &
conditio certa ſtipulationis videri debeat immutata.

† Contra

8 †Contrà verò Africanus hac vna ratione mouetur quod
huiuſmodi ſtipulatoris tacita ineſſe conuentio & con-
ditio iſta videatur. Si eodem ſtatu Titius manſerit quaſi
mutato eius ſtatu, nouus & alius homo eſſe credendus
ſit, atque ita deficere incipiat voluntas ſtipulatoris quæ
fiebat vt Titio rectè ſolui poſſet. Nam & aliàs plerum-
que euenit vt qui ex cóuentione quod vni debebat alteri
ſoluere ex creditoris ſui pacto & voluntate potuit, eam
ſoluendi facultatem amittat ex mutatione quæ medio
tempore ſuperuenit vt in eleganti illa ſpecie à Paulo
tractata in *l. ſi cùm Cornelius* 82. *eod. tit. De ſolut.* porrò
non minùs mutatur ſtatus Titij qui per capitis diminu-
tionem factus ſit melioris conditionis, puta ex filiofam.
patrefamilias per emancipationem, quàm ſi factus eſſet
deterioris, puta redactus in ſeruitutem aut in alienam
9 poteſtatem. † Nulla igitur conciliationis ratio, niſi fru-
ſtra quæri poteſt. Idque facilè admittet quiſquis cætera
quæ ſequuntur apud Papinianum in *d. §. v. vſumfructum,*
bene intelliget. Cùm enim ſciret ille ſententiam Afri-
cani, aut ſi voles etiam Iuliani quam tum improbat, nec
alia nec meliore niti ratione, quàm quòd Titius ſolutio-
nis gratia in ſtipulatione adiectus, alius homo eſſe poſt
capitis diminutionem exiſtimetur, putauit ſubiungen-
dum ad eam diluendam, quod ſtatim ſequitur, non eſſe
nouum vt cum quis cauſa ſolutionis adiectus eſt alii ta-
10 men quàm illi ipſi rectè ſoluatur. † Id enim eſt quod
Papinianus ait, *Nam ſi furioſi vel pupilli perſona adiecta
ſit ita tutori vel curatori pecunia rectè dabitur ſicuti condi-
tionis quoque implendæ cauſa rectè pecunia tutori vel cura-
tori datur.* Finge ſtipulatorem eſſe me *Mihi aut pupillo
dari?* Dubium equidem non eſt quin promiſſor etiam
ſine tutoris auctoritate ſoluendo pupillo, à me liberetur;
quoniam ſoluit ex mea voluntate *leg. ſi ſtipulatus fuero*
11 *eod. tit.* quod ita proculdubio accipiendum eſt, etiamſi
poſtea vetuerim ne ſolueret pupillo niſi tutore auctore,
quia certam legem vt iam dixi, certamque conditionem
habuit ſtipulatio quam immutare non potui, *d. l. vero pro-*
11 *curatori* 12. *verſ. alia cauſa eod.* Sed quid ſi tutori ipſi
ſoluere maluerit? Hoc quoque permittendum ei eſſe vult
Papinianus, quamuis reuera tutoris alia perſona, alia
pupilli. Quidni verò? ſi ei placeat conditionis quoque
implendæ cauſa rectè pecuniam tutori dari? Quod tamen
vt multò difficilius videretur illud faciebat, quod con-
ditionũ omnium proprium illud eſt, vt eas impleri opor-
teat in forma, vt noſtri loquuntur, ſpecifica, & eo ipſo
modo quo teſtator voluit aut alius quiſquis ille ſit qui
conditioné adſcripſit *vulg. leg. qui heredi* 44. *l. Mænius* 55.
De cond. & demonſt. l. heredibus. 77. *§.* 1. *D. ad S. C. Tre-
bell.* Non autem implet in forma ſpecifica qui pecuniam
quam pupillo dare debuit, dat tutori: aut qui eam quã
furioſo dare debuit, dat curatori. Nam & alia perſona
eſt furioſi, alia curatoris furioſo dati. Quare nec il-
lud ex iuris ratione obtinet ſed Labeonis potiſſimum
& Pegaſi auctoritate inductum receptúmque fuit,
quibus viſum eſt ita vtilitatis cauſa recipiendum vt
12 & Papinianus fatetetur. † Ergo inquies, ſi quis
pro Africano contra Papinianum volet contendere,
facilè hanc Papiniani ratiocinationem diluet, eodem
potius modo, quo ipſe Africanus in *leg. qui negotia*
24. *D. mandat.* eam impugnans ſententiam quam Vl-
pianus probat in *leg. ſingularia* 15. *De reb. cred.* diluit
potiſſimam Vlpiani rationem ex eo quod quæ benignè
& vtilitatis cauſa recepta ſunt non ſint producenda
ad conſequentia. Sed ego pro Papiniano replicabo, poſſe
non malè argumentum ſumi ex eo quoque quod vtilita-
tis cauſa receptum eſt, cum ſ ille illud eſt, quod difficiliùs
admitti debuerit quam id de quo admittendo diſputatur,
13 vt euenit in propoſito. † Fuit enim illud longè difficilius,
vt pecunia quæ conditionis implendæ cauſa vel pupillo
vel furioſo danda erat, tutori, vel curatori, dari poſſet,
vt pupillo vel furioſo, ſolutionis cauſa in alterius ſtipula-
tione adiecto, liceret debitoris ſoluere tutori pupilli aut

Ant. Fabri de Coniect.

curatori furioſi. Quid enim eſt quod hoc caſu prohibeat
ne debitor liberetur, perinde ac ſi perſonæ pupilli aut fu-
rioſi non ſolutionis ſed obligationis cauſa in ſtipulatio-
nem deducta proponerentur? Nam ſi quis dicat inter hos 14
caſus differentiam magnam eſſe, propterea quòd vno
tantùm non etiam alio caſu liberetur promiſſor qui pu-
pillo ſoluit ſine tutoris autoritate *d. l. ſi ſtipulatus* 11. *iunct.*
l. pupillo 15. *eod. tit. De ſolut.* in promptu eſt reſpondere
differentiam illam reſpicere fauorem ſolius debitoris, vt
ſi ſoluat pupillo qui ſolutionis tantùm cauſa fuerat adie-
ctus, liberetur, quamuis non adhibuerit tutorem, quia
vt iam dictum eſt, ſoluit ex voluntate creditoris qui de-
bet ſibi imputare cur non ſtipulationi legem ab initio
dixerit, vt non niſi vel tutori ipſi, vel pupillo cum aucto-
ritate tutoris ſolueretur. † At non ſimpliciter poſſe im- 15
putare debitori qui ſoluit tutori pupilli ſolutionis gratia
adiecti, cur nõ potiùs ipſi pupillo ſoli ſoluerit, cum ſolué-
do tutori plus etiam fecerit, in eo nimirum quòd cura-
uit vt pecunia quæ ſoluebatur tutiore loco eſſet, cum
tamen id curare nullo modo cogeretur, non magis quã
creditoris ſui rem agere in eo negotio in quo nihil pror-
ſus ſua intereſſet. Neque verò poteſt dicere creditor ita
ſuam offendi voluntatem, quia tametſi eam ſtipulationi
legem dixerit, vt pupillo ſolui oporteret, ſolius pupilli
non etiam tutoris perſona demonſtrata: qua tamen fron-
te poſſit obiicere non debuiſſe ſolui tutori quod potuit
ſolui pupillo? † Diuerſa cauſa eſt eius quod pupillo de- 16
betur. Non enim aliter ſolui pupillo bene & vtiliter po-
teſt, quàm ſi vel interueniat auctoritas tutoris vel num-
mi ſalui ſint *d. l. pupillo:* quia præter iuris rationem nihil
hic eſt quod faciat pro debitore ſoluente, iuris autem ra-
tio non modò non patitur, ſed etiam prohibet atque im-
pedit expreſſim, ne quod pupillo debetur, poſſit ei ſolui
ſine auctoritate tutoris. † Quod tamen Labeo & Pega- 17
ſus vtilitatis cauſa admittendum eſſe putauerunt, vt quæ
implendæ conditionis gratia pupillo vel furioſo ſolui de-
buerunt, ea tutori vel curatori ſolui poſſint, ſubiungit
Papinianus ita recipi poſſe, ſi pecunia in rem pupilli vel
furioſi verſa ſit, quomodo, inquit, ſi domino quis dare
iuſſus ſeruo dediſſet vt domino daret. Hoc verò cuiuſ-
modi ſit, non facilè intelligo. Illa namque diſtinctio, An
pecunia pupillo debita & ſoluta in rem pupilli verſa ſit,
nec ne, tum adhiberi ſolet, cum ipſi pupillo ſine tutoris
auctoritate ſolutũ fuit, non etiam cùm vel tutoris auctori-
tas interuenerit, vel tutori ipſi ſolutio facta eſt *d. l. pu-
pillo, & §. at ex contrario. Inſtit. quib. alien. licet vel non.*
† Siquidem fieri nequit vt in rem pupilli verſa non ſit 18
pecunia, quæ ſoluta eſt tutori, cùm in rationem tutelæ
conuertatur, ex cáque cauſa tutor pupillo ſaluam eam
facere teneatur. Alioquin perinde dicendum eſſe, libe-
rari non poſſe debitorem pupillarem, qui tutori præſer-
tim inopi fortaſſe minùſque idoneo ſoluiſſet, ſi non præ-
terea in rem pupilli ea pecunia verſa probaretur, quod
vtiq; falſum eſt *l. Lucius* 46. *§. tutela, D. de admi. & peric.
tut. l.* 4 *§. illa etiam quæſtio. D. de doli except.* Et certè cum
huic diſtinctioni an pecunia in rem pupilli verſa ſit nec-
ne, locus nullus relinquatur, ne tunc quidem cùm
pupillus ipſe ſolus & ſine tutore ſolutionem accepit, quia
implementum conditionis in facto tantùm non etiam in
iure conſiſtit, *d. l. qui heredi,* parùmque referat, an con-
ditionis implendæ cauſſa iuſſus aliquis ſit pecuniam pu-
pillo vel furioſo dare, aut eam in mare proiicere, *d. l.
Mænius* 55. *eod. tit. de cond. & demonſt.* quanto minùs ad-
hiberi debet hæc diſtinctio cum ſolutio fuit facta tutori
ipſi vel curatori? † Nam & ſi propius intueare non alia 19
de cauſa putauerunt Labeo & Pegaſus admittendum eſſe
vtilitatis gratia vt in perſona quoque tutoris vel curato-
ris impleri poſſet conditio dandi pupillo vel furioſo,
quam quòd ea ratione magis ſe melius conſulturi eſſent
pupillo & furioſo, quos alioquin credibile erat pecu-
niam illam quã ſine tutore vel curatore accepiſſent ma-
lè conſumpturos eſſe nec in ſuam vtilitatem verſuros.

Aliter namque interpretantibus, quænam obſecro vtili-
tatis ratio fingi poteſt quæ contra rationem iuris ſenten-
tiam huiuſmodi à Labeone ac Pegaſo extorſerit? Nulla
20 prorſus. † Neque verò fieri poteſt vt implementum con-
ditionis quod totum, vt diximus, in facto conſiſtit, pen-
deat ex futuro euentu & poſt factum quoque id eſt poſt
dationem ipſam remaneat in ſuſpenſo quouſque certum
eſſe cœperit pecuniam in rem pupilli verſam eſſe non eſ-
ſe. Vt enim vertatur in rem pupilli vel non vertatur, ex
poſtfecto æſtimari ſcitíque neceſſe eſt non autem ex ip-
ſo inſtanti dationis, quo tamen inſtanti certum eſſe opor-
tet an conditio impleatur necne. Nam conditio quæ in
dando conſiſtit, vel tunc impletur cum pecunia datur,
vel nunquam, quia nec niſi per dationem impleri poteſt
nec niſi vna datio eſt. Porrò vbi ſemel impleta conditio
fuit, ſicuti conditio eſſe deſinit, ita deficere poſtea nun-
quam poteſt, ſiue pecunia in rem pupilli aut furioſi ver-
tatur, ſiue malè conſumatur, ideoque ab initio prouiden-
dum eſſet vt non niſi hoc vel illo modo impleri conditio
poſſet, non autem impleta iam conditione diſputandum,
an ob ea quæ ſecuta eſſent implementum conditionis re-
ſolui oporteret: Quomodo factum eſſe à Triboniano in
leg. ſeruus decem 68. D. hoc titul. De ſolut. docebimus
cap. ſequenti. Cùm igitur admiſſum ſit & quidem vti-
litatis cauſa, vt tutori vel curatori ſolui poſſit pecunia
quæ ex conditionis implendæ verbis pupillo ipſi vel fu-
rioſo ſolui debuerat, ridiculum eſt poſt impletam condi-
tionem quærere. An non fuerit impleta ob id quod eam
pecuniam in rem pupilli vel furioſi verſam non fuiſſe
21 apparet. † Sed & quàm ridicula & inepta ſit hæc diſtin-
ctio, colligi ex eo poteſt quod poſt admiſſam vtilitatis
cauſa ſententiam Labeonis & Pegaſi quæ induxit vt in
tutoris quoque vel curatoris plene impleri conditio poſ-
ſit, illud etiam admiſſum fuit, vt ſi oblata ſit pecunia
tutoris & per eum ſteterit ne fuerit ſoluta, quia ſolutio-
nem ſine cauſa recuſauerit, perinde liberetur is qui con-
ditionis implendæ cauſa pupillo ſoluere debuit, quaſi
impleta hoc ipſo conditione, dummodò nihil per frau-
dem factum probetur, vt Africanus ſcribit in *l. qui fi-
lium 22. D. de manum. teſtat.* Inde namque apparet, per
huiuſmodi ſolutionem tutori factam. impleri conditio-
nem non expectato eo an futurum ſit vt pecunia in rem
pupilli vertatur nec ne, quoniam contumacia tutoris
per quem ſtat quo minus fiat ſolutio, non aliud poteſt
inducere quàm vt ſolutio pro facta habeatur, at non
etiam vt eò magis pecuniam in rem pupilli verſa eſſe
intelligatur. Alioqui plus poſſet fictio in caſu ficto, quam
veritas in caſu vero, quandoquidem ſolutione ipſa verè
facta non tamen conſequens eſſet verſam in rem popil-
li pecuniam, ſi non aliunde quàm ex ſolutione idipſum
22 probaretur. † Immò verò cùm pecunia quæ debuit pu-
pillo ſolui habetur pro ſoluta propter moram quam tu-
tor in accipienda ſolutione contraxerit, fieri nullo mo-
do nullòque caſu poteſt, vt in rem pupilli verſa ſit, quæ
reuera nunquam fuit ſoluta. Solutionem enim factam
eſſe neceſſe eſt, priuſquam de in rem verſo tractari quic-
quam poſſit. Sufficit ergo ſolutionem tutori factam eſſe,
adeòque haberi pro facta, etiamſi non ſit verſa pecunia
23 in rem pupilli. † Eſtque id conſentaneum exemplo quod
adfert Papinianus in verſic. *quemodo ſi domino iuſſus dare,
ſeruo dediſſet vt domino daret.* Nemo enim vnquam dicit
conditionem dandi domino, ſi datum ſit, ſeruo, magis
minúſve ob id impletam intelligi, quod pecuniam ſeruus
24 verterit vel non verterit in domini ſui vtilitatem: † ſed ea
duntaxat adhibenda diſtinctio eſt, quàm non obſcurè
Papinianus inſinuat, An qui domino dare debuit ſeruo
ſimpliciter dederit, An verò ea non ſolum mente
ſed etiam lege vt ſeruus domino daret. Priore caſu
non poteſt dici conditio impleta *d. l. qui heredi. §. con-
tra qui domino.* Poſteriore verò, pro impleta eſt dum-
modò ſeruus poſtea domino dederit, quia parum re-
fert an tibi dederim, an ſeruo tuo vt ſibi daret, ſi dein-
de is tibi dederit; licèt reuera ſit alia perſona tua alia
ſerui tui. Quid.n. vetat ſeruum in accipienda pecunia
miniſterium præbere domino ſuo etiam ignoranti? † Fa- 25
teor quod Paulus ſcribit in *d. § qui contra domino*, talem
conditionem neſciente domino impleri non poſſe, quia
tandem eò deueniendum eſt vt ipſi domino detur, ſed
hoc contendo nihil intereſſe an dominus per ſe accepe-
rit an per ſeruum, non eo tantùm caſu quo commiſerit
ſeruo vt acciperet, quemadmodum in ſpecie *d. §. contrà*,
ſed illo etiam quo ſeruus acceperit, & ſolutionem ratam
habuerit, eandem à ſeruo ſuo poſtmodum accipiendo. † 26
Si enim ſeruus acceptam à te pecuniam ea lege vt domi-
no daret, mala fide ſibi eam retineret, aut quia proprium
nihil habere poteſt, eam perderet, non illa ſolùm ratio
impediret ne conditio impleta dici poſſet, quòd impleri
nequeat domino neſciente, ſed illa quoque quòd nec
nec videretur is qui conditionem implere debuiſſet, pe-
cuniam eo caſu ſeruo dediſſe, quam ſcilicet non dediſſet
niſi ea lege ac mente vt domino eam ſeruus daret, ſicut
à contrario non ſufficeret pecuniam quæ implendæ con-
ditionis cauſa domino dari debuerat, ſeruo ſimpliciter,
id eſt nulla lege adiecta datam, poſtea, domino per ſer-
uum redditam fuiſſe. Sed illud præterea exigimus datam
fuiſſe ſeruo hac lege vt domino redderetur, quia non
aliter impleta videri poteſt conditio vlla, quam ſi volun-
tati eius, qui conditionem impleri iuſſit, voluntas quo-
que & factum implentis reſpondeat. Quomodo reſpon-
det ſanè hoc caſu cùm is qui iuſſus erat domino dare, de-
dit ſeruo vt is domino daret. † Exemplo eius quod dice- 27
re ſolemus abſenti donatam rem ad eùmque miſſam per
proprium ipſius ſeruum, non priùs tamen ei acquiri ex
cauſa donationis quam acceperit *l. abſenti* 10. *D. de do-
nat.* † Niſi quod in illa ſpecie ſubiicienda eſt exceptio 28
quam Paulus non prætermiſit in *d. l. abſenti, niſi ea mente
ſeruo eius data fuerit, vt ſtatim eius fiat*, quæ non ſimili-
ter ad propoſitam quæſtionem accommodari poteſt, ideò
quia quæ per donationem fit acquiſitio tota ex iure pen-
det, ex quo dominij quoque omnis tranſlatio eſt, condi-
tionis verò implementi facti totum eſt non iuris: vnde
eſt quod quamuis & inuitis & ignorantibus dominis ex
omni pene cauſa per ſeruos acquiratur *l. etiam inuitis* 32.
*D. de acquir. rer. domin. l. ſeruus vetante 62. de verbor. obli-
gat.* nemo tamen dando ſeruo quod domino dare debuit
implere poteſt conditionem domino ipſo, ſiue nolente, ſi-
ue neſciente *d. l. qui heredi.* † Atque ita locus ille Pauli in 29
d. l. qui heredi, verſic. *contrà qui domino*, ex iſto Papiniani
ſupplendus & interpretandus eſt vt conditionem imple-
uiſſe videri debeat, qui quod domino dare oportuit ſeruo
dederit ea lege vt domino daret, ſi ea dationis, lex fue-
rit effectum ſortita. † Dices fortaſſe, ſecundum hunc ad- 30
iectionem fieri, vt non aliter igitur dici poſſit conditio
impleta per dationem in ſeruum collatam, quam ſi pecu-
nia verſa ſit in rem domini, cùm eam ad dominum tan-
dem peruenire ſit neceſſe. Verùm iam monuimus, non
ex eo æſtimari conditionis huius implementum quod
pecunia ſeruo data peruenerit ad dominum, non magis
quàm ſi ſerui facto, & diligentia in rem ignorantis domi-
ni verſa eſſet, at ex eo ſolo quòd ipſi domino dediſſe cre-
dendus ſit qui ſeruo non ſimpliciter dedit, ſed ea lege vt
ſubinde ſeruus domino daret. † Proinde aptiſſimè Pa- 31
pinianus noſter, vt ſemper ſolet, exemplum hoc addidit,
ad probandum non eſſe nouum vt ſolutio quæ reuera
vni facta eſt, alij facta exſtimetur, & conſequenter tan-
tum proſit ſoluenti quantum ſi ei ipſi facta eſſet cui pe-
cunia debebatur. Sed multò aptius additum fuiſſe appa-
rebit, ſi poſtremus hic caſus de pecunia ſeruo data per eũ
qui domino dare debuit, cum priore illo conferatur, quo
tutori ſolutum ſit, quod pupillo conditionis implendæ
cauſa ſolui oportuit. Vtroque enim caſu euenit vt alii
quidem ſoluatur quàm cui debebatur: at ei tamen qui
dationis & acceptionis lege omnino neceſſe habeat id
quod accepit illi reddere cui debuerat dari. † Hac tantum 32
differentia,

differentia, quod cùm ſeruo ſoluitur, neceſſarium eſt eam legem imponi ſeruo, vt pecuniam domino ſuo reddat, quò pecunia quandocunque reddita, iam inde ab initio impleta conditio videatur. Cùm autem ſoluitur tutori, non niſi fruſtra & ineptè lex illa adiici poteſt vt ea pecunia pupillo daretur, ſiquidem quiſquis tutorio nomine pecuniam accipit debitam pupillo, ſe obligat hoc ipſo vt eam pecuniam pupillo reſtituere tutelæ actione
33 teneatur. † Apparet igitur, vt concludamus quæ in hanc rem prolixiùs diſputauimus, Papiniano tribui non poſſe verſiculum illum, *Idque ita recipi poteſt ſi pecunia in rem vel pupilli, vel furioſi verſa eſt*, quo ſublato, longè aptiorem & conuenientiorem ſententiam habet quod ſequitur, *Quomodo ſi domino iuſſus dare ſeruo dediſſet, vt domino daret*. Eſt enim aliud exemplum conditionis quæ commode impleri poſſit in perſona alterius quam eius qui conditionis implendæ verbis continetur. Prius exemplum fuit de tutore vel curatore cui data ſit pecunia quæ pupillo vel furioſo dari iuſſa erat, quod & Papinianus iis verbis expreſſit, *Sicut conditionis quoque implendæ cauſa*
34 *rectè pecunia tutori vel curatori datur*. † Lego enim *ſicut*, non vt vulgò *ſi*, quomodo legendum eſſe oſtendunt illa præcedentia, *Nam ſi furioſi vel pupilli perſona adiecta ſit, ita tutori vel curatori pecunia rectè dabitur*. Conſequens enim eſt vt ſtatim ſequatur, *ſicut* non *ſi*. Alioqui quid commune aut connexum habet pecunia quæ ſoluitur tutori pupilli vel curatori furioſi adiecti ſolutionis cauſa, cùm pecunia quæ conditionis implendæ cauſa, pupillo vel furioſo debeatur? Quod ſi nihil inter iſta commune eſt, quænam obſecro erit Papiniani ratiocinatio, ſi ſic eum ſcripſiſſe velimus, vt cùm pupilli vel furioſi perſona ſit adiecta, ita demùm tutori vel curatori pecunia rectè detur, ſi conditionis quoque implendæ cauſa rectè pecunia tutori aut curatori detur? Quare nec ſcripſit Papinianus *detur*, vt ſcribere debuiſſet præcedente coniunctione *ſi*, ſed *datur*, in tempore præſenti indicatiui quod exigebat coniunctio illa *ſicut*: cui neque diſſimilis ea eſt qua idem Papinianus vtitur vt ſecũdum exemplum cum primo connectat, *quomodo*, quæ ſola dictio idem prorſus ſonat quod duæ illæ *ita ſi ut*. Cui ergo verſiculum illum adſcribemus quem Papiniani eſſe negamus? Parum certè noſtra refert cuius ſit, dummodò ſciamus Papiniani
35 non eſſe. † Sed tamen in id procliuior ſum vt non tam imperito audacique interpreti debeat tribui, quàm Triboniano, qui prudentibus omnibus, ne excepto quidem Papiniano, ſibi prudentior eſſe viſus eſt. Mouet me quod ab eodem Triboniano factum video *in d. l. ſeruus decem* 68. *eod. tit. de ſolut.* de cuius ſententia & emendatione
36 proximo capite dicemus. † Sed illud magis, quod in ipſo §. *vſumfructum*, cætera omnia quæ ſequuntur, & de quibus nihildum diximus, eiuſmodi ſunt vt non poſſim credere à Papiniano ſcripta vnquam fuiſſe. Adeò ſcilicet diſtant & remota ſunt à propoſita huius §. quæſtione, quæ non erat de conditionis implendæ cauſa datis cui ſolui debeant, ſed tantùm de adiecto ſolutionis cauſa, An ſolutionis accipiendæ facultatem retineret ſi ex poſtfacto capitis diminutionem paſſus eſſet: cum qua quæſtione ne illud quidem commune quicquam haberet, quod Papinianus tractat de pecunia ſoluenda implendæ conditionis cauſa ſiue in perſona pupilli vel furioſi, ſiue in perſona tutoris vel curatoris niſi ad probandum quòd adiecto ſolutionis gratia ſolui poteſt etiam poſt capitis diminutionem, interieciſſet rationem illam quòd ſi furioſi vel pupilli perſona adiecta ſit, tutori quoque & curatori rectè ſoluitur. Nam & ratio illa probanda fuit, ne videretur Papinianus ignotum per ignotius probaſſe. Probat autem ex eo, quòd implendæ quoque conditionis cauſa rectè ſoluitur tutori vel curatori pecunia quæ debuit ſolui pupillo vel furioſo: in qua ratiocinatione dictio *quoque* habet emphaſim, vt intelligamus multò difficilius hoc eſſe vt implendæ conditionis gratia bene ſoluatur tutori vel curatori, quam quod probandum habet Papin. perſona pupilli vel furioſi adiecta ſolutionis cauſa tutori vel curatori ſolui poſſe. Et tamen ne quis huius quoque poſterioris ſententiæ veritatem vel negare auderet, vel in dubium reuocare, adfirmat Papinianus admiſſam eſſe illam ſententiam Labeonis & Pegaſi auctoritate, vtque admitti debuiſſe magis appareat, ſubiicit exemplum non diſſimile, in quo perinde fiat, vt etiam quæ conditionis implendæ cauſa vni debuit ſolui pecunia, non malè alteri ſoluatur, nempe ſi domino iuſſus dare, ſeruo dederit ea lege vt domino daret: atque ita ab vltimo ad primum redeundo probat optimè Papinianus, Adiecto quoque licèt poſt ſtipulationem capite diminuto rectè ſolui poſſe, nec in contrariam opinionem ex eo ſolo moueri quem debere, quod quiſquis capite minutus eſt hoc ipſo alius homo fieri videatur. Sed quæ ſequuntur, *cæterùm qui ſeruo dare iuſſus eſt domino dando non aliter impleuiſſe conditionem intelligendus eſt, quam ſi ex voluntate ſerui dedit. Idem reſpondendum eſt in ſolutione ſi ſtipulato Sempronio ſibi aut Sticho Mæuij ſeruo decem dari, debitor Mæuio domino pecuniam ſoluerit.* Hæc inquam omnia non ſolùm nihil commune habent cum propoſita quæſtione, quæ de illo erat, An ei qui ſolutionis cauſa adiectus fuerat, ſi poſteà capite minutus eſſet nihilominus ſolui poſſet, verùm etiam quod magis eſt, ſuadere potiùs videntur vt à Papiniani ſententia ſit recedendum, tantum abeſt vt debuerint adiici
ad eam confirmandam. † Poſſet enim quis hac ipſa adiectione moueri ad inferendum ſolutionem quæ vni fieri debuit, alteri fieri non poſſe, & conſequenter ſolutionis accipiendæ facultatem quæ in perſona adiecti ab initio conſtiterit, neceſſariò intercidere per aduenientem capitis diminutionem, vtpote per quam adiectus hic alius nouúſque homo factus eſſe videatur. At, inquies, nónne verum illud eſt, eum qui ſeruo dare iuſſus ſit domino dando non aliter conditionem impleuiſſe intelligendum, quàm ſi dederit ex ſerui voluntate? Vtique enim ſic apertè Paulus ſcribit *in dict. leg. qui heredi*, ſubiecta etiam ratione quòd ea quæ facti ſunt non tranſeant ad dominum. † Quid ergo reſpondebimus pro Papiniano? Fecit enim Triboniani audacia vt tantus vir me velit aſſertorem, dum alius melior expectatur. Ego verò reſpondeo, vt Papiniani ratiocinatio & collectio recta ſit, non eſſe neceſſarium probari ea quæ implendæ conditionis cauſa vni ſoluenda ſunt, alteri ſemper ſolui poſſe, quod falſum eſt. Neque rurſus e contrario ad improbandum Papiniani ſententiam, ſatis eſſe ſi probetur multos eſſe caſus, in quibus impleri conditio nequeat, niſi in perſona eius ipſius quem verba conditionis demonſtrant, quod nec Papinianus certè negaret, ſed ſufficere Papiniano ad victoriam ſi probet non eſſe nouum, vt ea quoque pecunia quæ implendæ conditionis cauſa vni ſolui debuit, alij ſoluatur, quod euenit, inquit ille, cùm iuſſus domino pecuniam dare, ſeruo dedit vt domino daret. Inde námque fit vt dubitari iam non oporteat, quin optima ratione moti Labeo & Pegaſus induxerint vtilitatis cauſa, vt quod pupillo vel furioſo conditionis implendæ gratia ſolui debuit, rectè ſoluatur tutori vel curatori. Quo tamen admiſſo illud multò faciliùs admittendum ſit, vt ſi furioſi vel pupilli perſona non iuſſi ſolutionis cauſa in obligatione aliena fuerit adiecta, perinde tutori vel curatori bene ſoluatur, cùm hoc caſu non vt in illo pecunia alteri quàm ipſi pupillo vel furioſo debeatur. Difficilius autem fit vt quod pupillo deberetur, alij ſoluatur quàm quod pupillo non deberetur. Porrò hoc etiam admiſſo vt cùm pupillus vel furioſus ſolutionis tantùm cauſa adiectus eſt, etiam tutori vel curatori ſolui poſſit, quamuis reuera tutor pupilli alius ſit à pupillo, & curator furioſi alius à furioſo, illud certè extra omnem dubitationem manet, quod initio probandum ſuſcepit Papinianus. Ei quoque qui poſt ſtipulationem, in qua ſolutionis cauſa adiectus erat, capite minutus fuit, perinde ſolui poſſe, cùm reuera idem homo

ſit, eadémque ipſius fides quam ab initio ſtipulator exploratam habuit, tametſi capitis diminutio faciat ut per
39 iuris fictionem alius homo eſſe intelligatur. † Quid ergo fuit quod Tribonianum mouere potuit vt iſta tubiungeret, de non implenda in perſona domini conditione, quæ in ſerui perſona impleri debuit, niſi ex ſerui voluntate id fiat? Nimirum, quia verius ille eſt, ne quis eo quod Papinianus dixerat implerum eſſe conditionem ſi domino dare iuſſus, ſeruo dederit vt domino daret, inferre vellet eodem modo impletam debere intelligi conditionem ſi ſeruo dare iuſſus domino dederit. Nec animaduertetur non ita ſimpliciter Papinianum ſcripſiſſe, ſed locutum de pecunia quæ domino dari debuit ſeruo
40 data ea lege vt eam ſeruus domino daret. † Hanc verò adiectionem non ſimiliter adaptari poſſe ad eum caſum quo quis domino dederit quod ſeruo debuit dare. Quomodo enim poſſet quis ea lege domino dare vt ſeruo ſuo daret? An eò minùs fortaſſe retineret dominus per ſeruum proprium quod ipſi ſeruo iam dediſſe probaretur? Itaque hoc caſu quod domino ſoluitur, nunquam ad ſeruum pertinere poteſt, non ſolum ſi nolit dominus contra quem eo nomine nec ſeruus agere poteſt, nec ille magis qui pecuniam domino dederat ea lege vt ſeruo daret, ſed neque ſi dominus ſidem ſeruare velit, cámque pecuniam ſeruo dare, quia tum quoque cùm dat,
41 ſibi retinet. † Dices, illo etiam caſu quo pecunia ſeruo detur, quæ ipſi dari debuit, perinde acquiri eam domino per ſeruum, atque ita nihil effectu intereſſe an domino detur, an ſeruo. Sed facilis reſponſio eſt acquiri quidem pecuniam domino per ſeruum cui implendæ conditionis gratia data fuit, ſed prius eſſe vt conditio rectè impleta ſit, quam vt per implementum conditionis aliquid domino per ſeruum acquiratur. Id verò non contingere ſi pecunia quæ ſeruo dari debuit, domino detur, niſi ex voluntate ſerui detur, quoniam vt ſæpiùs iam diximus, implementum conditionis facti eſt non iuris, & in facto implendo is ipſe ordo ſeruandus eſt, quem teſtator præſcripſit, quod non eueniret etiam ſi data pecunia domino vt eam ſeruo daret, quia præpoſterus eſſet ordo ille, minùs à teſtantis voluntate quàm à iuris ratione alienus, vt pecunia primùm ad dominum, deinde à domino ad ſeruum perueniret, mox ab eodem ſeruo
42 ad dominum rediturа. † Cùm verò pecunia ipſi domino danda ſuit etiamſi ſeruo primùm detur dummodò ea lege vt domino redderat, nihil fit neque contra voluntatem vel æque teſtatoris, neque contra ordinem iuris, quandoquidem ordinarium illud & facti iuris medium eſt vt per ſerui perſonam domino acquiri & ad domi-
43 num peruenire pecunia poſſit. † Idémque eſſet ſi poneres ita conceptam conditionem, vt eius implendæ gratia pecuniam tutori ipſi non pupillo dari oporteret. Non enim poſſet videri conditionem impleuiſſe is qui pupillo dediſſet quamuis ea lege adiecta vt tutori daret, quia neque facti, neque iuris ordo ille eſt, vt pecunia peruenire debeat à pupillo ad tutorem, ſed à contrario à tutore ad pupillum. Et ideò bene Papin. tractans de conditione dandi impleta in perſona tutoris, quæ ex verborum poteſtate implenda erat in perſona pupilli, adfert exemplum tanquam ſimile de pecunia quæ domino danda fuit, data ſeruo vt domino daret, quoniam vtroque caſu is rei & voluntatis ordo eſt, qui eſſe debet, vt pecunia tandem ad eum perueniat, ad quem peruenire oportet ex verbis
44 ipſis conditionis. † Planè quod ſequitur in *dict. §. vſumfructum. Idem reſpondendum eſt in ſolutione, ſi ſtipulato Sempronio ſibi aut Sticho Mæuij ſeruo decem dari, debitor Mæuio domino pecuniam ſoluerit*, multò apertius Triboniani manum, & inſcitiam prodit. Quid enim eſt in hac ſpecie, quod idem reſpondeti queat? An fortè idem quod proximè dictum fuit in eo caſu quo pecunia ſoluta ſit domino quæ deberetur implendæ conditioni cauſa [illegible]? Vt nimirum nil proſit ſolutio facta domino ſi non fiat ex ſerui voluntate? Atqui certè verſiculi huius ſenſum comminiſci nullum poſſis. At qui nullo modo dici hoc poteſt. † Aut enim [illegible] 45
cuius perſona poſita ſit in cond [illegible]
alia eius qui ſolutionis [illegible] cau[illegible] ad [illegible] Priore caſu voluntas ſerui exquirenda eſt, vt quod domino ad implendam conditionem ſolutum bene ſolui credatur, quoniam ita facit volun[illegible] qui conditionem adſcripſit quæ nec aliter nec melius, quàm ex conditionis adiectæ verbis, intelligi poteſt. Cur enim ſerui perſonam nominaſſet, ſi nullam niſi domini rationem haberi voluiſſet? Porrò alius hic nemo eſt præterquam ſeruus cuius voluntatem intueri aut exigere poſſimus. At cùm ſeruus ſolutionis cauſa obligationi alienæ adiectus fuit, adeſt perſona ſtipulatoris cui vtique debetur non ſeruo, & cuius proinde non ſerui voluntas exquirenda eſt, ſi non ſeruo ipſi, vt erat in lege ſtipulationis, ſed ſerui domino ſoluere promiſſor velit, cum fieri facile poſſit, vt ſerui perſonam fidemque ſolutionis gratia eligere ſtipulator, qui domini eligere noluiſſet. Certum autem eſt ceſſante ſtipulatoris voluntate nullum ius habere ſerui dominum accipiendæ ſolutionis, quæ fieri debuit ſeruo, ſiquidem ſolutio facti eſt, *l. conſil. 7. §. vlt. ff de curat. furioſ.* quæ verò facti ſunt, ad dominum tranſire nunquam poſſunt, *dict. l. qui heredi*. Non igitur verum eſſe poteſt quod hic verſiculus habet, ſi ſtipulato Sempronio ſibi aut Sticho Mæuij ſeruo decem dari debitor Mæuio domino pecuniam ſoluerit, idem reſpondendum eſſe, quod in præcedenti ſpecie reſponſum eſt valere ſolutionem dummodo facta ſit ex ſerui voluntate. Apertéque lapſus hic eſt Tribonianus (quis enim interpres tot clauſulas adiicere vnquam auſus eſſet) mera ignorantia iuris. † Illud poſtremum eſt quod apud Papinia- 46
num obſeruari volo, de vſufructu propoſitam ab eo quæſtionem, non quòd in cæteris rebus aliud exiſtimaret, ſed vt haberet quæſtio maiorem dubitationem. Eſt enim hauſta ea lex ex libris quæſtionum non reſponſorum. Dubitatio autem ideò maior eſt in vſufructu, quia nemini dubium eſt quin vſusfructus intercidat capitis diminutione. Ideò quod perſonæ debeatur quæ per capitis diminutionem quamlibet mutata eſſe intelligitur *leg. 1. & tot. tit. ff quib. mod. vſusfruct. amitt.* Sed id tùm demum verè dicitur cùm capitis diminutio contingit in perſona eius cui vſusfructus debetur, non etiam ſi contingat in perſona eius qui in aliena ſtipulatione adiectus fuit ſolutionis tantum gratia non obligationis, quia cùm de obligationis iure quæritur an interciderit néene, non alia perſona inſpici vel poteſt vel debet, quàm eius ipſius ad quem totum ius obligationis ſolùm pertinet.

Caput XV.

Deprauatam eſſe à Triboniano ſententiam leg. ſeruus decem 68. cod. tit. de ſolut.

SVMMARIA.

1. *Conditiones quæ in dando conſiſtunt facti plurimum continere.*
2. *Quid Iuriſconſultus* in l. qui heredi 44. de cond. & demonſt. *unde inferat.*
3. *Non ſicut dandi conditiones per alium eius nomine qui dare debuit impleri poſſunt, ſic è contrario in perſona alterius impleri poſſe, quam eius ipſius quem conditionis verba præ ſe ferunt.*
4. *Conditionem ſiue dandi ſiue faciendi in perſonam pupilli collatam impletam cenſeri, ſi in perſona eius pupilli, etiam ſine tutoris auctoritate impleta fuerit.*
5. *Illud conditionibus faciendi extra dubitationem eſſe.*
6. *Ex Marcelli ſententia in d. l. ſeruus dandi conditioner* [illegible]

in pupillum collatas non niſi in perſona tutoris vel curatoris bene impleri poſſe.
7 *Hanc ſententiam veráque iuris ratione inſpecta falſam eſſe.*
8 *Primo, quia alias ſequeretur omnia quæ propriam pupilli aut furioſi perſonam deſiderant, etiam abſente pupillo aut furioſo per tutorem aut curatorem expediri poſſe.*
9 *Secundo, quia contrarium auctoritate Pegaſi & Labeonis vtilitatis cauſa receptum non fuiſſet, ſi ex iuris ratione locum habere potuiſſet.*
10 *Quænam vtilitatis cauſa induxerit vt conditio quæ in pupilli vel furioſi perſona impleri debuit, in tutoris vel curatoris perſona impleri poſſit?*
11 *Poſt admiſſam eam Pegaſi & Labeonis ſententiam non minus poſſe ex ſumma iuris ratione ipſi pupillo vel furioſo conditionis implendæ gratia bene ſolui.*
12 *Obiectio remouetur.*
13 *Ratio ſententiæ Marcelli refellitur.*
14 *Superioris conditionis implementum in ſuſpenſo eſſe non debere, quouſque certum ſit an pecunia furioſo vel pupillo data perierit, vel perire amplius non poſſit.*
15 *Poſt admiſſam Pegaſi & Labeonis ſententiam non amplius quæri, an pecunia tutori vel curatori ſoluta in rem pupilli vel furioſi verſa ſit, nec ne.*
16 *Altera & præcipua Marcelli ratio contraria Iauoleni ratiocinatione refellitur.*
17 *Conditionem pupillo dandi vel ſoluendi naturaliter & reuera implendam eſſe.*
18 *Marcelli ſententiam in d. l. ſeruus à Triboniano corruptam fuiſſe.*

1 CONditionum † nota diuiſio illa eſt, vt aliæ in dando,
aliæ in faciendo conſiſtant. Inter quas cùm differentiæ
multæ ſint, de quibus nunc dicere, nihil attinet, tùm
illa præcipuè quod [illegible] quæ in dando conſiſtunt, per alium
impleri poſſunt, & conſequenter vltimo etiam vitæ momento,
non item quæ in faciendo *l. vlt ff de condit. inſtitut.* Sed tamen non eo minùs dicuntur eſſe facti etiam
illa quæ in dando conſiſtunt vt ſuperiore capite diximus
ex *l. qui heredi 44. de condit. & demonſtr.* quia dare, tradere,
ſoluere, & alia huiuſmodi, ſunt facti licèt iuris effectus
aliquis ex iis ſequatur: puta quod ad dominij
tranſlationem, quæ ex datione aut ſolutione inducitur,
leg conſilio 7. §. vlt. ff. de curat. furioſ. iunct. leg. vbi autem
2 *75. §. vltim. de verb. oblig.* † Inde nimirum fit, quod infert
Iurec. in *d. leg qui heredi*, vt ſi quis implendæ conditionis
cauſa ſeruo decem dare iuſſus ſit, ſeruo ipſi dare
compellatur, nec magis impleuiſſe conditionem dici poſſit
dando domino ſi non dederit ex ipſius ſerui voluntate,
quàm ſi domino dare iuſſus ſeruo dediſſet nolente
domino vel ignorante, quæ facti ſunt, non tranſeunt ad
3 dominum. † Itaque non quemadmodum huiuſmodi conditiones
dandi per alium impleri poſſunt, eius ſcilicet
nomine qui dare debuit (nam eo mortuo ne quidẽ heredi
permiſſum eſt defuncti nomine parêre conditioni *l. à
teſtatore 109. de cond. & demonſt.* ſic e conuerſo poſſis
dicere impleri poſſe in perſona alterius, quam eius ipſius
quem conditionis verba præ ſe ferunt, quoniam
non ſicuti parum aut nihil refert à quo aut [illegible] cuius pecunia
datur, ita dici poteſt nihil intereſſe cui detur, cùm
in eo potiſſimùm verſetur conditionis implementum, vt
ei detur cui dari voluit, dixitque is qui conditionem adſcripſit,
l. cùm ita 65. de cond. & demonſt. Proinde ex parte
illius cui dandum eſt nihil omnino refert an conditio
4 conſiſtat in dando, an in faciendo † Eadem prorſus ratio
facit, vt ſi conditio collata ſit in perſonam pupilli, dubitandum
non ſit quin dici debeat bene pleneque impleta
conditio, quæ impleta fuerit in perſona pupilli, ſiue conditio
dandi fuerit, ſiue faciendi. Non adhibita ea diſtinctione,
an tutoris auctoritas interuenerit, an nécne: quia
cùm in conditionibus veritas naturæ factique non aliqua
iuris fictio inſpicienda ſit, nemo vtique dixerit ob id
minùs impletam eſſe conditionem in perſona pupilli
quòd impleta ſit ſine tutoris auctoritate, quandoquidem
non eò minus pupillus ipſe eſt quod tutorem habeat,
immò ob hoc ipſum tutorem habeat, quia pupillus
eſt. † Et quidem in conditionibus faciendi res non habet 5
dubitationem. Vt puta ſi ſeruus poſt quinquennium liber
eſſe iuſſus ſit ſub ea conditione ſi toto illo quinquennio
ſeruierit pupillo. Quamuis n. ita ſeruierit, vt non adhibuerit
auctoritatem tutoris, quia tamen non minùs verum
eſt eum ſeruiſſe, quam ſi eam auctoritatem adhibuiſſet,
nulla ratio eſt cur non debeat tanquam verè impleta
conditione peruenire ad libertatem tutoris, in qua
nullum tutoris arbitrium ſit, nullúſque deliberationi locus
an conditio implenda ſit, nécne, aut an hoc vel illo
modo: Nam etiamſi maximè tutor nollet impleri, aut alio
modo impleri eam vellet, quàm qui conditionis verbis
expreſſus eſſet, vtique voluntatem ipſius aut cunctationem
negligi oporteret. Idque non obſcurè ſentit ſcribitque
Iurec. in *l. ſeruus decem 68. ff. de ſolut.* vbi in propoſita
quæſtione in conditione dandi, priuſquàm ad eam
reſpondeat, fatetur in conditionibus faciendi ſi comparationem
& argumentum ex iis inire liceat, non eſſe
neceſſe vt ad eas implendas interueniat auctoritas tutoris.
† Sed tamen in dandi conditionibus aliud iuris eſſe 6
concludit, nimirum impleri quidem eas rectè in perſona
tutoris, itémque in perſona curatoris, ſi forte furioſo danda
fuerit pecunia, ſed non ſimiliter in perſona ipſius pupilli
aut furioſi, niſi interueniente tutoris auctoritate. † 7
Quod ait huiuſmodi conditiones quæ in dando conſiſtunt
in tutoris vel curatoris perſona impleri poſſe, apertè
falſum eſt, ſi mere veráque iuris ratio inſpiciatur. Nam
cum alia reuera ſit perſona pupilli, alia tutoris, ſicut &
alia furioſi, alia curatoris, non poteſt fieri ex iuris ratione,
vt conditio quæ implenda fuit in perſona pupilli vel
furioſi bene impleatur in perſona tutoris vel curatoris.
Nec quod iudicium pupilli aut furioſi, vel potius quod
pupillo aut furioſo deeſt, ſuppleri poſſit & ſoleat per iudicium
tutoris, facere poteſt vt æque perſona pupilli vel
furioſi repræſentetur per tutoris vel curatoris perſonam.
† Alioqui ea omnia quæ propriam pupilli, aut furioſi 8
perſonam deſiderant, etiam abſente pupillo vel furioſo
per tutorem, curatorémve ex[illegible] poſſint, quod non ita
eſt. Si enim pupillus here[illegible] ab aliquo [illegible] ptus proponatur,
non poteſt tutor hereditatem adire no[illegible] pupilli,
ſed pupillum ipſum adire neceſſ[illegible] eſt tutore auctore quoniam
aditio perſonale factum adeuntis deſiderat *l. pupillus
9. ff. de acquir. hered.* Ne[illegible] potuit iure vetere
curator furioſi delatam furioſo hereditatem ip[illegible] adire
ante Iuſtiniani conſtitutionem quæ in eam rem lata eſt,
nouúmque ius fecit, in *l. vlt. C. de curat. furioſ.* Cur ergo
conditione ita concepta, vt non alia quam pupilli vel
furioſi perſona demonſtrata ſit, ſiue dati aliquid, ſiue [illegible]
ri oporteat, dicemus impletam conditionem quæ non niſi
in perſona curatoris vel tutoris fuerit impleta? † F[illegible] 9
Labeonis & Pegaſi auctoritate receptum [illegible] hoc
vtilitatis cauſa, quemadmodum Papinianus loquitur in
l. Stichum aut Phamphilum 95. §. vſumfructum de ſolut.
& nos explicauimus capite ſuperiore. Sed contendo, vel
ex eo maximè apparere verum eſſe quos nos volumus
ex iuris ratione idem dici nec poſſe nec vnquam potuiſſe.
Quid. n. fuiſſet neceſſe & vtilitatis cauſam præ exer[illegible]
& Labeonis Pegaſique auctoritatem implorare, ad inducendum
id quod ipſa iuris ratio per ſe iam induxiſſet † 10
Quænam verò vtilitatis cauſſa eſſe potuit, quæ hanc
ſententiam à tantis Iureconſultis exorſit inuita iuris ratione,
niſi quòd aliter poſito iure facilè ac plerumque
eueniret vt pecunia quæ conditionis implendæ cauſa pupillo
vel furioſo data eſſet, intercideret, non valente tutore
vel curatore ſatagere, vt in pupilli vel furioſi commodũ
verteretur, quę inſcio ſe vel inuito ſoluta fuiſſet pu-

pillo

pillo vel furioſo? Item quòd eo faciliùs impleri poſſit,
conditio quā plures perſonæ ſunt in quibus impleri po-
teſt. Vtilitas autem pupillorum quæ publicam ſemper
coniunctam habet, hoc maximè exigat, vt quàm facile
fieri poteſt, impleri poſſit conditio, quæ in eorum fauo-
rem adiecta fuit, ne implendæ ipſius difficultate fiat vt
eam implere qui aliquando voluit, poſtea vel nolit, vel
non poſſit, præſertim ſi quod plerumque fiebat imple-
mento dies dicta fuerit. Vt puta, ſi intra centum dies de-
derit decem pupillo. Finge intra eos centum dies nō fuiſ-
ſe repertum pupillum in ea prouincia in qua erat is qui
pecuniam dare debebat, fuiſſe verò tutorem cui facilimè
& libentiſſimè pecuniam daturus hic fuerit, ſi potuiſſet.
An non vtilitas pupilli elicere hoc ius debuit, vt tutori
quoque pecunia dari poſſet? Conſtat ſiquidem condi-
tionem quæ intra certum tempus implenda fuit, poſt id
tempus impleri nullo modo poſſe ne fauore quidem liber-
tatis, *l. Titius 41. § intra certa tempora ſideic. libert.* Ergo cū
vtilitatis cauſa ea demum recepta eſſe dici ſoleant quę ex
vera meráq. iuris ratione recipi non potuerunt, fatendum
eſt illam Labeonis & Pegaſi ſententiam non niſi vtilita-
tis cauſa inductam à ſummi iuris ratione abhorrere, &
conſequenter in ſolius pupilli perſona tales conditiones,
hoc eſt, quæ in dando etiam conſiſterent impleri & po-
tuiſſe & debuiſſe, adeóque ita vt non eſſet neceſſaria tu-
toris auctoritas Nam ſi neceſſaria fuiſſet, non erat veren-
dum ne pecunia pupillo data, periret non magis quam ſi
tutori ſoli data eſſet, cùm vtroque caſu parem diligentiam
præſtare tutor debet, atq; ita nihil cauſæ fuiſſet ſaltem ex
hac parte cur ex Labeonis & Pegaſi ſententia induci vti-
litatis gratia oportuiſſet, vt ipſi quoque tutori bene pecu-
11 nia ſolueretur. † Etſi autem poſt admiſſam Labeonis &
Pegaſi ſententiam, non malè tutori conditionis quoque
implendæ cauſa ſoluitur, non eò minùs tamen verum
remanet ex iuris ratione ipſi quoque pupillo bene ſol-
ui, vt antea nulla etiam interueniente tutoris auctori-
tate. Non enim ius quod tum ex ſumma ratione ob-
tinebat, Labeo & Pegaſus tollere aut voluerunt aut
potuerunt, ſed vtilitate pupillorum ita exigente, amplia-
re conditionis implendæ facultatem, vt quæ non niſi in
pupilli perſona impleri poterat, ſiue tutoris auctoritas in-
teruenisset, ſiue non, ea in tutoris quoque & quidem ſo-
lius perſona impleri præterea poſſet. Itaque non illud
induxerūt, vt qui pupillo pecuniam dare iuſſus eſſet, eam
pupillo ipſi dare prohiberetur, ſed vt eam tutori ſoli dan-
do minus impleuiſſe conditionem videretur, quandoqui-
dem id pupillo & commodius & vtilius exiſtimandum
12 eſſet. † Atqui, dicat aliquis, ſi pupillo ipſi vel furio-
ſo ſoluere liceat non interueniente tutoris aut curato-
ris auctoritate, facile pecunia peribit. Non nego. Et id-
circò nimirum dixi vtilitatis cauſa ſententiam Labeonis
& Pegaſi recipi debuiſſe, vt tantò melius perſonis conſu-
leretur. Sed non inde poſſis inferre, conditionem in ip-
ſius pupilli & furioſi perſona impleri non poſſe. Quod. n.
intereſt vtrum tali perſonæ dare iubeatur, an aliquo lo-
co ponere, vel in mare deiicere? Inquit eleganter Iauo-
13 lenus in *l. Mæuius 55. de cond. & demonſt.* † Qui locus vt
eſt de hac re elegantiſſimus, ita & accommodatiſſimus
ad eam rationem refellendam quæ poſita eſt tanquam ex
Marcello in *d. l. ſeruus decem*, in illis verbis *ipſis au-
tem, id eſt furioſo vel pupillo non rectè perſolui, ne datio
ex illorum imbecilitate pereat.* Quamuis. n. poneres pe-
riiſſe pecuniam quæ pupillo vel furioſo data fuiſſet, au
non tamen perinde verum eſſet datam fuiſſe? atque ita
impletam eſſe facto ipſo conditionem? Quod vtique ea
ſufficere conſtat etiam ex eo quòd ſi ea conditio eſſet
adſcripta, quæ matrimonium præſupponeret, quod in fu-
rioſi perſona eſſe nequit, æquè tamen furioſus matri-
monium de facto tantùm, vt aiunt, contrahendo, condi-
tionem impleuiſſe dicendus eſſet, vt bene Scæuola reſ-
pondit, & Scæuolam Claudius notauit in *l. heredibus*
14 *77. § 1. ad S. C. Treb.* † Cur ergo ad conditionis imple-
mentum illud requiramus, ne pupillo vel furioſo pe-
cunia pereat? Quid. n. ſi non pereat? An non fortè po-
teſt non perire? An interim manebit in ſuſpenſo veritas
implementi, quouſque certum eſſe incipiat, pecuniam
illam vel periiſſe, vel perire amplius nunquam poſſe?
Quis verò vnquam hoc dixit vel audiit, ea quæ meri
facti ſint non iuris etiam poſt factum in ſuſpenſo mane-
re? Si quidem ex ſolius iuris poteſtate eſt, vt maneant
interdum pleraque in ſuſpenſo, ſed ea demùm, quæ iuris
mixturam aliquam habent, non etiam illa quæ nihil niſi
merum factum continent, quod vnico ſimpliciq. & mo-
mentaneo actu, & implendum fuerit & impletum: cuiuſ-
modi conſtat eſſe conditiones dandi, *l. vlt. ff. de condit. inſt.*
† Qua etiam ratione iam probauimus ſuperiore capite, 15
poſt admiſſam vtilitatis cauſa Labeonis & Pegaſi ſen-
tentiam quæ induxit vt tutori pupilli & curatori furioſi
conditionis quoque implendæ gratia dari pecunia poſ-
ſet, non eſſe quærendum, an ea pecunia tutori vel curato-
ri ſoluta in rem furioſi verſa ſit, nécne: ſed ſiue verſa ſit,
ſiue non ſit conditionem plenè impletam deficere poſtea
nunquam poſſe. Quod & apertiſſimè probatur ex *d. l. ſer-
uus*, nō in eo ſolùm quòd lex generaliter & indiſtinctè ait
tutori vel curatori vtiliter depēdi, ſed in illa etiam ratio-
ne addita ad probandum, cur neque furioſo neque pupil-
lo rectè ſoluatur, *ne datio ex illorum inbecillitate pereat.*
Innuunt namque verba illa, & probant optimè non poſ-
ſe fieri vt pecunia quæ tutori ipſi vel curatori ſoluta eſt,
hoc ipſo in rem pupilli vel furioſi verſa non ſit, cùm in
reddendis rationibus ſaluam eam verſamque præſtare
debeat tutor vel curator, qui accepit. † Quod autē ſequi- 16
tur apud Marcellū in *d. l. ſeruus*, melioris & primæ ratio-
nis loco, *nec enim hoc egit teſtator vt quoquo modo eſſet da-
tum, expleta videretur conditio*, ſicuti falſum eſt, ita &
manifeſte conuincitur, ex contraria Iauoleni ratiocinatio-
ne longe ſubtiliore veriorēque in *d. leg. Mæuius*, poſtre-
mis iis verbis, *neque enim illud quod ad talem perſonam
peruenturum eſt teſtamenti nomine, ſed mortis cauſa capi-
tur.* Quærendum enim eſſet an teſtatoris ea voluntas fuiſ-
ſet, nécne, ſi quod à pupillo implendæ conditionis cauſa
capitur, ex teſtatoris iudicio & voluntate caperetur. Sed
cùm non ita ſit, immò verò ſint iſta prorſus non modò
diuerſa, ſed etiam contraria, Capi quid mortis cauſa, vel
quod idem eſt conditionis implendæ gratia, & capi ex
iudicio & voluntate teſtatoris, quia conditio nihil vn-
quam diſponit, *leg. ſi quis ſub conditione 8. ff. ſi quis omiſſ.
cauſ. teſtament. leg. qui pretio 8. leg. inter mortis 38. ff de
mort. cauſ. donat.* omnino conſequens eſt, vt de voluntate
teſtatoris quærere non tantùm ſuperuacuum ſit, ſed etiam
ineptum, quoties de illo duntaxat quæritur. Au conditio
quæ meri facti eſt, mero facto ſit impleta. † Nam etſi te- 17
ſtator qui ſeruo libertatem dedit ſub ea conditione, *ſi de-
cem pupillo daret*, ea mente fuiſſet, vt non quoquo modo
pupillo dando impleri conditio poſſet, ſed ita demùm ſi
in vtilitatem pupilli ea pecunia verſa eſſet, debuerat con-
ditionem ita concipere, non vt ſimpliciter dationem in
pupilli perſona faciendam exprimeret, ſed vt aliquid
etiam adderet de interponenda tutoris auctoritate, vel
de pecunia in pupilli vtilitatem conuertenda. Quo
non addito quid aliud obſecro facere poſſit is, qui pe-
cuniam pupillo dare claris præciſiſque verbis iuſſus eſt,
niſi vt conditionis verba naturaliter intuitus, iis quo-
que naturaliter & reuera ſatisfaciat? & ita pecuniam
ipſi pupillo ſoluat, ſi id malit, quam ſoluere tutori?
Nam & tritum eſt verba conditionum naturaliter non
ciuiliter accipienda eſſe. Alioquin ſi ad hoc eum obligare
volumus, vt non poſſit ſoluere pupillo, niſi ex auctorita-
te tutoris, aut niſi curet etiam verti pecuniam in rem pu-
pilli, vtique conditionis implendæ facultatem maximè
reſtringemus, quam tamen diximus ipſius quoque pu-
pillorum vtilitatis cauſa debuiſſe ampliari, ob idque à
Labone & Pegaſo ampliatam fuiſſe. † Igitur vt ape- 18
riam tandem & dicam liberè quod ſentio, vix puto
dubitandum

dubitandum, quin Marcelli ſententia quæ haud dubiè à iuris tam aperti ratione tantopere remota eſſe non potuit, à Triboniano corrupta ſit, eique vni adſcribenda omnia quæ ſcripta legimus *in d.l.ſeruus*, ab illis verbis, *& ſciendum eſt in omnibus iſtis caſibus*, ad finem vſque. Nam & familiares ſunt Triboniano eiuſmodi locutiones, vt videre eſt *in l.vlt.C.de natural. liber.* & aliis pleriſque Codicis conteſtationibus & parum elegantes, illa præſertim quæ habet, *tutori quidem vel curatori vtiliter dependi.* Vix enim alio Pandectarum loco *dependi* reperias pro *ſolui.* Item illa, *ne datio ex eorum imbecillitate pereat.* Vbi valde impropriè *datio*, ſcriptum eſt pro *pecunia data.* Ipſa enim datio cùm ſit facti, vt tam ſæpe diximus, non magis perire poteſt quàm factum haberi pro infecto: Nihilque vetat ſalua veràque manente datione, pecuniam tamen ipſam quæ data fuerit perire pupillo vel furioſo, qui fortè poſtmodum eam bene ſolutam malè conſumpſerit. Quæ res facere non poteſt, vt quod ritè ac ſecundùm leges ab initio actum eſt ex alio euentu reſuſcitatur, quemadmodum in pupillo quoque Iuſtinianus ſcribit *in l.ſancimus 25.Cod.de adminiſtr.tutor.*

CAPVT XVI.

Emendatur lex ſi alterius 10. ff. de hered. inſtitut.

SVMMARIA.

1 *Heredes duos alterius atque alterius fundi ex inæqualibus partibus inſtitutos, quaſi non facta fundorum mentione heredes ſcriptos cenſeri.*
2 *Hos heredes, quaſi nullis adſcriptis partibus ſingulos pro ſemiſſe inſtitutos videri.*
3 *Diſputationem à Paulo* in d.l.10. *inſtitutam fuiſſe de inſtitutione quæ facta ſit pro diuerſis partibus alterius atque alterius fundi.*
4 *In ſpecie* §. ſi duo l.9. eod.tit. *nihil intereſſe an duorum fundorum, an verò vnius mentio facta fuerit, & ex æquis portionibus res hereditarias inter heredes diuidi debere.*
5 *In ſpecie à Paulo tractata alteri heredi totum fundum Sempronianum, alteri totum Cornelianum à iudice familiæ erciſcundæ adiudicandum videri.*
6 *Aliud Pauli iudicium fuiſſe.*
7 *An in ſpecie* dict.§.ſi duo, *dici poſſit Titio totum fundum Cornelianum, Mæuio totum Sempronianum ex præſumpta teſtatoris voluntate adiudicandum eſſe?*
8 *Cur fundorum & partium diſtractione facta, ex æquis partibus cum tota reliqua hereditate fundi diuidantur?*
9 *Duobus heredibus altero ex fundo Corneliano altero ex Semproniano inſtitutis, detracta fundorum mentione integras præceptiones ab arbitro familiæ erciſcundæ conſeruari.*
10 *Ratio diuerſitatis inter hanc & duas ſpecies ſuperiùs enarratas.*
11 *Cur ex duobus vel pluribus heredibus ex vno vel pluribus fundis per partes inſtitutis, fundi & partium mentio detrahatur & planè à lege extinguatur?*
12 *Eaſdem tamen partes in hereditate conſtitui quæ in fundis adſcriptæ erant, ſi eam fuiſſe teſtatoris voluntatem appareat.*
13 *Hanc exceptionem ad ſpeciem à Paulo* in l.10. *tractatam non pertinere.*
14 *Senſus horum verborum Pauli* in d.l.10. nec enim facilè, ſed diuerſitate partium portiones inueniuntur.
15 *Variæ horum verborum emendationes remouentur, & noua ab auctore affertur.*
16 *Ad verba illa* d.l.10 ſub diuerſitate partium.
17 Non facilè in d.l.10. *pro* nullomodo *accipi.*
18 *Varia è ſuperiori diſputatione conſectaria eliciuntur.*

SI alterius atque alterius fundi pro partibus quis here- 1
des inſtituerit, perinde habebitur, inquit Paulus,
quaſi non adiectis partibus heredes ſcripti eſſent. Exem-
plum eſſe poteſt, ſi quis teſtamento ita ſcripſerit. *Titius
ex beſſe fundi Corneliani itemque Semproniani heres eſto,
Mæuius ex tertia eorundem fundorum heres eſto* Hîc pri-
mùm detrahenda fundorum mentio eſt, non ſecus ac fie-
ri ſolet, cùm aliquis ſolus ex fundo fuit inſtitutus. Valet
namque inſtitutio detracta fundi mentione *leg.1. § ſi ex
fundo. Digeſt. hoc titul. de hered. inſtitut.* Scilicet quia
non poteſt fundus heredem facere, ſed ſola heredi-
tas, nec ſi teſtator velit, quia neque in teſtatoris poteſta-
te eſt vt heredem faciat niſi quatenus eam faciendi here-
dis poteſtatem habet à lege, quæ porrò ſicut in eam rem
induxit nomen & fictionem hereditatis, ita non niſi per
hereditatem fieri heredem ſinit vt diſputauimus & ex-
plicauimus iam pleriſque Coniecturarum noſtrarum lo-
cis. † Sed in propoſita ſpecie ſi fundorum mentio 2
duntaxat detraheretur, nec adiectæ partes pro non
adiectis prætereà haberentur, eueniret vt Titium ex he-
reditatis beſſe, Mæuium ex triente inſtitutum intelligi
oporteret. Eſſent enim partes illæ quas teſtator adſcrip-
ſiſſet. Neque tamen ita eſt. Sunt enim iſti heredes ex ſe-
miſſibus non aliter quàm ſi ſolius fundi Corneliani facta
mentione, Titius ex eius fundi beſſe, Mæuius verò ex
eiuſdem fundi tertia parte inſtitutus proponeretur, vt in
ea ſpecie quam Vlpian. ex Celſo & Sabino tractat *in leg.
quoties 6.§.duo eod.tit.* Ergo non tantùm perinde haben-
dum eſt acſi teſtator fundos non nominaſſet, ſed etiam
perinde acſi nec partes vllas adiecisſet. Quo vtique caſu
Titius & Mæuius ſine fundo & ſine partibus heredes
ſcripti ſuccederent ſimul in ſemiſſes, & pro æquis por-
tionibus hereditate potirentur, *d.§ ſi duo.* † Verùm enim- 3
verò quamquam hoc rectè ac ex vera iuris ratione di-
ci non dubito, vereor tamen ne non ſatis accommodata
ſit hæc ſpecies ad Pauli mentem & diſputationem. Quid
enim refert, an vnius duntaxat fundi mentionem teſta-
tor fecerit an duorum, ſi ponamus eandem formam in-
ſtitutionis in vtroque fundo à teſtatore obſeruatam fuiſ-
ſe? An non hoc caſu duo fundi vnius vice funguntur?
Et tamen exiſtimandum eſt Paulum ſine cauſa quæſtio-
nem concipere de inſtitutione quæ facta ſit pro diuerſis
partibus alterius atque alterius fundi, hoc eſt, diuerſorum
fundorum. Ita.n.ſcribit, *ſi alterius atque alterius fundi
pro partibus quis heredes inſtituerit.* Cauſa verò ita con-
cipiendæ quæſtionis alia eſſe non potuit, quam quòd ea
ſpecies diuerſum ius ſi non admitteret, ſaltem admittere
debere videretur. Ac ſanè ita eſt. † Nam in priore ſpecie 4
quam tractauimus, ſiue ponas Titium ex beſſe vtriuſque
Corneliani & Semproniani fuiſſe inſtitutum, Mæuium
verò ex eorundem fundorum parte tertia, ſiue quod ef-
fectu idem eſſe diximus tantùm vnius fundi factam eſſe
mentionem, & ex eius beſſe Titium inſtitutum, Mæ-
uium autem ex tertia ipſius parte vt *in dict. §.ſi duo*, eue-
nit proculdubio vt detracta ſola partium mentione rema-
neant Titius & Mæuius inſtituti ex fundis Corneliano
& Semproniano ſimpliciter, ſi vtrumque teſtator in in-
ſtitutione expreſſit vel ex fundo Corneliano duntaxat, ſi
de Semproniano nihil dictum fuit. Quæ res nullam dubi-
tandi cauſam præbere poteſt, quin perinde diuidenda ſit
hereditas inter heredes, acſi nulla fundi mentio facta
eſſet, quoniam detracta partium mentione licèt fundi
fundorúmve mentio non detrahatur, nihil tamen aliud
quod fieri poſſit relinquitur, niſi vt tam fundorum om-
nium qui in hereditate ſunt, quàm totius hereditatis di-
uiſio

niſio inter heredes ex ſimilibus fiat. Quid enim ſupereſt
quod partium diuerſitatem inducere queat? Nihil proſ-
ſus. † At cùm teſtator non ſolùm duplicis fundi mentio-
nem habuit in inſtitutione, ſed ita etiam vt & diuerſas
partes heredum fecerit, & vtrumque fundum vnius vice
fungi nolle ſe apertè demonſtrauerit, puta ſic concepta
inſtitutione *Titius ex beſſe fundi Corneliani heres eſto,
Mæuius ex beſſe*, aut ſi velis nihil enim refert *ex tertia
parte Sempronians heres eſto* (quæ ſpecies illa eſt quàm à
Paulo tractatam puto) etiamſi partium mentionem de-
traxeris, adeóque Titium & Mæuium ad hereditatem
ex ſemiſſibus admiſeris tanquam ſine partibus inſtitutos,
illud tamen relinquetur vt in diuidendis rebus heredita-
riis, accepióque inter eos familiæ erciſcundæ iudicio,
Titius fundum Cornelianum totum habere debeat, Mæ-
uius verò totum Sempronianum, quia partium detractio
non facit, quin ſemper Titius in fundo Corneliano, Mæ-
uius in Semproniano inſtitutus reperiatur. Quod cùm
ſit detrahitur quidem fundorum mentio in diſtribuenda
hereditate in ſuas quotas, ſed non ſimiliter in diſtri-
buendis inter heredes rebus hereditariis, ſiquidem offi-
cio arbitri congruit, vt ſeruet voluntatem defuncti,
ſingulóſque fundos iis adiudicet quibus teſtator dedit, vt
præceptionum quodammodo iure retineatur, quemad-
modum eleganter tractat Vlp. *in l. ex facto 45 hoc eod. tit.*
6 † Et ita fortaſſe quis reſpondendum putaret ſi hoc Pau-
li reſponſum non haberemus. Sed aliud tamen Pauli iu-
dicium eſt. Nimirum ſic habendos heredes iſtos, acſi te-
ſtator neque partes neque fundos nominaſſet, vt proin-
de non minùs hi fundi Cornelianus, & Sempronianus
quàm reliqui omnes hereditarij ex æquis partibus inter
Titium & Mæuium diuidantur. Id n. expeditius eſſe ait
ex Sabini ſententia, quam & ſimiliter expeditiſſima
vocat Vlpian. poſt Celſum *in d. §. ſi duo*, Ne ſcilicet vo-
luntatis quæſtio relinquatur quomodo voluerit teſtator
diuidi non modò hereditatem, ſed etiam fundos illos
7 quorum in inſtitutione habuit mentionem. † Dices, An
non æquè expeditum eſſet dicere, habendos eſſe Titium
& Mæuium pro inſtitutis ex æquis quidem portionibus
hereditariis, ſed tamen Titium ex toto fundo Cornelia-
no, Mæuium verò ex titulo Semproniano? Minimè.
Quia cum Titius ex beſſe fundi Corneliani ſcriptus fuit,
hoc ipſo demonſtratum eſt à teſtatore non ea fuiſſe illum
voluntate vt totus fundus Cornelianus ad Titium per-
ueniret, Idémque dici è contrario poteſt de fundo Sem-
proniano in perſona Mæuij, quem ponimus inſtitutum
ſiue ex beſſe ſiue ex tertia parte fundi. Cur n. totum fun-
dum ei demus, quem teſtator non inſtituit niſi ex eius
8 fundi parte? † Cum ergo partium fundorúmque men-
tionem detrahi neceſſe ſit, quod ad cauſam inſtitutionis
& hereditatis attinet vt valeat inſtitutio & pro eo ha-
beatur acſi ſine partibus facta eſſet, & in hereditate non
in fundis. Conſequens eſt vt nec in diuidendis fundis
iſtis partium diuerſitas vlla induci poſſit, ſed ex æquis
partibus cum tota reliqua hereditate diuidi eos oporteat,
acſi nullis datis præceptionibus heredes ſimpliciter, &
ſine partibus fuiſſent inſtituti: Nam ſi quis vellet eas par-
tes quas teſtator in inſtitutione adſcripſit, haberi quidem
pro non adiectis quod ad cauſam hereditatis pertineret,
non etiam quod ad fundorum diuiſionem, vtique ſecum
9 ipſe pugnaret. † Nec enim quemadmodum inſtitutio
Titio ex toto fundo Corneliano, itémque Mæuio ex to-
to Semproniano, euenit vt fundorum mentio ex inſti-
ſtitutione detrahatur, ac nihilominus ab arbitro familiæ
erciſcundæ ad inducendas conſeruandáſque præceptio-
nes retineatur, ita ſimiliter fieri poteſt vt fundorum par-
tes adſcriptæ & reiiciantur & retineantur, quamuis re-
10 ſpectibus diuerſis. † Et ratio diuerſitatis eſt, quia fun-
dorum mentione detracta non eo minùs remanent in he-
reditate fundi Cornelianus & Sempronianus quorum
alter Titio adiudicari poſſit, alter Mæuio, ſinguli ſingu-
lis in ſolidum quamuis ſint diſparis æſtimationis, cùm

diuiſio hereditatis quæ per legem fit, nihil commune ha-
beat cum diuiſione bonorum per arbitrum facienda *d.
l. ex facto*. At è contrario detracta fundorum mentione,
quam omnimodo omníque caſu detrahi neceſſe eſt vt
ex inſtitutione fieri heredes poſſint, qui ſcripti fuerunt,
partium quoque mentionem detrahi conſequens ſit,
quæ nimirum non hereditatis ſed fundorum partes fue-
runt. Vt proinde facta per legem hereditatis diuiſione in
ſemiſſes, nihil ſuperſit quod arbiter in corporibus ipſis
hereditariis diuidendis ſequi poſſit aut aliud facere, niſi
quod ſequendum & faciendum haberet ſi teſtator neque
fundos neque partes nominaſſet. Quamuis n. remanen-
tibus in hereditate fundis, eorum quoque partes rema-
nere verum ſit non tamen & partes ſunt quarum ratio-
nem habere arbiter poſſit ſalua legis iuriſque auctoritate,
ſi eam fortè diuiſionem ſequi velit quam teſtator præ-
ſcripſit, quia non alias hereditatis partes facere lex ſolet
quàm quas teſtator ipſe fecerit, quoties ille aliquas fe-
cit. Et conſequenter factas à teſtatore partes omnino ne-
ceſſe eſt aut legis poteſtate confirmari, aut ſi per legem
reiiciantur, ab arbitrio quoque reiici, ne is alioqui legis
auctoritatem contemnere, ac lege ipſa prudentior, aut
potentior videri velit. Denique cùm lex detrahit ex in-
ſtitutione mentionem fundorum, non ideo detrahit vt
quicquam de voluntate detrahat teſtatoris, quinimò po-
tiùs vt eam conſeruet. Eam ſiquidem teſtatoris volun-
tatem fuiſſe videt vt haberet heredes quos porrò per
fundum fieri non poſſe conſtat, ſed per hereditatem ne-
ceſſario fieri oportere. Inde igitur fit vt detracta quo-
que fundorum mentione non eo minùs conſeruanda ſit
arbitrio voluntas teſtatoris, quod ad hoc vt fundus
Cornelianus Titio, Sempronianus Mæuio adiudicetur,
perinde acſi fundorum mentionem ex inſtitutione lex
non detraxiſſet. † Cùm verò partium quas teſtator ad- 11
ſcripſerat mentio detrahitur à lege, non aliam ob cau-
ſam id fit quàm vt lege liberum ſit alias planéque diuer-
ſas partes inducere, atque ita vt quod ad eam rem de-
ſtruatur voluntas teſtatoris, in cuius poteſtate quamuis
non fuerit vt ex fundis aut per fundos faceret heredes,
fuit tamen vt has vel illas partes iis adſcriberet, adeò vt
ea in re ipſis quoque legibus legem dare potuerit, datu-
rúſque fuerit ſi eas partes adſcripſiſſet, quas lex confir-
mare potuiſſet. Verùm quia non hereditatis, ſed fundo-
rum partes conſtituit, quas non magis admittere lex po-
teſt quam inſtitutionem ex fundis factam, euenire ne-
ceſſe eſt, vt partium mentio non tantùm detrahatur, ſed
etiam legis poteſtate omnino extinguatur, nec eum lex
implicet contradictionem, ſi patiatur partes eas remane-
re, quas teſtator adſcripſerit, cùm eas ipſas cogatur ſe-
qui, quas tamen ſequi non poteſt, ſi fundorum partes
fuerunt non hereditatis. Quaſi duriùs agendum ſit cum
teſtatore in eo quo iuri legem formámque præſcribere
potuit, cùm eam dare voluit quam non potuit, † niſi ma- 12
nifeſtiſſimè appareat eam fuiſſe teſtatoris voluntatem,
vt eædem partes quas in fundis adſcripſiſſet, in heredita-
te quoque conſtituerentur. Hæc n. exceptio ponitur *in d.
§. ſi duo* iis verbis, *ſi modo voluntas patrisfamilias mani-
feſtiſſimè non refragatur*. Quæ verba vulgò malè inter-
pretes noſtri ſic intelligunt, vt poſſit teſtator expreſſim
prohibere ius adcreſcendi inter heredes. Id enim euiden-
ter falſum eſt vt probauimus pluribus Decade 15. De
error. pragmatic. Error. 6. & 7. vbi etiam monuimus eſſe
hunc verſiculum nobis valde ſuſpectum, vt Triboniano
potiùs aut interpreti quàm Vlpiano tribuendus eſſe vi-
deatur. De quo nunc plura dicemus. † Addemus tan- 13
tùm quod nondum diximus, ſiue Vlpiani, ſiue Tribo-
niani, aut interpretis ea exceptio ſit, non tamen eandem
adhiberi poſſe ad caſum illum quem nunc ex Paulo tra-
ctamus, ſi alterius atque alterius fundi pro partibus quis
heredes inſtituerit, poſtremo illo quem diximus modo
*Titius ex beſſe fundi Corneliani heres eſto, Mæuius ex
beſſe*, aut ſi malis *ex triente fundi Semproniani heres eſto*,
quia

quia diuerſitas fundorum, quos vix ſit eiuſdem penitus & precisè eſſe æſtimationis, non patitur vt ex cóparatione partium in diuerſis fundis adſcriptarum, portiones hereditariæ conſtituantur, nec magis à teſtatore ipſo, vel ab
14 arbitrio, quàm à lege. † Iſque ſine dubio ſenſus eſt eius rationis quam Paulus exprimere voluit, ſed quæ perperam & mendosè ſic vulgò expreſſa legitur, *nec enim facilè, ſed diuerſitate pretium portiones inueniuntur.* Quis.n. poſſit vnquam bene interpretari verba illa *ſed diuerſitate pretium?* Indéque nimirum iam ferè omnes fatentur quod negare nemo poſſit corruptum eſſe locum & emendatione aliqua indigere. Sed quomodo emendandus ſit nemo
15 adhuc bene dixit. † Sunt qui poſt Haloandrum pro *pretium* putent legendum *prædiorum*, quæ tamen perinde nullius ſenſus lectio eſt. Alij *pretiorum*, alij multo improbabilius *pretium* retinent, ſed notata litera *u* accentu circumflexo, quaſi ſcripſerit Paulus *pretiûm* pro *pretiorum*, quod nec ferè vllus Poëta faceret. Nec eò magis tamen aſſequuntur, vt recta vlla Paulo ſententia conſtet. Ego non dubito quin pro illis verbis *ſed diuerſitate pretium*, legendum ſit *ſub diuerſitate partium*, hoc ſenſu vt portiones ſcilicet hereditariæ, de illis enim agimus, non facilè ſub diuerſitate partium alterius atque alterius fundi inueniantur. Nempe quia ſicut hereditas in re aliqua ſingulari conſiſtere non poteſt, ita neque pars vlla hereditatis *l. quamuis 14. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. §. ſi quis vna*
16 *Inſtit. de fideicomm. hered.* † Cur ergo *ſub diuerſitate partium?* Quoniam cùm partes fundorum æquales & viriles adſcriptæ ſunt, nihil facilius eſt quàm hereditarias portiones inuenire, ſiquidem etiamſi nullæ à teſtatore adſcriptæ eſſent, perinde tamen æquales & viriles, à lege conſtituerentur. Itaque non poteſt eo caſu difficile eſſe legi voluntatem ſubſequi teſtatoris qui eam diuiſionem fundorum fecit, quam lex per ſe factura erat totius hereditatis. Quod non ſimiliter dici poteſt inæquis partibus à teſtatore conſtitutis fundorum diuerſorum, & conſequenter diuerſam & inæqualem æſtimationem habentium. Tunc enim ſub ea & fundorum & partium diuerſitate partes hereditarias ſiue æquales ſiue inæquales inueniri
17 prorſus impoſſibile eſt, nedum difficile, † quamuis ita Paulus locutus ſit, *nec enim facile*, modo loquendi ſatis familiari Iureconſultorum modeſtiæ, quemadmodum à Papiniano ſcriptum legimus *in leg. 1. ff. de pign. difficilius creditori qui non ignorauit vtilis actio dabitur* Dixit enim *difficilius* pro *nullomodo*, vt è contrario quod ſubijcitur, *ſed facilior erit poſſidentis retentio* nullum dubitationi locum relinquit, quin creditori ea in ſpecie retentio pignoris omnimodo competat. Sic & paſſim cæteri Iureconſulti, ſi quid ſit quod negare velint vllo modo admittendum, contenti ſunt ita ſcribere, vix eſſe vt admitti debeat: quod & ante nos Franciſcus Duarenus aliique re-
18 centiores interpretes iampridem obſeruarunt. † Ex eo autem intelligimus veriſſimum eſſe quod docuimus d. Decad. 15. Err. 5. vitiosè nonnullos cod. in hac lege ſcriptum habere *pro æquis partibus*. Non.n. quæſtioni legis aliter locus eſſe poteſt quàm ſi pro inæqualibus partibus inſtitutio facta proponatur. Et verò paria ſunt nullas partes adſcriptas eſſe, & æquales adſcriptas eſſe, quia nec poſſit meliùs teſtator æquales conſtituere, quam ſi nullas conſtituat. E contrario igitur paria erunt illa *pro partibus, & inæquis partibus*, cùm pro partibus ſcripti heredes dicantur ad differentiam eorum qui ſine partibus fuerint inſtituti. Apparet etiam ex ſuperioribus vera eſſe quæ nos loco ſuprà dicto diſputauimus contra errorem pragmaticorum & interpretum noſtrorum, nec eſt quod de huius loci ſententia & emendatione amplius dubitare quiſquam poſſit, quam nos in hoc libro allaturos eſſe iam tum promiſeramus.

CAPVT XVII.

De ſententia & vera lectione l. pen. D. de collat. dot.

SVMMARIA.

1 *Impugnatur Bartoli & Sequacium ſententia exiſtimantium, verba conditionalia toties diſpoſitionem inducere, quoties ab eo qui vim diſponendi habuit prolata ſunt.*
2 *Species* d. l. pen. *qua Bartolus ad ſuam ſententiam abutitur.*
3 *Ex hac lege potius inferri, verba conditionalia diſpoſitionem non inducere.*
4 *In ſpecie illius legis filia electionem eſſe debere, vtrum portionem hereditariam percipere, vel dotem cæteraſque res à patre datas auferre malit.*
5 *Eam electionem filiæ ob id maximè competere, quod conferendi onus à patre adſcriptum in conditione duntaxat poſitum fuerit.*
6 *Bartolum mendoſa huius legis lectione deceptum ſententiam initio propoſitam ex ea probaſſe.*
7 *Fratribus in huius legis ſpecie rerum à patre in dotem nubenti filiæ datarum vindicationem non competere.*
8 *Dotem in* d. l. *marito, cæteras verò res præter dotem à patre filiæ traditas fuiſſe.*
9 *Etiamſi verba conditionalia diſpoſitionem inducerent, fieri tamen non poſſe vt res in dotem datas quas per filiam conferri pater voluit, fratres à ſorore vindicare poſſint.*
10 *Filiam, ne ſi quidem vellet, conſtante matrimonio dotem in mariti præiudicium conferre poſſe.*
11 *Quomodo circa mariti iniuriam dos à muliere conſtante matrimonio conferri poſſit.*
12 *Verba illa* d. l. pen. fratribus res in dotem datas, *cum negatione legenda eſſe.*
13 *Papinianum in illis verbis de rebus præter dotem datis agere.*
14 *Res præter dotẽ datas non magis quàm ipſam dotem filiam quæ paterna hereditate abſtinuit cõferre teneri.*
16 *Res tamen præter dotem datas à filia vindicare fratribus conceſſum eſſe.*
17 *Vindicationis huius excludendi gratia doli mali exceptionem filiæ accommodari.*
18 *Papiniani in* d. l. pen. *eam mentem non eſſe, vt ex verbis illis conditionalibus diſpoſitio inducatur.*
19 *Filiam in* d. l. pen. *ab hereditate abſtinentem tam res dotales quàm præterdotales ex patris voluntate, ſed tamen alio atque alio modo conſequi.*
20 *Diſputatur contra Papiniani ratiocinationem.*
21 *Tentatur ex* l. vlt. *eiuſdem tituli, filiam quæ paternis bonis ſe abſtinuit res præterdotales à patre datas neque per actionem, neque per doli exceptionem lucriſacere poſſe.*
22 *Clauſulam illam* d. l. pen. ſi dotem & cætera quæ nubenti ei pater tradiderat, contuliſſet, *non tam pro filia, quàm contra filiam adiectam videri.*
23 *Etiamſi nihil de collatione cautum fuiſſet, non eo magis hereditate paterna abſtinentem res ſibi extra dotem traditas retinere potuiſſe.*
24 *Filiam in ſpecie* d. l. pen. *nullum ius habituram fuiſſe retinendarum per doli exceptionem rerum præter dotalium, ſi pater in teſtamento nullam earum mentionem feciſſet.*
25 *Idem iuris admittendum videri, ſi pater ſuperiorem conditionem adiecerit.*
26 *Non tamen filiam quæ patris iudicium ſubſequi noluit dotem reſtituere teneri.*

27 *A dote ad cæteras res præter dotales rectam conſequentium non videri.*
28 *Pro Papiniani ratiocinatione & ſententia ad ſuperiores obiectiones reſpondetur.*
29 *Cur* in d.l.pen. *filia quæ patris hereditate abſtinuit non ſolùm dotem, ſed & cæteras res retineat?*
30 *Alia dubitatio* in d.l.pen.
31 *Ad aliud exemplum aptatur Papiniani ſententia.*
32 *Non ratione eadem Papiniani ſententia impugnatur.*

1 NOſtrorum † interpretum vulgare dictum eſt poſt Bart. ad *l. 2. §. vlt. D. ad S.C. Tertill.* Verba conditionalia toties diſpoſitionem inducere quoties ab eo prolata ſunt qui diſponendi habuit facultatem. Ex *l. fideicommiſſa 11. §. cum eſſet. de legat. 3. l. in ratione 10. §. tametſi. D. Ad l. falc. l. denique. 8. § interdum. D. de pecul. legat. l. pen. D. de collat. dot.* Ego nunquam dubitaui quin propoſitio falſa eſſet. Iuris enim certiſſimi eſt, neque vnquam apud prudentes ipſos controuerſi, verborum conditionalium nunquam eam vim eſſe vt diſponant, cùm ſint iſta prorſus repugnantia Conditionaliter loqui, & Diſpoſitiuè loqui. Quam in rem textus eſt vt vulgatiſſimus, ita elegantiſſimus *in l. ſi quis ſub conditione 8. D. ſi quis omiſ. cauſ. teſta. & in l. 1. §. item ſi ita. D. ad leg. falcid. l. 1. D. de pec. legat.* aliiſque ſimilibus ſexcentis. Sed de tota iſta quæſtione ſcribemus latiùs in ſecunda parte quam nunc in manibus habemus Chiliadis noſtræ De erroribus pragmaticorum, cùm celeberrimã illam, & in praxi frequentiſſimam diſputationem inſtituemus, An liberi poſiti in conditione, ſint in diſpoſitione. Nunc id agemus duntaxat, vt oſtendamus tam improbabilem Bartoli ſententiam non probari ex eo Papiniani reſponſo, quod extat *in leg. pen. De collat. dot.* cuius elegantia ſanè variáque lectio digna eſt, de qua ſeparatim fuſiúſque diſſeramus, de aliorum etiam locorum ſententia ſuo poſtea tempore dicturi.

2 † Scribit Papinianus *in d. l. pen.* Cùm pater nubenti filiæ quaſdam res præter dotem dediſſet eamque in familia retinuiſſet, ac fratribus ſub conditione, Si dotem & cætera quæ nubenti tradiderat conferret coheredem adſcripſiſſet, deinde filia ſe paternis bonis abſtinuiſſet, fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli obſtaturam, quoniam pater filiam alterutrum habere vo-
3 luiſſet. † Ex quibus verbis multò rectiùs meo iudicio inferre Bartolus debuit, verba conditionalia non inducere diſpoſitionem. Nam ſi diſponerent dicendum eſſet cogendam filiam vel inuitam vt ea ſaltem conferret fratribus, quæ extra cauſam dotis à patre habuiſſet. Neque enim dubitandum eſt, quin ſicuti bona illa in dominio patris perpetuò manſerunt, quia nec per traditionem à patre factam præſertim ſine titulo, filię acquiri potuerunt, id ſcilicet prohibente iure poteſtatis, *l. Pomponius Philadelphus 35. D. famil. erciſ.* Ita in patris morientis poteſtate fuerit de bonis illis tanquam ſuis pro arbitrio diſponere in præiudicium filiæ, tametſi futurum eſſet vt nollet illa ſe immiſcere bonis patris. Sed tamen negat Papin. cogendam eam conferre, ſi ſe abſtinuerit, quoniam
4 pater alterutrum ipſam habere voluit. † Quæ ratio non aliter recta & accommodata videri poteſt, quàm ſi ſic accipiatur, vt cùm pater filiam alterutrum habere voluerit, in ipſius prætereà poteſtate & arbitrio reliquerit vtrum habere mallet. Alioquin quid ſi fratres iidémque coheredes eligere velint, malintque commodũ collationis quàm hereditariæ portionis? Si nihil aliud inſpiceremus quam quod Papinianus ſic exprimit *quoniam pater filiam alterutrum habere voluit*, non facerent iniuriam ſorori fratres, qui alterutrum ei relinquerent, nec niſi electionem ſibi adrogarent. Et tamen faciunt iniuriam manifeſtam ſi eam cogere velint vt conferat, viciſſimque portionem hereditariam percipiat. An quòd id agant, vt ſe illa inuita bonis paternis immiſceat? Minime. Parum enim ipſorum referret ſi haberent electionem an vellet ipſa ſe immiſcere necne, cùm etſi abſtinere ſe mallet non eo minùs verè dici poſſet alterutrum illam habuiſſe hoc ipſo quòd in ipſius poteſtate fuiſſet alterutrum habere, nec niſi per eam ſtetiſſet. † Faciunt ergo ſorori fra- 5
tres iniuriam in eo quod illam adigere volunt ad collationem, eique adimere electionem, quam vel ob id maximè habere debet, quòd conferendi onus adſcriptum in conditione duntaxat poſitum fuit, non etiam in diſpoſitione. Nemo autẽ vnquam negauit, quin ſi cui relictum aliquid ſit ſub conditione dandi vel faciendi, in eius arbitrio eſſe debeat an conditionem implere velit, nec cogendus ſit dare quicquam, vel facere ſi à relicti commodo abſtinere malit. Nam ſi quod ſibi relictum eſt conſequi deſideret, cogitur vtique illo caſu dare vel facere id quod in conditione teſtator poſuit, at non iure obligationis per teſtatoris voluntatem conſtitutæ ex qua potuerit conueniri, ſed conditionis implendæ cauſa, quia ſcit aut ſcire debet, conditionem neceſſariò priùs implendam eſſe, quàm peti poſſit id, quod non niſi ſub ea conditione datum fuit. † Bartolum cæteróſque interpre- 6
tes fefellerunt fortaſſis verba illa Papiniani ſi vt in pleriſque codicibus ſine negatione ſic legantur, *fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli placuit obſtare.* Quo enim iure res in dotem datas vindicare fratres poſſent, ſi non haberent ius agendi & vindicandi quæſitum ex verbis illis conditionalibus inſtitutioni filiæ inſertis, *ſi dotem & cætera quæ nubenti pater dederat ipſa fratribus conferret?* Aut cur eſſet filiæ neceſſaria doli exceptio, ſi ex conditione illa nullo modo ad collationem eſſet obligata? Et ſanè noua interpretatione adeóque emẽdatione vel ſaltem melioris lectionis aſſertione locus ille indiget, ne quis poſthac aut erret hac in re cum Bartolo, aut tantũ viro quem corrupta lectio errare coegerit, ſeueriùs ſuccenſeat. † Nec enim vlla ratione defendi 7
poteſt, competere fratribus hoc caſu venditionem rerum in dotem datarum à patre nubenti filiæ, cùm ſit certiſſimum res in dotem filiæ datas, pleno dominij iure acquiri marito, quippe qui ſit dominus dotis *l. dote. 6. C. de rei vind. §. 1. Inſt. quib. alien. licet vel non.* Imo & ipſi filiæ. Eo ſenſu quo dicimus, dotem eſſe quidem in bonis mariti, ſed tamen eſſe mulieris *leg. quamuis 75. ff. de iur. dot. l. in rebus 30. C. eod.* Nimirum ſi vt fieri ſolet & debet traditio facta ſit marito non filiæ, ne tranſlatio dominij per ius patriæ poteſtatis impediatur *d. l. Pomponius,* iunctis iis quæ nos ad illum locum, & de ipſius ſententia iam ſcripſimus libro 7. cap. 12. † Quomodo & *in d.* 8
l. penult. de qua nunc agimus credendum eſt traditam fuiſſe dotem marito cui & danda fuit. Nam quod ponit Papinian. patrem filiæ res tradidiſſe non ad dotem pertinet, ſed ad res filiæ datas præter dotem. De quibus ſolis Papinianum ſentire & dubitare oſtendunt manifeſtè prima illa legis verba, *Pater nubenti filiæ quaſdam res præter dotem dedit.* † Neque verò etiamſi millies concederetur 9
induci diſpoſitionem ex verbis conditionalibus, vnquam tamen aſſequeris vt res in dotem datas quas per filiam conferri pater voluerit, à ſorore vendicare fratres poſſint. Quiſquis enim conferre tenetur, is non idcirco ſic obligatur vt actione aliqua ſiue ciuili ſiue prætoria eo nomine conueniri poſſit, ſed hactenus duntaxat vt ſi aliena bona velet appetere, conferat ſua: alioquin ſummoueatur exceptione ex edicto competente, & à bonorum poſſeſſionis beneficio arceatur, *leg. 1. ff hoc tit. l. 1. ff de coll. bon.* aut ſi bonorum poſſeſſio admiſſa eſt, iubeatur cauere vel ſatiſdatione vel pignoribus *d. l. 5. §. iubet autem eod.* tùm ex ea ſtipulatione conueniatur ſtatim atque interpellatus cum aliquo tamen temporis ſpatio quo conferre potuit non fecit, *leg. ſi quis filium 5. §. ſtipulatio eod.* Cæterùm ſiue ex edicto vrgeatur ad cauendum, ſiue ex interpoſita cautione ad conferendum perſonalis tantùm illa eſt actio, non vindicatio bonorum conf[illegible] rum Vindicatio enim non niſi domino competit [illegible] *l. in rem 23. eod. tit. ff de rei vind.* collationem verò nu[illegible] petit niſi is qui dominus non eſt ab eo qui dom[illegible]

Quid enim obſecro conferret, qui aliena conferret non
ſua? Igitur in propoſita ſpecie vindicatio rerum dota-
lium fratribus contra ſororem præſertim conſtante ma-
trimonio prætextu collationis competere nullo modo po-
10 teſt. † Sed etſi mulier, quod magis eſt, dotem conferre
fratribus vellet, eámque idcirco marito auferre matrimo-
nio conſtante, non eſſet audienda, quia nihil cauſæ eſt cur
marito dos auferenda ſit, vt Modeſtin. reſpondit *in l. Titia*
62. ff de iur. dot. licèt in ſpecie diſſimili, & ad cauſam re-
ſtitutionis in integrum pertinente, non ad cauſam colla-
tionis. Illud enim vtrique commune eſt, vt voluntas &
conſenſu mulieris lædere ius mariti nunquam poſſit, nec
ſi enim eius voluntate concurrat patria poteſtas, *l. filia 7.*
11 *C. ſolut matrim.* † Non quòd ad conferendam dotem ex-
pectanda ſit diſſolutio matrimonij *l. ſi filia 20. in princ. ff.*
famil. erciſcund. ſed vt intelligamus citra iniuriam mariti
ſic fieri collationem debere conſtante matrimonio, vt eo
minùs filia auferat in partem delatæ ſibi paternæ ſucceſ-
ſionis, non etiam vt dotis petitio ei competat aduerſus
maritum, matrimonio perſeuerante, *l. dotis 5. C. de collat.*
Tantum abeſt vt inuita filia quæ dotem habet, poſſint
fratres à marito dotem vindicare, *l. vlt.* in illis verbis, *Er-*
go non tantum data dos apud maritum remanebit. ff h. t. de
collat. dot. Ab ipſa verò ſorore, quomodo poſſent illi res
in dotem datas vindicare, quarum ipſa neque poſſeſſio-
nem habeat, non magis quàm dominium? Certi ſiquidem
iuris eſt, vindicationem ſicuti non niſi domino datur, ita
nec niſi aduerſus poſſeſſorem dari, *l. is qui deſtinauit 24.*
12 *l. qui petitorio 36 ff de rei vind* † Ergo defendi nullo mo-
do poteſt quod ex Pap. legimus in *d. l. penultim. fratribus*
res in dotem datas vindicantibus doli exceptionem obſtare,
cùm rerum in dotem datarum vindicationem nullo caſu
habere poſſint & conſequenter fatendum eſt corruptam
eſſe lectionem, quam attulimus ſine negatione, legen-
13 dúmque addita negatione *res non in dotem datas.* † Nam
de iis ipſis rebus Papinianus loquitur, quas priùs dixerat
filiæ præter dotem datas fuiſſe mutatis duntaxat iis ver-
bis, *præter dotem*, in iſta, *non in dotem*, more Papiniano
ſatis familiari, vt fuit ille elegantiſſimus & in reſponſis
ſuis mirè concinnandis ferè nimius obſeruator, ſi quis
tamen nimius in eo genere aut quid nimium eſſe poteſt.
Quomodo & in *l verbis D. ad leg Falcid.* dicit idem Pa-
pinian. *non neceſſarie* pro eo quod alius quilibet dixiſſet
15 *fruſtra.* † Atque ita legiſſe Accurſium, quemadmodum
plerique codices etiamnum habent, conſtat ex ipſius gloſ-
ſa quæ vult idem iuris eſſe in dote quod in cæteris rebus
non in dotem datis. Non malè ſi ſic intellexit vt non ma-
gis dotem quàm cæteras res præter dotem datas conferre
teneatur filia quæ abſtinet ab hereditate patris *d. l. vltim.*
16 *eod.* † Sed peſſimè tamen in eo quod diſtinctionem nul-
lam admittit quantum pertinet ad cauſam vindicationis.
Neque enim ſicuti res à patre præter dotem datas, ita
& dotales vindicare fratribus conceſſum eſt, propte-
reà quòd vt diximus dotalium dominium ad maritum
ſpectat: præterdotalium verò ad heredes patris, à cu-
ius bonis & dominio nunquam abſceſſerunt, obſtante
ſcilicet iure poteſtatis, & defectu tituli ſine quo trans-
ferri dominium nunquam poteſt, ne quidem per tradi-
tionem à domino factam in eum qui capax ſit dominij
acquirendi, *l. nunquam nuda 31. D. de acquirend. rer.*
17 *dom. iunct. dict. l. Pomponius.* † Vt proinde mirum non
ſit vindicationem fratribus dari, cuius excludendæ gra-
tia neceſſe ſit accommodari filiæ exceptionem doli pro-
pter voluntatem teſtatoris facientem pro filia, quàm pa-
ter alterutrum habere voluit, vel portionem heredi-
tariam conferendo dotem & cætera omnia ſi cohere-
des fieri mallet, vel dotem & cum dote res præter do-
tem datas ſi à bonis patris abſtinere mallet, quam col-
lationis munus ſubire, data etiam ipſi electione hoc ipſo
quòd coheredem eam fratribus adſcripſit ſub ea condi-
18 tione, ſi dotem & cætera contuliſſet. † Sed Bartolus ex
illis verbis conditionalibus vult induci diſpoſitionem,

ita vt rerum præterdotalium retinendarum ius habeat
filia, quæ alioqui vindicantibus fratribus eas reſtituere
deberet, non conuenit Papiniano, qui vtique non
exceptionem doli filiæ dediſſet, ſed vindicationem fra-
tribus denegaſſet, ſi ob adſcriptam conditionem col-
lationis rerum iſtarum, quas diximus præterdotales,
filiam pro legataria in iis habendam eſſe exiſtimaſſet.
Quis enim ex prudentibus vindicationem rerum lega-
tarum heredi vnquam dedit? Siquidem legatum ita
facit legatarij rem legatam, vt hereditas heredis res
ſingulas *leg legatum 80. De leg. 2.* tranſitque rei legatæ
dominium in legatarium recta via, nunquam factum
heredis *l. a Titio 64. ff de furt.* † Atqui Papinianus, in- 19
quies, nullam inter res dotales & præterdotales differ-
entiam videtur agnoſcere cum generaliter & indiſtin-
ctè ita ſcribit, *quoniam pater filiam alterutrum habere vo-*
luit. Fateor eam fuiſſe patris voluntatem, vt filia non mi-
nùs præterdotales res haberet, quam dotales, ſed tamen
non eodem modo. Voluit enim pater filiam habere por-
tionem hereditatis, ſi dotem cum rebus ſibi non in do-
tem datis conferre fratribus parata eſſet, idque ex vo-
luntate & diſpoſitione expreſſa. Filiam enim heredem in-
ſtituit in portione hereditaria, quamuis ſub conditione.
Si verò heres eſſe nollet, non ideircò quaſi ſub contraria
conditione legauit ei res alioquin conferendas, & ob
eam cauſam illas vindicare ſi velint fratres ſummo iure
poſſunt, ſed tamen præbuit non leue indicium ſuæ vo-
luntatis, non quòd filiam immunem eſſe vellet ab onere
conferendi, quia de collatione quæri non poteſt, niſi eo
caſu quo filia patri ex teſtamento ſuccedere cum fratri-
bus velit, ſed quod nollet fratribus vtrumque habere, &
portionem hereditariam ex qua filiam ſub collationis
conditione inſtituiſſet & res illas filiæ extra dotem datas,
quas ſi conditionis implendæ cauſa conferre filia vellet,
in eum quodammodo vicem ipſi portionem hereditatis
adſcripſiſſet, vt tantò minus fratres haberent. Fieri au-
tem non potuit vt pater noluerit fratres vtrumque habe-
re, quin ex contrario per conſequentiam alterutrum fi-
liam habere voluerit. † Quamquam ſi quis à Papiniano 20
diſſentire auderet, facilè reſpondere poſſet, nec malè,
meo iudicio, minùs bonam eſſe conſecutionem. Pater
enim fratres vtrumque habere eo demum caſu noluit,
quo ſoror conferre vellet. Sed ea collationem recu-
ſante, quid ipſe conſtitutum vellet, nihil dixit. Ita-
que remanſit caſus ille in diſpoſitione iuris commu-
nis, ſecundum quod dicendum eſſet non poſſe dene-
gari fratribus vtilem earum rerum vindicationem, quæ
à patris bonis nunquam abſceſſerunt, præſertim cùm
nihil fratribus imputari poſſit, ſed ſoli filiæ quæ patris
voluntatem aſpernata eſt. † Longéque tutius & verius 21
videri deberet reſponſum illud Tryphonini quod ſequi-
tur *in l. vlt. eod.* vbi poſtquàm retulit fuiſſe quæſtionis, an
ſi ſua heres filia patri cum fratribus, contenta dote
abſtineat ſe bonis patris, compellatur dotem confer-
re, reſcriptumque fuiſſe a Diuo Marco non eſſe com-
pellendam, ſubiungit, *Ergo non tantùm dos apud mari-*
tum remanebit ſed & promiſſa exigetur etiam a fratribus,
& eſt aris alieni loco, huiuſque illationis rationem eam
ſtatim reddit *abſceſſit enim à bonis patris.* Quibus verbis
ſignificat non obſcurè, ſi quid aliud tale eſſet quod à
patris bonis nunquam abſceſſiſſet, aliud dicendum
fore, nec filiæ permittendum vt id lucrifaceret ob hoc ſo-
lum quòd collationem quam ex parentis voto facere de-
buerat, recuſaſſet. Cur enim melioris conditionis eſſe de-
beat, ex eo tantùm, quòd collationis faciendæ conditio-
nem pater facto teſtamento adſcripſerit, quæ perinde
mortuo patre inteſtato à lege ſubintelligeretur? An
non debet potiùs eſſe deterioris, quæ patris iudicium
neglexit? Atqui res non in dotem datæ ſemper in do-
minio patris manſerunt. Conſequens igitur eſt Trypho-
nini ſententiæ, vt earum nomine filia quæ paternis bonis
ſe abſtinuit, neque actionem habere debeat, neque doli

22 exceptionem. † Et certè ferendum eſt clauſulam illam
conditionis adſcriptæ inſtitutioni filiæ, *ſi dotem & cætera
quæ nubenti ei pater tradiderat, contuliſſet*, non tam pro
filia, quàm contra filiam fuiſſe adiectam, ne haberet illa
vtrumque quomodo alioquin erat habitura, cùm iure
vetere nullus facto teſtamento locus petendæ collationi
relinqueretur, *l. Theopompus 14 ff. de dot. præleg. l. 1. C. de
collat.* Proinde fieri nequit vt ex his verbis ſumatur con-
iectura voluntatis pro filia quaſi in caſum contrarium
volentis pater eam non ſolùm dotem, ſed etiam cætera ex-
tra dotem data retinere *arg. d. l. in ratione 30. §. tametſi, ff.*
23 *ad l. falcid.* † Maximè verò cùm etiamſi nihil a patre de
collatione cautum fuiſſet, non eo magis tamen filia res
ſibi extra dotem traditas retinere potuiſſet. Nam quod
proximè diximus, eam fuiſſe iuris rationem, vt nihil ex
teſtamento conferri oporteret, niſi de quo conferendo ex-
preſſim teſtator caviſſet, ad ea pertinet quæ fuiſſent filiæ
acquiſita, vt putà ex cauſa dotis, cuius quidem capax eſt
filia conſtante matrimonio *d. l. Pomponius 35 ff. famil. er-
ciſc.* Vel ex cauſa donationis ſi filia emancipata propo-
neretur *d. l. 1. C. de collat. l. 2. C. de inoff. donat.* Cui etiam
illa comparatur, ſi poſtmodum ſui iuris effecta ſit, eique
tunc res ſibi à patre donatas tenenti pater non ademerit,
leg. ſine emancipatis 17. C. de donat. Sed non illa ſimiliter,
quæ non niſi patris morte exiit de poteſtate qualis illa
fuit de qua Papinianus reſpondit, vt ea verba probant,
eamque in familia retinuit. In iis ergo rebus quæ nun-
quam filiæ viuo patre fuerunt acquiſitæ, non magis po-
terat de collatione quæri facto teſtamento, quàm ſi fa-
ctum nullum fuiſſet, quandoquidem, vt iam diximus,
non aliena conferre debet is, qui confert, ſed ea, quæ ſint
ſua, ne alioqui ſtulta nulliúſque vtilitatis collatio ſit iis,
quibus hic qui confert, facit iniuriam ſuccedendo: néve
ſimiliter & è contrario fiat iniuria ei, qui ſua conferre
24 paratus eſt, ſi cogatur etiam conferre aliena. † Conſe-
quenter dubitari non oportet, quin illa in ſpecie quam
Papinianus tractat, nullum ius habitura fuerit filia reti-
nendarum per exceptionem doli rerum præterdotalium,
quarum teſtamento nullam pater feciſſet mentionem,
quia ſcilicet repertæ fuiſſent in hereditate patris, in eo
diſſimiles doti, quæ ſicut à bonis patris abſceſſerat, ita &
ceſſante patris voluntate ab omni collationis munere
25 proculdubio eſſe deberet. † Cur verò admittamus inſti-
tuta ex parte filia ſub ea conditione *ſi dotem, & cætera, quæ
à patre acceperat, contuliſſet*, plus iuris habere filiam, quæ
patris iudicium repudiauit, quàm ſi nihil pater dixiſſet?
Nam ſi quis à contrario ſenſu arguere velit pro Papinia-
no, eo quòd filia fratribus coheres data eſt ſub hac con-
ditione, *ſi dotem & cætera conferret*. Nihil aliud inferre
poſſit, niſi quod fatebor libentiſſime. Filiam igitur nolen-
tem conferre, quaſi defectam conditione, ad patris he-
reditatem admitti non debere. At vt ea quæ debuit con-
ferre, ſi ſuccedere voluiſſet, ſibi retineat ob id ſolùm
quod nolit ſuccedere, nulla meo iudicio facit ratio iuris
26 aut voluntatis. † Ergone, inquies, dotem quoque reſti-
tuere debebit, filia quæ patris votum & iudicium ſubſe-
qui noluerit? Minimè verò. Sublata enim & extincta
diſpoſitione patris teſtamentaria propter defectum con-
ditionis ſupereſt ius commune, quod filiam immunem
facit ab onere conferendi, non quia ſit factum teſtamen-
tum, cum teſtamento ipſo irrogata ſit per figuram con-
ditionis neceſſitas collationis faciendæ, ſed quod abſti-
nuerit ab hereditate patris, ſi quidem non alij conferunt,
27 quam qui ſuccedunt: † Cúmque idem illud ius commu-
ne quod filiæ fauet, ne poſt abſtentionem cogatur con-
ferre dotem quam habet ſuo iure, fratribus quoque det
vindicationem rerum præterdotalium, quod nec Papinia-
nus ipſe negat, apparet non poſſe rectam eſſe conſecutio-
nem à dote ad res cæteras. Neque quòd eas pater in con-
cipienda conditione cum dote coniunxit, facere debet, vt
eandem omnium rationem conſtituiſſe videatur, niſi in
caſum expreſſæ cōditionis & quòd ad collationem facien-
dam pertineret, ſi filia cum fratribus ſuccedere ex teſta-
mento vellet. Atque ita ſi à Papiniano diſſentire fas eſſet,
non improbabiliter fortaſſis contra Papinianum diſputa-
re quis poſſet. † Niſi fortè pro Papiniano reſpondeamus, 28
patrem qui in collationis conditione poſuit non tantum
dotem: ſed etiam res cæteras extra dotem datas hoc ipſo
voluntatem ſuam ſatis declaraſſe, quæ faceret, vt ius om-
ne quod ſe mortuo in iis rebus alioquin habituri erant
filij, ad filiam perueniret. † Non propter vim condi- 29
tionis, vt vult Bartolus, nec, vt alij, propter coniunctas
cum dote res cæteras in eadem conditione, ſed ex pote-
ſtate & ſignificatione verbi *conferret*, ac quaſi in neceſ-
ſarium antecedens, quandoquidem vt ſæpiùs repetij, non
alia conferre poſſit filia, quàm quæ ſint ſua. Nam quem-
admodum ſi viuus pater hanc filiam emancipaſſet, nec ei
res illas præterdotales ademiſſet, hoc ipſo donationem,
& quidem vtilem in eam contuliſſe viſus eſſet, *dict. l. ſine
emancipatis 17. C. de donat.* Ita & in propoſita ſpecie in-
iuncto filiæ familias onere non tantum dotem, ſed has
quoque res conferendi ſi fratribus coheres eſſe vellet, di-
latáque collatione in id tempus quo filia per patris mor-
tem ſui iuris effecta iam fuiſſet, videri poteſt pater voluiſ-
ſe vt eas res haberet filia, non tantum in caſum ſucceſ-
ſionis & impletæ conditionis, ſed etiamſi conditio defice-
ret, quoniam ad implendam conditionem, ac proinde
priuſquàm impleta ea eſſet, oporteret ius filiæ quæſitum
fuiſſe in iis rebus vt poſtmodum ex voluntate patris eas
fratribus conferre poſſet. Ac planè vel ratio nulla Papi-
niani reſponſo conſtat, vel hæc vna eſt, qua potiſſimùm id
tueri debeamus. † Quanquam illa ſemper dubitatio ſu- 30
pereſt, quod non negat Papinianus huiuſmodi rerum præ-
terdotalium vindicationem fratribus competere, quæ ta-
men haud dubiè competere nullo modo poſſet, ſi earum
dominium in neceſſarium antecedens futuræ collationis,
in filiam tranſlatum intelligeretur. Quomodo dicimus in
ſpecie *l. denique 8. §. interdum, ff de pecul. leg.* id eſt, data
alicui libertate ſub ea conditione, *ſi centum heredi ex pe-
culio intulerit*, peculium quod reuera legatum non eſt, ſic
tamen accipi quaſi legatum, quia fieri nequeat, vt cen-
tum ex peculio ſoluat ſeruus qui peculium non habet. Vt
& in eleganti illa ſpecie, de qua *in l. Titia Seio 87. § Seia
libertis de leg. 2.* Nam nec dubitandum eſt, quin eo caſu
peculij vindicatio heredi ſupereſſe nulla poſſit, non ma-
gis quàm ſi diſertis verbis peculium legatum eſſet, cùm
pro legato habeatur. Habetur autem pro legato non vi
& poteſtate conditionis adſcriptæ, *ſi centum intulerit*,
ſed propter adiecta illa verba *ex peculio*, quæ tametſi
non ſint diſpoſitiua, quatenus in conditione tantùm po-
ſita ſunt, tamen per ſe diſpoſitionem aliquam habent, &
pro diſpoſitiuis neceſſariò habenda ſunt, vt poſſint effe-
ctum illum habere, quem teſtator voluit, quia neque
vllus quæſtioni locus eſt de peculio an legatum videri
debeat, nécne, niſi eo caſu quo impleta conditio ſit ſer-
uo libertatem conſecuto, cùm nec alioqui legatum ha-
bere poſſit ſine libertate. † Quo ſenſu & exemplo, ſi 31
quis diceret apud Papinianum filiam ex voluntate patris
debere non tantùm dotem, ſed etiam res præterdotales ſi-
bi habere, vt eas fratribus conferre poſſit ad implendam
ex patris voluntate conditionem paternæque heredita-
tis portionem conſequendam, non valdè repugnarem.
Maximè quòd nihil fratrum intereſſet, qui facta collatio-
ne tantundem conſequerentur, quantùm ſi neque dos ne-
que res illæ præterdotales à bonis patris abſceſſiſſent. † 32
At vt eo prætextu faciendæ collationis, quam tamen fa-
cere filia ſi nolit, debeat illa cōſequi ſiue actionis ſiue re-
tentionis iure iſtas res præterdotales, tanquam ex volun-
tate patris, ob id ſolùm quod pater conferendi adſcripſe-
rit conditionem in eum caſum, qui non euenit, quo filia
coheres eſſe vellet. Id verò pace Papiniani dixerim, du-
rius mihi videtur, quàm vt probare & admittere vnquā
poſſim. Adeò diſtat vt probandum putem, quod ait Bar-
tolus ex illo Papiniani reſponſo, itémque ex *d. §. interdum*
collígi

colligi poſſe, Verba conditionalia diſponere quoties prolata ſunt ab eo, qui diſponendi habuit poteſtatem. Inde namque inferendum eſſet, cogendam potius mulierem conferre ſaltem res præterdotales (quippe de cuius rebus tanquam de ſuis pro arbitrio diſponere pater potuerit) ſi fratres mallent ſororem conferre ſuccedendo, quam non ſuccedere non conferendo, quod ipſum tamen Papinianus negat, qui non fratribus, ſed filiæ dat electionem, vt docuimus.

Capvt XVIII.

Ad l. generaliter 6. in prin. C. de inſt. & ſubſt.

SVMMARIA.

1 *Fideicommiſſo à filio herede ſic relicto, ſi filius meus inteſtatus, vel ſi ſine liberis morietur, aut ita, ſi ſine teſtamento aut ſine nuptiis, an altera conditione impleta altera defecta, fideicommiſſum debeatur.*

2 *Ex veterum I torum ſententia fideicommiſſarium etiam in præiudicium liberorum heredis grauati admiſſum iri.*

3 *Nec obſtare quòd in iure coniuncta pro diſiunctis, & viciſſim diſiuncta pro coniunctis interdũ accipiantur.*

4 *Quando illa regula locum habeat?*

5 *Eam locum non habere quum in verbis ambiguitas nulla eſt.*

6 *Nullam in ea ſpecie in verbis teſtatoris ambiguitatem eſſe.*

7 *Hoc ipſum tanquam odioſum & liberis graue à Iuſtiniano hac lege correctum fuiſſe.*

8 *Ex vltimis verbis rationis a Iuſtiniano reddita probatur, liberos in conditione fideicommiſſi poſitos ex fideicommiſſo vocatos non cenſeri.*

9 *Refutatur reſponſio quam contrariæ opinionis aſſertores ad illa verba afferunt.*

10 *Nepotibus in* d.l. *hereditatem auitam relictam non cenſeri contemplatione patris eorum qui fuit heres inſtitutus.*

11 *Eam legem ad eum caſum non eſſe reſtringendam, quo nepotes in conditione poſiti, nunquam auo cogniti fuerint.*

12 *Alia eorundem reſponſio ad verba ſuperius notata.*

13 *Eius reſponſionis refutatio.*

14 *An in* d.l. *fructus paternus dici poſſit, quamuis ab auo fuerit relictus?*

15 *Alia eorundem Interpretum illatio refellitur.*

16 *Quæſtionem, an liberi in conditione fideicommiſſi poſiti cẽſeantur ſubſtituti, in* d.l. generaliter *ſatis deciſam fuiſſe.*

17 *Qua ratione vtantur qui liberos illos vocatos cenſeri dicunt?*

18 *Iuſtiniani hanc fuiſſe ſententiam ob id tantum quod liberi in conditione poſiti ſint, non videri eos debere tacitè ſubſtitutos.*

19 *Quid ad hanc Iuſtiniani ſententiam & conſtitutionem reſpondeant qui pro liberis pugnant.*

20 *Eorum reſponſio & confeſſio ad refutandum aliorum Interpretum ſententiam adhibetur.*

21 *Errare eos, dum exiſtimant permiſſionem alienandi datam in caſum deficientium liberorum nihil commune habere cum eo caſu quo liberi ſupereſſent.*

22 *Nullam voluntatis coniecturam facere pro liberis in conditione poſitis, eo caſu quo impunita eſt in fraudem expreſſi ſubſtituti bonorum fideicommiſſo ſubiectorum alienatio.*

23 *Non bene à quibuſdam hanc legem ad eum caſum coãguſtari, quo ex pluribus conditionibus alternatiuè ſcriptis vna illa ſit, ſi heres ſine teſtamento deceſſerit*

24 *In hac lege parum referre an teſtator fideicommiſſo has conditiones adſcripſerit*, ſi filius meus ſine liberis aut ſine teſtamento deceſſerit, *an illas* ſi ſine liberis deceſſerit, *aut* ſi nauis ex Aſia venerit.

25 *Vtroque caſu ſubſtitutum excludi particula diſiunctiua in coniunctiuam transfuſa.*

26 *Rationem æquitatis qua Iuſtinianus in* d.l. *mouetur, non minus locum habere ſi illa conditio adſcripta ſit* ſi nauis ex Aſia non venerit, *quam ſi hæc* ſi ſine teſtamento deceſſerit.

27 *Cur in illa ſpecie Iuſtinianus non putet liberos in conditione poſitos vocatos non cenſeri?*

28 *Quænam Iuſtinianæ conſtitutionis ratio adferri poſſit eo caſu quo eiuſmodi conditio adſcripta fuit* ſi ſine teſtamento deceſſerit.

29 *Eam Iuſtiniani in* d.l. *mentem fuiſſe vt liberis grauati heredis proſpiceret in omnem caſum, quo poſtquam in conditione poſiti eſſent alia conditio alternatiuè ſubiecta proponeretur.*

30 *Conditionem illam* ſi ſine nuptiis deceſſerit, *licet poſt illam* ſi ſine liberis deceſſerit, *poni non poſſit, tamen ante vel poſt illam,* ſi ſine teſtamento deceſſerit, *diſiunctiue poni poſſe.*

31 *An eo caſu, ſi filius nuptias contraxerit liberis tamen non ſuſceptis, poſtea vero ſine teſtamento deceſſerit, ſubſtitutus extraneus ad fideicommiſſum in præiudicium legitimi ſucceſſoris admittatur?*

32 *Deciſionem* d.l. *generaliter ad eam quoque ſpeciem pertinere.*

33 *Conditionem fideicommiſſi ſuperiore caſu defeciſſe videri, ſi heres fideicommiſſo grauatus aut nuptias contraxerit, aut teſtamentum fecerit.*

34 *Illam Iuſtiniani conſtitutionem eo ſenſu donatam, quo donandam volunt Interpretes, patribus gratam eſſe non poſſe.*

35 *Herede de reſtituenda extraneo hereditate ſub his alternatiuis conditionibus rogato,* ſi ſine liberis, aut ſine nuptiis, aut ſine teſtamento deceſſerit, *nonniſi omnibus conditionibus impletis fideicommiſſo locum eſſe.*

36 *Bona iſta, alterutra harum conditionum deficiente ad liberos in conditione poſitos ex patris iudicio, non ex primi teſtatoris voluntate pertinere.*

37 *Superiores illas conditiones non negatiuas ſed affirmatiuas eſſe.*

38 *Plures conditiones negatiuæ quomodo concipiendæ ſint?*

39 *Vltimum verſiculum* §. fin. l. 13. ff. de reb. dub. *Triboniani eſſe.*

40 *Refellitur quod Tribonianus in* l. pen. C. de verb. ſignif. tradit, *Prætorem interdicto quod vi aut clam,* aut pro & *dixiſſe.*

41 *Aliquando euenire vt partim vi partim clam eodem tempore quid fiat.*

SCripſerat † teſtator in hæc verba, *Si filius meus inteſtatus morietur, vel ſine liberis, reſtituat hereditatem Sempronio*, aut ita etiam concepta conditione, *ſi deceſſerit ſine teſtamento, vel ſine nup*[…] Mortuo herede ſine liberis, ſed facto teſtamento, aut contra ſuperſtitibus quidem liberis, ſed nullo facto teſtamento, denique vt vno verbo caſus omnes comprehendam altera conditione implata, altera defecta, quærebatur apud Iuſtinianum an fideicommiſſi conditio extitiſſet, vt proinde Sempronio hereditatem reſtitui oporteret, acſi ex omni parte impleta conditio fuiſſet. † Inſinuat verò non obſcure Iuſtinianus, ita olim ius fuiſſe vt fideicommiſſarius admitteretur etiã in præiudicium liberorum, quos heres grauatus ſuperſtites reliquiſſet, ſi modò deceſſiſſet ille inteſtatus. Nec ſanè fieri poterat, vt aliter Iureconſulti reſponderint. Quoties enim fideicõmiſſum ſub duplici conditione alternatiua relictũ eſt, iuris ratio facit, vt alterutrã eueniſſe ſufficiat ad hoc vt fideicõmiſſo locus fiat, quaſi exiſtente 1 2

impletáque conditione : nec aliter vtramque impleri neceſſe ſit quam ſi coniunctim vtraq; conditio adſcripta ſit hoc modo, *ſi ſine liberis, & ſine teſtamento deceſſerit*. Alioqui nihil protius intereſſet inter côditiones disiunctas & coniunctas: quod tamen ſi quis diceret, ſicuti rectam Latini ſermonis rationem, propriámque verborum ſignificationem corrumperet, ita & teſtatoris euerteret voluntatem, *l. ſi heredi plures 5. D. de condit. inſtit. l. cùm pupillus*
3 *78. §. 1. de cond. & demonſt. § pen. Inſtit. de her. inſtit.* † Nã quod dici ſolet, ſæpe ita eſſe comparatum, vt coniuncta pro diſiunctis, & viciſſim diſiuncta pro coniunctis accipiantur, interdum etiã ſoluta pro ſeparatis, *l. ſæpe 5. iunct. l. coniunctionem 13 ff de V. S.* non adeò generaliter & abſolute accipiendum eſt vt ob eam cauſam in cuiuſque arbitrio & poteſtate eſſe debeat coniuncta pro diſiunctis accipere, vel diſiuncta pro coniunctis. Alioqui confundentur omnia, quoties accidet vt contrahentes vel teſtatores vſi ſint oratione aliqua coniunctiua, vel diſiuncta. Fateor orationem quæ nec coniunctionem nec diſiunctionem habeat ex mente pronuntiantis vel coniunctam, vel diſiunctam accipi oportere, vt Paulus ſcri-
4 bit *in l. alienationis 28. in fin. eod.* † Nec nego interdum accidere, vt coniuncta pro diſiunctis, & è contrario diſiuncta pro coniunctis accipi oporteat, ſi vel iuris ratio vel voluntas teſtatoris aut contrahentium aliam interpretationem æquè commodam admittere non poſſit, vt in exemplis illis de quibus *in d. l. coniunctionem & d.*
5 *l. ſæpe, l. ſi quis ita 30. de aur. & argen. leg.* † Sed hoc contendo, quoties coniunctio vel diſiunctio à teſtatore, aut à contrahentibus facta eſt, nec quicquam prohibet quominùs coniunctio pro coniunctione, diſiunctio pro diſiunctione accipiatur, nihil cauſæ eſſe cur liceat aut oporteat recedere à proprietate verborum, *l. non aliter 69. de leg. 3.* neque cum in verbis ambiguitas nulla eſt, admittendam eſſe quæſtionem voluntatis, *l. ille aut ille 25. in princip. & §. 1. eo.* Quorſum enim verba, niſi vt demonſtrent voluntatem dicentis ? Aut cur credatur quiſquam id dixiſſe quod non priùs animo, mentéque agitauerit ? Inquit Celſus eleganter ex Tuberone *in l. Labeo 7. §. vlt. de ſupellect. legat.* Proinde diligenter animaduertendum eſt quibus verbis concepta ſit formula de cuius interpretatione diſputatur, vt ſciri poſſit quid ſit id de quo quæritur, vt Iul. ſcribit *in l. ſi is qui ducenta 13. §. vtrum verſ. animaduertendum. D. de reb. dub.* Neque verò facilè reperias apud Iureconſultos, ſiue de contractuum, ſiue de teſtamentorum interpretatione diſputent, tantùm ſibi eos arrogare, vt extra eum caſum quem nos admiſimus coniuncta pro diſiunctis accipere audeant, vel contrà. Nam quòd in eam rem video à nonnullis adduci reſponſum illud elegans Scæuolæ in *l. Lucius 85. de hered. inſtit.* mihi videtur ad rem nullo modo pertinere, vt ſe-
6 quenti capite oſtendemus. † Dico itaque ſi fideicommiſſum à Titio relictum fuiſſet Sempronio ſub duabus illis conditionibus alternatiuis, *ſi Titius ſine liberis, vel ſine teſtamento deceſſerit*, non potuiſſe quemquam ex prudentibus dubitare, quin mortuo Titio ſine teſtamento, quamuis liberis ſuperſtitibus admitti fideicommiſſarius deberet, ita ſuadente natura diſiunctionis, quæ alterutram conditionem ex alternatiuis impletam vult ſufficere, vt fidei-
7 commiſſo locus fiat. † Hoc verò corrigendum Iuſtin. putauit, tanquam iniquum, liberiſque ex grauato ſuſceptis nimium graue, qui cùm excluſuri eſſent fideicommiſſarium ſi ſub vna illa liberorum conditione fideicommiſſum datum fuiſſet, à fideicommiſſario tamen excluſos ſe vident, ob id ſolùm quòd eorum pater inteſtatus deceſſerit. Itaque conſtituit Iuſtinianus, vt diſiunctio pro coniunctione accipiatur, vnaque conditio eſſe intelligatur, quæ non aliter fideicommiſſarium admitti permittat, quàm ſi Titius neque liberos, neque teſtamentum reliquerit, vt incertus ſucceſſionis morientis exitus videatur certo ſubſtitutionis & reſtitutionis fine
8 concludi. † Subiicit verò rationem. *Cui enim ferendus eſt intellectus ſi forſitan teſtamentum quidem non fecerit, poſteritatem autem habuerit propter huiuſmodi verborum anguſtias, liberos eius omni penè fructu paterno defraudari?* Quæ poſtrema verba illa ſunt, ex quibus inferre ſoleo, quod alij etiam inferunt, qui nobiſcum ſentiunt, liberos in conditione fideicommiſſi poſitos, non cenſeri ex fideicommiſſo vocatos. Non enim fructus paternus eſſet dicendus, ſed auitus ſi ex fideicommiſſo auito nepotes ad ea bona inuito patre vocarentur. Nec ſanè mala ratiocinatio eſt. Nam quod contrariæ opinionis aſſertores reſpondent, nepotes hereditatem aui ex fideicommiſſo percipientes, non malè poſſe dici eam percipere tanquam fructum paternum, proptereà quòd cenſeantur ei relicta contemplatione patris qui fuerit heres inſtitutus, *arg. l. ſed etſi plures 10. § in adrogato D. de vulg. & pupil. ſubſtit.* nullam certè habet rationem. Non ob id ſolùm quòd in dubio ſi quid nepoti relictum ſit ab auo præſumi debeat relictum contemplatione ipſius nepotis, non filij, indéque aduentitium non profectitium dicatur, vt benè diſputat Alex. *conſ. 185. num. 16. vol. 2. ex l. vlt. in fin. C. de vſufr. l. quæſitum 91. in princ.* vbi Accurſ. & cæteri *de legat. 1.* † Sed ob eam maximè cauſam, 9
quod non niſi abſurdè poſſimus dicere, fauore filij & ipſius contemplatione iniunctum illi ipſi onus fideicommiſſi hereditatis nepoti reſtituendæ. Neque enim quiſquam dubitat quin fideicommiſſum ſit onus eius qui rogatus eſt, *l. ſi adrogator 22. §. 1. D. de adopt. l. 2. in fin. D. de ſuis & legitim.* Fieri autem non poteſt, vt eiuſdem fideicommiſſi reſpectu idem ſit honoratus, & oneratus, non magis quàm vt ſibi ipſi quis fideicommiſſi nomine ſit obligatus, *l. cum filiofamil. 12. d. l. quæſitum 91. de leg. 1.* neque poſſum videre quis in eo verſetur fauor patris, vt proprio filio cogatur vel inuitus reſtituere hereditatem, quam habuit ipſe à ſuo patre. Cum è contrario parentibus omnibus nihil ſit odioſius aut periculoſius quàm ſi de bonis ſuis erga liberos diſponendis, non habeant liberam facultatem, quippe qui ſciant eo potiſſimum metu amittendæ hereditatis poſſe iuueniles calores coërceri, & liberos in obſequio paternæ pietati debito retineri *l. nec ei 17. §. penult. D. de adopt.* † Quod autem illi replicant, 10
poſſe videri relictum nepotibus ab auo contemplatione ipſorum nepotum potiùs quàm filij, cùm viuo auo nati, & ab ipſo cogniti fuerunt, Iuſtinianum verò in *d. l.* generaliter loqui de nepotibus naſcituris, qui ab auo cogniti non fuerint, planè commentitium eſt. Non enim minor eſt aui pietas erga nepotes naſcituros, quam erga natos, licèt dilectiores eſſe ſoleant nati & cogniti quam naſcituri. Cuius rei non aliud præclarius teſtimonium quærere poſſumus, quam Papiniani, qui in illa eleganti ſpecie *l. cum auus 102. D. de cond. & demonſt.* mouerut vnica pietatis auitæ coniectura, vt pro naſcituro nepote, contra teſtatoris filium primi gradus audacter reſpondeat. Tum verò cur Iuſtiniani conſtitutionem generalem, & quam ille ipſe ad extraneos quoque extendit reſtringere volumus ad eum caſum, quo nepotes in conditione poſiti, nunquam fuerint cogniti auo ? An non poteſt auus qui iam nepotes natos habeat, notóſque, filium ſuum heredem inſtituere, & ab eo ſub his conditionibus *ſi ſine liberis, vel ſine teſtamento deceſſerit*, fideicommiſſum relinquere ? An eo minùs poteſt filius quandoque poſt mortem patris decedere ſine liberis, quod liberos habeat tempore teſtamenti. Alioqui enim ſi pertinacior eſſe velis, & negare conſtitutionem Iuſtiniani ad hos nepotes pertinere, qui iam teſtamenti tempore nati fuerint, conſequens fiet, vt quòd ad eos ſpectat, ſuperſit hodie ius vetus, quod ante Iuſtinianum obtinebat, proindéque excludantur nepotes per fideicommiſſarium, ſi filius heres inſtitutus, idémque grauatus, ſine teſtamento deceſſerit : Exiſtente nimirum vna ex iis conditionibus ſub quarum alterutra fideicommiſſum datum fuit. Sic eueniet, vt quo fauorabiliores facere velis nepotes, viuo auo natos & cognitos, eo duriorem ipſorum conditionem efficias,

poſtpo

poſtponáſque illos ſubſtituto, cui ſi poſt annum nati fuiſ-
12 ſent, ex Iuſtiniani conſtitutione præferrentur. † Minùs
verò ſubtile eſt quod iidem aliter reſpondeant, Iuſtinia-
num in hac lege non de illo quærere, An liberi poſiti in
conditione ſint vocati, ſed hoc tantùm velle, Ferendum
non eſſe, vt nepotes tam facilè poſſint fructu paterno
defraudari? Id verò ne eueniat nihil meliùs aut accommo-
datiùs dici poſſe, quàm vt liberi in conditione poſiti, hoc
ipſo vocati intelligantur, quandoquidem ea ratione fiat,
ne poſſint defraudari fructu paterno, id eſt, inquiunt, illi,
eo fructu qui à patre debuiſſet iure legitimo in filios ex
13 communi parentum voto peruenire. † Quaſi verò id ma-
ximè agat & curet Iuſtin. ne poſſint nepotes in conditio-
ne poſiti defraudari fructu paterno à patre, ac non potiùs
à fideicommiſſario, ad quem multo etiam patre, non mi-
nùs quàm inuitis eius liberis in conditione poſitis bona
omnia ex fideicommiſſo peruenire deberent, ſi Iuſtiniani
lex non obſtaret. Deinde ſecundum hanc interpretatio-
nem fatendum eſt, quod iam diximus, fructum auitum
non paternum fore fideicommiſſum illud quod ex aui
teſtamento filius reſtituere nepotibus debeat, ſi eo de-
fraudari nepotes non magis per filium heredem inſtitu-
tum poſſint, quàm per extraneum ſubſtitutum. Quomo-
do enim poſſis quantùlibet impropriè fructum paternum
14 dicere, quem nepos inuito patre ab auo conſequatur? †
Nam quod tertius iidem replicant, fructum paternum
quia fuit relictus intelligi poſſe, quamuis ab auo fuerit
relictus per mediam perſonam ipſius patris, & quia talis
fructus ſi non eſſet relictus ab auo debuiſſet ex commu-
ni parentum voto, & naturali charitate relinqui ab ipſo
patre ex *l. ſcripto 7. in fi. D. vnd. lib. l. vlt. D. de bon damnat.*
15 *l. nam etſi 15. D. de inoff. teſtam.* † Hoc, inquam, eodem
recidit, & illud eſt quod nos iam refutauimus, ſicut &
quod iidem aiunt, poſſe textum illum reflecti & retor-
queri, hac ratione quòd cùm Iuſtinianus eo loco abſur-
dum putet liberos in conditione poſitos fructu paterno
defraudari, neceſſe ſit eos dicere tacitè ſaltem ſubſtitutos,
ne alioqui poſſint facilè a patre defraudari vel per bo-
norum alienationem, vel per exheredationem, vel etiam
per delictum ipſius patris, ex quo bonorum publicatio
ſequatur. Iam enim diximus, non id eſſe quod Iuſtinia-
nus abſurdum & iniquum putat, vt nepotes fructu pater-
no defraudentur à patre ipſo, ſed vt defraudentur à ſub-
ſtituto. Quod enim ad patrem pertinet, quid rogo abſur-
di eſt minùs ab eo percipere liberos, ſiue ſint illi exhere-
dati dummodò iuſtè ſiue deportationis ſententiam pater
paſſus ſit, aut etiam alienauerit bona ſua? Nihil penitus,
nec magis cùm liberi poſiti ſunt in conditione, quàm ſi
non eſſent. Vtroque enim caſu perinde ſunt liberi & ad
parentum hereditatem ex parentum ipſorum voto voca-
ti, ſed non tamen iis inuitis ex fideicommiſſo, vt conſtat
ex iis quæ de patre deportato ſcribit Vlpianus, ſi bene in-
telligatur *in l. ex facto 16. §. ex facto. ff. ad SC. Trebell.* Ne-
que aliter poteſt abſurdum videri, quòd minus percipiat
liberi à patre, qui vel eos exheredauerit, vel ex bonis ſuis
quid alienauerit, vel deportatus ſit, quàm ſi ponas & di-
cas habere eos debere bona illa ab auo nō à patre *arg. l. 5.
ff. de interd. & releg. l. emancipatum 7. §. vltim ff. de Senat.*
Quo ſenſu conſequens fiat Iuſtinianū dicere debuiſſe fru-
ctum hunc auitum, non quomodo vocat, paternum. †
16 Quia verò iidem contra quos diſputauimus, reſpondere
ſolent Iuſtinianum in hac lege non illud decidere, de
quo quæritur inter noſtros. An liberi in conditione poſi-
ti cenſeantur ſubſtituti, proinde ſufficere vt ex aliis le-
gibus probetur filios tacitè videri ſubſtitutos, Faciamus
quæſo, etſi nos quæſtionem illam Decadibus noſtris re-
ſeruamus, vt appareat decidi eam à Iuſtiniano, & quidem
tam apertè, vt non potuerit apertius, niſi quòd ita decidi-
tur quaſi iam ſatis antè deciſa, nullámque prorſus habens
dubitationem. Nam ſi liberi poſiti in fideicommiſſi con-
ditione haberi poſſent pro vocatis, Quæro qua igitur ra-
tione fieri poterat, vt ante Iulianum excluderentur à ſu-
ſtituto in illa ſpecie, ſi fortè pater inteſtatus deceſſiſſet. †
Qui enim volunt cenſeri vocatos, dicunt, Patre rogato, ſi 17
ſine liberis deceſſerit, hereditatem reſtituere Sempronio,
duplex eſſe fideicommiſſum. Vnum tacitum quo pater
in caſum ſuperſtitum liberorum grauatus ſit iis reſtituere
hereditatem, Alterum & ſecundum expreſſum, quo defi-
cientibus liberis grauatus ſit eandem hereditatem reſti-
tuere Sempronio, Ex quo apparet, fruſtra de ſecundo fi-
deicommiſſo quæri an ei locus ſit, nécne quando priùs
locum habere poteſt. Proinde quo iure, aut quonam iu-
ris colore poterat Sempronius fideicommiſſum obten-
dere, excluſis grauati liberis in conditione poſitis, ob id
ſolùm, quod eorum pater inteſtatus deceſſit, ſi ita ius erat,
vt ex quo poſiti erant in conditione liberi, vocati quoque
viderentur? Sed & Iuſtinianus ipſe, qui vt his liberis
faueat contra iuris rationem vult particulam diſiuncti-
uam accipi pro coniunctiua, cur putauit egere illos no-
ua ſua conſtitutione, vt à Sempronio fideicommiſſario
non excluderentur, ſi non ignorabat ex tacita patris vo-
luntate videri eos debere vocatos? Quid enim refert fi-
deicommiſſarij an is qui rogatus eſt, deceſſerit inteſtatus,
an cum teſtamento? An eo minùs iuris habet, quod he-
res rogatus non fecerit teſtamentum, in quo alium here-
dem fortaſſis extraneum inſtituere potuiſſet? Illud nā-
que conſtat, fideicommiſſarium non heredi grauato ſuc-
cedere, ſed teſtatori, *leg. coheredi 41. §. cùm filia, de vulg.
& pupil. ſubſtitut. leg. 1. leg. in fideicommiſſaria 18. & paſſ.
ff. ad SC. Trebell.* † Et tamen non putat Iuſtinianus, aliter
fieri poſſe vt liberi in conditione poſiti non excludantur 18
per ſubſtitutum, quàm ſi conditiones ſub quibus alter-
natiuè vocatus fuit Sempronius ad fideicommiſſum, con-
iungantur, & in vnam eandémque conditionem illam
degenerent, *ſi filius ſine liberis & ſine teſtamento deceſſe-
rit,* vt ſuſceptis liberis, licet nullo facto teſtamento, dici
poſſit fideicommiſſi conditionem, quæ vnica & indiui-
dua fuerit, defeciſſe. Non ergo credidit, Ob id tantùm
quòd liberi in conditione poſiti ſint videri eos debere
tacitè ſubſtitutos. Neque verò puto ad obiectionem hanc
poſſe vllo modo reſponderi. † Scio, eos qui pro liberis
pugnant, in ea eſſe ſententia, vt putent hanc Iuſtiniani 19
conſtitutionem procedere, loquuntur, in caſu ſingulari,
quando filij poſiti ſunt in vna conditione, & alternatiuè
fuerunt etiam adiectæ aliæ conditiones, inter quas illa
ſit, ſi filius ſine teſtamento deceſſerit. Vnde, inquiunt, ex
eo quòd teſtator conceſſit filio teſtandi facultatem de
bonis ſibi relictis, tacitè colligitur quòd voluerit liberos
poſitos in conditione, poſſe per teſtamentum excludi, &
conſequenter non aliter eos admitti, quàm ab inteſtato,
vel ex teſtamento, ſi eſſent inſtituti. Nos autem loquimur,
aiunt illi, quando filij ſimpliciter poſiti ſunt in condi-
tione, & in contrarium non ſubeſt aliqua coniectura, ex
qua concipi poſſit, quod non intelligantur ſubſtituti. †
Fatentur itaque vt arguere mox poſſimus à confeſſis ad 20
negata, illo ſaltem caſu quo conditio illa ſit adiecta, *ſi ſi-
ne teſtamento deceſſerit,* liberos quantumuis in conditio-
ne poſitos non videri vocatos. Quod ſummoperè notari
volo, contra pleroſque, cùm quibus mihi aliquando de
tota hac quæſtione in Italia tractare contigit. Viros ſa-
nè doctiſſimos, & in receptionibus interpretum noſtro-
rum traditionibus adprimè verſatos, qui mordicùs de-
fendebant, Non eò minus intelligi debere liberos in
conditione poſitos tacitè ſubſtitutos, quòd teſtator in
eum caſum quo exiſteret conditio fideicommiſſi ſub ea
conditione relicti, *ſi ſine liberis,* expreſſim permiſerat
alienationem in præiudicium ſubſtituti, vt non alia bo-
na petere fideicommiſſarius poſſet, quam quæ non repe-
rirentur mortis tempore alienata. † Quaſi permiſſio de
alienando data in caſum deficientium liberorum, nihil 21
haberet commune cum illo caſu, quo liberi ſupereſſent,
neque ad eum porrigi deberet. Quidni enim ſimiliter no-
bis liceat ex iſtorum ſententia contra alios diſputare,
conditionem illam, *ſi ſine teſt. mento deceſſerit,* de illo caſu

intelligendam eſſe, quo heres grauatus nullos liberos
ſuperſtites relinqueret, non etiam de illo, quo aliqui ex
ipſo liberi ſupereſſent. Præſertim verò cùm eam con-
ditionem, *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, disiunctim
conceptam, Iuſtinianus accipi velit tanquam coniun-
ctam cum illa, *ſi ſine liberis*, quo caſu multò proba-
bilius defendi poſſet, non perinde videri debere illam
repetitam in caſum contrarium, quo filius grauatus,
liberis ſuperſtitibus moreretur. Nemo ſiquidem dubi-
tare poteſt, quin eiuſmodi conditio *ſi ſine teſtamento
deceſſerit*, adſcripta fideicommiſſo quod Sempronio
relictum fuit, contra Sempronium adſcripta videri
debeat, vt ei teſtamentarius quilibet grauati heres præ-
ferretur. Non contra eiuſdem grauati liberos ſi quos
ſuperſtites relicturus eſſet. Sed & multò fortior ac pro-
babilior voluntatis coniectura capi poteſt ad excluden-
dam tacitam illius fideicommiſſi quod ex liberorum con-
ditione inducitur, interpretationem ſi permiſſio te-
ſtandi detur heredi in caſum exiſtentis iam, & vt lo-
quuntur, purificati fideicommiſſi, quàm ſi adſcriba-
tur per modum conditionis ad euentum fideicommiſſi
22 excludendum. Nam cùm interpretes qui liberos in
conditione poſitos volunt vocatos, non alia coniectu-
ra voluntatis moueantur, quàm quòd eos teſtator præ-
dilexerit, ac prætulerit ſubſtituto, nec proinde
credendus ſit voluiſſe vt patri liceret in eorum præ-
iudicium diſponere de iis ipſis bonis, de quibus in
fideicommiſſarij minùs dilecti præiudicium diſponere
non poſſet (quæ tamen diſponendi licentia in libero-
rum perniciem non aliter patri interdicta eſſe queat,
quàm ſi tacitum fideicommiſſum inducatur.) Prorſus
conſequens eſt nullam voluntatis coniecturam facere
pro liberis in conditione poſitis, eo caſu quo impunita
ſit in fraudem expreſſi ſubſtituti bonorum fideicommiſ-
ſo ſubiectorum alienatio. Ne alienatio. Ne alioqui eue-
niat, quod fuerit abſurdiſſimum, vt maior ſit vis & pò-
teſtas taciti fideicommiſſi quàm expreſſi, ad alienatio-
nem heredi prohibendam in tacito, quam teſtator ex-
23 preſſim permiſerit in expreſſo. † Sed quamuis non dubi-
tem verum eſſe quod iſti volunt, Conditionem illam fi-
deicommiſſo inſertam, *ſi heres ſine teſtamento deceſſerit*,
ſicuti efficit vt grauatus heres poſſit in præiudicium fi-
deicommiſſarij diſponere, & diſponendo facere vt defi-
ciat conditio fideicommiſſi. Ita debere vt eo ſaltem caſu
liberi in conditione poſiti cenſeri non poſſint vocati. In
eo tamen videntur mihi errare manifeſtè, quòd Iuſti-
niani legem hanc, quæ proculdubio generalis eſt coan-
guſtant ad eum caſum, quo ex pluribus conditionibus al-
ternatiuè adſcriptis vna illa ſit *ſi heres ſine teſtamento de-
ceſſerit*, cùm apertiſſimum ſit Iuſtinianum in excluden-
do fideicommiſſario propter liberos in conditione poſi-
tos, ad nihil minus quàm ab hanc teſtandi licentiam
24 reſpexiſſe. † Nec enim apud Iuſtinianum refert, quas
conditiones teſtator adſcripſerit, & an ita dixerit, *ſi filius
meus ſine liberis aut ſine teſtamento deceſſerit, hereditatem
Sempronio reſtituat*, an ita potiùs, *ſi deceſſerit ſine liberis,
aut ſi nauis ex Aſia non venerit*. Vtroque enim caſu ratio
iuris veteris facit vt ſuperſtitibus quoque ex filio liberis,
admitti nihilominùs debeat Sempronius, ſi nauis ex
Aſia non venerit, quippe tanquam ſubſtitutus ſub dupli-
ci conditione alternatiuè, quarum alterutram ſufficiat
25 extitiſſe. † Contrà verò, Iuſtiniani conſtitutio vtroque
caſu excludit ſubſtitutum coniunctis caſibus & in vnam
transfuſis per commutationem particulæ disiunctiuæ in
coniunctiuam: Quia etſi ſcriptum eſſet *ſi filius ſine libe-
ris deceſſerit, & nauis ex Aſia venerit, hereditatem meam
Sempronio reſtitui volo*, dubitari non oporteret, quin
etiamſi nauis ex Aſia non veniſſet, nihilo magis admit-
ti Sempronius deberet ſi heredi rogato vel vnus filius
vnàve filia ſupereſſet, quoniam vna tantùm eſſet condi-
tio, ac proinde indiuidua, cuius vtramque partem imple-
tam eſſe ſubſtitutus probare deberet vt admitti poſſet *dict.
leg. cùm pupillus* 78. §. 1 *De condit. & demonſtr. dict. leg. ſi
heredi plures* 5. *Digeſt de condit. conſtitut.* † Nec ſane hoc 26
caſu minùs locum habet ratio illa æquitatis qua Iuſtinia-
nus mouetur, quàm ſi pro huiuſmodi conditione, *Si nauis
ex Aſia non venerit* illa fuiſſet adſcripta *ſi ſine teſtamento
deceſſerit*. Nempe quòd ferendus non ſit intellectus, ſi
forſitan nauis ex Aſia non venerit, liberos tamen graua-
tus filius reliquerit, propter iſtas verborum anguſtias li-
beros eius omni pene fructu paterno defraudari. Cur non
æquè ſit fauorabilis hoc caſu conditio liberorum quos
teſtator in conditione poſuit vt patri ſuo poſſint ſaltem
ab inteſtato ſuccedere excluſo ſubſtituto? Quòd ſi admit-
tas, vt admittendum neceſſariò eſt, Iuſtiniani legem
hoc etiam caſu locum habere, illud quoque admittendum
erit ex ſuperiore inductione, Liberos in conditione po-
ſitos ne hoc quidem caſu videri vocatos, licet de teſtan-
di licentia heredi danda teſtator nihil cogitauerit, qui
conditioni liberorum non aliam adiecit, quàm hanc, ſi
nauis ex Aſia non veniret. † Atque ideò ſi quæratur, 27
cur in ea ſpecie Iuſtinianus non putet liberos in condi-
tione poſitos cenſeri vocatos, non illam rationem red-
di poſſe quam iſti adferunt, quòd heredi grauato libe-
ram teſtandi facultatem pater conceſſerit, ſed illam po-
tius quæ & generalior eſt & ſpeciebus omnibus legis
conuenientior, quod nunquam poſſint aut debeant dici
ſubſtituti, qui tantum poſiti ſunt in conditione. † Vn- 28
de apparet etiam, nec illo quoque caſu quo eiuſmodi
conditio adſcripta fuit *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, eam
tamen Iuſtinianeæ conſtitutionis rationem adferri poſſe
quæ ex faciendi teſtamenti data licentia proficiſcatur,
ſed quæ ſumatur ex ſolo, meróque fauore liberorum qui-
bus ſubueniendum putauit Iuſtinianus contra verba con-
ditionum, &, quod eſt conſequens contra ipſam iuris ra-
tionem quæ conditionum poteſtatem non poteſt non
æſtimare ex vi & poteſtate verborum quibus conceptæ
ſunt, denique contra ſubſtitutum vt tametſi altera con-
ditio vel conditionis pars extiterit, excludatur tamen per
liberos grauati, vt poſſint illi etiam in iis bonis perinde
ac in reliqua hereditate patris, ſuccedere patri, ſiue ex
teſtamento ſiue ab inteſtato: ſed contra patrem ipſum
vt de hereditate liberis ſuis reſtituenda vllo caſu rogatus
videatur, non item. Subuenit enim potiùs ipſi etiam
patri, vt eo minùs grauatus videri debeat, quaſi ſub
vna tantùm conditione rogatus, qui reuera ſub duabus,
& quidem alternatiuè conceptis rogatus fuit. Cur ve-
rò ſubuenit patri, niſi vt in eius poteſtate ſit inuito fi-
deicommiſſario, ea ipſa bona quæ reſtituere iuſſus erat,
liberis ſuis relinquere ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſta-
to id facere vellet? Itque demum paternus fructus pro-
culdubio eſt, qui ex ſolius patris, non etiam ex aui iu-
dicio & voluntate, quamuis ex aui bonis, ad filios per-
uenit. † Eam vero Iuſtiniani mentem fuiſſe, quam nos 29
diximus, vt liberis grauati heredis proſpiceret in omnem
caſum, quo poſtquam in conditione poſiti eſſent, alia
conditio alternatiuè ſubiecta proponeretur, ſiue in te-
ſtamento illa eſſet, ſiue de naui quæ ab Aſia expectaba-
tur. Apparet ſatis non ſolùm ex generali ratione illa quam
retulimus, poſita in verſ. *Cui enim ferendus eſt*, ſed ex eo
quoque quod non illas tantùm conditiones exprimit, *ſi
filius deceſſerit ſine liberis aut ſine teſtamento*, ſed illam
etiam *ſi ſine nuptiis*, † quæ licèt disiunctiuè poni non 30
poſſit poſt illam *ſi ſine liberis* (quia fieri non poteſt vt non
ſine liberis decedat, qui decedit ſine nuptiis, cum ea con-
ditio de iuſtis liberis intelligenda ſit, non de naturalibus
duntaxat vt ſcriptum eſt in §. *cùm autem* eiuſd. leg. iuſti
verò liberi ſine nuptiis eſſe nequeant *l. ſeptimo menſe* 12.
ff. de ſtat. homin. l. 3. *De his qui ſunt ſui vel alien. iur.*)
poni tamen poteſt ante vel poſt illam *ſi ſine teſtamento*
hoc modo, *ſi filius idémque heres meus deceſſerit ſine nu-
ptiis aut ſine teſtamento*. † Quo caſu ſi filius nuptias con- 31
traxerit, nec tamen liberos ſuſceperit, poſtea verò ſine te-
ſtamento deceſſerit, perinde quæri poteſt, an ſubſtitutus

extraneus

extraneus admittendus ſit ad fideicommiſſum excluſo proximo eodémque legitimo ſucceſſore. Ac quemadmodum dubitari non poteſt, quin ex vi verborum, mentéque iuris ratione admitti debeat fideicommiſſarius, tanquam exiſtente conditione fideicommiſſi, ſi vel vna exiſtat ex pluribus alternatiuis, ita & fatendum eſt Iuſtiniani legem perinde hoc caſu locum habere ad excludendum ſubſtitutum, fauore non liberorum qui nulli ſunt, licèt poſiti fuerint in conditione, ſed ipſius grauati, vt non niſi vno caſu & ſub vnica eâque indiuidua conditione duas partes habêre grauatus intelligatur. Id enim eſt quod Iuſtinianus diſertè conſtituit, tunc valere conditionem, id eſt haberi pro impleta, locúmque fideicommiſſo fieri, cùm nihil ex iis, quæ in conditione poſita ſunt, fuit ſubſecutum, id eſt, cum neque teſtamentum factum eſt, neque nuptiæ interceſſerunt, vt appareat ſi vel alterutrum ſubſecutum ſit, vt puta ſi nuptiæ interceſſerint, tametſi teſtamentum factum non ſit, neque ex nuptiis ſuſcepti fuerint liberi, nullum tamen fideicommiſſario locum ſupereſſe. Nam quod in ſequentibus Iuſtinianus de relicta poſteritate loquitur, eam cautam habet, vt tanto apertior fiat iuris veteris iniquitas, quæ non tantùm patri grauato iniuriam faciebat ſiue liberos ſuſcepiſſet, ſiue nô,
32 ſed & ipſis liberis ſi qui forte ex ipſo ſupereſſent. † Cæterùm non poteſt ratio illa reſtringere legis deciſionê generalem, præſertim cùm idem Iuſtinianus ſtatim ſubiiciat eam ſe legem feciſſe quæ tam patribus, quàm liberis grata eſſet, vtriſq; ſcilicet ſimul ſi pater liberos ſuperſtites reliquerit. Patribus verò ſolis, ſi fortè liberos quidem ſuſceperint, quorum reſpectu patres per relationem dici poſſint, ſed qui tamen poſtea prædeceſſerint. Nec enim eò minùs patres videri debent, iuſtáq; nuptias contraxiſſe vt fideicommiſſi onere liberati ſint, quemadmodum ſi ita ſcripti eſſent, *vóſque liberi chariſſimi hoc fideicommiſſo teneri volo, donec binos liberos educaueritis*, quo caſu ſufficeret ad excludendum fideicommiſſum bonos liberos procreatos fuiſſe, quamuis poſtmodum prædefunctos *l. heredibus 77. in princip. D. ad S.C. Trebellianum* Sed nec eis minùs fauere Iuſtinianus voluit qui liberos nunquam ſuſceperint, licèt dicat velle ſe patribus fauere. Poſſunt enim dici patres eo reſpectu quod patres eſſe potuerunt. Quid enim referre poteſt an liberos ſuſceperint néc ne,
33 ſi verum eſt conditionem fideicommiſſi defeciſſe? † Atqui verum illud eſt, defeciſſe conditionem ſi is qui fideicommiſſo grauatus eſt ſub hac conditione, *ſi ſine nuptiis vel ſine teſtamento deceſſerit*, aut nuptias contraxerit, aut teſtamentum fecerit, poſtquam placuit Iuſtiniano diſiunctionem pro coniunctione accipiendam eſſe. Verba namque conſtitutionis non modò generalia ſunt, ſed etiam in rem concepta, cum ſint huiuſmodi, *firmiter res poſſideri, & non eſſe locum ſubſtitutioni earum, vel reſtitutioni. Si enim nihil ex iis fuerit ſubſecutum, tunc valere conditionem, & res ſecundum verba teſtamenti reſtitui, vt incertus ſucceſſionis morientis exitus videatur certo ſubſtitutionis, vel reſtitutionis fine concludi.* Senſus enim eſt, huiuſmodi conditionibus omnibus adſcriptis, iam inde ab initio certum ius eſſe, vt non aliter fideicommiſſarius admitti vnquam poſſit, quàm ſi omnes ſimul conditiones extiterint, ac proinde ſiue liberos aliquos ſupereſſe contigerit, ſiue nullos: cùm nihil vetet incerto manente eo, an liberi aliqui futuri ſint nécne, certam tamen iam inde ab initio fieri excluſionem fideicommiſſarij ſiue contractis iuſtis nuptiis, ſiue facto
34 teſtamento. † Illud planè non poſſum videre, quomodo poſſit eſſe grata patribus conſtitutio Iuſtiniani, ſi eo ſenſu donetur quo donandum volunt, qui patrem nouo ac tacito erga proprios liberos fideicommiſſo conſtringunt, quem tamen cogantur fateri ab onere fideicommiſſi expreſſi, quod extraneo relictum fuerat, eſſe iam liberatum. Plerumque enim acerbius grauiúſque fuerunt parentes ſi propriis liberis, inde fortaſſis lædendæ pietatis occaſionem & audaciam capturis, quàm ſi extraneis obligentur *argument. dict. leg. nec ei 17. Digeſt. de adopt. leg. cum oportet. 6. circ. princip. Codic. de bonis quæ liber. leg. ſi quando 35. l. illud, Codic. de inoffic. teſtament.* Accedat quod Iuſtinianus ſubiungit, non tantùm filiis & nepotibus velle ſe per eam legem ſubuenire, ſed etiam eorum exemplo aliis perſonis, licèt extraneæ ſint de quibus tale aliquid ſcriptum proponatur. † Itaque inſti- 35
tuto herede, rogatóque de reſtituenda hereditate Sempronio ſub his conditionibus alternatiuis, *ſi ſine liberis, aut ſine nuptiis, aut ſine teſtamento deceſſerit*, dicendum eſt ex Iuſtiniani lege deficere conditionem fideicommiſſi, proindéſque excludi Sempronium, ſi extraneus ille heres nuptias contraxerit, aut teſtamentum fecerit, licèt ſine liberis deceſſerit, aut contrà ſi teſtamentum quidem non fecerit, ſed tamen iuſtos liberos ex iuſtis nuptiis ſuſceperit. Quibus caſibus perinde locum habebit ratio illa Iuſtiniani, quod iniquum ſit liberos propter verborum anguſtias omni penè fructu paterno defraudari: neque tamen ſimiliter poſſis dicere fructum hunc re vera eſſe auitum, dicique paternum, quod officium aui erga nepotê ex officio patris erga liberos pendeat, cùm teſtator extraneus ſit, & heredi, & conſequenter nullo pietatis aut coniunctionis vinculo liberis ſcripti heredis teneatur. † Itaque apparet hîc clarius verum 36
eſſe quod dicimus bona iſta per heredis inſtituti perſonam ad liberos in conditione poſitos non niſi ex patris iudicio & voluntate peruenire ſiue teſtatus deceſſerit, ſiue inteſtatus, non item ex iudicio primi patris, ſiue auus ille fuit ſiue extraneus: nec tanquam bona aui, aut primi illius teſtatoris, ſed tanquam bona patris, ob ídque non immeritò fructum paternum appellari. † Hæc 37
verò non poſſum mihi temperare, quin ſubiiciam, quod ad Iuſtiniani legem intelligendam maximè pertinet, Errare grauiter eos, qui ea illa notant diſiunctiuam particulam *vel*, poſitam inter conditiones negatiuas reſolui in coniunctiuam, idque fauore liberorum. Illæ namque conditiones *ſi filius inteſtatus deceſſerit aut ſine liberis aut ſine nuptiis*, affirmatiuæ ſunt non negatiuæ, ideóque reſoluitur *aut* in *&* non in *neque*, quomodo reſolui deberet ſi conditiones eſſent negatiuæ. † 38
Plures ſiquidem conditiones, negatiuæ coniunctim ſic conceptæ eſſent, *ſi filius neque teſtamentum fecerit, neque liberos ſuſceperit, neque nuptias contraxerit. leg. ſi is qui ducenta 13. §. vltim. D. de reb. dub.* vbi quod magis eſt, ita locuto teſtatore *ſi quis mihi filius aut filia gignetur heres mihi eſto, ſi mihi filius aut filia heres non erit Seius heres eſto*, negat Iulianus ſatis apertè declaratam eſſe è teſtatore ſuam voluntatem, an non aliter extraneum heredem eſſe vellet quàm ſi neque filius neque filia heres eſſet. Hoc enim modo, inquit, concipi oportuit, *ſi mihi neque filius neque filia heres erit.* Nec ſufficit quod non omiſſa negatio fuiſſet in conditione ſic concepta *ſi mihi filius aut filia heres non erit.* Tantum abeſt vt dictio *ſine* poſita cum verbis affirmatiuis *ſi deceſſerit* faciat conditiones negatiuas. † Etſi video Tribo- 39
nianum illo etiam loco diſiunctiuam accipere pro coniunctiua ad extraneum, vt ille loquitur, excludendum. Tota namque illa clauſula *ſed procliuior eſt teſtatoris voluntas ſic eſſe interpretanda, vt ſiue filius ſiue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur, niſi ſpecialiter hoc teſtator expreſſerit*, proculdubio Triboniani eſt, vt docui lib. 12. reſpicientis fortaſſe ad eam Iuſtiniani conſtitutionem, de qua nunc tractamus. Fuit enim Triboniano familiare diſiuncta pro coniunctis accipere, vt & in cæteris ferè omnibus peruertere iuris veteris rationem. † 40
vt videre eſt in *leg. penult. Codic. de verb. ſignific.* vbi hercle ſuauis eſt, cùm vt nouæ conſtitutioni colorem quæratet ex iure vetere non erubeſcit affirmare, in illa edicti parte quæ eſt de eo quod vi aut clam factum erit, dixiſſe prætorem *aut* pro *&*, quo falſius nihil dicere potuit. Ita enim ſequeretur, non aliter interdicto locum fore quàm ſi probaretur opus & vi & clam ſimul factum fuiſſe,

cùm

cùm tamen alterutrum probari ſufficiat. Neque verò facilè poſſit contingere, vt & vi & clam ſimul quid factum ſit, ſiquidem vi feciſſe dicitur, qui prohibiturus fecit: Clam verò qui prohibitionem factam timuit aut timere debuit, nec eo minùs fecit. *l. 1. l. 3. in princ. & §. vlt. ff.*
41 *quod vi aut clam.* † Quamquam non inficior poſſe interdum euenire, vt & partim clam quid fiat in eodem tempore, vt puta, ſi cùm prohibere fundamenta potuiſti, poſteà cùm conueniſſem ne reliquum opus fieret, abſente aut ignorante me reliquum opus perfeciſti, vel contrà, Fundamenta clam feciſti, Deinde cætera me prohibente ædificaſti. Hoc iure vtimur vt etſi vi & clam factum ſit, hoc interdictum ſufficiat, inquit Vlp. in *leg. is qui in puteum* 11. §. *interdictum* 5. *eod. tit.* Quod verbo *ſufficiat* an non oſtendit manifeſtè hoc fieri ex ſententia prætoris, potiùs quàm ex verbis edicti, quæ quoniam diſiunctim non coniunctim concepta erant, ad hunc caſum pertinere non videbantur: Alioqui non erat cur Vlpianus ſcriberet ſufficere interdictum eo caſu qui præcipuus ac potiſſimus edicti verbis comprehenſus fuiſſet, potiúſque dubitare deberet an ſufficere poſſet interdictum eo caſu quo diſiunctim vel vi vel clam opus factum probaretur.

Capvt XIX.

Interpretatio l. Lucius 85. ff. de hered. inſtitut.

SVMMARIA.

1 *Huius legis explicandæ occaſio.*
2 *In huius legis ſpecie duas eſſe diſtinctiones per particulam* aut *repetitam conceptas.*
3 *Particulam* aut *in verbis illis* aut quod abominor *pro diſiunctiua non pro coniunctiua accipiendam eſſe.*
4 *Quod in* d. l. *liberorum Titij in concipienda conditione mentio facta eſt, ad eum duntaxat caſum pertinere, quo ante aditam hereditatem liberis relictis Titius deceſſiſſet.*
5 *Poſteriorem diſiunctionem quæ eſt in verbis illis,* aut filium filiámve ex ſe natum *&c. pro coniunctione accipiendam eſſe.*
6 *Cur ibi diſiunctio pro coniunctione accipiatur?*
7 *Ratio propter quam vulgares ſubſtitutiones poſt aditam hereditatem expirant.*
8 *Conditionem illam,* ſi prius morietur quàm hereditatem meam adierit, *cum alia ratione* ſi filium filiámve ex ſe natum natámve ſcriptus heres non habebit, *coniunctim* in d. *accipiendam eſſe.*
9 *An ſi teſtator vulgariter, pupillariter & per fideicommiſſum ſub his ipſis conditionibus ſubſtituiſſet defuncto ante aditam hereditatem ſuperſtitibus liberis Titio, ſubſtituti excludi debeant.*
10 *Liberos Titij* in d. l. Lucius, *in conditione poſitos neque directo inſtitutos nec ſubſtitutos videri.*
11 *Interpretum contra ſentientium ratiocinatio & illatio ex illis Scæuolæ verbis,* nam prudens conſilium &c.
12 *Duo abſurda ex hac illatione ſecutura.*
13 *Teſtatorem* in d. l. Lucius *non modo Titium ex teſtamento, ſed etiam Titij liberos ab inteſtato ſubſtitutis prætuliſſe.*
14 *Ita tamen heredis inſtituti liberos vocari vt non idcirco grauatus ſit heres ſcriptus erga proprios liberos, nec ei de tota hereditate pro arbitrio deponendi interdicta poteſtas ſit.*
15 *Non fratre teſtatoris ſed extraneo herede inſtituto non ſimiliter cenſeri teſtatorem ſubſtituto heredi ſcripti & eius liberos prætuliſſe.*
16 *Fideicommiſſariæ ſubſtitutionis hoc caſu diuerſam rationem eſſe.*
17 *Aliud eſſe ſubſtitutum excludi per liberos in conditione poſitos, aliud verò ipſos per quos excludatur vocari aut præferri.*
18 *Scæuolam in* d. l. Lucius, *non fideicommiſſaria ſed de vulgari ſubſtitutione tractare.*
19 *Examinatur ſpecies* leg. ſi quis ita 82. ff. de heredit. inſtit.
20 *In quo differat ea ſpecies ab ea quæ in* d. l. Lucius, *tractatur?*
21 *Ad excludendum in ſpecie* d. l. *ſubſtitutum ſufficere ſi liberi ſuperſint licet heredes eſſe nolint, aut non poſſint.*
22 *Non intereſſe an illi liberi patruo adhuc viuo an verò defuncto concepti ſint.*
23 *Nec abſurdi quicquam in eo eſſe ſi teſtator fratris filios ab inteſtato prætuliſſe dicatur, quos quia ſe viuo concepti non fuerint, heredes ab inteſtato habere non poſſit.*
24 *Adeundæ hereditatis tempora breuia plerumque & anguſta eſſe.*
25 *Vix in* d. l. *fieri poſſe vt heres inſtitutus ante aditam hereditatem decedat iis ſuperſtitibus liberis qui non fuerint viuo teſtatore concepti.*
26 *Non eo minùs prudens animaduerti teſtantis conſilium, licet in* d. l. *ſpecie ponamus nullos ex fratre filios viuo teſtatore conceptos fuiſſe.*
27 *Viri cuiuſdam docti ad hanc legem coniectura refellitur.*
28 *Vno illo caſu, quo inter ſuos ſucceſſio eſt, non alios poſſe ſuccedere, quam qui mortis teſtatoris tempore vel in rebus humanis iam fuerint, vel ſaltem concepti ſint.*
29 *Liberos in* d. l. *non fauore patris in conditione poſitos fuiſſe.*
30 *Negatur eos tanquam ex fideicommiſſo vocatos fuiſſe.*

DE † huius loci ſententia neceſſariò hic nobis tra- 1
ctandum eſt, non ſolùm quod ad eam quæſtionem
maximè pertineat, de qua iam aliquid dicere cœpimus,
De liberis poſitis in conditione, quos qui putant vocatos
hoc potiſſimùm reſponſo niti ſolent, ſed etiam quia vul-
gò creditum eſt ex illo etiam loco probari, quod nos ſu-
periore cap. negamus, Iureconſultos diſiuncta ſæpe pro
coniunctis accepiſſe, tùm etiam cùm nihil prohiberet
quominùs coniunctim, & propriè acciperentur. † In ea 2
ſpecie de qua Scæuola reſpondit, proponebantur Titius
à teſtatore fratre ſuo heres ex aſſe inſtitutus, eíque cum
libertate ſubſtituti Stichus & Phamphilus ſub tribus
conditionibus diſiunctim conceptis, *Si Titius heres eſſe
nollet, aut ſi prius moreretur, quam hereditatem adiiſſet,
aut filium filiamve ex ſe natum natámve non haberet,* Sic
enim teſtator ſcripſerat: *Titius frater meus ex aſſe mihi
heres eſto, Si mihi Titius heres eſſe noluerit, aut, quod abominor, prius morietur quam hereditatem meam adierit, aut
filium filiãve ex ſe natum natámve non habebit, tunc, Stichus & Pamphilus ſerui mei liberi & heredes ſunto*: in
quibus verbis, vt nemo non videt, duæ ſunt diſiunctiones conceptæ per illam repetitam particulam *aut* quæ eſt
diſiunctiua † Priorem ibi poſitam *aut quod abominor prius* 3
morietur, quidam accipi volunt pro coniunctiua acſi ſcriptum eſſet *& quod abominor*, à quibus ego prorſus diſſentio. Neque enim dubito quin ſi Titius heres eſſe noluiſſet, ſuámque in eam rem voluntatem expreſſa repudiatione declaraſſet admittendi fuiſſent ſubſtituti, licet
aliqua ex aliis conditionibus defeciſſet, id eſt, licèt Titius
ante aditam hereditatem mortuus liberos ſuperſtites reliquiſſet. † Nam quod liberorum Titij mentio facta eſt 4
in concipienda conditione non ad hunc caſum pertinet
repudiatæ expreſſim hereditatis, in quem ſcilicet caſum alternatiuè & vtiliter dati fuerant ſubſtituti, ſed ad
illum duntaxat quo ante aditam hereditatem deceſſiſſet liberis relictis, vt Scæuola ipſe interpretatur iis
verbis,

verbis, *Quos eo amplius noluit heredes eſſe ſi frater prius*
quam hereditatem adiret, deceſſiſſet liberis relictis. Nec
enim quiſquam propriè ac patriè loquendo dixerit de-
ceſſiſſe Titium ante aditam hereditatem ſi deceſſerit poſt
eam repudiatam, cùm verba illa *ante aditam*, præ ſe ferant
adiri adhuc poſſe, quod non eſt poſt repudiationem, quæ
ſcilicet delationis per legem factæ totam vim & poteſta-
tem extinguit. Delata ſiquidem dicitur hereditas quam
quis adeundo conſequi poſſit, *leg. delata 51. D. de verb.*
ſignific. iunct. leg. ſicut 4. C. de oblig. & act. leg. 1. §. decre-
talis. D. de ſucceſſ. edict. Et tamen ſi prior illa diſiuncti-
ua *aut* pro coniunctione eſſet accipienda, conſequens fie-
ret, vt etiamſi Titius hereditatem repudiaſſet perinde
tamen excludi deberent ſubſtituti ſuperſtitibus ex Titio
liberis, acſi hereditatem quam repudiaſſet, adiiſſet. Id
nimirum eminente vi & poteſtate coniunctionis, quæ
vnitas iunctáſque conditiones ſimul impleri vult, vt ſub-
ſtituti qui ſub iis vocati ſunt, admitti poſſint *leg. ſi heredi*
plures 5. ff. de condit. inſtit. leg. cum pupillus 78. §. 1. De
5 *condit. & demonſtr.* † Poſteriorem verò diſiunctionem
quæ eſt in illis verbis *aut filium filiamve ex ſe natam na-*
támve non habebit: fateor vtiq; pro coniunctione accipien-
dam eſſe vt fatetur non obſcurè Scæuola ſuprascriptis
verbis, cùm vtraque conditione iuncta eam vult fuiſſe te-
ſtatoris voluntatem, vt excluſi eſſent ſubſtituti ſi frater
priuſquàm hereditatem adiret deceſſerit liberis relictis.
Alioqui duabus conditionibus alternatiuè adſcriptis, ſuffi-
cere poſſet ſubſtitutis quòd alterutra euenisſet, ſiue mor-
tuo Titio ante aditam hereditatem, ſiue ſuperſtitibus ex eo
6 liberis. † Sed tamen dico hoc ideo fieri, quia ſubſtitutio
de qua tractat Scæuola, cùm ſit directa & vulgaris non
poteſt fieri in caſum aditæ hereditatis, nec ſub ea condi-
tione *ſi heres poſt aditam hereditatem ſine liberis deceſſe-*
rit. Is enim caſus eſt fideicommiſſariæ non directæ ſub-
ſtitutionis cùm fieri nequeat, vt qui ſemel heres fuit, vn-
quam heres eſſe deſinat *l. ait prætor 7. § ſed quod Papinia-*
nus, ff. de minor. l. ei qui ſoluendo 88. hoc tit. D. hered. inſti-
tue. nec rurſus vt eo manente herede ſubſtitutus admitti
herêſque fieri poſſit, ne contra iuris regulam vni duo in
ſolidum ſint heredes *leg. qui ne contra 141. §. vni duo. De re-*
7 *gul. iur.* † Quæ ratio eſt eius quod dici ſolet, Poſt aditam
hereditatem vulgares ſubſtitutiones expirare, *leg. poſt adi-*
tam 5. Cod. de impub. & aliis ſubſtitut. leg. verbis ciuilibus
7. D. vulg. & pupill. ſubſtit. Proinde mirum non eſt ſi hoc
caſu diſiunctio pro coniunctione accipiatur, quæ tanquã
diſiunctio valere non poteſt. Nam ſi pro diſiunctione
acciperetur, admittendus eſſet ſubſtitutus vulgaris (vnus
ille ſit an plures nihil refert) in eum quoque caſum, quo
Titius hereditatem adiiſſet, ſi modò poſtea ſine liberis de-
ceſſiſſet, quod à iuris ratione & regulis, vt dixi, penitus
8 abhorreret. † Porrò ſicut conditio illa *ſi filium filiámve*
natum natámve ex ſe non habebit, nullum per ſe habet ef-
fectum in caſum aditæ hereditatis, ob idque neceſſariò
coniungenda eſt alteri conditioni *ſi priùs morietur quàm*
hereditatem meam adierit ne fruſtra & inutiliter adiecta
eſſe videatur, ita nec prior illa *ſi priùs morietur quàm*
hereditatem meam adierit ſeparatim accipienda eſt ad ſub-
ſtitutum admittendum in caſum hereditatis non aditæ,
ſed neceſſariò coniunctim cum alia conditione *ſi filium*
filiámve ex ſe natum natámve ſcriptus heres non habebit.
Pluribus enim conditionibus ſimul quamuis diſiunctim
adſcriptis, fieri certè nequit vt poſterior priori coniuncta
videri debeat, quin prior etiam poſteriori in vtrumque
caſum coniungatur. Ita fit vt teſtator qui vulgariter
ſubſtituit ſub hac duplici conditione *ſi Titius priùs mo-*
rietur quàm hereditatem adierit, aut liberos non habebit
vnam tantùm conditionem expreſſiſſe intelligendus ſit,
eámque ſimplicem, indiuiduam, haud ſecus acſi dixiſſet
vnica oratione *ſi Titius ante aditam hereditatem deceſſe-*
9 *rit ſine liberis.* † At finge non de vulgari tantùm ſub-
ſtitutione facienda, ſed de fideicommiſſaria quoque
cogitaſſe teſtatorem, datis vt hodie fieri ſolet, ſubſtitu-
tis vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum,
idque ſub his ipſis conditionibus ita conceptis *ſi Ti-*
tius priùs morietur quàm hereditatem adierit aut fi-
lium filiámve ex ſe natum natámve non habebit, An
perinde dicemus defuncto ante aditam hereditatem ſu-
perſtitibus liberis Titio, ſubſtitutos excludi omni modo
debere? Minimè, vt ego quidem arbitror. Vtraqueque
enim conditio in hoc caſu ſeparatim effectum ſuum ha-
bere commodè poteſt, quando is in aliam atque aliam
cauſam, illa quidem *ſi priùs morietur quàm hereditatem*
meam adierit in cauſam vulgarem: Altera verò *ſi liberos*
ex ſe non habebit in caſum fideicommiſſi, hoc eſt aditæ
hereditatis. Et ideò nulla hic ſubeſt neceſſitas commu-
tandæ diſiunctionis in coniunctionem, ne fiat iniuria vo-
luntati teſtatoris, qui vtrique conditiones æquè facilè con-
iunxiſſet, ſi coniunctas voluiſſet. Atque hæc quidem non-
dum fortaſſis ab alio tam accuratè explicata ad Scæuolam
adnotaſſe ſufficiat, quod ad coniunctionum aut diſiun-
ctionum vim, & poteſtatem pertineret, ne quis credat
Scæuolam alioquin iuris religioſiſſimum adeò facilem, ne
dicam audacem fuiſſe, vt coniunctionem pro diſiun-
ctione acciperet aut contrà, niſi ea mera neceſſitate,
id eſt, eo caſu quo aliter nobis interpretantibus eueni-
ret vt alterutra conditio inutiliter ac inperuacuè adiecta
reperiretur. † Sed illud multò minùs ferre poſſum, quod 10
tot interpretes video exiſtimare, probari ex eo loco, li-
beros in conditione poſitos hoc ipſo vocatos intelligi de-
bere. Nam cùm tota ea lex, vt & totus ipſe titulus ſit de in-
ſtitutionibus directis, non de fideicommiſſis, fatendum
erit Scæuolam ſi in ea fuit opinione, vt Titij heredis in-
ſtituti liberos vocatos crederet, non dubitaſſe, quin ha-
bendi eſſent pro inſtitutis. At quibus obſecro verbis cum
nulla inſtitutionis verba quod ad eos attinet, teſtamen-
to inſerta proponantur? Illis nimirum conditionalibus,
in ſubſtitutione concienda expreſſis, *aut ſi filium filiám-*
ve ex ſe natum natámve non habebit, aut ſi non illis
prorſus nullis. Atquin ij ipſi interpretes qui volunt libe-
ros in fideicommiſſi conditione propoſitos intelligi ſub
ſtitutos, fatentur ferè omnes, non poſſe tamen fieri vt ex
verbis conditionalibus directa inſtitutio vnquam induca-
tur, ex *leg. ſi quis eum 16. §. vltim. ff. de vulg. & pupill. ſub-*
ſtit. quia heredis inſtitutio non niſi expreſſis & ciuilibus
verbis fieri poteſt, *leg. heredes palam. 21. ff. qui teſtament.*
fac. poſſ. inſpecto ſaltem iure vetere, quod fuit tem-
poribus Scæuolæ & ante conſtitutionem illam Impera-
toris Conſtantini, quæ extat in *leg. quoniam indignum.*
15. Cod. de teſtament. neque poſſunt in eam tegi ſuffi-
cere coniecturæ, vt probant illi ex *leg. 1. ff. ſi tab. teſta-*
ment. extab. leg. iubemus 29. C. de teſt. Ergo illud dici nul-
lo modo poteſt, liberos Titij poſitos in conditione apud
Scæuolam videri debere directò, vel inſtitutos. vel ſub-
ſtitutos. † Nec me mouet quod iis verbis *nam prudens* 11
conſilium teſtantis animaduertitur, qui non ſolum fratrem
prætulit ſubſtitutis, ſed etiam eius liberos, videtur Scæ-
uola eandem conſtituere rationem Titij & liberorum, vt
ex teſtatoris voluntate non minus liberi quam pater ſub-
ſtituto præferantur. Ex quo inferunt interpretes, Videri
ergo liberos Titij ſubſtitutis prælatos ex teſtamento, &
conſequenter ſaltem ex fideicõmiſſo, quemadmodum
& Titius ipſe ſine dubio ex teſtamento iis præfertur, vt
verbũ illud *prætulit* poſitum duo determinabilia vnifor-
miter ea determinet, quomodo iidem loqui ſolent vulga-
ri brocardico, quod deſumunt ex *leg. iam hoc iure 4. de*
vulg. & pupill. ſubſtitut. † Nam vel ratiocinatio hæc inep- 12
ta eſt, vel ſi habeas eam pro bona & probabili, nec dicam
concludenti, perinde cogam te fateri, liberos Titij nec pro
fideicõmiſſariis, nec pro directis ſubſtitutis habẽdos eſſe,
ſed pro inſtitutis, quoniam nec alio quàm inſtitutionis
iure, teſtator Titium fratrem prætulit ſubſtitutis. Ita euin-
cam videri liberos patri coheredes datos, quod tamen nõ
magis verum eſſe poteſt, quàm ſi quis diceret ſubſtitutos
ob id ſolùm quòd ex vulgari ſubſtitutione ſuccedere ne-
queant

queant in caſum aditæ hereditatis,ad eiuſdem hereditatis
partem veluti coheredes admittendos eſſe.Contra quàm
placeat Scæuolæ, qui repugnantem teſtatoris voluntatem
ex eo conijcit , quòd Titius fuerat ex toto aſſe inſtitutus
vt & non valdè diſſimiliter argumentatur Papinianus
in *dict.leg.verbis ciuilibus 7.De vulgar.& pupill. ſubſtit.*
13 † Proinde concludendum eſt quod Accurſius bene ani-
maduertit ad *dict.l.Lucius*,in verb. *prætulit* , teſtatorem
in propoſita ſpecie, non modo Titium prætuliſſe ſub ſti-
tutis, & quidem ex teſtamento per inſtitutionem expreſ-
ſam, ſed etiam Titij liberos ab inteſtato, quia tales erant,
qui eo inteſtati iure patruo poſſent ſuccedere faciente
nimirum patruo exitum inteſtati eo caſu quo frater he-
res ſcriptus nollet adire ex inſtitutione. In eòque vel ma-
ximè prudens elucet illud conſilium teſtantis , quod tan-
topere Scæuola commendat : Cùm ſubſtitutis prælati
ſunt liberi heredis inſtituti ad excludendam quidem
ſubſtitutionem , ſed ita tamen vt non idcirco per fidei-
commiſſum grauatus fuerit pater de relinquenda iis he-
reditate. Via namque fideicommiſſi eſt nota cuilibet,
nec iam fere quicquam eſt vulgarius : Eſtque præterea
iis omnibus qui onerantur, nec minus patribus , fortaſ-
ſis etiam magis quàm cæteris moleſta. Sed ſubſtitutum
ita vocare vt non tantùm inſtitutus ei præferatur , ſed
14 etiam liberi heredis inſtituti,† hoc ipſum vero ita tamen
vt non idcirco grauatus ſit heres ſcriptus erga proprios
liberos , nec ei ſit adempta poteſtas de tota hereditate
pro arbitrio diſponendi, prudentis ſanè teſtatoris eſt, nec
adeò cuique obuium, ſiue de vulgari tantum ſubſtitutio-
ne loquamur cum Scæuola , ſiue de fideicommiſſo quod
15 ſub illa conditione *ſi ſine liberis*, relictum proponatur. †
Itaque ſi fingas non fratrem teſtatoris heredem ſcriptum
fuiſſe, ſed extraneum , cuius liberi non poſſint ab inte-
ſtato ſuccedere teſtatori , non ſimiliter patiar te dicere,
quod ait Scæuola, teſtatorem non tantùm heredem ſcri-
ptum , ſed & eius liberis ſubſtituto prætuliſſe , ne qui-
dem ad excluſionem ſubſtituti , quia cùm vulgaris ſub-
ſtitutio fiat in caſum hereditatis non aditæ , fieri nullo
modo poteſt, vt heredis qui repudiauit , aut ante aditam
deceſſerit, liberi, qui ab inteſtato ſuccedere nequeunt,
ſubſtituto prælati eſſe videantur. Fateor non eò minus
facturos eos vt excludatur ſubſtitutus tanquam defectus
conditione , ſi ſubſtitutionis conditio non eum duntaxat
caſum complectatur , quo hereditas non ſit adita , ſed
etiam illum , quo heres inſtitutus ſine liberis deceſſerit
ante aditam hereditatem. At non ex eo fiet vt liberi
prælati dici poſſint , qui nec ipſi vllum ius in iis bonis
habere poſſint , neque ex teſtamento , quia non ſunt
vocati , neque ab inteſtato , quia teſtatori ſunt extra-
nei , neque ex perſona patris , magis quàm ex propria ,
quia nec quicquam iuris in iis bonis pater habuit , aut
16 habere potuit , non adeundo. † Fideicommiſſariæ ſub-
ſtitutionis diuerſa ratio eſt in eo , quod cùm fiat in ca-
ſum aditæ hereditatis , faciat proculdubiò vt eius qui
rogatus eſt liberi , quamuis extranei teſtatoris, non mo-
dò excludant ſubſtitutum per defectum conditionis , ſed
etiam admittantur ipſi ab inteſtato & ſuccedant non
equidem teſtatori, cuius hereditatem aditam fuiſſe po-
nendum eſt , ne alioqui fideicommiſſum intercidat , ſed
patri , licèt non ex nouo propriòque fideicommiſſo. Sed
tamen probare non poſſum , quod ab iis etiam admiſ-
ſum video , qui nobiſcum ſentiunt, liberos in conditio-
ne poſitos non eſſe in diſpoſitione. Hoc quoque caſu
dicendum teſtatorem prætuliſſe ſubſtituto non tantùm
heredem rogatum , ſed & eius liberos. Quandoquidem
non aliud efficit voluntas teſtatoris ponentis Titij here-
dis inſtituti liberos in conditione fideicommiſſi , niſi vt
ſi ſuperuixerint patri, excludant ſubſtitutum *l. filius fa-
milias* 114.§. *cum erit rogatus de legat.* 1 .*leg. cum pater*
77.§.*volo de legat*.2. Sed vt præferantur ſubſtituto et-
iam ab inteſtato, non facit, quia quod patris grauati he-
reditas ab inteſtato peruenit ad eius liberos , & con-
ſequenter cum hereditate illa etiam bona quæ ad ſub-
ſtitutum peruenire debuerant , ſi grauatus ſine liberis
deceſſiſſet, non ſit ex voluntate , iudicio , & prouidentia
teſtatoris, ſed ex beneficio legis, quæ parentum inteſta-
torum hereditates liberis defert. Nec minùs meo iudi-
cio ridiculus eſt , qui liberos in conditione poſitos , ob
id quòd excludant ſubſtitutum , dicit à teſtatore præla-
tos eſſe ſubſtituto , quàm ſi quis diceret teſtatorem qui
heredem ſuum rogaſſet de reſtituenda hereditate , *ſi Ti-
tius proximis Calendis Ianuariis Conſul factus nō eſſet*, aut
ſi nauis ex Aſia non venerit , videri prætuliſſe ſubſtituto
non ſolùm heredem rogatum , ſed etiam Titium , aut
quod multò abſurdius fuerit , nauim quæ ex Aſia vene-
rit. † Aliud enim eſt ſubſtitutum excludi per liberos in 17
conditione poſitos: aliud verò eos ipſos ,per quos exclu-
datur vocari aut præferri. Excludatur ſiquidem ſubſti-
tutus non tam ob perſonas liberorum , quos teſtator in
conditione poſuit , quàm ob defectum conditionis. Eo
prorſus modo quo excluderetur ſi non perſonæ libero-
rum in conditione poſitæ eſſent , ſed aduentus nauis ex
Aſia , vel quid aliud ſimile & inanimatum , in quod nul-
la cadere poſſit adfectio teſtatoris ad fideicommiſſum
tacitum ex coniectura inducendum. † Longèque aliud 18
eſt, quod Scæuola in ſpecie ibi propoſita reſpondit, pru-
dentem teſtatorem, non modo fratrem prætuliſſe ſubſti-
tutis , ſed & ipſius liberos. Tractat enim , vt iam dixi-
mus, non de fideicommiſſaria ſubſtitutione , ſed de vul-
gari,quæ cùm fiat in caſū nō agnitæ hereditatis , ſi adda-
tur cōditio nō exiſtentiū liberorū qui ſint capaces ſuc-
cedendi inteſtato teſtatori,facit proculdubiò,vt qui poſiti
ſunt in conditione liberi videantur prælati , adeóque ta-
citè vocati, licèt non niſi ab inteſtato. † Non aliter 19
quam ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *ſi legitimus heres vindica-
re nolit hereditatem meam , Seius heres eſto* , quo caſu
noſter idem Scæuola reſpondit in *l. ſi quis ita* 82. *eodem
tit.* deficere conditionem teſtamenti legitimo heredita-
tem vindicante, atque ita eſſe potiorem cauſam legitimi
quàm teſtamentarij ſucceſſoris, adóque ex teſtatoris vo-
luntate non quaſi legitimum illum ſucceſſorem , ſi heres
eſſe vellet, inſtitutum eſſe, aut pro inſtituto habendum
voluerit , quem tantùm poſuit in conditione , ſed quia
ponendo eum in conditione ad excludendum inſtitutum
vtique prætulit eum inſtituto, quamuis ab inteſtato:†Et 20
ſi in eo differt, ſpecies illa ab hac quam nunc tractamus,
quod ſi legitimus heres hereditatem vindicare nolit aut
non poſſit in ſpecie *dict. leg. ſi quis ita*, inſtitutus omni-
modo admittitur , tanquam in eum ipſum caſum ſcriptus,
in ſpecie *l. Titius* , fieri poteſt vt Titij heredis liberi
nolint aut non poſſint patruo ſuccedere ab inteſtato,
nec tamen eo minùs excludant ſubſtitutos vulgares pro-
pter vim & poteſtatem conditionis , quæ non ita fuit
concepta *ſi Titius prius moreretur quam hereditatē adiiſ-
ſet aut eius liberi heredes eſſe nollent* , ſed ita, *ſi prius
moreretur quam hereditatem adiiſſet , aut liberos non habe-
ret.* † Vt proinde ad excludendum ſubſtitutum ſufficiat 21
liberos ſupereſſe , licet heredes eſſe nolint aut non poſ-
ſint , quandoquidem ſola eorum , vt ita dicam, ſupere-
xiſtentia,facit deficere conditionem vulgaris ſubſtitutio-
nis. Commutata disiunctiua in coniunctiuam propter
eam rationem quam diximus, acſi ſubſtitutio facta eſſet
in vnum illum caſum , quo Titius ante aditam heredi-
tatem ſine liberis moreretur , vt idem ipſe Scæuola no-
ſter interpretatur. Quo caſu dubitari non poſſet quin
ſuperſtitibus liberis ex Titio ante aditam hereditatem
defuncto , ſubſtituti omnimodo excluderentur , tan-
quam defecti conditione, tametſi liberi illi patruo inte-
ſtato ſuccedere vel noluiſſent vel non potuiſſent , *dict.* §.
cum erit rogatus, quamuis locus ille ſit de fideicommiſſo,
non de vulgari ſubſtitutione. Nulla enim hac parte in-
ter vulgarem & fideicommiſſariam ſubſtitutionem dif-
ferentia eſt , vbi eadem vtriuſque conditio eſt. † Ex 22
eòque apparet quàm parum ad rem faciat quod aduer-
ſus

ſus gloſſæ ſententiam, quam nos probamus, plerique ob-
iiciunt nimis reſtrictum iri Scæuolæ reſponſum ſi ad eos
Titij heredis inſtituti liberos coarctetur, qui patruo in-
teſtati exitum facienti ſuccedere poſſent ab inteſtato.
Quoniam, inquiunt, non alij fratris filij alteriúſve gra-
du agnati aut cognati ad legitimam ſucceſſionem admit-
ti poſſint, quam qui eo viuo iam concepti fuiſſe proben-
tur, *l. 1. § ſi quis proximior. ff. vind. cognat. l. Titius 6. cum
ſeq. ff. de ſuis & legit.* Cum tamen non eò minus verum
ſit deceſſiſſe Titium ſuperſtitibus liberis quòd ij fuerint
concepti poſt mortem patrui atque ita defeciſſe condi-
tionem. Fateor enim æquè excludi ſubſtitutos ob defe-
ctam conditionem, quotieſcunque Titius liberis ſuper-
ſtitibus deceſſerit ante aditam hereditatem ſiue concepti
illi fuerint patruo adhuc viuo, ſiue illo iam defuncto,
quia poſiti ſunt in conditione tanquam liberi & ſuper-
ſtites, non etiam ſub ea conditione ſi poſſent aut vel-
23 lent eſſe heredes. † Nec rurſum nego teſtatorem non poſ-
ſe dici prætuliſſe ab inteſtato fratris filios, quos quia ſe
viuo concepti non fuerint, heredes ab inteſtato habere
non poſſit. Sed nego quicquam in eo abſurdi eſſe, quo-
niam ad tuendam teſtatoris voluntatem, & vt verum ſit
quod ait Scæuola teſtatorem non modò fratrem, ſed &
fratris liberos prætuliſſe ſubſtitutis, ſufficit quòd teſtamē-
ti tempore potuerit teſtator cogitare de fratris liberis qui
ſe viuo conciperentur, etiamſi nullos dum fortaſſis eo ad-
huc tempore conceptos haberet frater. Illud enim po-
ſtea facile poterat euenire vt viuo ano conciperentur ij
quos exinde concipi contingeret, ſiue quòd aliud ple-
rumque ſit tempus teſtamenti, aliud mortis teſtatoris, nec
quicquam prohibeat multis poſt factum teſtamentum
annis ſuperuiuere teſtatorem, ſiue quòd in facienda vul-
gari ſubſtitutione teſtator eum caſum neceſſariò expreſ-
ſiſſet, cuius euentus nō poterat in id tempus differri, quod
à die mortis teſtatoris longè diſtaret, nempe *ſi Titius ante
aditam hereditatem ſine liberis deceſſiſſet*. Non enim mul-
to poſt teſtatorem tempore poteſt decedere, qui decedit
24 ante aditam hereditatem. † quoniam adeundi tempora,
vt plurimùm breuia ſunt & anguſta, vel quia heres cum
cretione ſit inſtitutus, id eſt, ſub conditione illa, quæ
olim vulgaris frequénſque fuit, *ſi intra centum dies here-
ditatem meam adierit, creueritque*, vt eſt apud Vlpianum
*titul. 22. l. Pannonius 86. D. de acquir. hered. l. cretionum
17. C. de iur. delib.* Vel quia cunctante herede, & aditio-
nem in longiorem diem differente ſolet ei à prætore præ-
ſtitui tempus intra quod vel adire debeat vel repudiare.
Id videlicet poſtulantibus creditoribus legatariis & aliis
ſi qui ſunt quorum interſit quàm citò aditam eſſe heredi-
tatem. Quod tempus vt plurimùm ſolebat eſſe centum
dierum *l. 1. 2. & paſſ. ff. eod. tit. de iur. delib.* ſicut & intra
centum dies bonorum poſſeſſio ex edicto prætoris erat
admittenda, præterquàm in liberis & parentibus, qui-
bus tanquam ad bona penè propria venientibus erat an-
nus in eam rem præſinitus *leg. § largius & ſeq. D de ſuc-
ceſſ. edict. iunct. l. vlt. D. quis ord. in bon. poſſ. eruir. leg. pen.
D. rat. rem hab.* † Itaque vix eſſe poteſt vt heres inſtitutus
25 decedat ante aditam hereditatem ſuperſtitibus iis liberis
qui non fuerunt viuo teſtatore concepti, poſſétque id
euenire multò faciliùs in fideicommiſſaria ſubſtitutione,
cui cōditio illa adſcripta eſſet, *ſi heres grauatus quandoque
ſine liberis moreretur*, cùm poſſit heres multis poſt adi-
tam defuncti hereditatem annis vxorem ducere, liberos
ſuſcipere, tum iis ſuperſtitibus mori, nullis ſcilicet tempo-
26 ris anguſtiis eo caſu coarctatus. † Denique tametſi ponas
in ſpecie huius legis nullos ex fratre filios viuo teſtato-
re conceptos fuiſſe, non eo minùs tamen verum eſt, quod
vult Scæuola prudens animaduerti conſilium teſtantis,
qui non tantùm fratrem ſuum, ſed etiam fratris liberos
prætulerit ſubſtitutis, Relatione ſcilicet facta ad id, quod
euenire potuit, potiùs quam ad id quod euenit. Nec
proinde quicquam cauſæ eſt cur cum interpretibus con-
trariæ ſententiæ aſſertoribus dicamus liberos in con-
ditione poſitos, cenſeri debere hoc caſu vocatos, vt præ-
ferantur ſubſtituto. Cùm abundè ſit ſatisfactum & ver-
bis conditionis & voluntati teſtatoris, ſi excludant ſub-
ſtitutum, quomodo excludunt proculdubio omni caſu, licèt
ipſi non admittantur. † Neque enim defendi poteſt quod 27
aliquando vir quidam alioqui non inſubtilis, dicebat, in
ſpecie huius legis ſingulari quodam iure admittendum
eſſe vt patruo poſſint ab inteſtato ſuccedere illi quoque
fratris liberi, qui nō niſi mortuo iam auo fuerint cōcepti,
ſi modò eo tempore concepti reperiantur quo incipiat ex
lege deferri legitima hereditas. Quæ in propoſito ſicuti
non priùs deferri poteſt quàm teſtator fecerit exitum
inteſtati, ita nec priùs quàm frater heres inſtitutus ex-
cluſus ſit per mortem ab adeunda hereditate. Nam
etſi in id vſque tempus pendet cauſa teſtati, quam pe-
nitus extinctam eſſe neceſſe eſt, priuſquàm de legiti-
ma ſucceſſione quæri poſſit, *l. ſi is ad quem 22. l. quamdiu
39. D. de acquir. hered.* non ideò tamen fit vt capax ſit
ſuccedendi ab inteſtato is qui non fuit conceptus viuo
patrefamilias cui ſuccedere velit. † Vnde illud etiam eſt, 28
quòd quamuis in ſuis ſit ſucceſſio vno illo caſu quo poſt
teſtatoris mortem delatio legitimæ hereditatis ex aliqua
cauſa manſerit in ſuſpenſo (ſufficit enim vt alij nulli an-
te hunc, qui ab inteſtato ſuccedere vult delata ſit legiti-
ma hereditas, *l. 1. § ſciendum. D. de ſuis & legitim. l. ſi quis
filio 6. D. de inoff. rupt. & irrit. fact. teſtam. l. ſcripto 7. D.
vnd. lib.*) non alij tamen poſſint ſuccedere, quàm qui
mortis tempore vel in rebus humanis iam fuerint, vel
ſaltem concepti *d. § ſciendum, in fin. d. l. Titius & ſeq. D. de
ſuis & legit.* † Sed illud multò minùs ferre poſſum, quod 29
alij volunt apud Scæuolam, qui de vulgari tantùm, vt
diximus, ſubſtitutione loquitur, non fuiſſe liberos po-
ſitos in conditione fauore patris cùm poſiti fuerint in
eum caſum, quo pater ipſe ante aditam hereditatem mo-
reretur, ſed ipſorum liberorum intuitu vt ſubſtitutis præ-
ferrentur, à quibus alioquin excluſi fuiſſent: indéque fie-
ri conſequens, vt eo ſaltem caſu intelligantur ipſi voca-
ti ex teſtamento, vt quamuis non poſſint admitti tan-
quam heredes directò inſtituti, tamen admitti debeant
iure fideicommiſſi cùm habeant claram voluntatem de-
functi, qui eos proprio ipſorum non alterius fauore po-
ſuit in conditione. Non nego quod illi aiunt, non poſſe
videri liberos in hac ſpecie poſitos in conditione fauore
patris, quomodo viderentur vtique ſi de fideicommiſſa-
ria non de vulgari ſubſtitutione tractaremus. Sed nego
fuiſſe ideò vocatos, cum nihil prohibeat fuiſſe poſitos
in conditione ad excludendum ſubſtitutum, vt ei ab in-
teſtato præferrentur, vtque cauſa inteſtati præcederet
hoc caſu cauſam teſtati: quemadmodum & in ſpecie *d.
l. ſi ita quis*. † Illud verò multò magis nego, vocatos illos 30
eſſe tanquam ex fideicommiſſo, non ſolùm quòd fidei-
commiſſi verba nulla proponantur. Sed etiam quia nec
fideicommiſſum vllum comminiſci poſſumus, quin perſo-
na aliqua ſit, à qua relinqui darique potuerit. A quo au-
tem in propoſito datum præſtandúmque dicemus? An à
patre qui nunquam heres fuerit? Minime. Fiunt. n. fidei-
commiſſa in caſum aguitæ hereditas nec aliter valere
poſſunt quàm ſi hereditas, ex teſtamento adita propona-
tur, quoties fideicommiſſum teſtamento relictum fuit, *l. ſi
nemo 9. D. de teſtam. tutel. l. ea quam 14. C. de fideic.* An ve-
rò à ſubſtitutis? At ne hoc quidem dici poteſt, cùm ex-
cluſi ſint vulgares ſubſtituti per defectum conditionis,
ſub qua fuerant vocati. Neque verò ſi ſemel admiſſi eſ-
ſent fieri vnquam poſſet vt ad liberos in conditione poſi-
tos bona recurrerent, ſiue teſtamētariæ, ſiue legitimæ ſuc-
ceſſionis, aut fideicōmiſſi iure. An denique à legitimis he-
redibus? Atqui ponimus, non alios fuiſſe teſtatori legiti-
mos heredes agnatóſve proximiores, quàm hos ipſos fra-
tris inſtituti liberos poſitos in conditione, quos etiam di-
cimus prælatos fuiſſe ab inteſtato. Concludendum igitur
eſt, Nullos prorſus hoc caſu liberos poſitos in conditione
vocatos dici poſſe ex teſtamento, neque directò, neque

per fideicommiſſum, ſiue directa ſubſtitutio facta ſit, ſiue precaria.

CAPVT XX.

Ad §.ex facto l.ex facto 17.ff.ad S C. Trebel.

SVMMARIA.

1 *Ex hoc §.probari, liberos in fideicommiſſi conditione poſitos, non cenſeri eſſe in diſpoſitione.*
2 *Species eius §.*
3 *Diſtinctionis in hoc § propoſitæ effectus.*
4 *Quid ſibi velit ICtus in d.§.quum ait liberis in conditione poſitis ante deportationem cõcepti bona deportati nonniſi cum ſua cauſa fiſco eſſe vindicanda?*
5 *Quomodo Interpretes accipiant quod d.§.ait Liberos ante deportationẽ ſuſceptos efficere vt fideicommiſſi conditio deficiat?*
6 *Ex Vlpiani ſententia liberos poſt deportationem conceptos quaſi ab alio ſuſceptos fiſco non prodeſſe.*
7 *Ante deportationem conceptos in hoc fiſco ex eiuſdem Vlpiani ſententia prodeſſe vt fideicommiſſi conditionem deficere faciant.*
8 *Fideicommiſſi conditione deficiente fiſcum omnia deportati bona retinere.*
9 *Clauſulam illam* d. §. cùm bona cum ſua quodammodo cauſa fiſco ſint vindicanda, *ad ſuperiorem caſum non pertinere.*
10 *Vlpianum in* d.§.*nullo modo dubitaſſe an liberi in conditione poſiti vocati cenſerentur, & otioſam huius §.quæſtione fore, ſi in conditione poſiti vocati cenſerentur.*
11 *Clauſulam illam*, maximè cùm bona cum ſua quodammodo cauſa, *&c. non bene collocatam fuiſſe.*
12 *Deportati an bona omnimodò & perpetuo cum omni cauſa ſua & onere ad fiſcum deuolui.*
13 *Superiorem illam clauſulam imo & totum illud eius §. reſponſum Triboniani eſſe.*
14 *Liberos in ſpecie* d.§.*non minùs poſt quàm ante deportationem conceptos ad extinguendam fideicommiſſi conditionem prodeſſe debere.*
15 *Verum eſſe non poſſe quod ſub Vlpiani nomine Tribonianus in* d.§.*dicit, liberos poſt deportationem conceptos quaſi ab alio ſuſceptos non prodeſſe.*
16 *Conditionem illam ſi ſine liberis deceſſerit, in* d.§ *propoſitã defeciſſe videri, ſuperſtitibus ex iuſto deportati matrimonio liberis, licet poſt deportationẽ cõceptis.*
17 *Aliam eſſe deportati rationem, aliam eius qui pœna ſeruus factus eſt.*
18 *In ſpecie* §.ſi quis.d.ex facto, *neceſſariam eſſe diſtinctionem an liberi eius qui ſeruus pœna factus eſt ante vel poſt pœnam patri ſuo irrogatam concepti ſint.*
19 *Hanc diſtinctionem ſuperuacuam eſſe poſt Iuſtiniani conſtitutionem quæ hominem liberum pœna ſeruum per ſententiam fieri vetat.*
20 *Diſtinctionem de liberis ante vel poſt deportationem conceptis reijciendam eſſe.*
21 *Iacobi Cuiacij de hac quæſtione ſententia refellitur.*

1 QVoniam † huius loci mentionem aliquam fecimus in præcedentibus, de ipſius quoque ſententia dicendum nobis eſt. Nam & occurrit inter cæteros, de quorum interpretatione tractant noſtri, cùm diſputant, Verum liberi in fideicommiſſi conditione poſiti ſint etiã in diſpoſitione, ex eóque mouentur qui nobiſcum negant eſſe, nec malè meo iudicio. Idipſum enim probat, niſi fallor, apertiſſimè. † Rogauerat quædam mulier filium
2 ſuum, vt ſi ſine liberis decederet hereditatem reſtitueret fratri ſuo. Is poſtea deportatus, in inſula liberos ſuſceperat. Quærebatur apud Vlpianum, an fideicommiſſi conditio defeciſſet. Placet Vlpiano, Conceptos quidem ante deportationem licèt poſteà edantur efficere vt conditio deficiat, poſt deportationem verò quaſi ab alio ſuſceptos non prodeſſe. Maximè, inquit, cùm bona etiam cum ſua quodammodo cauſa fiſco ſint vindicanda.
† Quis verò huiuſmodi diſtinctionis effectus eſt? Vnus 3
ille, quòd cùm fideicommiſſi conditio deficit, propter liberos ante deportationem conceptos, bona omnia deportati ad fiſcum pertinent ex ſententia deportationis, quæ bonorum omnium publicationem ſemper comitem habet. Ad quem tamen pertinere non poſſent, ſi fideicommiſſi conditio extitiſſet, quia in bonis fideicommiſſo ſubiectis fideicommiſſarius fiſco præfertur, & cùm non poſſint ad fiſcum peruenire bona cuiuſquam niſi cum ſuo onere, neceſſe eſt, vt perueniant cum onere fideicommiſſi, ſi quod debitum eſſe proponatur, *l. vnic.*
C.pœn fiſcal.cred.præf.lib. 10 *tit.* 7. † Atqui ſi liberi poſiti 4
in conditione hoc ipſo vocati intelligerentur, dicendum eſſet eos, qui ante deportationem concepti fuiſſent, non magis fiſco prodeſſe ad augendum publicationis emolumentum, quàm ſi poſt deportationem concepti probarentur, quia ipſi non modò fideicommiſſarium excluderent tanquam defectum conditione, ſed etiam fiſcum, hactenus ſaltem, vt ſi fiſcus vniuerſa deportati bona ante ſuſceptos liberos occupaſſet, fideicommiſſum tamen ad quod illi vocati eſſent, iiſdem reſtituere teneretur. Id enim eſt quod lex ait, bona deportati non niſi cum ſua
cauſa fiſco eſſe vindicanda. † Et ita Bartolus locum hunc 5
intelligit, ac poſt eum cæteri veteres ferè omnes qui nec dubitarunt, quin poſiti in conditione liberi nullo modo vocati viderentur. At illi quibus contraria ſententia pla-
cet, negant rectam eſſe interpretationem. † Volunt enim 6
hoc ipſum, quod lex ait, Liberos ante deportationem ſuſceptos efficere, vt deficiat conditio fideicommiſſi, ſic accipi debere, vt ipſi commodum ſentiant ex fideicommiſſo illo tacito, quod in bonis reſtatoris poſt patris mortem iis relictum intelligatur: Propter eà quod non potuerint fiſco deferri niſi cum ſua cauſa. Húncque ſenſum eſſe illorum verborum, *maximè cùm etiam bona quodammodo cum ſua cauſa fiſco ſint vindicanda.* Clauſulam enim illam in fine reſponſi poſitam, ad omnia præcedentia referri debere *ex leg. talis ſcriptura* 30. *in fin. de legat.* 1. Quomodo illi contra Bartolum ratiocinantur. Sed
parum ſubtiliter ſi quid video. † Nam quod Vlpianus ait, 7
filios poſt deportationem conceptos quaſi ab alio ſuſceptos non prodeſſe, nullum penitus alium ſenſum habere poteſt, quàm vt non proſint fiſco, De quo enim alio Vlpianus ſenſiſſet? An fortè verendum erat, ne quis putaret eos prodeſſe patri deportato ad euitandam pœnam, quæ iam inde antequam ſuſcepti eſſent fuerat irrogata non ſolùm per ſententiam, ſed etiam per ſubſecutam ſententiæ executionem? Nimis verò ridiculus ille eſſet, qui vel per ſomnium id putaret. Ergo cùm Vlpiniani ſententia manifeſtiſſima illa ſit, vt liberi poſt deportationem concepti, quaſi ab alio ſuſcepti, non proſint fiſco. In liberis verò ante deportationem conceptis licèt poſt editis,
alind conſtituendum putauerit. † Prorſus conſequens 8
eſt vt non dubitauerint quin liberi ante deportationem concepti fiſco prodeſſe deberent. In quo autem prodeſſe? Niſi in eo vt facerent deficere fideicommiſſi conditionem. Contra quem igitur, niſi contra fideicommiſſarium ad eum excludendum? Atqui non prodeſſent fiſco, ſi ius ita eſſet, vt illi ipſi qui fideicommiſſarium excluderent per defectum conditionis, ad fideicommiſſum inuitati cenſerentur. Quid enim propter eos lucraretur fiſcus, qui in vtrumque caſum aut fideicommiſſario fratri heredis rogati, eiuſdémque deportati, aut ipſius liberis fideicommiſſum reſtituere deberet? Aut quid eius poteſt
intereſſe, an illi an iſtis fideicommiſſum reſtituat? † 9
Igitur vt verum ſit quod Vlpianus ait, prodeſſe fiſco liberos qui ex deportato ante deportationis ſententiam concepti ſunt, licèt poſteà ſint editi, omnimodo ſic

intelligi

intelligi debet, vt deficiente propter eorum exiſtentiam
conditione fideicommiſſi quod à deportato relictum
fuerat ſub ea conditione, *ſi ſine liberis moreretur*, fiſcus
vniuerſa deportati bona retineat, quæ alioquin fideicom-
miſſario reſtituere debuiſſet, ſi aut ſine liberis ille deceſ-
ſiſſet, aut eos tantùm liberos reliquiſſet, qui poſt depor-
9 tationem concepti fuiſſent. † Nam quod in contrarium
obiicitur, clauſulam illam quæ habet bona deportati
quodammodo cum ſua cauſa fiſco eſſe vindicanda, refer-
ri debere ad omnia præcedentia, ideò quod in fine reſ-
ponſi poſita ſit, prorſus improbabile eſt. Nec enim ad
alium caſum referri poteſt, quàm quod relictum fuerit
fideicommiſſum à deportato. Vlpianus verò non aliud
fideicommiſſum ab eo relictum ſupponit, quàm quod
conditionem illam habuerat, *ſi is ſine liberis moreretur*.
10 † De ipſis autem liberis an vocati eſſent nullo modo
dubitauit, at ne quidem de ea dubitatione cogitauit,
quæ in illa vſque tempora nulli vnquam ex prudentibus
venerat in mentem. Immo verò prorſus otioſa eſſet quæ-
ſtio, & manis ſi liberi poſiti in conditione vocati cenſe-
rentur. Nam ſiue ante, ſiue poſt deportationem ſuſcepti
eſſent liberi, ſiue non deberent, vtique ſemper facerent,
vt in omnem caſum fiſcus omnimodo excluderetur: So-
láque inter liberos in conditione poſitos, & fideicommiſ-
ſarium quæſtio ſupereſſet. An pro liberis haberi debe-
rent ad extinguendam fideicommiſſi conditionem, libe-
ri illi qui ex deportato editi fuiſſent, ſiue ante, ſiue poſt
deportationem concepti. Atqui non poteſt negari quin
Vlpianus de iure fiſci diſputet, concludátque liberos in
conditione poſitos, ſi modò concepti ſint ante deporta-
tionem fiſco prodeſſe, non ſibi, vt iam probauimus. Pro-
bat ergo hic locus aperiſſimè liberos in conditione po-
ſitos, licet ab a conmente non cenſeri vocatos, ne quidem
quòd magis eſt ad fiſcum excludendum, tametſi fidei-
11 commiſſarium excludant. † Illam certè clauſulam, *maximè
cum etiam bona cum ſua quodammodo cauſa fiſco ſint vin-
dicanda*, fatebor parum accommodè his verbis concep-
tam eſſe ſubiectámque ei quod proximè dictum erat
ſuſceptos poſt deportationem liberos, quaſi ab alio ſuſ-
ceptos, fiſco non prodeſſe. Nam etiamſi bona non niſi
cum ſua cauſa peruenire ad fiſcum poſſint, non eò
minùs tamen prodeſſent fiſco liberi ad fideicommiſſa-
rium excludendum, bonáque retinenda, ſi ante depor-
tationem concepti proponerentur. Itaque nihil commu-
ne habet ratio illa cum dicto: E contrà, illo etiam caſu
quo liberi ante deportationem concepti prodeſſe debeant
fiſco, non eò minùs verum eſt ad fiſcum deuoluta fuiſſe
12 bona illa deportati omnia cum ſua cauſa. † Nec rurſus
video cur in ea ratione interſeri debuerit ea dictio *quo-
dammodo*. Quaſi verò non omnimodò & perpetuo veriſſi-
mum ſit bona deportati ad fiſcum deuolui, cum ſua omni
prorſus cauſa, & cum ſuo onere, vt Paulus loquitur, in *l. in
facto 60. §. fiſcus, de cond. & demonſt. l. cum fiſco 9. D. ad
SC. Silan. l. 2. § vlt. D. ſi quis aliq. teſt. prohib. l. ſi ſeruus 50.
§. ſi quis de legat. 1. l. 2. de aliment. & cibar. legat. l. 3. in fin.
l. recuſare 6. §. fiſco. D. ad S.C. Treb. l. fiſcus 6. l. dicitur 14.
13 & paſſ. D. de iur. fiſc.* † Indéque nimirum coniiciebam
aliquando, quod nunc ferè auſim affirmare Triboniani
eſſe potiùs quàm Vlpiani clauſulam illam, paulatímque
in illam quoque ſuſpicionem veniebam, vt Triboniano
totum reſponſum adſcriberem, ab illis ſaltem verbis, *non
igitur hoc dicemus*. Neque enim ſic Vlpianus loqui ſo-
let, præſertim qui de ſe in ſingulari numero priùs
fuerat locutus primis illis verbis. *Ex facto tractatum me-
mini* Sed nec præcedentia illa redolent Vlpianum, *Quæ-
rebatur igitur an fideicommiſſi conditio defeciſſet*. Ma-
ximè verò ſubiecta ſtatim & inſultè repetita eadem di-
ctione *igitur* in iis ſequentibus, *non igitur hoc dicemus*,
quæ tamen omnia Triboniano, cæteriſque compoſitori-
bus ſuam in omnibus auctoritatem & ſententiam vltrò
audacterque interponentibus, excidere facilè potue-
runt. Quamquam parum referret cuiuſnam eſſe reſpon-
ſum, Vlpiani an Triboniani, ſi diſtinctio illa, de liberis
ante vel poſt deportationem conceptis, rationi iuris con- 14
ueniret. † Sed me illud magis mouet, quod abhorret à
iuris ratione. Conſtat enim matrimonium non ſolui de-
portatione, vel aquæ & ignis interdictione *l. ſed ſi alia 5.
§. 1. D. de bon. damn. l. res vxoris 24. ver. ſin autem. C. de don.
inter vir. & vx. Nou. 22. de nupt. cap.* 8. Nimirum ſi caſus
in quem maritus incidit, non mutet vxoris adfectionem,
vt eleganter & apertè ſcriptum eſt *l. 1. C. de repud.* Alio-
qui ſi mariti fortunam ſequi mulier nollet, proculdubiò
matrimonium diſſolueretur, *leg. ſi quis ſic ſtipuletur 56.
D. ſolut. matrimon.* quæ ſic omnino accipienda eſt. Cùm
igitur poſt deportationem quoque matrimonium, ſi vxo-
ris conſenſus duret, ac proinde idem numero matrimo-
nium ſit & maneat quod fuerat ante deportationem, pla-
nè non video cur liberi ex eo matrimonio quamuis poſt
deportationem concepti, non debeant prodeſſe ad extin-
guendam fideicommiſſi conditionem, haud ſecus ac ſi
ante deportationem concepti eſſent, cùm fieri nequeat,
vt veri liberi & legitimi non ſint, qui tunc ex vero matri-
monio, nec rurſus vt ex alio homine ſuſcepti videantur,
qui ex eodem matrimonio ſuſcepti ſunt. † Quomodo enim 15
idẽ matrimonium dici poſſet, ſi mariti perſona per pœnã
deportationis mutata eſſe intelligeretur? Aut quomodo
nouum & aliud matrimonium dici deberet, quod in eo
ſtatu, id eſt, poſt deportationem cum eo contrahi am-
plius non poſſet: Multa ſiquidem facta durant, quæ fieri
prohibentur, & longè difficilius eſt contrahi matrimo-
nium, quàm quod iam contractum fuerat retineri, *leg.
patre furioſo 9. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Matri-
monium enim non niſi inter ciues Romanos contrahi-
tur, *§. primo, Inſtitut. de nupt.* Contractum tamen inter
eos quoque retinetur, qui ciuitatem Romanam amiſe-
runt, dummodò retinuerint libertatem, quam certè reti-
net deportatus. *dict. leg. 5. de bon. damnat.* Ergo non po-
teſt verum eſſe quod ſub Vlpiani nomine Tribonianus
vt hanc ſuam diſtinctionem adſtrueret, ita ſcripſit, *poſt
deportationem verò ſuſceptos, quaſi ab alio non prodeſſe.*
† Cúmque certiſſimum ſit, quod iam ſæpius alibi mo- 16
nuimus, conditionum verba naturaliter non ciuiliter
eſſe accipienda, *leg. qui heredi 44. leg. Mæuius 55. de con-
dit. & demonſtr. leg. heredibus 77. §. 1. ff. ad Senatuſconſul-
tum Trebellianum.* Plane non video cur huiuſmodi con-
ditio, *ſi ſine liberis*, non deficiat, ſuperſtitibus ex iuſto
deportati matrimonio liberis, licèt poſt deportationem
conceptis. Nam ſi naturales quoque liberi, id eſt, à
natura ſola non etiam à lege cogniti faciunt, vt fidei-
commiſſi ſub eadem conditione relicti conditio defe-
ciſſe intelligatur, quemadmodum in §. præcedente Vl-
pianus ex Papiniano ſcribit, vtique ſunt iſti plus quàm
naturales, qui etiam legitimi naſcuntur, licèt non in pa-
tris poteſtate. † Fefellit Tribonianum, quod in ea ſpecie, 17
quam Vlpianus tractat in §. ſequenti, talem diſtinctio-
nem videtur probare iis verbis, *ſed ſi ſeruus pœnæ fuerit
conſtitutus nullo antè concepto filio.* Verùm debuit ani-
maduertere quod ex eodem illo §. probatur optimè &
apertiſſimè, aliam eſſe rationem deportati, aliam eius
qui ſeruus pœnæ factus ſit. Deportatus enim licet amit-
tat ciuitatem, retinet tamen libertatem, vt diximus, &
conſequenter matrimonium. At is qui ſeruus pœnæ fa-
ctus eſt, puta in metallum damnatus, cum ciuitatem amit-
tit etiam libertatem, & ideò cum exinde pro mortuo
habeatur, quia ſeruitus adſimilatur morti, *leg. intercidit
59. in fin. de condit. & demonſtrat.* non magis retinere
matrimonium poteſt quàm contrahere, *dicta lege
quinta, de bon. damnat. dict. leg. res vxoris 24. Codice
de donatio. inter vir. & vxor.* † Itaque in illo, qui 18
ſeruus pœnæ factus liberos reliquit, cùm eſſet rogatus
hereditatem reſtituere, *ſi ſine liberis moreretur*, neceſſaria
eſt illa diſtinctio, An liberi concepti ſint ante pœnam
irrogatam ex condemnatione, an poſt, quoniam qui
poſteà concepti ſunt non poſſunt videri concepti ex

eo homine, qui non modo matrimonium liberoſve
habere non potuerit, ſed nec vitam habuiſſe intelliga-
19 tur. Sed hoc inſpecta iuris veteris ratione. Nam ho-
die poſt Iuſtiniani conſtitutionem *Nouell.* 22. *de nupt.*
dict. cap. 8. nulla hac parte differentia eſt inter deportatos
& in metallum damnatos, poſtquàm placuit Iuſtiniano
neminem bene natum fieri poſſe ſeruum pœnæ per ſen-
tentiam. Conſequens enim eſt, quod ibidem Iuſtinianus
conſtituit, vt nec matrimonium quod antea bene con-
tractum fuerat per huiuſmodi pœnæ irrogationem diſſol-
uatur, atque ita vt ſiue ante, ſiue poſt ſententiam con-
cepti ex eo liberi, proſint fiſco ad excludendum fidicom-
miſſarium tanquam defectum conditione, ſi fideicom-
20 miſſum petere quandoque velit. † Ex quo magis intel-
ligimus, quàm verùm ſit, quod nos contra Triboni-
anum diſputamus, in eo herede rogato qui deportatus
tantùm non etiam in metallum damnatus fuiſſet, huic
diſtinctioni De liberis ante vel poſt deportationem con-
ceptis, locum eſſe nunquam potuiſſe, quia nunquam
ita ius fuit, vt deportatione matrimonium diſſolueretur,
ſi modò caſus mariti non mutaſſet vxoris adfectionem,
quam porrò mutatam non fuiſſe neceſſe eſt, quoties poſt
deportationem quoque mulier ex eodem marito liberos
concepiſſe proponitur. † In eòque miror erraſſe virum 21
doctiſſimum Iacobum Cuiacium, qui ſupradictas leges
quaſi pugnantes non aliter ſibi viſus eſt conciliare poſſe
quam ſi diceret, matrimonium deportatione non diſſol-
ui iure gentium, ſed iure Quiritium diſſolui, quod
falſum eſſe conſtat ſatis ex ſuperioribus, ſed conſtabit
etiam apertiùs ex iis quæ de tota illa quæſtione pluribus
tractaturi ſumus in prima parte operis noſtri nondum
editi, nec abſoluti, cui titul. erit *Iuriſprudentia ſententia.*
Cuius abſoluendi edendique ſtudio mirabiliter vrgemur,
nec labori vlli parcimus, vt quod ſemper ſatagimus, no-
uo docendi iuris, ſcribendique genere, ſtudioſorum
commoda & diligentiam, DEO OPTIMO MA-
XIMO annuente, quantum in nobis erit adiuue-
mus.

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI, SERENISSIMI
SABAVDIÆ DVCIS
CONSILIARII AB INTIMIS,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Præſidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
LIBER DECIMVS-OCTAVVS.

CAPVT PRIMVM.

Inſignis Triboniani error in interpretanda Marcelli ad Iulianum nota in l. quamuis 8. §. ſi mulier. D. ad Senatuſconſult. Vellcian.

SVMMARIA.

1 *Muliere apud Primum pro Secundo; mox pro Primo apud creditorem eius interueniente duas interceſſiones ex Iuliani ſententia factas cenſeri.*
2 *Marcellum diſtinxiſſe vtrum hoc actum fuerit vt mulier initio in Primi locum ſubdatur, an verò quaſi debitrix delegetur.*
3 *Primo diſtinctionis caſu ex Marcelli ſententia vnicam interceſſionem eſſe.*
4 *Marcelli ſententia contra Bartolum aſſeritur.*
5 *Quis ſit huius quæſtionis & diſtinctionis effectus?*
6 *Iuliani inductio in dict. §. ex ſententia ſua quænam fuerit.*
7 *Quænam è contrario fuerit Marcelli ſententia eo caſu, quo nonniſi vnam interceſſionem à muliere factam exiſtimauit?*
8 *Primo diſtinctionis caſu nullam pro Secundo apud Primum interceſſionem eſſe, nec proinde vllam actionem Primo aduerſus Secundum reſtitui poſſe.*
9 *Quid in ſententia Marcelli interpretatione Interpretes fefellerat.*
10 *Muliere à Primo eius creditori delegata, licèt duplicem interceſſionem fingamus, vnam tantùm dari ex Velleiano exceptionem.*
11 *Delegatione debitoris ritè facta obligationem ex qua delegatus deleganti tenebatur, & delegantis qui proprio creditori obſtrictus erat, iure nouationis euaneſcere.*
12 *An Marcellus eo caſu quo vnam duntaxat interceſſionem à muliere factam exiſtimauit, nullam mulieri daturus fuerit exceptionem aduerſus Primi creditorem ex delegatione agentem.*
13 *Quis ſit ſenſus horum verborum* d. §. exceptionem eſ

Senatuſcon

Senatuſconſulti Marcellus non daret?

14 *Primam viſionem in d. § hanc eſſe, quum mulier quaſi debitrix delegata eſt.*

15 *Verſiculum,* ſed condemnata, *vſque ad finem* d. §. *ſi mulier à Triboniano Marcelli notam non intelligente perperam additum fuiſſe.*

16 *Reprehenditur quod in* d. verſ. *Tribonianus ponit, mulierem condemnatam, aut omnino condemnandam eſſe creditori cui à Primo fuerat delegata.*

17 *Inauditum quoque eſſe quod ibidem tradit, mulierem condemnatam ei condicere poſſe à quo delegata fuit.*

18 *Mulieri potius ſuccurrendum eſſe aduerſus eum cui obligata eſt quàm aduerſus eum à quo fuit delegata ac proinde liberata.*

19 *Mulieri contra Senatuſconſultum obligatæ tunc demum condictionem dari aduerſus eum cui obligata eſt, quum vel iam ſoluit, vel pro eo haberi debet ac ſi ſoluiſſet.*

20 *Vlpianum in* d. §. *ſi condictionem dandam potuiſſet aduerſus Primi creditorem cui mulier erat delegata daturum fuiſſe.*

21 *Marcellum eo caſu quo vnam tantùm interceſſionem à muliere factam putauit, non id egiſſe, vt mulieris conditionem duriorem faceret.*

22 *Velleiani exceptionem ei cui delegatio facta eſt perinde atque deleganti obiici poſſe.*

23 *Verba illa*, vbi quaſi debitrix delegata eſt, *poſt hæc verba*, in prima viſione, *ab aliquo Interprete addita fuiſſe.*

24 Viſionis *nomen veteribus ICtis prorſus inſolens & nunquam vſurpatum fuiſſe.*

1 VLPIANVS † *in l. quamuis* 8. §. *ſi mulier. D. ad SC. Velleian.* refert ex Iuliano lib. 12. Dig.
Si mulier apud Primum pro Secundo interuenerit, mox pro Primo apud creditorem
eius, duas interceſſiones factas eſſe, vnã pro Secundo apud
Primum, Alterã pro Primo apud creditorem ipſius, ideó-
2 que & Primo reſtitui obligationem & aduerſus eum. †
Subiicit autem eam Iuliani ſententiam à Marcello, qui ad
Iulianum notas ſcripſit, notatam fuiſſe, quaſi in propoſita
quæſtione diſtingui oporteat, Vtrum hoc agatur vt ab
initio mulieri in alterius locum ſubdatur, & onus debito-
ris à quo transferre obligationem creditor voluit, ſuſci-
piat, an verò quaſi debitrix delegetur. *Scilicet*, inquit lex,
vt ſi quaſi debitrix delegata eſt, vna ſit interceſſio. Hæc ve-
rò interpretatio, vt hinc exordiamus, vera eſſe meo iudi-
cio non poteſt. Nam ſi ponas mulierem hanc quaſi debi-
tricem Primi propter interuentionem quam apud Primũ
pro Secundo fecerat, delegatam eſſe creditori Primi, fa-
tendum neceſſariò eſt duplicem eſſe mulieris interceſſio-
nem, vnam ex qua parte delegata eſt à Primo creditori
eius (intercedit.n. mulier, quæ patitur ſe delegari ab eo
cuius verè debitrix antea non fuit, *l. debitrix* 24. *D. eo.
l.* 2. *C. eo.*) Alteram ex qua parte, *quaſi debitrix Primi*, quia
non potuit Primi debitrix eſſe tempore ſecundæ delega-
tionis, niſi quatenus apud Primum iam interuenerat pro
Secundo. Ea namque interuentio fecerat debitricem
Primi, vt mox creditori Primi quaſi debitrix delegari
3 poſſet. † Neque tamen negari poteſt quin Marcelli Iu-
lianum reprehendentis mens illa fuerit, vt probaret al-
tero diſtinctionis caſu vnicam duntaxat interceſſionem
eſſe. Iulianus.n. ſcripſerat indiſtinctè duas factas interceſ-
ſiones. Et certè ita eſt, vt vna tantum interceſſio facta vi-
deri debeat, ſi vt habeat prima pars diſtinctionis, hoc
actum proponatur, vt ab initio mulier in Primi locum
ſubderetur, & ſuſciperet in ſe onus debitoris, Primi vide-
licet, à quo creditor transferre volebat obligationem, &
conſequenter, vt ſubtilior ita verior eſt Marcelli ſenten-
4 tia, quàm Iuliani, licèt contrà Bart. putet. † Etſi enim
ponimus vtroque caſu interueniſſe mulierem etiam apud
Primum pro Secundo, & quidem antequam interueniret
pro Primo apud creditorem eius (alioqui non eſſet Mar-
celli ad Iulianum nota ſatis accommodata:) non tamen
facit ea interuentio vt omnimodo pro Secundo apud
Primum interceſſiſſe videri debeat ſi nec habuit animum
intercedendi, quomodo non poteſt videri habuiſſe cùm
id egit vt ab initio intercederet pro Primo, ideſt priuſ-
quàm de ſuſcipienda Secundi apud Primum obligatione
cogitaret. Siquidem non tam quid factum quàm quid
actum ſit inſpici debet quoties de illo quæritur, an in
fraudem ſenatuſconſulti aliquid geſtum ſit, néc ne: Vi-
deturque prima illa interuentio mulieris pro Secundo
apud Primum non aliam cauſam habuiſſe, quam vt ſub-
ſecutæ delegationi color quæreretur, nec contra Primi
creditorem cui mulier delegabatur, poſſet illa iuuare ſe
æquitate Senatuſconſulti, non ſecus ac ſi verè Primi de-
bitrix fuiſſet. Cùm tamen id omnino ageretur, vt nõ Pri-
mi debitrix fieret, ſed eius qui Primum habebat ſibi obli-
gatum. † Quis verò huius quæſtionis & diſtinctionis ef- 5
fectus eſſe poteſt, ne fruſtra Marcellus à Iuliano diſſenſe-
rit, vnáque hoc caſu non duplicem ſcripſerit factam eſſe
interceſſionem? is nimirum, ſi bene coniicio, qui ſit ei
contrarius, quem Iulianus inducebat ex ſua illa duplicis
interceſſionis aſſeueratione. † Inductio illa erat, vt quia 6
duæ eſſent interceſſiones, duplex quoque fieret reſtitutio
veteris & priſtinæ obligationis. Vna in fauorem Primi
aduerſus Secundum. Altera in fauorem præcipui credi-
toris aduerſus Primum. Id.n. eſt quod ex Iuliano Vlp. ſcri-
bit *& ideò & Primo reſtitui obligationem, & aduerſus eum.*
† Ergo à contrario ſenſu Marcelli ſententiam illam fuiſſe 7
fatendum eſt, vt quo caſu non niſi vnã interceſſionem à
muliere factam exiſtimauit, vnicã quoque duplicem ve-
teris obligationis reſtitutionẽ fieri crediderit. Cuiuſnam
antè? An illius fortaſſe quæ Primo competierat aduerſus
Secundum? Minimè vero. Neque enim hac parte inter-
ceſſionem vllam à muliere factã eſſe Marcellus exiſtima-
uit, niſi altero illo caſu quem nos non tractamus, quo mu-
lier tanquã Primi debitrix creditori eius fuerit delegata.
Alioqui nõ poſſis dicere, quid ille ſibi voluerit, cùm vnà
duntaxat interceſſionem factam eſſe ſcripſit, quandoqui-
dem negari nequeat, quin reuera interceſſerit mulier pro
Primo apud creditorem, cui ſe delegari paſſa eſt pro de-
bito alieno, cũ primo nihil ipſa deberet. † Vt proinde fa- 8
tendum neceſſario ſit, vel duas ſemper eſſe interceſſiones,
quod Iulianus dicebat, vel nullam in propoſita ſpecie pro
Secundo apud Primum: cui planè conſequens eſt, vt
nec vlla actio reſtitui poſſit Primo aduerſus Secundum:
quoniam ea demum actio per prætorem reſtituitur quæ
propter mulieris interceſſionem prorſus extincta eſſet,
nec vnquam reſuſcitanda ſi mulier ſenatuſconſulti auxi-
lio non adiuuaretur. Eſtq; omnino inauditum, vt ibi mu-
lieris interceſſio nulla eſt, reſtitutio aliqua fiat, quia ne-
ceſſe eſt, at nequidem, vt ita dicam poſſibile reſtitui
actionem, quia nunquam fuerit perempta. Nam & ob
eam cauſam reſtitutoria illa actio dicitur etiam reſciſſo-
ria *in l. ſi mulier* 16. *C. ad SC. Velleian.* quod non ni-
ſi reſciſſa mulieris interceſſione competat, & propter ip-
ſam reſciſſionem. Adeò, vt ſi cùm nulla præcederet obli-
gatio, mulier nihilominus id egerit intercedendo, vt
quam obligationem alius contracturus erat ipſa in ſe
ſuſciperet, reſtitutoria actio creditori nulla dari poſſit, ſed
ea potiùs quæ inſtituat magis quàm reſtituat actionem,
vt perinde obligetur is cuius futuram obligationem mu-
lier ſuſcepit, & eodem obligationis genere quo ipſa
mulier eſt obligata: quemadmodum idem Vlp. noſter tra-
ctat eleganter §. *ſi cùm eſſem pen d. l. quamuis.* † Atque 9
ita ni fallor Marcellum interpretati fuiſſent omnes, ſi ab
illis verbis, *an verò quaſi debitrix delegetur*, aliam pla-
néque diuerſam interpretationem in ipſo Vlpiani con-
textu obſeruaſſent. Sed ne Marcelli & Vlpiani ſenſum
ſanè perquàm ſubtile eſſe qui potuerint, Obſtitit primũ
clauſula & interpretatio illa quam nos falſam eſſe iam

docuimus, *ſcilicet vt ſi quaſi debitrix delegata eſt, vna ſit*
interceſſio. Tum & multò magis quod ſequitur, *Proinde*
ſecundum hanc ſuam diſtinctionē in prima viſione vbi quaſi
debitrix delegata eſt, exceptionem ſenatuſconſulti Marcelli
non daret. Contra quem verò non daret? An contra Pri-
mum agentem ex interuentione facta pro Secundo? At-
qui de exceptione quod ad Primum attinet, tractari nul-
lo modo poteſt, quia neque actio vlla eſt quæ Primo com-
petat ex interuentione illa facta pro Secundo, nec pro-
10 inde quæ poſſit elidi per exceptionem. † Ponimus.n.ean-
dem mulierem mox à Primo delegatam fuiſſe creditori,
atque ita per delegationem deſiiſſe debitricem eſſe Pri-
mi, factamque debitricem creditoris, qui à Primo ad mu-
lierem transferre voluit obligationem. Itaque tametſi ſe-
cundum Iulianum duplex ſit interceſſio, non tamen in
ea Iulianus fuit aut eſſe vnquam poſſit ſententia, vt du-
plex etiam ſit exceptio, quæ ex Velleiano detur aduerſus
duplicem illam interceſſionem, cùm vna tantùm ſit actio
nimirum ex delegatione facta pro Primo apud credito-
rem eius, quæ ſicuti mulierem obligauit Primi creditori,
ita & à Primo eam liberauit. Fieri ſiquidem nequit, vt
idem ſit debitor delegantis & eius cui delegatur, vnò ve-
rò per delegationem transfertur obligatio à delegante ab
eo in cuius commodum fit delegatio, *l. delegare eſt. 11. &*
11 *duab. ſeqq. D de nouat.* † Cùmque delegatio nouatio ſit, *l.*
ſi quis abſente 12. cod. nemo dubitat quin delegatione
perſonæ ritè facta, iure nouationis vetuſtior contractus
euanuerit *l. 2. §. vlt. & paſſ. C. eo.* qui.n. debitorem ſuū cre-
ditori delegat pecuniam dare intelligitur, *l. qui debitorem*
18. D. de fideiuſſ. & conſequenter eam ipſam pecuniam
quaſi breui manu à debitore ſuo accipere. Vnde fieri ne-
ceſſe eſt, vt vtrimque tollatur obligatio & delegati ex
qua parte deleganti tenebatur, & delegantis qui proprio
creditoris obſtrictus erat, ſoláque ſuperſit obligatio illa,
quæ per delegationem nunc primùm contrahitur à dele-
gato in eius fauorem cui delegatio fit. Id.n. eſt quod *in*
§. interdum. d. l. quamuis, idem Vlp. noſter ſubiicit, Sol-
uere eū quoq; qui rem delegat: & Paulus *in l. inter cauſſas.*
26. § abeſſe. D. mādat. abeſſe intelligi pecuniā fideiuſſori
etiamſi debitor ab eo delegatus ſit creditori, licèt is ſol-
uendo non fuerit, quia, inquit, bonum nomen facit cre-
12 ditor, qui admittit debitorem delegatum. † An ergo ſu-
pradicta Vlpiani verba ſic intelligemus, vt non fuerit
Marcellus mulieri daturus exceptionem Velleiani aduer-
ſus creditorem Primi agentem ex delegatione, nimirum
illo caſu quo vnam duntaxat interceſſionem à muliere
factam eſſe exiſtimauit? At ne hoc quidem dici poteſt.
Nullus n. omnino caſus eſt in quo Marcellus credere po-
tuerit non interceſſiſſe mulierem, quæ à Primo ſe dele-
gari paſſa eſt, cùm fateatur omni caſu ſaltem vnam eſſe
interceſſionem. Nam vna illa, vel proſſus nulla, vel ſi qua
eſt, ea eſt quæ inducitur ex delegatione. Quòd ſi inter-
ceſſio eſt, ergo admittit exceptionem ſenatuſconſulti
13 quod de fœminarum interceſſionibus factum fuit. † Nec
proinde dici poteſt quo ſenſu donari queant verba illa
exceptionem ei SCti Marcellus non daret. Multò minùs
verò ſi ea retineas quæ præcedunt, *in prima viſione vbi*
quaſi debitrix delegata eſt, cum ſit veriſſimum quod iam
diximus & probauimus, eo caſu quo mulier quaſi debi-
trix à Primo delegata fuerit duplicem haud dubiè factam
eſſe interceſſionem. Huic.n. conſequens eſt vt quamuis
non idcirco duplex exceptio mulieri competere poſſit,
quoniam prioris interceſſionis cauſa per ſubſecutam de-
legationem tota perempta eſt, tamen vna ſaltem excep-
tio competat, ſcil. aduerſus obligationem & actionem
illam, quæ ſola ſupereſt ex cauſa factæ delegationis. Igi-
tur vel nullo caſu, vel hoc vno debuit Marcellus excep-
14 tionem mulieri accommodare. † Taceo quòd ſi verba il-
la *in prima viſione* ſic intelligas, vt ſignificent primā par-
tem illius diſtinctionis quam Marcellus probabat, non
poſſunt conuenire ſequentia illa *vbi quaſi debitrix delega-*
ta eſt. Ita enim Marcellus ſcripſerat *differentiam aliquam*
eſſe vtrum hoc agatur vt ab initio mulier in alterius locum
ſubdatur, & onus debitoris à quo obligationem transferre
creditoris voluit, ſuſcipiat, an vero quaſi debitrix delegetur.
Secunda itaq; nō prima viſio & ſpecies illa Marcello fuit
ſi mulier tanquam debitrix delegetur: eſſetq; hic error et
perſimilis quem nos obſeruauimus lib. 1. c. 3. in *l. Mæuio.*
41. §. 1. de leg. 2. quo loco verba illa, *vbi vir vxori relegat*,
monuimus addita eſſe ab imperito interprete, diſtinctio-
nem quam Iauolenus eo reſponſo tradit, malè ac perpe-
ram accipiente, & ad primam diſtinctionis partem refe-
rente, quod referre debuerat ad ſecundam. Neq; tamen ſi-
militer poſſum perſuaderi vt errorem hunc quē nunc
primum patefacio, adſcribam interpreti. Quis enim inter-
pres quantumuis audax & imperitus tot verba, tanquam
longam interpretationem textui inſerere auſus vnquam
fuiſſet? † Triboniano potiùs ſuccenſeo, qui cum Marcelli 15
notam non intelligeret, cùmque ſic acciperet, quaſi mu-
lieri damnoſa eſſet in eo quod ſenatuſconſulti exceptionē
Marcellus mulieri dare nollet, fauens ille more ſuo longè
plus æquo fœminis putauit ſcil. vir bonus aut corrigendā
aut certè temperandam Marcelli notam: addita etiam to-
ta illa clauſula quæ ſequitur, & ex qua tamē manifeſtius
fiet, quod volumus neque Vlpiani, neque Marcelli eſſe in-
terpretationem hanc quam nos damnamus. Sic.n. ſubiicit,
ſed condemnata vel ante condemnationem condicere vtiq. e
ei à quo delegata eſt poterit, vel quod ei abeſt, vel ſi nondum
abeſt, liberationem. Quid obſecro dici potuit inſulſius, adeò
que mulieri ipſi damnoſius? † Ponit mulierem condem- 16
natam, aut omnimodo condemnandam, ſcil. creditori cui
à Primo fuerat delegata, quaſi ſecundum Marcelli ſen-
tentiam altero ſaltem diſtinctionis caſu non fuerit illa
Velleiani exceptione adiuuanda: Cum tam neq; Iulianus
neque Marcellus, neque Vlpianus, nec denique alius qui-
quam ex prudentibus dubitare vnquam potuerit, quin
aduerſus eam interceſſionem quam Primo mulier feciſſet
patiendo ſe delegari, iuuanda eſſet æquitate ſenatuſcon-
ſulti, non condemnanda. Nemo autem negauerit longè
vtilius fore mulieri ſi non condemnetur quàm ſi cōdem-
netur, quàm ſi condemnatæ aut condemnandæ accom-
modemus condictionem, præſertim aduerſus alium, qui
fortaſſe non ſit ſoluendo: quo ſaltem caſu fatendum eſt
illuſorium & inane auxilium illud fore, quod mulieri præ-
ſtat Tribonianus. † Quod verò idem ille vult, poſſe mu- 17
lierem ei condicere à quo fuit delegata prorſus nouum
eſt & inauditum. Perinde namq; eſt ac ſi quis diceret poſ-
ſe illam ei condicere à quo fuit liberata: cum per dele-
gationem vt diximus contingat ipſo iure liberatio, Atq;
fieri non poteſt vt debitori qui delegatur non ſit vtilis
delegatio ex qua parte liberatur à primo creditore. Nec
igitur fieri vlla ratione poteſt vt aduerſus eum credito-
rem à quo liberatus fuit vllam eo nomine acquirat actio-
nem, multò minùs verò condictionem quæ nec alij dari
ſolet quam ei qui eſt aut aliquando fuit creditor, nec ad-
uerſus alium quam debitorem, ipſo iure potius quam ex
æquitate vlla liberatum. Fatetur mulierem quæ delegatur,
ita liberari à proprio creditore, vt tamen nouam obliga-
tionem contrahat. & creditori creditoris ſui fiato bnoxia.
Ex eáque cauſa nō nego æquiſſimum eſſe vt nil obſtante
illa liberatione ipſi ſuccurratur. † Sed hoc contendo ſuc- 18
currendum ei eſſe aduerſus illum cui obligata eſt, non ad-
uerſus eum à quo fuit liberata Nam & proditum eſt his
ſolis condicendum eſſe quibus quoquomodo ſolutum ſit
non quibus ſolutio proficit, *l. his ſolis ſolis 49. ff. de cond.*
indeb. Et rogo quænā cauſa ſatis iuſta eſſe poteſt propter
quam ſuccurrendum ſit mulieri per condictionem ſiue
aduerſus delegata, ſiue aduerſus eum cui fuit delegata. ni-
ſi quia pro alieno debito interceſſit? At inducit ea res ex-
ceptionem ſenatuſconſulti, & quidem contra eum ſolum
cui mulier obligata eſt, non etiam condictionem: † cui 19
vtique locus eſſe non poteſt niſi vno illo caſu, quo mu-
lier contra ſenatuſconſultum obligata vel iam ſoluerit,
vel pro eo haberi debeat ac ſi ſoluiſſet, puta ſi debito-
rem

rem ſuum delegauerit, vt idem Vlpianus ſubiicit *in d. l. quamuis §. interdū*, vbi quod ait interdū mulieri intercedenti etiā códitionē dandam eſſe, an nō oſtendit apertiſſimè nullū cumq; ab Vlpiano tractatū eſſe caſum, in quo exiſtimauerit cópetere mulieri códitionē? Tantū abeſt vt in eo ipſo §. qui proximè præcedit, códitionē ille mulieri accommodauerit aduerſus delegantem. Nam & illo caſu quo dat mulieri conditionem, dat vtique contra eum ipſum cui mulier fuit obligata & cui ſolui ipſa aut ſolutū eſſe
20 intelligitur.† Ergo & in propoſita ſpecie ſi mulieri conditionem dandam Vlpianus putaſſet, dediſſet vtique contra Primi creditorem cui erat illa delegata, & qui per delegationem ſolus mulieris creditor factus erat, non contra Primum à quo iam erat liberata. Sed & in eo grammaticum mendum eſt quod Tribonianus ait mulierem condicere poſſe quod ſibi abeſt: ſibi enim ſcribendū erat nō ei. Duo ſunt quæ Tribonianum videntur feſelliſſe. Vnum illud quod putauit Marcellum non aliam ob cauſam à Iuliano diſſenſiſſe, quam vt eo caſu quo vna tantum mulieris interceſſio eſſet, Senatuſconſulti exceptionem mu-
21 lieri denegaret.† Cum è contrario non id egerit Marcellus vt duriorem faceret mulieris conditionem, ſed potiùs vt negaret reſtituendam Primo actionem in Secundum, quam tamen reſtituendam eſſe dixerat Iulianus, in quo nihilum mulieris damnum eſt, cuius nec quicquam intereſt an ea actio Primo reſtituatur néc ne, cui nimirum ſufficit quod neque a Primo conueniri poteſt interuentione facta pro Secundo, quandoquidem ab eo liberata eſt per delegationem, & ſi liberata non eſſet, haberet nihilominus exceptionem Velleiani, neque à creditore cui delegata eſt, propter exceptionem perpetuam, quam habet ex Sena-
22 tuſconſulto aduerſus interceſſionem. † Itaque ſecundus Triboniani lapſus fuit, quod exiſtimauit fortaſſe exceptionem Senatuſconſulti quam obiicere mulieri poterat aduerſus Primum agentem ex interuentione apud ſe facta pro Secundo, non poſſe obiici creditori cui facta eſt delegatio *ex l. ſi quis delegauerit 12. ff. de nouat.* Nec animaduertit differre hac parte exceptionem Velleiani, ab exceptione doli, Macedoniani, & cæteris huiuſmodi, hactenus vt perinde poſſit obiici ei cui delegatio facta eſt atq; ipſi deleganti, quoniam in delegatione quoque & ſecunda promiſſione perinde ac in prima interceſſio eſt, vt Paulus eleganter tractat *in l. doli 19. §. diuerſum eod.* vbi ſubiicit eandem cauſam eſſe mulieris & minoris qui circumſcriptus delegatur, quia inquit, ſi etiam nunc minor rurſum circumuenitur: Aliter quàm ſi exceſſerit ætatem
23 viginti quinq; annorum, quãuis adhuc poſſit reſtitui aduerſus priorem creditorem.† Etſi autem videtur mihi tota illa adſcribenda, probabile tamen eſt poſt ea Triboniani verba, *in prima viſione* ſubiectam eſſe ab interprete imperitiore hanc interpretationem, *vbi quaſi debitrix delegata eſt*, ne alioqui fatendum ſit non ſolum cum Iuliano, Marcello, Vlpiano & Iuriſconſultis omnibus, pugnaſſe Tribonianum, ſed etiam cum ſeipſo, qui ad primam viſionem retulerat, non ad ſecundam, quod de Velleiani exceptione mulieri deneganda tanquam ex tacita Marcelli ſententia diuinauerat. Non. n. prima viſio illa fuit Marcello, ſed ſecunda, ſi mulier quaſi debitrix delegetur. † Vt verò Triboniani manum agnoſcam mouet me etiam hoc ipſum *viſionis* nomen quod Triboniano familiare, prudentibus verò prorſus inſolens eſt, & nunquam quod ſciam vſurpatū: Nam quod *in l. ſed etſi lege 25. adeò autem ff. de pet. hered.* ſcriptum legimus *tribus viſionibus relatis*, itemq; *in l. ſi fideiuſſor 29. §. pen. ff. mandat. & l. cum de indebito 15. §. pen. de probat.* mihi æquè ſuſpectum eſt, facitque vt illos quoque locos non minus, quam hunc à Triboniano corruptos eſſe exiſtimem, de quo dicam c. ſeq. Sanè eo *viſionum* nomine Tribonianus vſus eſt in conſtitutione *De confir. D. §. ſi quod autem 14.* in illis verbis, *& in his partibus in quibus perfectiſſimæ viſiones expoſitæ veterum fuerant.* Viſiones latinè vocans quas græca cōſtitutio θεωρίας appellat. Holander malè hic legebat *diuiſione*: Peſſimè

Ioannes vetus gloſſator *fideiuſſione*, vt refert. Azo, ex cuius gloſſa magna, ſi quis eam legere volet, facilè perſpiciet quam parum ſibi vterque ſatisfecerit in obſcuriſſimi corruptiſſimi loci huius interpretatione, nec ferè dubitaſſe Azonem quin Vlpiano aliquis manus intuliſſet, ab iis ipſis verbis quæ nos Triboniani eſſe contendimus.

CAPVT II.

Indicantur aliæ Triboniani additiones in l. ſed etſi lege 25. §. adeò. D. de pet. hered.

SVMMARIA.

1 *Eum qui hereditatem ad alium pertinentem bona fide poſſedit & conſumpſit non niſi in quantum locupletior factus eſt hereditatis petitione teneri.*

2 *An, ſi quis ſe ex aſſe heredem putans quum nonniſi ex parte eſſet, partem dimidiam hereditatis ſine dolo malo conſumpſerit nec locupletior factus fuerit, de ea parte coheredi vel coheredibus teneatur?*

3 *Dubitandi ratio in illa quæſtione quænam fuerit?*

4 *Triboniani eſſe quicquid in* d. §. adeò. *ab illis verbis* ſed in propoſita quæſtione, *vſque ad finem eius* §. *legitur.*

5 V*iſionum nomen in illa Triboniani additione pro opinionibus accipi.*

6 *Tres in propoſita illa quæſtione viſiones ſeu opiniones à Triboniano afferri.*

7 *Variis rationibus probatur verſiculum ſuprà notatum Triboniani totum eſſe.*

8 *Marcellum in d. §. de tribus coheredibus non de duobus tantùm tractaſſe.*

9 *Heredes illos ex æquis & virilibus partibus inſtitutos præſupponit.*

10 *Speciem à Marcello tractatam non ſolùm ad teſtamentarios, ſed etiam ad legitimos heredes & inteſtati ſucceſſiones pertinere poſſe.*

11 *Marcellum in dicta ſpecie & quæſtione non adeò haſitaſſe vt eam indeciſam relinquere voluerit.*

12 *Heredem in propoſita ſpecie, ſi tantum conſumpſerit quantum ex hereditate pro parte ſua ad eum ſpectabat, totum reliquum reſtituere teneri.*

13 *Quatenus per SCtum, quod de hereditatis petitione factum eſt, bonæ fidei poſſeſſoribus conſulatur?*

14 *Contra illud Senatuſconſultum factum iri, ſi ex Triboniani ſententia in ſpecie d. §. ex coheredum portionibus decederet quod alius coheres ex hereditate ſupra partem ſuam conſumpſit.*

15 *Heredem illum licèt ſuperiore caſu ex hereditate, non ex conſumptione locupletior factus ſit, eo tamen lucro priuandum eſſe.*

16 *Grauata ære alieno hereditate, de coheredum portionibus aliquid decedere oportere.*

17 *Ita tamen vt poſſeſſor ille ob conſumptionem bona fide factam nihil ex hereditate cum damno coheredum retineat.*

18 *Interdum fieri vt poſſeſſor hereditatis delatæ occaſione pauperior reuera fiat, nec tamen eo magis quicquam ex hereditate retinere poſſit.*

19 *Huius rei exemplum petitur ex* §. ſi quis d. l. ſed & ſi lege.

20 *Effectus differentiæ inter caſum* §. ſi quis, *& caſum* §. adeò autem, *tractatum.*

21 *Marcellum in* d. §. adeò autem, *pro bonæ fidei poſſeſſore contra coheredes non reſpondiſſe.*

22 *Ratio dubitandi à Marcello ibidem propoſita diluitur.*

23 *Reſpondetur ad rationem pro bonæ fidei poſſeſſore aduerſus coheredes ab Accurſio allatam.*

24 *Reprobatur quod Accurſius in propoſita quæſtione tradit, mediam viam ſequi oportere.*

25 *Quid Tribonianum & Accurſium in propoſita quæſtio-
ne deceperit.*

PVdet ſanè iam pigétque toties Tribonianum accuſa-
re, quod tot iuris noſtri locos malè corruperit: ſed ta-
men facere non poſſum quin ex innumeris qui paſſim oc-
currunt, eos ſaltem patefaciam, quorum interpretatio ex
ea cauſa non ſolũ obſcurior, ſed etiam prorſus inexplica-
bilis facta eſſe videatur. In eóq; mihi tantopere ſatisfacio,
vt non alia meliùs & feliciùs à me obſeruata eſſe putem,
quã quæ in hanc ſententiam contra Tribonianum ſunt à
nobis diſputata. Inſigne exemplum illud eſt, quod proxi-
mo capite protulimus. Conuenient apprimè illa etiã quæ
1 nos nunc proferemus. † In *l. etſi lego 25. §. adeò. ff. de pet.
her.* Vlp. noſter tractans de eo qui hereditatem ad alium
pertinentem bona fide poſſedit & conſumpſit, quem
iam dixerat ex ſenatuſconſulto in eam rem facto non
teneri petitione hereditatis, niſi quatenus locupletior fa-
ctus ſit, Poſt varios caſus propoſitos in quibus dubitari
poterat an locupletior factus dici deberet, vtputa ſi do-
natione, in aliquem collata eum ſibi ad remuneran-
dum ſaltem naturaliter obligaſſet, ab eoque poſtmodum
ἀντίδωρα fortaſſis accepiſſet, aut an ex hereditate poſ-
ſet deducere quod contemplatione delatæ ſibi heredita-
tis paulò latiùs de ſuo patrimonio expendiſſet, aut mu-
tuam pecuniam accepiſſet, pignoríque res heredita-
2 rias dediſſet, † ſubiungit, adeò non teneri eum qui lo-
cupletior factus non eſt, vt ſi quis putans ſe ex aſſe he-
redem cùm non eſſet niſi ex parte partem dimidiam he-
reditatis ſine dolo malo conſumpſerit, Marcellus tractet,
vtrum non teneatur quaſi id quod erogauerit ex eo fue-
3 rit quod ad eum non pertinebat, ſed ad coheredes. †
Dubitandi ratio illa erat quam ex eodem Marcello Vl-
pianus ſubiicit quia & ſi is qui nulla ex parte heres erat
totum quod apud ſe fuiſſet conſumpſiſſet, ſine dubio non
4 teneretur, quaſi nullomodo locupletior factus eſſet. †
Sequitur verò, *Sed in propoſita quæſtione tribus viſioni-
bus relatis vna prima, deinde alia poſſe dici totum quod
ſupereſt reſtituere eum debere, quaſi ſuam partem con-
ſumpſerit, tertia vtrique quod conſumptum eſt decedere,
ait vtique nonnihil reſtituendum. De illo tantum dubitat,
vtrum totum an partem reſtituendam dicat. Puto tamen
reſiduum integrum non eſſe reſtituendum, ſed partem eius
dimidiam.* Hæc ego omnia Triboniani eſſe dico non Vl-
piani, aut Marcelli. Primum propter verborum contex-
tum quem video prorſus inconcinnum & parum elegan-
5 tem more prorſus Tribonianeo. † Nam vt monui ſupe-
riore capite & ex ſequentibus quoque apparebit, quæ nos
diſputauimus c. vlt. huius libri nomen illud *viſionis* nun-
quam à prudentibus noſtris vſurpatum eſt, neq; pro theo-
ria & ſpeculatione, quomodo Antonius Auguſtinus in-
terpretatur, neque pro opinione, quomodo Accurſius &
longè accommodatiùs ad Triboniani ſenſum, qui procul-
dubio ille eſt, vt circa propoſitam quæſtionem tres occur-
6 rẽt opiniones. † Prima illa quæ ſupra relatis Marcelli ver-
bis expreſſa eſt, vt conſumpta pars hereditatis tota cohe-
redum portionibus imputetur. Secunda huic prorſus con-
traria, vt non niſi partem ſuam bonæ fidei poſſeſſor con-
ſumpſiſſe intelligatur: ideóq; totũ quod ſupereſt reſtitue-
re teneatur. Tertia media vt tam ex ipſius parte quam ex
coheredum portionibus pro rata decedat id omne quod
ex tota hereditate conſumptum fuit. Secundò, mouent me
verba illa, *vna prima.* Quid. n. dici potuit ineptiùs, præſer-
tim ſi iungas quæ ſtatim ſequuntur, *deinde alia poſſe dici,*
7 &c. quid ſolutius, & negligentius? † Quare nec dubitat
Accurſius, alioquin ſatis malus Latinitatis magiſter, quin
ſupplendum aliquid ſit, & poſt ea verba, *deinde alia,* in-
ſerendum, *qua continetur*, aut aliud quid ſimile. Debuit
ſanè Tribonianus in præcedentibus ſcribere, *vna proxi-
ma,* non *prima,* vt non ſolum elegantiùs, ſed etiam aper-
8 tiùs & enucleatiùs loqueretur. † Tertio mouet me quod
ſequitur, *Tertia vtriq. quod conſumptum eſt decedere,* Præ-
ferunt. n. hæc verba propter dictionem *vtrique,* quæ bina-
rium duntaxat numerum complectitur, de duabus tantum
portionibus tractari, cum tamen fatendum ſit tractaſſe
Marcellum ſaltem de tribus, Nimirum de portione bonæ
fidei poſſeſſoris qui ſe putabat ex aſſe heredũ cum haberet
coheredes, Itémque de portionibus coheredum quæ non
niſi plures eſſe poterant, & conſequenter ſaltem duæ, ſi-
cut & plures coheredes, de quib. in plurali numero Mar-
cellus locutus fuerat in proponenda quæſtione. Sic. n. ſcri-
pſerat *quaſi id quod erogauerit ex eo fuerit quod ad eũ non
pertinebat ſed ad coheredes*: Itaque ſcribendum erat *omnib.
portionibus quod conſumptum eſt decedere*, non, vt ſcriptũ
eſt *vtrique.* Inde etiam fit, quod Triboniani malum &
inſcitiam prodit apertiùs, vt in definienda quæſtione mẽ-
tio facta ſit dimidiæ partis, in illis verbis, *Puto tamen reſi-
duum integrum non eſſe reſtituendum, ſed partem eius dimi-
diam,* cum tamen pars illa non niſi tertia eſſe poſſit, † ſi 9
ponas vt in dubio ponendũ eſt, ex æquis & virilibus par-
tibus fuiſſe heredes. Nam quæ ratio faceret vt ſi bonæ fi-
dei poſſeſſor qui ſe ex aſſe heredem putabat vnum dũta-
xat coheredem habuiſſet, partem duntaxat dimidiam co-
heredi reſtituere deberet: eadem facit vt ſi duos coheredes
habeat beſſem iis reſtituere debeat, vnicuiq; ſcilicet trien-
tem. Etſi enim fieri potuit vt is bonæ fidei poſſeſſor,
ex ſemiſſe heres inſtitutus eſſet, alij autem coheredes ſiue
duo ſiue plures ex alio tantum ſemiſſe. In dubio tamen
pluribus heredibus ſcriptis ſine partib. aut ita vt quænã
illæ partes ſint ſciri non poſſit, non aliæ partes quam viri-
les & æquales factæ intelliguntur *l. quoties, 9. §. cohere-
des. D. de here. inſtitut. § ſi plures. Inſtitut. eo.* Eſſétque di-
uinatio illa prorſus improbabilis, ſi quis vellet dicere in
ſpecie à Marcello tractata bonæ fidei poſſeſſorẽ ex ſemiſ-
ſe ſolum ſcriptũ fuiſſe, coheredes verò plures ex reliquo:
† Sed neque poteſt ea diuinatio cadere in aliam ſpeciem 10
quam in qua tractetur de heredibus teſtamentariis, cum
ab inteſtato fieri nunquam poſſit vt non ſint æquales por-
tiones eorum omnium qui ſuccedunt, ſiquidem in eodẽ
gradu ſuccedendi & æque proximos omnes eos eſſe, ne-
ceſſe eſt, aut ſaltem ſi quis repreſentationi locus ſit, puta
inter deſcendentes, iure vetere inſpecto, ex illorum per-
ſona ſuccedere qui in eodem gradu fuerunt. Atqui con-
ſtat Senatuſconſultum quod de hereditatum petitionibus
factum eſt, de quo *in l. item veniunt 20. § præter hæc. D. de
pet. her.* licèt de heredibus teſtamentariis loquutum ſit cõ-
tra quos tantum leges caduciariæ locum habere poterant,
tamen ad legitimos quoque heredes & inteſtati ſucceſſo-
res pertinere, *d. l. ſed etſi lego 25. §. ſcire,* ſicut & ad priua-
torum petitiones, *l. 1. C. eo.* licèt in publica cauſa factum
ſit vt Vlp. monet. *in d. l. item veniunt, §. in priuatorum.* Vbi
addit etiam pertinere ad peculium caſtrẽſe & quamlibet
aliam vniuerſitatem, tametſi non loquatur niſi de heredi-
tate, Et verò multo faciliùs poteſt euenire in legitima
ſucceſſione quam in teſtamentaria, vt quis bona fide pu-
tet ſe heredem ex aſſe, qui tamen habeat coheredem, aut
vt ſe putet heredem ex maiore portione quam ei ſit dela-
ta. Proinde nulla ratio eſt, cur credere debeamus, Mar-
cellum de teſtamentariis heredibus concepiſſe quæſtio-
nem quæ in legitimis non minùs accommodatè aut vti-
liter proponi poterat. † Monet me quartò quod non poſ- 11
ſum mihi perſuadere Marcellum in propoſita quæſtione
adeò hęſitaſſe vt eã indeciſam reliquerit, nec rurſum quid
ille tandem concludendum putaret, prætermiſſum ab Vl-
piano fuiſſe. Cui tamen ſi adſcribes verſiculum, *Puto ta-
men reſiduum integrum non eſſe reſtituendũ, ſed partem eius
dimidiam,* non ſolum facies, vt mancus fuerit in referen-
da Marcelli ſententia, ſed etiam vt contrà quam Marcel-
lus ſenſerat, ſenſiſſe ipſe videatur. † Denique ne putes 12
aut diſſenſiſſe prudentes in hac quęſtione, aut diſſentien-
di probabilem cauſam vllam habuiſſe, me illud maxi-
mè & poſtremo loco mouet, quod non exiſtimo poſ-
ſe defendi, vſque adeò faciendum & indulgendum eſ-
ſe bonæ fidei poſſeſſori in hac ſpecie, vt non niſi partem

reſiduæ

reſiduæ hereditatis reſtituere teneatur. Imò verò magis
eſſe puto vt totum reſtituere debeat ſit tantum conſum-
pſerit, quantum ex hereditate ad eum pro ſua parte ſpecta-
bat. Cur non enim credendus ſit ſuam potiùs portionem
quam ex alienis quicquam conſumpſiſſe, quamuis
bonæ fidei poſſeſſor proponatur? Aut quónam iuris vel
æquitatis colore poſſit recuſare, quominus ſui coheredib⁹
nihil niſi portiones ſuas petentibus reſtituat quicquid
ſupereſt ex hereditate, ſi coheredum portionibus id ip-
ſum reſpondeat? Illud namque nemo negauerit ex iuris
ratione reſpondendum fore, ſi bonæ fidei poſſeſſoribus
proſpectum non fuiſſet Senatuſconſulto, quod vtique
non fuerat neceſſarium, ſi non anteà ius tale erat, vt quiſ-
quis alienam hereditatem nullo iure tenuiſſet, ſiue bona
fide ſiue pro prædone, cõdemnatus eſſet ad pleniſſimã re-
ſtitutionem omnium quæ percepiſſet, vt pote nullo pror-
ſus iure perceptorum, tametſi ea perceptione nullatenus
locupletior factus proponeretur. Quæ res cum poſſeſſo-
ribus omnibus magnum adferret damnum, propterea
quòd ſolent ij quibus hereditas aliqua obtigit, tanquam
ditiores facti grauioribus expenſis ſe onerare, dum re ſua
ſe abuti putant, putauit Senatus conſulendum iis ſaltem
13 qui bonæ fidei poſſeſſores fuiſſent. † Quatenus verò con-
ſulendum? An vt etiam lucrum aliquod vel tantillum ex
hereditate ad alium pertinente conſequi aut retinere
poſſent? Minimè. Sed hactenus tantùm, *ne in totum dam-
no afficiantur, ſed in id tantum teneantur in quo locupletio-
res facti ſunt*. Sic enim idem Vlpianus noſter loquitur
in hac lege, §. *conſuluit*. Abundè igitur ſenatuſconſulto
ſatisfactum eſt, ſi bonæ fidei poſſeſſor qui hereditatem,
ſiue in ſolidum, ſiue pro parte alienam conſumpſit to-
tam aut ex parte non verſetur in damno, licèt nec lucri
quicquam retineat. Atqui in propoſita quæſtione tamet-
ſi mecum ſentias, & bonæ fidei poſſeſſorem ad totius re-
ſidui reſtitutionem condemnaueris, nullo tamen eum
damno affeceris, ſed tantum ei lucrum abſtuleris, quod
alioqui ex hereditate ſibi pro parte delata & acquiſita
conſecuturus erat: quod certè valdè diuerſum eſt longé-
que iſta differentia, *non in lucro verſari & damnum ſubi-
re, l. 3. in prin. D. de vi & vi armat. l. quod autem 6. D. quæ
14 in fraud. cred.* cum ſimilib. † At ſi è contrario velis cum
Triboniano coheredum quoque portionibus decedere
quod hic ex hereditate malè conſumpſit, vt non totum
reſiduum, ſed eius partem duntaxat ſiue dimidiam, ſiue
maiorem aut minorem reſtituat, facies vt verſetur in lu-
cro, & aliquid ex ea hereditate retineat, ex qua tamen
tantum conſumpſerit, quantum partem ſuam faceret, ſi
nihil conſumpſiſſet. † Dices fieri quidem eum locuple-
15 tiorem, ſed ex hereditate ipſa quæ ſupereſt, non ex con-
ſumptione. Senatuſconſulti autem propoſitum illud fuiſſe,
vt de conſumptis ita demum bonæ fidei poſſeſſor tene-
retur, ſi locupletior factus eſſet ex ipſa conſumptione,
quaſi conſumptum videri non deberet quod in proprij
patrimonij corpus verſum eſſet vt Papinianus loquebatur
*in l. idem ſeruandum 72. de legat. 2. l. pater 23. D. de ad-
min. legat.* Fateor, ſed hoc contendo nihil abſurdi fore
etiamſi lucrum illud omne quod ex ipſa quoque heredi-
tate retinere velit, ei auferatur, ne coheredum damno
cedat quod ipſe ex hereditate malè conſumpſerit, ſed ip-
ſius potius qui conſumpſit, adeóque ad eam vſque partem
conſumendi ius habuit. Debet enim illi ſufficere quod
nullum idcirco damnum ſentiat, non modò ex conſump-
16 tione, ſed ne quidem ex hereditate. † Ponimus enim
non eſſe alieno ære grauatam hereditatem, neque ex alia
cauſa obligatum hunc coheredem eundémque bonæ fi-
dei poſſeſſorem, vt quicquam de ſuo præſtet occaſione
hereditatis. Alioqui tãto minùs ad eum ex hereditate per-
ueniſſe dicendum eſſet *l. qui concubinam 20. §. cum ita 2.
de legat. 3.* libentérque admitterem eo caſu de cohere-
dum quoque portionibus tantum decedere oportere quan-
tum detracta primùm abſumptáque huius portione de-
17 trahi neceſſe eſſet, ne in damno moraretur. † Sed vt lu-
crum retineat ex hereditate cum damno & diſpendio co-
heredum qui ob dilapidationem ab eo quantumlibet bo-
na fide factam, portiones ſuas imminutas, tantóque mi-
nores conſecuturi ſint, id verò ferre ego nullo modo poſ-
ſum, eſſéque multò conuenientius tantò pauperiorem
fieri hunc bonæ fidei poſſeſſorem ex totius reſidui reſti-
tutione, quantò locupletior ex hereditatis acquiſitione
factus eſſet, vt in ſumma neque pauperior, neque locu-
pletior factus dici poſſet, vt in ſpecie *l. quod bonis 15. §. ex
donationibus. D. ad l. Fal.* in illis verbis, *nam ita fit locuple-
tior, vt tanto pauperior eſſe videatur.* † Quinimò quod 18
magis eſt, fieri etiam interdum poteſt vt occaſione dela-
tæ hereditatis non ſolum non locupletior, ſed etiam re-
uera pauperior fiat hereditatis poſſeſſor, nec tamen eò
magis retinere quicquam ex hereditate poſſit, tametſi
futurum ſit vt moretur in damno. Finge lautiùs enim re
ſua vſum contemplatione illius hereditatis ſibi delatæ,
nec tamẽ hereditatem attigiſſe: An deducet ex heredita-
te quod plus impendit quàm fuerat impenſurus, ſi non
exiſtimaſſet eam ſibi delatam fuiſſe hereditatem? † Ne- 19
quaquam, vt hac ipſa lege ex eodem Marcello Vlpian.
ſcribit *in §. ſi quis re ſua*. Finge mutuam eum pecuniam
accepiſſe quaſi ditiorem factum, Solent enim qui ditiores
ſunt, non ſolùm faciliùs inuenire creditores, ſed etiam
faciliores eſſe ad pecuniam mutuam accipiendam, quam
faciliùs quoque ſe reddituros & exſoluturos ſciant. An ſi
pecuniam illam mutuam malè conſumpſerit, tantundem
deducet ex hereditate, ne alioqui propter hereditatem
eatenus pauperior factus exiſtimetur? Minimè, ſed ipſe
ſe deceperit, vt Vlpian. indubitanter concludit in ſeq. ver.
ſimili modo. Quid denique, ſi non ſolùm pecuniam mu-
tuam acceperit, ſed etiam eius nomine res hereditarias
pignori dederit? An non ſaltem hoc caſu tantundem ex
hereditate deducet? Id quoque negat Vlpian. propterea
quòd nec hoc caſu videatur attigiſſe hereditatem cum
ipſe ſit obligatus: non aliter autem deducere quicquam
poteſt ex hereditate, quam ſi eam attigerit. Quantò mi-
nùs igitur permittendum ei eſt, vt ex coheredum portio-
nibus quicquam deducat, quamdiu aliter, id eſt, ſola
propria portione conſumpta, indemnis ſeruari poteſt?
Quid enim aliud, obſecro, poſſit obtendere, niſi illud
fortaſſe, minùs ſe ex hereditate fuiſſe conſumpturum ſi
non eam totam ſuam eſſe crediſiſſet? Ac qui iudex pro-
pitiis auribus eum audiat ſi hanc ſuam credulitatem fal-
ſamque opinionem velit nocere coheredibus, non vt ſibi
noceat, ſed vt ſibi etiam proſit, lucrúmque etiam poſt
conſumptionem non tam ex hereditate, quàm ex cohe-
redum incommodo conſequatur. Aut quænam maior ra-
tio eſt, propter quam hoc caſu ſubueniendum ei ſit in
præiudicium coheredum, quàm ſi opinione, & vt lex
loquitur, contemplatione delatæ ſibi hereditatis lautiùs
re ſua vſus fuiſſet? Nam & eo caſu perinde verum eſt
paſſum eum diminutionem proprij quoque patrimonij,
contemplatione hereditatis, licèt eam nullo modo atti-
gerit: nec eo magis tamen, vt ex Marcello & Vlpian. di-
ximus, deducere aliquid ex hereditate poteſt † Quod ſi 20
pro eo reſpondeas, differentiam inter hos caſus illam eſſe
quò ſuperiore caſu hereditatem non attigit, quam atti-
git vtique & ex parte conſumpſit in ea ſpecie quam nunc
tractamus, Replicabo differentiæ huius effectum illum
eſſe debere, vt in hac ſpecie poſſit deducere ex heredita-
te quod conſumpſit, nec proprij patrimonij iacturam
inde vllam ſubeat, quam ſubire cogeretur, ſi heredita-
tem non attigiſſet, quamuis non niſi opinione delatæ ſi-
bi hereditatis proprium patrimonium diminuiſſet. Sed
non ſimiliter illud etiam conſequens eſſe, vt hoc ſolo
quod hereditatem attigerit, ac ex parte conſumpſerit,
debeat ius habere deducendi ex coheredum portionibus,
id quod ex propria deducendo poſſit aſſequi, vt neque
ſibi neque coheredibus damnum vllum inferat, ſed ſua
tantùm commoda minuat, eiúſque lucri quod ex delata
hereditate ſperabat, occaſionem amittat, quam facto ſuo

ſibi

21 ſibi ipſe præripuerit. † Et verò ſi prima illa Vlpiani verba ponderes *Adeo autem is qui locupletior factus non eſt non tenetur, vt ſi quis putans ſe ex aſſe heredem, partem hereditatis* (ſic enim lego, ſublata dictione *dimidiam*, tanquam irreptitia ex gloſſa interpretis quem finis §. *fefellerit*, ſecundùm ea quæ ſuprà diximus) *ſine dolo malo conſumpſerit, Marcellus tractet, num non teneatur*, facilè animaduertes, Vlpiano viſum fuiſſe nimirum quod Marcellus quæſtionem hanc propoſuerit, quaſi quæ dubitationem vix vllam haberet. Tantùm abeſt vt credendum ſit Marcellum pro bonæ fidei poſſeſſore contra coheredes reſpondiſſe de reſidui dimidia duntaxat portione iis reſtituenda, aut ſi aliter Marcellus ſenſit, Vlpianum à Mar-
22 cello diſſenſiſſe. † Illa enim ratio dubitandi quam Marcellus propoſuit, quod ſi is qui nulla ex parte heres erit, totum quod apud ſe fuiſſet conſumpſiſſet, ſine dubio non teneretur, quaſi qui nullo modo locupletior factus eſſet, facillimè dilui poteſt ex euidenti ratione diuerſitatis, quam nec Accurſius ignorauit. Cùm enim is qui nulla ex parte heres fuit aliquid vel tantillum ex hereditate conſumpſit, alterutrum euenire omnimodo neceſſe eſt, vt vel ex hereditate ipſa deducatur totum id quod conſumptum eſt, vel in damno moretur bonæ fidei poſſeſſor, ſi quantum conſumpſit tantundem de ſuo patrimonio petitori ſarcire & reſtituere compellatur. Quod non perinde contingit, cùm is qui ex triente heres erat, exiſtimans, ſe ſolum heredem, totum trientem conſumpſit. Is enim non ſolùm ſi beſſem reſidui, ſed & ſi totum reſiduum reddere condemnetur, damnum nullum ſentit, cùm nihil aliud amittat niſi portionem illam ſuam hereditariam quam conſumpſit, & quam in lucro habiturus erat, ſi nihil conſumpſiſſet. Contrà verò ſi totius reſidui dimidiam duntaxat, aut quam aliam portionem reſtituat, non modò in damno non morabitur, ſed etiam lucrum ſentiet, quia quantum ex coheredum portionibus deducet, tantundem ille ſibi habebit & retinebit, tanquam ex hereditaria ſua portione, quaſi quod ſolus ipſe conſumpſit, coheredes omnes ſimul conſumpſiſſe intelligantur: quo neque abſurdius, neque iniquius, meo iudicio,
23 dici quicquam poteſt. † Nam quod Accurſio placet rationem illam facere pro bonæ fidei poſſeſſore, quòd cùm ſit ex parte heres, incertum eſt vtrum de ſuo, id eſt, de ſua duntaxat portione conſumpſerit, an de portionibus coheredum, ideóque meritò conſtitutum eſſe vt ex omnium portionibus pro rata decedat id quod conſumptum eſt. Non puto ſatis probabiliter dici, quia imò certum eſt conſumptum eſſe ex hereditate, non ſecus acſi poſſeſſor ſciuiſſet hereditatis partem duntaxat ſuam eſſe: nec poteſt videri conſumptum ex proprio patrimonio poſſeſſoris pro vlla parte, tametſi fuerit ille fortaſſis minùs impenſurus, ſi non niſi partem hereditatis ad ſe pertinere credidiſſet. Nec enim ſola illa opinio facit quo minùs verum ſit ex hereditate conſumptum. Cur non ergo ex ſola conſumentis portione potiùs quàm ex iis quæ ſpectabant ad coheredes quibus nihil penitus imputari poſſit? Nam & pars hereditatis hereditas eſt, *l. in ſingulis 77. D. ad legem Falc. §. & cum quæſitum. Inſt. eod.* quemadmodum & pars fundi rectè fundus appellatur, *l. planè 34. §. vlt. de leg. 1.* nec eò minùs verum erit conſumptum ex hereditate quod habebitur pro conſumpto ex ſola con-
24 ſumentis hereditaria portione. † Quod verò Accurſius addit mediam viam ſequendam eſſe, ridiculum eſt. Solet enim dici nec illepidè minùs quàm verè id eſſe indicium ruſticorum & imperitiorum, niſi ratio iuris mediam illam viam eligi ſuadeat, quod interdum euenit vt *in leg. vlt. D. de iur. fiſc.* In propoſito autem non maior ratio eſt, vt bonæ fidei poſſeſſor reſidui partem quam vt totum reſiduum retineat. Neque puto Marcellum de eo dubitaſſe, quamuis ſub Vlpiani nomine ita referat Tribonianus. Cui nimirum familiare eſt, vt ſuis opinionibus in Iureconſultorum reſponſa obtrudendis feneſtram patefaciat, ea corrumpere, & quod illi pro certo habuerunt, ſic exprimere, & immutare, quaſi de eo dubitaſſe exiſtimentur, vt videre eſt ex tot Tribonianiſmis à nobis iam antehac obſeruatis. Sicut & viſitatum ei eſt mediam viam ſequi, & mediocritatis laudem ambire in temperamentis pleriſque inducendis, quæ tanquam à iuris ratione prorſus abhorrentia prudentibus placere nunquam potuiſſent, vt *in leg. filio 7. ff. vt lega. nom. caueat.* de qua ſcripſimus lib. 12. cap. 17. & aliis penè innumeris iuris
noſtri locis. † Fefellit haud dubiè Tribonianum, vt & 25
Accurſium, quod ex reſcripto Diui Marci ſcriptum & conſtitutum legimus *in l. Titius 54. ff. ad S. C. Trebell.* de facienda deductione in illius legis ſpecie tam ex hereditate quàm ex patrimonio heredis. Quaſi verò reſcriptum illud Diui Marci quid ſimile aut commune habeat cum propoſita quæſtione. Quod tamen quàm alienum ſit, apparebit facilè ex iis quæ proximo capite diſſeremus, vt ab eiuſdem Triboniani inſcitia vindicemus Vlpianum noſtrum, cuius etiam præclarum reſponſum corrupit ille in alia quæſtione de qua *in §. quod autem*, immediatè ſeq. Vlpianus tractat. Tantò enim clariùs apparebit, non ſibi temperaſſe hominem, cui hac re licebat quicquid libebat, quin hic perinde ac illic impias & prurientes manus Vlpiano inferret.

Capvt III.

Alia Triboniani additio in ead. l. ſed etſi lege §. quod autem quis.

SVMMARIA.

1 *An quòd bonæ fidei poſſeſſor ex hereditate erogauit ex hereditate totum decedat, an verò pro rata patrimonij, poſſeſſoris.*

2 *Ex ratione* in d. §. quod autem, *allegata ſatis apparere quid Vlpianus ad propoſitam quæſtionem reſponderit.*

3 *Verba illa* nam & Diuus Marcus, *vſque ad finem eius §. non Vlpiani ſed Triboniani eſſe.*

4 *Herede rogato quicquid ex hereditate ſupererit reſtituere, erogationes ex hereditate factas non ad ſolam fideicommiſſi deminutionem pertinere, ſed pro rata patrimonij quod heres habuit diſtribui oportere.*

5 *Reſcriptum Diui Marci ad hanc rem pertinens nihil commune habere cum ea quæſtione quam Vlpianus in hoc §. tractat.*

6 *Heredem rogatum reſtituere quicquid ex hereditate ſupererit, quadrantem illibatum fideicommiſſario ex Iuſtiniani conſtitutione ſeruare teneri.*

7 *Poſt eam conſtitutionem heredis ita grauati conditionem in quibuſdam duriorem, in quibuſdam verò meliorem quam antea eſſe.*

8 *Ad quas alienationes illud D. Marci reſcriptum pertinuerit?*

9 *Summam fuiſſe eius reſcripti æquitatem.*

10 *Non tam æquitatem quàm ſtricti iuris rationem facere, vt in ſpecie d. §. poſſeſſor, quod ad victum quotidianum ſumptuſque in eam rem neceſſarios erogaturus fuerat petitori reſtituere debeat.*

11 *Ratio ab Vlpiano allata quomodo ſit accipienda?*

12 *Alia diuerſitas inter ſpeciem huius §. & illam quæ in ſuperiore Diui Marci reſcripto tractatur.*

13 *Totum illum §.* quod autem *Triboniani, non Vlpiani eſſe.*

14 *Nimis generaliter conceptam eſſe quæſtionem initio d. §. propoſitam.*

15 *Eam quæſtionem prout concepta eſt, contradictionem aut euidentem abſurditatem implicare.*

16 *Exemplum de penu hereditaria ebibita ſubiectum ad*

ad propoſitam quæſtionem non pertinere.
17 Penus *in maſculino aut neutro genere nec ab Vlpiano, nec à quoquam alio prudentum vſurpatam fuiſſe.*
18 *Verba illa* ſtatutis ſumptibus *Triboniani manum prodere.*
19 *Graciſmus Triboniano aliàs familiaris ibidem notatur.*
20 *Alia eiuſdem* §. *verba conſtructionem non recipere.*
21 *An in verſic.* & nunc igitur, *noua quæſtio proponatur?*
22 *Exemplum de penu hereditaria exhibita ad ſecundam eámque ſpecialiorem quæſtionem pertinere.*
23 *Quo ſenſu auctor ſecundam quæſtionem ſpecialiorem & ſtrictiorem dixerit?*
24 *Quomodo deductio facienda ſit, quum æqualis eſt hereditatis & proprij patrimonij poſſeſſoris æſtimatio?*
25 *Quæſtionem in verſic.* & nunc igitur *propoſitam dubitatione carere.*
26 *Fruſtra à Triboniano Diui Marci reſcriptum in d.* §. *ad ſuperiores quæſtiones afferri.*
27 *Eo reſcripto ſumptus factos ab herede rogato reſtituere quod ex hereditate ſupererit, ex patrimonio heredis ſaltem pro rata, non autem ex ſola hereditate deduci.*
28 *Reprehenditur quod in fine d.* §. *Tribonianus reſpondit & concluſit.*
29 *Ea quæ poſſeſſor ex hereditate erogauit, quæque etiamſi heredem ſe non putaſſet erogaturus fuiſſet, non quaſi ex ipſius patrimonio ſed velut ex hereditate deducenda eſſe.*
30 *Aliud eſſe*, ſumptum expenſum ferre patrimonio poſſeſſoris, aliud de ipſius patrimonio deduci.
31 *Cur in fine d.* §. *fieri non poſſit vt quæ poſſeſſor ex hereditate erogauit ex ipſius patrimonio deducantur?*
32 *Quid Tribonianum impulerit vt eum Vlpiani locum interpolaret?*

CApui hoc interſerere cogimur, non ſolùm vt quæ
proximè diſputauimus, appareant probabiliora, ſed
etiam vt nobis tam ſæpè Triboniani audaciam ſimul &
inſcitiam accuſantibus tantò maior adhibeatur. Præter id
quod hic §. & ex eadem lege eſt, ex qua is quem ſuperio-
re capite emendauimus, & quod magis eſt eadem ferè
1 rationis ſerie illi coniunctus. † Quærit Vlpianus, An
quod bonæ fidei poſſeſſor ex hereditate erogauit, totum
decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij poſſeſ-
ſoris. Vt puta, inquit, penum hereditariam ebibit, verum
hereditati totum expenſum feretur, an aliquid & patri-
monio eius? Vt nimirum in id locupletior factus videa-
tur, quod ſolebat ipſe ante delatam hereditatem eroga-
re: Id eſt, vt ſi quid lautiùs contemplatione hereditatis
impenderit quaſi iam ditior, in hoc non videatur factus
locupletior. In ſtatutis verò ſuis ſumptibus, hoc eſt,
qui conſtitutam ac penè taxatam habent quantitatem,
vt in familia bene compoſita & ordinata fieri ſolet, vi-
deatur locupletior factus. Vtique enim etſi non tam lau-
tè erogaſſet, aliquid tamen ad victum quotidianum ero-
2 gaſſet. † Qua ea ratione apparet non obſcurè, Vlpianum
ad propoſitam quæſtionem reſpondere, vt prudentibus
noſtris plerunque moris eſt ſententiam ſuam tacitè quo-
que inſinuare, ſola expreſſione rationis, propter quam ita
ſentire quiſque debeat. Neque puto aliud quicquam
eum ſubiunxiſſe quod ad propoſitam quæſtionem per-
3 tineret, quia nec fuit neceſſe. † Itaque quicquid in hoc
§. ſequitur, dico Triboniani eſſe, non Vlpiani, quod &
contextus ipſe verborum facilè indicabit, & ratio ipſa iu-
ris, niſi me fallo. Verba hæc ſunt, *Nam & Diuus Mar-
cus in cauſa Pythodori qui rogatus erat quod ſibi ſuper-
fuiſſet ex hereditate reddere, decreuit ea quæ alienata
erant, non minuendi fideicommiſſi, nec pretium in corpus
patrimonij Pythodori rediiſſe, & ex proprio Pythodori pa-
trimonio, & ex hereditate decedere, non tantum ex heredi-
tate.* † Idem ſanè reſcriptum Diui Marci à Papiniano re- 4
latum eſt in *l. Titius* 54 *D. ad SC. Trebel.* vbi tractans de
fideicommiſſo quo quis rogatus eſt reſtituere *quicquid
ex hereditate ſupererit*, ſcribit Diuum Marcum credidiſſe
huiuſmodi fideicommiſſi verbis bonã fidem ineſſe & ar-
bitrium boni viri, quod & ab eodem Papiniano ſcriptum
eſt in *l.* 3. § *nonnunquam. D. de vſur.* & ideò iudicaſſe ero-
gationes quæ ex hereditate factæ dicebantur, non ad ſo-
lam fideicommiſſi diminutionem pertinere, ſed pro rata
patrimonij quod heres proprium habuit, diſtribui opor-
tere. Quod non tantùm æquitatis ratione, ſed exemplo
quoque motum Imperatorem feciſſe Papinianus ait.
Cùm enim, inquit, de bonis ab emancipato filio confe-
rendis fratribus quæreretur, præcipuum autem quod in
caſtris quæſitũ fuerat militi, relinqui placeret: Conſultus
Imperator ſumptus quos miles fecerat, non ex eo tantũm-
modo patrimonio quod munus collationis pati debuit,
ſed pro rata etiam caſtrenſis pecuniæ decedere oportere
conſtituit. † Sed quid habent iſta cõmune cũ ea quæſtio- 5
ne quam Vlpianus tractat? Nam reſcriptum Diui Marci
rationem præcipuam habet ex bona fide, cui certe non
conuenit nec arbitrio boni viri, vt quicquid impendit
heres rogatus de reſtituendo omni eo quod ex heredi-
tate ſupereſſet, videri debeat ex ſolo fideicommiſſo im-
pendiſſe, ne alioqui eueniat facilè vt fideicommiſſi vti-
litas tota pereat fideicommiſſario. In quo etſi nihil fieret
contra teſtatoris voluntatem, ſi fraus nulla interueni-
ret, ita ſcilicet ferente conditione fideicommiſſi, &
ipſa verborum quibus relictum eſt, conceptione, non
tamen ſatis bona fide videtur facere heres qui ſumptus
omnes à ſe factos fideicommiſſario imputare vult, ſibi
nullos. Præſertim verò ſi per eam imputationem futurum
ſit vt fideicommiſſum illuſorium fiat, & ad nihilum proꝛ-
ſus aut penè redigatur. † Quod ne eueniat, viſum tan- 6
dem eſt Iuſtiniano conſtituendum eſſe vt quiſquis roga-
tus eſt reddere quod ſupererit ex hereditate, non niſi
ad dodrantem vſque alienare poſſit, quadrantem verò
illibatum fideicommiſſario ſeruare omnimodo teneatur,
præterquam ſi ex cauſa dotis vel donationis propter nup-
tias, vel redemptionis captiuorum, vel denique ſump-
tuum ad alimenta neceſſariorum quadrantis quoque di-
minutionem fieri neceſſe ſit *Nouella* 108. *de reſt.* vnde
ſumpta eſt *Authen. contra cùm rogatus. C. ad S.C. Trebel.*
Qua in conſtitutione meminit Iuſtinianus ſupradictæ
Papiniani ſententiæ, itémque reſcripti Diui Marci, ſed ita
vt & prudentiſſimum Iureconſultum, & Imperatorem
optimum ridere videatur. Etſi enim laudat Papiniani di-
ctum tanquam ſapientiſſimum in eo quod heredi ſic, vt
diximus, grauato permittit alienationes, reprehendit ta-
men quod is velut ex ſtudio in ænigmate propoſuerit,
vt tunc ſolùm oporteret prohiberi alienationem, cùm ad
ſoluendum fideicommiſſum ex ſtudio fierent ab eo qui
eſſet oneratus, quaſi hac in re nimis difficile ſit probare,
adeóque inueſtigare qua mente & quo animo accedat
heres grauatus ad alienationem, an bona fide, an gratia
interuertendi fideicommiſſi. De Diuo autem Marco ſic
Iuſtinianus ibidem ſubiicit, *Et tanquam philoſophatus inter
Imperatores Marcus tali quodam propoſito caſu viri boni
arbitrium videri ineſſe talibus verbis diſpoſuit.* † Proinde 7
dubitandum non eſt quin poſt eam conſtitutionem nul-
lus reſcripto Diui Marci, aut Papiniani ſententiæ locus
relinquatur, duriórque hodie ſit conditio heredis ita gra-
uati, quàm olim eſſet in eo quod vſque ad dodrantem
duntaxat ius alienandi habet. Et contrà eiuſdem quoque
melior in eo, quod vſque ad dodrantem liberam habet
alienandi facultatem, nec facti aut iuris quæſtionem
pati poteſt an ex arbitrio boni viri alienatio facta ſit nec-
ne. Cui conſequenter euenit vt ſumptus omnes quos ex
fideicommiſſo erogauit, dum ne dodrantem excedant
imputandi ſint fideicommiſſo in ſolidum, nec vt ante
pro

pro rata patrimonij quod heres habuit, diſtribuendi.
Quod ius nouum etſi neque ratione aliqua iuris nititur,
neque teſtatoris voluntate, quæ ſi fideicommiſſi verba
inſpicias potiùs repugnat, mihi tamen non reprehendē-
dum idcirco videtur, quod certè quam plures, ne dicam
innumeras dirimit facti quæſtiones, vt de quadam Iu-
liani ſententia Vlp. ſcribit in *l. 1. §. ſi heres ad S. C. Tre-*
8 *bell.* † Quinquam non puto ea Nouella Iuſtinianum Pa-
piniani Marcique mentem ſatis percepiſſe: non enim ad
eas alienationes reſcriptum Marci pertinebat, quæ inter-
uertendi fideicommiſſi conſilio factæ eſſent, quas vtique
conſtabat fideicommiſſario nocere non debere, ne ex
parte quidem, *l. deducta* 58. § *vlt. ad S. C. Treb.* Sed ad
eas quæ ſine dolo malo factæ proponerentur, propterea
quod ceſſante quoque fraudis conſilio & ſtudio, vt loqui-
tur Iuſtinianus, id tamen adhuc bona fides exigere vide-
retur, vt ex vtriuſque patrimonij quantitate erogatum
dici deberet quod bona fide per heredem grauatum ero-
gatum fuiſſet. Quod & verba illa noſtri §. demonſtrant,
ea quæ alienata erant non minuendi fideicommiſſi. Cæterum
negari non poteſt, quin Marci reſcriptum à Pap. tantope-
rè laudatum, ſumma æquitate niteretur, ne grauatus he-
res tam facilè iniret alienandi conſilium quod videret,
tametſi ex bona fide rem gereret, non minùs ſibi quam
9 fideicommiſſario captioſum fore. † Summa verò ſtri-
ctáque iuris ratione non nitebatur, quia ſi nihil fidei-
commiſſi verba inſpiceres, non poterat videri rogatus de
vlla re reſtituenda is, qui non aliud reſtituere rogatus
erat quàm quod ex hereditate ſupereſſet, ſi tota hereditas
alienationibus exinanita fuiſſet, dū ne quid dolo malo fa-
10 ctum probaretur. † At in ea ſpecie quàm nos ex Vlpia-
no nunc tractamus, id eſt, cum bonæ fidei poſſeſſor ero-
gauit ex hereditate penum aut quid aliud quod etiamſi
nulla delatæ hereditatis opinio ſuperueniſſet, de ſuo ta-
men aliquatenus erogare debuiſſet, non tam æquitas
quam ſtricta iuris ratio facit, vt quod ad victum quoti-
dianum ſumptúſque in eam rem neceſſarios erogaturus
fuerat reſtituere debeat petitori, cui & reliquum omne
quod ex hereditate percepiſſet reſtituere deberet, ſi non
aduerſus nimium hunc iuris rigorem, auxilium ei propter
bonam fidem porrigeret æquitas ſenatuſconſulti, quæ
hactenus conſulit omnibus bonæ fidei poſſeſſoribus,
vt non niſi in quantum ex hereditate locupletiores facti
ſunt, reſtituere teneantur, quemadmodum ſuperiore cap.
11 dicebamus ex §. *conſuluit*, eiuſdem legis. † Itaque ratio
illa quam Vlpian. adfert, quòd poſſeſſor hic in tantum lo-
cupletior factus videatur quantum de ſuo erogaturus
erat ad victum quotidianum, ſi hereditatem non poſſe-
diſſet, non ſic accipienda eſt quaſi ſtrictum ius hoc pro-
pter quod debeat ille teneri (ſtricti namque iuris ratio ob
quam tenetur vna illa eſt, quòd quicquid ex heredita-
te ad ſe non pertinente erogauit ex re aliena erogauerit)
nec rurſum ita interpretanda vt nudæ æquitatis ratio ſit,
tanquam deficiente, vt aliis pleriſque caſibus, ſummo
iure, ſicut in ſpecie *l. 1. § item Varus*, verſ. *quaquam. D.*
de aqua & aqua pluu. arcend. (neque enim æquitatis au-
xilio indiget petitor, qui ipſo iure tutus eſt, & ſecurus.)
Sed eo pertinet, vt appareat poſſeſſorem hunc conuen-
tum petitione hereditatis ad reſtitutionem eius totius
quantitatis, quam ex hereditate erogauit, tametſi æquita-
tem ſenatuſconſulti poſſit implorare, ne in damno verſe-
tur, id eſt, vt non in plus condemnetur, quàm quo locu-
pletior factus eſt, pro ea tamen parte quam de ſuo ero-
gare omnimodo debuiſſet, ſenatuſconſulto iuuare ſe non
poſſit, cuius quippe æquitas poteſtáſque deficiat, prop-
terea quòd eatenus ſaltem locupletior factus ille ſit: Qua
porrò ſenatuſconſulti æquitate ac poteſtate deficiente,
illud vnum ſupereſt, vt eatenus quoque poſſeſſor non ſo-
lùm ſummo iure, ſed vtiliter quoque & efficaciter poſſit
conueniri: perinde acſi quod ad hanc petitionis partem
12 attinet ſenatuſconſultum nullum extaret. † Ex quo alia
etiam diuerſitas, eáque longè maioris momenti colligi
poteſt inter hāc ſpeciem & illam, de que Marcus reſcri-
pſit. Nam ex reſcripto Diui Marci quod erogatum eſt ex
bonis fideicommiſſarius quantumlibet bona fide, non ſo-
lùm fideicommiſſo decedit, ſed etiam proprio heredis
patrimonio pro rata vtriuſque patrimonij quantitate,
vt Papinianus tractat in *d. l. Titius.* Itaque ſi ponas, vt
exemplo res ſit illuſtrior, æqualem eſſe vtriuſque patri-
monij æſtimationem, æqualiter quoque decedet ex fidei-
commiſſo, & ex patrimonio heredis, id quod fuit aliena-
tum. Finge mille eſſe in fideicommiſſo, mille in bonis he-
redis, alienatum verò fundum qui dignus fuerit aureis
centum. Quinquaginta ex fideicommiſſo, quinquagin-
ta ex patrimonio heredis deducentur. At apud Vlp. nec
fieri, aut ſummo iure aut ex æquitate poteſt eiuſmodi
diſtributio pro rata patrimonij quod habuit bonæ fidei
poſſeſſor. Eadem namque ſpecie retenta, quod ad æqua-
lem vtriuſque patrimonij æſtimationem, ſi fingas poſſeſ-
ſorem conſumpſiſſe ex penu hereditatis ad centum vſ-
que aureos, qui ſi non lautiùs contemplatione delatæ he-
reditatis re ſua vſus fuiſſet, viginti duntaxat da ſuo im-
pendiſſet. Nego debere ex eius patrimonio deduci
quinquaginta. Sic enim fieret vt contra verba, men-
tem & æquitatem ſenatuſconſulti teneretur de conſum-
ptis, ſuprà quam locupletior factus eſſet. Quid ergo? Vi-
ginti tantùm deducentur, quoniam eatenus tantùm lo-
cupletior effectus dici poteſt, cùm non plus de ſuo pa-
trimonio fuerit impenſurus. Idque ex primis ipſius §. ver-
bis tam apertè ſequitur, vt nihil meo iudicio dici poſſit
apertius. † Vnde facilè nec inuitus in ſuſpicionem ve- 13
nio, prima etiam illa verba, totum denique §. Tri-
boniani eſſe non Vlpiani. Non enim niſi ineptè ita
concipi quæſtio potuit. An quòd bonæ fidei poſſeſ-
ſor ex hereditate erogauit, totum decedat ex he-
reditate, an verò pro rata patrimonij poſſeſſoris.
† Primùm, quia ſic propoſita generaliter quæſtio, non 14
tantùm ad hunc caſum pertineret, ſed ad omnes etiam
cæteros in quibus de hereditatis petitione ageretur.
Dicendumque eſſet ſi exemplum reſcripti Diui Marci
ad rem faceret quicquid bonæ fidei poſſeſſor ex heredi-
tate quam ad ſe pertinere crederet, expendiſſet, partim
hereditati, partim proprio eius patrimonio decedere
oportere: quod tamen neque vſquam conſtitutum legi-
mus, neque alio loco in dubitationem deductum. Obſtat
enim auctoritas Senatuſconſulti, quo, vt dixi, ſuccurſum
eſt ex æquitate bonæ fidei poſſeſſoribus contra ſummi
iuris aſperitatem, ne niſi quanto locupletiores facti ſunt
reſtituere teneantur, vt proinde non iam de illo quæren-
dum ſit quid & quantum ſit in hereditate aut in patri-
monio heredis, ſed in quantum factus ſit locupletior is
cui hereditas euincitur. † Deinde non ita ſcribendum 15
erat, *an totum decedat ex hereditate, an pro rata patrimonij*
poſſeſſoris, ſed ſic potiùs, *pro rata hereditatis*, aut ſi mauis,
an verò pro rata ex patrimonio poſſeſſoris. Implicat enim
contradictionem, aut certè pereuidentem abſurdita-
tem, vt dicamus fieri deductionem ex hereditate pro ra-
ta patrimonij bonæ fidei poſſeſſoris. Diſtributio illa di-
cenda eſſet non deductio, & conſequenter ad vtrumque
patrimoniū non ad ſolam hereditatem referenda, ſi quis
cum Papiniano *in d. l. Titius*, loqui vellet. † Sed & ſubie- 16
ctum exemplum de penu hereditaria ebibita, prorſus
alienum eſt à propoſita quæſtione, & quæſtio ipſa ſpecia-
lis, quæ circa exemplum verſatur differens omnino à ge-
nerali. Specialis enim illa eſt, vtrum quod ex penu here-
ditaria ebibitum eſt, totum hereditati expenſum feratur,
an & aliquid patrimonio poſſeſſoris. Aliquid, inquam, id
eſt, vt ſequentia explicant, pro rata ſtatutorum ſumptuū
portione, quos etiam nulla hereditatis delatæ opinione
deceptus, ille de ſuo erogare neceſſariò debuiſſet. Cui
& ſubiecta confirmatio illa conuenit, *vtique enim etſi*
non tam lautè erogaſſet, aliquid tamen ad victum quotidia-
num erogaſſet. Si aliquid duntaxat, Ergo non omnimodo
pro rata patrimonij ea diſtributio fieri debet. Non enim

rata

rata portio patrimonij dicitur ex eiuſmodi ſumptuum
neceſſariorum proportione, ſed ex hereditatis compara-
tione, quæ tamen nihil commune habet cum iis ſumpti-
bus, quos nulla quoque interueniente hereditatis con-
templatione fieri neceſſe fuiſſet. Illa igitur prior quæſtio
generalis, *An quod bonæ fidei poſſeſſor ex hereditate ero-
gauit tantùm decedat ex hereditate, an vero pro rata patri-
monij poſſeſſoris*, non modò ſuperflua eſt, ſed etiam inepta,
& de qua vix dicere vnquam poſſis ad quam ſpeciem ac-
commodanda ſit, nec ſi aliud exemplum perquiras quàm
quod de penu hereditaria ſub Vlpiani nomine Tribonia-
17 nus hîc propoſuit. † Taceo quod *penum* in maſculino aut
neutro genere neque Vlpianus, neque alius quiſquam ex
prudentibus, aut prorſus latinatis auctor vnquam dixit,
quomodo hic Tribonianus *penum hereditarium*, ſed ſem-
per in fœminino, vt videre eſt in *l.* 1. *& tot tit. D. de pe-
nu leg. l.* 1. *§ item ſi ita. D. ad leg. Falcid. l. cùm ſine* 19. *l. ſi
penum* 14. *D. quand. dies legat ced.* & aliis omnibus locis
18 quotquot in iure noſtro ſunt de penu tractantes. † Sed
& verba illa mihi non parum ſuſpecta ſunt, *in ſtatutis
ſumptibus*, pro eo quod Tribonianus dicere voluit, *in ne-
ceſſariis*. Nuſquam enim alibi ſic locutos video Iurecon-
ſultos, qui tamen de neceſſariis ſumptibus iam frequenter
tractant vt nihil apud eos ſit frequentiùs. Neque verò fie-
ri poteſt vt neceſſarij ſumptus certi ſint & ſtatuti, quan-
tumuis diligens, & prouidus paterfam. proponatur, cum
pro temporum & emergentium in dies caſuum varietate,
19 plus minúſve quotidie impendatur. † In ſequenti verò
clauſula, quam ex initio capitis Triboniani eſſe certiùs
affirmauimus, nemo non videt graciſmum Triboniano
qui Græcus fuit, ſimul auiorem quàm Vlpiano in illis ver-
bis, *non minuendi fideicommiſſi*. Adiecſſet enim Vlpianus
gratia, vel quid aliud ſimile Papinianeam elegantiam imi-
tari voluiſſe. Nam Papinianus in *d. l. Titius*. ita ſcribit, *ſi
20 non interuertendi fideicommiſſi gratia*. † Quis verò ſiue
græcus ſiue latinus grammaticus conſtruere vnquà poſ-
ſit contextum illum verborum *decreuit ea quæ alienata
erant minuendi fideicommiſſi, nec pretium in corpus patri-
monij Pythodori rediſſe & ex proprio Pythodori patrimo-
nio decedere & ex hereditate*. Quid enim eſt ad quod re-
ferre poſſis verbum *rediſſe* [illegible] deſit legas rediſſet, nihil
tamen profeceris, niſi in præcedentibus quoque aliquid
immutes aut ſuppleas. Sed omiſſa huiuſmodi verborum
obſeruatione, videamus de reliqua §. ſententia, quidve tan-
dem Tribonianus ex illo diui Marci reſcripto inferre ve-
21 lit. † Subiungit enim, *Et nunc igitur ſtatuti ſumptus vtrũ
ex hereditate decedent, exemplo reſcripti Diui Marci, an
ex ſolo patrimonio, videndum erit*. At quænam obſecro no-
ua hæc quæſtio eſt, ſiue priorem pro decita velis haberi,
ſiue pro indeciſa? Prior enim illa generalis concepta iis
verbis, *An quod bonæ fidei poſſeſſor ex hereditate erogauit
totum decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij
poſſeſſoris*, vtique ad ſumptus omnes pertinebat quos poſ-
ſeſſor feciſſet, adeóque totos ex hereditate ipſa erogaſſet.
22 † Subſequens autem quæſtio quam ſuprà diximus ſpecia-
liorem eſſe, & ad propoſitum exemplum accommodatam
De penu hereditaria ebibita, Vtrum hereditati totum id
expenſum ferri deberet, an & aliquid patrimonio poſſeſ-
ſoris, ad omnes ſumptus ſimiliter non ad ſtatutos tantùm
23 pertinebat, vt probat dictio *totum*. † Eamque quæſtio-
nem ſpecialiorem & ſtrictiorem diximus, non eo reſpe-
ctu quaſi non ſit de omnibus ſumptibus, ſed quia cùm in
priore quæreretur An ſumptus illi ex hereditate facti, pro
rata vtriuſq; patrimonij diſtribuendi eſſent, in hac dubita-
tur duntaxat An eatenus deducendi ſint ex proprio poſ-
ſeſſoris patrimonio, quatenus fuerat ille de ſuo erogaturus.
Quod in exemplo à nobis propoſito multo minùs erat,
quàm ſi pro rata vtriuſque patrimonij eſſet diſtributio fa-
24 cienda. † Poſuimus enim æqualem fuiſſe & hereditatis &
proprij patrimonij æſtimationem. Vtramq; videlicet mil-
le aureorum; Erogatos autem fuiſſe ex penu hereditaria
centum aureos à poſſeſſore, qui ſi ex delata ſibi hered. ta-
re factum ſe ditiorem non putaſſet, viginti tantum de ſuo
impenſurus fuiſſet. Aliud porrò longéque minus eſt quæ-
rere, An viginti duntaxat ex proprio illius patrimonio de-
ducenda ſint, quod omnimodo dicendum eſt, cùm ea-
tenus tantùm locupletior factus videri poſſit. An potiùs
quinquaginta, quod vtique probandum eſſet ſi exemplũ
reſcripti Diui Marci ad hanc ſpeciem trahi poſſet. Quan-
quam & è contrario eueniret vt poſſeſſori eſſet longè
commodius & vtilius pati deductionem pro rata ſui pa-
trimonij quàm pro rata ſumptuum quos de ſuo facere de-
buiſſet ſi poneres multò minùs eſſe in eius patrimonio,
quã de ſuo facere omnimodò debuerit ex cauſa aliqua in-
opinata maiorem eſſe, vt contingit plerumq; grauioribus
expenſis quem inuitum onerari quàm facultatum ſuarum
modus patiatur. † At quæ in proximè relata clauſula vl- 25
timo loco proponitur quæſtio nõ ad omnes ſumptus per-
tinet qui ex hereditate facti ſint, ſed eam tantùm partem
quæ neceſſariis, & vt Tribonianus loquitur, ſtatutis ſum-
ptib. imputari poſſit. Itaque pro reliqua ſumptuum parte
non dubitat Tribonianus, quin tota hereditati expenſa
ferri debeat. Et conſequenter cùm de ſtatutis duntaxat
ſumptibus quærat quorum reſpectu iam diximus locuple-
tiorem factum poſſeſſorem, nullus quoque dubitandi lo-
cus ſupereſt quin deduci non debeant ex hereditate. † De 26
illo verò quæri multò minùs poteſt, An pro vtriuſque
patrimonij rata ſint diſtribuendi exemplo reſcripti D.
Marci, cùm hereditatem minuere nunquam poſſit con-
ſumptio ex qua poſſeſſor locupletior factus ſit. Proinde
tantò clarius apparet cauſam hic nullam fuiſſe propter
quam deberet Tribonianus abuti reſcripto illo D. Marci,
quod nihil aliud præter quàm ſumptuum pro rata vtriuſ-
que patrimonij diſtribuendorum æquitatem induxit. Sed
multò abſurdius illud eſt quod ita loquitur *& nunc igi-
tur ſtatuti ſumptus vtrum ex hereditate decedent exemplo
reſcripti D. Marci*. † Quaſi verò Diuus Marcus cõſtituerit 27
vt ſumptus facti ab herede rogato de reſtituendo omni
eo quod ex hereditate ſupereſſet deducendi ſint ex heredi-
tate, ac non potius ex contrario vt deduci debeant ex pa-
trimonio heredis ſaltem pro rata, cùm antea non niſi ex
hereditate deducerentur. Quamuis enim etiam poſt reſ-
criptum illud deducantur partim ex hereditate, non ta-
men auctoritate reſcripti id fit, ſed iure communi, quod
ante reſcriptum quoque obtinebat, vt verò non ex
hereditate omnes deducantur, ſed partim ex proprio
heredis patrimonio, factum eſt & conſtitutum à Diuo
Marco. † Quid verò tandem reſpondet concluditque 28
nouus hic noſter Vlp. *Et verius eſt*, inquit, *vt ex ſuo
patrimonio decedant ea quæ, etſi non heres fuiſſet, erogaſ-
ſet*. Malus profectò grammaticus in illis verbis, *ex ſuo
patrimonio*, ſcribendum enim fuerat *ex eius* ſi Vallam
conſulimus aut Priſcianum. Malus etiam Iuriſconſultus
in eo quod ſcribit *etſi non heres fuiſſet*. Quaſi bonæ fidei
poſſeſſor, hoc ipſo etiam heres fuerit quod ſe heredem
eſſe exiſtimauit, licèt ad alium pertineret hereditas. † 29
Sed peſſimus denique in eo, quod vult ex patrimonio hu-
ius poſſeſſoris ea decedere, quæ fuerat erogaturus etiamſi
heredem ſe non putaſſet. Etenim non negem eatenus
hunc teneri, quatenus de ſuo impenſurus fuit, nego ta-
men ex eius patrimonio quicquam ideo deduci: Sed
hoc contendo, Teneri eum petitione hereditatis, vt quod
ex hereditate percepit & erogauit, reſtituat pro rata
ſumptuum quos de ſuo erogare debuiſſet, tanquam ea-
tenus locupletior factus, ac proinde condemnandum il-
lum eſſe ad eam reſtitutionem non quaſi ex proprio pa-
trimonio, ſed vt ex hereditate ipſa faciendum, quia
neque ex hereditate abſumptum & diminutum videri
debet, quod in corpus patrimonij verſum eſt, vt ſu-
periore capite dicebamus ex Papiniano in *l. idem ſer-
uandum* 72. *De leg.* 1. *leg. pater* 23. *Digeſt. de admin. legat.*
Facit non ineleganter, quod Paulus ſcribit in *leg. pen.
in fin. Digeſt. de reb. eor. qui ſub tutel.* Non valere qui-
dem venditionem fundi pupillaris licèt exſoluendi æris

alieni gratia factam, ſi ex cæteris eius facultatibus ſolui æs alienum potuit, ſed etiamſi ex ſolui potuerit, ſi tamen illæ res ſaluæ erunt ex quarum pretio æri alieno ſatisfieri potuit, exceptionem doli obſtaturam pupillo qui lucrum captet ex damno alieno. Similiter igitur quod ſaluum eſt totum patrimonium huius poſſeſſoris qui ex hereditate penum erogauit quam alioqui de ſuo erogaturus fuit, facere debet non vt ex ipſius patrimonio quicquam deduci debeat, ſed vt tantò locupletior factus exiſtimetur ex ipſa hereditate, ideóque id reſtituere debeat, non tanquam ſuum, licèt de ſuo, ſed tanquam hereditarium.

30 † Denique aliud eſt ſumptum expenſum ferri patrimonio poſſeſſoris, Aliud verò de ipſius patrimonio deduci. Cùm dicimus expenſas ferri patrimonio poſſeſſoris, hoc ſignificamus intelligi illum factum locupletiorem ex hereditate quæ fecit vt patrimonium integrum potuerit ille ſibi conſeruare, quod alioqui diminutionem ex eo ſumptu paſſurum erat. At ſi ex patrimonio deduceretur, neque ex hereditate factus ideirco locupletior poſſeſſor dicendus eſſet, qui tantò pauperior fieret in proprio patrimonio *arg. leg. quod bonis* 15. §. *ex donationib. D. ad leg. Falcid.* neque ob eam cauſam petitione hereditatis conueniri poſſet, ſed alia actio quærenda eſſet, quæ vel in ipſius perſonam vel patrimonium ipſum dirigeretur, cum petitio hereditatis nihil niſi hereditatem perſequatur. Atqui dubitandum non eſt in propoſita ſpecie quin quod ex penu hereditaria conſumpſit bonæ fidei poſſeſſor ad exibendam familiam quatenus de ſuo in eam rem omnimodo erat impenſurus, tanquam eatenus locupletior effectus reddere debeat iudicio petitionis hereditatis.

31 † Non igitur ea Vlpian. ſententia eſſe debuit, aut potuit, vt ex poſſeſſoris patrimonio idipſum deduci oporteret. Nam etſi poneres aut nullum ipſius eſſe patrimonium, aut tam exiguum, vt neceſſariis ſumptibus ferendis impar foret, non eò minùs condemnandus eſſet petitori & quidem actione illa petitionis hereditatis. Cum tamen ſi ex eius patrimonio deduci ea quantitas deberet, non magis condemnari poſſet quàm deductio fieret ex patrimonio quod vel nullũ, vel minùs idoneum eſſe proponeretur *arg. leg. penult. verſ. quare ſi nulla. D. de reb. cred. leg. 2. leg. quod ſi nulla.* 8. *D. de hered. vel act. vend. leg. sed. tempore* 50. *D. de pec. leg. filiusfam.* 19. *de in rem verſ.*

32 † Credibile autem eſt Tribonianum cùm præcedentis §. de quo ſuperiore cap. diximus, ſententiam corrumperet, eadem manu vel totam hanc quæſtionem quaſi coniunctam & finitimam de ſuo ſub Vulpian. nomine intexuiſſe, vel contextum Vlpiani, ſi quid ille hac de re reſcripſerat, quod minùs credo, corrupiſſe, & ad animi ſui ſenſum potiùs quàm ad iuriſprudentiæ rationem accommodaſſe: captata etiam occaſione proferendi reſcripti Diui Marci, vt ſolet ille huius potiſſimùm Imperatoris & Diui Pij reſcripta referre, eáque ſub prudentum auctoritate ad alias ſpecies quantumlibet diſſimiles extendere. Quod ab eo factum eſſe in ſpecie *leg. Pannonius Auitus* 86. *Digeſt. de acquir. hered. & leg. Pamphilo* 39. *de legat.* 3. nos docuimus & probauimus libr. 14. capit. 1. & 3. Sed addamus etiam aliud exemplum nobilius, necdum, quod miror, ab interprete vllo obſeruatum vt appareat quàm infeliciter Triboniano tanta ceſſerit audacia. Depromemus ex *leg. mulier. quæ duobus* 22. *D. ad SC. Trebell.* Sed quoniam arduus, ne dicam audax quoque hic noſter conatus eſt, priùs dicendum nobis eſt de ſententia §. *Diui.* 1. *leg. filius familias.* 114. *de leg.* 1. vt quæ poſteà contrà Tribonianum diſputaturi ſumus veriora cognoſcantur.

CAPVT IV.

Ad leg filiusfamil. 114. §. Diui 1. de legat. 1.

SVMMARIA.

1 *Rogatum fratris ſui filiis ſub conditione reſtituere, ne quidem ipſis volentibus ante diem fideicommiſſi cedentem ex Seueri & Antonini reſcripto reſtituere poſſe.*

2 *Reſcripti ſenſus & ratio.*

3 *Cur heres de hereditate ſub conditione reſtituenda rogatus etiam volenti fideicommiſſario ante conditionis euentum reſtituere non poſſit?*

4 *Heredem qui in ſpecie eius reſcripti ante conditionis euentum filiis petentibus & vrgentibus reſtituit, eiuſmodi reſtitutione non liberari.*

5 *Cur Marcianus in* d. §. *addiderit* ſui iuris conſtitutis?

6 *Potiſſima ratio cur ex illo reſcripto ante conditionis euentum filiis volentibus reſtitutio fieri non poſſit.*

7 *Primam huius reſcripti rationem ſola iuris ſubtilitate potiùs quam æquitate aut teſtatoris voluntate niti.*

8 *Singulare fideicommiſſum etiam ante diem fideicommiſſario reſtitui poſſe, ſi modo non alterius quam eius interſit.*

9 *Sub conditione relictum, licèt ſingulare ſit, ante conditionis euentum rectè ſolui non poſſe.*

10 *Fideicommiſſum relictum pluribus qui ſint inuicem ſubſtituti, vel cum hac alternatione* aut ei qui euenîete die vel conditione ſuperèrit, *ſiue vniuerſale ſiue ſingulare, ſiue in diem certam vel incertam, vel ſub conditione relictum ſit, non ante diei vel conditionis euentum ſolui poſſe.*

11 *Variis legibus & rationibus hac ſententia confirmatur.*

12 *Examinatur* § à filia. leg. cùm pater 77. de legat. 2. *hanc in rem allatus.*

13 *Species & ratio* §. Seium. l. vxorem 41. ff. de legat. 3.

14 *Superiorem ſententiam etiam tunc obtinere quum perſona fideicommiſſarij non mutatur, ſed ius duntaxat perſonæ.*

15 *Imperatores in* d. §. Diui, *non aliud reſcripturos fuiſſe, etiamſi non ſub conditione ſed ex die certa fideicommiſſum teſtator reliquiſſet, nec rurſus etiamſi de ſingulari non de vniuerſali fideicommiſſo quæſtio fuiſſet.*

REfertur † in hoc §. probatúrque à Marciano reſcriptum Impp. Seueri & Antonini quo placuit, eum qui rogatus eſſet ſub conditione fratris ſui filiis reſtituere ante diem fideicommiſſi cedentem ne quidem ex eorum voluntate poſſe reſtituere his in poteſtate patris agentibus: *non poſſit*, inquit Marcianus, *die fideicommiſſi cedente ſui iuris conſtitutis ipſis debere reſtitui, vel ſi aliquis ex his deceſſerit, non omnib.* Senſus non eſt obſcurus, ſed ratio non ita aperta eſt. 1

† Senſus eſt, Heredi rogato hereditatem reſtituere ſub ea foraſſis conditione *ſi nauis ex Aſia venerit*, non eſſe permittendum vt ante conditionis euentum reſtituat fideicommiſſariis qui adhuc ſint in patris ſui poteſtate, nec ſi velint ipſi, & conſentiant, an propter eam rationem quæ prima facie occurrit, quod futurum ſit vt filiis fiat iniuria ſi per eos acquiratur patri fideicommiſſum, quod iis relictum fuit non patri? Minimè, nam neque volentibus & conſentientib. iniuria vlla facta dici poſſet *l. in diem 9 D. de aqua & aquæ plu. arcend. l. nemo videtur* 145. *de regul. iur.* neque dubitandum eſſet quin ſi durante patria poteſtate conditio eueniret, altérve dies fideicommiſſi cederet, non eò minùs tunc reſtitui fideicommiſſum deberet 2

quod

quod futurum eſſet vt patri per filios acquireretur, *l. cùm*
filiosfamilias 11. *De legat* 1. Sed quòd ante conditionis
euentum hereditatis reſtitutio fieri non poſſit ex volun-
te teſtatoris qui non niſi ſub ea conditione fideicommiſ-
ſum reliquit, adeò vt ex eiuſmodi præmatura reſtitutio-
ne quamuis facta conſentientibus iis omnibus quorum
poteſt intereſſe, non transferantur actiones, quia non
ita reſtituitur hereditas vti teſtator rogauit, inquit Ca-
5 lus in *l. ſed etſi ante diem* 10 *D ad SC Treb.* † haud ſecus
acſi ſub conditione heres ſcriptus pendente conditione
reſtitutionem facere paratus eſſet. Is enim nihil ageret,
vt loquitur Vlp. in *§. vlt. l præced.* quod ego ſic intelligo
etiamſi conſentiret is ad quem deficiente conditione he-
reditas ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato peruenire
deberet: Nimirum quoniam actionum hereditariarum
tranſlatio fieri nulla poteſt niſi ex Senatuſconſulti Tre-
bel. auctoritate *l. 1. & l. 4. l. mulier* 22. *§. vlt. & paſſ. D. ad*
SC. Treb. §. Neronis quidem temporib Inſt. de fideic. her.
Trebellianum autem ſenatuſconſultum de iis tantùm lo-
cutum eſſe qui fidei ſuæ commiſſum ſicuti rogati eſſent,
reſtituiſſent, vt ex iis ſenatuſconſulti verbis apparet, quæ
Vlpianus refert in *d. l. 1. §. 1.* Porrò non reſtituit ſicuti
rogatus eſt, qui cùm ſub conditione rogatus ſit, ante
conditionis euentum reſtituit, non magis quàm ſi Titio
hereditatem reſtituere rogatus, reſtitueret Sempronio,
quamuis ex Titij voluntate. Quæ ſententia & ratio Mar-
celli eſt in *l. ſi mulier* 59. *§. ex aſſe. D. de iur. dot.* vt ſcri-
4 pſimus lib. 5. capit. 7. † Proinde cùm ex eiuſmodi reſtitu-
tione tanquam contra teſtatoris voluntatem facta, &
ſenatuſconſulti auxilio deſtituta non transferantur actio-
nes, neceſſariò conſequens eſt vt per eam non liberetur
is qui hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere debuit,
tametſi filiis ipſis & petentibus & vrgentibus reſtitue-
rit ante conditionis euentum. Siue iam tùm fuerint illi
patria poteſtate liberati per mortem patris aut emancipa-
tionem, ſiue eo reſtitutionis tempore fuerint adhuc in
ſacris patris conſtituti. Vtroque enim caſu eadem ratio
locum habet. Ideóque exiſtente quandoque conditione
ſi tunc reperiantur illi eſſe ſui iuris, perinde agent ex fi-
deicommiſſo acſi nulladum hereditatis reſtitutio facta
eſſet. Id enim eſt quod ait Marcianus *cum poſſit die fidei-*
commiſſi cedente ſui iuris conſtitutis ipſis debere reſtitui.
5 † Cur verò addit *ſui iuris conſtitutis*, ſi verum eſt quod
proxima diximus, nihil intereſſe an præmaturæ reſtitu-
tionis tempore ſui iuris fuerint nécne? Nempe quia ſi eo
tempore quo fideicommiſſi dies cederet, eſſent illi adhuc
in patris poteſtate, perſecutio fideicommiſſi non poſſet
iis competere, ſed ex ipſorum perſona patris, qui porrò
reſtitutionem illam quantumlibet præmaturè factam, cu-
ius fructum & commodum percepiſſet, improbare nul-
lo modo poſſet. Cur enim ei permitteretur vt alie-
num factum improbaret, ex quo lucrum ipſe ſenſiſſet?
arg. l. ſi extraneus 33. verſ. *nec enim quiſquam, ff. de iur.*
dot. Itaque ſicut ratam reſtitutionem habere cogeretur,
ita & ex poſt facto trãſlatio actionum iam inde ab initio
facta intelligeretur, quemadmodum ſi filij ipſi cedente
fideicommiſſi die ſui iuris conſtituti eam reſtitutionem
præmaturè ac in commodum factam ratam haberent,
6 *dicta lege ſed etſi ante diem decimum, in fine.* † At non
illa tantùm ratione mouetur Marcianus vt probet reſcrip-
tum Imperatorum, nec patiatur ante conditionis euen-
tum reſtitui hereditatem filiisfamilias etiam volentibus,
quòd poſſit die fideicommiſſi cedente ſui iuris conſtitu-
tis ipſis debere reſtitui, vt diximus, ſed illa etiam quæ
ad rem noſtram magis pertinent, quòd ſi quis ex fratri-
bus confideicommiſſariis præcederet, ſiue durante adhuc
ſiue ſublata iam patria poteſtate, priùs tamen quàm fi-
deicommiſſi conditio exiſteret, fideicommiſſum ei ſoli
reſtitui deberet qui euenientis conditionis tempore ſu-
pereſſet, atque ita apparet malè anteà reſtitutum omni-
bus fuiſſe fideicommiſſum quod non omnibus debitum
fuiſſet. Quæ ratio iis Marciani verbis expreſſa *vel ſi ali-*
quis ex his deceſſerit, non omnibus, multò generalior &
potentior eſt quam prima, ad præmaturam fideicommiſſi
reſtitutionem impediendam. † Primam enim bonam fa- 7
cit ſola iuris ſubtilitas potiùs quam aut æquitas aut vo-
luntas teſtatoris, ſi tractemus de hereditate cuius præ-
maturam reſtitutionem illud dumtaxat impedire debeat,
quòd fideicommiſſi dies nondum venerit, puta rogato
herede vt poſt decennium reſtituat hereditatem. Nam
ſi vel extra ſenatuſconſulti auctoritatem translatio actio-
num fieri poſſet: vel ſenatuſconſulti verba paterentur
vt ante diem quoque reſtituta hereditate actiones trans-
ferentur, vtique voluntas teſtatoris non repugnaret,
conſentientibus ſaltem iis omnibus quorum intereſſet.
Vt dici ſolet cùm fundus extra familiam alienari prohi-
bitus, ex conſenſu omnium qui de familia ſunt aliena-
tur, *l. nihil propon.* 120 *§. 1. de legat. 1. l. quoties ab omni-*
bus 11. *C. de fideicommiſſ.* Etſi namque ſenatuſconſulti
verba ideo obſtant ne translatio actionum fiat heredita-
te ante diem reſtituta, quòd eo caſu non ſic reſtituatur
hereditas quomodo teſtator voluit, vt diximus, ſi tamen
quæratur, quamobrem eiuſmodi reſtitutio præmatura
non valeat, ex eáque tranſlatio actionum nulla fiat, non
illa ratio adferri poteſt quod voluntas teſtatoris repugnet
aut vtilitas fideicommiſſarij cui proſpicere teſtator vo-
luerit: (vtrique enim plus quàm ſatisfacit is qui poſt diem
reſtituere rogatus ante diem reſtituit, quia & plus præ-
ſtat quàm debeat, niſi proponeres ipſius fideicommiſſarij
potiùs quàm heredis gratia diem adiectam fuiſſe, *l. Iulia-*
nus 15. *alias l. eum qui D. de ann. legat l. 3. §. cum Pollidius.*
D. de v, ur. l. ſi ita relictum 43. *§. Pegaſus de legat. 2. l. Se-*
ius Saturninus 46. *in fin. l. filia* 64. *§. alumno ad SC. Tre-*
bell. ſed quia etiam ſi conſentiant omnes ij quorum in-
tereſt, nulláque vel iis vel teſtatoris fiat iniuria, ſemper
tamen verum eſt verba ſenatuſconſulti obſtare, ne reſti-
tutio ex Trebelliano facta dici poſſit, quia illud quoque
verum eſt, non eſſe factam eam ſicuti ſuerat heres teſta-
mento rogatus, quandoquidem pendet ea res ex verbis
teſtamenti quæ mutari poſt teſtatoris mortem nunquam
poſſunt, ne tum quidem cùm ratio iuris & voluntatis
mutatur ob concurrentem eorum omnium conſenſum
quibus teſtator proſpectum eſſe voluit. † Idque ita eſſe 8
apparet ex eo manifeſtè, quòd ſi non vniuerſale fidei-
commiſſum relictum proponeretur, ſed ſingulare, quod
proinde ad ſenatuſconſulti Trebelliani auctoritatem non
pertineret, ac in quo de tranſlatione actionum quæri
nihil poſſet, proculdubio nihil obſtaret quominus reſti-
tui vtiliter diceretur, prius etiam quàm dies fideicom-
miſſi veniſſet, ſi modo neque alterius quàm fideicommiſ-
ſarij intereſſet, neque tam fideicommiſſarij quàm here-
dis grauati fore reſtitutioni longior dies dicta propone-
retur, *dict. leg. Iauolenus*, aliiſque ſuprà citatis. † Loqui- 9
mur autem, quòd obſeruari volumus, de fideicommiſſo
relicto in diem certam non autem de eo, quod ſub con-
ditione, quia ſi ſub conditione fideicommiſſum, licèt
ſingulare relictum ſit tametſi ceſſet ratio illa, quæ ex ſe-
natuſconſulti auctoritate ſumitur, non tamen ceſſat ratio
iuris quæ impediat ne fideicommiſſi ſolutione heres li-
beretur. Nimirum quia non niſi eius quod debetur ſolu-
tione contingit liberatio, nihil autem debet qui ſub con-
ditione debet priuſquam conditio venerit, *leg. ſtipula-*
tio iſta 38. *§. inter incertam. De verb. oblig. l. ſub condi-*
tione 16. *l. qui promiſit* 48. *D. de condit. indeb.* quibus
locis & aliis pleriſque ſimilibus differentia hæc conſti-
tuitur inter id quod debetur in diem certam, & quod in
incertam, aut, quod idem eſt ſub conditione. Cedit enim
ſtatim dies debiti in diem certam licèt nondum venerit,
non etiam dies debiti conditionalis, *l. cedere diem* 213.
De verb. ſignificat. † At cùm fideicommiſſum pluribus 10
relictum eſt qui ſint inuicem ſubſtituti, aut cum hac al-
ternatione *vel ei qui euemente die aut cõditione ſupererit*,
ſiue vniuerſale fideicommiſſum proponatur ſiue ſingula-
re, ſiue in diem certam relictum ſiue in incertam aut ſub

conditione , non ſolùm mera iuris ratio , ſed etiam vo-
luntas teſtatoris impedit ne ante diei aut conditionis
euentum ſolui fideicommiſſum poſſit , ne iniuria fiat ei
qui eo tempore ſolus ſupererit ſi non habeat totum quod
ei teſtator totum dedit, *arg. l. verbis 7. De vulg. & pupil.
ſubſtit. leg. heredes mei 57. §. cùm ita. D. ad Senatuſconſul-
tum Trebell.* Hoc enim caſu licèt primi fideicommiſſi
verbis fideicommiſſum pluribus relictum videatur , effe-
ctu tamen ſi vnus tantùm ſuperſit cùm dies venit, vel con-
ditio exiſtit, non alij quàm ipſi ſoli relictum videri po-
teſt, nec proinde pro parte alteri ſoluta, cui nihil vnquam
debitum fuit, poteſt dici contigiſſe liberationem, tametſi
mutuo omnium conſenſu omnibus ſolutio facta ſit , quia
non potuit conſenſus ille facere fideicommiſſarium eum
qui non erat, nec rurſus eius quem ex euentu fideicom-
miſſarium eſſe conſtaret ius lædere aut extinguere, ex cu-
ius ſcilicet poteſtate non fuit, vt conditionale fideicom-
miſſum prius repudiaret quàm ſibi delatum eſſet , *l. ſi ita
ſit ſcriptum 45. §. ſi ſub conditione. De legat.* vbi additur,
quod magis mirum eſt , nihil hac parte referre an ex die
certa, an ſub conditione relictum ſit , quia vtroque caſu
verum eſt non pertinere ad legatarium aut fideicommiſſa-
rium rem quæ ei relicta eſt, priuſquàm dies veniat , vel
11 conditio exiſtat:† Cui etiam conuenit quod ſcriptum eſt
in *l. Titia cùm teſtamento 34. §. Lucia Titia eod. tit.* in illis
verbis *Modeſtinus reſpondit fideicommiſſum ipſo iure amiſ-
ſum non eſſe quod ne repudiari quidem poteſt.* Ergo relin-
quitur neceſſariò, vt quoties incertum eſt an vni fideicõ-
miſſum relictum ſit an pluribus, neque vni, neque pluri-
bus interim ſolui poſſit , ſed expectandus omnimodo ſit
euentus vt appareat cuinam debeatur. Quò pertinet quod
Papinianus refert *in leg. ſi patroni 55. §. Imperator. D. ad
SC. Treb.* reſcriptum eſſe ab Imp. Tito Antonino , in
tempus directò data libertate non eſſe repræſentandam
hereditatis reſtitutionem quamdiu perſona nõ eſt cui re-
ſtitui poſſit. Nam nulla quoque perſona eſt quamdiu neſ-
12 citur quænam illa ſit, an futura ſit.† Item quod idem Pa-
pin. reſpondit in *l. cùm pater 77. §. à filia de legat. 2.* ſi fi-
lia quæ à patre iuſſa erat certa prædia cùm moreretur cui
vellet ex filiis ſuis reſtituere vni ex liberis viua donauerit,
non videri electionem certæ donationis , id eſt certam &
irreuocabilem, qualis eſſet ſi donationis iure valere poſ-
ſet. Idque propter incertum diem fideicommiſſi relicti in
id tempus quo filia ipſa moreretur, vt & in *§. hereditatem
filius*, eiuſdem legis : Sed quandam potiùs deſtinationem
quæ in eum dirigi commodè potuit, qui ſi neminem ma-
ter elegiſſet , fideicommiſſum inter cæteros filios habi-
turus eſſet. Non negat Papinianus valere electionem,
(valet enim ſi modò duret vt idem Papin. ait in *l. vnum
ex familia 67. in princip. eod.*) Sed negat valere iure do-
nationis id eſt irreuocabiliter, & vt Accurſ. loquitur , in-
commutabiliter , propter incognoſcibilem fideicommiſ-
ſarij perſonam, non ob id ſolùm quòd filius inter viuos
electus præmori poſſit , quod ſi eueniret , appareret nec
electum eum fuiſſe nec elegi potuiſſe, quia fideicommiſſi
verba non patiuntur vt de aliis eligendi poteſtas fuerit
quàm qui vixerint moriente matre *d. §. hereditatem filius
in fin.* Sed quia etiam ſuperuiueret, electio tamen in tem-
pus mortis filiæ per patrem collata , non potuit ante id
tempus conſumi , hoc eſt vt Bartolus , licèt fortaſſe mi-
nùs propriè, loquitur, fieri cum effectu, repugnante ſcil.
teſtatoris voluntate quæ in id expreſſum tempus contulit
electionem. Tametſi ſufficere poterat iis verbis reli-
ctum eſſe fideicommiſſum , quæ tractum temporis ha-
berent vt in *l. fideicommiſſa 11. §. hoc autem legatum l.
vxorem 41. § Scæuola reſpondit de leg. 3. l. epiſtolam 75. §.
vlt. D. ad SC. Treb.* Secundum quod ſi non multò magis
certè perinde dicendum eſt, Cùm quis iuſſus eſt heredi-
tatem reſtituere pluribus poſt mortem patris eorum , aut
ei qui tum ex ipſis ſupererit , fieri nullo modo poſſe vt
reſtituatur fideicommiſſum vtiliter & efficaciter viuo pa-
tre, quia quamdiu pater viuit, neſciri poteſt quis fideicom-
miſſarius ſit futurus. Intereà namque nullus eſt. Eo au-
tem tempore fieri poterit vt filij omnes ſint fideicommiſ-
ſarij , ſcilicet ſi omnes erunt ſuperſtites, aut vnus dunta-
xat, vel hic vel ille, nimirum qui tum ſuperſtes reperire-
tur. † In eamque rem extat apertiſſimum Scæuolæ reſ- 13
ponſum in *d. l. vxorem 41. §. Seium maritum de legat. 3.*
vbi cùm proponeretur Seium maritum ab vxore ſcriptum
heredem, eíque ſubſtitutam Appiam alumnam , fideique
heredis commiſſum vt poſt mortem ſuam hereditatem ei-
dem alumnæ reſtitueret, aut, ſi quid ante alumnæ contin-
giſſet Valeriano fratris filio , & quæreretur, an ſi Seius
quicquid ad eũ ex hereditate peruenerat alumnæ reſtituiſ-
ſet ſecundũ voluntatem defunctæ id feciſſe videretur, præ-
ſertim cùm eadem alumna ei quoq; ſubſtituta eſſet. Reſ-
pondit Scæuola, ſi viuo Seio Appia deceſſiſſet non eſſe li-
beratum eum à fideicommiſſo, quod fuerat relictum Va-
leriano. Non alia vtique ratione quàm quod quamdiu
Seius vixit, variari potuerit perſona ſubſtituti vt Baldus
loquitur , ideóque cogitare is debuit euenturum fortaſſe
vt alius tandem fideicommiſſarius inueniretur, quàm cui
præmaturæ vellet reſtituere hereditatem. † Quæ ratio 14
tanta eſt vt idipſum iuris aliquando inducat tum etiam
cùm perſona fideicommiſſarij non mutatur, ſed ius dunta-
xat perſonæ quæ tamen re vera eadem maneat. Vt in
ſpecie illa de qua iam diximus ex *d. §. Diui 1. l. filiusfam.
114 de leg. 1.* id eſt cùm quis Titij filiis in patris poteſtate
conſtitutis hereditatem reſtituere iuſſus eſt ſub conditio-
ne, *ſi intra annum nauis ex Aſia venerit.* Et ſi enim certum
eſt Titij filios omni caſu eſſe fideicommiſſarios, ſi durante
adhuc , ſiue iam ſublata patria poteſtate fideicommiſſi
conditio exiſtat , perinde tamen acſi pro vario rei euentu
variæ quoque eſſent perſonæ fideicommiſſariorum, impe-
ditur heres grauatus ne antecedentem fideicommiſſi diẽ,
filiis Titij in patris poteſtate adhuc manentibus, fideicom-
miſſum præſtare poſſit, quia interim mutari poteſt ius fi-
liorum ſi fortè ante conditionis euentum ſui iuris effecti
ſint : quo caſu quodammodo facti videbuntur , capaces
videlicet petendi proprio nomine ſibique acquirendi fi-
deicommiſſi , quod ſi patriæ poteſtatis tempore ſolutum
iis fuiſſet non ipſis, ſed patri fuiſſet acquiſitum , non ali-
ter quàm ſi vno caſu eſſent ipſi fideicommiſſarij , aliò pa-
ter. † Neque aliud reſcripturos fuiſſe Imperatores cre- 15
dendum eſt etiamſi non ſub conditione ſed ex die certa
fideicommiſſum teſtator reliquiſſet. Nec rurſus etiamſi
de ſingulari non de vniuerſali fideicommiſſo propoſita
quæſtio fuiſſet. Nam quæ à nobis in ſuperioribus facta
diſtinctio eſt, an fideicommiſſum vniuerſale ſit, an ſingu-
lare, & an ſub conditione, aut quod idem eſt ex die incer-
ta, an ex die certa relictum, ad hunc caſum non pertinet,
in quo fideicommiſſarij ſiue ius, ſiue perſona variari po-
teſt, ſed ad illud duntaxat in quo nihil ſit præter inducen-
di Trebelliani neceſſitatem, merámque ſubtilitatem iuris,
quod impediat fideicommiſſi præmaturam reſtitutionem.

CAPVT V.

Ad l. poſt mortem 12. C de fideic.

SVMMARIA.

1 *Vnum duntaxat certumque fideicommiſſarium in ſpecie legis propoſita fuiſſe, eique hereditatem ante diem fideicommiſſi irreuocabiliter reſtitui potuiſſe.*
2 *Reſtringitur gloſſa ad* §. hereditatem filius l. cùm pater ff. de leg. 2.
3 *Duæ dubitandi rationes ad legem initio propoſitam obſeruantur.*
4 *Fideicommiſſum in* d. l. poſt mortem, *conditionale eſſe.*
5 *Reſpondetur ad poſteriorem dubitandi rationem.*
6 *Si fideicommiſſarius poſt factam ab herede fideicommiſſi reſtitutio*

reſtitutionem, licet viuo adhuc herede decedat, non poſſe tamen in ſpecie d.l. euentum illum facere vt fideicommiſſi conditio deficiat.

7 *Priorem dubitandi rationem in d.l. ex eo oriri quod ex SCto Trebelliano non aliter in fideicommiſſarium transeunt actiones, quàm ſi grauatus heres hereditatem ſicut rogatus eſt reſtituat.*

8 *Amplificatur ea dubitandi ratio ſeu obiectio.*

9 *Decidendi ratio à nonnullis Interpretibus allata remouetur.*

10 *Obiectionis ſoluendæ gratia tentatur fideicommiſſum ſub mortis conditione debitum fauorabilius eſſe, quam ſi ex die certa deberetur, hactenus vt ex eius reſtitutione præmature facta tranſeant actiones.*

11 *Rogatum poſt mortem ſuam hereditatem reſtituere, ſi eam hodie reſtituat non alio die reſtituere videri quam quo rogatus eſt.*

12 *Superiorem ſententiam tunc demum obtinere quum non alterius quam ipſius heredis grauati, aut fideicommiſſarij intereſt vt fideicommiſſum tardius vel citius reſtituatur.*

13 *Fideicommiſſi in diem certam relicti reſtitutionem non ante rectè fieri quam totum medium tempus præterierit.*

14 *Reſpondetur ad* §.1.l.ſi patroni 5. ff. ad SC. Trebel.

1 SVpradictis † contrarium non eſt quo Philippis Im-
peratoribus placuit in *leg. poſt mortem* 12. *C. de fideic.*
Eum qui poſt mortem ſuam reſtituere hereditatem ro-
gatus eſt, etiam prius quam fati munus impleat, ſatisface-
re & hereditatem reſtituere ſi velit, non prohiberi. Et-
enim vt interpretes omnes bene obſeruarunt vnus
duntaxat, iſque certus fuit in illa ſpecie fideicomm.ſſa-
rius, cui proinde nihil vetabat hereditatem reſtitui, priùs
etiam quam dies fideicommiſſi ceſſiſſet. Reſtitui, inquã,
2 irreuocabiliter, quod addere libuit, † ne quem forte de-
cipiat gloſſator, qui in *dict.* §. *hereditatem filius* in verbo
exiſtere, adnotauit, Grauatum poſt mortem ſuam reſtitue-
re, poſſe & antè reſtituere ſi velit ex *dict. leg. poſt mortem*,
dum tamen inquit voluntas durct ex *dict. leg. cnum.* Hæc
enim adiectio, non ad ſpeciem *d. l. poſt mortem*, referenda
eſt, cùm vnus tantum, vt dixi, fideicommiſſarius eſt, ſed
ad eam de qua in *d.* §. *hereditatem*, ſi quis hereditatem filius
ſuis vel cui ex his voluerit cùm morietur reſtituere iuſſus
ſit. Nam vt Accurſius noſter notat ad *d.* §. *a filia*, volenti
ſtatim reſtituere quod poſt mortem tantùm debuit, volũ-
tas defuncti nullo modo aduerſatur. Senatuſconſulti po-
tiùs auctoritas iuriſque ſubtilitas illa de qua proximo ca-
pite diximus, obſtare videbatur, quaſi ex Trebelliano
actiones tranſire nõ poſſent, ſi heres rogatus, aliter quàm
ſicuti rogatus eſſet hereditatem reſtitueret, quod contin-
geret hereditate ante mortem reſtituta quæ poſt mor-
3 tem duntaxat reſtitui debuerit. † Nam de fideicommiſ-
ſo vniuerſali hereditatis reſtituendæ lex illa eſt, non de
ſingulari. Ad quam dubitandi rationem non videntur
interpretes reſpexiſſe, ſicut nec ad aliam quæ ex ſupradi-
ctis colligi poteſt, quod fideicommiſſum conditionale
ante conditionis euentum ſit prorſus indebitum, ideòque
nec ſolui ad acquirendam liberationem, nec repudiari
4 vtiliter poſſit. † Hoc enim fideicommiſſum conditio-
nale eſſe non ambigitur, cùm relictum ſit in diem incer-
tum, id eſt mortis. Dies enim incertus tam in teſtamen-
tis quàm in contractibus pro conditione habetur *d.* § *inter*
incertam, leg. dies incertus 75. *De condit. & demonſtr. leg.*
talis ſcriptura 30. §. *ſed etſi ſub conditione delegat.* 1 *l. cum*
teſtator 8. *C. de teſtament. manum.* Nec ad rem pertinet
ſi quis dicat, Eſſe quidem illam conditionem, ſed tamen
quam euenturam certum ſit, quia heredem ipſum mo-
riturum eſſe certum eſt, *l. ſi poſt mortem* 68. §. *vlt de legat.*
1. Cuiuſmodi quæ ſunt conditiones, id eſt quas omnimo-
do exaturas eſſe certum ſit, ferè eſt vt pro non condi-
tionib. habeantur *l. quod ſi ea cõdit.* 18 *ff. de condict. indeb.*
Quod enim certum ſit moriturum heredem non facit vt
perinde certum ſit extaturam conditionem, cum fieri poſ-
ſit vt fideicommiſſarius præmoriatur, atque ita fideicom-
miſſo extincto fideicommiſſi quoque conditio euaneſ-
cat, *l. Statius Florus* 48. 3. *Cornelio Felici. Digeſt de iur fiſc.*
† Sed tamen ad poſteriorem hanc obiectionem reſpon- 5
deri meo iudicio non minùs verè quàm ſubtiliter poteſt,
Eſſe quidem conditionale huiuſmodi fideicommiſſum
hactenus, vt neque ante grauati mortem peti poſſit,
dict. §. *Scæuola l. vxorẽ* 41. *de legat.* 3. neq; ad fideicõmiſ-
ſarij ſi præmoriatur heredem tranſmitti, *leg. ſi in perſonã*
21. *Cod. de fideic. leg.* 4. *leg. ſi Titio* 22. *in princip. D. quan.*
dies legat. ced. Sed non vſque adeò vt ſi ante grauati mor-
tem præſtitum ſit, dici poſſit indebitum, & tanquam in-
debitum repeti, quia verum eſt relictum eſſe ſub condi-
tione omnimodò extatura, quæ ſi aliud nihil concurrat,
pro conditione non habetur, vt diximus: † & quamuis 6
poſſit euenire vt fideicommiſſarius præmoriatur, ſi tamẽ
poſt factam fideicommiſſi reſtitutionem, licèt viuo ad-
huc herede decedat, non poteſt euentus ille facere vt de-
ficiat conditio fideicommiſſi, non ob id ſolum quòd ſem-
pra ſtatim ſit ei reſtitutum (eadem enim ratio aliis quo-
que conditionibus conueniret quæ poſt fideicommiſſi
reſtitutionem deficerent) ſed quia poſt ſolutum fidei-
commiſſum nihil cauſæ eſt cur euentus eiuſmodi ſpera-
ri aut expectari debeat, cùm ſit præter opinionem vo-
tùmque teſtatoris, qui licèt noluerit poſſe compelli he-
redem quandiu viueret, noluit tamen prohiberi eum
quominùs ſi vellet, hereditatem viuus reſtitueret, quia
nec cogitur aut ſperauit futurum vt fideicommiſſarius
præmoreretur, quem alioqui votum illud gerens, non
fruſtra & ridiculè poſt heredis mortem ſubſtituiſſet
l. Iulian 26. *in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Denique
ſolutio ipſa facit ne fideicommiſſum hoc ſit indebitum
quod ante ſolutionem nulloimodo fuit debitum. Quem-
admodum dicimus aliquando contingere vt ſtipulatio
ſeipſam committat, nec priùs ſtipulationis conditio exi-
ſtat, quàm ex ipſa ſtipulatione conditionali actum ſit,
litque conteſtata, *leg. cùm quærebatur* 13. *verſ. proinde.*
Digeſt. de iudic. ſolus l. nuda 5. *C. de contr. & commit ſtipul.*
† At difficilius illud videtur, quomodo ad priorem ob- 7
iectionem reſponderi poſſit, qua dicebamus non aliter
tranſire actiones, quam ſi grauatus heres reſtituat here-
ditatem ſicuti rogatus eſt: Quamuis enim quis admittat
conditionem illam quæ ineſt fideicommiſſo poſt grauati
mortem præſtando ſic accipi debere, vt ſit omnimo-
do extatura, vix tamen eſt vt idcirco fideicommiſſum
quod ante mortem reſtituitur, eo modo reſtitui videa-
tur, quod ex teſtamenti verbis reſtitui debuerat, tametſi
voluntas teſtatoris non aduerſetur. Diximus enim impe-
dimentum illud tranſlationis actionum, ſi quando aliter
quis fideicommiſſum reſtituat, quàm ſicuti rogatus eſt,
non tam ex teſtatoris voluntate proficiſci quàm ex defe-
ctu auctoritatis Senatuſconſulti, quæ cùm neceſſaria ſit
ad transferendas actiones hereditatis, ad alium tamen
caſum porrigi non poteſt, quàm qui verbis ipſis Senatuſ-
conſulti expreſſus eſt, quo hereditas ſicuti teſtator iuſſit
reſtituatur. † Et verò quamuis fideicommiſſo ex die cer- 8
ta relicto, certum ſit omnimodo & tandem aliquando
diem illam venturam eſſe, non eò minus tamen verum
eſt impediri tranſlationem actionum ſi ante diem reſti-
tuatur hereditas, *dict. l. ſed etſi ante diem* 10. *D. ad S. C.*
Trebell. Et conſequenter, quo magis mirum eſt fideicom-
miſſi repetitionem cõpetere acſi prorſus indebitum fuiſ-
ſet. Tametſi ſoleat dici eum qui in diem debitor eſt, de-
bitorem eſſe, vt ſi ante diem ſoluat, repetere nõ poſſit, *l. in*
diem 10 *ff. de cond. indeb.* Quis enim ferat valere fideicom-
miſſi reſtitutionem, & nihilominus actiones omnes tam
actiuas quàm paſſiuas penes heredem remanere? *l. nam*
quod 14 §. *non omnis. D ad S.C. Treb.* An non id eſſet
pro parte valere, & pro parte non valere? Quin imò cum
hereditas in iure conſiſtat, non in corpore, *l. hereditas* 50.

D.de petit. hered. ideòque actiones potiſſimum com-
prehendat, præſertim cùm de fideicommiſſariæ heredi-
tatis reſtitutione tractatur, *l. ſi legatus* 30. *§ ſi quis bona*
ad SC. Treb. quomodo fieri poteſt, vt hereditatis re-
ſtitutio habeatur pro facta ex qua nullæ ſint tranſlatæ
actiones? *§. non omnis.* Quòd ſi fideicommiſſum ex die
certa relictum quod aliquando debitum iri omni modo
certum eſt, non alio iure hic cenſetur quàm ſi eſſet con-
ditionale, an poterit maior vis eſſe conditionis omnimo-
do exituræ? Nam nec maior eſt aut eſſe poteſt, cùm
quæritur de impedienda conditione, ſed æqualis, quia
tam quod in diem certam debetur quàm quod ſub con-
ditione omnino extatura, ſi interim ſolutum ſit, non re-
petitur, *d.l. in diem, d.l. quòd ſi ea conditione, de cond. indeb*
9 .† Hic verò vellem ego interpretes noſtros ſubules agere
& in diſſoluendo nodo mecum inſudare. Nam quod
vulgò tradunt id fieri ſola poteſtate conditionis, quæ ſit
omnimodo extatura, præterquam quod non aliter verum
eſt, quàm ſi eo quo diximus modo explicetur, quia poteſt
conditio deficere fideicommiſſario præmoriente, non
diſſoluit priorem dubitationem, nec facit vt idcircò vi-
deri debeat facta reſtitutio quomodo teſtator voluit, ſi
ante mortem facta ſit, non magis quàm ſi ante diem cer-
tam, in quam fideicommiſſum relictum foret, & quam
10 omnimodo venturam eſſe certum eſſet. † Tentemus an
dici poſſit, imò verò fauorabilius eſſe hoc fideicommiſ-
ſum debitum ſub huiuſmodi conditione omnino extatu-
ra, quàm ſi ex die certa deberetur. Hactenus nimirum
vt ex eius reſtitutione quamuis præmaturè facta tranſ-
eant actiones, quæ fideicommiſſo in diem relicto nõ tran-
ſirent. An quod magis debeatur quod ſub conditione
omnimodo extatura debetur, quam quod in diem cer-
tum? Minimè. Neque rurſum cum transferendis ex Tre-
belliano actionibus tractatur, illud ſolum ſufficit, vt fidei-
commiſſum debeatur, ſed id potiſſimum inſpicitur an eo
modo quo relictũ fuit reſtituatur. Sed quia cum in condi-
tione quali bet duo ſint quæ faciant ne purè deberi videa-
tur quod ſub conditione debetur, quorũ alterum eſt euen-
tus ille incertus ex quo præcipuè conditio æſtimatur: Al-
terũ eſt tempus medium quod neceſſario præcedit euen-
tũ: in ea conditione de qua agimus, quam probauimus eſ-
ſe ex earum genere quæ omnimodo ſunt extaturæ nulla
euentus incertitudo conſiderari poteſt, & ideò ſi aliud ni-
hil obſtaret, id eſt niſi tempus quoq; licet incertum con-
tineret, purè debitum dici deberet quod ſub huiuſmodi
conditione debetur, vt euenit cum quid ſub duabus con-
ditionibus contradictoriis promittitur, quarum alteru-
tram euenire neceſſe ſit, *l. Iulianus verum debitorem* 60.
D eod. tit. de condict indeb. At quod ad tempus attinet, dico
nullam quoq; eius ratiõẽ haberi poſſe quominùs fidei-
commiſſum ſub hac cõditione relictum ſi ante diem præ-
ſtetur ſua die præſtitum videri debeat, nempe quia tem-
pus illud quod ineſt huic conditioni, non ſolum incer-
tum eſt quod non ſufficeret, ſed etiam tale quod exiſte-
re quandocunque poſſit. Itaque conditio non tantùm
omnimodo extitura eſt, ſed etiam exiſtere poteſt quan-
documque. Singulis enim diebus quinimò horis ac mo-
mentis mori poſſumus, aut potius ſi veram non fu-
catam philoſophiam amamus quotidie morimur, &
vnoquoque momento vitæ noſtræ, nec quod vera illa &
realis ſeparatio animæ a corpore fit tardiùs, quæ nec niſi
ſemel fieri poteſt, facere debet, quominùs prudentis cu-
iuſlibet, præſertim verò Chriſtiani hominis ſit, ſic viue-
re aſſiduè vt ſe in ſingulas horas cogitet non modò mori
11 poſſe, ſed etiam moriturum. † Proinde ne à propoſito
longiùs aberremus, qui poſt mortem ſuam hereditatem
reſtituere rogatus eſt, ſi eam hodie reſtituat, non alio die
reſtituit, quàm quo rogatus eſt, quia & hodie non poteſt,
quamuis fortaſſe non niſi poſt annum aut decennium ſit
moriturus. Nam neque ſi verba & vim fideicommiſſi in-
ſpicias cogitur ille expectare vt ſit mortuus, ne alioqui
fideicommiſſum inutile fiat ſi à mortuo relictum videa-
tur. Sed tum quoque cum poſt mortem relictum eſt pe-
rinde habetur acſi relictum eſſet in id tempus quo gra-
uatus moreretur, aut, vt quibuſdam locis ſcriptum eſt,
cùm mori inciperet, vel etiam *pridie quam moreretur, leg.*
ſcrupuloſam 11. *Cod. de contr & commit. ſtipul.* Nihil enim
prorſus inter hæc intereſt, & ſiue his, ſiue illis verbis te-
ſtator vſus ſit, fideicommiſſum vires accipit, & radices in
perſona grauati, *leg. coheredi* 41. *§. cum filia*, verſ. *quod ſi*
heredem, vbi Bartolus & alij *de vulg. & pupill ſubſtit* quia
& tempus ipſum inſtanſque mortis vitæ computatur non
morti, *leg. vltim. Digeſt. de condit. inſtitut. leg. qui duos* 18.
§. 1. Digeſt. de manum. teſtam. Siquidem fieri non poſſet,
vt iam mortuus homo moreretur. Cùm ergo poſſit fidei-
commiſſum reſtituere pridie quàm moriatur, cur non
hodie poteſt reſtituere qui plenè neſciat an cras victu-
rus ſit, an moriturus? † Illud enim ſemper memoria repe- 12
tendum eſt, nos eum caſum tractare, in quo non alterius
quàm ipſius heredis grauati aut fideicommiſſarij interſit
vt fideicommiſſum tardiùs vel citiùs reſtituatur. Nam ſi
alterius intereſſet, puta eius qui ſi mortis tempore ſolus
ſupereſſet, ſolus quoque ad fideicommiſſum admitti de-
beret, nullus his noſtris rationibus locus relinqueretur,
ſed ex aliis quas in contrarium ſupra diſputamus, mortis
naturalis diem expectari oporteret, ne ob præmaturam
fideicommiſſi reſtitutionem alius admitteretur, quàm qui
à teſtatore vocatus fuiſſet. Poteſt enim quilibet quòd ad
ſe quidem attinet, ſic videre & tractare omnia, quaſi aut
hoc ipſo die aut cras moriturus ſit, ſed non quod ad alios,
aut vt iis noceat, quorum intereſt eum viuere mortiſque
naturalis tempus expectari † Fideicommiſſi in diem cer- 13
tam relicti alia ratio eſt. Sicuti namque diem certam
omnimodo venturam eſſe certum eſt, ita & non priùs
venturam eſſe quàm totum tempus medium præterierit,
vnde fieri neceſſe eſt, vt ſi interim reſtituatur hereditas
quæ ad diem reſtitui debuit, præmaturè reſtituta intelli-
gatur, & alio tempore quàm quo teſtator voluit, atque
ita per conſequentias nulla ex Trebelliano actionum
tranſlatio fiat, quæ fit commodiſſimè quoties ſtatim reſti-
tuitur hereditas per fideicommiſſum relicta ſub conditio-
ne quæ & omnimodo extitura ſit, & quandocunque
poſſit exiſtere, dum ne alterius tertij cuiuſquam interſit.
† Neque obſtat quod Papinianus ſcribit in *l. ſi patroni* 14
55. *§. primo ad Senatuſconſultum Trebellianum.* reſcriptum
eſſe ab Antonino Pio in tempus directò data libertate
non eſſe repræſentandam hereditatis reſtitutionem, quia
non ſit cui reſtitui poſſit. Ita innuens à contrario ſenſu,
poſſe igitur repræſentari ſi fideicommiſſaria libertas in
tempus data ſit. Nam id rationem illam habet quòd eo
caſu non tam reſtitutioni hereditatis tempus dictum ſit,
quàm fideicommiſſariæ liberati, quam porrò nihil impe-
dit quominùs repræſentare poſſit heres, cuius gratia tem-
pus illud adiectum fuiſſe credendum eſt. Porrò repræ-
ſentata libertate, nihil quoque vetat hereditatam ſtatim
reſtitui, quia tunc purè ac ſine vlla temporis præfinitione
relicta reperitur, ideóque nec repræſentari dicitur, quæ
ſuo tempore ſoluatur, petique tanquam debita poteſt,
cùm imputare ſibi debeat heres qui antè tempus liberta-
tem præſtitit, cui ſeruum manumittendo dederit et pe-
tendi à ſe fideicommiſſi facultatem, *argument. l. filio* 7. *D.*
vt legat. nom. cauet. Cùm libertas directò data eſt in tem-
pus, non poteſt illa per heredem repræſentari, ſicut nec
hereditas, quia non competit directa libertas niſi ex po-
teſtate ſola legis, quæ porro ſubſequitur teſtatoris volun-
tatem vt Vlpianus in titulis ſcribit *titul.* 1. *leg. ſi cui* 31.
Digeſt. ad S.C. Trebellian. Accurſius *verb. in tempus*, peſſi-
mè locum illum explicat.

CAPVT VI.

Ad l. mulier quæ in duobus 22. in princip. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.

SVMMARIA.

1 *Species & quæſtio in principio dicta legis propoſita.*

2 *Reſponſo præmittitur D. Marci decretum.*

3 *Decretum illud cum ſpecie initio propoſita nihil commune habere.*

4 *In ea ſpecie fieri non poſſe vt fideicommiſſum quod poſt mortem patris filiisfam. relictum fuerat, bene eis viuo adhuc eorum patre ſoluatur.*

5 *Ratio quæ eius fideicommiſſi repræſentationem impedit.*

6 *Non aliud iuris in dicta ſpecie fore etiamſi verba illa* vel ei qui eorum ſupereſſet, *adiecta non eſſent.*

7 *Superius Diui Marci decretum à ſpecie ab Vlpiano propoſita multis differre.*

8 *In decreto Diui Marci eam matris voluntatem fuiſſe, vt ſtatim atque filij patria poteſtate ſoluti eſſent, ad fideicommiſſi petitionem admitterentur.*

9 *Ex verbis illis* ſi morte patris ſui iuris fuiſſent effecti, *colligi in ſpecie eius decreti fideicommiſſum non tam præciſè in tempus mortis paternæ, quàm in id tempus quo ſui iuris effecti fuiſſent collatum fuiſſe.*

10 *Eam matris voluntatem probatam non præſumptam fuiſſe.*

11 *Cur in ſpecie ab Vlpiano propoſita rogatus Titij filiis per mortem patris eorum hereditatem reſtituere, ante diem mortis fideicommiſſum præſtare non poſſit.*

12 *Differre fideicommiſſum relictum poſt mortem patris ab eo quod confertur in tempus quo filij ſui iuris erunt, licèt mortis patris interiecta mentio fuerit.*

13 *Filiosfamilias quibus poſt mortem patris eorum fideicommiſſum relictum eſt, ad fideicommiſſum illud ſtatim poſt emancipationem admitti poſſe, ſi eam teſtantis voluntatem fuiſſe conſtiterit.*

14 *Probationem hoc caſu non ſimplicem præſumptionem exigi.*

15 *Brocardicum ex hac lege ab interpretibus elicitum refellitur.*

16 *Cur in ſpecie ab Vlpiano propoſita caſus mortis ad caſum emancipationis trahi non poſſit?*

17 *Ratio diuerſitatis inter eam ſpeciem & Diui Marci reſcriptum.*

18 *Admiſſis in ſpecie decreti D. Marci poſt emancipationem & ante patris mortem filiis, nullum amplius mortis caſum ſupereſſe.*

19 *Non ideò tamen inſtans emancipationis pro inſtanti mortis habendum eſſe.*

20 *Ad fideicommiſſum pluribus filiisfamilias* poſt mortem patris eorum, *vel* ei qui tum ex ipſius ſupereſſet, *relictum, nullos alios inuitatos videri quam qui mortis tempore ſupererunt.*

21 *In tantum mortis tempus ſpectari, vt in caſu non diſſimili mutata quoque perſona, tempus tamen præſtandi fideicommiſſi mutari non poſſit.*

22 *Concluditur in ſpecie ab vlpiano propoſita reſtitutionem fideicommiſſi ante mortem patris filiis poſt eorum emancipationem ſaltam inutilem eſſe.*

23 *Eam reſtitutionem fratris vel fratrum ſuperſtitum conſenſu non confirmari.*

24 *Diuerſam eſſe hanc ſpeciem & quæſtionem ab ea quam ad* §. duo fratres. l. qui Romæ 122. de verb. oblig. *Interpretes tractare ſolent.*

25 *Multum in ſpecie decreti D. Marci ad fideicommiſſi repræſentationem facere filiorum voluntatem qui fideicommiſſum non expectata patris morte in iudicio petierunt.*

26 *Apud Vlpianum vltrò & ſine iudice fideicommiſſum illud ante mortem patris reſtitutum fuiſſe, ac proinde minus valere eam reſtitutionem.*

27 *Nec ideò fauorabiliorem eſſe debere quòd tunc incertior erat fideicommiſſarij perſona.*

28 *Verba hæc* in d. l. mulier Scæuola refert. vſque ad §. 1. *Triboniani non Vlpiani eſſe.*

29 *Scæuolam à quo decretum D. Marci Tribonianus relatum dicit, ante D. Marci tempora deceſſiſſe.*

30 *Cur Scæuolæ nomen potius quàm alterius ICti Tribonianus ſuppoſuerit?*

31 *Imperatores pronuntiare aut ius dicere, non* iudicare *dicebantur.*

32 *Decreti contextum ab Vlpiani breuitate & elegantia longè abeſſe.*

33 *Mortalitatis nomen quomodo à Iuriſconſultis accipiatur?*

34 *Vltima ratio propter quam verba ſuperius notata Triboniano potius quam Vlpiano adſcribenda videntur.*

ELegans † ſpecies eſt, & digna, de qua quid Vlpia- 1
nus ſcribit, id eſt, quid ex iuris ratione ſentiendum
ſit, inuito etiam Triboniano inueſtigemus. Mulier quæ
duobus filiis in patris poteſtate relictis, alij nupſerat, poſteriorem
maritum heredem inſtituerat, eúmque rogauerat
liberis ſuis poſt mortem patris eorum hereditatem
ſuam reſtituere, vel ei qui ex ipſis ſupereſſet. Eiſdem
emancipatis à patre ſuo vitricus hereditatem reſtituiſſe
dicebatur, mox alter ex filiis viuo patre deceſſiſſe. Quærebatur
an is ex filiis qui ſupererat, partem fratri ſuo reſtitutam
petere poſſet quaſi præmaturè datam. † Sed priuſ- 2
quàm ad quæſtionem hanc reſpondeatur, ſubiungit Vlpianus,
ſi nos Tribonianus non fefellit, Scæuolam referre
Diuum Marcum Imperatorem in auditorio de huiuſmodi
ſpecie iudicaſſe, *Braſidas*, inquit quidam Lacedæmonius
vir prætorius, cùm filiis ſuis ab vxore diuortio
ſeparata, *ſi morte patris ſui iuris effecti fuiſſent*, fideicommiſſum
relictum eſſet, eos emancipauerat. Poſt emancipationem
fideicommiſſum petebant. Decreuiſſe igitur
Diuum Marcum refert, fideicommiſſum eis repræſentandum,
intellecta matris voluntate quæ quia non crediderat
patrem eos emancipaturum diſtulerat in mortem
eius fideicommiſſum, non dilatura id in mortalitatem ſi
eum emancipaturum ſperaſſet. Sequitur *ſecundum hæc
dicebam & in proproſita quæſtione Diui Marci decretum
eſſe trahendum, & rectè fideicommiſſum vtriuſque ſolutum.* † Ego verò auſim dicere decretum illud Diui Marci 3
nihil cum propoſita ſpecie habere commune, neque videri
poſſe fideicommiſſum rectè ſolutum vtrique pendente
conditione fideicommiſſi, propter euidentem rationem
diuerſitatis inter eam ſpeciem de qua conſultus
fuit Vlpianus & illam de qua Diuus Marcus pronunciauit.
Nam apud Vlpianum proponebatur rogatus vitricus,
idémque heres inſtitutus à matre, non ſolùm vt teſtatricis
filiis poſt mortem patris eorum reſtitueret hereditatem,
ſed hoc etiam addito *vel ei qui eorum ſupereſſet*: quibus
verbis facta erat vulgaris ſubſtitutio in fideicommiſſo
inter fratres, vt ſi alter eorum præmoreretur, tota hereditas
ad ſolum ſuperſtitem ex fideicommiſſo perueniret,
ex *leg. ve heredibus* 50. *leg. cùm proponebatur* 64. *de
legatis ſecundo. leg Scæuola ſeptuageſimaſexta ad Senatuſconſultum Trebellianum.* † quæ res faciebat vt quamdiu 4
pater viueret, incertum eſſet cuinam ex liberis fideicommiſſum

miſſum quandoque reſtituendum foret. Cùm euenire poſſet, quod & euenerat, vt alteruter eorum viuo patre præmoreretur, atque ita ſoli ſuperſtiti totum fideicommiſſum iam inde ab initio relictum videretur. Vt proinde non poſſet dici ex teſtatricis voluntate, & ita vti oportuit reſtitutum fideicommiſſum quod repræſentatum eſſet, ſolutúmque ante diem cedentem. Puto autem apparere ſatis ſuperque ex ſuperioribus, in ea ſpecie de qua Vlpianus conſultus fuit fieri non poſſe vt fideicommiſſum quod non niſi poſt mortem patris relictum fuerat filiisfamilias, bene iis ſolui potuerit viuo adhuc eorum
5 patre, licet iam tum emancipatis. † quia quamuis emancipatio faciat, vt ex eo tempore non magis ius perſonæ quàm perſona ipſa ſubſtituti variari poſſit (quod diuerſum eſſet ſi durante adhuc patria poteſtate fideicommiſſum repræſentaretur *d.§.Diui*) Illa tamen ratio ſupereſt, quæ fideicommiſſi repræſentationem ſemper impediat, quòd fideicommiſſum hoc non ſolùm ſub conditione relictum eſt, ſed in id etiam tempus quo fieri poſſit, vt non plures ſint fideicommiſſarij, ſed vnus duntaxat, qui
6 porrò quis futurus ſit planè ignoretur. † Is enim futurus eſt qui moriente patre ſolus eo tempore ſuperſtes inuenietur, propter verba illa fideicommiſſi, *vel ei qui eorum ſupereſſet*, quæ tamen etiamſi non eſſent adiecta, non aliud iuris fore putarem, quia ſemper verum eſſet relictum fuiſſe fideicommiſſum ſub conditione cuius euenientis tempore, ſi vnus tantùm filius ſupereſſet, is quoque ſolus admitti deberet. *d.§.Diui in fin.* Quid enim refert an conditio illa adſcripta ſit, *ſi nauis ex Aſia venerit*, an quæ ex incerto die mortis patris conſtituatur? Itaque cùm hoc caſu dici non poſſit factam eſſe reſtitutionem eo modo quo teſtator voluit, ſaltem pro ea parte quæ præmortuo filio ſoluta eſt, & quam & ex euentu apparet nunquam ei debitam fuiſſe, nec illud etiam fieri aut verum eſſe poteſt, quod ſub Vlpiani nomine concluditur, fideicommiſſum rectè vtrique ſolutum fuiſſe. Eſt enim hic caſus ex eorum numero in quibus quid anteà in rei veritate fuerit, non niſi ex euentu ſciri poteſt, vt Paulus tractat *in l qui res 98.§.rem autem. D.de ſolu. leg. quædam ſunt 15.de reb.dub.leg. huic ſcripturæ 15.§.1. Di-*
7 *geſt. ad leg. Aquil.* † Solum igitur illud videndum ſupereſt, quid reſpôderi poſſit ad reſcriptum Diui Marci quod ad propoſitam ſpeciem trahi poſſe & debere Tribonianus voluit. Iam enim non auſim Vlpiano adſcribere reſponſum quod putem à recta iuris ratione tantopere abhorrere. Monui autem iam in ipſo ferè huius capitis initio nihil cum ſpecie noſtra ſimile aut commune habere illam de qua Marcus pronunciauit, non id ſolùm quòd non proponebâtur ibi addita in fideicommiſſo verba illa, *vel ei qui eorum ſupereſſet*, quæ apertiùs faciunt vt ante tempus mortis patris prorſus incerta fuerit perſona fideicommiſſarij (nam iis quoquè verbis ſublatis idem admittendum fore diximus propter ſolam conditionis po-
8 teſtatem ex *d.§.Diui.*) † Sed etiam quia in eam ſpecie proponebatur & conſequenter probabatur ea matris voluntatem fuiſſe vt ſtatim atque ſoluti eſſent filij patria poteſtate ad fideicommiſſi petitionem admitterentur. Id enim eſt quod Tribonianus ipſe nec tacere potuit, *intellecta matris voluntate quæ quia non crediderat patrem eos emancipaturum, diſtulerat in mortem eius fideicommiſſum, non dilatura id in mortalitatem ſi eum emancipaturum ſperaſſet.* Nam ſi voluntas illa matris non fuiſſet, & quidem probata aliter quàm ex verbis fideicommiſſi, quæ potiùs repugnabant, nullam ſanè rationem haberet decretum Diui Marci, pugnarétque manifeſtiſſimè, non modò cum iuris ratione, ſed etiam cum reſcripto illo Imperatorum Seueri & Antonini, quod Marcianus refert laudátque *in dict. §.Diui.* Itémque cum *dict.leg. ſed etſi ante. D.ad S.C. Trebell.* aliiſque locis ſuprà citatis, quibus probauimus non poſſe fieri reſtitutionem ex Trebelliano, neque tranſire actiones ſi ante impletam conditionem reſtituatur hereditas fideicommiſſaria quæ non niſi ſub conditione relicta fuit. Præſertim verò ita concepta conditione, quomodo in ſpecie illa Diui Marci, *ſi filij effecti fuiſſent ſui iuris morte patris.* Neque enim æque dici poterat, omnimodo extituram eſſe conditionem illam, ac de illa diximus, cùm quis poſt mortem ſuam reſtituere rogatus eſt. Hunc enim aliquando moriturum eſſe certum eſt, atque ita conditionem euenturam. At non ſimiliter certum eſt filiosfamilias ſui iuris effectos iri per mortem patris. Quid enim ſi ante patrem moriantur? Quid ſi à patre emancipentur? Quid ſi pater deportetur? *leg. Gal-*
los 29. §.& quid ſi tantùm de liber. & poſthum. † Neque 9
parum obſeruatione dignum illud erat, quod in illa ſpecie fideicommiſſum relictum fuerat filiis mulieris inſtitutæ non quomodo in caſu noſtro, *poſt mortem patris eorum*, quibus verbis non niſi in tempus mortis patris præciſe confertur diſpoſitio, ſed expreſſa figura conditionis hoc modo, *ſi morte patris ſui iuris fuiſſent effecti*, quæ verba præ ſe ferunt, non tam in tempus præciſè mortis paternæ collatum eſſe fideicommiſſum quàm in id tempus quo filij effecti eſſent ſui iuris. Sic enim conſtructio ipſa verborum poſtulat, vt particula *ſi*, quæ conditionis figuram exprimit, referatur ad ſequentia illa, *ſui iuris fuiſſent effecti.* Adiectam verò mentionem mortis patris, quod non credidiſſet teſtatrix vnquam futurum, vt eos emancipare pater vellet, nec proinde vt aliter quàm morte patris exirent de ipſius poteſtate. Caſus enim ille deportationis, & alij ſi qui ſunt ſimiles, triſtiores ſunt & abominabiliores quam vt de iis cogitare teſtator vel potuerit, vel debue-
rit. † Etſi autem res hæc facere ex ſe non poteſt, vt caſus 10
expreſſus mortis trahi deberet ad caſum emancipationis, faciebat tamen vt multò faciliùs & veriſimiliùs probari poſſet eam fuiſſe teſtatricis mentem, vt ſi patrem filios ſuos emancipaturum ſperaſſet, fideicommiſſum in eius mortem dilatura non fuiſſet, ſed conditionem ita ſimpliciter conceptura, *ſi ſui iuris effecti fuiſſent.* Quid enim teſtatricis intererat an morte patris an emancipatione fierent illi ſui iuris? cum id tantum ipſa curaret, vt ipſis non etiam ipſorum patri emolumentum fideicommiſſi quæreretur. Dixi *probari*, non autem *præſumi*, quia nec præſumpta matris voluntate, motus fuit Imp. vt ita decerneret, ſed vt lex ait, *ea intellecta*, ſcilicet ex fide proba-
tionum, non etiam tacitè ſubintellecta. † Enimuerò 11
cum nullius conditionis figura expreſſa rogatus quis eſt Titij filiis hereditatem reſtituere, *poſt mortem patris eorum*, vt in ſpecie ab Vlpiano propoſita, licèt verba illa conditionem faciant propter incertum diem mortis patris, ante quem filij mori poſſunt, non tamen perinde poſſis dicere fideicômiſſum videri ſub ea conditione illis relictum, *ſi facti erunt ſui iuris*, ne quidem cum adiectione illa, *morte patris*, quia in id ſolùm tẽpus præciſè quod pater moreretur, collatum fideicommiſſum eſt, nulla ſolutæ patriæ poteſtatis facta mentione. Quod enim morte patris futurum ſit vt efficiantur ſui iuris, fiet per conſequentias, propterea quod patriæ poteſtatis vinculum patris morte diſſoluatur, nec eò tamen magis verum erit admitti filios ad fideicommiſſum, ob eam rationem quod patria poteſtate liberati ſint, ſed ob illam vnicam quòd mortuo demùm patre conditio extiterit, ſub qua
relictum fuerat fideicommiſſum. † Itaque ſi poneres pa- 12
trem mortuum auo ſuperſtite, in cuius poteſtate tam pater ipſe quàm liberi eius fuiſſent, nemo dubitaret, quin fideicommiſſi *poſt patris mortem*, præſtandi conditio nihilominus extitiſſet, quamuis non idcirco ſui iuris effecti fuiſſent: quod vtique diuerſum foret, ſic concepta conditione, *ſi patris morte ſui iuris effecti eſſent*: quia non eſſet impleta conditio manentibus ipſis in aui ſuperſtitis poteſtate: Vt appareat quàm diuerſa ſit poteſtas illius conditionis, quæ tacitè ex incerto die mortis patris inducitur, relicto fideicommiſſo, *poſt mortem patris*, & illius quæ expreſſam figuram conditionis habet, quæque collata eſt in tempus quo erunt filij ſui
iuris, licèt interiecta mentione mortis patris. † Quan- 13

quam

quã non nego, in illa quoque ſpecie fideicommiſſi filiis-
familias relicti, *poſt mortem patris*, idem iuris poſſe con-
ſtitui, ſi eadem probetur fuiſſe voluntas teſtatricis, vt filios
ad fideicommiſſum admitti voluerit, ſtatim atque patria
poteſtate liberati eſſent, nec in tempus mortis patris
aliam ob cauſam fideicommiſſum contulerit, quàm quod
nec priùs nec aliter quàm per mortem patris vnquam ſui
iuris futuros eos ſperaſſet. Voluntas enim teſtatoris illa
eſt quæ in teſtamentis omnibus, ſed maximè in fidei-
commiſſis & conditionibus, totum faciat, *leg. in conditio-
nibus 19. de condit. & demonſtr. leg. pen. de leg. 1.* vt ſi
enim in verbis aut nulla aut minor ambiguitas eſt, nulla
quoque aut minor induci debet quæſtio voluntatis *vulg.*
14 *l. ille aut ille 25. §. cum in verbis, de leg. 3.* † Semper autem
exigo probationem voluntatis, qua non poſſum pati vt ex
ſola voluntate præſumpta caſus mortis trahatur ad caſum
emancipationis, aut contra, cùm omnibus conditioni-
bus commune illud ſit, vt impleri debeant in forma ſpe-
cifica, *vulg. l. qui heredi 44. l. Mæuius 55. & paſſ. de con-
15 dit. & demonſtr.* † Nec rurſum vt ex hac lege quis inferat,
quod paſſim vulgares interpretes inferunt, Pro expreſsè
diſpoſito haberi omne id quod veriſimiliter diſpoſuiſſet
teſtator ſi de eo cogitaſſet. (Quo brocardico mirum eſt
quàm ineptè & imprudenter abutantur plerique in de-
functorum voluntatibus non tam conijciendis quàm di-
uinandis & ſupplendis:) ſiquidem reſcriptum illud Diui
Marci non præſumpta & veriſimili teſtatricis voluntate
nititur, ſed ea quæ probata exactè fuerit, & bene intel-
16 lecta, vt diximus. † Sed & quod magis mirum eſt, atque
ad inſcitiam Triboniani detegendam multò accommo-
datius, Dico, etiam probata illa matris voluntate, quòd
non fuerit collatura fideicommiſſum in tempus mortis
patris, ſi cogitaſſet futurum vt filios emancipare pater
vellet fieri tamen nullo modo poſſe, vt decretum D. Mar-
ci ad ſpeciem noſtram trahatur. Non quia fidei-
commiſſum poſt mortem patris relictum eandem vo-
luntatis interpretationem & probationem non ad-
mittat, quam admitteret ſic concepta conditione *ſi mor-
te patris effecti eſſent filij ſui iuris*, (admittit enim, vt
iam monuimus) ſed propter adiecta verba illa, *vel ei qui
eorum ſupereſſet*. Finge namque & præſume quantum
voles, matrem ſi de futura emancipatione cogitaſſet,
non fuiſſe dilaturam fideicommiſſum in mortalitatem,
vt Tribonianus loquitur. Nunquam tamen aſſequeris,
vt in hac ſpecie caſus mortis trahi debeat ad caſum
emancipationis, quoniam ita fieret neceſſariò vt illa quo-
que verba, *vel ei qui eorum ſupereſſet*, ad emancipatio-
nis tempus referenda eſſent, iique ad fideicommiſſum
inuitati dicerentur, qui emancipationis tempore ſuper-
eſſent. Quod tamen ne fieri poſſit impedimento eſt
non ſolùm voluntas teſtatricis, ſed etiam poteſtas & vis
verborum quæ ad fideicommiſſum vocat eum duntaxat
qui moriente demùm patre, ſolus ſupererit. Fieri autem
facilè poteſt quod & in Vlpiani ſpecie contigerat, vt
mortis tempore non niſi vnus ſuperſit ex iis qui plures
ſupererant tempore emancipationis: cui vt ſanè fiat in-
iuria, ſi non ſolus admittatur ad fideicommiſſum ad quod
ſolus vocatus fuit verbis diſertis. Non enim quemadmo-
dum caſus emancipationis interueniens facit ne caſum
mortis quandocunque ſuperuenientem attendi opor-
teat, quoties nimirum ratio iuris & voluntatis patitur vt
caſus mortis trahi debeat ad caſum emancipationis, ſi-
militer poſſis dicere tempus emancipationis eo caſu ac-
cipiendum eſſe pro tempore mortis quaſi in locum eius
17 quodammodo ſubrogatum. † Et ratio diuerſitatis non
minùs euidens quàm elegans illa eſt, quod non alia
de cauſa mortis caſus trahitur ad caſum emancipatio-
nis, quàm quia ei perſimilis & affinis exiſtimetur, non
quaſi qui emancipat aut emancipatur, mori videatur,
(quid enim habent illa commune?) ſed propter effe-
ctum illum qui vtroque caſu idem naſcitur, tanquam
ex ſimilibus ac pene iiſdem cauſis, vt liberi peræquè
fiant ſui iuris. Vnde fieri neceſſe eſt vt per caſum eman-
cipationis extinguatur caſus mortis. Non quod eo mi-
nùs tandem moriturus ſit pater qui liberos ſuos emanci-
pauit, ſed quia fieri nequit vt liberi per emancipationem
ſoluti patria poteſtate, magis fiant ſui iuris per mortem
patris. † Itaque in emancipationis caſum admiſſis ad fi- 18
deicommiſſum ea probata matris voluntate filiis, qui
non fuerant vocati niſi poſt mortem patris, aut ſub ea
conditione, *ſi patris morte ſui iuris effecti fuiſſent*, iam
nihil prorſus ipſorum intereſt hoc nomine, victurúſne
ſemper erit pater, an tandem aliquando moriturus, fru-
ſtráque expectaretur caſus mortis qui quandoque eue-
niens nihil operaretur. Vt dici ſolet de alia conditione
qualibet, non eſſe expectandam eam cuius euentus ni-
hil noui allaturus ſit, *leg. aliquando 13. §. vltim. D. ad S. C.
Vellean. leg ſi quis ita ſcripſerit 33. Digeſt. de hered. inſt.*
Proinde caſus mortis in hac ſpecie nullus ſupereſt, quippe
qui ob voluntatem teſtatricis mutatus ſit in caſum eman-
cipationis. † At non ideò fit vt inſtans emancipationis 19
habendum ſit pro inſtanti mortis. Aliud enim eſt inſtans
mortis, aliud vero emancipationis, ſicut & alius effectus
eſt mortis, alius emancipationis extra cauſam patriæ po-
teſtatis. Et conſequenter iuris interpretatio quæ ex te-
ſtantis voluntate, verbis licèt repugnantibus trahit ca-
ſum mortis ad caſum emancipationis, non idcircò, ad
inſtans emancipationis trahere poteſt inſtans mortis,
quia nec poſſibilè illud eſt, nec rurſum neceſſe, cùm non
pendeat ea illo effectu ſublatæ patriæ poteſtatis, neque
cum eo commune quicquam habeat. † Proinde quoties 20
fideicommiſſum pluribus filiisfamilias relictum eſt non
tantùm poſt mortem patris eorum, & in caſum illum
quo morte patris fiant ſui iuris, ſed cùm illa etiam adie-
ctione, *vel ei qui ex ipſis tum ſupererit*, fieri tamen nun-
quam poteſt, vt quamuis ex voluntate teſtantis admit-
tendi ſint filij in caſum emancipationis, alij tamen ex ip-
ſis inuitati videantur, quàm qui mortis tempore ſupere-
runt, cùm tempus illud expreſſum ſit diſertis verbis, *l. epi-
ſtolam 75. §. vlt. ad Trebell.* nec minùs denotata extremitas
temporis fuerit, ſiue particula *tum* adiecta ſit, ſiue ſubin-
telligatur, *leg. 4. §. vlt. de condit. & demonſtrat.* Neque rur-
ſum inutiliter expectetur tempus illud cuius euentus fa-
cere poſſit, vt aliis relictum videatur fideicommiſſum,
quam quibus relictum dici poſſet ſi emancipationis tem-
pus ſpectari oporteret. † Cui non prorſus diſſimile illud 21
videtur, quod Papin. reſpondit in *leg. cùm pater 77. §. ab
inſtituto de legat.* 2. grauato per fideicommiſſum extraneo
herede inſtituto vt cùm moreretur, liberis teſtatoris
certa prædia redderet, quæ idem teſtator petierat ne ex
familiæ nomine alienarentur, ſi ad ſubſtitutum heredi-
tas deuoluta ſit, ſubſtitutum quidem ea prædia ex volun-
tate defuncti perinde debitum eſſe, at non confeſtim,
ſed ita vt coniectura ex teſtatoris voluntate capienda in-
ſtituti mors expectanda ſit. Nam ſi mutata quoque per-
ſonâ grauati non ideò tamen mutatur tempus præſtandi
fideicommiſſi, tametſi poſſet dici nihil iam ipſius inter-
eſſe in cuius mortis tempus collatum fuerat fideicom-
miſſum, cùm ad alium hereditas pertinere cœperit
(quæ videtur ſola fuiſſe ad eum locum ratio dubitan-
di) cur mutabimus tempus mortis à teſtatrice preſcri-
ptum ob id ſolùm, quòd caſus mortis mutari poſſit in
caſum emancipationis? Scripſi *mutari poſſit*, non autem
mutatus ſit, quia non puto vllam hic fieri poſſe caſuſ mu-
tationem, nec caſum mortis trahi ad caſũ emancipationis.
Nam ſi adiectio illa de qua tractamus *vel ei qui ex ipſis
ſupererit* omnimodo efficit vt expectandum neceſſariò ſit
tempus mortis patris quòd ſciri poſſit, an pluribus liberis,
an vni tantùm, & cuinam ex ipſis fideicommiſſum reli-
ctum intelligatur (ſuperuacuam enim eam eſſe aut delendam
nemo certè dixerit) plane conſequens eſt vt caſus mortis
expreſſus in caſum emancipationis commutari nec poſ-
ſit, nec debeat, quia ſine effectu eſſet ea commutatio,
quæ nec aliam ob cauſam fieri ſolet, ſi quando fit, ſiue ea
præſumpta

præſumpta ſiue ex probata teſtantis voluntate, quàm vt ſtatim poſt emancipationem eadem fideicommiſſi petitio competat, quæ eſſet competitura ſi mortis caſus con-
22 tigiſſet. † Ergo concludamus tandem decretum illud Diui Marci, cæteris quoque omnibus paribus, id eſt, etiam probata eadem voluntate matris, ad Vlpiani ſpeciem trahi & accommodari nullo modo poſſe. Ceſſante autem decreti poteſtate rationem iuris facere, vt ante mortem patris facta filius poſt emancipationem reſtitutio inutilis fuerit, & per quam non potuerint ex Trebelliano transferri actiones, nec proinde impediatur is qui mortis tempore ſolus ſuperſtes reperitur, quominus ex fideicommiſſo eam portionem petat quæ fratri præ-
23 mortuo fuit præmaturè reſtituta. † Nam ſi quis putet eum aut ipſo iure amiſiſſe fideicommiſſi portionem aut ſaltem quod eſt facilius exceptione doli, repellendum eſſe ob id ſolùm quòd reſtitutionis tempore contentus ille dimidia parte bonorum ſiue tacitè ſiue expreſſè conſenſerit, vt reliqua pars fratri reſtitueretur, arg. *l. Titia* 34. §. *Lucia, de legat.* 6. Iam diximus in ſuperioribus nullius momenti eſſe conſenſum illum qui & contra ſenatuſconſulti auctoritatem, & contra teſtantis voluntatem præſtitus ſit ex *d.* § *Diui*, in illis verbis, *ne quidem ex voluntate eorum:* quia mutuus fratrum conſenſus facere nõ poteſt vt alius ſit fideicommiſſarius, quàm qui
24 teſtamento vocatus fuit. † Longéque diuerſa eſt hæc quæſtio ab illa quam noſtri tractare ſolent ad *l. qui Romæ* 122. §. *duo fratres. De verb. oblig.* de fratribus fideicommiſſo per diuiſionem renunciantibus. Tractant enim caſum illũ quo fideicõmiſſarius certus ſit ſiue iam impleta ſiue adhuc pendente fideicommiſſi conditione: In qua ſpecie licèt fideicommiſſum conditionale quod nondum competit repudiari nequeat, fieri tamen poteſt variis ex cauſis: vt vel expreſſo vel tacito conſenſu remiſſum eſſe cenſeatur. At nos eum caſum tractamus quo propter pendentem conditionem non ſolùm euentus ipſe fideicommiſſi incertus ſit, ſed incerta quoque perſona fideicommiſſarij, quam tamen nemo negauerit certam eſſe debere priuſquam fieri poſſit locus quæſtioni, an fidei-
25 commiſſo renunciatum ſit néene. † Quòd ſi voluntas filiorum ex teſtamento vocatorum bonam poſſet facere reſtitutionem, ſiue ipſo iure, ſiue oppoſita doli mali exceptione, adhuc dicendum eſſet, in ſpecie Diui Marci multò magis id euenturum, quàm in ſpecie Vlpiani. In illa enim filij omnes ſtatim poſt emancipationem nec expectata patris morte fideicommiſſum petebant, vel lex ait, id eſt, vt ego interpretor, & ſimul & in iudicio, atque ideò fortior erat ille conſenſus, non ſolùm tanquam mutuus, ſed etiam tanquam qui & expreſſus eſſet & iudicialis, cùm in iudicio quaſi contrahatur, *l.* 3. §. *idem ſcribit. D. de pecul. l. maioribus* 3. *C. commun. vtr. iudic. l. liberum* 16. *C. de fideiuſſ.* Securáque tandem ſententia de fideicommiſſo omnibus repræſentando ſiue à ſupremo Principe lata eſſet ſiue à magiſtratu etiam inferiore à quo appellari poſſet, ſecurus vtique eſt heres qui fideicommiſſum vtique ſoluerit ſi non colluſerit, nec poteſt imputari cur non appellauerit *l. ait prætor* 7. §. 1. verſ. *pu-*
26 *to autem. ff. de minor.* † At apud Vlpianum proponebatur fideicommiſſum omnibus ſolutum vltro & ſine iudice, quod etſi non niſi ſcientibus omnibus qui viriles tantùm accipiebant, fieri potuit, minorem tamen vim habet ad inducendum conſenſum etiam tacitum, quia dici poteſt omnes ideò tacuiſſe quod ſcirent ius ſuum durare, *arg. l. ſicut* 8. §. *non videtur. D. quib. mod. ius vel hypoth.*
27 *ſolut. d. l. Titia* 34. §. *Lucia Titia, de legat.* 2. † Nec eſt quod quis dicat tanto fauorabiliorem eſſe huiuſmodi fideicommiſſi tacitam remiſſionem quanto incertior tunc erat perſona fideicommiſſarij, cùm neſciretur an vterque ex liberis aut vter patri ſuperſtes futurus eſſet, *arg. l.* 1. *C. de pact. l. de fideicommiſſo* 11. *C. de tranſa.* ob idque minùs eſſe audiendum ſuperſtitem ſi poſt patris fratríſque mortem dicat vni tantùm fuiſſe fideicommiſſum relictum, vt ille vnus ipſe ſit, quod viuo patre fratreque non fuerat dicturus *arg. l. ſi pater* 12. *C. de inoff. teſt. l. pen. C. de ſolut.* Poſſet. n. hæc obiectio vires aliquas habere ſi perſonæ fideicommiſſariorum certæ fuiſſent, ſolus autem fideicommiſſi euentus incertus, vt in *d. l.* 1. *& d. l. de fideicommiſſo.* Vel ſi in fratrum poteſtate fuiſſet vt fideicommiſſarium facerent eum, quem teſtator non feciſſet. Sed his omnibus ceſſantibus quæ nec ex facto, nec ex iure ſunt poterant, apparet nihil prorſus intereſſe an fratri præmortuo reſtituta ſit pars hereditatis inuito fratre qui ſolus ſuperſtes fuit, an eo conſentiente. Vtroque. n. caſu & iuris ſtricti ratio & voluntas teſtatricis & conſequenter rei æquitas irritam facit pro ea parte reſti-
tutionem. † Sic explicatis iis omnibus quæ ad huius loci 28
interpretationem pertinent, reſtat vt ex ipſis verbis legis probemus, Triboniani legem eſſe non Vlpiani. Primum autem colligi id poteſt ex eo quod textus habet decretum
illud D. Marci à Scæuola relatum fuiſſe. † Conſtat. n. apud 29
me Scæuolam deceſſiſſe ante tempora Marci Imperatoris, nec ad eius ætatem vſque perueniſſe. Quam in rem videnda ſunt, quæ ſcripſi li. 14. cap. 4. Quare nec liber vllus Scæuolæ relatus eſt in quo ita ſcripſerit, ſed, quod verò prudentes facere ſolent, præſertim cùm Scæuolam auctorem laudant, ſic ſimpliciter ſcriptum eſt *Scæuola D. Marcum,* &c. Sed nec poterat Vlp. Scæuolæ auctoritate moueri vt præmaturam fideicommiſſi reſtitutionem haberet pro bona eo caſu quo fideicommiſſarij perſona tùm certa nondũ eſſet. Neque. n. ignorabat contrarium Scæuolæ reſponſum à nobis ſupra citatum, quod in *d. l. vxorem* 41. §. *Seium marit. de leg.* 3. quo ipſo loco longè accommodatiùs poterat decretum D. Marci à Scæuola referri, ſi Scæuolæ notum fuiſſet quam ab Vlpiano factum ſit in *d. l.*
mulier. Quòd ſi quis iam miretur, † Cur ergo Scæuolæ no- 30
men Tribonianus hic ſuppoſuerit potiùs quam alterius Iureconſulti qui poſt Marci tempora floruerit, duplex in præſentiarum ratio mihi occurrit. Illa primùm quod magni & poſt Papinianum fortaſſe præcipui inter omnes nominis erat Scæuola, nec immeritò ſanè, tanquam qui & perſpicaciſſimus fuiſſet, & ſuprà cæteros, quod mihi mirum in modum placet, iuris religioſiſſimus, nec poterat decreto Diui Marci maior laus & fides accedere, quàm ſi à Scæuola referretur & probaretur. Altera quod meminerat fortaſſe Tribon. (vt mendacẽ memorem eſſe oportet) alio Pandectarum loco corruptum à ſe quoddam Scæuolę reſponſum, vt aliud eiuſdem Marci reſcriptum protraheret ad ſpeciem longè diſſimilem, de qua fuerat Scæuola cõſultus. Locus eſt in *l. Pamphilo* 39. *de legat.* 3. de cuius etiam ſententia & interpretatione ſcripſimus eo lib. 14. ca. 3. Vt. n. veriſimile fieret quod falſum erat, Scæuolam ad ea vſque tempora peruenisse, in quibus Marcus ſolus imperaſſet, faciendum fuit vt qua alia iuris parte reſcriptum aliquod vel decretum Diui Marci aut à Scæuola
referretur aut ab eo relatum diceretur. † Mouet me ſe- 31
cundò hiatus ille Vlpiano cæteriſque prudentibus inſolitus, quem video in illis verbis, *Scæuola Diuum Marcum in auditorio de huiuſmodi ſpecie iudicaſſe refert Braſidas quidam* &c. Tertiò quod ait *iudicaſſe.* Verbum. n. eſt indignum Imperatoria maieſtate. Dicebatur námque Imperator pronunciare aut ius dicere, non etiam iudicare, quod nec magiſtratibus maioribus licebat ſalua dignitate, vt probat locus ille Marci Tulij ad Quintum fratrem, *Quid? Prætor ſolétne iudicare debe-*
ri? † Quartò reliquus ipſe contextus verborum & 32
abundans & interciſus, longè alius quàm ſoleat eſſe Vlpiani, maximè verò in libris diſputationum, in quibus videtur ille Papinianeam & breuitatem & elegantiam affectaſſe, vt oſtendunt leges omnes quæ in Pandectis extant iis ex libris deſumptæ, quamquam nobilius exemplum nullum proferri poteſt quàm quod obuium eſt in eleganti illo §. *cum proponeretur,* aliiſque
§§. eiuſdem legis. † Quintò ſuſpicionem auget dictio 33
mortalitatem, quæ etſi Iureconſultis noſtris non eſt incognita,

i ncognita, diuerſo tamen ſenſu ab iis accipitur, ſcilicet in
abſtracto potiùs, vt ita dicam quàm in concreto. vt *in l.*
illud quoque 40. Digeſt. de petit. hered. & in *l. nam etſi 15.*
in princ. De inoffic. teſtam quomodo & idiomate Gallico
34 ſunt iſta ſeparata *mort & mortalité.* † Denique ne nimius
Ariſtarchus videat ſi verba ſingula perſequar, monet
me poſtremus ille verſic. *Secundum hæc dicebam, & in*
propoſita quæſtione decretum Diui Marci eſſe trahendum.
Vlpianus enim proculdubio ſcripſiſſet *ad propoſitam quæ-*
ſtionem, aut potius *ad propoſitam ſpeciem,* propter vim &
conſtructionem verbi *trahendum,* non autem vt Tribo-
nianus *in propoſita quæſtione,* ſicut & in ſequentibus illis,
& rectè fideicommiſſum vtriſque ſolutum ſcripſiſſet multò
elegantiùs *vtrique* non *vtriſque.* Neque rurſum credibi-
le eſt Vlpianum tam breuiter & ieiunè de Diui Marci
decreto ad eam ſpeciem protrahendo quæ tantoperè diſ-
ſimilis eſſet ſententiam ſuam expoſiturum fuiſſe, ſed ra-
tionem aliquam allaturum quæ tot obiectionibus quas
ſuprà fecimus aliqua ſaltem ex parte ſatisfaceret, ne quid
temerè vel audacter & contra iuris rationem reſpondiſſe
videretur, quod ipſum tamen parum curandum fuit Tri-
boniano, cui ſatis erat ſemel monuiſſe *in conſtit. 2. de con-*
firm Digeſt. §. tam autē 10. mutatas à ſe pleraſque leges
ſi quid viſæ ſunt habere non rectè, tranſpoſitúmque in
melius etiamſi quid aliqua imperiali antiquorum Impe-
ratorum conſtitutione in aliam dictum fuerat formam,
ſolis Iureconſultorum nominibus ſeruatis, veneratione,
vt ait, antiquitatis, ſed legum veritate vt ipſe gloriatur
ſub Iuſtiniani nomine facta ſua, vt quicquid in Pandectis
& in Codice legimus, ſic accipiamus. quaſi ex ſolius Iu-
ſtiniani ore prudentáque profectum.

Capvt VII.

Ad §. verum autem l. apud Iulianum 11. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Reſcriptum Diui Pij in §. verum d. l. apud Iulianum ad diſſimilem planè ſpeciem à Triboniano tractum fuiſſe.*

2 *Quæſtionem in d. l. propoſitam cum §. proximè præcedente nihil commune habere & dubitatione carere.*

3 *Abſentis procuratori, ſi id deſideret hereditatem ex Trebelliano reſtitui poſſe.*

4 *Non obſtare quod per liberam perſonam alteri acquiri nihil poſſit.*

5 *Procuratorem hoc caſu cum mandato eſſe oportere.*

6 *Cautionem de rato ab eo exigi quum de mandati iure & poteſtate dubitatur.*

7 *Procuratorem hîc intelligi merum & ſimplicem, non qui in rem ſuam conſtitutus eſt.*

8 *Triboniani reſponſionem in d. §. ad hanc quæſtionem proculdubio pertinere, an abſente fideicommiſſario heres per eius procuratorem cogi poſſit hereditatem, quam nolebat, adire & reſtituere.*

9 *Quum de fideicommiſſarij mandato & voluntate dubium nullum eſt, heredem æquè per fideicommiſſarij procuratorem ac per fideicommiſſarium ipſum cogi poſſe, vt hereditatem adeat & aditam reſtituat.*

10 *Heredem qui à Prætore coactus adijt, & abſentis procuratori reſtituit, nullo in damno morari, ſed planè ſecurum eſſe.*

11 *Heredem quum abſentis voluntas minus euidens eſt, ne quidem ſi locupletiſſimè ei caueatur adire cogendum.*

12 *Rationem illam* d. §. nec veteri heredem oportere ne in damno moretur, *accommodatiorem eſſe ad perſuadendum heredi ante coactionem vt ſponte adeat, quàm vt poſt coactionem vllum ex aditione periculum vereatur.*

13 *Tribonianeus Græciſmus in d. §. indicatur.*

14 *Species reſcripti Diui Pij in d. §. relati.*

15 *Prima dubitatio in ſpecie eius reſcripti.*

16 *Seruo libertatem nondum conſecuto licèt hereditas reſtitui non poſſit, permitti tamen adire Prætorem vt ad adeundam hereditatem cogat.*

17 *Quid in ſpecie dicti reſcripti obſtaret quominus heres per Albina filiam ad adeundam hereditatem compelli poſſit?*

18 *Si ſeruus non à legatario, ſed ab altero ex heredibus libertatem, ab altero fideicommiſſariam hereditatem accepit, neutro ex heredibus adire volente nullas partes Prætoris in compellendo eſſe.*

19 *Superiore tamen caſu eum à quo relicta hereditas fuit ad aditionem & reſtitutionem interdum compelli.*

20 *In ſpecie dicti reſcripti, quia ad compellendum heredem Prætoris fideicommiſſarij nulla partes erant, adeundum Imperatorem fuiſſe.*

21. 22. 23. *Triplicem in illa ſpecie æquitatis rationem ſuadere vt ad adeundam hereditatem ſcriptus heres cogatur.*

24 *Tres illas rationes multò fortiore & iuris & æquitatis ratione ſuperari.*

25 *Remedium in dicta ſpecie nouum excogitandum fuiſſe ne heres adire coactus ex ea aditione damnum vllum ſentiret.*

26 *Remedium illud à Diuo Pio excogitatum quodnam fuerit?*

27 *Eius reſcripti caſum ſpecialiſſimum eſſe & ad aliam ſpeciem vix trahi poſſe.*

28 *Aliæ ſpecies ponuntur in quibus Diui Pij reſcripto locum non eſſe contenditur.*

29 *Nihil Diuum Pium à iuris regulis alienius conſtituere potuiſſe, quàm vt bona defuncti heredem habentis quaſi non habentis venderentur.*

QVod † à Triboniano circa decretum Diui Marci 1
tractum eſſe oſtendimus in *l. mulier 22. in princ. D.*
ad SC. Trebell. vt quamuis ſpecialem haberet rationem ex
probata teſtatoris voluntate deriuatam, ad aliam tamen
prorſus diſſimilem ſpeciem protrahendum id eſſe diceret
ſub nomine Vlpiani. Idem ab eo nunc factum eſſe pro-
babimus circa reſcriptum Diui Pij, de quo in *§. verum*
autem l. apud Iulianum 11. eod tit. qui locus Vlpiani quo-
que nomen præ ſe fert, licèt meo iudicio totus ſit Tribo-
niani. † Quæſtio illa proponitur, verum præſenti an etiam 2
abſenti reſtitui poſſit hereditas procuratore adeunte præ-
torem. Proponitur verò his verbis *verum* coniunctim ſu-
perioribus quaſi commune aliquid habeat cum iis in §.
prox. præced. Idem Vlpian. ex Iuliano tractauerat de
confirmandis patris tabulis vt ex ſubſtitutione pupillari
poſſit heres cogi adire & reſtituere hereditatem. Quod
tamen quàm diſſimile & diſparatum ſit nemo videt.
Hinc namque mihi faciendum viſum eſt noſtræ contra
Tribonianum diſputationis exordium. Ipſa autem quæ-
ſtio, qualis ſit & quam habeat dubitandi rationem non
facile animaduerto. † Nemo enim vnquam ex prudenti- 3
bus dubitauit, quin etiam abſentis procuratori, ſi id deſi-
deraret reſtitui poſſet hereditas ex Trebelliano, ſaltem
præſtita per procuratorem cautione de rato, ſi minùs eui-
dens abſentis voluntas proponeretur, vt ex Iuliano Pau-
lus tractat in *l. qui ita 66. §. etiam abſentis eod. titul.* Ni-
hil enim refert an nobis an alij ex voluntate noſtra re-
ſtituatur hereditas ſiue mandauerimus ſiue ratum ha-
buerimus, ſicut & aliàs contingit quoties tractatur de ſo-
lutione eius quod nobis debetur, *l. ſolutam 49. & paſſ. D.*
de ſolut. Reſtitutio enim hereditatis ſolutio debiti eſt, li-
cèt etiam ſucceſſio ſit cum ex ea obligetur is cui heredi-
tas reſtituitur, qui ſenſus eſt *leg. non enim 38. D. ad SC.*
Trebell. Imò nec intereſt cui noſtro nomine reſtituatur,

paterfamilias

paterfamilias ſit an in aliena poteſtate, & an maſculus an
mulier, adeoque nec an liber an ſeruus, quia perinde eſt
ac ſi reſtituta mihi eſſet hereditas, quæ alij meo nomine
reſtituta eſt, *leg. quamuis. 40.§.vlt.cum duab.ſeq.& l.ſer-*
4 *uo 65.§.vlt. eod.tit.* † Nec quod per liberam perſonam
alteri acquiri nihil poteſt, *l.1.C.per quas perſon.nob.acquir.*
impedire poteſt reſtitutionem, quoniam procurator hoc
caſu nihil niſi miniſterium præſtare intelligitur, vt *in l.&*
licet libera.15.D.de pecun.conſt.l.quod meo 18. D. de ac-
quir. poſſeſſ. Præter id quod ex generali illa regula exci-
pitur cauſſa poſſeſſionis quam placuit vtilitatis cauſa poſ-
ſe acquiri per liberam quoque perſonam, *dict.l.1.§.1.C.*
de acquir.poſſ. per poſſeſſionem verò etiam dominium ſi
proprietas a poſſeſſione ſeparari non poſſit, inquit *l per*
procuratorem 8.eod. l.ſi procurator 13. D. de acquir. rer.
5 *domin.* † Tractamus autem de vero procuratore qui ha-
beat mandatum. Nam ſi nullum habeat, certum eſt non
poſſe eum tanquam procuratorem agere vt heredem co-
gat reſtituere hereditatem, ſicut nec quicquam aliud in
iudicio petere, *l.licet 24.C.de procurat.* neque ſi cautio-
6 nem offerat de rato. † Cautioni enim tunc locus eſſe ſo-
let cùm dubitatur de mandati iure & poteſtate, *l.1.eod.*
aut cùm ea perſona agit quæ poteſt agere ſine mandato,
l.ſed & hæ perſonæ 35. D.eod. non etiam cùm apparet ſi-
ne mandato eum agere qui non ſit ex coniunctis perſo-
nis. Porò cùm adeſt mandatum quænam dubitandi ra-
tio eſſe poteſt, cur non abſenti quoque procuratori re-
ſtitui poſſit hereditas? Nam ſi mandatum tale ſit vt non
talis euidens mandantis voluntas eſſe videatur, poteſt eo
caſu vtilis eſſe cautio de rato, ne is qui procuratoris fi-
dem ſequitur periclitetur. Etſi fideicommiſſario poſteà
ratum habente, apparet vtiliter factam eſſe reſtitutio-
nem, quia ratihabitio mandato æquiparatur *l. vero pro-*
curatori 12.in fin.D de ſolut.l.vlt.C.ad S.C. Maced. leg.
donationes quas parentes 25.in fin.C.de donat.int.vir.&
vxor. Sin ratum habere nolet, inutilis quidem reſtitutio
eſt, ſed nullum ex eo damnum ſentit is qui reſtituit cùm
perinde maneat dominus rerum hereditariarum omnium
ac ſi reſtitutio nulla facta eſſet hereditatis quam ſponte
adierat. Id enim eſt quod ait *d. §.etiam abſentis. Quod ſi*
7 *ſponte adierit hereditatē non magna captio eſt.* † Illud etiá
obſeruandum eſt, loqui nos de mero & ſimplici procura-
tore. Nam in eo qui procurator in rem ſuam conſtitutus
eſſet ratio illa reſtitutionem impediret, quod non aliter
tranſire actiones poſſint ex Trebelliano quàm ſi reſtitua-
tur hereditas ab herede ita vti teſtamento rogatus eſt, &
eo ipſo modo quo teſtator voluit. Quod non contingit
cùm alij reſtituitur quàm fideicommiſſario, id eſt in alte-
rius quàm ipſius fideicommiſſarij commodū, quamuis ex
fideicommiſſarij voluntate vt in ſuperioribus diſputaui-
mus ex *l.ſi mulier 59.§.ex aſſe.D.de iur. dot.l.1. l.ſed etſi*
antè 10.D.ad S.C Trebell. At in ſimplici procuratore ne-
que dubitatio neque dubitandi ratio vlla eſt propter quā
valere non debeat hereditatis reſtitutio facta procuratori
8 abſentis. † Videamus autem quid ad tam arduam quæſtio-
nem Tribonianus reſpondeat, *Ego puto*, inquit, *abſenti*
quoque fideicommiſſario cogi poſſe heredem adire & reſtitue-
re, nec vereri heredem oportere ne fortè in damno moretur.
Reſponſio eſt vt apparet ad aliam longéque obſcuriorem
quæſtionem quàm quæ propoſita fuerat, nimirum ad il-
lam, vtrum abſente fideicommiſſario poſſit per eius pro-
curatorem cogi heres, vt hereditatem non ſolùm reſtituat
quam ſponte adierit, ſed etiam inuitus adeat quam ſpon-
te adire nolit. In quo nemo non videt maius periculum
verſari heredis, qui adita hereditate manſurus ſit impli-
citus oneribus hereditariis ſi non exoneretur per reſtitu-
tionem. Ideoque ipſius quàm maximè intereſt vt de fi-
deicommiſſarij mandato & voluntate conſtet euidenter.
Nec ſi vel tantillum dubitetur æquum eſt committi cum
incerto cautionis, id eſt, cogi adire ob id ſolùm quod
procurator paratus ſit cauere de rato, propter fragilita-
tem cautionis, vt ſcriptum eſt *in dict.§.etiam abſentis*: id
eſt, quia fieri poteſt vt cautio quamuis principio idonea,
poſtmodum inanis fiat & eluſoria fideiuſſoribus fortaſſe
ad inopiam & egeſtatem elapſis. Quo tamen caſu non eo
minus heres manebit, & implicitus oneribus heredita-
nis qui ſemel fuit. Qua etiam de cauſa placuit nec eum
quoque adire cogi poſſe qui non niſi de pecuniario fidei-
commiſſo fuerit rogatus, aut legato grauatus, tametſi
cautio indemnitatis offeratur, inquit Hermogenianus *in*
l.nam quod 14 §.vltim. D.ad S C. Trebell. quia nemo ſe
cogitur adſtringere oneribus hereditariis propter alium
vt Papin. ait *leg. non eſt cogendus 53. eod.* Se autem ad-
ſtringit quiſquis heres fit, ſi non ſubſequatur heredita-
tis reſtitutio quæ iura omnia & heredi & in heredem
competentia transferat in fideicommiſſarium, *dict.leg.1.*
leg.quia poterat 4 & paſſ.eod. titul. † Quod ſi ponas ita 9
conſtare de mandatu vt de fideicommiſſarij voluntate
dubitari nullo modo poſſit, nec de rati cautione præſtan-
da conſequenter quæri oporteat, difficile ſanè eſt dice-
re quidni per fideicommiſſarij procuratorem æquè ac per
fideicommiſſarium ipſum cogi heres poſſit vt & adeat
& reſtituat, cùm generale ſit & perpetuum vt quod quis
per alium facit per ſeipſum facere videatur. Neque enim
verendum eſt ne aditam hereditatem ſibi reſtitui nolit
fideicommiſſarius, qui per procuratorem compulerit he-
redem adire. Quo namque colore aut qua fronte id recu-
ſaret? Illud verò multò minùs verendum eſt ne moretur
in damno heres, ſi prius deceſſerit fideicōmiſſarius quàm
ei reſtituatur hereditas. Nam vel heredem aliquem re-
linquet, vel nullum. Si heredem habebit, idem iuris in
herede ipſius conſtituendum erit quod in ipſo conſtitu-
tum eſt, vt ſcilicet non poſſit recuſare reſtitutionem
quam recuſare non potuit is cuius hereditatem ſuſcepit:
Sin deceſſerit ſine herede hoc ipſo tamen perinde habe-
tur hereditas pro reſtituta hactenus vt creditoribus here-
ditariis non minus liceat vendere huius heredis bona, &
conſequenter quicquid in reſtituenda hereditate repe-
rietur, acſi iam reſtituta hereditate deceſſiſſet. Vt non
minus apertè quàm eleganter Marcellus tractat *in l. po-*
ſtulante 44 inuit.l ſi poſtulante 67. ff.eo. tit. ad S C.Tre-
bell. † Quid ergo eſt quod ſequitur *in d. § virum autem.* 10
Poteſt enim ei per prætorem ſuccurri ſiue cautum ei ſiat,
ſiue non, & ante deceſſerit fideicommiſſarius quàm ei re-
ſtituatur hereditas. Præ ſe ferunt namque verba iſta, fo-
re, vt in damno moraretur heres ſi non ei per prætorem
ſuccurreretur: quod tamen euidenter falſum eſt, vt dixi-
mus Cum dubitari non poſſit quin fideicommiſſum non
modò purificatum, vt loquuntur, id eſt, cuius dies vtiliter
ceſſerit, ſed etiam agnitum adeoque ita petitum vt inui-
tus heres adire coactus ſit, tranſmittatur ad heredem li-
cèt fideicommiſſarius deceſſerit ante reſtitutionem. De
illo namque duntaxat fideicommiſſo quæri ſolet an ad
heredem tranſmittatur, nécne quod purificatum quidem
fuit ſed non agnitum. De qua quæſtione quid nobis vi-
deatur in ſequentibus dicemus. Porrò non quod prætor
ſuccurrat ei, qui ipſo iure tutus eſt, nec video cur neceſ-
ſe ſit quærere reſcriptum aliquod Diui Pij aut alterius im-
peratoris ex quo exemplum ſumi poſſit vt ſciatur qua ra-
tione aut via huic heredi ſuccurrēdum ſit quia adiit coa-
ctus. Niſi rurſus velis ad eum caſum regredi, in quo is
qui ſe procuratorem dixit, vel nullum habuerit manda-
tum, vel habuerit minùs ſufficiens vt de fideicommiſſarij
voluntate non ſatis conſtet. His enim caſibus, vtique di-
ci non poſſet ſecurum fore heredem qui inuitus & co-
gente tali procuratore adiiſſet, ſiue de rato aut de indem-
nitate cautum ei fuiſſet, ſiue non. † Sed iam diximus, 11
non ſolum ſi mandatum nullum profeκatur, ſed etſi ta-
le aliquod proferatur ex quo minùs euidens ſit abſentis
voluntas, non eſſe cogendum heredem vt adeat nec ſi
millies nec ſi locupletiſſimè ipſi caueatur, propter cautio-
nis quantumlibet idoneæ fragilitatem *d.§.etiam abſentis.*
Quanto minùs adire cogendus ſi nulla ei cautio offera-
tur? Neque tamen poſſis dicere imputandum ei eſſe cur
tam

non facilè adierit, ac prius quàm ei bene cautum eſſet,
cum de illo agamus qui non niſi coactus adit, & vigen-
te imperio prætoris, cui vtique parêre habuit neceſſe.
Adeò vt ſi quod damnum aut incommodum ex eiuſmo-
di aditione ſentiret, non tam ei imputandum eſſet qui be-
12 ne paruiſſet, quàm prætori qui malè coëgiſſet. † Quare
non poſſum ſatis mirari rationem illam præcedentem *nec
vereri heredem oportere ne fortè in damno moretur.* Ideo
namque ſubiecta eſt ne quis miraretur quòd proximè
reſponſum erat cogi poſſe heredem per abſentis fidei-
commiſſarij procuratorem, vt hereditatem adeat & ab-
ſenti reſtituat. Quis enim neſcit non poſſe in damno mo-
rari heredem qui à prætore compulſus adierit, quique
prætorem ipſum vt ita dixerim, de indemnitate ſuo quo-
dammodo habeat obligatum? An non ſatis in eam rem
prouiſum eſt ſenatuſconſulto Pegaſiano quod ipſum co-
gendi heredis ius induxit? At quid frequentius in *tot. tit.
D ad SC. Trebell* quàm illud toties ſcriptum legere, neque
lucrum neque damnum vllum ex hereditate aut occaſio-
ne hereditatis, remanere penes eum debere qui compulſus
adierit? Itaque ratio illa, quòd vereri non debeat heres ne
fortè in damno moretur, longè accommodatior eſt ad
perſuadendum heredi ante coactionem vt ſponte adeat,
quàm vt ei ne poſt coactionem ex ſtimet vllum ſibi peri-
culum ex aditione imminere. Deníque quod ſequitur,
Poteſt enim ei ſuccurri per prætorem. Quid enim præ ore
13 indiget qui pro ſe habet auctoritatem ſenatuſconſulti? †
Sed pergamus ad eorum, quæ in textu ſequuntur expli-
cationem. Ait lex *Eſt enim huius rei exemplum capere ex
reſcripto Diui Pij, in ſpecie huiuſmodi.* Videmus phraſin
græcam & apertè Tribonianeam, digniorem ſane quæ
in Iuſtiniani Nouellis conſtitutionibus, vbi & frequen-
tiſſima eſt quàm in prudentum reſponſis legeretur. Au-
diamus verò reſcriptum Diui Pij & conſideremus ſpe-
ciem ad quam accommodatum fuit, vt inueſtigemus an
& in quo ſimilis ſit ei, quam nos tractamus De herede
per fideicommiſſarij abſentis procuratorem coacto adire
14 vt reſtitueret & ante reſtitutionem defuncto. † Antiſtia
decedens Titium heredem inſtituerat, & Albinæ liberta-
tem directam dederat, eique filiam per fideicommiſſum
reliquerat, rogaueratque vt filiam manumitteret, ſed &
Titium rogauerat vt manumiſſæ filiæ Albinæ reſtitueret
hereditatem. Cum igitur Titius ſuſpectam hereditatem
diceret, reſcriptum eſt a Diuo Pio compellendum eum
adire, quo adeunte Albinæ competituram libertatem
eique filiam tradendam, & ab ea manumittendam, tuto-
remque filiæ dandum quo auctoritate reſtituatur here-
ditas filiæ ſtatim, quamuis ſic fuiſſet rogatus ei reſtitue-
re *cum nubilem ætatem compleſſet.* Cùm autem poſſit, in-
quit, euenire vt antè decedat ea cui fideicommiſſaria li-
bertas & hereditas relicta eſt, nec oporteat damno adfici
eum, qui rogatus adiit hereditatem, remedium dedit,
vt ſi quid horum contigerit, perinde permittatur venun-
15 dari bona Antiſtiæ, acſi heres ei nullus extitiſſet. †
Hactenus reſcriptum Diui Pij, in illud primum mi-
rum eſt, quod voluit ille compelli poſſe heredem per Al-
binæ filiam cui fideicommiſſaria libertas & hereditas
debebatur. Id enim à iuris ratione alienum eſt, an ob
id duntaxat, quod liberam eſſe Albinæ filiam oporteret
priuſquàm eum cogeret, vt ſentire videtur Accurſius?
Minimè. Nunquam enim dubitatum eſt, cogi poſſe he-
redem inſtitutū adire, & reſtituere hereditatē ſeruis, ſiue
directa, ſiue fideicommiſſaria libertas eis data fuiſſet, cum
aſſeruari heres non deberet perſonam cogentis; habet
enim hic quoque aditum, vt quamuis non petere fidei-
commiſſariam libertatem poſſit, neque directam ſibi
vindicare, propter ſpem tamen libertatis aditum ad præ-
torem & per ſe habeat *l. mulier quæ duobus* 22. *§. non eſt*
16 *dubitatum. ff. eod. tit. ad SC. Trebell.* † Illud certè fieri
nunquàm poteſt vt reſtituatur ſeruo hereditas priuſ-
quam libertatem ſit conſecutus *l. ſi cum purè.* 11. §. 1. *l ſi res
aliena* 52. §. 1. *eod.* Adeò vt nec ſufficiat conſecutum

eum eſſe libertatem ſi aliquo caſu poſſit illa reuocari po-
ſtea ex tum inteſtati faciente tandem teſtatore, vt Vlpia.
innuit in *l. cogi* 16. *ult. eod.* illis verbis, *& ob hoc in eam
cauſam res perducta eſt, vt is qui legauit, inteſtatus eſſe non
poſſit.* Sed cui non permittitur petere reſtitutionem he-
reditatis ante conſecutam libertatem, permittitur adire
prætorem vt cogat heredem ad adeundam hereditatem,
quò poſtmodum & libertas competere aut deberi inci-
piat, & hereditatis reſtitutio fieri poſſit † Illud igitur dun- 17
taxat obſtabat in ſpecie reſcripti diui Pij quominus he-
res per Albinæ filiam compelli poſſet ad adeundum,
quòd regulariter non eſt cogendus heres ſuſpectam adi-
re hereditatem ab eo, cui libertas à legatario, & heredi-
tas ab herede relicta eſt, cùm ſtatus hominis ex legato
pendeat, & nemo cogatur ſe adſtringere oneribus here-
ditariis propter legatum. Quid enim ſi inter moras non
manumittente legatario ſeruus deceſſerit. vt eleganter
Papin. diſputat in *l non eſt cogendus* 53. *eod* † Sed & quod 18
magis eſt, ſi ſeruus non a legatario, ſed ab altero ex here-
dibus libertatem, ab altero fideicommiſſariam heredita-
tem accepit, item Papinian. reſpondit in *d. l ſi res aliena*
52. §. 1. neutro ex heredibus adire volente nullas eſſe par-
tes prætoris, quia neque propter ſolam libertatem compel-
litur quiſquam adire, neque is a quo hereditas data non eſt,
propter eum qui nondum liber eſt, vt adeat, compelli po-
teſt. Et locus eſt, inquit, ſenatuſconſulto, non Trebellia-
no, vt Accurſ. interpretatur, aut, quod potiùs dicere de-
buerat Pegaſiano, quod coactionem induxit, ſed alij
quod de manumiſſis factum eſſe Marcellus refert in
d. l. poſtulante) cùm ab omnibus heredibus directa vel
fideicommiſſaria libertas, aut ab eo datur à quo hereditas
quoquè relinquitur. Sic enim puto legendum adiun-
cta particula diſiunctiua *aut*, cuius omiſſio Accurſium
noſtrum compulit vt præcedentia *ab omnibus heredibus*
interpretatus ſit *ab aliquo omnium.* Prorſus ridicule &
improbabiliter. † Planè tum quoque cùm ab vno ex 19
heredibus libertas, ab alio hereditas per fideicommiſ-
ſum relicta eſt, fieri tamen interdum poteſt vt cogi
debeat & adire & reſtituere is à quo hereditas relicta
fuit, non ſolum ſi fortè is à quo libertas data erat por-
tionem ſuam repudiauerit, vel conditione excluſus
ſit, ita vt portio eius ad alterum peruenerit, cùm nihil
interſit quo iure debitor & libertatis & hereditatis
idem eſſe cœperit, vt Papinianus ibidem ſubiungit,
aut ſi in ſuperiore caſu datæ libertatis à legatario de-
ceſſerit legatarius viuo teſtatore, quod cùm euenit, iam
in heredis poteſtate eſt, vt manumiſſo reſtituat heredi-
tatem *d. l. non eſt cogēdus, in fin.* Sed & ſi ponas eum ex co-
heredibus à quo data libertas fuit, & adiiſſe hereditatem
& libertatem dediſſe, priuſquam coheres portionem
ſuam adiiſſet, de qua reſtituenda grauatus eſſet. Cùm
enim hoc caſu iam liber ſit is cui hereditas fideicommiſ-
ſaria debetur, nihil prohibet quominus grauatum cohe-
redem qui adire non vult cogat & adire & reſtituere *d. l.
cogi. §. vlt.* vbi & reſcriptum aliud diui Pij refertur, quo
hoc ipſum conſtitutum eſt, ſed ita tamen vt non tam no-
uum ius & extraordinarium eo reſcripto inductum, quàm
quod ex certiſſima iuris ratione iam obtinebat confirma-
tum fuiſſe videatur. † At in ea ſpecie de qua nunc diſpu- 20
tamus, & ad quam aliud eiuſdem Pij Imper. reſcriptum
pertinet, de quo *in d. §. vtrum.* data erat libertas filiæ Al-
binæ, eidémque fideicommiſſariæ, non ab vno ex cohere-
dibus qui portionem ſuam agnouiſſet, ac teſtatoris volunta-
ti ſatisfeciſſet (vnus enim tantum heres ſcriptus erat, qui
præterea ſuſpectam dicebat hereditatem) ſed ab Albina
matre eadémque libertatis ſuæ legataria, quæ ipſa tamen,
neque dum libera erat, neque libertatem conſequi pote-
rat ante quàm adita eſſet hereditas; neque rurſum here-
dem cogere vt adiret, cùm vt ſuprà dixi ex Papiniano
nunquam compellendus ſit heres vt adeat, ſeque actio-
nibus hereditariis adſtringat propter delegatum. Ob
idque vt puto, cùm Prætoris fideicommiſſarij nullæ

fideicommiſſariam hereditatem. Idem Papinianus in *d. l. ſi res. §. 1. eod. tit.* negat vilas eſſe partes prætoris, in compellendis ad eundem heredibus, aut altero eorum ſi neuter adire velit, vt iam diximus. Negat igitur in ea quoque ſpecie locum eſſe reſcripto Diui Pij, ex quo ſcilicet dicendũ eſſet cogendũ vtrumque heredem & adire & reſtituere, tùm permittendam diſtractionem bonorum defuncti, ſi ante reſtitutam hereditatem fideicommiſſarius moreretur. Quid enim obſtare poſſet: Finge denique tractari de fideicommiſſario qui non ſit pupillus, vt in *d. §. 1. l. ſi res, & d. l. non eſt cogendus.* Tantus non erit fauor fideicommiſſarij, vt mutata iuriſprudentia cogendus ſit heres adire ſuſpectam hereditatem, aut vt poſt aditam quoque hereditatem, quod à iure non minùs abhorret, defuncti bona perinde diſtrahantur, acſi hereditas adita
29 non fuiſſet, *arg. d. l. ſed cum ab herede.* † Nam cùm hereditatis aditio ſit facti *l. pro herede 20. & paſſ. D. de acquirend hered.* indeque fiat, vt qui ſemel heres fuit, nunquam deſinere poſſit heres eſſe, *l. an prætor 7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor l. ei qui ſoluendo 88. D. de her. inſtit.* nihil potuit Diuus Pius conſtituere, quod à iuris regulis alienius eſſet, quam vt venderentur bona defuncti heredem habentis quaſi non habentis: vt ex eo apparet quod in hac ipſa *leg. apud Iulianum in princip* ſcribit Vlp. noſter ex Iuliano, ſi legatum fuerit heredi inſtituto relictum hac conditione, ſi heres non erit, & ob hoc ſuſpectam dicat hereditatem ne perdat legatum, non eſſe illud admittendum, vt quaſi hereditatem non adierit quam adiit coactus, ſic legatum à coherede petat (adiit enim, inquit lex, licet coactus, & coacta voluntas verè voluntas eſt, vt ad eum locum Accurſ. notat ex *l. ſi mulier 21. § pen. D. quod met. cauſ. l ſi patre cogẽte 22. D. de rit. nupt.*) ſed magis probandum eſſe vt offerri ei oporteat, præſtarique quantitatem legati à fideicommiſſario, tum eo facto adire compellatur. Quod & Paulus reſpondit in *l. debitor 59. in ſi prin. D. eod.* Nec quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi mulier 21. §. pen.* Ei qui per vim vel metum coactus adiit hereditatem, hactenus per prætorem ſubueniendum eſſe, vt habeat abſtinendi facultatem, & conſequenter bona defuncti venire neceſſe ſit, quaſi non adita hereditate, vt & in *l. cùm heredit. ne 55. D. de acquir. hered.* ad caſum de quo tractamus porrigi poteſt, in quo licèt coactus heres adierit, non tamen per vim & metum, ſed vrgente imperio prætoris, cuius certè dignitati non conuenit, vt quod ipſe fieri iuſſit, eodem loco habeat, ac ſi per illicitam vim & coactionem factum eſſet: quod eueniret ſi pro non herede haberet illum quem inuitum heredem fieri coëgiſſet.

Capvt VIII.

Ad verſ. vlt. d. l. apud Iulianum, & ad l. ille à quo 13. in princ. eo. tit.

SVMMARIA.

1 *Verba illa dicti verſiculi*, reſtituatur fideicommiſſaria hereditas, *cum negatione legenda eſſe.*
2 *Emondantur illa eiuſdem verſiculi verba*, ei qui compulit adire & reſtituere ſibi hereditatem.
3 *Accurſij interpretatio ad verbum* reſtituatur.
4 *Heredem in diem vel ſub conditione de reſtituenda hereditate rogatum, ſi coactus à Prætore ante diem vel conditionem reſtituerit, non remedio reſcripti Diui Pij, ſed Pegaſiani SCti auctoritate indemnem ſeruari.*
5 *Sententiam* l. ille à quo 13. ff. ad SC. Trebel. *cum* l. ſed etſi 9. eod. tit. *coniungendam eſſe.*
6 *Heredem alio loco adire iuſſum, ſi is è Reipub. cauſa abſit, æquè cogendum adire & reſtituere vbi abeſt.*
7 *Præſentiam illorum contra quos decernitur tunc eſſe neceſſariam, quum eo decreto lædi poſſunt.*
8 *Heredem de reſtituenda hereditate rogatum, ſi adire iuſſus antequam declarauerit, dicat ſe deliberare, non eò minus ſtatim adire cogendum, etiamſi ſit in legatione.*
9 *Rogatum ſub conditione vel in diem, ſi ante diem vel conditionem coactus adeat & reſtituat, actiones ex Trebelliano SCto in fideicommiſſarium tranſire.*
10 *Vera ratio propter quam per illum heredem adire coactum ante diem & non expectata conditione hereditas reſtituenda eſt.*
11 *Verba illa* d. l. à quo, ſecundùm ea quæ oſtendimus, *Triboniani potius quàm Vlpiani eſſe.*
12 *Fideicommiſſariam hereditatẽ in ſpecie dicti reſcripti filia relictam* quum nubilem ætatem compleuerit, *non ex illo reſcripto ſed ex iure communi confeſtim & ante conditionis euentum reſtitui poſſe.*
13 *Heredem rogatum, ſi ſub conditione ſcriptus ſit, non ante conditionis euentum reſtituere cogi.*
14 *Suſpectam hereditatem dicere effectu nihil aliud eſſe, quam repudiare.*
15 *Repetitur ratio propter quam heres de reſtituenda hereditate ſub conditione grauatus, ante conditionem reſtituere cogatur.*
16 *Differentia inter conditionem quæ inſtitutioni & eam quæ fideicommiſſo inſcribitur.*
17 *Neceſſe non eſſe in ſpecie* d. §. vtrum l. *apud Iulianum diſtractionem bonorum hereditariorum permitti.*
18 *Speciem in princip.* d. §. vtrum *propoſitam in omnibus & per omnia à caſu reſcripti ibidem relati diuerſam eſſe.*
19 *Non eo magis in dicta ſpecie neceſſarium fore D. Pij reſcriptum quòd procurator falſus a Prætore impetrauerit vt heredem cogere poſſet.*
20 *Caſus quo in ipſa eius reſcripti ſpecie extraordinarium illud remedium de bonis poſt aditam hereditatem diſtrahendis neceſſarium non eſt.*
21 *Cur Diuus Pius in ea ſpecie reſcripſerit heredi hactenus ſubueniendum ne Antiſtiæ bona per hereditarios creditores diſtrahantur?*
22 *Verba hæc* ex quibus caſibus ſolet euenire in §. ſed ſi quis 6. l. 1. ff. de ſeparat. *Triboniani eſſe.*
23 *Reſcriptum Diui Pij locum habere quum fideicommiſſarij perſona nec vlla eſt, nec vnquam fuit.*
24 *Sententia Triboniani in verbis illis* d. §. vtrum cùm poſſit euenire, *&c. reprehenditur.*
25 *Multa in ſpecie eius reſcripti facienda eſſe vel ſaltem à Triboniano proponi facienda priuſquam ex fideicommiſſo reſtitui poſſit hereditas.*
26 *Quum de permittenda in ſpecie eius reſcripti bonorum defunctæ Antiſtiæ diſtractione quæritur, diſtinguendum eſſe, an ante, an verò poſt manumiſſionem fideicommiſſaria deceſſerit.*
27 *In primo reſcripti capite, quod eſt de cogendo herede ad adeundum vt libertates conſeruentur, nullam diſtinctionem adhibendam eſſe.*
28 *Peculiare SCtum neceſſarium fuiſſe, vt ſeruus cui libertas & fideicommiſſaria hereditas relicta eſt heredem ad hereditatis aditionem & reſtitutionem cogere poſſit.*
29 *Hereditate reſtituta manumiſſo qui coactionis tempore ſeruus erat, hereditarias actiones in eum ex dicto SCto tranſire.*
30 *Eo SCto manumiſſum tantùm non autem eius heredem comprehendi.*
31 *Totum illum §. vtrum Triboniani eſſe.*

HÆc cùm ita ſint quæ hucuſque contra Tribonianum diſputauimus, fateor ingenuè me non intelligere quid ſibi velit vir bonus in vlt. illo verſic. qui ſic habet, *Cùm igitur demonſtrauerit Diuus Pius ſuccurri*

heredi inſtituto, qui compulſus adiit, dici poteſt etiam in
cæteris cauſis exemplum hoc ſequendum, ſicubi veneris, re-
ſtituatur fideicommiſſaria hereditas ei qui compulit adire
1 *& reſtituere ſibi hereditatem.* † Primùm autem non du-
bito quin ſcripſerit ille aut ſcribere voluerit, *ne reſtitua-*
tur fideicommiſſaria hereditas. Nam cùm reſtituatur here-
ditas ex fideicommiſſo, quænam obſecro, ſubeſſe poteſt
æquitas aut neceſſitas inducendæ conſtitutionis D. Pij?
Aut quis ex tempore vſus eſſe poteſt SC. Trebelliani, ſi
in caſibus omnibus reſtituendæ vel reſtitutæ hereditatis
reſcriptum Diui Pij locum habere debuit. Sed neque id
eſſet ſequi exemplum reſcripti, vt Tribonianus loquitur,
cùm in ea ſpecie de qua Diuus Pius reſcripſit, non fuerit
reſtituta hereditas, eáque ratio ſola remedij neceſſitatem
induxerit, quod defuncta ante reſtitutionem fideicom-
miſſariâ Albinæ filia futurum alioquin erat vt heres qui
2 compulſus adierat, oneribus hereditariis mergeretur. †
Secundum quod non debuerat in ſequentib. ita ſcribi, *ei*
qui compulit adire & reſtituere ſibi hereditatem. Implicat
enim contradictionẽ, vt hereditas non ſit reſtituta ei qui
compulerit hereditatem adire, ſibique reſtituere. Sed ſic
potiùs, *ei qui compulit adire ad reſtituendam ſibi heredi-*
tatem. Fecitque is error fortaſſe vt negationem illam quã
nos reponimus, ſubſtulerit imperitus quidam interpretes,
vt verborum contradictionem effugeret, non animaduer-
tens ita futurum, vt quod eſt longè indignius, ſententia
3 ipſa contractionem haberet. † Bonus verò Accurſius non
parum laborat vt ſe expediat, ac primùm verbum illud *re-*
ſtituatur, ſic interpretandum eſſe ait, *reſtitui poſtuletur,*
ſupplendo quod neceſſariò ſuppleri debere ſenſit, *nec ta-*
men reſtituatur, quod protſus improbabile fuerit. Deinde
magis probat, vt proprie accipiatur de hereditatẽ reſti-
tuta, ſed ante diem aut conditionem fideicommiſſario po-
ſteà mortuo ante diei vel conditionis euentum, quaſi
ſenſus ſit, Vbicumque vnus heres ſolus & purè inſtitu-
tus eſt, idemque rogatus hereditatem reſtituere in diem
vel ſub conditione, ſi ante diem vel conditionem re-
ſtituat fideicommiſſario, qui ante diei quoque aut con-
ditionis euentum decedat, indemnem heredem ſeruari
oportere. Nimirum permiſſa diſtractione bonorum he-
reditariorum, acſi nemo heres fuiſſet. Sic enim Accur-
ſium ſenſiſſe neceſſe eſt, vt accommodata ſit interpreta-
tio ad textum in quo ſcriptum eſt. In huiuſmodi cauſis
omnibus ſequendum eſſe reſcriptum Diui Pij. Et ob id, vt
puto locutus eſt de eo herede qui ſolus fuerit inſtitutus,
ne pugnet quod in *l. ſeq.* Papinianus ſcribit ab eodem
Diuo Pio reſcriptum fuiſſe, non eſſe locum ſuæ conſti-
tutioni, ſi ab herede pro parte inſtituto fideicommiſ-
ſum ſub conditione relictum proponatur. Et tamen aper-
4 tè falſa eſt hæc interpretatio. † Etſi enim heredem qui
in diem vel ſub conditione rogatus hereditatem reſtituit
ante diem vel conditionem, coactus à prætore, indem-
nem ſeruari debere verum eſt, non tamen id fit eo reme-
dio quod Diuus Pius induxit, vt defuncti bona perinde
diſtrahantur, acſi adita hereditas non fuiſſet, ſed aucto-
ritate ſenatuſconſulti Pegaſiani, quo ſicut inductum eſt,
vt cogi heres poſſit ad adeundum, ita & eo ipſo proui-
ſum ne ex eiuſmodi coactione damnum vllum ſentire
debeat, ſed tranſeant actiones omnes ex Trebelliano in
eum qui coëgit, *d. l. quia poterat. 4. l. cogi. 16. §. idem Mar-*
5 *cianus quærit eod.* † Qui ſenſus eſt Vlpiniani in *l. ille à*
quo 13. in princ. eod. cùm ait illum à quo ſub conditione
fideicommiſſum hereditatis relictum eſt non poſſe quid
cauſari ne conditio deficiat & hæreat actionibus, id eſt,
non poſſe eo prætextu recuſare quominus ad adeundum
cogi ſe patiatur, *cùm,* inquit, *nullum damnum ſit futurum*
ſecundùm ea quæ oſtendemus. Eſt enim illa lex deſumpta
ex Vlpiani lib. 4. fideicommiſſorum, ex quo & *d. l. quia*
poterat, itemque *lex ſed etſi alio loco 9. eod. tit.* in qua
etiam tractat de herede ſuſpectam dicente, & adire coa-
cto: & cum qua potiùs videtur prima illa ſententia *l. il-*
le à quo, coniungenda. Non ob id ſolum quod in *§. vlt.*
d. l. ſed etſi, tractatur de herede ſcripto ſub conditione. At
in *d. l. à quo,* de herede grauato ſub conditione, ſed etiam
propter verſ. qui ſequitur in *d. l. ille à quo iam igitur non*
deſideratur heredis præſentia. † Eſt enim id omnino alie- 6
num à præcedentibus, niſi referatur ad *d. l. ſed etſi,* in qua
idem Vlp. ſcripſerat, ſi heres alio loco iuſſus ſit adire &
reipublicæ cauſa abſit, æquè cogendum eum & adire &
reſtituere vbi abeſt, ac proinde non eſſe neceſſariam
ipſius præſentiam, neque in loco vbi hereditatem &
adiri & reſtitui defunctus voluit, neque apud prætorem
ex cuius imperio & iuriſdictione fiat coactio. Nam ſi-
cut hereditatem recuſare heredes non ſolum præſentes,
ſed etiam abſentes, & per epiſtolam poſſunt, ita & ad-
uerſus abſentes eos poſtulatur decretum, ſiue certior ſit
eorum voluntas recuſantium adire & reſtituere here-
ditatem, ſiue incerta, vt idem Vlpianus ſcribit in *l. recu-*
ſare 6. in princ. eod. quæ ex eodem quoque libro quarto
fideicommiſſorum deprompta eſt, *adeò,* inquit, *præſentia*
eorum non eſt neceſſaria. † Nempe quia tum ſolet neceſſa- 7
ria eſſe præſentia illorum contra quos aliquid decerni-
tur, cum eo decreto lędi poſſunt, *l. nam ita 39. D. de adopt.*
l. vlt. D. de natal. reſt. l. de vnoquoque 43. D. de re iudic. At
extra omne damni periculum eſt is qui per prætorem
adire compellitur. Quidni ergo aduerſus eum licèt abſen-
tem & ignorantem decretum impetrari poterit? Nec
enim faciet quominùs ſponte adire poſſit ſi velit, quam-
diu non adiit coactus, ſaltem quamdiu ſuſpectam non di-
xit cùm etſi ſuſpectam dixiſſet, ac pendente fideicom-
miſſi conditione adire coactus fuiſſet, Falcidiam pœni-
tendo poſſet inducere: vt Papin. loquitur in *leg. ſi patro-*
ni 55. §. quid ergo ſi non alij eod. tit. quamuis non etiam ſi
vel purè rogatus vel poſt impletam conditionem dixiſſet
ſuſpectam, & adire coactus fuiſſet, *l. nam quod 14. §. qui*
compulſus eod. l. 4. in fin. C. eod. † Vnde illud etiam eſt 8
quod ſi adire iuſſus antequàm voluntatem ſuam declara-
uerit, dicat ſe deliberare, non ſit audiendus, nec eò minùs
cogendus vt ſtatim adeat, etiamſi ſit in legatione, ſed
cum hoc tamen temperamento vt non ſtatim reſtituat,
ſed vt reuerſus domum ſi putauerit ſibi expedire, com-
modo falcidiæ vel teſtamenti vtatur, vel ſi non putauerit,
reſtituat totam hereditatem nẽ onera patiatur, *l. ſi legatus*
30. eod. tit. vt apparet non tam ad auferendum heredi be-
neficium iuris deliberandi coactionem hanc fieri, quàm
ad collocandum in tuto fideicommiſſum ne ante aditionẽ
decedens heres fideicommiſſarium decipiat, vt Vlp. lo-
quitur in §. 1. *d. l. ille à quo.* † Eademque ratio facit vt 9
quamuis non niſi in diem vel ſub conditione fideicom-
miſſaria hereditas relicta ſit, heres tamen ſtatim cogi poſ-
ſit ad adeundum, ne alioqui fideicommiſſum facilè inter-
cideret ſi dies aut conditio expectaretur, atq; interim he-
res moreretur. Nec eò minùs tamen verum eſt tranſire ex
Trebelliano actiones. Nam quod dici ſolet, ſiue ante diẽ,
ſiue ante impletam conditionem reſtituta ſit hereditas, ſi-
ue deniq; aliter quàm quomodo teſtator voluit, impediri
tranſlationem actionum, *d. leg. ſed etſi antè, l. ſi mulier 59.*
§. ex aſſe D. de iur. dot. tunc verum eſt cùm heres ſponte
adiit, & reſtituit, non etiam cùm coactus. Cur. n. aut quo-
modo poſſit tranſlationem impedire coactio, quæ & ſena-
tuſconſulti Pegaſiani auctoritate fit, & imperio prætoris,
nec ad alium finem quàm vt actiones transferantur? Nam
ſiue Senatuſconſulti Trebelliani verba inſpicimus, pro-
pter quæ potiſſimum id ius conſtitutum eſt, vt diſputa-
uimus in præcedentib. non poſſunt illa obſtare reſtitutio-
ni, quæ fiat ex alio Senatuſconſulto, id eſt, ex Pegaſia-
no per quod Trebelliani forma & poteſtas hoc caſu im-
mutata fuit, ſiue teſtatoris voluntatem attendimus, ad
quam maximè verba Senatuſconſulti Trebelliani viden-
tur reſpexiſſe, non poteſt videri quicquam fieri contra
voluntatem, tametſi hereditas purè reſtituatur, quam
in diem aut ſub conditione reſtitui voluit, cùm ſi ea coa-
ctio non eſſet, tota voluntas intercideret deſtituto teſta-
mento. † Quamquam ſi quæratur, cur per heredem adire 10
coactum

coactum reſtituenda ſit hereditas ante diem, & non expectata conditione. verior ratio illa eſt, quòd fruſtra expectaretur conditio cuius euentus aut defectus nihil operaretur, *l. qui fundum* 87. *§. ſi tu ex parte ad leg. Falci. leg. aliquando* 13. *§ vlt.* in illis verbis, *quò enim bonum eſt expectare conditionem vel diem cùm in ea cauſa ſit prior iſte debitor vt omnimodo ipſe debeat ſuſcipere actionem? Dig. ad SC. Velleian. l. ſi quis ita ſcripſerit* 33. *ff. de her. inſtit.* Atqui etiamſi deficeret conditio ſub qua reſtituere rogatus fuit is qui adiit coactus, non eò magis tamen hereditas remanere poſſet penes eum qui coactus adiiſſet. Ergo neque quòd conditio poſſit deficere, facere debet vt reſtitutio differatur, neque quod poſteà conditio defecerit, poteſt eum effectum habere, vt ex reſtitutione iam facta non poſſint videri tranſlatæ actiones, *d. l. ille à quo*

11 *in princip.* † Cuius verba illa, *ſecundum ea quæ oſtendimus*, nequeas referre ad ea quæ de reſcripto Diui Pij proximiùs diſputata ſunt *in d. §. verum*, quin adſcribenda ſint Triboniano potiùs quàm Vlpiano. Non enim aut neceſſarium, aut conueniens eſt, vt ad eam ſpeciem qua heres rogatus ſub conditione coactus fuerit hereditatem adire, ſtatimque reſtituere, reſcriptum Diui Pij accommodetur, vt diximus, præſertim ex qua parte permittit diſtractionem bonorum hereditariorum, tanquam non adita here-

12 ditate. † Nam in ea ipſa reſcripti ſpecie placuit hereditatē confeſtim reſtitui ex fideicommiſſo, quæ ex verbis teſtamenti non aliter reſtituenda erat, quàm Albinæ filia, eadémque fideicommiſſaria nubilem ætatem compleuiſſet. Quod tamen non tam reſcripto nouo quàm iuri communi & ordinario tribuendum eſt, ſiue namque fideicommiſſi dies incerta ſit vt illa, *cùm nubilem ætatem compleuerit*, ea ob id mera, quæ modò diximus, quia pro conditione eſt, *l. ſi cui legetur.* 49 *de leg.* 1 *l. ſi Titio* 22 *ff. quand. dies legat. ced.* Siue ſit certa, non poteſt deficere, atque facilùs permittendum eſt, vt reſtitutio fieri poſſit confeſtim eius nihil intereſſit niſi propter fructus medij temporis, quorum lucrum non magis retinere poteſt heres qui adiit compulſus, quàm aliud vllum cōmodum quod ex eo teſtamento proficiſcatur *l. ita tamen* 27. *§. qui ſuſpe-*

13 *ctam, d. l. ſi patroni* 55. *§. quid ergo in fi. ad SC. Trebell.* † Planè ſi heres ſub cōditione ſcriptus ſit, aliud eſt, & quamuis ſuſpectam hereditatem dicat expectandus eſt euentus conditionis, ſi caſualis illa ſit aut mixta, ſin promiſcua, vt Iuriſconſulti noſtri loquuntur, aut vt interpretes, poteſtatiua, cogendus eſt heres vt eam impleat, ſi neque difficultatem habeat, neque turpitudinem. Alioquin ab initio remittenda eſt, vt Caius ſcribit *in l. facta* 63. *§. ſi ſub conditione eod.* vbi rationem reddit, quòd abſurdum ſit plus à prætore tribui ei qui fideicommiſſum petit, quàm teſtator voluerit. Vtrique autem teſtator, niſi expleta cōditione, neque ſcriptum heredem ad hereditatem vocauit neq; per hunc voluit illi reſtitui hereditatem. Prius ſiquidem eſt vt heredi delata ſit hereditas, quàm vt eà adire poſſit, ſiue ſponte, ſiue coactus, *l. delata* 151. *de verb. ſignif.* aut etiā repudiare, *l. nec is* 17. *in fi. de acquir. her.* quia vt *in l. ſeqq.* Paulus ait, is repudiare poteſt qui & acquire-

14 re. † Quid porrò aliud eſt in effectu ſuſpectam dicere, quàm repudiare? niſi quod repudiatio fit ſolenniùs, quàm nuda recuſatio? Illa enim fit in iure duntaxat, *l.* 3. *&* 4 *C. de repud. her.* hæc quoquo modo *l. recuſari* 95. *ff. eod. l.* 16. *ff. ad Trebel.* aut quo modo hereditatē reſtituere poteſt is qui nondū poteſt adire? *d. l. ſed et ſi alio loco* 9. *§. vlt. ad Tre-*

15 *bel.* † Dices, Hanc ipſam rationē facere debere vti ne poſſit heres cogi reſtituere ſtatim hereditatem, de qua fuerit rogatus ſub conditione, tametſi coactus adierit, quoniam cùm hoc ſit plus tribui ui fideicommiſſario quam voluerit teſtator. At reſpondeo, quod ſuprà iam attigi, fieri hoc ex neceſſitate, propterea quòd nihil proſit expectari euētum conditionis, quæ etiam ſi deficeret non inde tamen fieret, vt fideicommiſſum intercideret, cuius conſeruandi gratia heres adire coactus fuiſſet, aut vt lucrum ex eo aliquod penes heredem remanere deberet, qui ſuſpectam dicendo lucri ſpem omnem ſibi præripuiſſet, ſi non ante conditionis euentum pœniteret *d. §. quid ergo*, quo loco quod Papinianus tractat de herede qui pendente conditione adire coactus ſit, certum eſt ad eum pertinere, qui ſub conditione non inſtitutus fuerit, ſed rogatus: quæ & vna eſt ex Accurſij expoſitionibus. † Denique conditio 16 adiecta inſtitutioni, ſuſpendit aditionem & repudiationem, quouſque impleta ſit ſi non remittatur, iis nimirum caſibus, quibus placuit ab initio remitti. At conditio inſerta fideicommiſſo, nihil niſi fideicommiſſi petitionem & acquiſitionem ſuſpendit. Cui porrò ſuſpenſioni locus nullus relinquitur, cùm heres adire coactus planè indignus eſt, qui ex hereditate, adeò que ex teſtamento retinere quicquam poſſit. Imò dignus omnino eſt, cui damnum conditionis infligatur, quomodo idem Papinian. loquitur in alia ſpecie multò dubitabiliore. *l. Imperator* 50. *eod. tit.* Quod enim retinere heres non poteſt, qui iam adiit, protinus neceſſe eſt vt in fideicommiſſarium transferatur, & id vtrumque eiuſdem ſenatuſconſulti Pegaſiani auctoritate. † Et conſequenter vt ad Diui Pij reſcriptum 17 redeamus nil neceſſe eſt hoc caſu permitti diſtractionem bonorum hereditariorum, ſiue is qui ſub conditione rogatus fuit, ſolus & ex aſſe heres inſtitutus fuerit, ſiue ex parte cōmunis ratio repugnet, quæ facit vt bona hereditaria per aditionem deſierint eſſe hereditaria, factáque ſint patrimonium heredis. *l. vlt. D. ſi pars hered. pet. l. ſed ſi plures* 10. *§ filio impuberi, & § ad ſubſtitutos, de vulg. & pupil. ſubſtit.* nulla verò æquitas nos cogit vt iuris rationem violemus ad ſuccurrendum heredi adire coacto, qui facta reſtitutione tutus & indemnis eſt poteſtate ſenatuſconſulti. Illa namque diſtinctio, An heres inſtitutus ſit ex aſſe, an ex parte non niſi ad eam ſpeciem pertinet, de qua D. Pius reſcripſit: vt ſequenti capite dicemus. Alius igitur caſus vel vnus ſaltem quærendus eſt, in quo poſſit locum habere quod in fine *dict. leg.* apud Iulianum ſcriptum eſt, ſequendum eſſe exemplum reſcripti. Præſertim cum verba illa legis, *in cæteris cauſis*, non obſcure innuāt eiuſmodi caſum non vnum aut alterum, ſed plures reperiri poſſe. † An igitur, ne in aliis quærendis fruſtra la- 18 boremus, ille vnus ſaltem erit, cuius gratia tam longus de reſcripto D. Pij nobis habendus ſermo fuit? Illum intelligo de quo in primis verbis *§. vtrum autem*, inſtituta eſt diſputatio ſi heres qui ſuſpectam dixit, coactus ſit poſtulante abſentis fideicommiſſarij procuratore, vt & adiret, & reſtitueret. Atqui caſus hic in omnibus, & per omnia diuerſus eſt à caſu reſcripti. Nam in illo non poterat ad adeundum heres cogi. neque per Albinam, quæ libertatis duntaxat legatum acceperat, neque per Albinæ filiam eandémque fideicommiſſariam, quamuis pupillam quod ſtatus eius ex legato penderet *d. l. non eſt cogendus.* Ideóque fuit æquum ſuccurri & duplici libertati, & pupillari ætati quantum citra heredis iniuriam & captionem fieri poſſet. At in caſu noſtro ſi verus procurator ſit is, qui abſentis fideicommiſſarij nomine vult heredem cogere, nihil cauſæ eſt, cur non habeat ius cogendi, perinde ac is ipſe cuius eſt procurator, ſin nullo modo procurator eſt, vel ſi inſufficiens, aut obſcurum mandatum habeat, nullomodo eſt audiendus, ne quidem oblata cautione de rato; vt ſuprà diximus. Deinde in caſu reſcripti ea ratio obſtabat, ne & libertatibus & pupillæ fauere Imperator poſſet, tametſi vellet, quod euenire poterat vt ante datam fideicommiſſariæ libertatem fideicommiſſaria ipſa decederet, atque ita beneficium Principis in concedendo iure cogendi heredis eſſe captioſum heredi. Si non illud quoque remedium excogitatum fuiſſet, vt eo caſu bona defunctæ vendi poſſent, acſi nullus ei heres extitiſſet. At in ſpecie, de qua tractamus, nihil tale accidere vnquam poteſt. Nam ſi mandatum & idoneum & apertum non habeat is, qui cogit, cùm omnimodo repellendus ſit, nullus quæſtioni locus relinquitur. Sin tale habeat, quale habere debet, vt audiri poſſit, vſque adeò fideicommiſſarium

obligat,cuius eſt procurator,vt nunquam poſſit ille po-
ſteà pœnitendo fideicommiſſi reſtitutionem recuſare.Sed
etſi fortè deceſſerit ante reſtitutionem , nihil magis peri-
clitari heres poteſt, quia vel fideicommiſſarium deceſ-
ſe ponimus, aliquo herede relicto,vel nullo. Si aliquo,ea-
dem vtique ipſius , quæ auctoris ratio erit , vt recuſare
non poſſit reſtitutionem quam defunctus recuſare non
potuiſſet. Sin nullo, non ideò tamen erit neceſſe indu-
cere reſcriptum Diui Pij, quia non defuncti bona , tan-
quam defuncti vendenda erunt,ſed fideicommiſſarij per-
æque acſi poſt reſtitutam hereditatem deceſſiſſet , *d.leg.*
19 *poſtulante 44. leg.ſi poſtulante.67. eod.* † Nullo igitur ca-
ſu poteſt locus eſſe reſcripto D. Pij , cùm heres & adire
& reſtituere coactus eſt per abſentis fideicommiſſarij
procuratorem. Nam ſi poneres obreptum fuiſſe præto-
ri, & procuratorem falſum quaſi verus eſſet imperaſſe
à prætore vt heredem cogere poſſet (quo caſu procul-
dubiò factum falſi procuratoris neque fideicommiſſario,
neque heredi eius nocere deberet vt hereditatis reſtitu-
tionem ex fideicommiſſo ſuſcipere compellerentur) non
putarem idcirco neceſſarium fore reſcriptum D. Pij ad
indemnitatem heredi præſtandam, quia in promptu eſ-
ſet dicere nullius momenti eſſe decretum prætoris obre-
ptitium , *l.tres. tutores 55.vlt. D. de admin.& peric. tut.*
l.1.§.1.l.magis puto 5.§. pen.De reb. cor.qui ſub tut. ideó-
que vel pro non facto habendum eſſe ipſo iure , vel ſal-
tem reſcindendum per in integrum reſtitutionem *l.Diuus*
33. D de re iud. eſſet.n.perabſurdum & periniquum de-
ficere iuris auxilium ei qui à prætore priùs circumuen-
to fuiſſet ipſe circumuentus, eique captioſam fieri neceſ-
ſitatem quam habuit parendi *l.non videntur 167.§ qui*
iuſſu.D.reg. iur. cum is damnum dicatur dare qui iubet,
eius verò culpa nulla ſit cui parêre ſit neceſſe , *l.is dam-*
num dat 169.eod.l.ſi quis 7.§.doli mali.D.de iuriſd.leg.aut.
prætor 7.§.1.D.de minor.l.quanquam 4.D.de aqua & aqua
20 *plu.arc.l. iniuriarum 13.§.ſi quis quod. D.de iniur.* † Sed
& quod magis eſt in illa ipſa ſpecie de qua Diuus Pius
reſcripſit (quod neſcio an quiſquam adhuc obſeruarit)
facilè fieri poteſt vt non ſit neceſſarium remedium illud
extraordinarium de bonis defuncti poſt aditam heredita-
tem diſtrahendis. Nec ſi ponas fideicommiſſariam Al-
binæ filiam nondum reſtituta hereditate deceſſiſſe. Nem-
pe ſi poſt adeptam ex cauſa fideicommiſſi libertatem de-
ceſſerit. Ex eo namque tempore cum incipiat eſſe capax
habendi patrimonij tanquam alia perſona quælibet li-
bera ſuique iuris,habeàtque in bonis ſi non hereditatem
ipſam fideicommiſſariam, ſaltem ius perſequendi fidei-
commiſſi , deſinit eſſe neceſſarium auxilium reſcripti,
quod in id vſque tempus neceſſarium fuerat ad heredis
indemnitatem, quoniam ſiue decedat illa cum herede nō
magis heres poterit recuſare reſtitutionem quàm ipſa po-
tuiſſet. Si verò ſine herede parata erit actio creditoribus
non tantùm ipſius fideicommiſſariæ,ſi qui ſint, ſed etiam
hereditariis in bona omnia per fideicommiſſariam reli-
cta, in quorum numero etiam illa continebuntur , quæ
fuerunt in hereditate reſtituenda acſi fuiſſet reſtituta *d.*
l.poſtulante, idque non iure aliquo extraordinario , ſed
communi, quod ita eſt comparatum vt quiſquis heredem
coegit ad adeundum hoc ipſo perinde obligetur heredi-
tati & actionibus hereditariis omnibus, atque ſi eo ipſo
inſtanti facta reſtitutio fuiſſet,*d.l.ſi poſtulante 67.in prin-*
cip. D. eo. Maximè verò,ſi tale quid contigat quod im-
pediat ne poſt aditionem reſtitui ampliùs hereditas poſſit,
etſi non video quiſnam eiuſmodi caſus excogitari queat
præter hunc ipſum de quo nunc agimus quo fideicom-
21 miſſarius deceſſerit ſine herede ante reſtitutionem.† Ita-
que ſi quis quærat, Cur Diuus Pius in illa ſpecie reſcrip-
ſerit ſubueniendum heredi , hactenus vt Antiſtiæ bona
per hereditarios creditores diſtrahantur , non illa ratio
adferenda eſt, quod fideicommiſſaria deceſſerit ſine he-
rede, ſed quod deceſſerit ſine bonis , ac priùs quam bo-
na vlla habere poſſet , nimirum ante adeptam liberta-
tem. Sic enim fit vt non poſſit permitti creditoribus he-
reditariis diſtractio bonorum , quæ nulla ſunt fideicom-
miſſarij qui nec ipſe vllus intelligitur , quamdiu liber
non eſt, quia quod attinet ad ius ciuile & prætorium,
ſerui pro nullis habentur , *l.quod attinet 32. D. reg.iur.*
iunct.*l.qui teſtamento 20.§ ſerui quoque.ff. qui teſtam.fac.*
poſſ.l.nullo modo 7.D.ad l Corn de falſ. extra caſum *d.leg.*
mulier 22.§.non eſt dubitandum.D.ad SC Treb. Idque eſt
quod Vlp.ſcribit *in l.1.§.ſed ſi quis ſuſpectam D.de ſepar.*
vbi de eodem D.Pij reſcripto loquitur non eſſe hoc caſu
perſonam cui reſtituatur hereditas. † Quāquam Tribonia- 22
num quoque iudicio meo valde redolent in eo §.verba il-
la *ex quibus caſibus ſolet euenire,* non ſolùm quia ſcripſiſ-
ſet potiùs Vlp. *ex quibus cauſis,* ſed etiam quia,vt proba-
uimus, nullus omnino caſus eſt in quo poſſit euenire vt
poſtquàm heres coactus adiit perſona nō ſit cui reſtituat,
extra caſum ipſum reſcripti. Cùm ſi iam liber factus fi-
deicōmiſſarius decedat ante reſtitutā hereditatem habea-
tur reſtitutio pro facta *d l.poſtulante,& d.l.ſi poſtulante,*
ideòque bona ipſius vendunur non defuncti. Sufficit.n.
aliquando fuiſſe perſonam licèt iam nulla ſit.† At reſcri- 23
ptum D.Pij locum habet cùm fideicommiſſarij perſona
nec vlla eſt, nec vnquam fuit. Ac proinde cùm non poſ-
ſint diſtrahi bona fideicōmiſſarij quæ nulla ſunt,nec bo-
na quoq; heredis diſtrahi æquum ſit qui adiit compulſus
à prætore;illud vnū relinquitur vt defunctæ bona vendi
oporteat quaſi nunquā adita hereditate † In quo ſeipſum 24
decepiſſe videtur Tribonianus *in d.§.verum,*cùm ita ſcri-
pſit, *cum autem poſſit euenire vt antè decedat ea cui fidei-*
commiſſaria libertas & hereditas relicta eſt , nec oporteat
damno adfici eum, qui coactus (ſic.n.ſcribere Tribon.de-
buit,non *rogatus*) *adiit hereditatem,remedium dedit vt ſi*
*quid horum contigerit, perinde permittatur,&c.*Scilicèt ſi
ſic intellixit, vt remediū neceſſarium fuit in omni caſu
quo Albinæ filia ante reſtitutionem deceſſet it:quomodo
eum ſenſiſſe probant verba illa *vt antè decedat,*iunctis iis
ſequentib. *ſi quid horū contigerit.*† Nam in præcedentib. 25
ponit multa facienda eſſe priuſquam ex fideicommiſſo re-
ſtitui poſſit hereditas. Primum cogendum heredem adire
vt directam libertatem Albina poſſit ſibi vindicare , de-
inde ipſi Albinæ tradendam eſſe filiam ab herede ex fi-
deicommiſſo.Tertiò à matre ipſa manumittendā. Quartò
tutorem filiæ impuberi & manumiſſæ dandum , quo au-
ctore poſteà reſtitui poſſit hereditas.Poſtremò vt ea reſti-
tutio petatur non per tutorem ſed per pupillam ipſam tu-
tore auctore *l.reſtituta 37.§.vlt.cū duab.ſeqq eo.ti.*In quib.
omnibus faciendis, nemo non videt multa opus eſſe tem-
pore, præſertim verò in dādo tutore filiæ poſt manumiſ-
ſionē,petendáq, per pupillā tutore auctore hereditatis re-
ſtitutione.Ideóq,facilè potuiſſe euenire vt fideicōmiſſaria
decederet ante reſtitutā hereditatem.† Errauit itaq. Tri- 26
bon. in eo quod diſtinctionē illam ex mente D. Pij reci-
piendam eſſe putauit.An fideicōmiſſaria deceſſerit ante
an poſt reſtitutionē:cùm illa duntaxat diſtinctio adhiben-
da fuerit. An illa deceſſerit ante an poſt manumiſſionē.i.
an perſona aliqua ſit, cui hereditas reſtitui poſſit,an non
ſit,vt Vlpian. loquitur *in d.l.1.§.ſed ſi quis ſuſpectam.D.*
de ſepar. Nimirum quod attinet ad reſcripti remedium
reducendum permittendámque diſtractionem bonorum
defunctæ Antiſtiæ. † Nam quod ad primum reſcripti 27
caput de cogendo herede ad adeundum vt libertates con-
ſeruentur, concurrente præſertim fauore pupillaris æta-
tis in perſona fideicommiſſariæ nulla diſtinctio adhi-
benda eſt , ſed id tantùm obſeruandum ne reſcripti ius
tam nouum & extraordinarium ad aliam vllam ſpeciem
trahatur, quia nec alia vlla ſpecies poteſt occurrere, quæ
valde diſſimilis non ſit, in qua etiamſi maximè ſimilis vi-
deatur non aliud ius conſtitui oporteat vt apparet ex *d.l.*
ſi res.51.§.1.& dict.l.non eſt cogendus 53.eod.tit. Et ſanè
non fuiſſet inducta primo reſcripti capite coactio he-
redis ſi non fuiſſet excogitatum remedium alio reſcri-
pti capite introductum : Sicut nec fuiſſet neceſſe nouum
ius

ius conſtitui in herede cogendo cuius indemnitati ex ſo-
lo ſenatuſconſulto Pegaſiano conſultum iu iſſet, quia ſe-
natuſconſulti ius commune ſufficere potuiſſet, antece-
dente ſcilicet auctoritate alterius ſenatuſconſulti de quo
Marcellus in *d. l. poſtulante*, quo cautum fuit vt ſi poſtu-
lante ſeruo cui & libertas & hereditas ab herede reli-
cta fuerit, heres adire coactus ſit, non poſſit manumiſ-
28 ſus recuſare quominus ei reſtituatur hereditas. † Fuit. n.
ſenatuſconſultum illud neceſſarium, non quod alioqui
ſit in poteſtate illius qui cogit heredem adire vt poſt
aditionem recuſet accipere hereditatem, aut quòd noua
ipſius voluntate opus ſit ad exonerandum heredem,
(nam, vt diximus, quiſquis heredem vt adeat cogit ſiue
per ſe ſiue per procuratorem, hoc ipſo ſe obligat oneri-
bus hereditariis quandoque per reſtitutionem ſuſcipien-
29 dis, ſi talis perſona ſit quæ obligari poſſit.) † Sed iure
prorſus ſingulari perſona manumiſſi, qui cùm coactionis
tempore ſeruus fuerit, nec niſi propter ſpem conſequen-
dæ libertatis & hereditatis aditum habuerit ad præto-
rem, neque tunc potuit ſe obilgare ciuiliter & efficaci-
ter, quia liberorum hominum adeoque Romanorum
proprium ius illud eſt vt obligentur, quemadmodum
vel ipſa obligationis diffinitio demonſtrat in illis ver-
bis *ſecundum noſtræ ciuitatis iura, Inſt. de oblig. in princ. l.
nec ſeruus* 21. *de pecul* neque rurſus ex antegeſto, id eſt
ex eo quod in ſeruitute feciſſet poſt manumiſſionem
conueniri poſſet, *l. 1. & tot. tit. an ſeruus pro ſuo fact. poſt
manum. ten. C.* atque ita conſecutus libertatem heredi
impune illuderet quem hereditariis actionibus hærere
neceſſe eſſet, ſi non in eam rem ſenatuſconſultum factum
30 fuiſſet. † Senatuſconſultum, inquam, non Trebellia-
num vt vulgo interpretes ſentiunt aut Pegaſianum: (fue-
runt enim illa generalia, & ad heredes omnes & fidei-
commiſſarios pertinentia) ſed aliud quod de manumiſſo
duntaxat locutum fuit, adeò vt nec manumiſſi heredem
complexum ſit, quemadmodum Marcellus ſcribit in *d.
l. poſtulante*, vbi & huius omiſſionis rationem eam reddit
quòd ferè fit vt quiſquis coactus adit hereditatem con-
feſtim eam reſtituat, aut vt ſi non ſtatim reſtituat hoc
ipſo moram contrahat, ex qua ſi damnum poſteà ſentiat
ſibi debeat imputare: ſed tamen ſi iuſta ex cauſa reſtitu-
tionem diſtulerit, veluti ſi pecuniam ei defunctus debuit
quam retinere malit ipſe quàm petere ſicuti non poteſt
videri moram feciſſe, *l. ſciendum* 22. *ff. de vſur.* ita & eo-
dem ſenatuſconſulto iuuandus eſt contra heredem ma-
numiſſi, vt non magis reſtitutionem hereditatis recu-
ſare poſſit heres ille manumiſſi, quàm manumiſſus ipſe
poſſet ſi viueret *d. l. poſtulante*. Quòd ſi ſine herede ma-
numiſſus deceſſerit, & conſequenter ſine hereditate,
quia non facit lex hereditatem niſi vt faciat heredem,
quemadmodum alibi ſcripſimus, quoniam tamen non
decedit ſine bonis, nullum periculum eſt ne moretur
heres in damno, cùm bona hereditatis quæ ex fideicom-
miſſo reſtitui debuit perinde poſſint diſtrahi per credito-
res hereditarios, & quidem tanquam bona fideicommiſ-
ſarij non tanquam bona defuncti, acſi manumiſſus poſt
reſtitutam ſibi hereditatem deceſſiſſet, vt ibidem Mar-
cellus ſubiungit. Idque iure communi & ordinario, non
quòd vel eodem illo ſenatuſconſulto inductum ſit de
manumiſſi herede nihil dixerat, ita neque de eo caſu
quo manumiſſus decederet ſine herede) vel induci de-
beat ex reſcripto D. Pij ad hanc ſpeciem quaſi ſimilem
protrahendo, quandoquidem ex eo reſcripto permit-
tenda eſſet diſtractio bonorum non fideicommiſſarij, ſed
defuncti *d. l. 1. §. ſed ſi quis ſuſpectam. D. de ſeparat.* quod
longè totoque cœlo diuerſum eſt. Et ſanè ſi quis vſquam
caſus eſſet ad quem tanquam ſimilem reſcriptum illud
porrigi deberet, vel maximè hic vnus eſſet, vt iam du-
bitari non oporteat quin tota illa diſputatio *d. §. ſed
verum.* & interiecta tractatio de reſcripto Diui Pij, tri-
buenda ſit Triboniano, qui non magis reſcripti vim &
neceſſitatem quàm iuris rationem ipſam perceperit.

† Quod ex ſuperioribus in quibus coacti fuimus eſſe 31
longiores tam apertè conſtare arbitror, vt nihil dici poſ-
ſit apertiùs, ſiue verborum ſententiam quis perpendat,
ſiue verba ipſa prorſus inconcinna & impropria. Primùm
in verſic. *ego puto abſenti quoque fideicommiſſario cogi
poſſe heredem adire & reſtituere.* Quis enim ſic loqui-
tur *abſenti adire?* Sed cùm de reſtituenda tantùm
hereditate propoſita eſſet quæſtio, Tribonianus verò
omnino ineptè de aditione tractandum haberet, vt ad
quæſtionem accommodaret reſcriptum Diui Pij, coniun-
xit verba illa *adire & reſtituere*, nec animaduertit, verbo
adire alium caſum ex grammaticæ regulis accommodari
debuiſſe, alium verbo *reſtituere*. Secundò in verſ. *eſt enim
rei huius exemplum capere* in quo iam græciſmum obſer-
uauimus. Tertiò in verſ. *nec oporteat damno adfici heredem
qui rogatus adiit hereditatem*, vbi pro *rogatus*, ſcribi pro-
culdubio debuit *coactus*. Quartò in illis verbis *vt ſi quid
horum euenerit*: volu[i]t enim Tribon. ſcribere *ſi quid tale*,
quæ tamen alia, longè que diuerſi ſenſus locutio eſt. Po-
ſtremò in vltimo illo verſ. *ſicubi venerit reſtituatur fidei-
commiſſaria hereditas ei qui compulit adire & reſtituere
ſibi hereditatem*, de quorum verborum ineptitudine &
contradictione diximus etiam quid nobis videatur. Fient
autem ſuperiora omnia probabiliora ex iis quæ in ſe-
quentibus dicturi ſumus.

Capvt IX.

Ad l. ſed cùm ab herede 9. D. eo. tit.

SVMMARIA.

1 *Hanc legem ad Diui Pij reſcriptum pertinere.*

2 *Summa eius reſcripti repetitur.*

3 *Huic reſcripto etiam in ſpecie quam in l. præcedente Tribonianus retulit locum non eſſe, ſi heres de reſtituenda hereditate ſub conditione rogatus, pro parte duntaxat inſtitutus fuerit.*

4 *Duplici damno affectum iri coheredem alterũ qui ſponte adiit, ſi alter rogatus ſub conditione, ante eius euentum fideicommiſſariam hæreditatem reſtituere cogeretur.*

5 *Pupillam è contrario duplex lucrum & commodum ex illius reſcripti beneficio ſenſuram.*

6 *Aliud obſeruari quum vnus heres ſub conditione rogatus eſt, vbi differentiæ ratio redditur.*

7 *Diſpoſitioni* d. l. ſed cùm, *vel ideò potiſſimùm locum eſſe debere, quòd ex Iuſtiniani conſtitutione deficiens portio coheredis à quo fideicommiſſum nominatim relictum fuerat, heredi cum onere fideicommiſſi adcreſcat.*

8 *Primus caſus ad quem Accurſius dictam legem* ſed quum, *accommodari poſſe putat.*

9 *Eum caſum neque verbis legis neque iuris rationi conuenire.*

10 *Reſtitutionis auxilium quo ſenſu* extraordinarium *dicatur?*

11 *Extraordinarium remedium reſcripto Diui Pij excogitatum ſolius fideicommiſſarij, non etiam heredis rogati fauorem reſpicere.*

12 *Beneficia & priuilegia à bono Principe ita concedi debere vt nemini ſint captioſa, nec ad iniuriæ occaſionem trahi poſſint.*

13 *Indicantur verba quædam obreptitia in §. 1. l.* nam quod. 14. ff. ad SC. Trebel.

14 *Quam parum iuris rationi conueniat primus caſus ab Accurſio ad legem initio propoſitam accommodatus.*

15 *Secundum caſum ab Accurſio poſitum, licèt accommodatior videatur, non poſſe tamen cum caſu legis propoſita conuenire.*

16 *Tertium caſum à Papiniani ſenſu alieniſſimum eſſe*
17 *Non mutari caſum in illis verbis* d. l. ſed quum, neque pupillum extra ordinem iuuandum.
18 *Ius nouum re cripto D. Pij inductum, pupillaris potiſſimum fauoris ætate inductum fuiſſe.*
1 *Caſum* d. .ſed quum *ad ſpeciem illius reſcripti pertinere.*

1 PErtinet † hæc etiam lex tota ad reſcriptum Titi Antonini Pij, de quo proximè ſcripſimus tam multa,
mirùmque eſt non fuiſſe id animaduerſum ab Accurſio
aliiſque interpretibus, qui vulgò ſic ſentiunt, vt ab illis
verbis *nec pupillum extra ordinem iuuandum*, putent mu-
tari caſum, in quo inueſtigando mirum in modũ ſe exer-
cent, nec quicquam proficiunt. Accurſius adfert tres
caſus quos ex ordine ſingulos referemus, faciliùs ſi priùs
expoſuerimus quid nobis Papinianus ſenſiſſe videatur.
2 † Retulerat Tribonianus ſub Vlpiani nomine in §. *vlti-
mo lege præcedent.* reſcriptum illud Diui Pij quo contra
iuris ordinarij rationem inductum erat fauore duplicis li-
bertatis tuendæ, itemque popillaris ætatis commiſera-
tione, vt poſtulante pupilla fideicommiſſaria, cui liber-
tas à matre legataria, & hereditas per fideicommiſſum
ab herede relicta erat poſſet heres cogi ad adeundum, nil
obſtante eo quod euenire poterat vt poſt aditionem &
ante reſtitutam hereditatem fideicommiſſaria moreretur
excogitato nimirum in eam rem nouo remedio, vt ſi ta-
le quid accideret, permittenda eſſet creditoribus here-
ditarus diſtractio bonorum defunctæ teſtatricis, acſi ne-
3 mo ei heres extitiſſet. † Subiicitur in *l. ſeq.* ex Papiniano
reſcriptum fuiſſe ab eodem Diuo Pio non eſſe locum
huic conſtitutioni, ne quidem in ſpecie ſupra ſcriptâ, ſi
ponas heredem à quo fideicommiſſaria hereditas relicta
ſit ſub conditione, *ſi pupilla fideicommiſſaria nubilem
ætatem compleuiſſet*, non ſolutum & ex aſſe inſtitutum
fuiſſe, ſed pro parte duntaxat, puta ex ſemiſſe, addito ei
in alium ſemiſſem coherede. Ratione illa quo ferendum
non ſit vt pupillus extra ordinem iuuetur & contra iuris
communis rationem, quoties nouum beneficium cum
alterius iniuria per eum poſtulatur. Id verò contingeret,
ſi heredem pro parte inſtitutum à quo fideicommiſſaram
hereditatem conſequi vellet, cogere poſſet ad adeundum
Ita enim fieret vt coactus heres qui ex eo tempore nul-
lum ex hereditate lucrum & commodum ſperare debe-
ret, cogendus etiam eſſet ad repræſentandum, præſtan-
dúmque purè fideicommiſſum quod relictum fuiſſet ſub
conditione, quandoquidem fruſtra expectaretur euentus
conditionis, quam etſi deficere contingeret, non eo magis
aut hereditas penes heredem remanere poſſet aut ex poſt
facto reuocari tranſlatio actionum, quæ per fideicommiſ-
4 ſi reſtitutionem licet repræſentatam facta fuiſſet. † At-
qui coheres ex alio ſemiſſe inſtitutus quem ponimus
ſponte adiiſſe hereditatem pro ſua portione, duplici
damno ea ratione afficeretur: In eo primùm quod ad-
creſcendi ius amitteret, ex quo tamen repudiantis cohe-
redis portionem conſequi deberet, *l. vnic. C. quand. non
petent. part.* Aditione quippe hereditatis ius illud adcre-
ſcendi intercidit, *l. vnic. §. his ita diffinitis. C. de caduc. tol.*
Denique in eo, quod portionem illam coheredis ſibi ad-
creſcentem liberam haberet ab onere fideicommiſſi quod
vtique intercideret tanquam defecta conditione, ſi fidei-
commiſſariam decedere contingeret antequam nubilem
5 ætatem compleuiſſet. † Proinde & à contrario fatendum
eſt futurum vt ſi ad hanc quoque ſpeciem reſcrip-
tum Diui Pij traheretur popilla duplex lucrum & com-
modum ex nouo & planè extraordinario beneficio ſen-
tiret cum iniuria coheredis. Primùm in eo quòd fidei-
commiſſi ſui cauſam ſaluam faceret, ac in tuto collocaret
coacto adire herede, atque ita extincto iure adcreſcen-
di, per quod debuerat illa portio ad coheredem peruenire.
Ruſum in eo quod non modò ante impletam fideicom-
miſſi conditionem fideicommiſſum conſequeretur, ſed
ea quoque deficiente, quod eſſet intolerabilius, here-
ditatem nihilominùs retineret, in quo certè non tantùm
coheredi fieret iniuria, ſed etiam voluntati teſtatricis
quæ illa proculdubio fuit vt niſi expleta priùs cõditione
fideicommiſſum non deberetur. *leg facta 63. §. ſi ſub con-
ditione, in fin. D. eod leg. Publia. 36. §. Titia codicilli De
cond. & demonſtr.* † Nec contrarium eſt quod vnico 6
duntaxat herede ſcripto aliud obſeruatur & omnimodo
fideicommiſſum repræſentatur, ſiuè conditionem poſteà
exiſtere, ſiue deficere contingat. Non enim videri po-
teſt eo caſu quicquam fieri contra teſtantis voluntatem,
cùm nec aliter conſeruari ea poſſit quam compulſo he-
rede ad adeundum vt tota defuncti voluntas rata con-
ſtituatur, *l. ſi patroni. 55. §. qui fideicommiſſum. D. ad
SC. Trebell.* nec æquum ſit aut voluntati ipſi teſtantis
conſentaneum, vt qui deſtituit ſupremas defuncti preces,
totumque teſtamentum quantum in ſe fuit, euertere
cogitauit, quicquam ex voluntate conſequatur, vt ibi-
dem Papinianus tractat. At cùm plures heredes inſtituti
ſunt, quorum alter vel iam ſponte adierit, vel in eo ſit
vt adire velit, non eſt verendum ne teſtamentum deſti-
tuatur, quod vtique vel ex minimæ portionis aditione
totum confirmatur, *l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus,
l. ita tamen. 27. §. qui ſuſpectam. in fin. & §. a patre eod.
leg. 3. §. vt patronus. D. de bon. libert. leg. quaſitũ 40. D.
de acquir. hered.* ideóque nulla ratio eſt propter quam
fideicommiſſario, quiſquis ille ſit, indulgere debeamus,
vt ad fideicommiſſi petitionem antequam impleta con-
ditio ſit, admittatur. † Præſertim poſtquam placuit Iu- 7
ſtiniano vt deficiens portio coheredis a quo fideicom-
miſſum fuerat etiam nominatim relictum adcreſcat co-
heredi cum onere fideicommiſſi, *l. vnic. §. pro ſecundo,
& §. ſin autem aliquid ſub conditione. C. de caduc. tollend.*
Nam cùm iure vetere aliud obtineret ſiue viuo teſta-
tore ſiue poſt ipſius mortem deficeret portio adcreſ-
cens, vt ex eo apparet quod Iuſtin. *d. §. pro ſecundo*, ait
ita ſe conſtituere corrigendo ius vetus (de quo tamen
alio huius libri capite latiùs tractandum nobis erit) du-
rius ſanè videri poterat deficere fideicommiſſum, cuius
tamen conditio extitiſſet. Deficiebat enim hoc ipſo
quod portio eius qui nominatim grauatus eſſet adcreſce-
bat coheredi non grauato, cui quippe ſatis erat dicere
grauatum ſe non eſſe *l. ſi eius qui. 34. l. Lucius 78. §. tres
heredes, in fin. Dig. ad SC. Trebell. l ſi alienus 62. iunct. l pa-
ter meus. 29. §. penult. & vltim. de leg. 2.* & idcirco tanto
æquius erat ſubuenire pupillæ fideicommiſſariæ ſi citra
coheredis iniuriam id fieri potuiſſet. At hodie tametſi nõ
permittatur pupillæ vt eum ex coheredibus, qui rogatus
eſt de portione ſua reſtituenda cogere poſſit ad aditio-
nem, minus tamen damni patietur, quæ ſcilicet actionem
de fideicommiſſo habitura eſt etiam aduerſus coheredem
non rogatum cui rogati portio adcreuit. Et hæc ſunt quæ
ad Papinianum adnotaſſe ſatis eſſet, niſi expoſitiones Ac-
curſij eſſent etiam refellendæ. † Adfert ille, vt initio præ- 8
fatus ſum, tres caſus ad quos Papiniani lex accommo-
dari poſſit, omnes ineptos prorſus & improbabiles.
Primus eſt, ſi pupillus fuerit ſolus purè inſtitutus & ſub
conditione rogatus. Nam ſi fideicommiſſarius petat vt
cogatur pupillus adire & reſtituere ante impletam con-
ditionem, pupillus autem velit extra ordinem iuuari ſcili-
cet per in integrum reſtitutionem, vt non cogatur, ne
póſtquam adierit maneat implicitus oneribus heredi-
tariis fideicommiſſario quandocumque poſtea ante con-
ditionem impletam decedente, non eſt audiendus, in-
quit Accurſ. cùm abundè illi conſultum ſit conſtitutione
illa Diui Pij, de qua in §. *vlt. legis præcedentis.* † Quæ in- 9
terpretatio neq; verbis legis conuenit, neq; iuris rationi
Non verbis, quia Papinianus de illo herede diſertè loqui
tur, qui nõ niſi pro parte ſcriptus ſit. Accurſius autẽ è cõ-
trario ponit ſolũ pupillũ ex aſſe inſtitutũ. Itẽ quia negat
Papinianus pupillũ extra ordinẽ iuuãdũ eſſe. Accurſius
verò

verò negat iuuandũ per reſtitutionem in integrum, quaſi
verò non ſit iuris ordinarij vt pupillus per reſtitutionem
iuuandus ſit quoties læſus eſt, nec ei iure communi pro-
10 ſpectum eſſe poteſt. † Scio reſtitutionis auxilium dici ex-
traordinarium in *l. in cauſa. 16. Dig. de minor.* ſed ad diffe-
rentiam illius quod communi & mero iure competit vt
ea lex ait, non etiam vt nouum & inſolitum videri debeat,
quare proculdubio illud eſt de quo Papin. ſenſit cùm ſcri-
pſit *pupillum non eſſe extra ordinem iuuandum*, vt oſten-
dunt ſequẽtia illa *ſi nouum beneficium*. Et verò prorſus no-
uum beneficium eſt planéque ante Diui Pij conſtitutio-
nem inauditum & extraordinarium, quod ille induxit, vt
poſt aditam quoque hereditatem bona defuncti vendan-
11 tur, acſi adita hereditas non fuiſſet. † Quod tamen benefi-
cium ſolius fideicommiſſarij fauorem reſpicit, non etiam
heredis rogati vt male Accurſ. exiſtimat. Etſi enim here-
di adire coacto conſulere Diuus Pius voluit & debuit, ne
ne actionibus hæreret ſi ante factam hereditatis reſtitu-
tionem fideicommiſſarius decederet; id tamen non fecit
niſi per conſequentias vt fauore fideicommiſſarij poſ-
ſet heres cogi ad adeundum, neque iuſtam illam ratio
nem haberet excludendæ coactionis, quod fieri poſſet
vt adita hereditate in alterius commodum ipſe oneribus
& negotiis hereditariis inuitus mergeretur. Quid enim
egebat reſcripti beneficio heres, qui ſuſpectam diceret
hereditatem? Aut quid aliud fieri poterat per creditores
hereditarios, non adeunte herede, niſi vt bona defunctæ
venderentur. Quid denique obſtare, quominùs ea ven-
ditio fieri poſſet iure communi, & citra reſcripti vllius
auctoritatem? Fuit ergo nouum beneficium neceſſarium,
non heredi, ſed fideicommiſſario, vt fauor qui fideicom-
miſſario fieret ad heredis iniuriam non porrigeretur.
Nunquam enim iuſtus Imp. fideicommiſſarij gratia in-
duxiſſet, vt contra iuris rationem cogi poſſet ad adeun-
dum heres, à quo hereditas duntaxat non etiam libertas
ſeruo quantumuis pupillo relicta eſſet, niſi propoſito
quoque remedio per quod heredis indemnitati abun-
12 dè proſpectum videretur. † Adeò cauere bonus Prin-
ceps ſemper debet, ne quæ vni beneficia & priuilegia
concedit, alij cuiquam ſint captioſa, vel ad iniuriæ occa-
ſionem trahi poſſint, *l. 2. § merito, & §. ſi quis à Principe.
ff. ne quid in loc publ l. Paulus notat. ff. de præt ſtip. l. nam
quod 14. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* vbi ſcriptũ eſt, ſi herede re-
pudiante hereditatem quam pupillo reſtituere rogatus
erat, bona defuncti venierint, prætorem nec pupillum
quidem in integrum reſtituere debere, niſi ex cauſa, idque
etiam à Diuo Pio reſcriptum fuiſſe, nempe quod id fieri
non poſſet citra iniuriam eorum qui res hereditarias pu-
13 blicè ac ſub haſta comparaſſent. † Quo tamen loco vide,
vt hoc obiter moneam, ne inepto interpreti potiùs quàm
IC. tribuendum ſit quod in prima §. parte additum eſt, *ſi
iuſta cauſa allegantur*. Nam is qui repudiauit heredita-
tem, perinde cogendus eſt adire poſtulante fideicom-
miſſario, acſi ſuſpectam tantùm dixiſſet, nec aliam cauſam
à fideicommiſſario allegari neceſſe eſt quàm quòd ſuo
periculo hereditatem adiri velit, vt & Accurſ. ad eum lo-
cum bene vidit. Ineptum interpretem fefellit quod vul-
gò iactari ſolet, non poſſe heredem adire hereditatem
quam repudiauerit, *l. ſicut, C. de repud. her.* Sed id non
pertinet ad hunc caſum quo adire cogatur alieno, &
lucro & periculo, ſicut nec quod æquè vulgare & verum
eſt, non eſſe quemquam cogendum vt adeat hereditatem
ſibi delatam, ſiue lucroſam, ſiue damnoſam *l. 4. ff. ad SC.
Trebell. l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Sed hoc obiter, vt
14 præmonui & ferè extra rem dictum ſit. † At ſi hæc pri-
ma interpretatio Accurſij verbis Papiniani non conuenit
multò minùs iuris rationi. Nec enim vlla in integrum re-
ſtitutione indiget heres ſiue pupillus, ſiue alius, vt non
cogatur adire propter eum cui libertas à legatario, ſola
verò hereditas ab ipſo herede relicta ſit, quia cùm fidei-
commiſſarij ſtatus hoc caſu pendeat ex legato, nec priùs
poſſit ei hereditas reſtitui, quàm factus ſit liber, non pati-
tur iuris ratio vt heres adſtringat ſe actionibus heredita-
tis propter legatum, quemadmodum in ſuperioribus diſ-
putauimus ex Papiniano in *leg. non eſt cogendus. 53. iunct.
§. vltim. leg. præcedent. ad Senatuſcon ultum Trebellianum.*
Et verò quamdiu heres non adit, quid obiecto eſſe po-
teſt contra quod poſſit petere in integrum reſtitutionem?
Vtique enim obligationem aliquã ſubeſſe neceſſe eſt cõtra
quam reſtitutio poſtuletur, *leg. creditorem 18. Digeſt. de Se-
natuſconſulto Macedoniano, leg. qui contra 11. Digeſt. de
de fideiuſſor.* Nemo autem dixerit obligatum eſſe heredẽ
vt adeat, cùm pro ſe habeat regulam iuris quæ negat co-
gendum quemquam adire damnoſam hereditatem, *leg. nec
emere 16. Cod. de iur. delib. l. quia poterat 4. D ad SC. Treb.*
ne quidẽ ex Pegaſiano, ſi quidem quod impediat ne tran-
ſire poſſint actiones omnes in cogentem, *dict. l. g. non eſt
cogendus, leg. nam quod 14. §. non omnis. leg. cogi 16. d. l. non
eſt cogendus 53. & paſſ. eod. tit.* Quòd ſi in herede quolibet
hæc verè diſputantur, quantò magis in pupillo hactenus
ſaltem vt non ſit deterioris conditionis quam cæteri qui-
bus hac in re ius commune patrocinatur? Quare nec in
pupillo tractari hoc caſu poteſt quod ait Pap. non eſſe
iuuandum pupillum extra ordinem ſi nouum beneficium
poſtulet cum alterius iniuria, quia non poſtulat nouum
beneficium pupillus, qui iure communi patrocinante ne-
gat cogendum ſe adire. Nec cum alterius iniuria, tametſi
ex eo fiat ut niſi vt fideicommiſſum intercidat, quia non
videtur fraudem vel iniuriam comminiſci qui fraudem
& iniuriam excludit, *l. cum pater 77. §. Titio fratri antep.
De legat. 2.* nec cuiquam interdictum eſt vt omittat here-
ditatem ſibi delatam ſi ſine fraude id faciat, *l. quia autem 6.
§ ſi patronus in fin D ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. l. ſi poſtulante
67. §. 1. D. ad SC. Treb. l. quod autem 6. §. ſi ſeruum D. quæ
in fraud. credit.* Denique conſtat pupillum vt & alium
minorem quemlibet, non aliter in integrum reſtitui poſ-
ſe beneficio ætatis quàm ſi læſus probetur, *l. nam poſtea-
quam 9. § ſi minor. D. de iureiur. l. verum 11. §. ſciendum, l.
quòd ſi minor 24. §. non ſemper. D. de minor.* Quænam autẽ
læſio incidere poteſt in adeunda hereditate priuſquam ſit
adita? Non ignoro minori qui dãnoſam hereditatem adit
ſuccurri ſolere vt poſſit abſtinere, quia hic deceptus eſt,
inquit Vlpian. *l. ait prætor. 7 §. ſed etſi hereditatem.* Sed
antequàm adeat, nego poſſe illum tametſi velit reſtitui
cùm non ſit læſus, adeo vt neque teſtificatio vlla ei neceſ-
ſaria ſit etiamſi agatur de paterna hereditate, in qua eſt
ille ſuus heres ipſo iure, *l. 1. & 2. C. ſi vt min. ab hered. ſe
abſtin.* Nimirum quia citra reſtitutionem habet minor
quilibet beneficium abſtentionis edicto prætoris quam-
diu ſe non immiſcuit, *l neceſſarius 57. D. acquir. hered.* Sed
etſi eum caſum tractaremus in quo potuiſſet olim neceſ-
ſaria eſſe pupillo in integrum reſtitutio ante reſcriptum
Diui Pij, tamen quid attinet poſt reſcriptum illud quo he-
redibus omnibus in eiuſmodi ſpecie adire coactis ſuc-
curſum eſſet diſputare de reſtitutione in integrum, quæ
heredi maiori annis viginti quinque nec neceſſaria foret,
nec vllo ætatis priuilegio concedenda? † Secundus ca- 15
ſus quem Accurſius comminiſcitur accommodatior vide-
tur, vt ſi vnus ex heredibus purè inſtitutus rogatus fuerit
de reſtituenda hereditate pupillo ſub conditione, & is
ſponte adierit non ſit locus reſcripto Diui Pij ex qua par-
te iubet ſtatim reſtitui hereditatem non expectato euentu
conditionis, neque in eam rem iuuari pupillus debeat be-
neficio reſtitutionis in integrum quando id fieri non poſ-
ſet, citra iniuriam rogati, quem cum ſponte adierit here-
ditatem, æquum non eſt teneri ad præſtandum fideicom-
miſſum, cuius conditio vel nondum impleta ſit vel iam
defecerit. Sed tamen innumera ſunt quæ nec hanc inter-
pretationem patiuntur. Nam ſi ponimus heredem ſponte
adiiſſe, quid intereſt an ſolus an ex ſemiſſe fuerit inſtitu-
tus? Aut quænam dubitandi ratio eſſe potuit propter
quam vel hoc vel illo caſu videtur fauendum pupillo
hactenus, vt ei purè reſtitueretur hereditas quæ non niſi
ſub conditione relicta eſſet? Siquidem totum illud ius
quod

quod etiam ante reſcriptum Diui Pij obtinuiſſe ſuprà
diximus, vt heres qui compulſus adit etſi ſub conditio-
ne fuerat rogatus, cogatur ſtatim reſtituere, non ex alia
cauſa proficiſcitur, quam quia non aliter ſatisfieri poſſit
Senatuſconſulto Pegaſiano, quod non patitur vt penes
eum qui adire coactus eſt, aut lucrum aut damnum vl-
lum remaneat ex hereditate. Deinde quonam, obſecro, co-
lore poſſet hoc caſu pupillus implorare in integrum re-
ſtitutionem? cum nihil ipſe fecerit, nec in vlla re læſus
ſit? Aut contra quem, vel contra quid? Siquidem nec
aliud quicquam ab herede grauato factum ponimus, niſi
quod ſponte adiit hereditatem. Omnis autem reſtitutio,
ſiue ex capite minoris ætatis ſiue ex alia qualibet edicti
parte competat, non ad aliud dari non poteſt, quàm vt
vel fiat quod factum non eſt, vel quod factum fuit reſ-
cindatur. An ergo in hoc læſus intelligeretur, quod he-
res ſponte adierit hereditatem, quam ſi coactus adiiſſet,
fideicommiſſum vtique pupillo repreſentare non expe-
ctato conditionis euentu debuiſſet? At quis vnquam au-
diit cogendum quem fideicommiſſarij gratia, & vt ple-
nior ſit fideicommiſſi reſtitutio adire coactum, tametſi
ſponte adire malit? An verò facit dolo, pupillúmve lædit
heres qui ſponte adit hereditatem, in eoque & ſuo &
communi ac perpetuo iure vtitur? *l. ſi duorum 42. D. de
act. empt.* Et è contrario an læditur pupillus qui ſimiliter
iure communi vtitur, & hereditatem fideicommiſſariam
ſibi ſub conditione debitam non recipit ante impletam
conditionem? *l. vlt. C de integr. reſtit. minor. d. l. facta 63.
§ ſi ſub conditione. D. ad SC. Treb. l. inter eos 51. §. cum in-
ter. D. de fideiuſſ. l. nihil conſenſus 116. §. non capitur, de re-
gul. iur.* Denique cum reſtitutio in integrum quælibet,
vel erroris proprij veniæ petitionem, vel aduerſarij cir-
cumuentionis allegationem contineat, vt Hermogenia-
nus loquitur in *leg. præfecti 17. D. de minor.* quid eſt quod
ſe, vel de herede conqueri poſſit pupillus fideicommiſſa-
rius, cùm heres ſponte adiit hereditatem, eámque non
prius ex fideicommiſſo reſtituere vult, quàm impleta ſit
conditio ſub qua fuit rogatus? † Tertium caſum fingit
16 Accurſius de pupillo qui fuerit inſtitutus purè, & roga-
tus ſub conditione, quem negat audiendum eſſe iuuan-
dumque reſcripto Diui Pij, ſi poſt aditam ſponte here-
ditatem, & defuncto ante conditionis euentum fidei-
commiſſario nolit ille teneri creditoribus hereditariis.
Neque enim ſine iniuria creditorum id ei poſſet indulge-
ri. Subinde tamen fatetur Accurſius, quod & verum eſt,
Poſſe hoc caſu pupillum iuuari per in integrũ reſtitutio-
nem, ſi damnoſam adierit hereditatem ex *tit. Cod. ſi vt ab
hered. ſe abſtineat.* Sed expoſitio hæc omnium ineptiſſi-
ma eſt & a Papiniani ſenſu alieniſſima. Quid. n. hoc
caſu refert, an ex aſſe, an ex parte dũtaxat fuiſſet pupillus
inſtitutus? Aut quid attinet tractare de reſcripto Diui Pij
ſi pupillus a ſponte dierit? Cùm reſcriptum illud non aliud
induxerit, niſi vt in ſua ſpecie cogi heres poſſet ad ad-
eundum, quia alioquin cogi non poterat. Item vt adire
coactus indemnis omnimodo ſeruaretur, etiamſi fidei-
commiſſarius ante decederet, quam ei reſtitui hereditas
poſſet. Denique ſi verum eſt quod Accurſius in aliis ex-
poſitionibus ſcribit, iuuari tunc pupillum extra ordinem
cùm in integrum reſtituitur, an poteſt Papiniano con-
uenire interpretatio quæ det in integrum reſtitutionem
pupillo, quem Papin. tam apertis verbis negat extra or-
dinem iuuandum eſſe? Aut quid eſſ. ctu ipſo intereſt, an
pupillus per in integrum reſtitutionem, an per Diui Pij
conſtitutionem adiuuetur? † Error Accurſij & cætero-
17 rum interpretum in eo fuit quod exiſtimarunt mutata ca-
ſum, vt loquuntur in illis verbis, *neque pupillum extra or-
dinem iuuandum,* quaſi in præcedentibus nihildum tra-
ctatum eſſet de pupillo: non animaduertens imò verò
conſtitutionem illam Diui Pij de qua in *§. vlt. l. praeced.*
pertinere ad eam ſpeciem in qua hereditas per fidei-
commiſſum pupillæ relicta eſſet. Quod facilè obſeruare
poterant, non ex eo ſolùm quod inter cætera quæ reſcripto
continentur, illud vnum eſt, de tutore dando fideicom-
miſſariæ, quo tutore poſſet ei reſtitui hereditas. Sed ex
illo etiam quod fideicommiſſum ſub ea conditione reli-
ctum proponebatur, *cùm ipſa nubilem ætatem compleuiſſet.*
† Fatendumque certè eſt ius illud tam nouum, & vt ita
dicam exorbitans quod ex reſcripto inductum fuit, niſi 18
potiſſimùm fauore pupillaris ætatis, vt in ſuperioribus a
nobis dictum eſt, & hic Papiniani locus mirificè con-
firmat. † Itaque non alius quærendus erat caſus de quo
Papin. intelligi deberet, quàm is ipſe de quo reſcriptum
loquebatur, cuius poteſtatem caſſare æquum fuit, eo ca- 19
ſu quo fauor pupilli vrgeret in diſpendium alterius, non
fideicommiſſarij vel heredis vel creditorum, vt in tribus
illis caſibus Accurſij, ſed coheredis cùm fideicommiſ-
ſum ab eo relictum fuit, qui non niſi ex parte inſtitutus
erat, vt explicauimus. Ex quo apparet manifeſtiùs, quàm
verum ſit quod toties diximus, reſcriptum hoc Diui Pij,
ſicut ſpecialiſſimam habet rationem, ita ſuis finibus coër-
cendum, nec ad aliam vllam ſpeciem protrahendum. Æ-
què verò ridiculus eſt Accurſ. cùm tantoperè laborat, vt
ſequens *l. ille à quo*, coniungenda ſit cum hac *l. an eum.
§. vlt. l. apud Iulianum.* quorum neutrum ſanè dici poteſt.
Habet enim ſeparatam ſententiam, & cum iis potiùs con-
iungendam, quæ idem Vlp. eod. lib. 4. fideicommiſſorum
tractauit in *l. 4. 6. & 9. eod. tit.* ſecundùm ea quæ hac de
re ſcripſimus in præcedentibus.

Capvt X.

Emendatio & explicatio §. ſi heres. l. cogi 16. eod. tit. ad SC. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Huius loci obſcuritas.*
2 *Accurſij interpretatio ad verba illa* vel legatarius, *re-
ucitur.*
3 *Differentia ab eodem conſtituta inter ſpeciem huius §.
& ſpeciem* l. non eſt cogendus. ff. ad SC. Trebell.
remouetur.
4 *Fieri in* d. §. *non poſſe vt ſi vnus heres ſcriptus fuerit,
eum Stichus ad adeundum cogere poſſit.*
5 *Ponendum eſſe in ſpecie* d. §. ſi ego, *coheredem datum
fuiſſe qui pro ſua portione hereditatem adierit.*
6 *Dictionem* legatarius, *e verbis illis* vel alius legata-
rius, *delendam eſſe.*
7 *Quid Accurſio in horum verborum interpretatione er-
randi occaſionem præbuerit?*
8 *Etiam verbis illis emendatis dubitationem in* d. §. *ſu-
pereſſe cur Sticho permittatur vt me adire & reſti-
tuere cogat.*
9 *Accurſij ſolutio ad hanc dubitationem examinatur.*
10 *Verba illa eiuſdem* §. Stichus cogere me poſſit, *&c.
cum interrogationis nota legenda eſſe.*
11 *Paragraphum vltimum* d. l. *cogi ad deciſionem quæſtio-
nis in* §. ſi ego, *immediate præcedente propoſitæ
pertinere.*
12 *Eam deciſionem à Triboniano non ab Vlpiano relatam
fuiſſe.*
13 *Ex primis* §. vlt. *verbis probatur in ſpecie* d. §. ſi ego
duos heredes ſcriptos fuiſſe.
14 *Reſcriptum Diui Pij in* d. §. vlt. *relatũ quid diſſimile
habeat à ſpecie* d. §. ſi ego.
15 *Vlpiani ſententiam in* d. §. ſi ego, *hanc proculdubio
fuiſſe, vt Stichus heredem ſcriptum ad aditionem
compellere non poſſit.*
16 *Tribonianum in vnem ſententia Vlpiani, reſcriptum
illud D. Pii fauore libertatis ſuppoſuiſſe.*
17 *Tentatur totum illum* §. ſi ego, *Triboniani eſſe.*

18 *Interpretes à verbis illis* talis autem caſus,*nouum §.vt pleriſque alijs in locis incolaſſe.*
19 *Nouus error inde ortus.*

1 EST † etiam locus hic perobſcurus, & dignus cuius
nouam & emendationem & interpretationem hoc
loco ſubiiciamus, quia pendet ex ſuperioribus. Vlpiani
verba hæc ſunt,*ſi ego heres inſtitutus, & rogatus ſim Sti-
chum manumittere, vel alius legatarius, fidei autem mea
commiſſum ſit, vt Titio hereditatem reſtituam, deinde fidei-
commiſit vt Sticho eandem redderet, Stichus cogere me poſ-
2 ſit adire & reſtituere hereditatem.*†Hic illud primùm ex-
plicari non poteſt quod ait lex,*vel alius legatarius*. Nam
ſi ſic intelligas, quomodo Accurſius intelligit, & verba
ipſa fuerunt, vt Stichus hic legatus ſit alicui à quo fidei-
commiſſaria libertas idem Sticho relicta ſit, apertè falſum
eſt, quod Vlpiano placet poſſe me Sticho poſtulante co-
gi ad adeundam, & reſtituendam hereditatem. Repug-
nat enim Papinianus in *l.non eſt cogendus 53.eo.ti.ad SC.
Trebel.* vbi generaliter ſcribit non eſſe cogendum here-
dem, vt adeat poſtulante ſeruo cui libertas à legatario, he-
reditas autem fideicommiſſaria ab herede ſola relicta ſit.
Repugnat etiam ratio iuris, qua ibidẽ Papinianus mone-
tur, quòd hoc caſu ſtatus hominis ex legato pendeat, ne-
mo autem cogendus ſit ſe adſtringere actionibus heredi-
tariis propter legatum, metu ſcilicet periculi quod ſubeſt
ne moram faciente legatario in præſtanda libertate, &
inter moras defuncto fideicommiſſario priuſquàm po-
tuerit hereditas ei reſtitui, neceſſe ſit heredem periclitari,
mergique oneribus hereditatis quam adiiſſe reperiatur.
Excepto vno illo caſu ſingulari de quo proximè tam mul-
ta ſcripſimus ex Diui Pij conſtitutione relata in *§. vlt. l.
3 apud Iulianum 11.eo.ti.* † Accurſius noſter, cuius præci-
puè conditionem deploro, quoties virum bonum in iſtos
Triboniani laqueos incidere video, vt hinc ſe expediat,
ponit eam ab Vlpiano ſpeciem tractari, in qua ſolus ego
ſim heres inſtitutus. Apud Papinianum verò eam in qua
habuerim coheredem, qui & ſponte adierit, & nullo fi-
deicommiſſo fuerit oneratus. Hanc diuerſitatis rationem
adferens, quòd priore caſu futurum ſit, vt & libertatis
legatum, & hereditatis fideicommiſſum intercidat, ſi non
cogat adire, cùm alius nullus ſit, per cuius aditionem te-
ſtamentum confirmari poſſit, nec conſequenter legata &
fideicommiſſa teſtamento contenta. Poſteriore vero caſu
contrà euenit, vt adeunte meo coherede legatum confir-
metur, & per conſequentias fideicommiſſum libertatis à
legatario præſtandæ, vt proinde niſi ſit neceſſe cogi me
adire, vt hereditas quoque Sticho præſtari ex fideicom-
miſſo poſſit. Hunc enim Accurſij ſenſum fuiſſe puto: Etſi
non bene percipio quid ille ſibi velit, cum tractans de
poſteriore caſu ſcribit in hæc verba, *& ſic intelligitur ſupr.
eod. l. apud §. Anteſtia.* Quaſi verò in ſpecie reſcripti
Diui Pij de quo in *d.§. Anteſtia,* ponendum ſit duos fuiſ-
ſe inſtitutos heredes. Cùm tamen è contrario idem Imp.
reſcripſerit non eſſe conſtitutioni ſuæ locum, ſi duo he-
redes inſtituti proponantur, vt Papinianus monet in *l.ſed
cum ab herede 12.eod.* & nos docuimus cap.præced. Niſi
malimus pro tuendo Accurſio ea verba referre ad prio-
rem caſum, hoc ſenſu vt tam in *d.§. Anteſtia,* quàm in hoc
§. ſi ego. Vlpianus eum caſum tractet, quo ſolus ego fue-
rim heres inſtitutus. Sed tamen non ideò aſſequi poſſu-
mus, vt rectè ille aut hunc aut illum locum interpretatus
4 eſſe videatur.†Tantùm.n. abeſt, vt ſi ſolus heres ſcriptus
fuerim, poſſit me Stichus cogere ad adeundum, vt contrà
vel hoc maximè caſu procedat quod Papin.ſcribit in *d.l.
non eſt cogendus*, me non eſſe cogendum, licèt me non
adeunte futurum ſit vt & legatum libertatis & fideicom-
miſſum hereditatis corruat. Nam cùm habeo coheredem
à quo libertas relicta ſit, quique ſponte adierit, dubitan-
dum non eſt, quin Stichus libertatem ab eo nactus poſſit
me cogere, vt adeam & reſtituam hereditatem, quippe
cuius ipſe iam ſit capax, & quam tamen non aliter ex fi-
deicommiſſo habere queat, quàm ſi hereditatem adeam
ego quoque pro mea parte. Siquidem me repudiante, aut
quod idem eſt, ſuſpectam dicente, futurum eſſet, vt quam-
uis portio mea coheredi adcreſceret, nihilominùs tamen
fideicommiſſum hereditatis intercideret, vtpote quod à
me ſolo relictum eſſet, non etiam à coherede, qui non
fuiſſet rogatus, ſaltem inſpecto iure vetere quod ante
Diui Seueri reſcriptum obtinebat, cuius fit mentio in *§.
Iulianus. l. ſi Titio & Mæuio 61.de legat.2.* & in *l. licet
Imperator 74.de legat.1.l.non iuſtam 4.C. ad SC. Treb.* ne
dicam, ante Iuſtiniani conſtitutionem in *l.vnic. C. de ca-
duc.tollend.* De quo dicemus infra cap. Idque non tam in-
ductum quam ſignificatum eſt reſcripto illo Diui Pij
quo refertur in §. ſequenti huius legis, & de quo etiam
mox tractabimus.† Ergo cùm in *§. ſi ego,* quem hunc ha- 5
bemus in manibus, placet Vlpiano poſſe me cogi poſtu-
lante Sticho vt adeam, eique reſtituam hereditatem, licet
ab alio non à me libertatem acceperit, neceſſariò ponen-
dum eſt, fuiſſe mihi datum coheredem, qui ſponte adierit
pro ſua portione, adeóque qui libertatẽ ſubinde præſtite-
rit, ſiue ſua etiam ſpõte, ſiue officio iudicis, ſiue interpoſito
decreto quod in eã rem contra latitantẽ heredẽ interponi
poſſe ait *l.ſi ſeruus fuiſſe 11.C.de fideic.libert.* Alioqui ta-
metſi plures heredes inſtituti proponerentur, ſi tamen
neuter adire vellet, nullæ partes prætoris eſſent in alte-
rutro cogendo, quia neque propter legatum etiam liber-
tatis adire quiſquam compellitur, neque propter heredi-
tatem reſtituendam qui nondum ſit liber. Eſſé que expe-
ctandum, vt idem eſſe inciperet debitor & libertatis &
hereditatis, vt ſubtiliter Papin.diſputat in *l.ſi res 52.§. 1.
ad SC.Treb.* iunct. *l. ſi patroni 55.§. qui fideicommiſſum,
verſ. nec ad rem pertinet eod.* † Itaque non dubito quin
apud Vlpianum in illis verbis, *vel alius legatarius,* delen- 6
da ſit dictio *legatarius,* tanquam quæ in textum irrepſerit
ex gloſſa imperiti alicuius interpretis, quæ præcedentem
dictionem *alius* referre debuerat ad coheredem non ad
legatarium. Etſi non ignoro, nec aliter grauari poſſe co-
heredem vt manumittat ſeruum hereditarium, in quo
non niſi partem habeat iure hereditario quàm ſi primùm
ei ſeruus legetur. Vt proinde meum hunc coheredem à
quo ponimus relictam eſſe libertatem, eundem quoque
legatarium eſſe neceſſe ſit, & vt & in ea ſpecie quæ ſta-
tim ſequitur. Nam ſeruo legato vni ex heredibus, data
erat ab eo libertas per fideicommiſſum & ab altero h[ere]-
ditas, vt lex ait. Sed non ideò fit, vt alium illum Vlp.dice-
re debuerit legatarium ante quàm coheredem, quia nec
quicquam vetat legari ſeruum alteri quàm vni ex here-
dibus, eúmque legatarium, quamuis extraneus ſit rogari
vt ſeruum manumittat, quemadmodum & in ſpecie *d.l.
non eſt cogendus.*† Indéque Accurſio errandi occaſio nata
eſt & ſcribendi, quod iam diximus, eam ab Vlpiano ſpe- 7
ciem tractari, in qua ſolus ego ſim heres inſtitutus. Cùm
tamen ſublata dictione illa, *legatarius,* dubitare non de-
buiſſet, quin alius ille coheres potiùs quàm nudus legata-
rius intelligendus eſſet. Hoc verò expurgato mendo, ad-
huc ſupereſt quod ſententiam §.aut ſuſpectam facere poſ-
ſit, etiamſi ponas quod & in dubio præſumendum eſt,
coheredem illum meum ſponte adiiſſe hereditatem pro
ſua parte.† Illa námque dubitandi ratio occurrebat, ne vi-
deretur permittendum Sticho vt me cogeret adire & re- 8
ſtituere, quod non eram rogatus ego vt ipſi hereditatem
reſtituerem, ſed vt Titio, quamuis Titij quoque fidei-
commiſſum eſſet vt eandem Sticho redderet. Sed non vi-
detur ea ratio obſtare ne quominùs poſſit me Stichus co-
gere recta via, vt circuitus vitetur, & celeritate coniun-
gendarum actionum, quæ ſæpe fit, actio vna occultetur,
vt idem Vlp.loquitur in *l. 3.§ pen. de donat. int. vir. &
uxor.*† In eámque rem adfert Accurſius, quod Papin.ſcri-
bit in *d l.ſi patroni 55.§ qui fideicommiſſum*, verſ. *quod ſi* 9
prior ad SC.Treb. Secundum quoque fideicommiſſarium
recta via poſſe poſtulare vt heres adeat, ſibique reſtituat
hereditatem. Verùm obſeruandum eſt Papinianum in
reſpon

reſpondiſſe caſu illo, quo prior fideicommiſſarius recuſa-
uerit hereditatem ſuſcipere ex fideicommiſſo. Sic enim
ſcribit, *quod ſi prior recuſauerit*, ita innuens priore fidei-
commiſſario non recuſante, non eſſe permittendum ſe-
cundo vt recta via cogat heredem. Cur non enim eum
ordinem ſeruari oporteat quem teſtator præſcripſit, cùm
ſeruari commode poteſt? Aut cur tam facilè inducamus,
vt cogatur heres adire poſtulante eo cui nihil ipſe debeat,
aut hereditatem ei reſtituere cui non fuerit rogatus? *arg.
l. ſi alienus 62. de legat. 2. l. quidam cum filiusfamilias 46.
ff. de hered. inſt.* Quò etiam pertinere videtur quod in eo
§. idem Papin. paulò antè ſcripſerat, ſi apud priorem fidei-
commiſſarium nulla hereditatis portio remanſura ſit, pu-
tà, ſi vel confeſtim, vel poſt tempus cùm fructibus red-
dere iuſſus ſit, non eſſe cogendum heredem inſtitutum
adire ſolo priore fideicommiſſario poſtulante, ſed vtriuſ-
que fideicommiſſarij voluntatem in herede cogendo ne-
ceſſariam eſſe. Multò igitur magis erit neceſſaria priori
voluntas, ſi poſterior ſolus heredem recta via cogere ve-
lit ad adeundum quamdiu ſaltem prior fideicommiſſarius
non recuſauit. Ideóque putem poſtulante ſecundo cogi
debere priorem, non vt fideicommiſſum petat, ſed vt in-
terrogatus reſpondeat apud prætorem, aut iudicem, qui
de fideicommiſſo cognoſcere poteſt an fideicommiſſum
ſuſcipere velit, an recuſare. Quod cùm ita ſit non facilè
meo iudicio defendi ex iuris ratione poteſt, quod in hoc
§. ſcriptum eſt, permittendum Sticho, vt quamuis non à
me, ſed à Titio fideicommiſſum hereditatis ei relictum ſit,
me tamen recta via cogere poſſit ad aditionem & reſti-
tutionem, niſi ponas, quod ex verbis §. colligi nullo mo-
do poteſt, fideicommiſſum à Titio recuſatum fuiſſe. At
neque facilè perſuaderi poſſum, vt exiſtimem ſic Vlpia-
num ſcripſiſſe, *Stichus cogere me poſſit adire & reſtituere.*
Scripſiſſet enim potiùs, *poſſet*, aut *poterit*, non *poſſit*, quòd
cùm ſit verbum ſubiunctiui temporis, nihil tamen hic
habet aut expreſſum aut ſubintellectum cui ſubiunctum
10 videatur. † Quare, vt quod ſentio tandem aperiam, pro-
babiliùs arbitror, interrogantis & quærentis eſſe verba
illa, non reſpondentis: ob idque interrogationis notam
quæ deeſt reſtitui debere, vt ſic legamus, *an Stichus co-
gere me poſſit adire & reſtituere?* At, inquies, ita fiet, vt
ad propoſitam interrogationem nulla ſequatur reſponſio.
11 † Hæc me ratio nimium cogit, vt quæ ſequuntur, quaſi
diſtinctum & vltimum huius legis §. efficiant, ad hunc §.
exiſtimem pertinere: ac quod magis eſt, à Triboniano
noſtro ſubiecta fuiſſe non Vlpiniano, vt more ſuo abute-
retur alio reſcripto Diui Pij ad propoſitam quæſtionem
decidendam, tanquam quæ ſit de caſu ſimili quantumli-
bet diſſimilis reuera ſit, vt probauimus in præcedentibus
ab eo factum eſſe in ſpecie, *leg. apud Iulianum 11. §. virū
autem, & l. mulier quæ duobus 22. in prin. eod. tit. l. ſed et ſi
25. §. quod autem, ff. de petit. hered.* aliiſque innumeris
12 iuris locis. † Eodem enim prorſus modo videtur mihi ad
propoſitam quæſtionem reſpondiſſe his verbis, *Talis quo-
que caſus à Diuo Pio terminatus eſt.* Id eſt, non hic ipſe
caſus de quo nunc propoſuimus quæſtionem, ſed alius
non diſſimilis ex quo ſumi poſſit argumentum, quid in
propoſito dicendum eſſe videatur. Et ſanè vix eſt vt eo
verbo *terminatus eſt*, parum meo iudicio eleganti vſurus
fuerit Vlpianus pro eo quod Tribonianus dicere voluit
deciſus & definitus. Sed videamus quiſnam & qualis ca-
13 ſus ille ſit, vt ſciamus an ſit talis. † Verba legis aut potiùs
Triboniani hæc ſunt. *Nam ſeruo vni ex heredibus legato,
per fideicommiſſum erat ab eo libertas data & ab altero he-
reditas.* Duo igitur erant ſcripti heredes, quod notari vo-
lumus, vt nemo dubitare poſſit quin verum ſit quod di-
ximus, in hac quoque ſpecie quam nos tractamus, po-
nendum eſſe datum mihi coheredem, cui legatus fuerit
14 ſeruus ab eo ipſo manumittendus. † Sequitur, *Diuus
enim Pius reſcripſit Caſſio Dextro in hæc verba, Hermias
ſi Moſcho Theodoto ex parte herede inſtituto à Pamphilo
teſtatore legatus eſt, eúmque Theodotus poſtquam adiit he-
reditatem priuſquam à coherede eiuſdem Pamphili adire-
tur hereditas ad iuſtam libertatem perduxit, & ob hoc in
eum caſum res perducta eſt, vt is qui legauit, inteſtatus eſ-
ſe non poſſit, Hermia poſtulante id, Euareſtatus compel-
lendus eſt eius periculo adire, & ex cauſa fideicommiſſi he-
reditatem reſtituere.* In hac verò ſpecie quanquam cætera
omnia videntur ſimilia, illud tamen diſſimile eſt, quod
Euareſtatus rogatus erat vt Hermiæ ipſi facto libero reſti-
tueret hereditatem, non interpoſita alterius vllius perſona
per quam deberet hereditas ab Euareſtato ad Hermiam
peruenire. Itaque ceſſat hic ratio illa propter quam nos
in caſu propoſito negamus, permittendum eſſe Sticho, vt
me recta via cogat adire & reſtituere, quia niſi eum non
fui rogatus vt ei reſtituerem, ſed vt Titio, à quo proin-
de cogi debeo, ſiue ſolo ſiue adiuncta Stichi perſona, ſal-
tem quamdiu Titius ipſe fideicommiſſum non recuſauit.
† Et ſanè ſi quid Vlpiani eſt in *d. §. ſi ego*, id eſt, ſi non à 15
Triboniano ipſa quoque quæſtio propoſita eſt, ſed ab Vl-
piano, (de quo tamen dubito) mihi probabiliſſimum fit,
Vlpianum in ea fuiſſe ſententia, vt negauerit indulgen-
dum Sticho, vt me compellere poſſit ad aditionem, non
magis quàm ſi non hereditarius ſeruus fuiſſet, ſed meus,
quamuis extra hunc caſum interſit maximè an ſeruus
meus ſit, an hereditarius, *§. ſed ſi ſeruo ſuo hac ead. leg.* † 16
Sed cùm non placeret ea ſententia Triboniano, qui alia
tam multa contra iuris rationem pro ſeruis induxit, ſolo
prætextu fauoris, qui libertatibus debetur, ſublatum de-
letúmque ab eo fuiſſe reſponſum Vlpiani, & in eius vicē
ſuppoſitum reſcriptum illud Diui Pij, vt ex eo capta oc-
caſione magis, quàm inde pro Sticho reſpondendum vi-
deretur, quomodo & in *l. duobus 30. ff. de liber. cauſ.* Tri-
bonianus adiecit de ſuo totum illum verſ. Commodius
autem eſt, & contra expreſſam Vlpiani ſententiam iis
verbis teſtatam, *& ego ſum*, quæ Tribonianus delere de-
buerat, ſi cautiùs rem agere deſiſſet. Et rurſum in *l. ſta-
tuliberum 9. in fi. ff. de ſtatulib.* cùm Vlp. apertè ſcripſiſſet
libertatis ſpem in ea ſpecie infringi, Tribonianus de ſuo
etiam ſubiecit, *ſed adita poſtea hereditate ſpes libertatis
fauore ſui redintegrabitur.* † Vt autem totum hunc §. Tri- 17
boniani eſſe coniiciam, facit verborum inelegans contex-
tus. Scripſiſſet enim Vlpianus, *ſi ego heres inſtitutus ſim
& rogatus*, aut, *ſi ego heres inſtitutus rogatus ſim*, non
quomodo ſcriptum eſt, *ſi ego heres inſtitutus & rogatus
ſim.* In ſequentibus verò, *vel alius legatarius*, ſi poſtre-
mam dictionem hanc inuitis nobis retinere velit, (parum
námque mea refert an imperito interpreti, an Triboni-
no tribuatur, dum ne Vlpiano) ſcribendum erat & aper-
tiùs & elegantius, *vel coheres edemque legatarius.* Idem
quod ſequitur, *deinde Titij fideicommiſit*, conſtrui non
poteſt, niſi ſuppleas *teſtator*, quod tamen ſatis durum fue-
rit, cùm præcedentia illa, *fidei autem meæ commiſſum ſit
vt Titio hereditatem reſtituam*, impersonaliter prolata
ſint, vt grammatici loquuntur, non ad perſonam teſtato-
ris relata. Taceo quod iam dixi de ſubiunctiuo *poſſit*, du-
riuſculè quoque poſito pro *poteſt* vel *poterit*, & quod
etiam monui de dictione *terminatus*, parum in hoc ſenſu
prudentibus noſtris familiari. Hoc vnum addo, ſi à caſu
Vlpiani tranſeundum erat ad caſum reſcripti Diui Pij,
potuiſſe ita ſcribi commodiùs, *Nam cum ſeruo vni ex
heredibus legato, per fideicommiſſum eſſet ab eo libertas da-
ta, & ab altero hereditas, Diuus Pius reſcripſit, &c.* non
repetita dictione illa, *etenim*, quæ nec niſi inconcinnè,
ne dicam ineptè ſeparare debuit dictiones illas, *Diuus
Pius*, à prudentibus noſtris ſemper coniunctas nec alio
vllo, quod meminerim, iuris loco disiectas. † Facilè au- 18
tem decipi potuerunt interpretes, vt ab illis verbis, *Talis
quoque caſus*, nouum §. inchoari putauerint, ſicut & paſ-
ſim ab iis citari video, *§. Braſidas, l. mulier 22. & §. An-
tiſtia, l. apud Iulianum 13. eod. tit.* quaſi §§. ſeparatos,
cùm tamen vnico contextu legendi ſint cum præceden-
tibus. Sed & aliis pleriſque locis videas ex vulgari cor-
ruptáque lectione factum eſſe, vt initium §. ſequentis
ſumatur

ſumatur ex poſtremis verbis §.antecedentis, vt *in l. Gallus 29.§.etiamſi de lib.& poſth. §.ſecundum vulgarem.leg. filiusfamilias 114.de legat.1.l pater 38. §.Tuſculanus,de legat.3.* & aliis pleriſque qui inter legendum paſſim occurrunt iis qui eum vulgari lectione conferunt Florenti-
19 num. † Ex eo autem errore illud etiam factum eſt, vt qui ex interpretibus priores exiſtimarunt nouum eſſe §.in illis verbis, *Tales quoque caſus*, ſuſtulerint notam illam interrogationis & quæſtionis quam nos reponimus in illis verbis, *an Stichus cogere me poſſit adire & reſtituere*, ne nihil ad quæſtionem reſponſum crederetur, atque ita manſit dictio *poſſit* pro *poteſt*, aut *poterit*. Suauis verò eſt Tribonianus, cùm ita ſcribit, *Tales quoque caſus à Diuo Pio terminatus eſt*, quaſi in iis quæ proximè præcedebant aliquod reſcriptum aliud Diui Pij relatum fuiſſet. Quod tamen nullum reperias, in iis ſaltem legibus quæ deſumpta ſunt ex Vlpiani lib.4. fideicommiſſorum ab eo de quo *in § vl.d.l.apud Iulianum.* Adeò meminerat Tribonianus illius reſcripti, quod ſub eiuſdem Vlpiani nomine, ac tanquam ex eius libris deſumptum nobis ſubiecerat.

Capvt XI.

Duo Tribonianiſmi ad Paulum l.qui ita 66. §.1.& §.vlt. eod. tit.

SVMMARIA.

1 *Nihil intereſſe an nobis, an alteri ex voluntate noſtra fideicommiſſaria hereditas reſtituatur.*
2 *Verba illa* ſed dicendum eſt. *vſque ad finem* d.§.1.*Triboniani, non Pauli eſſe.*
3 *Pauli quæſtionem in* d.§.*hanc eſſe an abſentis procuratori hereditas reſtitui poſſit quam heres ſponte adiit.*
4 *Multò difficilius eſſe vt heres à procuratore abſentis ad aditionem quam ad reſtitutionem hereditatis cogi poſſit, quum de mandantis voluntate dubitatur.*
5 *Nullo vel minimo damno heredem affici qui fideicommiſſariam hereditatem falſo procuratori abſentis reſtituit.*
6 *Multò maius periculum in hereditatis aditione eſſe.*
7 *Suprascriptam Triboniani notam in* d.§.1. *non quaſi falſam, ſed quaſi ad Pauli reſponſum parum accommodatam reprehendit auctor, & Triboniani eſſe probat.*
8 *Varios Tribonianiſmos à celeberrimis & perſpicaciſſimis ICtis hactenus obſeruatos non fuiſſe.*
9 *Totum* §.vlt.d.l.qui ita *Triboniani eſſe.*
10 *Ineptam eſſe eius §.quæſtionem.*
11 *Diſtinctio ad quæſtionem adhibita reijcitur.*
12 *Ratio quæ Tribonianum mouit vt eam quæſtionem & diſtinctionem interſereret.*
13 *Fideicommiſſarium qui heredem compulit vt alio loco quam quo teſtator voluerat, hereditatem reſtitueret, in eo quoque loco conueniri poſſe.*
14 *Eam rem heredi qui compulſus adiit nocere non debere.*
15 *Fideicommiſſarium cui heres qui ſponte adiit hereditatem reſtituit ibi non eſſe conueniendum vbi heredem conueniri oporteret ſi hereditatem non reſtituiſſet.*
16 *Verba illa* dict. §.vlt. conueniri & defendi *non bene à Triboniano coniuncta fuiſſe.*
17 *Examinatur Triboniani reſponſio ad propoſitam quæſtionem.*
18 *Fideicommiſſarium perſonali actione ibi conueniri non poſſe vbi res hereditariæ ſitæ ſunt, niſi defunctus ibi domicilium habuerit.*
19 *Aliam eſſe quæſtionem vbi de fideicommiſſo fideicommiſſarium agere oporteat, aliam vbi fideicommiſſarius à creditoribus hereditariis conueniendus ſit.*
20 *Concluſio Triboniani in* d.§.vlt.*reſcinditur.*

Attigimus † aliquid de huius loci ſententia in ſuperioribus, cùm tractauimus de fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutione abſentis procuratori facienda, ſed nondum planè diximus quid de eo nobis videretur. Etiã abſentis procuratori, inquit Paulus, ſi id deſideret poſſe reſtitui hereditatem ex hoc ſenatuſconſulto Iulianus ſcripſit, Si tamen caueat de rato, ſi non euidens abſentis voluntas eſſet. Neque id dubitationem habet, ſiquidem nihil prorſus intereſt, an nobis, an alteri ex voluntate noſtra reſtituatur hereditas, ſicut nec an paterfamilias ſit is cui noſtro nomine reſtituitur, an in aliena poteſtate, mulier an maſculus, liber an ſeruus, quia perinde eſt ac ſi nobis reſtitueretur, ſiue mandatum præcedat, ſiue ratihabitio ſequatur, quæ mandato comparari poſſit, *leg. quamuis 40.§.vlt.cum duab.ſeqq.ff.hoc tit.ad SC.Treb.* † Sequi- 1
tur apud Paulum, *ſed dicendum eſt vt heres qui ſuſpectam dicat non ſit compellendus adire ſi incertum ſit an mandauerit, quamuis ei caueatur propter fragilitatem cautionis. Quod ſi ſponte adierit hereditatem, non magna captio eſt, ſed actiones ſi non mandauit, tranſibunt eo tempore quo ratum habuerit.* Hæc verò omnia dico ego Triboniani eſſe 2
non Pauli: † non enim de illo Paulus tractabat, An po- 3
ſtulante fideicommiſſarij procuratore, cogendus eſſet heres adire, Sed an procuratori hereditas reſtitui poſſet, nimirum quam heres ſponte adiiſſet. Prius enim vt ſit adita neceſſe eſt, quàm vt de ipſius reſtitutione quæri poſſit. Planéque ſimilis hic error eſt ei quem nos cap. ſeptimo ſupra obſeruauimus *in d.l.apud Iulianũ 11.§.vtrum antè eod.tit.* vbi ad propoſitam ſub Vlpiani nomine quæſtionem hanc ipſam, vtrum præſenti tantùm fideicommiſſario reſtitui poſſit hereditas, an & abſenti, procuratore ipſius adeunte prætorem, ſimiliter reſpondetur, abſente quoque fideicommiſſario cogi poſſe heredem ſcriptum
adire. † Quis verò neſcit multò difficilius eſſe, vt cogi 4
poſſit heres ad aditionem hereditatis quàm ad reſtitutionem? non equidem caſu illo, quo certa ſit & euidens voluntas fideicommiſſarij qui procuratorem ſpecialiter conſtituerit ad hoc ipſum vt heres adire compellatur (nihil enim prorſus refert an cogat ipſe per ſe an per procuratorem) ſed ſi vel minùs idoneum vel paulò obſcurius mandatum proferatur, vt mandantis voluntate dubitari vel tantillum poſſit. Subeſt enim longè maius periculum in adeunda hereditate, quam in reſtituenda, ne ſcilicet ſuo periculo eam adeat, qui non niſi alienn adire velit. Nam ſi poſt aditionem appareret falſum fuiſſe procuratorem, aut minùs ſufficiens mandatum habuiſſe, ſicuti non poſſet dici obligatum eſſe ex eius facto fideicommiſſarium, vt inuitus hereditatem ex fideicommiſſo ſuſcipere cogeretur. Ita euenire neceſſe eſſet, vt heres per aditionem quamuis coactam factus heres, maneret obſtrictus actionibus omnibus hereditariis, non aliter quàm ſi vltro &
ſponte adiiſſet. † Cùm tamen ſi non niſi de reſtitutione 5
abſenti facta quæreretur, nullum aut perexiguum damnum heres ſentiret. Cui non in alio noceret, quod procurator verus aut ſatis idoneus non fuiſſet, niſi quod ea ratione impedita eſſet actionum tranſlatio, quæ alioqui per reſtitutionem accedente ſenatuſconſulti auctoritate ſecuta fuiſſet. Quid vero incommodi ei eſt, vt actiones hereditarias penes ſe retineat, qui heres eſſe vltro voluit? quod ſi qua in re commodius ei foret hereditatem reſtituere quàm retinere, poſſet eius indemnitati & deſiderio ſatisfieri præſtita cautione de rato, cuius exigendæ præſtandæque verè hic caſus eſt, quoties de mandati iure ac viribus dubitatur. *leg. 1.Cod.de procurat. l.de pupillo 5.§.qui procuratorio. D.de oper.noui nunciat l.3.§.ſi procurator. D. vt in poſſ. legat.* Sed quia fragile eſt remedium cautionis, cum eueniat perſæpe vt fideiuſſores initio locupletiſſimi, poſtmodum ad egeſtatem delabantur.

l. ſi ab arbitrio 10. §. 1. *D. qui ſatiſd. cog. l. plane ſi noua* 4.
6 *D. vt in poſſ. leg.* † Periculum verò quod quis ſubit in
adeunda hereditate, in qua fortaſſe multum lateat æris
alieni, perpetuum eſt, quia qui ſemel heres eſt perpetuo
heres manet, merito placuit oblatam cautionem de rato
non poſſe ſufficere, vt inuitus heres cogatur adire, niſi
per reſtitutionem exonerari ſtatim poſſit, nec ſi præter
cautionem de rato indemnitatis quoque ſatiſdatio offera-
tur, *l. nam quod* 14. *§. non omnis D ad SC. Treb. l. cogi* 16. §.
idem quærit, eod. vbi ſcriptum eſt, non oportere ſub in
certo cautionis committere ſe aditioni hereditatis. Suffi-
ceret tamen vt poſtquam ſponte adiit, reſtituere compel-
7 latur. † Itaque ſupraſcriptam Triboniani notam repre-
hendimus non quaſi falſam, ſed tanquam parum ad Pau
lum accômodatam, & de iure tam aperto vt eam addere
nil fuerit neceſſe. Certè Triboniani eam eſſe verba ipſa
demonſtrant. Quid enim attinebat ita ſcribere, *ſed dicen-
dum eſt*, ſi neque imperfecta, neque reprehendenda erat
Pauli ſententia prioribus §. verbis expreſſa? Quid rur-
ſus addere, *vt heres qui ſuſpectam dicat non ſit cogendus
adire*, ſi de eo herede qui ſuſpectam diceret, neque
Paulus tractauerat, neque vnquam quiſpiam dubitauerat.
At cur non potius ita ſcripſit Tribonianus, quomodo
Paulus proculdubio ſcripſiſſet, *ſed dicendum eſt here-
dem qui ſuſpectam dicat, non eſſe compellendum adire.* De-
inde, quæ ſequuntur, *ſi incertum ſit animaduertis*; quæ ad
fideicommiſſarium vtique referenda ſunt, quis non vi-
det, inſpecto nudo verborum contextu referri potius
debere ad heredem qui ſuſpectam dicat, de quo ſunt ea
quæ proximè præcedunt? At ſi ne quid licèt ſupplere
velis, quod exprimi debuit, & ita ſcribere *ſi incertum
ſit an fideicommiſſarius mandauerit*, nihilo melius feceris
Sic enim aſſequeris vt eadem conſtructionis ratione ſe-
quentia illa *quamuis ei caueatur*, referenda ſint ad fidei-
commiſſarium: quæ tamen relata ſunt, omninóque referri
debent ad heredem: de quo & illa ſunt quæ ſubiiciun-
tur, *Quod ſi ſponte adieris hereditatem.* Sed & æquè in-
tricatus eſt verſiculus ille vltimus *ſed actiones ſi non man-
dauit tranſibunt eo tempore quo ratum habuerit.* Totus
enim referendus eſt non ad heredem de quo ſunt proxi-
8 mè præcedentia, ſed ad fideicommiſſarium. † Quàm
verò à prudentum elegantia Tribonianeus hic loquendi
mos alienus ſit, ſcient omnes qui in libris noſtris dili-
gentius & attentius verſati ſunt. Nec ſatis mirari poſſum
eruditorum & acutiorum interpretum quos hæc noſtra
ætas tam multos tulit, ſedulam, perſpicacem, tamque
accuratam induſtriam in tot Tribonianiſmis quo in hunc
vſque diem obſeruauimus diſcernendis nihil omnino
vidiſſe. Sed minùs ſuccenſerem Triboniano ſi nihil niſi
ſuas illas quaſi Cæſareas diſtinctiones, & conſtitutiones
ſub prudentum auctoritate inſinuaſſet, ſi modò a iuris
tatione minùs abhorrerent: quanquam dici non poteſt
quot & quantis difficultatibus eas res miſeram noſtram
iuriſprudentiam onerarit, dum aſſiduè laborandum nobis
eſt, vt vel quæ Tribonianus in Iurecôſultorum libris cor-
rupit quaſi ſic ab ipſis tradita ad veram iuris regulam
accommodemus, vel, quod multò periculoſius eſt, ipſam
quoque iuris veteris rationem ex iis conſtituamus. Sed
illud omnino intolerabile eſt, vt ſub Pauli vel alterius
Iuriſconſulti nomine ſententias & diſtinctiones Tribo-
nianeas apertè falſas & iniquas obtrudi patiamur: cuiuſ-
9 modi eæ ſunt de quibus iam dicturi ſumus. † Primùm
autem occurrit §. vlt. huius ipſius legis. Nam de cæte-
ris ſeparatim & in ſequentibus capitibus dicendum erit.
Verba §. vlt. hæc ſunt, *An vbi defunctus conueniri de-
buit, & fideicommiſſarius debeat, videndum. Si ſua ſponte
heres adijt & reſtituit hereditatem, an tribus locis fidei-
commiſſarius defendi debeat, vbi defunctus, & vbi heres,
& vbi ipſe domicilium habeat. Oportet itaque ibi fideicom-
miſſarium conueniri vbi vel domicilium habet, vel maior
pars reſtituta hereditatis habetur.* Ego totum hunc §.
Tribon. eſſe contendo; Pauli verò ne verbum quidem.

Video enim quæſtionem prorſus ineptam Diſtinctionē
quæ ſubiicitur de herede an ſponte adierit an coactus,
multò ineptiorem: Definitionem verò quæ vtramque
quæſtionis partem dirimit, omni ex parte falſam. † Dixi 10
quæſtionem primam eſſe ineptam non ob id ſolùm quòd
aliena ſit à titulo (pertinet enim potius ad tractatum De
iudiciis) ſed etiam quia cùm fideicommiſſarius ſit loco
heredis, *l. poſtulante* 44. *§. 1. eod. §. reſtituta. Inſtit. De fidei.
hered. l. ſi filiusfamilias* 5. *§. 1. Digeſt. quod cum eo quod
qui in alien. poteſt.* non differt quæſtio hæc, Vbi fidei-
commiſſarius conueniendus ſit, ab illa, Vbi heres: ac
proinde ſufficiebat ad propoſitam quæſtionem. ſic reſpon-
dere, Fideicommiſſarium ibi eſſe conueniendum, vbi, ſi
verus & primus heres ille eſſet, conueniretur. Vbi autem
conueniri poſſit ex defuncti perſona quiſquis heres eſt,
non fuit inter Iureconſultos controuerſum. Conſtitit
enim ibi eſſe conueniendum vbi proprium domicilium
habeat, aut vbi domicilium defunctus habeat, aliàve
de cauſa potuit conueniri, ſi vel ibi heres reperiatur,
l. heres abſens 19. *D. de iudic.* vel cœpto iam iudicio de-
functus ſit is cuius heres eſt, *l. ſi is qui Romæ* 34. *eod.* vbi
ratio redditur *quia ſuccedit in eius locum, a quo heres re-
lictus eſt.* † Dixi ineptiorem eſſe diſtinctionem illam 11
quæ ſubiicitur, An heres ſponte adierit nécne, & eam
quæ ex huiuſmodi diſtinctione conflatur dubitationem,
An ſi heres ſponte adierit, tribus locis defendi fideicom-
miſſarius debeat, vbi defunctus domicilium habuit, vbi
heres, vbi denique ipſe fideicommiſſarius. Quid enim re-
fert an heres ſponte adierit, an coactus cum non de he-
rede diſputatur, ſed de fideicommiſſario? An verò fidei-
commiſſarij conditionem meliorem aut deteriorem fa-
cere illud debet quod heres rogatus, aut ſponte adierit
aut coactus? † Sed Tribonianum vt ita diſtingueret ſi- 12
cut & vt quæſtionem iſtam in hoc loco interſereret, mo-
uiſſe illud videtur, quod in §. præced. Paulus ſcripſerat,
Si legatus Romæ compulſus adierit hereditatem, & re-
ſtituerit, cogendum fideicommiſſarium Romæ actiones
pati, quamuis heres ipſe non cogeretur. Inde namque
inferri poſſe quaſi à contrario ſenſu fortaſſis credidit,
Sponte igitur adita hereditate, ibi cogendum eſſe fidei-
commiſſarium actiones ſuſcipere vbi heres ipſe cogi poſ-
ſet, omnino improbabili collectione. † Nam cùm he- 13
res compulſus adiit, poſtquam placuit cogi eum poſſe
vt etiam alio loco adeat, quàm in quo eum adire & re-
ſtituere teſtator voluerat *l. ſed etſi alio loco* 9. *eod. tit.* ea
ratio nocet fideicommiſſario vt in eo quoque loco poſ-
ſit conueniri, in quo hereditatem ſibi reſtitui voluit. Si-
quidem ipſa hereditatis reſtitutio eſt quæ creditoribus
hereditariis eum obligat. Nec probè recuſare poteſt,
quominus eo iure vtatur quo in alium vſus eſt, licet no-
ua perſona ſit à qua conuenitur, argumen. *l. 2. §. hac pœ-
na D. quod quiſque iuris in alium conſti.* † At non debet 14
ea res nocere heredi qui adiit compulſus, quia cùm iu-
bente prætore adierit, deinde per reſtitutionem omnes
in fideicommiſſarium actiones tranſtulerit, nuſquam poteſt
conueniri, magiſque habendus eſt pro eo qui repudiaue-
rit aut ſe abſtinuerit, quam pro eo qui adierit, *d. l. ſi filius
familias* 5. *§. 1. quod cum eo qui in alien. poteſt.* Nec quæ
ratio fecit vt potuerit cogi adire Romæ & alio etiam
loco quàm vbi teſtator voluerat, nimirum quod nihil ip-
ſius intereſſet tranſlato ſubinde in fideicommiſſarium
toto effectu aditionis, eadem facere poterat vt ſi ſponte
adiiſſet quocumque etiam loco à creditoribus heredita-
riis conueniri poſſet. Tunc enim ſicut hereditatem ſibi
ſuóque & commodo & periculo acquiſiuiſſet, ita nec ali
bi conueniri debuiſſet, quàm iuris communis ratio per-
miſiſſet. Intereſt namque non parū eius qui conuenitur,
ne alibi, quàm apud ſuum, & côpetentem iudicē inquie-
tetur ſine fori priuilegium aliquod habeat ſine nullū. † Sed 15
non inde fit vt heredis forum vllo caſu ſequi debeat fi-
deicommiſſarius, quia quod diximus eſſe illum heredis
loco, non hunc ſenſum habet, vt in ius heredis ſuccedat

tanquam

tanquam ipſius ſucceſſor, ſed vt defuncti perſonam æquè repræſentet atque ſi iure ciuili heres eius eſſet, quia per fideicommiſſum non heredi ſuccedicur ſed teſtatori, vulg. *leg. coheredi 41. §. cum filia De vulg. & pupill. ſubſtit.* Denique nec dubitandi ratio vlla vel minima excogitari poteſt, propter quam putare quiſnam debeset ibi eſſe conueniendum fideicommiſſarium vbi heredem qui hereditatem reſtituit conueniri oporteret ſi hereditatem non

16 reſtituiſſet. † Sed & illud à Triboniano parum cautè factum eſt, quod propoſita priuſquam quæſtione, vbi fideicommiſſarius conueniri debeat, ſubinde tractat, An tribus locis defendi debeat, quaſi eadem ſint *conueniri & defendi*, quæ tamé ſunt valde diuerſa. Fieri nàq; poteſt facilè, ac ſæpenumero fit vt alio loco defendendus quis ſit, alio conueniendus, *l. non ab iudice 64. §. 1. ff. de iudic. l. 3. in princ. ff. iudic. ſolut.* & ponuntur iſta tanquam ſeparata in *d. l. heres abſens*, licèt regulare ſit vt non aliter videatur res bene defendi quàm ſi ibi defendatur vbi debet agi *l. iam tamen 5. §. vlt. ff. iudicat. ſolui.* † At audiamus

17 quid tandem ad propoſitam quæſtionem Tribonianus reſpondeat, *Oportet itaque*, inquit, *ibi fideicommiſſarium conueniri, vbi vel domicilium habeat, vel maior pars reſtitutæ hereditatis habetur.* Vnde verò iſta collectio? Aut quomodo quove argumento id ex præcedentibus inferre poſſis? Præſertim cùm in iis ne verbum quidem ſit vnum ex quo poſſit conniei quæſitum fuiſſe vnquam vtrum in eo loco fideicommiſſarius conueniri debeat in quo ſita ſit maior pars bonorum fideicommiſſo reſtitutorum: alioqui debuerat Tribonianus in præcedentibus illis, *an tribus locis*, non de tribus locis quærere, ſed de quatuor, id eſt, an quatuor locis defendi fideicommiſſarius debeat, vbi defunctus domicilium habuit, vbi heres, vbi fideicommiſſarius ipſe habeat, vt vbi

18 maior pars reſtitutæ hereditatis habetur. † Et verò cùm propoſita quæſtio ſit de actionibus tantùm perſonalibus (nam de actionibus in rem dubitari non poſſet quin eo quoque loco exercendæ eſſent in quo res reperiretur *l. 1. & 2. C. vbi in rem act.*) planè non video quo iure poſſit fideicommiſſarius conueniri actione perſonali vbi res hereditariæ ſitæ ſint, niſi proponas defunctum ibidem domicilium habuiſſe. Quanquam nec hoc ſufficiet, niſi addas in eo quoque loco fideicommiſſarium repertum fuiſſe: nam & in perſona heredis, cuius vices gerit fideicommiſſarius idem obſeruaretur, vt ſupra diximus ex *d. l. heres abſens 19. de iudic.* Scio fideicommiſſum ipſum ibi petendum eſſe vbi ſita eſt maior pars hereditatis reſtituendæ, vel vbi heres domicilium habet *l. ſi fideicommiſſum 50. §. vlt. cum duab. ſeqq. eod. l. vnic. C. vbi fideic. petat.* Et hoc fortaſſe fuit quod Tribonianum fe-

16 fellit. † Sed obſeruare debuit longe diuerſam eſſe quæſtionem illam, vbi de fideicommiſſo agere fideicommiſſarium oporteat, ab hac, vbi fideicommiſſarius ipſe à creditoribus hereditariis conueniendus ſit. Fideicommiſſi enim perſecutio licèt in heredis perſonam dirigatur, tamé in rem quoque ſcripta eſt *l. actio 28. D. de obl. & act.* iunct. *l. pecunia 178. §. actionis, de verb. ſign.* ideóque mirum videri non debet ſi in eo loco exercenda ſit in quo res ſitæ ſunt, ſaltem maiori ex parte, quia & in legatis ac fideicommiſſis omnibus generale eſt vt ibi præſtari debeant vbi à teſtatore relicta res eſt, *l. cùm res legata 47. l. ſi ſeruus legatus 108. de legat. 1.* Et ſic aliud eſt quærere vbi res præſtari debeat, aliud vbi peti. Legata enim & fideicõmiſſa ſi per actionem perſonalem exigantur, ibi petenda ſunt vbi heres domicilium habet, nec eò minùs tamen ibi præſtanda ſunt vbi res eſt, at ſi per actionem in rem petantur, ibi etiam petenda ſunt vbi rès eſt *l. quod legatur 38. D. de iudic.* At cùm fideicommiſſarius ipſe conuenitur à creditorib. hereditariis, vtique cõuenitur actione perſonali tanqeã qui ſit iuris ſucceſſor, & perinde ac conueniretur ſi heredis nõ ſolùm ius, ſed etiam nomen haberet. Ibi ergo præcisè conueniendus eſt vbi domiciliũ habet, aut vbi defunctus habuit ſi vel ibidem reperiatur, vel iudicium iam cœptum fuerat cum defuncto *d. l. heres abſens, & d. l. ſi is qui Romæ 34. eod.* Denique adeò verum eſt, quoties perſonalis actio exercetur, non eſſe inſpiciendum vbi ſitæ ſint res hereditatis fideicommiſſariæ, vt ſi fideicommiſſarius non fideicommiſſum ipſum petat, ſed ſatiſdationem duntaxat fideicommiſſi nomine, non ſit remittendus ad eum locum in quo res ſitæ ſunt, vt eleganter Vlp. ſcribit in *l. ſed etſi ſuſcepit 52. §. vlt. eod. tit.*

† Concluſio igitur illa Tribonianea falſa eſt & à iure 20 aliena in eo quod creditoribus hereditatis dat electionem vt fideicommiſſarium poſſint conuenire in eo loco in quo maior pars fideicommiſſi ſita eſt, manca verò & mutila in eo quod non adiicit poſſe illum conueniri in eo loco in quo defunctus conueniri potuit & debuit, nempe ſecundum eam diſtinctionem quam proxime diximus ex heredis perſona & exemplo ad fideicommiſſarium quoque trahendam eſſe.

CAPVT XII.

Ad §. tempeſtiuum eſt l. ille à quo 13. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

SVMMARIA.

1 *Ex dictione tempeſtiuum infertur totum illum §. Triboniano non Vlpiano adſcribendum eſſe.*
2 *Heredem fideicommiſſo grauatum ſi ſuſpectam hereditatem dicat SCti Pegaſiani auctoritate per Prætorẽ fideicommiſſarium ad aditionem compelli.*
3 *Verba in d. §. Triboniani manum indicantia.*
4 *Quæſtionem eius §. verbis nimis generalibus & ambiguis conceptam eſſe.*
5 *Quæſtionem in eod. §. variatam fuiſſe.*
6 *Examinantur verba Triboniani quibus ad propoſitas quæſtiones reſpondet.*
7 *Cognitionem de fideicommiſſis eorumq; reſtitutionibus non Conſulum aut aliorum magiſtratuũ in vrbe ſed Prætoris fideicommiſſarij fuiſſe.*
8 *Prætorem vel Conſulem heredem inſtitutum & de reſtituendo rogatum ſi de eo ad aditionem & reſtitutionem cogendo tractetur, non tanquam Magiſtratum ſed tanquam priuatum cenſeri.*
9 *Principes quoque in his cauſis priuatorum iure vti.*
10 *Interpretatio §. vlt. l. ſi legatus 30. ff. ad SC. Trebell.*
11 *Probatur in d. §. tempeſtiuum etiam Conſules & alios magiſtratus auctoritate præditos, per heredem fideicommiſſarium ſicut & quoſlibet alios cogi poſſe.*
12 *Quid Tribonianum mouerit vt in d. §. credat Prætorem per Prætorem Conſulem per Conſulem ad fideicommiſſi reſtitutionem cogi non poſſe?*
13 *Refellitur Triboniani ratio: & quædam ad §. vlt. l. ff.* de recept. arbit. *annotantur.*
14 *Prætoris, Conſulis vel alterius magiſtratus dignitatem non lædi, quum hereditatem fideicommiſſariam reſtituere iubetur vel cogitur.*
15 *Magiſtratum quum in collegam ius dicit, non tanquam in collegam, ſed tanquam in priuatum ius dicere.*
16 *Reprehenditur Tribonianus in verſ.* ſed etſi ipſe.
17 *Quis in ſpecie d. §.* tempeſtiuum *Prætorem fideicommiſſarium heredem inſtitutum ad aditionem & reſtitutionem cogere poſſit?*
18 *Eiuſdem Triboniani concluſio in d. § refellitur.*

TEmpeſtiuum † iam eſſet de Tribonianiſmis iſtis nihil amplius dicere & in obſcurioribus prudentum 1 reſponſis interpretandis operam potius collocare: quod certè multò alacriùs, nec fortaſſe minùs feliciter præſtaremus. Sed cogit nos vel ipſa dictio *tempeſtiuum*, quæ huic §. principium dedit, vt hunc quoque ſuperioribus addamus, & apertè falſam ineptamque ſententiam quæ

vlpiano tribui ſine ſcelere non poſſit. Triboniano adſeti-
bamus, *Tempeſtiuum eſt*, inquit, *perquirere per quem quis*
cogatur adire & reſtituere hereditatem. Cur verò tem-
peſtiuum? nempe quia Vlpianus in §. prox. ſeq. quæſitu-
rus erat, an per filiumfamilias prætorem cogi poſſet pater
qui de hereditate reſtituenda rogatus eſſet. Sicut & in
§. *vlt. l. qui ita 66. eod. tit.* de quo proximè diximus, tem-
peſtiuum Triboniano viſum fuit quærere, vbi fideicom-
miſſarius conueniri debeat, quia in §. præced. tractatum
fuerat de fideicommiſſario ibi conueniendo vbi here-
2 dem inuitum adire coegiſſet. † Quid autem intempeſti-
ſtiuius, aut ſtultius quæri potuit? Quis enim neſcit coactio-
nem inductam ſenatuſconſulti Pegaſiani auctoritate per
prætorem fideicommiſſarium fieri debuiſſe? An non id
Vlpianus ipſe iam toties dixerat in legibus illis omnibus
præcedentibus quæ ſumptæ ſunt ex eodem lib. 4. fidei-
commiſſorum, præſertim in *l. quia poterat 4. l. recuſare*
6. l. apud Iulianum 11. *eo. tit.* Aut quid frequentius in to-
to iſto tractatu de Senatuſconſulto Trebelliano, quàm
vt fiat mentio prætoris cogentis heredem qui ſuſpectam
hereditatem dicit, vt eam adeat inuitus? Etſi ſenatuſcon-
ſulti Pegaſiani nomen ſuppreſſum fuit à Triboniano pro-
pter translatam Pegaſiani poteſtatam in Trebellianum,
vt Tribonianus ipſe teſtatur in § *ſed quia. Inſtit. de fideic.*
hered. vbi ſcribit omnes reſtitutiones hodie fieri ex Tre-
3 belliano etiam quæ fiunt per heredem coactum. † Sed
& vix eſt, vt alio Pandect. loco videas vſurpatam dictio-
nem illam *tempeſtiuum*, qua tamen idem Tribon. etiam
vſus eſt Prœmio Digeſt. §. *ſed & ordines*, vt & Accurſ.
noſter adnotauit. At neque *perquirere* pro *quærere & diſ-*
putare alibi vſpiam ſcriptum memini præterquam fortaſ
ſe in *leg. facta 63 § ſi heres ante hoc eod. titul.* quem etiam
locum Triboniani eſſe docuimus libro 12. cap. 17. in
quo tamen §. non *perquirendi* verbo vſus eſt, ſed *requi-*
4 *rendi.* † Quæſtio autem ipſa verbis non ſolùm nimis
generalibus, ſed etiam ambiguis concepta eſt. Non. n. ad
Prætores duntaxat aut Conſules aliòſve magiſtratus per-
tinet, ſed ad alios quoſlibet heredes inſtitutos. Et tamen
Triboniani mens fuit quærere duntaxat de magiſtratibus
vt ſequentia illa demonſtrant, *veluti ſi prætor aut conſul*
fuerit heres inſtitutus, ſicut & cùm quærit per quem co-
gi poſſit prætor aut conſul, de illo duntaxat quærit, per
quem magiſtratum an per prætorem, an per conſulem.
Et tamen verba propoſitæ quæſtionis admittunt, vt reſ-
ponderi poſſit, Heredem inſtitutum quemlibet ſiue præ-
tor ille ſit ſiue conſul poſſe cogi per fideicommiſſarium.
Nam & ſic paſſim Iureconſulti loquuntur vt coactio-
nem quæ fit iubente prætore ac poſtulante fideicommiſ-
5 ſario, per fideicommiſſarium fieri dicant. † Subinde au-
tem quod eſt abſurdius variat quæſtionem Tribonianus,
& immemor illorum verborum, *per quem quis cogatur*
adire, poſtquam reſtrinxit quæſtionem ad eum caſum quo
prætor aut conſul heres ſcriptus fuit, ſubiungit *an cogi*
poſſit adire & reſtituere. Nemo enim non videt diuerſam
6 eſſe quæſtionem hanc *an cogi poſſit adire* ab illa *per quem*
cogatur adire. † Reſpondet autem ad propoſitas quæſtio-
nes, *Et dicendum eſt prætorem quidem in prætorem vel*
conſulem in conſulem nullum imperium habere, ſed ſi iuriſ-
dictioni ſe ſubyciant ſolet prætor in eos ius dicere. Conſtitu-
tio verborum faciebat vt propter illa præcedentia *& di-*
cendum eſt, ſcribi deberet in ſequentibus *ſolere prætorem*,
quomodo in mediis ſcriptum eſt per infinitiuum & rectè
nullum imperium habere. At ſupradictis verbis non ſatiſ-
facit certè dubitationi. Quid enim ſi nolint illi ſe ſubiice
re iuriſdictioni? An nullus erit magiſtratus qui in eos
poſſit ius dicere? Deinde ſi nihil aliud obſtat in eos ius
dici poſſit, niſi quòd neque par in parem, neque infe-
rior in ſuperiorem habeat imperium, quod prohibebit
7 Conſulem tanquam maiorem magiſtratum ius dicere in
prætorem? † Nec tamen id quiſquam in propoſito rectè
dixerit, quia conſtat De fideicommiſſis eorùmque re-
ſtitutionibus in vrbe non fuiſſe cognitionem Conſu-

lum aut alterius magiſtratus, ſed ſolius prætoris in eam
rem conſtituti, qui & ob hanc cauſam prætor fideicom-
miſſarius dicebatur, vt Tribonianus refert in §. 1. *Inſtit.*
de fideicom. hered. cùm Diuus Claudius primùm duos
prætores creaſſet qui de fideicõmiſſis ius redderent, quo-
rum alterum poſteà Diuus Titus detraxit, vt Pomponius
memorat in *leg. 2. §. capta deinde Sardinia. D. de orig. iur.* 8
† Sed neque videre poſſum cur & prætorem & con-
ſulem cogere nequeat prætor qui de fideicommiſſo cog-
noſcit, cùm ſi prætor conſulve heres inſtitutus ſit, déque
eo ad aditionem & reſtitutionem cogendo tractetur, cen-
ſendus ſit, quod ad hanc attinet tanquam priuatus, non
tanquam magiſtratus. Proinde non poteſt ad eum pertine-
re ratio illa quòd par in parem non habeat imperium,
multóque minus inferior magiſtratus in ſuperiorem. Id
enim tunc verè dicitur, cùm prætor tanquam prætor
ius dicere vult in prætorem tanquam prætorem aut in
conſulem tanquam in conſulem, non etiam cùm vel in
hunc vel in illum tanquam priuatum. † Quidni enim 9
priuati iure vtetur prætor & conſul, cùm in huiuſmodi
cauſſis ipſe quoque Princeps eo iure vtatur? *l. cùm heredes*
7. C. qui teſtam fac. poſſ. Niſi quod plerumque vt princi-
palem maieſtatem decet tractant Principes liberaliùs, nec
ſolum ſponte reſtituunt, ſed etiam totum, id eſt ne re-
tenta quidem quarta quam alius heres quilibet etiam in-
uito teſtatore retinere poſſet. Aut ſi percepta vel retenta
certa re vel ſumma rogati ſint reſtituere licèt id minùs
quàm quarta pars eſſet, non patiuntur tamen quicquam
amplius vindicari, vt Marcianus ſcribit, & à Diuis Tra-
iano, Adriano & Antonino reſcriptum eſſe teſtatur *in*
l. ſi legatus 30. §. vlt. D. ad SC. Treb. † Cuius loci non du- 10
bito quin hic proprius & germanus ſenſus ſit, ab Accur-
ſio quoque bene perceptus. Etſi video clariſſimum Iure-
conſultum Iacobum Cuiacium longè aliter interpretari
ad Nouell. *De her. & Falc.* Sic nimirum vt ſi heres iuſſus
ſit ſine vlla perceptione hereditatem reſtituere, nonnum-
quam condonata ac remiſſa ſit quarta reſcripto Principis
accedente ad defuncti voluntatẽ. Quæ interpretatio ſanè
improbabilis eſt. An enim dici poſſent Principes donaſſe
quartam quæ non iis ſed heredi inſtituto debebatur? An
non potius id eſſet eripere quàm donare? Aut quodnam
nouum genus liberalitatis videretur id donare fideicom-
miſſario quod heredi eriperetur? Denique ſine lege ac
ſine exemplo illud eſt, vt ante Iuſtiniani conſtitutionem
potuerit Trebellianica magis quàm Falcidia prohiberi:
Obſtabat enim quod ad falcidiam auctoritas legis falci-
diæ, quòd ad Trebellianicam auctoritas ſenatuſconſulti,
nec credibile eſt ei teſtatoris voluntati quæ contra legem
& contra ſenatuſconſultum eſſet, bonos Principes in
diſpendium heredis fauere vnquam voluiſſe. Sed is
tractatus ab inſtituta diſputatione alienus eſt. Nam id
tantùm nunc agimus vt oſtendamus Principem quoque
cùm heres ſcriptus eſt & de reſtituenda hereditate ro-
gatus ius commune cum cæteris habere, quomodo lo-
quuntur Imperatores in *dict. l. cùm heres.* † Multò igitur 11
magis fatendum eſt & prætorem & Conſulem & cæte-
ros quantumuis maiores magiſtratus ſi heredes ſcripti
ſint & rogati, debere vti iure communi, ac proinde pati
vt per heredem fideicommiſſarium ſicut & quilibet alij
heredes cogi poſſint. Quò etiam pertinet quod in *l. ſed*
& qui 5. eod. tit. ex Marciano ſcriptum eſt, eos quoque
qui magna præditi ſint dignitate, vel auctoritate, hare-
narij quoque vel eius mulieris quæ corpore quæſtum fe-
cerit hereditatem reſtituere compelli. Ad quos enim me-
lius id referre poſſit quàm ad magiſtratus qui non tantùm
dignitate magna præditi ſunt, ſed etiã auctoritate? Siqui-
dem qui magiſtratus non ſunt, licet anteà fuerint, puta
viri conſulares, dignitatem duntaxat habent, ſed aucto-
ritatem non habent. † Monuiſſe Tribonianum illud vide- 12
tur quod idem Vlpianus noſter ſcribit in *leg. 3. §. vltim.*
De recept. qui arbitr. arbitrum cuiuſque dignitatis cogi
per prætorem vt officio quod ſuſceperit perfungatur,
etiamſi

etiamſi ſit conſularis, niſi fortè inquit in aliquo magiſtratu vel poteſtate poſitus ſit, conſul fortè vel prætor, quoniam in hos (ſic enim legendum eſt non *in hac*) imperium non habet. Ratione illa quæ ex Paulo ſubijcitur ſeq. quòd magiſtratus ſuperiore imperio cogi poſſint, at pari nullo modo. Nam & ſic locus ille conſtituendus eſt, & in illis verbis *aut pari imperio* legendum *at* non *aut*. Falſum enim eſt quod alioqui verba ſonarent, magiſtratus non magis ſuperiore quàm pari imperio cogi poſſe, cùm eadem lex dicat inferiores magiſtratus per prætorem
13 cogi poſſe.† Sed obſeruare Tribonianus debuit, Intereſſe quam maxime an agatur de cogendo magiſtratu vt ſententiam dicat, an verò vt hereditatem adeat, de qua reſtituenda ſit rogatus. Arbiter enim quodammodo iudex eſt, & arbitri ſententiam dicimus ſicut & iudicis, *leg. diem proferre 27. § ſtari & paſſ. eod. tit.* quia redacta iam olim fuerunt compromiſſa ad inſtar iudiciorum, *l. 1. leg. non diſtinguemus 32. §. item ſi quis Romæ, in fin. eod. l. rem non nouam 14. §. patroni. C. de iudic.* Proinde cùm publico officio fungi videatur qui arbiter eſt, nec ſit dubitandum quin ſententia à prætore vel à conſule reddita, licèt tanquam ab arbitro multò maioris ſit auctoritatis quàm ſi à priuato reddita eſſet, ſiue ante magiſtratum, ſiue in ipſo magiſtratu perſonæ huiuſmodi arbitrium ſuſceperint, rectiſſimè conſtitutum eſt vt neque prætor neque conſul per prætorem cogi poſſit, vt de compromiſſo ſententiam ferat, quoniam ita fieret, vt eadem auctoritas quæ ſententiam corroboratura eſſet per iubentis prætoris coa-
14 ctionem & imperium quodammodo violaretur. † At cùm prætor vel conſul heres inſtituitur, hereditatem per fideicommiſſum reſtituere iubetur, nihil habet ea res commune cum poteſtate & auctoritate qua præditus ille eſt iure magiſtratus: ideóque nihil fit contra decorum, nec magiſtratus dignitas vllo modo oſtenditur, tametſi tanquam alius quilibet priuatus hereditatem & adire & reſtituere per prætorem fideicommiſſarium, cuius pro-
15 pria ea iuriſdictio eſt, compellatur. † Sic dicimus, Conſulem ſi minor ſit annis viginti, ſeruos ſuos apud ſe manumittere non poſſe cùm ipſe ſit qui ex SC. conſilij cauſam examinat, non poſſit autem & conſulis & priuati vice fungi, ob idque apud collegam ſuum manumittere debet vt idem Vlpian. ſcribit *in l. vnic. an ſi ff. de offic. conſul.* Et tamen actus ille manumittendi iuriſdictionis eſt, quamuis voluntariæ non contentioſæ, & hoc caſu proculdubio ius dicit collega in collegam, at non tanquam in collegam, ſed tanquam in priuatum. E contrario dicimus non poſſe parem aut minorem magiſtratum reſtituere in integrum aduerſus ſententiam patris vel ſuperioris magiſtratus, *leg. profecti 17. cum leg. ſequent ff. de minor.* quoniam à magiſtratu tanquam à magiſtratu fertur ſententia, non tanquam à priuato. Denique in omnibus ferè inſpiciendum eſt non tam quid à quo, quàm à quali fiat fierive debeat, id eſt, an quis faciat, faceréve quid debeat, tanquam talis an tanquam quilibet *l. ſi paterfamilias 15. §. 1. ff. de adopt. l. item eorum 6. ff. quod cuiuſque vniuerſ. nomin. leg. mulier 22. §. vltim. leg. debitor*
16 *59. §. vltim. ff. ad SC. Trebell.* † Verùm inſcitiam Triboniani prodit illud apertiùs quod ſequitur, *ſed etſi ipſe prætor heres inſtitutus ſuſpectam dicat ipſe ſe cogere non poterit, quia triplici officio fungi non poteſt, & ſuſpectam dicentis & coacti & cogentis.* Quaſi verò alia ſit perſona ſuſpectam dicentis, alia coacti, ac non idem ille cogendus ſit adire, qui ſuſpectam hereditatem dicit. Suauis verò & certè minus bonus eſt Accurſius qui vt tam ſtolidum errorem excuſet, notat duo quidem officia tantùm hîc interuenire coacti & cogentis, ſed prima facie videri tria. Sed neque video quo ſenſu aut qua elegantia, officio aliquo fungi dicatur heres, ſiue cùm hereditatem ſuſpectam dicit, ſiue cùm adire cogitur, officio planè ſuo fun-
17 gitur prætor fideicommiſſarius cùm eum adire cogit. † Illud vtique difficile eſt dicere quis in hac vltima ſpecie prætorem ipſum fideicommiſſarium heredem inſtitutum cogere poſſit ad adeundum. Si collegam haberet, dici poſſet cogendum eſſe illum per collegam *argum. d. leg. vnic. De offic. conſul.* At iam diximus, ex duobus illis prætoribus fideicommiſſariis quod Diuus Claudius conſtituerat, alterum à Titio Imperatore detractum fuiſſe. Igitur vel ad prætorem vrbanum debuit ea iuriſdictio pertinere, qui licet non ſuperior prætore fideicommiſſario, potuiſſet tamen in eum tanquam priuatum ius reddere, ſecundum ea quæ proximè diſputauimus, vel ad præfectum vrbis aut ad Conſulem, quorum maior iuriſdictio fuit, Præfecti quidem vrbi, vt à prætore quoque appellari poſſet, *leg. Æmilius l. Anianus 38. ff. de minor.* ac proinde tanquam ſuperior, *leg. 1. §. penult ff. de appel.* Conſulis verò manca prætoris poteſtate ſubueniret quoties opus eſſet, *leg. cùm quidam 30. in princip ff de acquirend. heredit.* Neque dubitandum eſt, quin ſaltem apud maiores & ſuperiores compellari potuerint inferiores, ſi quando ab iis tanquam priuatis exigendum quid fuit, quod moram tantam non pateretur, vt magiſtratus finiti tempus expectari poſſit, alioquin quid obſecro fieri potuiſſet, nullo dum in republica Romana Principe conſtituto? Etſi non ignoro eo tempore hanc de fideicommiſſi reſtitutione quæſtionem incidere non potuiſſe: ſiquidem conſtat ante Auguſti tempora nullum fuiſſe vſum fideicommiſſorum, ſicut neque codicillorum, vt Iuſtinianus
præfatur *in princip. titul. de codicil. inſtit.* † Concludit ve- 18
rò tandem Tribonianus in hæc verba, *Sed in his omnibus caſibus atque ſimilibus principale auxilium implorandum eſt*, Scribere debuerat *Ergo* non aduerſatiuè. Vtrouis tamen modo inepta ſententia eſt, quia, vt probauimus, poteſt etiam conſul cogi per prætorem tanquam priuatus, ſaltem per ſuperiores magiſtratus, quibus ſcilicet obiici non poſſit illa ratio Triboniani, quod neque par in parem habeat imperium, neque inferior in ſuperiorem. Fruſtráque aditur Princeps de ea re quæ per magiſtratum & iure communi expediri poſſit. Tum demùm enim auctoritas Principis neceſſaria eſt, cùm ſtricti iuris ratio non patitur, vt quid fiat, ne quidem ex æquitate, quod tamen fieri æquitas ſuggerat, vt in ſpecie illa de qua Vlpian. *in l. cùm verò 26 §. vlt. cum l. ſeq. De fideic. libert. iunct. l. 1. C. de legib.*

CAPVT XIII.

Ad §. vlt. l. facta 63. cod. tit l. ſi non lex 83. §. 1. ff. de hered. inſt. l. 1. actab. tur 14. ff. de teſtam. milit.

SVMMARIA.

1 *Titulum de Senatuſconſulto Trebelliano ſupra alios Pandectarum titulos maximè deprauatum & corruptum eſſe.*
2 *Species & quæſtio* d. l. vlt.
3 *Reſponſum ad eam quæſtionem* in d. §. vlt. *propoſitum ICti non eſſe.*
4 *Vera ratio propter quam in ſpecie eius §. libertas ſeruo competere non poſſit.*
5 *Legem Æliam Sentiam ita demum ei qui in fraudem creditorum heres inſtitutus eſt libertatem conſeruare, ſi nemo alius heres ex teſtamento eſſe poteſt.*
6 *Ad quem caſum pertineat quod dicitur, ex pluribus ſeruis ab eo qui ſoluendo non erat inſtitis, ſolum eum qui primo loco ſcriptus eſt hereditatem capere.*
7 *Repetitur ratio propter quam* in d. §. *libertas Sticho competere non poteſt.*
8 *Caſus ſingularis, quo ei qui ſoluendo non eſt ſeruus vnus cum libertate heres exiſtit, & alius præterea heres adiicitur.*

9 *Ei qui ſeruus maneat hereditatem fideicommiſſariam reſtitui nunquam poſſe, nec eo poſtulante heredem ad aditionem compelli.*

10 *Reprehenditur quod in* d. §.vlt. *reſponſum eſt ſeruum cui directa libertas, & fideicommiſſaria hereditas relicta eſt perinde haberi ac ſi ſolus liber & heres ſcriptus eſſet.*

11 *Nouum remedium proponitur quod in* d.§.vlt. *non ſolùm libertas ſed & reliqua defuncti voluntas conſeruari poſſit.*

12 *Obſeruantur quædam de SCto quod exprimitur in* l.ſi non lex.§.1. ff.de heredibus inſtit.

13 *Examinatur verſic.* Idem ſeruandum, in d.§.1. d.l. *ſi non lex.*

14 *Quid eo SCto actum fuerit?*

15 *Verſiculum ſuprà notatum Interpretis alicuius vel Triboniani, non Scæuolæ eſſe.*

16 *In quo melior ſit ſerui heredis fideicommiſſarij conditio ex ſuperiore SCto, quàm ex lege Ælia Sentia?*

17 *Cur lex Ælia Sentia de directis tantùm libertatibus, non item de fideicommiſſarijs locuta ſit?*

18 *Fideicõmiſſarios heredes non magis ſeruos quàm liberos ad petendam hereditatis reſtitutionem cogi poſſe.*

19 *Seruum à domino in fraudem creditorum cum alijs ſeruis manumiſſum, ex quo heredem ad reſtituendam ſibi fideicommiſſariam domini hereditatem compulit neceſſarium quoque eſſe, ſed aliter ac ſi ſolus vel primus heres inſtitutus fuiſſet.*

20 *Quo alio ſenſu neceſſarius dici poſſit?*

21 *Quid* in d. l. §.vlt.d. l.facta. *Triboniano errandi occaſionem præbuerit.*

22 *Species* §.vlt.l. neque 13.ff de teſtam.milit.

23 *Cur in ea ſpecie teſtamento militis in tantùm faueatur vt verba fideicommiſſi obliqua ad directa trahantur?*

24 *An reſcripto ibidem expreſſo locus foret, ſi heredes inſtituti & fideicommiſſo grauati viuo teſtatore deceſſiſſent, ſiue eos deceſſiſſe teſtator ſciuerit ſiue ignorauerit?*

25 *Militem qui quum teſtamentum mutare potuiſſet, noluit, tunc demum videri cum eodem teſtamento decedere voluiſſe, quum teſtamentum vt conualeſcat, nihil niſi eandem militis voluntatem, non etiam nouam formam requirit.*

26 *Militis priuilegium in eo potiſſimùm verſari vt quælibet eius voluntas pro iuſta & legitima habeatur, non etiam vt aliud ſenſiſſe & voluiſſe videatur, quàm quod dixerit.*

27 *Vix fieri poſſe vt* in d.§.vlt.l.neque. *videas illius militis teſtamentum qui ſciens ac prudens fideicommiſſum à mortuis heredibus ſeruo reliquit.*

28 *Multò difficilius fideicommiſſariam libertatem à milite illo relictam eodem caſu in directam verti poſſe.*

29 *Imperatoris reſcripto opus fuiſſe vt in ſpecie* d. §.vlt.l. neque. *fideicommiſſaria hereditas in directam verteretur.*

30 *Diuerſa ratione in ſpecie* §.1.d l.ſi non lex. *SCti auctoritate opus fuiſſe.*

31 *Reſcripto* §.1. l.neque. *indiſtinctè locum eſſe ſiue miles ſoluendo fuerit, ſiue non fuerit.*

32 *Quid aliud in eadem ſpecie ad ſuſtinendam militis voluntatem Imperatores mouere potuerit?*

33 *Aliud ea parte in teſtamento pagani Imperatores reſcripturos fuiſſe.*

34 *Affertur hanc in rem* leg. tractabatur, ff.de teſtam. milit.

35 *Difficultas nata ex diſtinctione* in d.l.tractabatur, *propoſita.*

36 *Teſtamentis paganorum ea in re nullo modo nulloque caſu ſubueniendum eſſe.*

37 *Diſtinctionem* in dict. l. *propoſitam Triboniani, non Marciani eſſe.*

38 *Diuerſum eſſe caſum reſcripti* in d.l.neque, *relati, à caſu SCti quod* in d.l.vlt.l.facta *à Caio allegatur.*

39 *Accurſij obſeruatio & monitum* ad d.l.tractabatur.

QVæ † à nobis non in hoc ſolo Coniecturarum no- 1
ſtrarum libro, ſed etiam in ſuperioribus tam multa
iam obſeruata ſunt à Triboniano in Iureconſultorum
reſponſis corrupta & immutata, probant manifeſtiſſimè
vix alium in Pandectis titulum vllum eſſe deprauatio-
rem, & digniorem in quo expurgando laboraremus. Ne-
que tamẽ id nos hucuſque aſſecutos auſimus dicere. Adeò
pleráque inter legendum eiuſmodi occurrunt quotidie, &
alij cuilibet, quò erit perſpicacior eò plura occurrent. Ne-
mo enim neſcit quàm multa Iuſtinianus innouauerit, ad
hunc de ſenatuſconſultis, Trebelliano & Pegaſiano tra-
ctatum pertinentia toto ferè iure illo quod prudentum
temporib. obtinuerat ita perturbato, vt nec Trebelliani
nec pegaſiani ſenatuſconſulti auctoritas vlla amplius ſu-
pereſſe videatur, eo præſertim caſu quo heres de reſti-
tuenda hereditate grauatus, aut adire nolit, aut ante adi-
tam vel reſtitutam hereditatem moriatur. Ad quem caſum
pertinet *l.pen.C.ad SC.Treb.& Nouel.1.de her. & falcid.*
vt ſcripſi lib.5.c.7. Sed non poſſum facere quin ſuperio-
ribus Tribonianiſmis hunc adiiciam, quem nouiſſimè
obſeruaui *in §.vlt l.facta 63.hoc eod.tit.ad SC.Trebell.* vt
ex eo potiſſimùm appareat quàm malè in principiis iuris
verſatus fuerit Tribonianus. † Tractatur in hoc § de eo, 2
qui cùm ſoluendo non eſſet, Titium heredem inſtituit,
& Stichum ſeruum ſuum liberum eſſe iuſſit, rogauítque
Titium, vt ei reſtitueret hereditatem. Quæritur autem,
an ſi Titius hereditatem adire recuſet, cogi poſſit Sticho
poſtulante. Et reſpondetur, vix eſſe vt cogatur, ratione
illa, quòd licèt deſiderante ſeruo Titius adiret, ſiue ſpon-
te, ſiue coactus, non tamen poſſet libertas ſeruo compe-
tere, quaſi in fraudem creditorum data, licet Titius lo-
cupletiſſimus proponeretur, qua de cauſa nec hereditas
ei reſtitui poſſet. Sed tamen ex ſententia legis dicendum
eſſe, perinde habendum ac ſi is ſeruus ſolus liber & hæ-
res ſcriptus eſſet, nec Titius heres eſſet. † In quo reſpon- 3
ſo, ne poſſis dicere, IC. reſponſum eſſe, illud primum à
Iuris ratione alienum eſt, quod non alia de cauſa liberta-
tem hanc competere negat, quàm quod data ſit in frau-
dem creditorum: Cùm tamen certiſſimum ſit lege Ælia
Sentia quæ datas in creditorum fraudem libertates va-
lere non patitur, nec ſi heres locuples ſit, *l ſi locuples 57.*
ff.de manu. teſt l.cùm hereditas 5.ff.qui & a quib. manu.
Permiſſum tamen eſſe debitori qui ſoluendo non ſit vt
vni ex ſeruis ſuis, & cui voluerit, libertatem dare poſſit,
dummodo vni duntaxat non pluribus. Adeò vt etiamſi
contra legem pluribus data ſit libertas, ei tamen compe-
tat qui priore loco ſcriptus fuit, *l.qui ſoluendo 60 ff.de he-*
red.inſtit. Tunc.n. ſibi obſtant inuicem, cùm neſciri po-
teſt quis prior nominatus ſit, puta ſi duo ſint eiuſdem no-
minis, vt in caſu *l.qui ſoluendo 41.cum l. ſeq.eo tit.* † Alia 4
igitur ratio adferri debuit propter quam libertas in pro-
poſita ſpecie ſeruo competere non poſſit. Illa videlicet,
quòd lex Ælia Sentia non aliam ob cauſam permittit ei
qui ſoluendo non eſt, vt teſtamento vni ex ſeruis det li-
bertatem, niſi vt poſſit ille habere heredem neceſſa-
rium, ſub cuius nomine poſſint bona hereditaria diſtra-
hi ſub haſta poſtulantibus hereditariis creditoribus, in
eóque famæ & exiſtimationi defuncti ciuis Romani
conſulatur. Quæ origo fuit inſtituendorum ſeruorum
vt neceſſariorum heredum, quemadmodum Iuſtinia-
nus ſcribit *in §.1.tit. de heredit. qualit. differ. & In-*
ſtitut. † Vnde eſt quod Paulus ſcribit. *in leg.11 qui ſol-* 5
uendo 57.de hered. inſtit. legem Æliam Sentiam ita de-
mùm ei qui fraude creditorum heres inſtitutus eſt con-
ſeruare libertatem, ſi nemo alius heres ex teſtamento eſ-
ſe poteſt. Adeò vt ſi ſeruus cum libertate heres inſtitu-
tus ſit & liber homo ſubſtitutus, incipiendum ſit e ſub-
ſtituto, vt eo loco Paulus ait, ſicut & ſi quis primò Sti-
chum, ſecundò eum cui ex fideicommiſſi cauſa libertatem
debebat

debebat liberum & heredem inſtituerit, idem Paulus ex
Neratio ſcribit *in l. ſi is qui 55. eod.* Secundo loco ſcriptum
heredem fore, quia non poſſit videri creditorum frau-
dandorum cauſa manumiſſus, nec ferè beneficium ali-
6 quod à defuncto conſecutus, *l. ſi ſeruo 84. eo. tit.* † Nam
quod diximus ex pluribus ſeruis ab eo qui ſoluendo non
erat inſtitutis, ſolum eum qui primo loco ſcriptus eſt
hereditatem capere, *d. l. qui ſoluendo* 60. ad illum caſum
pertinet quo vterq; in fraudem creditorum manumiſſus
fuerit, quo caſu nihil eſt, quod cæteris paribus dici me-
lius poſſit, quàm quod legis Æliæ Sentiæ verbis ipſis
cautum fuit, vt vti quiſque primus ſcriptus eſt heres ſit.
At cùm alter primo loco inſtitutus eſt in fraudem credi-
torum, alter ſecundo quidem loco, ſed citra fraudem,
propter debitam ex anteriore fideicommiſſi cauſa liber-
tatem, præferendus eſt ſecundò ſcriptus, vt citra credi-
7 torum iniuriam iuſtior defuncti voluntas conſeruetur. †
Cùm igitur ex his appareat, non niſi ex neceſſitate per-
miſſum fuiſſe ei qui ſoluendo non eſſet, vt ſeruum ſuum
inſtituere poſſet, ac ita demùm ſi alium heredem non
haberet; conſequens ſit vt in propoſita ſpecie, id eſt,
Titio herede inſtituto rogatóque heredem reſtituere
Sticho, quem teſtator directò, non per fideicommiſſum
voluerit eſſe liberum (valdè enim refert an directa liber-
tas data ſit, an fideicommiſſaria, vt mox dicemus contra
Accurſ. *ad l. ſi non lex* 83 §. 1. *ff eod. tit. de her. inſtit.*) non
poſſit competere Sticho libertas ſiue vltrò, ſiue deſide
rante Sticho Titius adierit hereditatem, non quòd in
fraudem creditorum data ſit, ſiue locuples Titius ſit, ſiue
non, ſed quòd Titio herede exiſtente non poſſit fieri, vt
ex eo teſtamento eius qui ſoluendo non fuit, quiſquam
8 ſeruus libertatem conſequatur. † Vnus enim tantùm caſus
eſt, iſq; vel valdè ſingularis, quo euenit vt ei qui ſoluendo
non eſt, ſeruus vnus cum libertate heres exiſtat, & alius
prætereà heres adiciatur, nimirum ſi ſeruo cum libertate
herede inſtituto ſic adiectum ſit, *Si mihi Stichus heres
erit, tunc Titius quoque heres eſto.* Nam Titius antequàm
Stichus ex teſtamento heres extiterit, heres eſſe non po-
teſt: cùm autem ſemel heres extiterit ſeruus, non poteſt
adiectus efficere, vt qui ſemel heres extiterit, deſinat he-
res eſſe: quemadmodum eleganter ratiocinatur Caius in
l. ei qui ſoluendo 88. *eod. tit.* In propoſito autem caſu con-
trà eueniret, ſi libertas ſeruo competere poſſet, vt ex eo
tempore inciperet competere, quo Titius iam heres eſſet,
quod vtiq; lex Ælia Sentia nullo modo, nullóq; prorſus
9 caſu permittit. † Illud verò ſemper meminiſſe oportet,
quod in præcedentibus ſæpius diximus, ei qui ſeruus ma-
neat, hereditatem fideicommiſſariam reſtitui nunquam
poſſe; nec eo poſtulante cogi heredem vt adeat heredi-
tatem *l. ſi res aliena* 52. §. 1. *cum l. ſeq. ff hoc tit. ad SC. Treb.*
Nihil igitur aliud erat quod ad propoſitam quæſtionem
reſponderi poſſet, quam ne poſtulante ſeruo qui liberta-
tem conſequi non poſſet, cogi deberet heres ad adeun-
10 dam hereditatem. † Et tamen contrà reſpondetur in hæc
verba, *ſed ex ſententia legis dicendum eſt perinde haben-
dum, ac ſi is ſeruus ſolus liber & heres ſcriptus eſſet, nec Ti-
tius heres eſſet.* Hoc verò alterum illud eſt, quod non
puto ex iuris ratione defendi poſſe. Nam ſi nihil niſi legis
Æliæ Sentiæ verba, mentémque reſpicias, dubitandum
non eſt quin ſententia legis conueniat cum verbis, nec
magis ex ſententia, quàm ex verbis libertas, de qua agi-
mus, competere ſeruo poſſit. Cùm id vnum legi propo-
ſitum fuerit, ne per inſtitutionem neceſſarij heredis, cui
cum hereditate libertatem obtingere neceſſe eſſet, cre-
ditoribus fraudem fieri pateretur, niſi eo demùm caſu quo
defuncti ciuis Romani famæ & exiſtimationi alia ratione
conſuli non poſſet, id eſt, quo alius nemo ex teſtamento
heres futurus eſſet: quod non eueniret Titio adeunte he-
reditatem, ſiue ſponte, ſiue iuſſu & imperio prætoris. Di-
ces, Imò futurum, ſi non poſſit Titius cogi ad adeundum
Sticho poſtulante, vt teſtator exitum faciat inteſtati, ac
proinde ex legis ſententia non malè defendi, perinde
habendum eſſe, ac ſi is ſeruus ſolus liber & heres ſcriptus,
nec Titius heres fuiſſet. Sed reſpondeo, non fuiſſe cur
lex ſuccurrere deberet teſtatori, qui cùm beneficio legis
vti potuiſſet, vnúmque ex ſeruis ſuis heredem ſcribere in
fraudem quoque creditorum; maluit tamen Titium ex-
traneum heredem habere, nec niſi fideicommiſſariam he-
reditatem ſeruo dare. Sed & manifeſtiſſiè voluntas teſta-
toris offenderetur, ſi ſeruus cui fideicommiſſaria dunta-
xat hereditas data eſſet pro directo herede haberetur, re-
tecta Titij perſonâ, qui non modò primus, ſed etiam ſo-
lus heres inſtitutus reperietur. † Neque tamen negare 11
volo æquiſſimum fuiſſe in hac ſpecie prouideri ad con-
ſeruandam non ſolùm libertatem, ſed & reliquam de-
functi voluntatem, verùm eo remedio quod à teſtatoris
voluntate nullomodo, à iuris verò ratione minùs abhor-
reret: itaque manco legis Æliæ Sentiæ auxilio, quæ de
directis tantum libertatibus locuta fuerat, & ſenſerat
(quandoquidem fideicommiſſariæ non aliter ex iure
communi valere poterant, quàm ſi aliquis heres non ſo-
lùm inſtitutus, ſed etiam per aditionem effectus fuiſſet,
quo caſu nec directam quidem valere lex permittebat)
manca etiam auctoritate SC. Pegaſiani, quæ non per
alium coheredem patiebatur, quàm qui liber eſſet, ac in
vniuerſum ius defuncti per hereditatis reſtitutionem
ſuccedere poſſet, neceſſarium fuit in eam rem fieri no-
uum SC. quod temporibus D. Adriani factum fuiſſe
refert Scæuola *in d. l. ſi non lex.* § 1. eoque cautum, vt ſi
teſtator qui cùm moritur ſoluendo non fuit, duobus
pluribúſve libertatem dederit, eíque hereditatem reſtitui
iuſſerit, & inſtitutus heres, ſuſpectam ſibi hereditatem
dixerit, adire eam cogatur, & ad libertatem perueniat is,
qui priore loco ſcriptus fuerit, eíque hereditas reſtituatur.
Ex quo infert Scæuola, ſi primo loco ſcriptus liber de-
ſideraret adiri hereditatem, nullam eſſe difficultatem, ſed
ſi poſteriores quoq; liberos ſe eſſe dicant, & hereditatem
reſtitui deſiderent apud prætorem, quæri oportere an
ſoluendo ſit hereditas, vt ſciatur an omnes liberi facti
ſint, & conſequenter an omnibus eam hereditatem re-
ſtitui oporteat: abſente autem primo, ſequentem deſi-
derantem adiri hereditatem non eſſe audiendum, quia
ſi primus velit reſtitui ſibi hereditatem, præferendus
eſt, & hic ſeruus futurus. † Quibus ex verbis apparet, 12
ſenatuſconſultum illud non pro legis Æliæ Sentiæ pro-
ducenda ad hunc caſum ſententia factum fuiſſe, ſed po-
tiùs pro Pegaſiano excludendo, quo primum fuerat in-
ductum ius cogẽdi heredis ſuſpectam dicẽtis, ita tamen
vt legis quoq; mentem ſubſequi Senatus voluerit, in eo
præſertim ne pluribus ſeruis libertatem dare poſſet is qui
ſoluendo non eſſet. Itémque vt pluribus data libertate, vti
primus quiſque liber ſcriptus eſſet, is præferretur. Cæte-
rùm vel ex eo maximè ſenatuſconſulto conſtat, neq; an-
teà ius ita fuiſſe, vt in ſpecie propoſita perinde haben-
dum eſſet, ac ſi Stichus liber & heres ſcriptus fuiſſet, ne-
que hodie poſt Senatuſconſultum ita eſſe. Nam ſi Stichus
ſolus liber & heres ſcriptus proponeretur, non poſſet ad
adeundum compelli Titius, qui non inueniretur inſtitu-
tus. Sicuti nec erat neceſſe induci per ſenatuſconſultum,
vt compelleretur ille ad aditionem, ſi ex ſententia legis
Æliæ Sentiæ poterat ſeruari libertas, ſublata Titij per-
ſona, conuerſáque fideicommiſſaria ſubſtitutione in di-
rectam ſubſtitutionem. Vt planè non poſſim videre qua
ratione motus Accurſius, in huius loci interpretatione ad-
ferat Scæuolæ reſponſum *in d. l. ſi non lex* §. 1. quaſi con-
ueniens: cùm è contrario manifeſtiſſimè repugnet. At
neq; facilè poſſum mihi perſuadere Caium, qui poſt
Adriani tempora floruit, SC. illud ignoraſſe, aut ſi non i-
gnorauit, magis illud miror, tractantem illum hanc ip-
ſam ſpeciem de qua ſenatuſconſultum factum fuit, nul-
lam ſenatuſconſulti mentionem habuiſſe. Itaque vel
hæc vna ratio ſufficere poteſt, vt hunc locum non tam
Caio, quàm Triboniano adſcribere debeamus. † Illud ta- 13
men etiam me malè habet, quod in *dict. l. ſi non lex.* §. 1.

ſcriptum video nihil referre an directa libertas, an fidei-
commiſſaria data ſit ſeruo cui hereditatem reſtituere
rogatus eſt Titius, qui non vult adire. Is enim ſen
ſus eſt illius verſic. *idem ſeruandum in his quibus per
fideicommiſſum libertas data fuerit.* Vt nimirum poſſit illo
etiam caſu cogi heres ad adeundum, ne ſit ſine herede
teſtator qui teſtamento ſuo proſpexerit, vt hereditas ad
liberum hominem inſtitutum, mox per eius perſonam
ad ſeruum quoq; ex fideicommiſſo perueniret. Quod ta-
men ne tam facile poſſim concoquere in cauſa illud eſt,
quòd, vt iam attigi, Senatus mentem & voluntatem le-
gis Æliæ Sentiæ ſubiectam vs eſt, néque Senatuſconſulti
Pegaſiani quamuis vtrimq; ratio pati potuit coniunctionem
hanc nouam nuquè conſtitutionem. Atqui lex Ælia Sentia
nunquam permiſit ei qui ſoluendo non eſſet, vt vni ex
ſeruis ſuis fideicommiſſariam libertatem dare poſſet in
fraudem creditorum, ſed directam tantùm, quoniam
fideicommiſſaria libertas dari non poterat, quin confer-
retur in eum caſum quo eadem lex etiam directam liber-
tatem dari prohibebat, id eſt, quo alius ex teſtamento
iam heres eſſet. Ergo nec eo caſu quo heres inſtitutus
adire nolit, adeóque coactus, credendum eſt permiſiſſe
Senatum, vt libertas ex fideicommiſſo deberi poſſit. Ideò
namque & eo ſolo colore Senatus putauit ſubueniendum
non tam libertati in fraudem creditorum datæ quàm
miſero teſtatori, cuius alioquin bona ſub haſta diſtrahi
oporteret, quòd extraneo, qui fuit inſtitutus nolente
adire, perinde intuitum ſit vt exitum inteſtati faciat te-
ſtator, ſi non habeat neceſſarium heredem, ac ſi extra-
neum heredem nullum inſtituiſſet. Cur ergo extranei
inſtituti ſuſpectam dicentis perſona obſtabit, quominùs
ſeruo qui eodem teſtamento liber ſcriptus fuerit, libertas
competat, quæ competeret ſi extraneus ille inſtitutus non
eſſet. Et tamen non potuit Senatus facere, vt compe-
teret niſi adita hereditate, cùm dies libertatis non niſi
ab adita hereditate cedat, *leg. heredis 7. §. vlt. cum l. ſeq.
D. quand dies legat. ced.* Non magis quàm vt directò in-
ſtitutus videri poſſet ſeruus, qui non niſi per fideicom-
14 miſſum ſubſtitutus eſſet. † Proinde id vnum Senatus
fecit, quod facere commodius potuit, vt extraneus inſti-
tutus ſi hereditatem ſuſpectam diceret, cogi poſſet ad
eam adeundam, deſiderante ſeruo cui & libertas ex aditio-
ne eſſet competitura, & hereditas ſubinde reſtituenda.
Et ſi.n. per eiuſmodi aditionem coactam verè fit heres is
qui ſuſpectam dicebat, tamen cùm periculo ſuo adire
non debuerit, qui adiit compulſus, non potuit Senatus
eum habere pro herede, niſi quòd ad ius & effectum he-
reditatis reſtituendæ pertineret, cùm neceſſe ſit in eius
locum ſubſtitui alium in quem iure omnia tranſeant, &
qui à creditoribus hereditariis cùm effectu conueniri poſ-
ſit, qui porrò alius eſſe nequit, quàm is ipſe quo deſi-
derante coactus fuit adire. At ille ſeruus eſt, nec in eum
poſſunt vllo modo transferri bona & actiones, niſi fiat
liber. Igitur neceſſe fuit induci reluctantibus licèt verbis
legis Æliæ Sentiæ, vt hoc caſu etiam in fraudem credi-
torum data libertas valeret & competeret. (Eſtque hic
caſus coniungendus ei quem tanquam ſingularem obſer-
uauit Caius in *d. l. ei qui ſoluendo.*) At quomodo? Nimi-
rum ſi data eſſet directò. Nam nec ſi media interpoſita
non eſſet Titij perſona, quæ ex lege Ælia Sentia obſtat
libertati, aliter competere libertas poſſet, quàm ſi dire-
ctò data fuiſſet. At non ergo fieret euidenter contra le-
gem Æliam Sentiam, ſi plus iuris haberet ſeruus ad con-
ſequendam libertatem in fraudem creditorum herede
alio inſtituto, quàm eſſet habiturus, ſi alius nemo inſti-
tutus probaretur? Denique ſoli domino qui moritur non
ſoluendo, lex Ælia Sentia permiſit manumittere, id eſt
directam libertatem dare vt neceſſarium heredem
habere poſſet. An non etiam ipſius heredi, quia nec
neceſſe aut poſſibile fuit heredem ei dari, qui in alium
iam haberet, nec æquum permitti ſolo fauore liberta-
tis, vt ea libertas deberetur quæ contra primum caput
eiuſdem legis Æliæ Sentiæ in fraudem creditorum da-
ta eſſet. † Quare non dubito quin totus ille verſ. *idem* 15
*ſeruandum in his quibus per fideicommiſſum libertas data
fuerit*, inepti ſit interpretis non Scæuolæ, ſi non Tribo-
niani eſſe voles. Nam & cætera quæ in ea leg. ſequun-
tur ad directam libertatem, non ad fideicommiſſariam
pertinent. Nec debuit ſiue Tribonianus ſiue interpres
ille fuit, ex eo moueri quod alio ſenatusconſulto cautum
eſt, vt quoties ab eodem herede libertas fideicommiſſaria
& hereditas præſtanda eſt, poſſit ille cogi per ſeruum ad
adeundum, *d. l. ſi res aliena* 5 *1. §. 1. ad SC. Treb* Id.n. tunc
obtinet, cùm fideicommiſſaria libertas vtiliter data eſt,
non etiam cùm in fraudem creditorum, & contra legem.
Et verò, an non ſatis eſt hactenus fauere ſeruo vt directã
libertatem perinde nanciſci poſſit, alio licèt herede inter-
cedente, ac ſi primus ipſe ſcriptus eſſet? † Imò melior 16
quoque ſerui huius conditio eſt ex ſenatuſconſulto, quàm
futura eſſet ex lege Ælia Sentia, in eo quòd heres neceſ-
ſarius non eſt, quia nec liber neceſſariò, cùm non aliter
poſſit ei libertas competere, quàm ſi heres qui ſuſpectam
dicit, adire cogatur, qui porrò vt inuitus adeat non niſi
hoc ipſo ſeruo deſiderante cogi poteſt. Vt verò ſeruus ipſe
adiri hereditatem deſideret, multò minùs cogitur, quo-
niam factu & voluntate ipſius in eam rem neceſſario
opus eſt, quod non euenit, cùm directò data & libertas
& hereditas eſt. Vtraque.n. tunc competit & acquiritur
ſola iuris ciuilis auctoritate. † Quæ etiam ratio adferri po- 17
teſt ob quam lex Ælia Sentia de directis tantùm liber-
tatibus, non item de fideicommiſſariis locuta ſit, quia
nec neceſſarium heredem potuiſſet facere ſeruum, quem
non potuit, aut eodem ſaltem momento faceret neceſſa-
rio liberum, nec rurſum neceſſario liberum eum, cui non
niſi ex fideicommiſſo libertas deberetur, cùm non aliter
fideicommiſſa valeant quàm ſi & ab iis quibus relicta
ſunt vltro agnoſcantur, & per eos quorum fideicom-
miſſa ſunt præſtentur. † Nec quemadmodum aduerſus 18
heredes inſtitutos & rogatos remedium proditum eſt, ſi
neque adire hereditatem neque reſtituere velint, vt &
adire & reſtituere compellantur, ita & contra fideicom-
miſſarios vllo omnino caſu prouiſum fuit vt ad heredi-
tatis reſtitutionem petendam cogi poſſent, nec magis
contra ſeruos quàm contra liberos. Idque eſt quod Scæ-
uola ſcribit *in d. l. ſi non lex. §. 1.* Si ſeruus primo loco li-
ber ſcriptus, nolit deſiderare vt heres adeat hereditatem,
quam ſuſpectam dicit, poſſe alium ſeruum ſequenti lo-
co ſcriptum id deſiderantem adiri. † Planè non inficior 19
ſeruum quo deſiderante coactus ſit heres adire ex quo
inſtanti adita fuerit hereditas, ſicut liberum ſtatim, ita &
neceſſarium fore fideicommiſſarium. At non eodem mo-
do nec eo ſenſu quo neceſſarius heres eſſet, ſi vel ſolus,
vel primus fuiſſet inſtitutus. Illo namque caſu fuiſſet he-
res ipſo iure, ſicuti & liber. In hoc verò, liber quidem eſt
ipſo iure, ſed non heredis loco eſt tanquam fideicom-
miſſarius, niſi poſt factam fideicommiſſi reſtitutionem.
Præterquàm in illo caſu quo & ante reſtitutam heredita-
tem, & ſine herede moriatur. Quod cùm euenit, perinde
illius bona per creditores hereditarios vendi poſſunt, ac
ſi aditæ hereditatis reſtitutionem ante obitum accepiſ-
ſet, *l. poſtulante 44. D. eod.* † Neceſſarius tamen fidei- 20
miſſarius dici poteſt, quia vel inuitus reſtitutionem he-
reditatis accipere cogitur, nec ille tantùm, ſed etiam il-
lius heres, licèt de ſolo manumiſſo Senatuſconſultum lo-
cutum ſit, vt Marcellus tractat *in l. poſtulante.* Sed id fit
non iure aliquo ſpeciali in ſeruorum odium comparato,
ſed iure communi ex quo quiſquis fideicommiſſariæ he-
reditatis obtinendæ gloria coëgit heredem ad adeundum,
recuſare poſtà non poteſt quominùs ea hereditas vbi adi-
ta fuerit, ſibi reſtituatur. Adeo vt ſi plures fuerint fidei-
commiſſarij, & vno ſolo poſtulante, coactio facta ſit, in
eum ſolum & in ſolidum actiones tranſeant qui cogit,
l. cogi 16. § idem Marcianus, eod. Proinde eadem hoc caſu
ſerui quæ liberi hominis fideicommiſſarij ratio eſt.
† Sed

21 †Sed hæc ad Scæuolam adnotaſſe ſufficiat, vt ad Caium
& Tribonianum redeamus. Etſi namque iam ſatis ſupér-
que probauimus Triboniani non Caij reſponſum illud
eſſe quod extat *in d. §. vlt facta*, ne quis tamen de eo poſt-
hac dubitare probabiliter poſſit, inducendum à nobis eſt,
quid Tribonianum feſelliſſe videatur. Solet enim ille non
exemplo aliquo peccare, ſed ex mendicatis exemplis, &
Imperatorum reſcriptis ad alias ſpecies quantumuis diſſi-
miles accommodatis, peccandi occaſionem magis quàm
22 rationem quærere.† Quod & in propoſito factum ab eo
fuiſſe coniicio ex reſcripto Impp. Seueri & Antonini
quod Vlpianus refert in *l. idem eſt*, 12. *alias l. neque. §. cum
miles. de teſtament. milit.* Nam cùm miles in teſtamen-
to ſuo libertatem ſeruo dediſſet, eidemque & à primo &
à ſecundo herede per fideicommiſſum hereditatem reli-
quiſſet, tum & primus heres & ſubſtitutus ante aditam
hereditaté deceſſiſſent, reſcriptum eſt ab Impp. non idcir-
cò inteſtati exitum feciſſe litem, ſed perinde habendum
eſſe ac ſi eidem ſeruo libertas ſimul & hereditas directò
data eſſet, cùm negari non poſſet eam fuiſſe militis vo-
luntatem, vt tam hereditas quàm libertas ad eum ſeruum
perueniret. De illa namque voluntate ex eo conſtabat,
quod non tantùm à primo herede, ſed etiam à ſecundo,
id eſt, à ſubſtituto fideicommiſſariam hereditatem huic
23 ſeruo miles reliquerat.† Vt verò non tam ipſi ſeruo, id eſt,
libertati, quàm militi teſtatori, & teſtamento ſubueniri
æquum eſſet, illa ratio faciebat, quod defunctis poſt te
ſtatorem heredibus vtriſque (vt ex eo apparet quod Vlp.
ponit eos deceſſiſſe ante aditam hereditatem, ſiquidem
viuo teſtatore, neque de adita, neque de adita, neque de
adeunda hereditate tractari poſſet) nihil imputari pote-
rat teſtatori, id eſt, cur teſtamentum non mutaſſet, dire-
24 ctámque hereditatem pro fideicommiſſaria dediſſet. †
Qua ratione perinde admitterem reſcripto locũ eſſe de-
bere, etſi heredes illi viuo teſtatore deceſſiſſent, dummo
dò eo ignorante, quia nec huic teſtatori quicquam impu-
tari poteſt, cur ſeruum heredem non ſcripſerit, qui neſcie-
bat heredes ſcriptos deceſſiſſe. Nam ſi ſciuiſſet, aliud pro-
culdubiò reſpondendum exiſtimarem, neque paterer ad
hunc caſum porrigi auxilium noui reſcripti, quod pro-
priam & fauorabilem rationem illam vnam haberet, ne
& ſerui libertas & militis teſtamentum intercideret ob
caſũ inopinatũ mortis contra quem teſtator à ſe prouiſum
crederet pluribus heredum gradibus adſcriptis. Qui dni
enim mutauit miles teſtamentum, ex quo ſciuit defun-
ctos eos à quibus fideicommiſſariam libertatem ſeruo
25 ſuo præſtari voluerat? † Si enim obiicias teſtatorem præ-
ſertim militem, cuius voluntas quæque teſtamentum eſt,
vt ait *l. eius militis* 34. *in fin. ff. eod. tit.* ſi teſtamentum mu-
tare potuerit, nec voluerit videri cum eodem teſtamen-
to decedere voluiſſe, atque ita teſtamentum prius, quam-
uis ruptum & irritum factum conualeſcere quaſi ex no-
ua voluntate, vt de militis filiifamilias capite minuti te-
ſtamento ſcribit Marcianus *in leg. miles filiusfamilias* 22.
iunct. l. ſeq. & l. idémque erit 9. *& l. in fraudem* 15. *eo. tit.*
Reſpondebo tum demùm id rectè dici poſſe, cùm reſta-
mentum vt conualeſcat & iure ſaltem militari valeat, ni-
hil niſi nouam militis voluntatem requiri, non etiam no-
uam formam, diuerſámque diſpoſitionem. i. e. vt dicam
apertiùs, cùm teſtamentum tale eſt, quòd ſi à moriente
milite iiſdem verbis, eodemque proſus modo factum eſ-
26 ſet, iure ſaltem militari valeret.† In eo namque ſolo mili-
tis priuilegium verſatur vt voluntas eius quælibet quan-
tumuis iure deſtituta pro iuſta & legitima habeatur, non
etiã vt aliud ſenſiſſe & voluiſſe videatur, quàm quod dixe-
rit, putà vt cui fideicommiſſariam libertatem ab herede
ſuo dari voluit, ei directã ipſe dediſſe intelligatur. Volun-
tas ſiquidẽ militis vt & alterius cuiuſlibet teſtatoris, non
niſi ex teſtamenti verbis petẽda eſt, ne alioqui facilè eue-
niat, nõ ſolùm vt in incerto ſẽper vagari nõ oporteat quo-
ties inueſtigabimus quid miles voluerit, ſed etiam vt dũ à
teſtamẽti verbis recedimus, pro voluntate militis volunta-
tem offendamus: quòd ne vnquam euenire poſſit, nullo-
rum magis intereſt quàm ipſorum militum, vt Traianus
dicebat in elegãti illo reſcripto, de quo in *l. Traianus* 24.
D. eod. † Atqui ſi miles neſciens defunctos eos quos teſta-
mento heredes ſcripſerat, expreſſim declaraſſet vel ſe cum 27
eodem teſtamento decedere, aut quod idem eſſe, ſi ab i-
dem perſonis iam mortuis eidem ſeruo directam quidem
libertatem, ſed tamen fideicommiſſariam dediſſet, neminem
diceret valere teſtamentum, ſiue communi iure, ſiue mi-
litari, quia fideicommiſſaria hereditas, neque directæ iu-
re deberi poſſet, quæ à ſciente & ita volente [illegible] fidei-
commiſſum relicta eſſet, neque à mortuo præſtari qui
iam nullus eſſet. *l. quidam referunt* 14. vers. *quia heres. ff.
de iur. eod.* Neque fauor militiæ aut libertatis facere de-
beret, vt verba obliqua quæ teſtator ſciens & prudens
directis prætuliſſet, in ſenſu directo acciperentur. Alio
certè reſcripto in eam rem opus eſſet quemadmodum eo
quoque caſu in quo & libertati & teſtamento ſubueniri
æquum fuit, reſcripti auctoritatem interponi oportuit ad
confirmandum teſtamentum, deficiente ſcilicet poteſtate
priorum illarum conſtitutionum, quæ de militiarium te-
ſtamentorum priuilegiis factæ fuerunt. Et ſanè in teſtato-
re milite qui ſciens ac prudens fideicommiſſum à mortuis
heredibus reliquiſſet, non haberet locum ratio illa reſcri-
pti, *quæ vtraque ad eum perueniſſe teſtatorem voluiſſe ne-
gari non poſſit.* Eiuſmodi namque voluntas irriſoria potiùs
quàm ſeria videretur. † Sed etſi poneres ab hoc milite
non directam libertatem, ſed fideicommiſſariam ſeruo 28
datam eſſe, non putarem reſcripto locum fore, tametſi vel
viuo & ignorante milite, vel poſt eius mortem omnes
heredum gradus defeciſſent, quia longè facilius eſt vt ei
cui directa libertas data eſt, hereditas quoque directò da-
ta intelligatur, quàm vt libertas fideicommiſſaria in di-
rectam conuertatur, quia nec fideicommiſſariæ libertatis
fauor vllus eſt, niſi ſubſiſtente perſona à qua præſtari poſ-
ſit, vt præſtetur ex teſtatoris voluntate, ex qua directa-
rum quoque libertatum & ius & fauor pendet quemad-
modum Vlp. in Titulis ſcribit *tit.* 1. § *teſtamento*: nec tam
facilè poteſt lex aut Senatuſconſultum aut etiam Impe-
rator fideicommiſſariam libertatem ac directam adiuua-
re: quandoquidem directa ipſo iure competit, ſi modo te-
ſtamentum valeat ex eóque adeatur hereditas, fideicom-
miſſaria verò omnimodo præſtanda eſt, & quidem ab eo
cuius fidei fuit commiſſa. Facere autem lex vel Imperator
commodè poteſt, vt teſtamentum alioqui nullum ſuſti-
neatur, quod vnum ſufficit, vt directa libertas competere
poſſit. At non æquè vt is, qui iam mortuus eſt, ſeruum
manumittat, nec rurſus vt citra manumiſſionem liber fiat
is cui teſtator directam libertatem non dedit. † Quamuis
directa libertate data, facile flectatur fideicommiſſaria 29
hereditas in directam, quaſi in neceſſarium antecedens,
quòd neque liber fieri poſſit is qui ſeruus fuit, ſi nemo
heres ſit, nec alius quàm ipſe heres eſſe, inſtitutis omni-
bus prædefunctis. † Fuit autem in hanc rem neceſſaria
auctoritas reſcripti, ſicut & auctoritas ſenatuſconſulti *in
d. l. ſi non lex.* §. 1. ſed tamen diuerſa ratione. † Nam in ca-
ſu ſenatuſconſulti fuit ſuccurrendum famæ & exiſti- 30
mationi ciuis Romani, qui moriens non ſoluendo vendi-
tionis publicæ infamiam paſſurus erat, ſi eum ſaltem he-
redem non haberet, cui & directam libertatem & fidei-
commiſſariam hereditatem dediſſet, herede inſtituto di-
cente ſuſpectam. Hic verò ſubueniendum fuit voluntati
militis, non ſolùm quod hac in re ſoleant milites fauora-
biliores verùm etiam ad repentini caſus iniquitatem
emendandam, vt loquitur *l. 3. C. de inoff. teſtam.* Nam ex
ea cauſa interdum paganis quoque ſubueniri ſolet, vt in
ſpecie *d. l. 3. l. vlt. ff. de her. inſt.* Sunt qui addant ſpeciem
l. Titius 25. *C. de liber. & poſthum.* Sed malè. Ibi enim aper-
tè Paulus reſpondet iure factam videri inſtitutionem, nec
proinde auxilio vllo indigere. † Illud notari volo in caſu
reſcripti de quo agimus, non tractare de eo milite qui 31
fuerit non ſoluendo, ſed indiſtinctè ſiue miles ſoluendo
fuerit

fuerit, ſiue non fuerit, reſcripto locum eſſe debere ad vo-
luntatem adiuuandam militis cui nihil imputari poſſit.
Idque Vlpianus non obſcurè demonſtrat in *l. in fraudem*
15. *eod.* cùm ita ſcribit, *in fraudem planè creditorum, nec*
militem amplius quam vnum neceſſarium facere poſſe, vt
doceat nullum militis priuilegium eſſe cùm agitur de li-
32 bertatibus in fraudem creditorum datis. † Et ſi non parum
mouere Imperatores illud potuit, vt in propoſita ſpecie
militis teſtamento ſubuenirent, quod iam ſub Adriano
fuerat a Senatu conſtitutum, vt ei quoque teſtatori licèt
pagano ſubueniretur qui ſeruo libertatem directam, &
hereditatem fideicommiſſariam dediſſet, ſi heres inſtitu-
tus ſuſpectam hereditatem adire recuſaret. Indéque appa-
ret etiam manifeſtiùs, quàm verum ſit quod in ſuperiori-
bus docuimus, ſenatuſconſulto locum eſſe non debere ſi
cum hereditate libertas etiam ipſa per fideicommiſſum
non directò relicta ſit, quando nec militi eo caſu ſubue-
33 niretur. † Et porrò quod dicimus ſingulari militum priui-
legio potiùs quàm aut iuris ratione aliqua, aut aliorum
priuilegiorum conſequentia niti reſcriptum hoc Impera-
torum, conſequens eſt, vt ſi de pagani teſtamento tracte-
tur, aliud prorſus reſponderi oporteat. Cur enim de mili-
te, aut Vlpianus tractaret, aut Imperatores reſcripſiſſent,
ſi in pagani teſtamento idem iuris conſtitutum eſſe vo-
luiſſent? *arg. l. centurio 15. de vulg. & pupill. ſubſt. l. precibus*
8. C. de impub. & aliis ſubſt. l. in teſtamento 6. C. de teſtam.
milit. l. qui non militabat 78. ff. de hered. inſt. cum ſimilib.
34 † Quod & diſtinctio illa probat, quæ ex Marciano poni-
tur in *l. ſeq. Tractabatur*, inquit lex, *an tale aliquid & in*
paganorum teſtamentis indulgendum eſſet. Et placet non
ſine diſtinctione hoc fieri, ſed ſi quidem viuo teſtatore &
ſciente deceſſiſſent, nihil noui ſtatuendum, ſi autem ignoran-
te, aut poſt mortem eius, omnimodo ſubueniendum. Non
enim potuit ſcribi apertiùs differre hac parte teſtamenta
35 militum & paganorum. † Quanquam non ſatis poſſum
videre in quo differentia ſit aut quomodo explicari poſ-
ſit. Nam ſi dicas cum Accurſio, quod & Marciani verba
præ ſe ferunt, militis teſtamentum valere indiſtinctè, pa-
gani verò non niſi cum ſupraſcripta diſtinctione, iam
in contrarium diximus, nec militis quoque teſtamentum
ex reſcripto defendi poſſe ſi & viuo & ſciente milite gra-
dus omnes heredum extincti proponantur, non magis
quam eo tempore quo moreretur miles tale teſtamentum
condidiſſet. Rurſum ſi nobiſcum ſentias eam diſtinctio-
nem etiam in milite neceſſariam eſſe, Vtrum ſe viuo præ-
defunctos eſſe heredes ſuos ſciuerit, vel ignorauerit, con-
ſequenter dicendum erit vel nullam inter paganorum &
militum teſtamenta differentiam ſubeſſe, vel paganorum
teſtamentis hac in re nullo modo nulloque caſu ſubue-
36 niendum eſſe. † In quam ſanè partem procliuior ſum.
Nam cùm non modò libertatis, ſed etiam militiæ con-
iunctus fauor adeò nouum & extraordinarium reſcripti
auxilium extorſerit, nulla ratio eſt cur homini pagano,
præſertim qui ſoluendo ſit nec herede neceſſario indi-
geat, ſubueniendum ſit, tametſi nec in eo, qui ſoluendo
non ſit aliud admittendum eſſe exiſtimemus. Alioquin
eueniet abſurdum illud quod Accurſius notandum putat,
quaſi ſingulare ſit magis quàm abſurdum, vt valeat teſta-
mentum ſine inſtitutione, contra certiſſimas & manife-
ſtiſſimas iuris regulas quæ volunt heredis inſtitutionem
& caput & fundamentum eſſe cuiuſlibet teſtamenti, *l.*
1. in fi. De vulg. & pupill. ſubſt. l. vlt. ff. de iur. codicill. Sed
neque in pagano ſufficere poteſt ratio illa quam Vlpianus
de militis teſtamento tractans probat, *quòd & libertatem*
& hereditatem ad ſeruum peruenire teſtatorem voluiſſe
negari non poſſit: quæ tamen vt diximus ſufficere potuit
in milite adiectâ reſcripti auctoritate, propterea quòd
multò facilius militis quàm pagani voluntas, tum etiam
cùm & iuris communis & ordinarij priuilegij auxilio
37 deſtituta eſt, defendatur. † Quare de illo dubito quin tota
illa diſtinctio ſub Marciani nomine tradita, potiùs ſit
Triboniani ſuo more diſtinguentis, iuriſque rationem pa-

rum curantis: quod & verba ipſa ni fallor innuunt, illa
præſertim *ſi quidem, ſi autem, omnimodo, nihil noui ſta-*
tuendum, ſubueniendum, vt à nobis alias non vno loco in-
dicatum eſt. Nouam enim eſſe hanc diſtinctionem, id eſt,
ipſis quoque prudentibus etiam poſt reſcriptum incog-
nitam, id ipſum probat quod lex ait, in primo caſu diſtin-
ctionis nihil noui ſtatuendum eſſe. † Cæterùm quàm di- 38
uerſus ſit caſus huius reſcripti ab illo, qui ex Caio tracta-
tur in *d. l. facta, §. vlt. ad Trebell.* non ex eo ſolùm conſtat,
quod reſcriptum hoc ad militum duntaxat teſtamenta
pertinet, ſed ex illo etiam quòd præmortuis heredibus
omnibus & primis & ſecundis, nihilò minùs offenditur
ratio iuris & voluntatis, cùm perinde habeatur ſeruus cui
& directa libertas & fideicommiſſaria hereditas data fue-
rat, acſi ſolus & primo loco & liber & heres directò ſcri-
ptus eſſet. Siquidem media extranei heredis perſona nul-
la eſt, quæ obſtet, quomodo in ſpecie *d. §. vlt. l. facta.* ob-
ſtat Titius qui proponitur & inſtitutus, & rogatus & ſu-
perſtes. Vnde etiam fit vt in eadem ſpecie obſiet ſeruo
ſenatuſconſultum, de quo *d. l. ſi non lex* §. 1. cuius aucto-
ritas neque neceſſaria neque vtilis videri poterat ſi ſer-
uus fideicommiſſarius, aut ex iuris ratione, aut ex ſupra-
dicto Imperatorum reſcripto, aut denique ex legis Æliæ
Sentiæ ſententia pro puro inſtituto haberi potuiſſet. † In 39
eóque noſter etiam errauit Accurſ. qui ad *d. l. tractaba-*
tur. adfert quaſi ſimilem quæſtionem illam *d. l. vlt.* quæ
tamen omni ex parte diſſimilis eſt. Illud vnum bene mo-
net, etiam hodie poſt *leg. pen. §. cùm autem. C. ad Treb.* ne-
ceſſarium eſſe auxilium reſcripti, quamuis Iuſtinianus ea
conſtitutione induxerit, vt citra reſtitutionem tranſeant
actiones ex Trebelliano quoties heres rogatus ante adi-
tam vel reſtitutam hereditatem ſine ſucceſſore deceſſit,
quoniam ad hunc caſum illa conſtitutio non pertinet,
vel ob id maximè quòd hic perſona nulla eſt in quàm
actiones tranſire poſſint, cùm ſeruum neceſſe ſit ex ſeruo
fieri liberum priuſquam fideicommiſſarius eſſe poſſit, li-
ber autem fieri nequeat niſi adita demùm hereditate, *l.*
vnic. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollend.

CAPVT XIV.

Ad l. ſi Titio & Mæuio. 61. de legat. 2. l. 1. §. vlt. de leg. 3. l. 2. §. vlt. ff. de ſuis & legit. l. 4. C. ad S.C. Treb.

SVMMARIA.

1 *Quam ſententiam antea ſecutus ſit auctor in quæſtione, an pars coheredis legatis & fideicommiſſis grauata coheredi cum onere ſuo adſcreſcat?*

2 *Eius ſententiæ ratio, & collectio ex* §. Iulianus l. ſi Titio & Mæuio. ff. de legat. 2.

3 *Retractatâ ſententiâ probat auctor ſiue ante ſiue poſt Seueri reſcriptum, deficientem portionem coheredi tam legitimo, quàm teſtamentario ſine onere adcreuiſſe.*

4 *Legatis vel fideicommiſſis nominatim relictis ab eo cuius portio defeciſſet, hereditariam portionem quam ille repudiaret ſine onere, coheredi iure vetere adcreuiſſe*

5 *Nominatim relictum legatum vel fideicommiſſum quando dicatur?*

6 *Senſus* l. cùm patronus 28. ff. de legat. 2.

7 *Vis huius clauſulæ, legatis & fideicommiſſis adiecta,* quiſquis mihi heres erit.

8 *Multum in* d. l. ſi Titio 61. *intereſſe an ab vno ex coheredibus legatum ſit nominatim relictum, an his verbis,* quiſquis mihi heres erit?

9 *Reprehenditur Accurſij ſententia circa quæſtionem. quid è contrario reſpondendum foret ſi in ſpecie* d. l.

non

non Titius ſed Mæuius adiiſſet.

10 *Ius vetus circa propoſitam initio quæſtionem reſcripto Seueri & Antonini abrogatum non fuiſſe.*

11 *Quid eo reſcripto cautum ſit?*

12 *Nihil eo reſcripto de teſtamentariis aut legitimis coheredibus conſtitutum fuiſſe.*

13 *Ius ad creſcendi a iure ſubſtitutionis diſſimile diſtinctumque eſſe.*

14 *Reſcriptum illud Seueri quod de ſubſtitutis duntaxat locutum eſt ſola Prudentum interpretatione ad coheredes extendi non potuiſſe.*

15 *Multò minus ad legitimos quam ad teſtamentarios.*

16 *Non ideò quod paterfam. qui inteſtatus mori maluit, proximiores & legitimos tacitè instituiſſe videtur, perinde videri eoſdem inuicem ſubſtituiſſe acſi expreſſim eſſent instituti.*

17 *Tacitam ſubſtitutionem nonniſi in expreſſa institutione contineri.*

18 *Tacitum quid dicatur?*

19 *Eos quibus ſecundo gradu legitima hereditas defertur pro ſubſtitutis haberi poſſe, & ad eum caſum Seueri reſcriptum extendi debuiſſe.*

20 *Succeſſorem ante Iuſtiniani conſtitutionem in ſuis & agnatis non fuiſſe.*

21 *Quæſtioni in* §. vlt. l. 1 de leg. 3 *propoſitæ, Vlpiani temporibus locum eſſe non potuiſſe.*

22 *Quæſtionem illam Triboniani non Vlpiani eſſe.*

23 *Confirmatur emendatio ad eum* §. *ſuperioribus libris allata.*

24 *Coheredem legitimum coheredi legitimo tacitè ſubſtitutum non intelligi, nec ad eum caſum Seueri reſcriptum pertinere.*

25 *Clauſulam illam* d. l. ſi Titio, ſed poſt reſcriptum *&c Triboniani eſſe.*

26 *Cur Iulianus in* §. 1. d. l. ſi Titio. *de legitimis heredibus fuerit locutus.*

27 *Iuliani & Vlpiani temporibus adcreſcentem coheredis legitimi portionem ſine onere ad legitimum coheredem pertinuiſſe.*

28 *Reſpondetur ad* l. non iuſtam. C. ad SC. Trebell. *ex qua probari videtur, coheredes teſtamentarios tacitè inuicem ſubſtitutos cenſeri.*

29 *Coheredes in ea lege expreſſim ſubſtitutos fuiſſe.*

30 *Etiam poſt Seueri reſcriptum legata ab instituto relicta a ſubſtituto propter contrarias voluntatis coniecturas interdum non deberi.*

31 *Coheredem cui deficientis coheredis portio accreſcit, non ex voluntate teſtatoris, ſed ſola legis poteſtate in ea portione ſuccedere.*

32 *Rationem à Triboniano in* d. l. ſi Titio, *allatam nec in teſtamentariis, nec in legitimis coheredibus locum habere poſſe.*

33 *Cur coheres ex tacita teſtantis voluntate legata à coherede nominatim relicta non præſtat, ſi non fuerit expreſſim ſubſtitutus?*

34 *Probatur in ſpecie* d. l. 4. C. ad Trebell. *coheredes teſtamentarios inuicem expreſſim ſubſtitutos fuiſſe.*

35 *Quænam fuerit in* d. l. 4. *dubitandi ratio?*

1 DEcepit † nos perſæpe Tribonianus vt & alios omnes quotquot vnquam fuere, perſpicaciores quoque iuris interpretes, ſed nunquàm callidiùs, quàm cum illa quæſtio à nobis tractata eſt libr. 4. cap. 13. An pars coheredis grauata legatis & fideicommiſſis adcreſceret coheredi cum ſuo onere, an libera & immunis ab onere illo legatorum & fideicommiſſorum, ab eo coherede cuius pars deficeret relictorum. Scripſimus enim: ita comparatum fuiſſe ius vetus etiam ante Seueri & Antonini conſtitutum, de qua in *l. licet* 74. *de legat.* 1. quæ induxit vt legata & fideicommiſſa ab institutis relicta à ſubſtitutis tacitè repetita intelligantur, vt coheredis portio adcreſceret cum onere ſcilicet ſi de teſtamentario coherede ageretur: In legitimo autem aliud obſeruatum fuiſſe in id vſque tempus, quo ea Imperatorum conſtitutio fecit vt
idem quoque ius in illo induci deberet. † Quam in ſen- 2
tentiam mouebat me præcipuè quod ſcriptum videbam in *l. ſi Titio & Mæuio.* 61. §. *Iulianus de legat.* 2. vbi Vlpianus apertè ſcribit Iuliani ſententiam illam fuiſſe, vt ſi alter legitimis heredibus portionem ſuam repudiaſſet, cùm eſſent ab eo fideicommiſſa relicta coheres eius fideicommiſſa præſtare non cogeretur: Sed tamen, inquit ille, poſt reſcriptum Seueri & Antonini quo fideicommiſſa ab instituto relicta à ſubſtitutis debentur, & hic quaſi ſubſtitutus cum ſuo onere conſequetur adcreſcentem portionem. Quid enim ſcribi potuit apertius de iure quod & poſt Seueri reſcriptum obtinebat, nec ſolum in legitimis coheredibus, ſed etiam in teſtamentariis? Nam cur Iulianus de legitimo herede verbis diſertis locutus fuiſſet, ſi non aliud in teſtamentariis exiſtimaſſet? Cùm quoque ſubſtituto propiùs accedat coheres teſtamentarius, quàm legitimus, quia ſuccedit ex voluntate expreſſa teſtatoris, nec alia ratione nitatur reſcriptum Imperatorum quàm coniectura voluntatis defuncti, quid obſtabat quominus in ea conicienda idipſum ſentirent Iureconſulti quod Imperatores? Atque ita tum ratiocinabar, Motus eram ex *l. non iuſtam* 4. *C. ad SC. Treb.* quæ reſcriptum illud trahit à ſubſtitutis ad teſtamentarios coheredes vt legata & fideicommiſſa ab instituto coherede relicta ab alio coherede ad quem deficiens portio prouenerit, tanquam à
ſubſtituto debeantur. † Nunc verò longè aliter ſentio, ne- 3
que dubito deficientem portionem adcreuiſſe ſine onere non ſolùm ante reſcriptum Seueri, ſed etiam poſt reſcriptum toto Pandectarum iure ſiue de teſtamentariis ſiue de legitimis coheredib. ageretur. Video enim Iuſtin. in *l. vnic.* §. *pro ſecundo, &* §. *ſin autem aliquid ſub conditione. C. de caduc. toll.* vetus ius corrigendo, vt ipſe gloriatur, hoc ipſum ſanxiſſe vt ſiue portio deficeret tanquam caduca, id eſt per mortem teſtatoris, ſiue tanquam in cauſa caduci, id eſt viuo teſtatore, vel remaneret penes eum à quo relicta eſſet, vel coheredi adcreſceret cum onere, ratione illa æquitatis, quòd ferendus non ſit qui lucrum amplectitur, onus autem lucro adnexum recuſat. Aliter igitur comparatum ius vetus fuiſſe neceſſe eſt, quod fuit correctum, alioqui corrigi neque debuiſſet, neque potuiſſet, ſicut nec correctum eſt in iis quæ pro non ſcriptis habebantur, quorum ſemper ea conditio & natura fuit, ſi Iuſtiniano ipſi credimus, vt penes heredem ſine ſuo onere remanerent, quòd onus quoque perinde pro non ſcripto haberetur, niſi pertaiò, inquit Iuſtin. in *d. l. vnic.* §. *in primo.* Excipiendi enim ſunt duo caſus, de quib. in *l. vlt. D. de his quæ pro non ſcript.* & in *l. cùm*
vero 26. §. *ſi pro non ſcripto, de fideic. libert.* † Puto autem 4
iure vetere, maximè interfuiſſe quibus verbis legata aut fideicommiſſa ab eo relicta fuiſſent, cuius portio defeciſſet Nam ſi nominatim relicta eſſent, putà à Titio, & Titius hereditariam portionem repudiaſſet, eáque ad Mæuium coheredem perueniſſet, vtique fideicommiſſum Mæuius non debuiſſet. Ratio illa eſt quam Celſus tradit in *l. pater meus* 29. §. *quod alicuius de legat.* 2. quia quod heredis alicuius nominatim fidei committitur, videatur teſtator ita demùm dari voluiſſe ſi ille heres extitiſſet. Vnde fit quod ibidem Celſus ſubiicit, vt heredi pars eius à quo nominatim legatum fuit, adcreuerit, non debeat filius præſtare legatum, quod nec
alius quilibet coheres præſtare deberet. † Poriò nomi- 5
natim relictum legatum vel fideicommiſſum intelligi tum debet, cùm & vnus ex coheredibus nomine proprio & ſolus grauatus fuit. Nam ſi à Titio & Mæuio heredibus institutis relicta fuerint decem Sempronio, licèt expreſſis nominibus propriis non appellatiuis, ita ius ſemper fuit vt Titio portionem ſuam repudiante Mæuius ſolus tota decem deberet, tanquam coniunctus in onere non minùs quàm in ipſa hereditate, *l. quidam referunt* 14. §. *quod ſi duo ff. de iur. codicill. l. ſi*

duobus

duobus 16. §. *heres. l. ciuitatibus* 122. §. *Lucius Titius de lega.* 1. *l. cogi* 16. §. *cùm quidam, D. ad Treb.* quomodo etiam accipiendum eſt, quod Papin. reſpondit *in leg. cum pater* 77. §. *cum pater. de legat.* 2. Illa enim verba, *eadémque prædia filio exheredato dari voluit*, oſtendunt potiùs relictum fuiſſe fideicommiſſum prædiorum ab heredibus omnibus ſub nominibus appellatiuis, quàm à ſola filia nominatim, à qua ita relinqui potuiſſet, cùm prædium eſſet hereditarium, ac proinde non de ſola filiæ portione hereditaria præſtari poſſet, ſed de communi, vt idem Papin. loquitur, *in d. l. cum pater in prin* & in *leg.*
6 *deducta* 58. §. *acceptis ad SC. Trebell.* † Nec aliter meo iudicio, accipienda eſt ſpecies illa quam Marcellus tractat *in l. cum patronus* 28. *de legat.* 2. de fideicommiſſo relicto a patrono ex debita parte inſtituto, quod licèt præſtare ipſe non cogatur, ſi tamen omiſerit inſtitutionem, ab iis qui partem illam vindicant, præſtandum eſt, quoniam ſingulare ius patroni ad alium nequaquam debeat pertinere. Id enim tum verè dicitur, cùm à patrono ex parte debita inſtituto, aliiſque heredibus fideicommiſſum relictum fuit, ſiue ſub propriis nominibus, ſiue ſub appel-
7 latiuis, nō etiamſi à patrono nominatim: † niſi pones ſubiectam clauſulam generalem quæ olim vulgò in teſtamētis adiici ſolebat, (vix tamen poſt legata & fideicommiſſa nominatim ab aliquo ex heredibus relicta) *Quiſquis mihi heres erit*, cuiuſvis & poteſtas illa erat, vt quiſquis heres eſſet, & in quocunque gradu illa etiam legata, & fideicommiſſa omnia deberet quæ vel à coherede, vel à priore gradu relicta eſſent, *d. §. quò ſi duo l.* 14. *De iur. codicill.* & in *l.* 3. *eod. tit. ul. l.* 1. § *id quod ex ſubſtitutione. D. ad leg. falcid. d. l. ſi Titio & Meuio* 61. *in princip. De legat.* 2. vbi Vlpianus ſcribit, Si Titio & Mæuio heredibus inſtitutis, qui quadringenta reliquebat à Titio ducenta legauerit, & quiſquis heres eſſet, centum, neque Mæuius hereditatem adierit, Titium trecenta propter legatum à ſe nominatim relictum, & centū partim pro ſua parte, par-
8 tim pro adcreſcente coheredis portione. † Ex quo reſpōſo apparet nō obſcurè quantum intereſſe Vlpianus putauerit an ab vno ex coheredibus legatum ſit nominatim, an iis verbis, *Quiſquis mihi heres erit.* Nam ſi in propoſita ſpecie nominatim à Mæuio legata fuiſſent quinquaginta, non additis verbis ſupradictis, vtique Titius non niſi ducenta & quinquaginta deberet, vt nec niſi centum ſi alia centum à ſolo Mæuio nominatim data proponerentur. Alioqui non erat cur Vlpianus ita loqueretur, *& quiſquis heres eſſet, centum*, ſed quemadmodum poſuerat à Titio legata ducenta, ita ponere debuerat legata à Mæuio centum aut ſaltem quinquaginta, ſi perinde futurum erat vt omni caſu à Titio trecenta præſtanda eſſent, ſicut & omni caſu euenit vt tota hereditas ad ſolum Titium deuoluatur. Diſtinctio enim illa, vtrum & quantum ex ſua, aut ex coheredis perſona, præſtare Titius debeat parum refert, nec de illo quærit Vlpianus, ſed quantum legatario debeatur, ſolo Titio herede exiſten-
9 te. † In eóque puto valde hallucinatum Accurſium qui propoſita quæſtione, quid è contrario reſpondendum fuerit ſi non Titius, ſed Mæuius adiiſſet. Reſpondet intrepidè, dicendum idem fore, ſcilicet vt Mæuius in tota trecenta teneretur, ſed in quinquaginta iure ſuo ſuo, aut vt potiùs loqui debuit, ex propria perſona, in reſiduum verò propter adcreſcentem partem Titij heredis: mihi enim contra videtur, Repudiante Titio Mæuium ducenta illa non debiturum, quæ à Titio relicta fuerant nominatim, ſed centum duntaxat tam ex ſua quàm ex coheredis ſui perſona, propter illa verba, *quiſquis mihi heres erit*, inſpecto nimirum iure Pandectarum. Nam quod ad ius nouum ſpectat, conuenit mihi cum Accurſio, tota trecenta deberi ex Iuſtiniani conſtitutione. Sed de iure veteretractamus, vt quid ſuis reſponſis Iureconſulti ſenſerint, aſſequamur. Neque verò Accurſius ipſe dubitat quin hac in re ius vetus fuerit abrogatum, vt ex iis videre eſt quæ Azonem ſecutus ille tradit ad *d. l. pater. §. vlt.* † Sed in eo tamen non tam errat quàm 10
deceptus, in quo & nos ante hunc diem decepti ſumus, quod exiſtimat abrogatum fuiſſe ius vetus, quod ad rem hanc attinet per Seueri reſcriptum illud de quo *in d. l. licet.* cùm tamen nihil prorſus immutatum fuerit, ante nouam Iuſtiniani conſtitutionem *in d. l. vnic. C. de caduc. tol-*
lend. † Reſcripto namque Seueri & Antonini aliud nihil cautum eſt, niſi vt legata & fideicommiſſa ab inſtituto relicta tacitè à ſubſtituto repetita intelligantur, ideóque debeantur quæ anteà nōn aliter debebantur quàm ſi expreſſim repetita eſſent, *d. l. quidam* 14. *De iure codic. l. ſeruo alieno* 115. §. *ſi ab impubere. De legat.* 1. ſi ex aliqua coniectura euidens videretur voluntas teſtatoris vt à ſubſtituto quoque præſtarentur, puta ſi extraneo herede inſtituto, & extraneo etiam ſubſtituto, prædia quæ qui libertis reliquiſſet cùm inſtitutus moreretur, ne ex nomine familiæ alienarentur, petiiſſet, vt in ſpecie de qua Papin. *in d. l. cùm pater. §. ab inſtituto. de legat.* 2. Reſcriptum enim non niſi in obſcura teſtatoris voluntate locum habet vt Vpl. concludit *in d. l. licet. in fin poſſuntque pets exempla ex l. ab exheredat.* 126. §. *vlt. de leg.* 1. *l. debitor* 82. §. *de legat.* 2. † At de coheredibus ſiue teſtamenta- 12
riis ſiue legitimis nihil eo reſcripto conſtitutum fuit, niſi per interpretationem velis extendere ad coheredes quod de ſubſtitutis cautum eſt, eo colore quòd cùm coheredis portio deficiens coheredi etiam inuito adcreſcat, videatur coheres quilibet in coheredis portione quodammodo tacitè ſubſtitutus, *d. l. ſi Titio. §. Iulianus. & dict. leg. non iuſtam.* Sed tamen hoc ipſum eſt quod ego mihi perſuadere non poſſum vt coheres ſiue teſtamentarius ſiue legitimus ille ſit, pro ſubſtituto habeatur. † Nemo enim 13
neſcit quàm diſſimile ſit ius adcreſcendi, diſtinctúmque à iure ſubſtitutionis. In eo præſertim quod ius adcreſcendi competit etiam inuito, Ius verò ſubſtitutionis non niſi volenti. Ex qua differentia etiam illa naſcitur, quod ius adcreſcendi tranſmittitur ad heredem, at ius ſubſtitutionis non item, *leg. ſi ex pluribus* 9. *D. de ſuis & leg.* iunct. *l. qui liberis* 8. §. *vlt. de vulg. & pup. ſubſtitut. l. toties* 81. *de acq. her.* Quarum differentiarum, aut nulla, aut certè perobſcura eſſet ratio, ſi ius adcreſcendi tacitæ quoque ſubſtitutionis iure cenſeri poſſet. Sed & illud conſtat, frequentiſſimum olim illud fuiſſe vt coheres coheredi etiam vulgariter ſubſtitueretur, id eſt in eum quoque caſum quo citra ſubſtitutionem adcreſcendi ius locum habere potuiſſet, vt *in d. l. ſi ex pluribus.* verſ. *alia cauſa eſt inſtituti heredis & coheredis ſubſtituti, l. coheredi in princ. l. qui diſcretus. §. qui patrem, & §. coheres. & paſſ. De vulgar. & pupillar. ſubſtitut. l.* 1. § *id quod ex ſubſtitutione. D. ad leg. facid.* Hoc ipſum verò cur ita, ſi nulla quoque facta ſubſtitutione coheres in deficiente coheredis portione pro tacitè ſubſtituto habendus fuiſſet? Imo fiebāt huiuſmodi ſubſtitutiones, vt ſi coheres idémque ſubſtitutus à ſua portione adeunda excluſus eſſet vel tempore vel repudiatione aut alia de cauſa ſi qua eſſe poterat hereditatem ex ſubſtitutione adire poſſet, in ſumma vt electionem haberet vtro iure mallet ſuccedere an inſtitutionis an ſubſtitutionis: vel ob id maximè quod fieri poterat, vt inſtitutio magis quàm ſubſtitutio grauata reperiretur. Vnde illa quoque diſtinctio, An pars onerata adcreſcat non oneratæ, vel contrà pars quæ onerata non eſt, oneratæ: De qua ſcripſimus ad *d. § id quod ex ſubſtitutione dict. cap.* 13. *lib.* 4. † Non igitur dici poteſt, reſcriptum Seueri de ſubſtitutis duntaxat locutum ſola pru- 14
dentum interpretatione ac citra alterius reſcripti auctoritatem ad coheredes extendi debuiſſe. Quidni enim teſtator coheredes inuicem ſubſtituiſſet ſi ſubſtitutos eos voluiſſet? An non id facere tribus illis verbis poterat, *eóſque inuicem ſubſtituo?* † Quòd ſi in teſtamentariis quoque heredibus hoc verè dicitur, an non multò verius in 15
legitimis? Legitimi enim non ſolùm expreſſim ſubſtituti non ſunt, ſed nec, quod magis eſt, ſubſtitui poſſunt, cùm ab inteſtato vulgaris ſubſtitutio non magis quam
inſti

turio fieri poſſit, ſiquidem & ipſa nihil aliud eſt quam in-
ſtitutio vel ſecunda, vel ſecundi heredis, vt Caius in In-
ſtit. definit. Quod igitur expreſsè fieri non poteſt, cur aut
16 quomodo tacitè factum fuiſſe interpretabimur. † Nec
eſt quod quis dicat Patremfamilias qui cùm facere teſta-
mentum poſſet, mori maluit inteſtatus, hoc ipſo tacitè
inſtituiſſe videri eos qui mortis tempore proximiores fu-
turi ſint in cauſa ſucceſſionis, & ab inteſtato ſucceſſuri,
d. l. 3. l. conficiuntur 8. in princip. D. de iur. codicil. Et conſe-
quenter ſi plures, quod in eodem gradu conſtituti ſint,
legitimi coheredes reperiantur, perinde videri eoſdem ſub-
ſtituiſſe inuicem acſi expreſſim eſſent inſtituti. Neganda
enim eſt conſecutio, quia non eadem hac parte primæ in-
ſtitutionis & ſecundæ ratio eſt. Prima inſtitutio quomi-
nùs tacitè facta intelligatur, patrefamilias inteſtato mo-
riẽte, nihil impedit, quia medium nullum eſt inter ſucceſ-
ſionem inteſtati, & primi heredis inſtitutionem, cùm fieri
nequeat vt non moriatur teſtatus, aut inteſtatus, quiſquis
17 teſtamenti faciendi ius habet. † At inter legitimam ſuc-
ceſſionem & ſubſtitutionem teſtamentariam medium il-
lud eſt primæ inſtitutionis ſine qua fieri non poteſt vt ad
ſecundam perueniatur, non magis quàm vt à ſubſtitutio-
ne incipiat teſtamentum quin ſubſtitutio euadat in inſti-
tutionem, vt in *l. ſi is qui ſoluendo. 57. D. de hered. inſtit. l.
cùm ex filio 39. §. vlt. De vulg. & pupill. ſubſt.* Proinde ſi
prima inſtitutio nulla ſit expreſſa, fieri nullo modo poteſt
18 vt tacitam vllam ſubſtitutionem continere videatur. † Ta-
citum enim illud dicitur, quod in expreſſo continetur vi
ipſa & tacito intellectu, & quod colligitur ex expreſſo:
ſiquidem tacitum ex tacito quod ſubſtantiam propriam
nullam habet, colligi aut inferri nunquam poſſit. Alioqui
paulatim dici incipiet, Si pater duob. impuberibus ab in-
teſtato heredibus relictis deceſſerit, habendos eos eſſe pro
tacitè pupillariter ſubſtitutis, tanquam tacitè vulgariter
ſubſtitutos, cùm ex Diui Marci conſtitutione ſubſtitutio
in alterum caſum facta inter impuberes, in vtrumque fa-
cta intelligatur, vulg. *l. iam hoc iure. 4. ff. de vulg. & pup.
ſubſt.* quod tamen nemo vnquam dixit, nec niſi perridicu-
lè dicere quiſquam poſſit. Expreſſam enim eſſe vulgarem
ſubſtitutionẽ neceſſe eſt, vt eam pupillarẽ contineat, quã
vulgares interpretes tacitã vocant. Alij elegantius à lege
ſubintellectã. Similiter dicendum eſt tacitè ſubſtitutos ha-
beri nõ poſſe coheredes qui nõ ſint expreſsè inſtituti, quã-
uis qui non ſunt expreſsè ſcripti habẽdi ſint pro tacitè in-
ſtitutis. Procediq; ratio hæc ita etiã præſuppoſito iure, vt
qui sũt expreſsè inſtituti tacitè inuicẽ ſubſtituti intelligã-
tur, quod nos iã negauimus nec poſthac vnquã concede-
19 mus. † Illud longè probabilius defendi poſſet, eos quibus
ſecũdo gradu legitima hereditas deferatur, pro ſubſtitutis
haberi oportere, cũ ſubſtitutio expreſſa ex ſecundo gradu
æſtimetur, ideóq; & ad hũc caſum extẽdi reſcriptũ Seueri
debuiſſe. Quomodo ratiocinati ſumus libr. 4. cap. 15. cùm
tractauimus de emendatione *§. vlt. l. 1. de legat. 3.* & nega-
tionẽ eam ſuſtulimus, quæ erat in verbis illis *fideicommiſ-
ſum non debere.* Cuius emendationis neque nunc nos pu-
20 det. † Sed vereor iam ne Tribonianum potius quàm
Vlpianum cuius ea lex eſt emendaſſe videamur. Obſeruo
enim quod nondum obſeruarem, non potuiſſe Vlpiani tẽ-
poribus de ſpecie ibi propoſita diſputari, quia cùm iuris
veteris ratio prohiberet ne qua in agnatis eſſet ſucceſſio
ante nouam Iuſtiniani conſtitutionem de qua in *§. place-
bat. Inſtit. de legat. agnat. ſucceſſ.* ſicut nec in ſuis *l. 1. § ſciẽ-
dum. ff. de ſuis & legit.* fieri non poterat, vt repudiante
primi gradus agnato à quo fidei commiſſum relictum
fuerat, ſucceſſio ad ſequentem gradum deuolueretur. Id
enim erat, In ſuis & agnatis ſucceſſionem non eſſe, vt
quamuis proximus ad hereditatem inuitatus aut ſpreuiſ-
ſet hereditatem aut ante aditam deceſſiſſet, nihilo magis
legitimo iure ſequentes admitterentur, quemadmodum
explicat Tribon. in *d. §. placebat*, & Vlp. in *d. §. ſciendum:*
quoniam ſcil. poteſtas legis in ſucceſſione legitima ſiue
ſuo ſiue agnato proximo deferenda, vnico actu, & vnica
delatione conſummebatur. † Non ignoro quod ſubiicit 21
Trib. in *d. § placebat*, eam iuris ciuilis aſperitatem hacte-
nus iure prætorio temperatam & emẽdatam fuiſſe vt qui
tanquam agnati admitti non poterant admitterentur
tanquam cognati. Sed non patiuntur hanc interpretatio-
nem verba illa Vlpiani, *ſi illo repudiãte ad ſequentem gra-
dum deuoluta ſit ſucceſſio*: nec enim ad ſequentem gra-
dum deuoluta dici poſſet ſucceſſio, niſi quæ priori gradui
competiiſſet, ac proinde legitima non prætoria & hono-
raria. Planè ſi illa deeſſent *illo repudiante*, poſſet locus fieri
quæſtioni, an ſequentis gradus agnatus fideicommiſſum
deberet quod relictum eſſet à primi gradus agnato, ſiue
ante teſtatorem, ſiue poſt teſtatorem quidem, ſed tamen
ante delatam hereditatem defuncto. Nam & interdum id
euenire poteſt, vt in ſpecie *d. §. ſciendum l. ſi quis filio
6 de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7 ff. vnd. liber.* Neque .n. poteſtas
legis hereditatem deferenti prius conſumi poteſt, quàm
per ipſam hereditas deferatur, quæ porò viuentis homi-
nis ſicut nulla eſt, ita nec deferri poteſt, *l. 1. ff. de hered.
vel act. vend. l. donari 29. alias l. quidam, §. donationem, ff.
de donat.* At vt primo gradu repudiante ad ſequentem
ſucceſſio deuolueretur, fieri nullo modo poterat Vlpiani
temporibus, quia nec repudiari ſucceſſio poteſt priuſquã
ſit delata, *l. nec ei. 17. in fin. cum l. ſeq. l. illud. 77 & paſſ. ff.
de acquir. hered. l. 1. §. decretalis. ff. de ſucceſſ. edict.* Neque
proinde quæſtioni locus relinquebatur, an fideicommiſ-
ſum à primo relictum à ſequenti deberetur. Ergo nec il-
lud explicari commodè poteſt quod ſequitur in *d. §. vlt. &
ita Imperator noſter reſcripſit*: ſiquidem, vt dixi, primus
Imp. Iuſtinianus fuit qui in agnatorum ſucceſſionibus
ſucceſſionem induxit. † Quod cùm ita ſit illud vnum di- 22
cendum ſupereſt, vt ea quæſtio Triboniani ſit, leges ve-
teres pro ſuo more ad ius nouum accommodantis, reſcrip-
tumque Imp. Seueri quem Vlpianus Imperatorem ſuum
ſolet dicere ad hunc quoque caſum extendentis, vt legi-
timus quoq; ſubſtitutus, ſi ſic dicere liceat perinde obli-
getur fideicommiſſis à primo gradu legitimorum here-
dum relictis, acſi per teſtamentum eſſet expreſſim ſub-
ſtitutus. † Quominus dubitandum eſt quin ſublata ne- 23
gatione Tribonianus ſcripſerit, agnatum ſequentis gra-
dus fideicommiſſum debere. Id .n. conſentaneum erat
alteri eiuſdem Iuſtiniani conſtitutioni in *d. l. vnic. C. de
caduc. tollen.* quæ extra cauſam eorum quæ pro non
ſcriptis habentur, vt diximus, conſtituit generaliter
vt ſentire onus debeat quiſquis lucrum ſentit. Vnde fit
etiam mihi veriſimile verba illa poſtrema *§. vlt. l. 2. ff.
de ſuis & legit. cum onere fideicommiſſi*, quæ nos de-
lenda eſſe probauimus lib. 6. c. 14. ab eodem Triboniã-
no potiùs quàm ab alio vllo interprete addita fuiſſe.
Adeò ſibi placuit ille in iure vetere quod ad hanc rem
pertinet, etiam per iniuriam corrigendo. † Cæterùm 24
quamuis poneres ita cõparatum fuiſſe ius vetus, vt fidei-
commiſſum à primo gradu legitimo relictum à ſequen-
ti gradu tanquam à ſubſtituto ſaltem poſt reſcriptum
Seueri præſtandum eſſet, ac in neceſſarium antecedens
vt legitima ſucceſſio à primo gradu ad ſecundum ex
repudiatione deuolui poſſet: nunquam tamen admitte-
rem conſequens fore vt perinde coheres legitimus cohe-
redi tacitè ſubſtitutus intelligi deberet: illud verò multò
minùs vt id Seueri reſcriptum ad eum quoque quaſi ſub-
ſtitutum protraheretur. † Itaque vt liberè dicam quod
ſentio, non puto dubitandum quin Triboniani ſit 25
tota illa clauſula *d. §. Iulianus, Sed poſt reſcriptum Se-
ueri quo fideicommiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtituto
debentur, & hic quaſi tacitè ſubſtitutus cum ſuo onere
conſequetur adcreſcentem portionem.* Cui adnotationi, vt
via ſtrueretur, neceſſe fuit in præcedentib. ita ſcribere
Iulianus quidem ſcribit, adiecta dictione illa *quidem*,
Triboniano noſtro tantoperè familiari, Ab Vlpiano
enim fuiſſe illam interdictam non puto, ſicut nec Iulia-
ni ſententiam notatam, nec denique Seuerum Impera-
torem adeò ieiunè proprio nomine ac ſine vlla honoris

26 præfatione nuncupatum fuiſſe.† Inſpectione tamen dig-
num illud eſt, cur Iulianus de legitimis heredibus fuerit
locutus, an quod in teſtamentariis aliter exiſtimaret, vt
nobis aliquando videbatur? Minimè, ſi non Vlpianus à
Iuliano ea in re diſſentit, quemadmodum iam à nobis
comprobatum eſt ex princip. eiuſdem legis. Sed quia in
teſtamentariis diſtinguendum eſſet, an expreſſim ſub-
ſtituti eſſent néc ne, vt alia quoque diſtinctio induceré-
tur, an à ſubſtitutione fideicommiſſa repetita eſſent an
non. Vtrumque enim facto teſtamento frequentiſſimum
erat vt & coheres coheredi vulgariter ſubſtitueretur, &
à ſubſtituto legata fideicommiſſáque omnia repeteren-
tur. Quibus diſtinctionibus locus nullus relinquebatur
mortuo patrefamilias inteſtato pluribus legitimis here-
dibus relictis: cùm in codicillis aliáve vlla ſcriptura ad
inteſtati ſucceſſionem pertinente fieri ſubſtitutio vulga-
ris & directa non poſſet, *l. Scæuola. D. ad SC. Trebell. §. vlt.*
27 *Inſt. de codicill.* † Ideoque in legitimis heredibus verum
fuit indiſtinctè Iuliani & Vlpiani temporibus, adcreſ-
centem coheredis portionem ſine onere ad coheredem
pertinuiſſe, tantùm abeſt vt verum eſſe potuerit quod
Tribonianus credidit, legitimos coheredes pro tacitè in-
uicem ſubſtitutis haberi debuiſſe, qui nec expreſſim ſub-
28 ſtitui potuiſſent. † Quid ergo reſpondebimus ad *d. l. non
inſtam. 4 C. ad SC. Trebell.* Is enim locus vnus eſt quo
apertiſſimè probari videtur coheredes teſtamentarios in-
uicem tacitè ſubſtitutos videri, ob idque reſcriptum Se-
ueri de tacita legatorum & fideicommiſſorum repetio-
ne ad illos etiam pertinere. Dicendum eſt, neceſſariò
fuiſſe in illa ſpecie coheredes inuicem expreſſim ſubſti-
tutos, non illa ſolùm coniectura quòd eiuſmodi ſubſti-
tutio, vt diximus, vulgò fieri ſoleret, ſed verbis quo-
que legis ita ſuadentibus. Siquidem non alia ratio ad-
fertur, quam quod D. Antonino placuerit deberi etiam
à ſubſtitutis fideicommiſſum contemplatione iudicij te-
29 ſtatoris, quaſi tacitè ab iis repetitum. † Quæ ratio pror-
ſus inepta eſſet ac incongruens, ſi non expreſſim cohe-
redes fuiſſent ſubſtituti: priúſque erat vt lex diceret ha-
bendos eos pro tacitè ſubſtitutis, quàm vt reſcriptum de
ſubſtitutis factum ad coheredes accommodaret, aut ſal-
tem ſic concipienda erat ratio, vt de coheredibus eſſet
tanquam tacitè ſubſtitutis, non de ſubſtitutis ſimpliciter.
Sed abſurdum ſanè fuiſſet ita reſcribi ab Imperatoribus
vt tacitè repetita viderentur legata & fideicommiſſa
etiam ab eo qui non niſi tacitè quoque fuiſſet ſubſtitu-
tus: neque poſſum videre cur non de coheredibus quo-
que perinde ac de ſubſtitutis Antoninus reſcripturus fue-
rit, ſi ad coheredes quoque reſcriptum ſuum pertinere
voluiſſet. Erat enim multò frequentius adcreſcendi ius
quàm ſubſtitutionis, cùm & tacitum eſſet & neceſſarium
ex ſola legis poteſtate, ideóque nec minùs reſcripti auxi-
lium merebatur, ſi teſtatoris voluntas præſumpta cohe-
redi æquè ac ſubſtituto nocuiſſet. Subſtituto namque
ſubintrante locum & gradum eius à quo nominatim le-
gata vel fideicommiſſa relicta fuerant, vix erat vt non vi-
deri deberet ea fuiſſe teſtatoris voluntas ne melioris eſſet
conditionis ſubſtitutus quàm inſtitutus, etſi ante re-
ſcriptum Seueri non ita reſpondere Iureconſulti potuiſ-
ſent, ne quidem ex coniectura ſubobſcuræ voluntatis,
quoniam ſuppletione aliqua in eam rem opus erat, nec
ſola interpretatio ſufficiebat. Prudentum vero munus
30 erat, vt ſæpiùs diximus, interpretari, non ſupplere. †
Adeò vt etiam hodie poſt reſcriptum Seueri accidat ſæ-
penumerò vt legata ab inſtituto relicta à ſubſtituto non
debeantur propter contrarias voluntatis coniecturas, vt
Vlpianus tractat in *d. l. licet Imperator 74. de legat.* 1.
quò etiam pertinet elegans illa ſpecies quam Paulus tra-
ctat in *l. Lucius Largus 83. de legat.* 2. vbi non de illo
quæritur, An coheredi adcreſcat portio coheredis cum
onere, ſed an patronus tanquam ſubſtitutus ex perſona
ancillarum debeat fideicommiſſum ancillis ipſis relictum,
hoc modo, *cum ipſæ manumiſſa eſſent.* Placet autem non

videri repetitum fideicommiſſum, quia ipſæ fideicom-
miſſariæ fuerant ſubſtitutæ, nec in parte ſed in totum, qui
vnus eſt ex caſibus exceptis, de quibus in *d. l. licet.* † At 31
in coheredibus quamuis teſtamentariis non idem tractari
poteſt, quia coheres cùm adcreſcendi iure conſequitur
deficientem coheredis portionem non ſubintrat locum
coheredis, at ne quidem ex voluntate teſtatoris ſuccedit
in ea portione, ſed ſola legis poteſtate fit vt & ei inuito,
& quod magis eſt, ipſo etiam inuito teſtatore, ſi fortè
contra leges adcreſcendi ius prohibere voluiſſet, defi-
ciens portio adcreſcat. Non enim poteſt adcreſcendi ius à
teſtatore prohiberi, vt docuimus in Decadibus. † Neque 32
rurſum in coherede, ſiue teſtamentario, ſiue legitimo
locum habet ratio illa quæ Tribonianum perpetuò mo-
uit quod ferendus non ſit is qui lucrum amplectitur,
onus autem recuſat. Siquidem lucrum illud portionis
deficientis tale eſt, vt etiam inuito eo heredi acquiratur,
quod de ſubſtituto non æquè dici poteſt qui imputare
ſibi debet, cur ſubſtitutionem agnouerit, ſi onus ſubi-
re nolebat. † Proinde nulla ratio eſt, cur dicamus ex 33
tacita teſtantis voluntate debere illum legata & fideicom-
miſſa quæ teſtator à coherede nominatim reliquerat,
ſi non fuerit expreſſim ſubſtitutus, vt in *d. l. 1. §. id quod
ex ſubſtitutione. ff. ad leg. Falcid.* Nec illa ſolum ratione
quam ſuprà ex Celſo attulimus in *d. l. 19. §. quod alter-
ius de legat.* 2. quod qui vnum ex ſuis heredibus nomina-
tim grauat, non aliter videatur præſtari voluiſſe legatum
vel fideicommiſſum, quàm ſi ille heres extitiſſet (quæ
etiam poſt reſcriptum Seueri, in coherede vera fuit, non
etiam in ſubſtituto.) Verùm etiam quia ex lege, vt dixi,
magis quam ex teſtatoris iudicio ſucceditur, per ius ad-
creſcendi, tum quoque cùm ius illud à teſtatore prohi-
bitum non fuit. Neque in eo vlla fit iniuria voluntati
teſtatoris, qui coheredem coheredi ſubſtituere poterat ſi
voluiſſet. Poteſtque illi imputari cur non fecerit, tum
etiam cùm conſtat eum voluiſſe. Subſtitutionem enim
vulgarem tacitam prudentes nullam agnoſcunt, niſi quæ
ex Marci conſtitutione inducta eſt, & de qua in *d. l. iam
hoc iure 4. de vulg. & pup. ſubſtit.* Nam & ſimiliter dici-
mus eum qui ſit coheres præter mentem teſtatoris, ac
proinde ab inteſtato, nullam partem debere eorum quæ
voluerat præſtari ab illo quem ſibi ſolum ſucceſſu-
rum ſperabat, qui ſuccedit ſuo iure non ex iudicio te-
ſtatoris, *l. qui grauis 5. cum duab. ſeqq. l. pen. ff. de iur. co-
dicill. l. cùm pater 77. §. cum exiſtimaret de l. 2.* † Sed & in 34
ſpecie *d. l. 4. C. ad Treb.* fuiſſe coheredes teſtamentarios
inuicem expreſſim ſubſtitutos, coniici poteſt ex illis ver-
bis legis, *vt ad alium nepotem eundémque deuoluatur por-
tio.* Deuolui enim propriè dicitur portio quæ ex ſubſti-
tutione acquiritur, quoniam ſubſtitutio, vt dixi, ex ſe-
cundo gradu delationis æſtimatur, non etiam per ius ad-
creſcendi, cùm portio adcreſcat portioni non perſonæ,
l. ſi Titio 33. §. 1. ff. de vſufr. nec proinde ad perſonam de-
uoluatur, ſi hoc quoq; ſenſu eo verbo vti voles, ſed ad por-
tioné. † Illa igitur dubitandi ratio erat in *d. l. 4.* non quod
reſcriptum Seueri de ſubſtitutis duntaxat non etiam de
coheredibus locutum fuiſſet, coheredes autem expreſſim
ſubſtituti non fuiſſent, ſed vt ipſa lex ait, quod à coherede
eodémque ſubſtituto non fuiſſent nominatim repetita le-
gata vel fideicommiſſa quæ à coherede nominatim fue-
rant relicta. Sed non fuit neceſſaria expreſſa repetitio
ſufficiente tacita poſt reſcriptum. Fuit tantum neceſſaria
ſubſtitutionis expreſſio, de qua tamen ſi quis miretur nihil
disertis verbis expreſſum fuiſſe in *d. l. 4.* cogitare is debebit
in pleriſque aliis legibus Codicis idem vſuuenire vt mul-
ta in facto ſupplenda ſunt quòd in legibus expreſſa eſſent,
in reſcripto fruſtra fuiſſent repetita. Quanquam ex ipſis
verbis legis quæ nos in hanc rē ponderauimus, nō obſcu-
rè probari poſſe videtur fuiſſe in illa ſpecie expreſſā ſub-
ſtitutionē. In eóq; nos etiam errauimus, cum eā legē inter-
pretati ſumus lib. 6. tit. 14. Cætera enim quæ ad eā legem
pertinènt videmur nobis eo loco nō infeliciter explicaſſe.

CAPVT

CAPVT, XV.

Emendatio l. pater meus 29. §. vltim. de legat. 2. & retractata quæſtio l. 1. §. quod ex ſubſtitutione & §. ſi cohe.edis ad leg. Falcid.

SVMMARIA.

1 *Hunc* §. vlt. dict. leg. pater, *præcedentis* §. *conſectarium eſſe.*

2 *Cur in* dict. §. vltim. *Celſus de herede ſeparatim tractet.*

3 *Reuocat auctor quod antea de huius loci ſententia propoſuerat.*

4 *Eam ſpeciem à Celſo in* d. §. *tractari, in qua duo filiifamilias a patre fuerint ex ſemiſſibus inſtituti, a quorum altero nominatim extraneo legatum fuerit.*

5 *Accurſij interpretatio ad verba illa* d. §. vlt. quod iure antiquo capit.

6 *Non poſſe in* d. §. *legatum ab eo capi cui portio deficiens aut repudiata ſuo onere adcreſcit.*

7 *Emendatur locus ille & pro* capit, *ſubſtituitur* cadit.

8 *Per ius antiquum quid ibi intelligatur?*

9 *Poſt Seueri reſcriptum de tacita legatorum repetitione factum, portionem coheredis nominatim grauati ad coheredem ſiue legitimum ſiue teſtamentarium ſine onere perueniſſe.*

10 *Duo caſus excipiuntur.*

11 *Poſt illud Seueri reſcriptum expreſſam legatorum ab inſtituto relictorum repetitionem neceſſariam non fuiſſe.*

12 *Cuiacij & auctoris ratiocinatio ad* §. ſi coheredis. l. 1. ff. ad leg. Falcid.

13 *Eam quoque in* d. §. ſi coheredis, *ſpeciem tractari in qua coheres coheredi fuerit ſubſtitutus.*

14 *Differentia inter ſpeciem in* d. §. ſi coheredis *tractatam, & eam quæ in* §. id quod ex ſubſtitutione. *immediate præcedente proponitur.*

15 *Quid interſit inter eum caſum quo coheredi qui propriam portionem iam agnouit, coheredis portio ex ſubſtitutione acquiritur, & eum quo coheres cuius portio erat integra, coheredis portionem legatis exhauſtam ex ſubſtitutione vindicauit?*

16 *De ſecundo caſu & explicatione* d. §. ſi coheredis.

17 *Legata in ſpecie* d. §. *ab inſtituto relicta à ſubſtituto expreſſim repetita fuiſſe.*

18 *Idem obſeruandum in alijs iuris locis vbi agitur de portione coheredis grauata legatis, quæ ad coheredem cum onere legati peruenit.*

19 *Excipe, niſi legata a coherede qui repudiauit, non nominatim, ſed ſuis verbis,* quiſquis mihi heres erit, *relicta ſint.*

20 *Ius vetus circa legatorum repetitionem poſt Diui Seueri reſcriptum alio argumento probatur & confirmatur.*

21 *Ratio* l. ſi eius 34. ad SC. Trebell.

22 *Examinatur ſpecies* §. leg. ſi res aliena 12. ff. eod. titul.

23 *Cur in ſpecie* §. vlt. d. l. pater, de legat. 2. *frater cui portio fratris vel extranei heredis adcrauit, legatum debere non poſſit?*

24 *Cur hic* §. *Triboniano ſit adſcribendus.*

1 Hic † quoque locus noſtra non tantùm interpretatione, ſed etiam manu indiget, vt explicari poſſit. Nec enim hactenus fuit qui benè explicuerit. *Si filio heredi*, inquit Celſus, *pars eius à quo nominatim legatum eſt, adcreſcit, non præſtabit legatum quod iure antiquo capit.* Videtur hoc conſequens ei ſententiæ quæ præcedit in §. *quod alicuius*, vbi generaliter ſcriptum eſt. Quod alicuius heredi nominatim fideicommittitur, poſſe videri teſtatorem ita demum dari voluiſſe, ſi ille heres extitiſſet: ad eorum legatorum & fideicommiſſariorum differentiam, quæ non ab vno ex heredibus, nominatim relicta eſſent, ſed ab ipſa, vt ita dicam, portione, his verbis, *Quiſquis mihi heres erit*, quomodo & cæteri quoque iureconſulti diſtinxerunt, *leg. ſi Titio 91. in prin.* de qua proximo cap. diximus, *eod. tit. leg. 1. §. id quod ex ſubſtitutione. ff. ad leg. Falc. leg. quidam referunt 14. §. vltim. ff. de iur. codicill.* † Sed illud primùm obſcurum eſt cur de filio herede Celſus ſeparatim tractet, ſi alterius cuiuſlibet heredis eandem debere rationem eſſe exiſtimauit. Nam quod Accurſ. tentat maiorem dubitandi rationem fuiſſe in filio, quaſi qui patris votum magis adimplere debuiſſet, non videtur probabile, cùm neque tanquam heres, neque tanquam filius durioris conditionis eſſe debeat quàm alius quilibet heres. † Nobis aliquando placebat intelligendum eſſe locum hunc de portione coheredis facta caduca non de repudiata, propter ea verba, *quod iure antiquo capit.* quaſi referenda ad legem Papiam de caducis, quæ ius antiquum ſeruabat liberis vſque ad tertium *l. vnic. §. 1. C de cadu. tol.* Hoc ſenſu, vt portio deficiens poſt teſtatoris mortem ante apertas tabulas adcreſceret filio coheredi cum legato, quia niſi iure antiquo id caperet, legatum fieret caducum ſicut & hereditas, atque ita nihil intereſſe legatarij videretur. Sed me nunc ab hac interpretatione illud reuocat, quod longè aliud eſt ſuum capere iure adcreſcendi deficientem portionem coheredis: aliud verò capere legatum quo deficiens portio fuit onerata. Capit equidem portionem deficiente iure antiquo, id eſt iure adcreſcendi quod deſcendit ex lege duodecim tabularum, ſaltem per prudentum interpretationem, & quidem nil obſtante lege Papia, quæ liberis ad tertium vſque gradum imponere ſuum iugum erubuit, vt Iuſtin. loquitur in *d. l. vnic.* Sed non capit legatum quod non ſibi, ſed alij fuerat relictum. † Puto igitur probabiliùs dici poſſe, tractari à Celſo ſpeciem illam in qua duo filiifamilias a patre fuerint ex ſemiſſibus inſtituti, à quorum altero nominatim fuerit legatum extraneo. Nam ſi filio heredi pars eius, ſupple filij (nam & rarius eſt vt filio heredi ſcripto extranea perſona inſeratur, etſi fieri interdum poteſt, *l. ſi is qui 13. §. vltim. ff. de reb. dub.*) à quo nominatim legatum eſt, adcreſcit, eo ſcilicet abſtinente non debetur legatum ab alio filio cui portio adcreſcit, tametſi videatur heres extitiſſe, is etiam qui ſe abſtinuit, cùm dici ſoleat non eſſe ſine herede illum qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, *l. neceſſarius 57. ff. de acquir. hered. leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. leg. cum quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* quia nimirum cùm poſt abſtentionem heredis loco à prætore non habeatur, *d. l. ſi neceſſariis l. ſi filius 12. D de interrog. in iure fac.* non poteſt dici talis heres qualem cum fore ſperauit & voluit, cùm ab nominatim legauit. Et ideo perinde eſt ex teſtatoris voluntate, acſi nullo modo heres eſſet, vt non debeat filius coheres, quod non deberet ſi æquè nominatim ab alio coherede extraneo relictum fuiſſet. Idémque multò magis probandum eſt, ſi ponas eum ex filiis a quo nominatim legatum ſit, inſtitutum fuiſſe ſub conditione, vt vocant, poteſtatiua. Hic enim rectiùs comparabitur extraneo, cùm ante impletam conditionem non ſit heres, nec ciuili iure, nec prætorio, *l. 4. D. de hered. inſtit. l. 4. Cod de inſt & ſubſt.* Itaque nec dubitandi ratio hoc caſu alia eſt, quam eſſe diximus, filio abſtinente. † Sed illa tamen difficultas adhuc ſupereſt quid ſibi velint verba illa, *quod iure antiquo capit.* Accurſius ſuauiter, & ſubtiliter, ſi diis placet, interpretatur *capit*, id eſt *capere de iure antiquo, id eſt, ex lege duodecim tabularum, ſi nemo eſſet inſtitutus*, ac proinde ab inteſtato. Secundum quam interpretationem

verum eſt legatum non capere filium, quem capere lex ait. Imò nec capere poſſe ab inteſtato, quandoquidem, vt idem Accurſius ſubiicit, fieri non poteſt, vt filius qui patri heres extitit, ſuam portionem habeat iure inſtitutionis, adcreſcentem verò ab inteſtato, cùm ita fieret vt pro parte teſtatus pro parte inteſtatus pater deceſſiſſe intelligeretur. Quare confugit ille ad aliam interpretationem, & ait verbum *capit*, accipi propriè in ſenſu modi indicatiui, quia filius hic heres capit iure antiquo quod capit ex teſtamento, quia capit ex lege duodecim tabularum quæ confirmat teſtamentarias ſucceſſiones, *l. lege obuenire* 130. *de verb. ſignif. leg. quoties duplici* 91. *de regul. iur.* Quibus verbis videtur ſignificare, filium hunc iure antiquo capere inſtitutionem, id eſt, portionem ex qua fuit inſtitutus, quam quæ adcreſcit ei à fratre coherede, quod vtramque habeat tanquam heres & ex teſtamento. Atqui Celſus non de inſtitutione loquitur, ſed de legato, cum ita ſcribit *non præſtabit legatum quod*
6 *iure antiquo capit.* † Alia igitur interpretatio quærenda eſt, quia licèt legata quoque per legem duodecim tabularum non minùs quàm hereditates teſtamentariæ confirmentur, *lege verbis legis* 120. *de verbor. ſignific.* non tamen poteſt videri legatum capi ab eo cui portio deficiens aut repudiata adcreſcit ſine onere legati. Capit. n. ille hereditatem non legatum. Adeò vt etiamſi legatum ipſi eſſet, legatum tamen valere non poſſet, pro qua parte illi à ſeipſo legatum fuiſſet, *l. & quidem totum* 18. *leg. legatum eſt deliberatio* 116. §. 1. iunct. *l. planè* 34. §. *ſi duobus de legat.* 1. Ergo nulla ex parte valeret ſi per coheredis repudiationem tota hereditas ad eum perueniſſet, quemadmodum è contrario ſi legatarius idemque coheres portionem ſuam repudiaret, totum legatum conſequeretur, quia eo caſu totum caperet, à coherede, nullam partem à ſemetipſo, *d. l. & quidem totum, l. in quartam* 91. *ff. ad leg.*
7 *Falcid.* † Puto ego ſubeſſe mendum in verbo *capit*, potiùſque legendum *cadit*. Senſum autem hunc eſſe, vt filius idémque coheres fratris ſe abſtinentis, licet iure adcreſcendi conſequatur deficientem portionem, non tamen debere legatum, quod à fratre nominatim fuerat relictum, quia id iure antiquo cadit, id eſt, intercidit, ſiue defecta ſiue repudiata portione quæ fuerat grauata. Cur verò cadit? Nimirum quia vacans portio pertinet ſine onere ad co-
8 heredem. † Iure antiquo, id eſt, quod obtinuit à primis ipſis temporibus legis 12. tabul. & ad eam adhibitæ prudentum interpretationis, non ſolùm vſque ad reſcriptum Seueri, vt Azo & Accurſius interpretati ſunt, decepti ex *l. ſi Titio & Meuio* 61. §. *Iulianus, de leg.* 2. de qua proximo capite ſcripſimus, ſed vſque ad tempora Iuſtiniani, qui primus conſtituit in *d. l. vnic. C. de caduc. toll.* vt non modò quæ ſunt in cauſa caduci, id eſt, quæ viuo teſtatore deficiunt, ſed etiam caduca omnia (quo nomine continebantur olim quæcunque mortuo teſtatore, ſiue poſteà deficerent, putà pendente aut defecta conditione) vel remaneant penes grauatum, vel perueniant ad ſubſtitutum, vel iure adcreſcendi coniuncto acquirantur, ſem-
9 per cum ſuo onere. Nam poſt illud quoque Seueri reſcriptum quod de tacita legatorum repetitione factum eſt, idem ſemper hac parte & incorrectum manſit ius vetus, vt ſiue deficiens, ſiue repudiata portio eius coheredis qui nominatim eſſet grauatus, ad coheredem ſiue teſtamentarium, ſiue legitimum ſine onere perueniret.
19 † Exceptis duobus tantùm caſibus. Quorum alter erat ſi defeciſſet portio ex voluntate teſtatoris qui heres nomen induxiſſet, ea mente vt ipſius tantùm inſtitutionem, non etiam legata & fideicommiſſa ab eo nominatim data improbaret, *leg. 2. in princ. ff. de his quæ in teſtamen. delent.* Alter ille de quo ſuperiore capite tam multa diximus, ſi coheres coheredi eſſet ſubſtitutus, & à ſubſtitutione repetita expreſſim legata ante re-
11 ſcriptum Seueri. † Nam poſt reſcriptum expreſſa repetitio neceſſaria non fuit: proinde non ſit cur aduerſus hanc noſtram ſententiam quis obiiciat Paulum *in l. 1. §. quod ex ſubſtitutione, ff. ad l. Falcid.* vbi tractat de portione coheredis quæ ſiue grauata, ſiue exhauſta legatis ad coheredem ex ſubſtitutione peruenerit. Tametſi non ponat expreſſim repetita fuiſſe legata à ſubſtitutione, quia nec erat neceſſe, cùm celebre illud Seueri & Antonini reſcriptum paſſim iam obtineret. † Illud ſubobſcu- 12
rius eſt, quod *in l. ſeq. §. ſi coheredis*, idem Palus tractans de portione quæ legatis onerata vel exhauſta fuerit, & coheredis portioni adcreuerit, non dubitat, quin legata etiā nominatim relicta ab eo cuius portio, vel defecta ſit, vel repudiata, debeantur, ſed de illo tantùm diſputat, an confundendæ ſint portiones, necnè, vt ſciri poſſit an præſtanda ſit integra an deducta quartâ. Nec enim videtur dicipoſſe, id accipiendum de coherede qui fuerit coheredi ſubſtitutus, ne alioqui fatendum ſit eandem quæſtionem quæ in §. præcedente tractata fuerat, in ſequenti ſuperuacuo fuiſſe repetitam. Quomodo ratiocinatur Iacobus Cuiacius, quem nos & retulimus & ex parte ſecuti ſumus lib. 4. c. 11. Addens *in d. §. ſi coheredis*, non ſolùm tractari de portione adcreſcente nudo iure adcreſcendi non iure ſubſtitutionis, ſed etiam de portione defecta non repudiata, ſumens huius rei coniecturam ex verbo, *vindicauero, argum. leg. 5. de vulg. & pupill. ſub-*
ſtit. † Sed tamen aliud mihi nunc iudicium eſt, & quan- 13
do in quæſtione tam perplexa me cum viro doctiſſimo hallucinatum eſſe non pudet, cui pudebit in melius tandem mutare ſententiam? Dico igitur in eo quoque §. *ſi coheredis*, illam quoque ſpeciem à Paulo tractari in qua coheres coheredi fuerit ſubſtitutus, cùm aliter nullus potuerit locus eſſe quæſtioni, ſiue poneres nominatim relicta legata ab eo cuius portio defeciſſet aut repudiata eſſet, quoniam ea coheres non deberet, ſine his verbis *Quiſquis mihi heres erit*, quorum adiectio faceret ſine dubio, vt in ponenda legis Falcidiæ ratione omnimodo confundendæ & miſcendæ eſſent portiones: vt oſtendunt verba illa vltima *dict. §. id quod ex ſubſtitutione, ſcilicet ſi ab eo nominatim data ſint: non, Quiſquis mihi heres*
erit. † An igitur eandem prorſus ſpeciem & quæſtionem 14
in vtroque §. tractatam fuiſſe fatebimur? Minimè. Nam *in §. id quod ex ſubſtitutione*, tractatur ille caſus quo ſiue deficiens, ſiue repudiata portio coheredis ad coheredem ſuum qui ſuam iam agnouerat, eſt ſubſtitutione peruenerit. At *in §. ſi coheredis.* ille tractatur in quo coheres coheredi ſubſtitutus, antequàm portionem ſuam agnoſceret, deficientem coheredis partem ex ſubſtitutione vindicauerit. Id enim ſignificat verbum *vindicauero*, quoniam cùm deficiens portio adcreſcit iam agnitæ portioni, adcreſcit iam inuito coherede, & ipſo iure nec vlla vindicatione opus eſt aut ad acquirendum, aut ad teſtandam acquirendi voluntatem. Quod diuerſum eſt cùm ante agnitam vnam portionem alia defecit. Tunc. n. liberum eſt coheredi eidémque ſubſtituto, incipere aditionem à portione deficiente, non à ſua, quod non aliter facere poſſit quàm ſi eam vindicet ex ſubſtitutione. Nam ſi ſubſtitutio nulla facta eſſet, quamuis alia portio defeciſſet antequàm is qui heres eſſe vellet, propriam agnouiſſet, non tamen à coheredis portione poſſet aditionem incipere, quippe qui in ea portione nihil prorſus iuris haberet, niſi per poſterius, id eſt, agnita priùs propria portione cui alia adcreuiſſet. † Quid autem inter hos caſus interſit, li- 15
cet nemo fortaſſis adhuc dixerit, facilè tamen ex ipſis Pauli verbis explicari poteſt. Etenim cum coheredi qui propriá portionem iam agnouit, coheredis portio ex ſubſtitutione acquiritur & de lege Falcidia diſputatur, ea ratio videtur legatariis nocere, quibus à coherede eodémque ſubſtituto fuit legatum, ne ob id minus Falcidiam patiantur quòd pars non onerata oneratæ acceſſerit. Quia iam erat quæſitum ius coheredi grauato, vt ex iis legatis Falcidiam poſſet deducere, cùm placuerit in ſingulis heredib. legi Falcidiæ locum eſſe, *l. in ſingulis* 77. *eo.* Contrà tamen Paulus reſpondet, quia coheres hic ex ſemiſſe inſtitutus, & coheredi ſubſtitutus ſimilis eſt heredi ex parte

parte purè, ex parte ſub conditione inſtituto, ſiquidem ſubſtitutio directa quælibet, nihil niſi conditionalis inſtitutio eſt, nemo autem dixerit heredem ex parte purè, ex parte ſub conditione inſtitutum Falcidiam inducere poſſe in legatis ex ea portione quæ purè data ſit præſtandis, ſi alterius portionis conditio tandem extiterit, atque ita hereditas tota ad eum peruenerit, cùm vtraque portio vnam tantùm hereditatem conſtituat vnius teſtatoris, nec niſi vnum faciat heredem. Quæ tamen ab eo nominatim qui portionem ſuam omiſerat, legata fuerunt, non augebuntur, id eſt, non ſine Falcidiæ detractione præſtabuntur, ſi in perſona eius heredis repudiantis, Falcidia locum habere potuiſſet, quoniam heres qui portionem ſuam agnouit, cum ea præſtet tanquam ſubſtitutus, quia ſe tanquam coheres nulla deberet, præſtat illa ex perſona coheredis, non ex ſua. Eodem igitur modo quo per ipſum coheredem præſtanda eſſent. Nec eſt contrarium quod ea debeat tanquam à ſe tacitè repetita. Id enim facit duntaxat vt ea debeat, non etiam vt ex ſua perſona, *l. qui fundum 87. §. qui filiam eod. tit.* Neque poteſt quòd ad ea legata pertinet comparari heredi ex parte purè, ex parte ſub conditione inſtituto. Nam ſi quis eſſet ex parte purè, ex parte ſub conditione inſtitutus nulla legata debere poſſet, niſi ex propria perſona, ideóque nec Falcidiam inducere poſſet, ſi modò quadrantem totius hereditatis ſaluum haberet. Quod ſecus eſt cùm agitur de legatis præſtandis quæ non ab eo, qui totam hereditatem nunc poſſidet relicta fuerunt, ſed ab eius coherede, cui fuerit ipſe ſubſtitutus. Etſi namque ſubſtitutio ipſa eſt, quæ facit vt heres ex ſemiſſe inſtitutus, & coheredi ſubſtitutus, comparandus ſit heredi partim purè, partim ſub conditione inſtituto (quæ comparatio non ſimpliciter procederet, nulla facta ſubſtitutione, tametſi ius adcreſcendi locum haberet, vt intelligas coheredem licèt teſtamentarium pro ſubſtituto haberi non poſſe) hæc ipſa tamen comparatio demonſtrat, non quod ad alia legata poſſe eam habere iuris effectum, quàm quòd ad ea quæ ipſo adeunte relicta ſint, nō quòd ad ea quæ ab eius coherede qui repudiauit, quia ſi ſolus ille eſſet inſtitutus ex parte purè, ex parte ſub conditione, neque de coherede vllo, neque de legatis à coherede relictis quæri oporteret. Atque hic quidem ſenſus eſt,
16 *d. §. ad quod ex ſubſtitutione* † At cum coheres cuius portio erat integra, coheredis portionem legatis exhauſtam ex ſubſtitutione vindicauit, priuſquam iam agnoſceret, quem diximus caſum eſſe de quo tractatur *in d. §. ſi coheredis.* maior ratio ſuadet, vt confundendæ partes videantur ſecundum Caſſij ſententiam à Paulo relatam, quia cùm incipiat aditio à portione exhauſta, videtur coheres idemque ſubſtitutus aliam quoque portionem ex qua ſcriptus ipſe fuerat habere ex eadem ſubſtitutione, tanquam portioni iam agnitæ adcreſcentem, atque ita perinde eſſe ac ſi ex ſubſtitutione ſola totam hereditatem vindicaret, quo caſu nemo diceret Falcidiæ locum fore cum & nulla detracta Falcidia ſaluum & integrum totius hereditatis ſemiſſem eſſet ille habiturus. Sed aliud Proculo viſum eſt, & Iuliano, quos Paulus quoque probat, quia ſubſtitutio priùs agnita non facit, quominùs idem & ſubſtitutus & coheres aliam partem habeat iure propriæ inſtitutionis, & conſequenter quin legata à coherede qui repudiauit, nominatim relicta præſtet ex perſona coheredis tanquam ex ſolo ſemiſſe inſtituti, qui ſi portionem ſuam agnouiſſet, vtique Falcidiam inducere potuiſſet. Dices Iuliani & Proculi temporibus ita ius fuiſſe, vt legata ab inſtituto relicta ſubſtitutus non deberet, ſi non eſſent expreſſim repetita. Fateor, quia floruerunt illi
17 ante tempora Seueri & Antonini. † Sed cum in omni quæſtione præſupponendi ſint termini habiles, vt interpretes loquuntur, nihil vetat ſupponere expreſſam repetitionem; quam & credibile eſt olim fieri paſſim ſolitam fuiſſe, indéque ſumptam occaſionem reſcripti, ſicut & pleriſque aliis Imp. conſtitutionibus cauſam illud dedit, vt pro facto haberi voluerint, & pro conuento, etiam quod factum & conuentum non eſſet ob id ſolùm quod vt plurimum fieri & conueniri id ſoleret, *l. vlt. C. de fideiuſſ. l. vlt. C. quæ res pignor. obl. poſſ. iunct. l. & quæ nondum 16. §. quod dicitur ff. de pign.* Et verò cùm nihil eſſet frequentiùs quàm vt coheres coheredi vulgariter ſubſtitueretur, non ſolùm vt haberet electionem vtrùm ex ſubſtitutione vellet ſuccedere an ex inſtitutione, ſed etiam & ob id potiſſimùm ne portio fieri caduca poſſet, quemadmodum Iuſtinianus teſtatur *in pr. d. l. vn. C. de cad. toll.* dubitandum non eſt quin prudens teſtator quilibet cùm id maximè ageret vt voluntatem ſuam in tuto collocaret, à ſubſtituto quoque legata repetere ſoleret, quæ videbat non aliter conſeruari poſſe in caſum euenientis ſubſtitutionis. Itque certè mihi non videtur veriſſimus Pauli ſenſus *in d. §. ad quod ex ſubſtitutione*, & *d. §. ſi coheredis*, quem tamen non eramus aſſecuti cum priores noſtras de reſponſi ſatis obſcuri interpretatione coniecturas exponebamus lib. 4. cap. 3. quem locum ex hoc volumus, non modò ſuppleri, ſed etiam emendari. † Denique ſi quis alius 18
iuris locus eſt in quo tractetur de coheredis portione grauata legatis quæ ad coheredem perueniat cum onere legatorum, *vt in l. quod ſi alterutro 78. eo. tit.* dico ponendum eſſe neceſſariò quod vel fuerit coheredi ſubſtitutus, & ab eo expreſſim repetita legata vel fideicommiſſa, niſi eius IC. reſponſum ſit qui Seueri reſcriptum non ignorauerit (tunc enim ſubſtitutionem præſupponere ſatis eſt ad tacitam repetitionem inducendam) † vel fuerint legata 19
a coherede qui repudiauit, non nominatim relicta, ſed his verbis, *quiſquis mihi heres erit*, vt non tam perſona ipſa coheredis, quàm eius portio grauata dici poſſit. Nec enim neceſſe eſt nominatim relicta eſſe legata vel fideicommiſſa ab eo qui ex ſemiſſe ſcriptus eſt, vt ſola eius portio grauata videatur, ſed poteſt ita ſcribere teſtator, *Titius ex ſemiſſe heres eſto. Mæuius ex alio ſemiſſe, Quiſquis ex Mæuij ſemiſſe heres erit, Sempronio ducenta, Caio trecenta dato.* Quo caſu certum eſt ſolam Mæuij portionem eſſe oneratam, & tamen Titium, ſiue ſubſtitutionis ſiue adcreſcendi iure ſemiſſem conſequatur, legata omnia ex eo ſemiſſe relicta debiturum tanquam ab eo non tam repetita quàm data propter dictionem illam *Quiſquis.* † Cæterùm quàm verum ſit quod & in hoc 20
& in ſuperiore capite diſputauimus, ita fuiſſe comparatum ius vetus etiam poſt reſcriptum Seueri & Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. vnic. Cod. de caduc. tollend.* ex illo quoque apparet quod pluribus inſtitutis, & altero hereditatem reſtituere rogato, ſi is ſuſpectam diceret, cogi poterat & debebat per fideicommiſſariam vt adiret, ne alioqui fideicommiſſum intercideret, tametſi eius coheres qui grauatus non erat, iam adiiſſet, *leg. cogi 16. §. vltim. D. ad SC. Trebellian. leg. ſed cum ab herede 12. eodem.* ſecundum eam illius loci interpretationem quam nos attulimus ſup. cap. 9. Quid enim eſſet hoc neceſſe, ſi ſuſpectam dicentis & repudiantis portio non niſi cum onere fideicommiſſi ad coheredem adeuntem peruenire poſſet. Exemplo quod dicimus, ſi duo heredes à patre inſtituti fuerint, & vtrinſque fideicommiſſum vt exheredati filij hereditatem reſtituant ſatis eſſe vel vnum cogi adire ad patris tabulas confirmandas. Hoc enim facto etiam eum qui patris hereditatem adire & reſtituere compellendum, *l. apud Iulianum 11. §. 1. l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam, & a parte, verſ. quod ſi duo eo.* Nunquam enim cogēdus quis eſt vt contra iuris regulas adeat hereditatem ſibi ſuſpectam, niſi cùm id neceſſe eſt ad 21
conſeruandum fideicommiſſum. † Etſi videtur ſpecialior quædam ratio locum habere in fideicommiſſis vniuerſalibus quàm in ſingularibus & in legatis, quia non poſſunt actiones ex fideicommiſſo vniuerſali tranſire in fideicommiſſarium, niſi reſtitutio fiat ex Trebelliano, quæ porrò fieri non aliter poteſt quàm ſi reſtituatur hereditas, quomodo teſtator voluit, ac proinde ab eo ipſo qui rogatus fuit. Quæ videtur etiam ratio eſſe *l. ſi eius 34. eod.* † 22
Eodémque refero quod Papi. *in l. ſi res aliena 52. §. 1. eo. tit.*

tractat de adcreſcente portione eius ex coheredibus, à
quo fuerat relicta libertas, non eius à quo hereditas: quia
ſi portio coheredis qui hereditatem ſeruo reſtituere ro-
gatus erat, ei adcreuiſſet qui libertatem fideicommiſſa-
riam præſtare debuerat, quod idcirco potuiſſet ille cogi
vt adiret ſuam portionem, quia non eo magis factus fuiſ-
ſet debitor & libertatis & hereditatis, quandoquidem
etiam adita portione ſua, coheredis quidem portionem
repudiatam adſcreſcendi iure conſecutus fuiſſet, at libe-
ram & immunem ab onere fideicommiſſariæ hereditatis.
Cur ergo, inquies, contrà euenit, vt repudiante portionem
ſuam eo qui fideicommiſſariam libertatem debuit, cohe-
res cogi poſſit, tanquam qui ob adcreſcentem portionem
vtriuſque fideicommiſſi debitor eſſe cœperit, & libertatis
& hereditatis? An non ex eo apparet deficientem cohe-
redis portionem à quo nominatim relicta fuerat libertas
per fideicommiſſum adcreſcere coheredi cum ſuo onere
fideicommiſſi? Sic ſane eſt, ſed iure, vt puto, ſingulari non
ſolùm fauore libertatis (idem enim etiam in caſu contra-
rio dicendum eſſet ſi fauor hic libertatis vrgeret) ſed ra-
tione voluntatis, quia fideicommiſſum hereditatis ab eo
præſtandæ qui totam hereditatem nunc habet facilè in-
cludit fideicommiſſum libertatis tanquam in neceſſarium
antecedens arg. *l.pen.C.de neceſſ.hered.inſtit.* Eſtque lon-
gè expeditius vt debitor hereditatis fiat debitor liberta-
tis, quàm vt è contrario debitor libertatis fiat debitor he-
reditatis. Quoniam quilibet eſt, poteſt eſſe non heres, qui
verò heres eſt, non poteſt eſſe non liber. Tantò magis,
quòd hoc caſu adcreſcens portio, non tam onus quàm
commodum adferre ſecum videtur. Nam etſi coheres
portionem ſuam agnouiſſet, non aliter tamen fideicom-
miſſariam libertatem præſtare potuiſſet, quàm ſi eam par-
tem quam in illo ſeruo coheres habebat, ex legato priùs
accepiſſet, *d.l.cogi.§.vlt.* Atque ita ſerui partem amiſiſſet,
fauore coheredis qui ſolius libertum habuiſſet. Coheré-
de vero repudiante, etſi eandem ſerui partem hic amit-
tit, quam illo adeunte amiſſurus erat, habet tamen liber-
tum præſtita fideicommiſſaria libertate, ideóque negari
non poteſt, quin plus conſequatur commodi, quàm in-
commodi ex adcreſcente portione, etiam quod perti-
23 net ad ſeruum hunc manumittendum. † Ergo, vt ad Cel-
ſum noſtrum redeamus, fatendum eſt eo iure quod Celſi
temporibus obtinebat, ſi filio coheredi pars coheredis, ſi-
ue frater, ſiue extraneus is eſſet, adcreuiſſet, à quo nomi-
natim fuerat legatum, non potuiſſe adeuntem debere le-
gatum, quoniam eiuſmodi legatum eo iure cadebat,
& intercidebat: Idque ſignificare verba illa, *quod*
24 *iure antiquo cadit.* † At cum ius antiquum dici non
poſſit, niſi ex comparatione iuris noui, arg. *dict. leg.
quoties duplici 91. de regul. iur. leg. tutelas 7. D. capit.
minut.* Ius autem nouum hic non aliud ſit, vt probaui-
mus, quàm quod Iuſtiniani conſtitutio introduxit, de quo
tamen potuit Celſus cogitare: cogor dicere verba illa
Triboniano eſſe neceſſariò tribuenda, id ſcilicet perpe-
tuò agenti vt ius antiquum ad Iuſtiniani conſtitutiones
accommodet, poſtquam ita Iuſtiniano placuit vt quæ-
cunque à prudentibus dicta ſunt, perinde accipiantur,
acſi à Iuſtiniano ipſo dicta eſſent. Voluit autem Tribo-
nianus dicere, Celſi quidem ſententiam veram fuiſſe tem-
poribus Celſi, quia iure antiquo legatum nominatim re-
lictum ab eo qui heres non eſſet, deficiebat, nec præſtan-
dum erat, ab eo cui deficiens portio adcreſcebat. Sed ho-
die aliud eſſe nouo iure Iuſtinianeo, quo inductum fuit,
vt deficiens portio nunquam ſine onere adcreſcat, niſi
cùm habetur pro non ſcripta. Sed obſeruare Tribonia-
nus debuit, ita loqui interpretem, aut etiam Tribonianum
ipſum, non item Celſum potuiſſe.

CAPVT XVI.

Emendatio l. 1. §. penult. D. de his quæ in teſtam. delent.

SVMMARIA.

1 *Verborum eius §. obſcuritas, & additio Accurſij ad eorum explicationem.*
2 *Refellitur eiuſdem interpretatio ad illa verba* ſi fortè ſit ſubſtitutus.
3 *Vlpianum ibidem de ademptione per teſtatorem ipſum non per legem facta, loqui.*
4 *Nullo caſu fieri poſſe vt ſubſtitutus in pœnam cancellationis, quam inuito teſtatore fecerit, hereditatem amittat.*
5 *Teſtatore inſtituti nomen inducente nec inſtitutum nec ſubſtitutum ex ea hereditate emolumenti quicquam capere poſſe.*
6 *Eam inductionem cæteris coheredibus, legatariis & aliis quibus eodem teſtamento quid relictum eſt non nocere.*
7 *Verba hæc* ſi forte ſit Subſtitutus, *Interpretis eſſe.*
8 *Legata quum adimuntur verè & propriè* adempta *dici, hereditatem verò quum adimitur non tam* ademptam quàm non datam *videri.*
9 *Heredi purè per teſtamentum inſtituto conditionem codicillis adſcribi non poſſe.*
10 *Quomodo accipiendum ſit quod in* d. §. pen. *Vlpianus dicit*, ſemel datam hereditatem non facilè adimi poſſe?
11 *Reſpondetur ad* l. nihil intereſt 16. ff. de adimend. legat.
12 *Reſtituitur* dict. §. penult. *& cum præcedenti contexitur.*

VLpiani † verba hæc ſunt, *Et hereditatis portio adem-* 1
*pta vel tota hereditas ſi fortè ſit ſubſtitutus, iure fa-
cta videbitur, non quaſi adempta, quoniam hereditas ſemel
data adimi facilè non poteſt, ſed quaſi nec data.* Quorum
verborum constructio ipſa per ſe primùm obſcura eſt.
Non enim dici poteſt ad quod ſubſtantiuum referendum
ſit adiectiuum *facta*, niſi cum Accurſio ſuppleas *ademptio*.
Supplendum namque erit ſubſtantiuum, quod in præ-
cedentibus non fuit expreſſum, licèt de portione
adempta dictum ſit, quoniam aliud eſt dicere *portio
adempta*, aliud *ademptio*. Sed etſi poneres ita ſcripſiſ-
ſe Vlpianum, *Et hereditatis portio adempta vel tota he-
reditas ſi fortè ſit ſubſtitutus iure, facta ademptio vide-
bitur*, adhuc tamen non ſatisfaceres Priſciano. Scriben-
dum enim erat *hereditatis portione adempta, vel tota
hereditate* per ablatiuos abſolutos qui à nullo verbo re-
gantur, non per nominatiuos, quos ab aliquo verbo re-
gi neceſſe ſit. † Sed & illud difficile eſt explicare, quid 2
ſibi velint verba illa *ſi fortè ſit ſubſtitutus.* Non enim
placere poteſt interpretatio Accurſij, qui ea ſic intelli-
git vt ſubſtitutus conſciderit tabulas inuito teſtatore,
factique ſui pœnam illam patiatur vt amittat heredita-
tem, argumen. *l. non eſt dubium 5. C. de legat. & l. penult. in
eodem & l. Paulus reſpondit, Si certa. 48. D. ad S.C. Trebel.*
Aliud ſiquidem eſt adimi hereditatem, aliud amitti, nec
video qua ratione poſſet hoc caſu dici adempta ſubſtituto
hereditas quam facto dolóque ſuo amiſiſſet. † Præſertim 5
cùm de ademptione per teſtatorem ipſum non per legem
facta Vlpianum loqui ex eo appareat quod ſequitur, *non
quaſi adempta, ſed quaſi nec data.* Ademptio enim quæ
per legem fit, neceſſariò præſupponit dationem adeó-
que delationem hereditatis, non etiam illa quæ fit per
teſtatorem

teſtatorem: quia quamdiu teſtator viuit non defertur he-
reditas, nec proinde vlla dum legis poteſtas eſt in ea adi-
menda. Cùm tamen verum ſit datam eam eſſe per teſta-
mentum, nemo dubitat quin poſſit eam teſtator adime-
mere quaſi nec datam: ratione illa quòd neque teſta-
menti vis vlla eſt, ſicut nec hereditas ante mortem teſta-
toris, cuius voluntas interim eſt ambulatoria & ita re-
uocabilis, vt quod mortis tempore ab eo datum non re-
peritur, ſiue hereditas ſit ſiue legatum, teſtamento for-
taſſe ſolemniter reuocato, nunquam datum eſſe videatur.
4 †. Accedat, quod nec fieri vllo caſu poteſt vt ſubſtitutus
in pœnam cancellationis, quam inuito teſtatore fecerit
amittat hereditatem. Nam ſiue totum teſtamentum can-
cellauerit, ipſam quoque ſubſtitutionem cancellatam &
& conſequenter inutilem factam eſſe neceſſe eſt, cùm
in teſtamento contineatur, ſiue quod probabilius factu-
rus ſit, inſtitutionem tantùm cancellauerit vt ſibi locum
faceret ac ſubſtitutioni, æquè nihil egerit, quia tum etiã
cùm teſtator ipſe inſtituti nomen induxit, & ſubſtituti
reliquit, fieri non poteſt vt ſubſtitutus emolumentum he-
reditatis habeat, *l. 2. verſ. ſed ſi inſtituti*, vbi pro *inſtitu-
tus* quomodo habet recepta lectio, *ſubſtitutus* legendum
eſſe Iac. Cuiacius non minùs eleganter, quam verè ob-
5 ſeruauit. † De inſtituto namque cuius nomen teſtator
conſultò induxerit dubitari non poteſt, quin nihil habe-
re debeat, tametſi nomen ſubſtituti non fuerit inductum,
cùm nihil vetet incipere teſtamentum à ſubſtituto vulga-
ri, vt & in *l. ſi is qui ſecundo 57. ff. de hered. inſtit. l. qui-
dam teſtamento 30 & paſſ. De vulg. & pup ſubſtit.* At de
ſubſtituto dubitari probabiliter poterat, cuius nomen
inductum non erat, propterea quòd cancellatio non aliis
nocere ſoleat quàm iis quorum nomina cancellata ſunt.
l. 2. & 3. hoc tit. Sed tamen illa ratio ſubſtitutum quoque
excludit, quòd non alia hereditas aut hereditatis pars ei
data dici poſſit, quàm quæ data fuerat inſtituto: Id enim
eſt ſubſtitui, in ea ſcilicet portione quæ alij data fuerat
inſtitui. Proinde cùm inſtitutus hic nullus ſit quia nomen
eius cancellatum ſit, nulla eſt etiam hereditas in qua
ſubſtitutus datus videri poſſit: ſed ea potiùs pars heredi-
tatis data ei videtur (ponit enim lex inſtitutum cuius
nomen inductum eſt habuiſſe coheredes) quæ nulla eſ-
6 ſet, vt in caſu *l. ex facto 19. ff. de hered. inſtit.* † in eóque
propter hanc rationem deterior eſt conditio ſubſtituti
quàm vel coheredum vel legatariorum & aliorum qui-
bus eodem teſtamento aliquid relictum proponatur, qui-
bus non nocet quod heredis nomen inductum ſit, adeò
vt ex illa inductione & cancellatione reſultet potius ta-
cita quædam confirmatio quæ faciat vt tantò magis vale-
re debeant cætera non cancellata, ſiue ex teſtamento ſiue
ab inteſtato, vt Paul. Caſtr. ratiocinatur *ad d. l. 3. in fin.
hoc tit.* Apparet igitur verba illa, *ſi fortè ſit ſubſtitutus*,
neque ab Accurſio aut alio interprete fuiſſe bene expli-
cata, neque explicari commodè poſſe: proinde interpretis
eſſe potius quàm Vlpiani. Quamquam nec facilè eſt di-
cere quid interpretes fallere potuerit, adeò ſunt inepta,
& ad rem ipſamque rationem parum accommodata. Niſi
fortè putauit ille ademptionem hereditatis ſiue totius ſi-
ue pro parte non aliter valere poſſe quàm ſi heres ali-
quis ſit ex cuius perſona confirmetur ademptio, ſicut &
datio confirmanda eſſet, quemadmodum ſi de legatis aut
fideicommiſſis ageretur, *leg. quidam referunt. 14. ff. de
7 iur. codic.* † ſed cogitare debuit aliam eſſe hereditatis,
aliam legatorum, legata neque dari, neque adimi poſſe,
ſi heres nullus ſit, à quo vel dentur vel adimantur, quia
pendent ex inſtitutione, ab eáque vires accipiunt, *d. l. 3.
hoc tit. l. 1. in fin. De vulg. & pupill. ſubſtitut.* Heredita-
tem verò directam (aliud enim eſt in fideicommiſſaria)
ſicut non ab alio dari poteſt, quàm ab ipſo teſtatore, ita
neque datam adimi, & ob id cum adimitur non tam
ademptam, quàm nec datam videri, quia cùm non niſi
teſtamento dari poſſit, *§. 2. Inſtit. de codic.* teſtamentum
verò nullum ſit ſine inſtitutione, *l. vlt. ff. eod.* non poteſt
dici hereditas data heredi, cuius nomen ab ipſo teſtato-
re inductum fuit. Ergo nec adempta, quandoquidem
ademptio propriè ſumpta præſupponit veram dationem,
l. 3. §. conditio & paſſ. ff. de adim. leg. At legata cùm adi-
muntur, verè & propriè adimi dicuntur, cum verè data
fuerint teſtamento quod per eiuſmodi ademptionem non
minus ſubſiſtit, licèt in effectu verum ſit etiam in legatis,
id quod ademptum ſit nec datum videri, *leg. ſi ita ſit aſ-
ſcriptum 14. De legat. 1.* Idque eſt quod Vlpianus ait he-
reditatem ſemel datam non facilè adimi poſſe, ſcilicet
verè, & propriè ſaluóque teſtamento in quo fuerat data. 9
† Codicillis enim adimi non poſſe conſtat, *l. pen. vlt. ff.
de cond. inſtit.* vbi ob hanc cauſam Modeſtinus ſcribit ne-
que conditionem in codicillis adſcribi poſſe heredi, qui
teſtamento fuerat purè inſtitutus, quia in defectum con-
ditionis de hereditatis ademptione cogitaſſe teſtator in-
telligatur. Alio autem ritè ac ſolemniter facto teſtamen-
to, non poſſis dicere ademptam hereditatem cùm prius
ipſum teſtamentum ſolum rumpatur & irritum conſti-
tuatur, *§. poſteriore. Inſtit. quib. mod. teſt. infirm. l. ſi quis
priore 29. ff ad SC. Trebell.* atque ita fiat vt nunquam
hereditas data cenſeatur. † Itaque quod Vlpianus hoc lo- 10
co ſcribit hereditatem ſemel datam non facilè adimi poſ-
ſe, Modeſto & prudentibus noſtris familiari more lo-
quendi, ſine procul dubio accipiendum eſt vt nullo modo
nulloque caſu adimi poſſit, ſi quis propriè ac perítè lo-
qui velit, ſiue namque ponas heredem ſolum inſtitutum
fuiſſe à quo ſit adempta hereditas, non potuit ei adimi à
ſeipſo non magis quàm dari, ſicut nec heredi à ſemetipſo
legatum vllum dari aut adimi poteſt, *l cum filiofamilias
11. l. & quidem totum 18. l. legatum eſt deliberatio 116.
§. 1. de legat. 1.* Sin ponas datos ei coheredes, non poteſt
ea coheredum adiectio vtilem facere ademptionem here-
ditatis, quia non ſicut legatorum, ita & hereditatis pars
aliqua capitur à coherede. Multóque minus datio ſubſti-
tuti ademptionem eiuſmodi confirmabit, quia præpo-
ſterum eſt vt ſiue datio ſiue ademptio hereditatis à ſub-
ſtitutione confirmetur, *l. ex pupillari 44. De vulg. & pupil.
ſubſt. l. quod per manus 10 ff. de iur. codic.* † Non eſt con- 11
trarium quod Paulus ſcribit *in l. nihil intereſt 16. ff. de
adim. legat.* nihil intereſſe an inducatur quod ſcriptum
eſt an adimatur, ex quo inferunt nonnulli hereditatem
igitur adimi poſſe, quia & heredis ſcripti nomen induci
poteſt, id enim de iis rebus debet intelligi quæ adimi
poſſunt, id eſt de legatis & de fideicommiſſis, & aliis hu-
iuſmodi, non etiam de hereditatibus, quæ nec adimi poſ-
ſunt nec induci. Planè ipſius heredis nomen induci poſ-
ſe non negamus, ſed aliud eſſe dicimus, induci nomen
heredis, aliud hereditatem, quia nec hereditatis mentio
neceſſaria eſt ad concipiendam inſtitutionem, ſed tan-
tùm nomen heredis. *l. 1. §. ſi autem ſic ſcribat ff. de hered.
inſtit.* Præterea tum quoque cùm heredis inſtituti nomen
inducitur, admittimus equidem auferri ei commodum
hereditatis, ſed ita tamen vt non tam adempta quam
nunquam ei data hereditas exiſtimetur, propter eam
quam diximus rationem. † At quoniam ſublatis etiam il- 12
lis verbis, *ſi forte ſit ſubſtitutus*, quæ nos inepti interpre-
tis eſſe probauimus, mendum illud manet quod huius
capitis initio monuimus, vitioſæ conſtructionis. Puto
non aliter poſſe locum reſtitui quàm ſi deleta quoque di-
ctione illa *facta*, contexamus hunc §. cum præcedenti
continua ſerie orationis ab illis verbis, *& ſi quidem*, le-
gamúſque hoc modo. *Et ſi quidem illud conſcidit teſta-
tor denegabuntur actiones, & hereditatis portio adempta,
vel tota hereditas iure videbitur non quaſi adempta; quo-
niam hereditas ſemel data facilè adimi non poteſt, ſed qua-
ſi nec data.* Illa namque intermedia, *ſi verò alius inuito
teſtatore non denegabuntur*, etiam tollimus non tanquam
falſi quid habentia, ſed tanquam inepta, non ob id ſolùm
quod elegantem alioquin futuram & concinnatam ora-
tionis ſeriem interrumpunt (niſi quis probabilius putet
vt parentheſi circumſcribantur, quo tamen ſenſu ſcri-

bendum fuerat *ſi enim* non *ſi verè*) ſed etiam quia prorſus ridiculum eſt monere, non eſſe denegandas actiones heredi cuius nomen inductum eſt, ſi & ab alio quàm à teſtatore inductum ſit, & inuito teſtatore. Quis n. tam ſtultus eſſet vt de eo poſſet dubitare ? Imò ſtultus fuit interpres qui ſcripſit *inuito teſtatore*, cùm ſcribere potiùs debuiſſet *ignorante* quam *inuito*. Sufficit namque vt ignorante teſtatore cancellatio ab alio facta ſit, ne prætextu cancellationis actiones denegentur, quando nec nocet cancellatio facta, ſi inconſultò facta ſit, vt in §. præcedente Vlpianus ſcribit.

Capvt XVII.

Explicatur tit. de his quæ in teſtam. delent.

SVMMARIA.

1 *Quæ ratio Accurſium mouerit vt crederet hereditatem inductione ademptam ſiue non datam ipſo iure acquiri heredi poſſe, vt tanquam ſcriptus per aditionem heres fiat?*
2 *Aliorum Interpretum diſtinctio in hac quæſtione.*
3 *Cur inducto heredis nomine fiſco locus fiat?*
4 *Toto teſtamento à teſtatore inducto teſtatorem legitimos heredes vocaſſe videri.*
5 *Nec eo caſu legitimis heredibus probandum incumbere teſtatorem ideò tabulas inciſiſſe vt inteſtatus moreretur.*
6 *Reprehenditur Caſtrenſis collectio ex* l.vlt.ff.h.t.
7 *Solius heredis nomine inducto, ſi nulli alij coheredes adſint, præſumptionem non pro legitimis heredibus ſed pro fiſco eſſe.*
8 *Inciſo & cancellato toto teſtamento legata à legitimis heredibus nulla præſtari, niſi fuerint ab inteſtato expreſſim repetita.*
9 *Reſpondetur ad* l.2.ff.hoc tit.
10 *Cancellationem & inciſionem à mente capto factam nec heredibus nec legatarijs nocere.*
11 *Vnius vel plurium heredum nomine inducto legata non legitimis heredibus ſed à fiſco legatarijs deberi.*
12 *Diluuntur quæ* in l. 3.h.t. *in ſimili ſpecie ab Aduocatis fiſci aduerſus legatarios afferebantur.*
13 *Legatarijs eo caſu legata non deberi ſi teſtator ea mente eoque fine heredum nomina induxerit vt inteſtatus decederet.*
14 *Quomodo ea teſtatoris voluntas probari poſſit.*
25 *Differentia inter ius ciuile & Prætorium, quod ad heredum inductionem, ab Interpretibus conſtituta.*
16 *Heredis nomine inducto legitimos heredes non per teſtamentarium excludi, ſed per fiſcum quaſi ſuccedentem in locum & ius teſtamentarij.*
17 *Heredes legitimos eo caſu tanquam indignos quoque excludi, tentatur.*
18 *Vt tanquam indigni excludantur requiri vt ſolemni teſtamento heres extraneus inſtitutus ſit cuius nomen à teſtatore inductum eſt.*
19 *Teſtamento minùs ſolemniter facto legitimum ſucceſſorem, quem teſtator excludere voluit pro indigno non haberi.*
20 *Vno caſu legitimum heredem inſtituto comparari vt indignus fiat & fiſco legitima hereditas acquiratur.*
21 *Solemni teſtamento facto in quo extraneus heres inſtitutus eſt, proinde legitimus indignus iudicatus eſt, eam legitimi heredis indignitatem fiſco locum non facere.*
22 *Teſtatore heredum inſtitutorum nomina cancellante non legitimis heredibus ſed fiſco ipſius hereditatem deferri.*
23 *Duplici ex cauſa deteriorem eſſe conditionem legitimi heredis inducto nomine heredis ſolemniter inſtituti, quam eſſe debeat heredis inſtituti ſublata per teſtamentum ſpe legitimæ ſucceſſionis.*
14 *Non ob id ſolùm legitimum heredem indignum eſſe definire quòd teſtamentarius cancellatione indignus ſit iudicatus.*
15 *Multò difficilius hac parte teſtatoris voluntatem progredi quam regredi.*
26 *Fiſcum, ſiue vnius ſiue plurium heredum nomina teſtator induxerit, pro eorum portionibus quibus actiones denegantur admitti.*
27 *Etiam omnium heredum nominibus inductis potiorem eſſe fiſci quàm legitimorum heredum cauſam.*
28 *Nec diſtinguendum an totum teſtamentum, an ſola heredum nomina teſtator cancellauerit.*
29 *Vtroque tamen caſu legitimos admitti ſi probauerint teſtatorem inteſtatum decedere voluiſſe.*
30 *Hanc probationem legitimis heredibus ſemper incumbere, ſiue plures vnius teſtamenti tabulæ fuerint eodem exemplo ſcriptæ, quarum alteras teſtator deleuerit, ſiue vna.*
31 *Hanc diſtinctionem inter ſcriptum & legitimum heredem locum habere poſſe.*
31 *Teſtatorem qui ex pluribus teſtamentis vnum deleuit, perinde haberi ac ſi neque teſtatus neque inteſtatus decederet.*
33 *In hac perplexitate excluſis primùm legitimis heredibus hereditatem à ſcriptis auferri, mox fiſco applicari.*
34 *Legem tamen eo caſu legata, fideicommiſſa & portiones coheredum quorum nomina inducta non ſunt, conſeruare.*
35 *Fiſcum hoc caſu non quaſi nullo facto teſtamento, ſed quaſi ſaluâ cauſâ teſtamenti, ſuccedere.*
36 *Legatorum hoc caſu conſeruationem æquitati potiùs quam ſtrictæ rationi acceptam ferendam eſſe.*
37 *Variæ Doctorum interpretationes ad ea quæ* in d.l.3.in fin.h.t *dicuntur, Etiam inducto nomine ſerui quem teſtator liberum eſſe iuſſerat, liberum eum nihilominus fore.*
38 *Ea verba de eo ſeruo accipienda eſſe qui non ſolùm liber, ſed etiam heres ſcriptus fuiſſet.*
39 *In quo fauor libertatis ibidem verſetur.*
40 *Refellitur vulgaris Doctorum ad hunc titulum interpretatio, & ſententia ab auctore ſuperiùs propoſita confirmatur.*
41 *Declarantur nonnulla* in l.3.h.t.
42 *Reſpondetur ad* §. ſed conſultò.l.1.ff.eod.tit.

ILlud † autem in hoc tractatu mirum eſt hereditatem 1
quæ non tam adempta quàm nec data intelligi debet, vt ex Vlp. nunc dicebamus, quod vulgò interpretibus placet, ipſum tamen ius acquiri poſſe heredi, vt tanquam ſcriptus & hereditatis adeundæ ius habeat, & per aditionem heres fiat. Sic enim Accurſius poſt Azonem ad eum locum notat, ratione illa quòd alioqui non deferretur hereditas fiſco, ſed venientibus ab inteſtato, quæ tamen fiſco defertur, *l. 3.hoc tit.l.cùm quidam 2.l.cùm tabulis* 16. *§.vlt.ff.de his quæ vt indig.* Venientibus autem ab inteſtato ita demum ſi probent ea mente inciſas teſtamenti tabulas, aut inductum nomen heredis vt inteſtatus moreretur, *l.vlt.hoc tit.*† Quanquam non ignoro pleroſque 2
interpretes vulgò aliter exiſtimare, ſolitóſque diſtinguere, quæ ex cauſa nomen heredis teſtator induxerit, an tanquam indigni, vt hoc caſu poſſit nihilominus heres fieri teſtamento, ſed ita vt ei tanquam indigno hereditas auferatur, & fiſco applicetur, adeò vt nec poſſit repudiare in fauorem legitimi heredis, quaſi in fraudem fiſci ceſſura eſſet ea repudiatio ſi locum faceret venientibus ab inteſtato, an verò neque indignum heredem teſtator expreſſim dixerit, neque iuſtam cauſam vllam habuerit indignum

indignum eum exiſtimandi, vt tunc & in dubio credatur
potius irritas facere tabulas voluiſſe, vt decederet inte-
ſtatus, quàm fiſcum mutaſſe, *ex l. 1. §. pen. ff. ſi tab. teſt.
null. extab.* Sic enim Caſtrenſis diſtinguit ad *d. l. 3. num.*
3 *vlt.* † Mihi tamē Azonis & Accurſij ſententia verior ali-
quando videbatur, neq; dubito quin inducto nomine he-
redis locus fiat fiſco, quia lex pro indigno habet heredem,
qui non retinuit defuncti voluntatem, ſicut & legata-
rios quoque ex eadem cauſa pro indignis haberet, vt
Papinianus apertè ſentit *in d. l. cùm quidam,* & *in d. l. cùm
tabulis. §. vlt.* niſi probetur teſtator in gratiam duntaxat
legitimorum heredum mutaſſe voluntatem. Sed tamen
alia diſtinctio mihi placebat, iurique conuenientior pu-
tabatur, an teſtator totum teſtamentum induxiſſet & can-
4 cellaſſet, an ſolius heredis nomen. † Toto teſtamento
inducto, admittebam non eſſe credendum teſtatorem
voluiſſe inteſtatum decedere, atque ita legitimos here-
des vocaſſe, cùm fieri nequeat vt valeat quicquam ex eo
teſtamento, aut vt non voluerit inteſtatus mori qui to-
tum teſtamentum cancellauit, quo admiſſo non niſi fru-
ſtrà huius voluntatis probatio à legitimis heredibus exi-
getur. Eóque pertinet *d. l. 2. hoc t. d. l. 1. § pen. ff. ſi tab. teſt.*
5 *nul. extab.* † Quibus non obſtare dicebam quod Paulus ad
Papinianum notat *in l. vlt. hoc tit.* non aliter ſcriptis here-
dibus auocandam eſſe hereditatem per eos qui ab inteſta-
to venire deſiderant, quàm ſi probent teſtatorem ideò inci-
diſſe tabulas vt inteſtatus moreretur. Nam vt non malè
Caſtrenſis reſpondet, plures vnius teſtamenti ſcripturæ in
ea ſpecie factæ proponebantur, & eæ duntaxat tabulæ quæ
in publico depoſitæ fuerant deletæ, ſaluis cæteris ex qui-
bus cum perinde res geſta declararetur, nihil cauſæ erat
cur teſtator eo animo fuiſſe crederetur vt inteſtatus dece-
deret, ſi non euidentiſſime idipſum per legitimos heredes
probaretur: quibus vtique probandi onus non ſimiliter
incumberet, ſi eas duntaxat tabulas habuiſſet teſtator
6 quas deleuiſſet. † In eo tamen Caſtrenſem errare ſemper
credidi, quod ex ea ipſa lege probari poſſe putat velut
à contrario ſenſu, futurum eo caſu quo vnæ tantùm eſ-
ſent tabulæ eæque deletæ vt pro legitimis heredibus præ-
ſumptio capi deberet contra fiſcum. Non enim illo caſu
quæſtio vlla incidere poſſet inter fiſcum & venientes ab
inteſtato ſecundum ſupradictam noſtram diſtinctionem,
ſed tantùm inter hos & heredem teſtamentarium: cum
non ſolius heredis nomen inductum, ac tota teſtamenti
7 ſcriptura cancellata proponeretur. † At ſolius heredis
nomine inducto, quæ altera diſtinctionis noſtræ pars
erat, ſicut non poteſt dici teſtatorem à toto teſtamento
recedere voluiſſe, & à tota voluntate, ita nec legitimos
heredes ad ſucceſſionem ſuam inuitaſſe, ſiue alij cohere-
des adſint, quorum nomina non fuerint inducta, quique
ideo teſtamentum ſuſtinere queant, ſiue nulli, quia de le-
gitimis heredibus vocandis non cogitat, qui teſtamen-
tum ſuum aliqua ex parte vult valere. Ideoque præſum-
ptio eſt pro fiſco, licèt alia cauſa nulla ſit propter quam
indignus videri poſſit heres niſi quia non retinuit te-
8 ſtatoris voluntatem. † Et in eo rurſum errat Caſtrenſis
quod Papiniani ſententiam generalem quæ extat *in d. l.
cum quidam, & d. l. cum tabulis. §. vlt.* cum ſua diſtinctio-
ne accipiendam eſſe putat. Sed multò grauius in eo,
quòd illo etiam caſu quo ab inteſtato ſuccedatur legata
deberi vult tanquam ab inteſtato repetita iure cuiuſdam
tacitæ confirmationis reſultantis, vt ipſe loquitur ex
eiuſmodi cancellatione, *arg. l. Tribunus* c. §. 1. *ff. de teſta.
milit.* Nam cùm non aliter patiatur noſtra diſtinctio lo-
cum fieri legitimis heredibus quàm ſi vel totum teſta-
mentum fuerit cancellatum, vel probetur per eos indu-
ctum nomen heredis ea mente vt ab inteſtato ſuccede-
retur, negamus fieri poſſe vt vllo ex his duobus caſibus
legata debeantur ſi non fuerint ab inteſtato expreſſim
repetita. *l. 1. d. l. illud tractari* 13. §. 1. *ff. de iur. codic. l. gene-
raliter* 24. §. *ex teſtamento ff. de fideic. libert.* Longéque
diuerſa ſpecies illa eſt de qua Iulianus *in d. l. Tribunus*
§. 1. vbi defenditur voluntas iure noui & militaris teſta-
menti, non ab inteſtato. † Nec illud rurſum obſtat, quod 9
in d. l. 2. hoc tit. Vlp. ſcribit, cum etiam cum teſtator ob
vnius heredis malum meritum totum teſtamentum de-
lendum eſſe exiſtimauit, legatariis tamen non eſſe in du-
bio denegandas actiones. In dubio enim & ambiguo tē
eſſe Vlp. intelligit, cùm non apparet an teſtator qui vnus
duntaxat heredis nomen induxit, ſolum illum fraudare
voluit hereditate, an verò cauſa illius totum teſtamentum
infirmare. Nā ſi conſtaret enim de toto teſtamento infir-
mando cogitaſſe, non dubitaret Vlp. quin perinde legata
ac coheredum inſtitutiones corruere deberent, vt ex eo
apparet quod ſicut in ambiguo legata deberi vult, ita &
coheredum inſtitutionem non eſſe infirmandam, quam
tamen infirmandam eſſe non dubitat ſiue teſtator vel
vnius heredis cauſa totum teſtamentum voluerit infirma-
re, ſiue putauerit ob vnius heredis malum meritum totum
teſtamentum eſſe delendum. † Denique prorſus eadem 10
hac parte ratio eſt inſtitutionis & legatorū, inciſiſque &
cancellatis totis tabulis nō magis ſubueniri poteſt legata-
tariis quàm heredibus inſtitutis, quia ex eiuſmodi tabulis
hereditas adiri nullo modo poteſt, extra caſum, *l. vlt. ff. de
iniuſt. rupt.* id eſt ſi ea inciſio & cancellatio facta fuerit à
teſtatore mente capto, quia hic & alius eſſe videtur, &
haud dubiè facit inconſultò quicquid facit, nec vllam ha-
bere intelligitur voluntatem. Itaque venientium ab inte-
ſtato cauſa fauorabilior hactenus eſt quàm fiſci, quod le-
gata nulla præſtant cùm ſuo iure ſuccedant, nec ab iis
quicquam relictum ſit, *d. l. illud* 13. *in pr. De iur. codic.* cū
ſimilibus. † Neq; hoc Caſtrenſis ipſe negaret ſi legiti- 11
mos heredes non niſi in eo admitteret, quo totum teſta-
mentum eſſet cancellatum, non illo etiam quo teſtator
vnius tantùm heredis nomen induxiſſet: quo caſu fate-
mur quidem cum Caſtrenſi legata deberi adeóq; ea ipſa
ratione qua ille mouetur, quòd teſtator cancellando no-
men heredis non etiam legata hoc ipſo tacitè legata con-
firmaſſe credatur, ita vt nec diſtinguendum putemus an
vnius tantùm heredis nomen inductum ſit, an omnium,
ſed legata deberi volumus non vt ille à venientibus ab
inteſtato, quos hoc caſu ſuccedere negamus, ſed à fiſco
qui & ſuccedit, & cum ſuo onere, quia ſuccedit in locum
eius qui ſecundū Caſtrenſem ipſum, non obſtante nominis
ſui cancellatione poſſet heres eſſe ex teſtamento, & qui-
dem efficaciter ſi non ab eo tanquā indigno hereditas per
fiſcum auferretur, cùm neq; poſtquam ablata ei hereditas
eſt tanquam indigno, deſinat tamen heres eſſe qui ſemel
heres fuit, *l. ex facto* 43. §. *Iulius Longinus. De vulg. &
pupil. ſubſtit.* Nam ſi heres eſſe nollet vt legitimis heredi-
bus locum faceret, aut etiam ſi ab inteſtato ſuccedere
ipſe vellet tanquam agnatus proximior, non ideirco ta-
men ius fiſci intercideret in cuius fraudem inſtitutionis
teſtamentariæ repudiatio facta videretur, vt iam ſupra
ex eodem Caſtrenſi diximus quem nos in eo probamus.
Ergo nec legatariorum ius intercidere debet, non magis
quàm ſi adita iam hereditate fiſcus ſuccederet, cùm &
perinde ſuccedat acſi eſſet adita, & ideò ſuccedat ſi cre-
dimus interpretib. quia potuit adiri. † Quæ ratio, ſi vera 12
eſt, diluit omnes illas obiectiones quas in ſpecie *d. l. 3. h. t.*
aduocatus fiſci contra legatarios adferebat, quod neque
videatur voluiſſe teſtamentum valere qui nomina here-
dum omnium induxit, neque poſſit teſtamentum vllum
valere quod heredem non habet. Prior enim obiectio
falſa eſt, cùm è contrario humaniore interpretatione cre-
dendum ſit teſtatorem ea duntaxat irrita facere voluiſſe
quæ induxit, non item cætera quæ non induxit, vt tan-
dem ab eo ipſo Imperatore qui obiectionem fecerat
pronunciatum eſt. Poſterior verò etſi vera eſt in iure,
tamen in facto falſa eſt apud interpretes, quia præſup-
ponit teſtamentum non habere heredem, quoties
heredum omnium nomina inducta fuerunt. Cùm tamen
velint interpretes, non eò minùs poſſe iſtos adire ex eo
teſtamento & per aditionem heredes eſſe, quod fieri
non

non poſſet ſi teſtamentum heredes nullos haberet. Et verò, à quo prohiberemur adire? An à fiſco. Atqui fiſci intereſt potiùs vt adeant, ſibique acquirant hereditatem quam ab iis poſtmodum tanquam indignis ſit ablaturus. An à legitimis ſucceſſoribus? Multò minus, quia cùm dici non poſſit à tota voluntate recedere voluiſſe teſtatorem qui totum teſtamentum non cancellauit, licet

13 heredum omnium nomina induxerit, † nec illud quoque dici poteſt eum voluiſſe decedere inteſtatum, niſi ea mente, eóque fine nomina heredum inducta fuiſſe probent qui ab inteſtato venire deſierant. Hoc enim probato, vt iam dixi, non dubitarem quin eorum potior quàm fiſci aut heredum inſtitutorum cauſa eſſe deberet, quia quæſtio hæc voluntatis eſt magis quàm iuris vt apparet ex illa Imperatoris pronuntiatione, *Cauſa præſens videtur admittere humaniorem interpretationem, vt ea duntaxat exiſtimemus Nepotem irrita eſſe voluiſſe quæ induxit.* Et conſequenter fatendum eſt fieri non poſſe vt hoc caſu legata debeantur, quamuis non fuerint inducta: nec locum habet ratio illa Caſtrenſis, quam & nos probauimus, quòd quæ inducta non fuerunt, per aliorum inductionem & cancellationem tacitè confirmata intelligan-

14 tur. † Quænam enim potentior & expreſſior totius teſtamenti, ac proinde legatorum quoque & fideicommiſſorum omnium teſtamento relictorum cancellatio eſſe poteſt, quàm ſi teſtator velle ſe mori inteſtatum declarauerit, aut verbis, dummodo ſolemniter ea declaratio facta ſit, & coram ſeptem teſtibus (alioqui non valeret ad teſtamentum quod ritè factum eſſet, reuocandum) aut facto ipſo, id eſt inductione nominum heredum, quæ quoniam verbis fortior eſt, aliam ſolemnitatem nullam deſiderat ad totas tabulas infirmandas, niſi vt eo animo factam eſſe conſtet? *arg. d. l. 1. §. pen. ſi tabul. teſt. null. extab.*

15 † Illud planè interpretum traditioni conſequens eſt differre hac parte, vt & in aliis pleriſque ius ciuile à prætorio. Id enim quod aiunt heredem cuius nomen inductum fuerit, non eo minùs ex teſtamento heredem eſſe poſſe, ſi non fauore legitimorum heredum id factum probetur, iure ciuili verum eſſe volunt, at non etiam iure prætorio admitti poteſt. Quoties namque conſultò inductum eſt nomen heredis, indubitanter probatur, cum petere bonorum poſſeſſionem non poſſe, quemadmodum non poſſet is qui heres ſcriptus eſſet non conſulto teſtatore. Nam vtroque caſu pro non ſcripto eſt quem ſcribi teſtator noluit, inquit idem Vlpian. noſter *in l. 2. ſi conſulto. De bonor. poſſ. ſecund. tab.* Idémque eſt ſi linum quo ligatæ ſunt tabulæ, inciſum ſit à teſtatore, quia non videntur ſignatæ, *l. 1. §. ſi linum eod.* Et verò cur prætor bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ei daret, cui etiam poſt aditam iure ciuili hereditatem actiones denegaret? ſcilicet tanquam indigno. Nam quod prætor interdum quoque bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dat, etiam quæ ſit ſine re, vt Vlpianus loquitur in Titulis, puta ſecundum tabulas in quibus præteritus ſit filius in poteſtate, ſi modo ſeptem teſtium ſignis ſignatæ, nec cancellatæ proponantur, quia id vnum exigit prætor, vt extent tabulæ quæ vitium in forma, &, vt aiunt, viſibile nullum habeant, *leg. 1. §. ſufficit. eod. tit.* ad hunc caſum pertinere non poteſt, in quo is qui bonorum poſſeſſionem petat pro non ſcripto habeatur. Quod ſi ita eſt, illud etiam erit conſequens, vt quod Iulianus ſcripſit *in leg. ſi ita ſcriptum* 8. *§. is autem eod.* eum cuius nomen in teſtamento voluntate teſtatoris inductum productúmque eſt, ſicut ad adeundam hereditatem ita & ad petendam bonorum poſſeſſionem ſcriptum non intelligi, licèt nomen eius legatur, non eo pertineat vt hac in re ſit exæquandum per omnia ius ciuile cum prætorio, & ius adeundæ hereditatis cum iure petendæ poſſeſſionis, ſed vt potiùs ad rei effectum reſpexerit Iulianus, quia etiam ciuili iure non poteſt hereditatem adire cum effectu heres cuius nomen conſultò inductum fuit, cùm ab eo tanquam indigno hereditas per fiſcum auferatur, priùs etiam quàm ſit adita, quia ſufficit fiſco vt potuerit eam adire is à quo auffertur. Alioqui ſi neges heredem cuius nomen inductum fuit ius habere hereditatis adeundæ, planè non poſſis dicere cur ad eam admitti fiſcus debeat excluſis venientibus ab inteſtato, quos vtique conſtat non niſi per teſtamentum excludi poſſe. Quomodo Accurſius cæterique interpretes paſſim ratiocinantur. Et in eo certè, vt tandem dicam quod ſentio, egregiè, ni fallor ego,

falluntur. † Dicere namque debuerunt excludi legiti- 16
mos heredes non per teſtamentarium (qui ſi verum amamus, cùm pro non ſcripto ſit, ius adeundæ hereditatis iure ciuili non magis habere poteſt, quam ius petendæ à prætore bonorum poſſeſſionis, *d. §. is autem*) ſed per fiſcum, quaſi ſuccedentem in ius & locum heredis teſtamentarij, ex eaque cauſa habentem ius anterius ob indignitatem heredis inſtituti. Nam quæ ratio permittit ius heredis ſcripti, viuo etiam teſtatore, quòd ex ipſo inſtanti quo nomen heredis inductum fuit, indignus ille factus ſit qui ſuccedere vnquam poſſet ei teſtatori cuius voluntatem non retinuiſſet, eadem ex tunc, vt ita dicam, inuitat fiſcum, facitque vt moriente tandem teſtatore (quo demùm tempore lex heredibus legitimis deferret hereditatem, ſi deferre poſſet) cauſam ſucceſſionis præueniſſe fiſcus intelligatur, cuius reſpectu indignitas heredis vice teſtamenti eſt cum perinde faciat, vt hereditas fiſco deferatur. Cùm enim legitimorum heredum ius nullum ſit niſi ex legibus, *l. 1. de ſuis & legit. l. lege obuenire* 130 *de V. S.* Leges autem pro indigno habeant heredem, cuius nomen à teſtatore conſultò inductum eſt, *d. l. cum quidam* 12. *ff. de his quib. vt indig.* nemo non videt fieri nullo modo poſſe vt in propoſita ſpecie lex vocet legitimos ſucceſſores mortuo teſtatore ad eam hereditatem, quam inde iam viuo eo, ſi aliud teſtamentum non fieret, fiſco deſtinabat, quámque eo mortuo ſtatim fiſco deferat ex præcedenti illa deſtinatione. Duobus namque id eſt, & fiſco & legitimo heredi ſimul & in ſolidum ſingulis eam deferri impoſſibile eſt, ſibi verò inuicem eos obſtare multò minùs dici poteſt, cùm diuerſam habeant cauſam ſuccedendi. Denique nunquam lex ſeipſam deſtruit aut impedit, quod hîc eueniret ſi hereditatem ad quam viuo adhuc teſtatore fiſcum inuitauerat, legitimis heredibus poſt teſtatoris mortem deferret.

† Dicam amplius, Eadem ratione excludendos hoc caſu 17
legitimos heredes, quia heres inſtitutus excluditur, id eſt, tanquam indignus ſi indignus heres dicendus eſt ſecundum Papinianum quiſquis non retinuit defuncti voluntatem. Nam cùm quamdiu paterfamilias teſtatus non eſt, credendus ſit ſaltem animi deſtinatione heredes illos tacitè inſtituiſſe quos ſciat ſibi ab inteſtato ſucceſſuros, *l. 3. l. conficiuntur.* 8. *de iur. codicil.* an non etiam tacitam inſtitutionem quodammodo delet, ac vt ita dicam, legitimi heredis nomen, ſi non litura ſaltem literis inducit & cancellat, qui ſolemni teſtamento alium ſibi elegit

ſucceſſorem? † Dico *ſolemni teſtamento*, quoniam is qui 18
minùs ſolemniter & non ſecundum leges teſtatus eſt nec teſtari voluiſſe credendus eſt, quia nec potuit velle, nec legitimi heredis ius lædere, niſi eo prorſus modo quo lex permittit, id eſt, iuſta ſolemnique voluntate. Ideóque ſi teſtamentum facere cœperit aut voluerit, nec perfecerit, aut ſi minus rite ſit teſtatus, non aufert lex hereditatem à legitimis ſucceſſoribus, tanquam ab indignis, nec inuitat fiſcum: id quo potentius eſt ius legitimi heredis quam inſtituti cuius nomen inductum eſſe ſufficit, nulla etiam ſolemnitate interueniente, vt indignus eſſe videatur, quia ius heredis ſcripti totum pendet ex teſtatoris voluntate, ita lege ipſa iubente: neminem enim lex vocat ex teſtamento, niſi quem teſtator ſcripſerit: At ius legitimi heredis totum pendet ex lege, non ex patrisfamilias voluntate, niſi hactenus vt heredem teſtamento ſolemniter ſcribere poſſit, atque ita legitimum ſucceſſorem excludere, quoniam & hoc ei lex permittit. Itaque in legitimis hereditatibus tacita voluntas teſtatoris ſubſequitur

quitur expreſſam voluntatem. In teſtamentariis contrà
19 lex ſubſequitur, & confirmat voluntatem teſtatoris. † Vn-
de eſt quod non habet lex pro indigno legitimum ſuc-
ceſſorem qui paterfamilias voluerit adimere legitimam
hereditatem per teſtamentum ſi non perfectè & ſolemni-
ter teſtamentum factum ſit, ſed indignum potiùs teſtato-
rem cuius voluntati ſubueniatur, qui non ſecundum le-
20 ges teſtatus ſit, ſine quibus tamen non poterat teſtari. †
Potéſtque vno tantùm caſu legitimus heres instituto
comparari vt indignus fiat, & fiſco etiam legitima here-
ditas adquiratur, nimirum ſi is qui legitimam heredita-
tem captabat, teſtatorem prohibuerit teſtari ſiue prohi-
to introire teſtamentario ſiue qua alia ratione, *leg. 1. &
tot. tit. Si quis aliq. teſtam. prohib. D. & C.* Nam & ſcri-
ptis heredibus eadem de cauſa auferretur hereditas, ſi te-
ſtator mutata voluntate aliud teſtamentum facere voluiſ-
ſet, & impeditus ab iis eſſet, *leg. ſi ſcriptis* 19. *Digeſt.*
21 *de his quib. vt indign.* † At cum ſolemne teſtamentum fa-
ctum eſt in eóque alius inſtitutus quam qui ab inteſtato
ſucceſſurus fuit, indignus ſanè eſt agnatus ille proximus
cui lex deferat hereditatem quam teſtator ei ademptam
voluit, neque tamen ea legitimi heredis indignitas fiſco
locum facit, ſicut indignitas heredis inſtituti faceret,
quia teſtator indignum eum demoſtrando alium ſibi he-
redem fecit, quem dignum lex habet cui deferat heredi-
tatem ex teſtamento, quippe, quod ritè factum ſit, & ex
ipſius legis præſcripto. Alioqui teſtamentarias ſucceſſio-
nes prohibere non confirmare lex debuiſſet, ſi teſtamen-
tum ita fieri non poſſet, quin vel heredibus legitimis ſuc-
ceſſio deferretur, teſtamento inualido exiſtente, vel fiſco
vindicaretur legitimo herede indigno facto per vtile va-
lidúmque teſtamentum. Deniq; cùm validum iuſtúmque
teſtamentū illud ſit ex quo poſſit moriēte teſtatore deferri
hereditas heredi ſcripto, non potuit lex ſine implicita
apertáque contradictione, teſtamenti factionem induce-
re, & pariter fiſcum ad hereditatem teſtamentariam in-
uitare, cùm ſi teſtamenti factio non eſſet permiſſa, nihil
cauſæ ſubeſſet cur legitimis ſucceſſoribus tanquam indi-
22 gnis hereditatem auferri oporteret. † Dices, eadem ra-
tione illud quoque admittendum videri, vt teſtatore he-
redum inſtitutorum nomina cancellante ipſius hereditas
non fiſco, ſed legitimis ſucceſſoribus deferatur: cùm non
poſſit teſtator indignum putare heredem inſtitutum, quin
hoc ipſo dignum faciat eum quem ſciat ſibi ab inteſtato
ſucceſſurum, ſiquidem teſtator nullus eſt qui neſciat he-
reditatis cuiuſlibet duplicem tantùm eſſe differentiam, vt
vel teſtamentariam illam eſſe neceſſe ſit, vel legitimam.
23 Sed neganda eſt conſecutio. † Eſt enim hac in re dete-
rior conditio legitimi heredis inducto nomine heredis
qui fuerat ſolemniter inſtitutus, quam eſſe debeat heredis
inſtituti, ſublata per teſtamentum ſpe legitimæ ſucceſſio-
nis, quidem duplici de cauſa. Quarum altera eſt, quod
heres legitimus iam ſemel ab ipſo teſtatore indignus ha-
bitus fuit qui vnquam ſuccederet, inſtitutus verò non
item, quia nullum inſtituti ius fuit nec in re nec in ſpe,
antequàm legitimo heredi per legem deſtinaretur heredi-
tas, cùm tota ſpes inſtituti à teſtamenti die incipiat, quo-
modo è contrario ſpes eſt agnatum proximum eſſe ſuc-
ceſſurum antequàm teſtamentum factum ſit, & quamdiu
factum nullum eſt, indignus autem videri non poteſt vt
aliquid conſequatur is, qui ius nullum habeat, at ne qui-
dem ſpem vllam probabilem eius vnquam conſequendi.
Altera eſt, quia teſtator cùm pro indigno habet here
dem legitimum condendo teſtamentum, hoc ipſo alium
heredem facit, de quo proinde dubitari non poteſt quin
dignus ſit qui & ex teſtantis indicio ſuccedere debeat &
ex lege quæ confirmat factum vtiliter teſtamentum, At
cùm pro indigno habet heredem teſtamentarium, ipſius
nomen cancellando, non idcirco quidquam facit ex quo
poſſit conſtare ne quidem per coniecturam, quòd agna-
tum proximum legitimæ ſucceſſionis iure dignum putet,
24 quem ſemel indignum iudicauit. † Non enim ob id ſo-
lùm deſinere poteſt agnatus proximus indignus eſſe,
quòd teſtamentarius quoque ſit indignus. Quin potius
cùm eo caſu vterque ex iudicio teſtatoris indignus re-
periatur, hereditas optimo iure tanquam caduca ad fiſ-
cum deuoluitur. Neque in eo nulla fit iniuria legitimo
heredi qui iam fuerit excluſus per teſtamentum, qui-
que non eo magis voluntatem teſtatoris ſemel amiſſam
recuperaſſe dicendus eſt, quòd eam quoque inſtitutus
heres amiſerit. † Et certè multò difficilius eſt vt teſtato- 25
ris voluntatem regredi, quam progredi admittamus. Pro-
greditur voluntas teſtatoris cùm à conſilio excludendi
legitimi ſucceſſoris, ſeipſam fert ad vtilem heredis inſti-
tutionem. Eadem regrederetur eò vnde digreſſa eſſet, ſi
per cancellationem nominis heredis inſtituti legitimos
ſucceſſores ad legitimam hereditatem reuocaret. Non ne-
go regreſſum illum fieri poſſe, ſi teſtator velit, *dict. l.* 11
§. pen. ſi tab. teſtam. null. extab. dict. l. vltim. D. hoc tit. Sed
nego præſumendum eſſe teſtatorem de eo regreſſu fa-
ciendo cogitaſſe, niſi apertiſſimè probetur heredis no-
men idcirco induxiſſe, vt inteſtatus moreretur, & eos
haberet heredes quos ei lex ab inteſtato datura eſſet:
Quid enim aliud facere poſſet, ſi neque legitimos, neque
ſcriptos heredes habere vellet? Aut quidni ei imputabi-
mus, non cur inteſtatus non deceſſerit, ſed cur non dixe-
rit cancellando nomen heredis ſcripti velle ſe decedere
inteſtatum? † Neque diſtinguo an vnius tantùm heredis 26
nomen teſtator induxerit, an omnium ſi plures fuerint
inſtituti. Omni namque caſu fiſcus admittitur pro eorum
portionibus quibus actiones denegantur. Et ſi cùm plu-
ribus inſtitutis quorūdam duntaxat nomina inducta ſunt,
multò apertius eſt legitimis ſucceſſoribus locum nullum
eſſe, quoniam alioqui teſtator pro parte teſtatus, & pro
parte inteſtatus deceſſiſſe crederetur. † Sed tamen cùm 27
deficiens portio propter indignitatem heredis cuius no-
men inductum eſt non coheredibus adcreſcat, ſed ad fiſ-
cum deuoluatur, ex eo intelligimus omnium quoque
heredum nominibus inductis (quo facto nihil verius
dici teſtatorem penitus inteſtatum) potiorem fiſci cau-
ſam eſſe debere, quam venientibus ab inteſtato: quia quo
caſu non poſſunt ex teſtamento coheredes habere ius ad-
creſcendi quibuſdam tantum portionibus deficienti-
bus, eo caſu nec ſi tota hereditas vacet ius legitimis ſuc-
cedendi locum habere non poteſt. Non enim debilius
eſt ius coheredis teſtamentarij quod ad retinendum ius
accreſcendi pertinet, rato validoque manente teſtamen-
to, quàm ius legitimorum ſucceſſorum ad ſuccedendum
ab inteſtato, rupto vel irrito facto teſtamento. Ergo ſi co-
heredes teſtamentarios vincit fiſcus pro portionibus co-
heredum quorum nomina inducta ſunt, multò magis
aut ſaltem perinde vincet legitimos heredes omnibus he-
redum nominibus inductis. Et quemadmodum cohere-
dibus teſtamentariis cum fiſco concurrentibus non di-
ſtinguitur cum Caſtrenſi an eos heredes quorum nomi-
na teſtator induxit expreſsè indignos declarauerit, nec-
ne, ſed omnimodò fiſcus admittitur, ita nec illa diſtin-
ctio recipienda eſt, cùm de legitimorum heredum iure
contra fiſcum diſputatur. † Probabilius dubitari poteſt 28
an illa ſaltem admittenda ſit, de qua iam diximus, To-
tumne teſtamentum cancellatum ſit, An ſola nomina he-
redum. Sed neque hanc admittendam puto. Quod. n. to-
tum teſtamētum cancellatum ſit ius fiſci augere debet po-
tiùs quam minuere, vt non tantùm hereditas, ſed etiam
legata & fideicommiſſa omnia quæ eo teſtamento relicta
fuerant à legatariis & fideicommiſſariis tāquam indignis
auferantur, & fiſco vindicentur. † Etſi poteſt ea res legiti- 29
mis heredibus hactenus prodeſſe, vt ſi probare velint te-
ſtatorem inteſtatum decedere voluiſſe faciliùs audiantur,
poſſintque hoc caſu ſufficere leniores probationes eiuſ-
modi voluntatis, non quod ex totius teſtamenti cancel-
latione præſumendum ſit teſtatorem à ſucceſſione te-
ſtamentaria ad legitimam quam ſemel excluſerit regre-
di voluiſſe, ſed quia multò difficiliùs eſt, vt qui legata
teſtamento

teſtamento bene facto relicta, & quæ niſi ex teſtamento
deberi nequeant, non cancellauit, credatur voluiſſe mo-
ri inteſtatus, quàm qui totum teſtamentum cancella-
tum ſit, ſiue nomina ſola heredum, probatio à legitimis
heredibus exigetur, ſi facere volent vti ne à fiſco exclu-
30 dantur: † non adhibita etiam illa diſtinctione, An plu-
res vnius teſtamenti tabulæ fuerint eodem exemplo ſcri-
ptæ, quarum alteras teſtator deleuerit, an vnæ. Illa nám-
que diſtinctio ſi quando colorem habeat, tunc certè ha-
bet, cùm inter heredem teſtamentarium, & fiſcum de he-
reditate contenditur; quia nullum fiſci ius eſſe poteſt, vt à
teſtamentario herede, tanquam indigno hereditatem au-
ferat, quamdiu ſuperſunt tabulæ ex quibus poſſit heres
ſcriptus probare defuncti voluntatem ſed retinuiſſe, licèt
aliud earundem tabularum exemplum teſtator conſultò
deleuerit. Idque eſt quod Pap. ſcribit in *d. l. vlt. quæ iure
geſta ſunt, præſertim cùm ex cæteris tabulis quas non abſtu-*
31 *lit res geſta declaretur, non conſtituentur irrita.* † Sed
quam à fiſco metuere controuerſiam heres ſcriptus non
poteſt, multò iuſtius à legitimis heredib. timere debet, ſi
velint illi probare ideò inciſas vel vnas tabulas vt ab in-
teſtato ſuccederetur, licèt aliæ tabulæ ſuperſint. Tanta
ſcilicet vis eſt inciſionis & cancellationis quando appa-
ret qua mente facta ſit. Cùm ſi nulla inciſio facta
eſſet, non ſufficeret teſtatorem dixiſſe velle ſe mori in-
teſtatum, ad infirmandas teſtamenti tabulas quæ iure
valuiſſent. At inter fiſcum & legitimum heredem nulla
hoc caſu incidere quæſtio poteſt, vt diſtinctioni quoque
locus aliquis eſſe queat, cùm fiſcus per heredem ſcriptum
excludatur & legitimus heres per fiſcum, niſi cùm
vtrumque hic vincit, probata nimirum patrisfamilias
voluntate de faciendo exitu inteſtati. Sola enim volun-
tas illa eſt, quæ & heredem ſcriptum poſſit à teſtamenti
commodo ſummouere, tum quoque cùm deleto exem-
plo vno teſtamenti aliud ſupereſt, & fiſci ius excludè-
te, ne tanquam ab indigno ablatam ſibi vindicet heredi-
tatem. An quia reuera non faciat inteſtati exitum is qui
moritur ſine herede teſtamentario, ſiue totum teſtamen-
tum, ſiue ſola heredum nomina cancellauerit, niſi præ-
tereà declaret velle ſe mori inteſtatum. Imò verò, mori-
tur reuera inteſtatus is qui ex teſtamento heredem nul-
lum habet, ſiue non fuerit teſtatus, ſiue fuerit, ſed ita vt
poſteà hereditas ex eo teſtamento adita non ſit *dict. l. 1. in
princip. de ſuis & legit.* † Verùm quia noluit hic mori
32 inteſtatus, qui ob eam cauſam teſtatus fuit, tametſi po-
ſteà teſtamentum cancellauerit, non tam vt legitimis he-
redibus prodeſſet quibus iam teſtando nocuit, quantum
potuit, quàm vt inſtitutos quoque à ſua ſucceſſione re-
pelleret tanquam indignos, perinde habetur acſi neque
inteſtatus decederet, quia inteſtatus decedere noluit, ne-
que teſtatus, quia nec facere potuit quantumuis volens
vt vel teſtatus decederet ſine teſtamento, vel inductis he-
redum omnium nominibus teſtamentum aliquod ſaluum
ſupereſſet. Itaque quod potuit decedere inteſtatus non
voluit, quòd voluit decedere cum teſtamento inductis no-
minibus heredum non potuit, vt & in *leg. quoties 9. in
princip. D. de hered. inſtit. l. multùm intereſt 6. C. ſi quis
alteri vel ſib.* † Sed tamen in hac implicitate & perplexi-
33 tate conſeruat lex ipſius voluntatem, quantum poteſt,
& excluſis primùm legitimis heredibus, qui non niſi
contra voluntatem ſuccedere poſſent, auffert heredita-
tem etiam à ſcriptis quaſi ab indignis, eámque quaſi ca-
ducam applicat fiſco, tanquam nihil aliud ſit quod me-
34 liùs & iuſtiùs facere poſſit. † Conſeruat tamen legata, &
fideicommiſſa, ſicut & portiones coheredum quorum
nomina inducta non ſunt, quoniam ea interpretatio non
ſolùm humanior eſt, ſed etiam teſtatoris voluntati conue-
nientior, qui vtique ob cancellationem quam fecit, non
poteſt videri mutaſſe voluntatem, niſi quatenus cancella-
uit. Nec tamen hac in re vis vlla fit legibus. Nam quod
dicitur ex teſtamento, in quo nullus heres ſcriptus ſit, aut
ex quo non ſit adita hereditas, neque legata, neque aliud
quicquam deberi, *l. ſi nemo 9. C. de teſta. tutel. l. ea quam
14. C. de fideic.* tunc obtinet, cùm vel ab heredibus legiti-
mis & ab inteſtato vel à nemine ſuccedítur. At in propo-
ſito ſuccedit fiſcus, & quamuis non ex teſtamento, quia
non fuit ſcriptus heres, tamen propter teſtamentum; cum
ſi teſtamentum nullum factum eſſet, ſuccedere ipſe non
poſſet. Adeóque ſi non ex iure heredis ſcripti, ſaltem in
vicem & locum ipſius, vindicans ſibi eam hereditatem
quam ſcriptus heres habiturus erat, ſi non fuiſſet indig-
nus. Cur ergo meliore conditione eſſe debeat, quam fu-
turus erat inſtitutus heres, vt ea quoque legata & fidei-
commiſſa ſibi applicet quæ non fuerunt cancellata? An
fortè indignitas heredis facere potuit indignos legatarios,
qui teſtatoris voluntatem retinuerunt? An verò cogen-
dus fuit teſtator, vt inuitus vel eos haberet heredes ab
inteſtato quos noluerat, vel eos ex teſtamento quos ſcri-
pſerat, ſi legata & fideicommiſſa ſalua eſſe vellet, aut pro-
pter heredum ſcriptorum offenſam, legatariis quoque &
fideicommiſſarijs qui nó offendant libertatem ſuam præ-
riperet. † Et verò fiſcum hoc caſu ſuccedere, non qua- 35
ſi nullo facto teſtamento, ſed quaſi ſalua cauſa teſta-
menti, ex eo colligi poteſt, quòd ſi quorundam dunta-
xat heredum nomina inducta ſint, ſuccedit fiſcus cum
cæteris qui ex teſtamento ſuccedunt: quod fieri non poſ-
ſet ſi ſuccederet pro indignorum portionibus, tanquam
éatenus inteſtato patrefamilia defuncto. Sic enim eue-
niret vt pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus ille de-
ceſſiſſe intelligeretur, & quidem non ex poſtfacto, vt
in *l. circa 24. D. de inoff. teſta.* ſed ab initio & mortis
tempore inſpecto, quod iuris regulæ non patiuntur.
Quòd ſi pro parte illius ex heredibus, cuius nomen in-
ductum eſt ita ſuccedit fiſcus, vt ne pro ea quidem parte
teſtator inteſtatus habeatur, quamuis non eo magis ſuc-
cedat ille ex teſtamento, in quo non fuit inſtitutus: æquè
fatendum eſt omnibus heredum nominibus inductis, aut
ſi vnus tantum ſcriptus fuerit, eius nomine cancellato,
fiſcum non quaſi ab inteſtato ſuccedere, in quo ſucceſ-
ſionis genere à legitimis heredibus proculdubio anteuer-
teretur, ſed potiùs quaſi ex teſtamento, id eſt, quodam-
modo ex perſona heredis inſtituti in cuius locum ſubin-
trat, quique ex eo teſtamento legata & fideicommiſſa
non cancellata debiturus fuerat, ſi ſuccedere potuiſſet.
† Quanquam non eſt inficiandum eam Imperatoris op- 36
timi conſtitutionem, qua legata & fideicommiſſaria non
inducta conſeruauit, ſi æquitate magis uti quàm ſummo
iure, & contra legatarios pronũciari, non ſine ratione po-
tuiſſe, ſi iuris ſtricti coloré auari alterius Principis rapa-
citas, æquitati & volũtati teſtatoris anteponere voluiſſet.
† Illud ſanè magis mirum eſt, nec aliam rationem quàm 37
libertatis fauorem habere poteſt, quod ſcriptum eſt in
d. l. 3. in fi. Etiam inducto nomine ſerui, quem teſtator
liberum eſſe iuſſerat, liberum nihilominus eum fore.
Hoc enim ſi ſic intelligas quomodo Hugolinus intelle-
xit, vt libertates quamuis inductæ & cancellatæ debean-
tur, pugnabit euidenter cum ſententia próximè præce-
denti, quæ habet voluiſſe teſtatorem irrita eſſe omnia
quæ induxit. Eſt enim ea ſententia generalis, nec minùs
ad libertates quàm ad cætera legata & fideicommiſſa per-
tinens, cùm libertatis fauor nullus ſit contra expreſſam
teſtatoris voluntatem. Rurſus ſi cum Azone & Accurſio
dicas intelligi id debere, cùm non apparet an conſultò
inducta ſit libertas, quaſi priuilegium libertatis illud ſit,
vt inconſultò delata præſumatur, cùm aliud ſit in cæteris
legatis, ſi inductio facta ſit à teſtatore, quod & in du-
bio præſumendum eſt, quando habuit ille penes ſe ſcrip-
turam teſtamenti, vt Caſtr. poſt Bart. & Bald. tractat ad
fin. *l. hoc tit.* vereor ne vim facias verbis legis. Tota enim
reliqua lex eſt de inductione & cancellatione quam
teſtator conſultò fecerit. † Itaque probabilius arbi- 38
tror ea verba, *nomen ſerui quem liberum eſſe iuſſerat, in-
duxit*, de eo ſeruo accipienda eſſe qui non ſolùm liber,
ſed etiam heres ſcriptus fuiſſet. Id. n. erat frequentiſ-
ſimum

ſimũ, vt ſerui & liberi & heredes ſimul ſcriberẽtur. Ideóq;
inducto illius nomine & libertas & hereditas ſimul reuo-
cata videbatur. Cõtrà tamẽ placuit Impera. libertũ eũ nihil-
ominus fore, quaſi per inductionẽ ſola hereditas ablata eſ-
ſet, nõ etiã libertas, quã nihil vetabat vtiliter datam eſſe ei
quoque qui heres nõ eſſet, cùm poſſit libertas ſine heredi-
tate ſeruo obtingere, nõ itẽ hereditas ſine libertate. Hãncq;
interpretationẽ noſtrã illud valde adiuuat, quod in princi-
pio leg. Marcellus refert diu de legatis fuiſſe dubitatũ, &
maximè de legatis collatis in eos heredes quorũ inſtitutio
fuerat inducta. Etſi nõ potuit de ea libertate dubitari quæ
legata fuiſſet ſeruo heredi inſtituto, quia cũ non poſſet ſer-
uus heres eſſe quin liber eſſet, nec legatũ libertatis valeat,
niſi ab adita herditate, *l. vnic. § in nouiſſimo. C. de caduc. toll.*
neceſſe fuit libertatẽ cũ hereditate dari, ac proinde vtrâque
39 tenui inſtitutionis. † Etenim eo nimirũ verſatur fauor liberta-
tis, quòd quãuis ſimul cum hereditate data eſſet, & heredi-
tas ablata fuiſſet propter inductũ nomẽ ſerui, nihilominùs
libertas cõpetat, & quidẽ ipſo iure. Sic. n. explico verba il-
la, *quod videlicet fauore cõſtituit, libertatis.* An quòd cætera
legata iis facta, quorũ inſtitutio inducta fuerat nõ debeãtur?
Imò verò debentur, *d. l. cùm quidẽ 12. de his quib. vt indig.*
cum ea tantùm irrita eſſe placeat, quæ inducta fuerũt, inſti-
tutio autem ſola inducta proponatur, nõ etiã legata, vt pro-
bãt verba illa, *quæ adſcripta erant his quorũ inſtitutio fuerat
inducta.* Sed quia etiam inducta inſtitutione nihil vetabat
cõſeruari legata quæ ſeparatim data eſſent, quæq; cũ inſti-
tutione nihil cõmune haberent: quandoquidẽ ſi vni ex here-
dib. aliquid legatũ ſit, & is portionẽ ſuã repudiauerit, cõſe-
quitur totũ legatũ, cuius partẽ dũtaxat legati iure habitu-
rus erat, ſi adiiſſet, *l. qui filiab. 17. §. vlt. cũ l. ſeq. de leg. 1.* Le-
gatum neq; libertatis ei datũ qui ſcriptus heres nõ fuiſſet, pri-
uilegiũ nullũ in hac re habere poterat. Libertate verò cũ
hereditate ſimul data, difficile erat vt libertas ei ſalua eſſe
deberet, cum hereditas auferretur, niſi fauor libertatis eã ſẽ-
tentiã extorſiſſet. Hoc. n. colore quod æquũ nõ eſſet deterio-
rẽ conditionẽ eſſe libertatis quæ cũ hereditate data eſſet,
quàm eius quæ ſine hereditate. Præſertim cùm libertatem
hereditati cõmmixiſſet neceſſitas, potiùs quàm quòd teſtator
ſenſiſſet, vt ita demũ libertas ſeruo competeret, ſi hereditas
40 quoq; ei deferretur. † Atq; ita totũ hũc titulũ explicandum
eſſe arbitramur, nõ quomodo paſſim cæteri interpretes, qui
heredẽ ſcriptũ, cuius nomẽ cõſultò inductũ ſit ex teſtamẽ-
to heredẽ eſſe volũt, poſſẽq; adire quãuis indignũ, niſi facta
ſit inductio ea mẽte vt legitimi heredes admitterẽtur, quẽ-
admodũ Paul. Caſtr. diſtinguit ad *d. l. vlt. h. t.* Sententiã no-
ſtram apertè illud cõfirmat, nõ ſolùm quod ex Iuliano dixi-
mùs *in d. l. ſi ita ſcriptũ. §. ii autẽ, de bon. poſſ. ſec. tab.* heredẽ
cuius nomẽ inductũ fuit, nõ intelligi ſcriptũ ad adeundam
hereditatẽ (vt intelligamus haberi pro ſcripto, quod ad alias
cauſas perſonaſq; attinet, putà ad legitimos heredes exclu-
dẽdos, & ad legata fideicõmiſſáq; omnia tã quã ex teſtamẽ-
to cõſeruãda; verũ etiã quod Marcell. in *d. l. in pr.* bona hu-
iuſmodi caduca eſſe ſcribit, & fiſco tanquã caduca vindica-
41 ri, quod & Papi. ſcribit *in d. l. cùm quidã.* † Itẽ quod in ead.
l. 3. ſcriptum eſt in hæc verba, *nonnullos opinari id iure ipſo
perimi, quod inductum ſit, cætera omnia valitura.* Non. n. is
ſenſus eſt, quaſi ſint nõnulli, qui cõtra opinẽtur ipſo iure nõ
perimi quod inductũ fuit, ſed vt nõ deeſſent qui hereditatẽ
à legatis diſtinguerẽt, & quãuis ipſo iure perempta in-
ſtitutione per inductionem, legata nihilominus valere cõ-
tenderẽt. Ruſus quod in ead. l. ſequitur ex verbis Impe-
ratoris, *hereditas eius ad eos qui ſcripti fuerint pertinere non
videtur.* Quo. n. iure liceat cuiquam adire hereditatem quæ
42 ad eum non pertineat. † Nec eſt contrarium quod in *l. 1. §.
ſed conſultò quidem.* Vlpian. ſcribit, *conſultò deleta, petentes
exceptione repellendos eſſe.* Id. n. ad inſtitutiones heredum
non pertinet, quæ à nemine peti poſſunt, ſed ad legata cæte-
raq; huiuſmodi ab heredib. ipſis præſtãda, quæ licèt ipſo iu-
re nõ debeãtur cùm deleta ſunt cõſultò, quia tamẽ hoc ip-
ſũ, An cõſultò deleta ſint, nécne, plerũq; obſcurũ, & in fa-
cti quæſtione poſitũ eſt, peti proculdubio poſſunt de facto,
vt pragmatici vulgò loquũtur, magis quàm de iure: ideóque
exceptione repellũtur, ex quo apparuit cõſultò deleta eſſe:
quia propoſitã ſemel actionẽ neceſſe eſt elidi p exceptionẽ,
quæ ipſa tamẽ non põt nõ eſſe iuſta ad eũ repellendũ, cui
nec ab initio actionẽ dari debuiſſe ex euẽtu cõſtat. Idem. n.
plerisq; aliis caſib. euenit, vt ꝑpter implicitã facti quæſtio-
nẽ ei detur, qui ex iuris ratione, ſi de facti veritate ab ini-
tio cõſtaret, nullã actionẽ habere deberet, & cõſequenter
vt exceptionis auxiliũ neceſſarium ſit ei qui alioquin ſatis
tutus ſit ipſo iure. In heredib. non idẽ tractari põt. Etſi. n.
heredũ nominib. & inſtitutionib. inductis æquè diſtinguẽ-
dum eſt an conſultò facta ſit inductio, nécne, hereditas ta-
men nõ petitur ſed acquiritur, & quidẽ ex legis poteſtate,
inuicto facto heredis adeũtis. Lex autẽ certa eſt an cõſultò
deleta ſint nomina heredũ, an inconſultò, licèt id ab homi-
nib. ignoretur, quoniã ea tantùm quæ futura ſunt, & in-
certa lex ignorat, non etiã præterita vel præſentia quæ per
rerum naturã ſunt certa *l. cùm ad præſens. 37. & ſeqq. D. de
reb cred.* ob idq; nõ defert hereditatẽ heredi cuius nomen
cõſultò deletũ fuit, & quem ſcit illa eſſe indignũ. Ita fit vt
nec ſi millies eã hereditatẽ adeat aut pro herede gerat, ſibi
tamẽ poſſit acquirere, quia delatã hereditatẽ eſſe neceſſe eſt
priuſquã per aditionẽ acquiri queat, *l. nec is 17. §. vlt. l. il-
lud 77. & paſſ. D. de acq. her. l. deleta 151. de verb. ſign.* dela-
tio autẽ non per teſtamentũ fit aut teſtamẽti ſcripturã, præ-
ſertim cancellatã, ſed per legẽ mortuo demũ teſtatore ſi te-
ſtamentũ ab initio valuerit, neq; teſtatoris voluntas aut te-
ſtamenti validitas medio tẽpore interciderit. Ideóq; quã-
uis heres adierit, cuius nomẽ inductũ fuit, actiones tamen
hereditariæ ipſi denegantur, vt ait *l. 2.* quia non niſi ei qui
verè heres ſit, & quẽ lex per aditionẽ heredẽ fecerit, com-
petere poſsũt. Alia ratio eſt heredis qui ob id indignus exi-
ſtimatur, quod defuncti necẽ vltus nõ ſit de quo *in l. ſi ſe-
quens 15. & tot. tit. D. ad SC. Silla.* Hic. n. cùm defuncti vo-
luntatẽ retinuerit, adire ſine dubio põt, heréſq; fieri per adi-
tionẽ, adeo vt nec niſi poſtquàm heres factus fuit, indignus
videri poſſit, quia non aliter incidit in Senatuſconſultum
quàm ſi ante habitam de occiſi familia quæſtionem adierit
hereditatem, vel bonorum poſſeſſionem petierit.

Capvt XVIIII.

Ad §. vltim, l. ſi quis ſeruum 8. & ad l. cùm autem 9. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Quænam differentia inter legatũ partis hereditatis & legatũ partis bonorũ conſtituatur, & quomodo ea ab Interpretibus accipiatur?*
2 *Legatarium bonorum omnium non minus ab iiſdem Interpretibus heredis loco haberi quàm ſi bona omnia per fideicommiſſum relicta proponerentur.*
3 *Ex eorundem ſententia, partis hereditatis legata heredẽ qui ſuſpectã hereditatem dicit ad aditionem & reſtitutionem compelli poſſe.*
4 *Differentiam inter ſuperiora duo legata verbalem ſeu vocalem tantum ab iiſdem conſtitui.*
5 *Superior interpretum traditio refellitur.*
6 *Reprobatur quod iidem docent in legatarium partis hereditatis actiones tranſire.*
7 *Rem legatarij tunc demum fieri quum hereditas adita eſt.*
8 *Legatum partis hereditatis non magis quàm legatum fundi facere poſſe vt legatarius heres ſit.*
9 *Hoc admiſſo, legati partis hereditatis eam vim eſſe non poſſe, vt eum qui verè heres ex toto aſſe fuit faciat deſinere heredẽ eſſe.*
10 *In eũ igitur ab in legatariũ partis heredit. iura hereditaria trãſire.*
11 *Nec quod hereditatis pars legata ſit, non eſt ſingula legatarium iuris ſucceſſorem aut heredem fieri.*
12 *Eam hereditatem ſolam dici quæ iuris poteſtate heredem ſeu iuris ſucceſſorem facere poſſit.*
13 *Cur hereditate poſt aditionem vendita vel ex fideicommiſſo reſtituta, actiones in emptorem aut fideicommiſſarium ante Senatuſconſultum Trebellianum non transferrentur.*
14 *Cur & quo ſenſu Vlpian. in l. 2. §.* perueniſſe. de hered. vel act. vend. *dicat ex hereditate vendita æs alienum deducendum eſſe.*
15 *Etiam hodie conſtituta ex Trebell. hereditate heredem ſummo iure à creditoribus hereditarijs conueniri, & aduerſus debitores hereditarios experiri poſſe.*

16 *Soluto partis heredis legato heredem perinde creditoribus hereditarijs ipſo iure obſtrictũ manere ac ſi nulla pars hereditatis legata fuiſſet.*
17 *An eo caſu dicto heredi exceptio reſtitutæ hereditatis accommodetur.*
18 *Legatum partis hereditatis vt cætera particularia legata ſola legis poteſtate, non per manus heredis legatario ipſo iure acquiri.*
19 *Cur legata parte bonorũ non corpora ipſa debeãtur ſed eorũ æſtimatio.*
20 *An præſtiti legati exceptio eidem heredi competere poſſit?*
21 *Supradictum heredem nulla exceptione tueri ſe poſſe, quominus creditoribus & legatarijs omnibus non ſolùm ſtricto iure, ſed etiam cum effectu in ſolidum teneatur.*
22 *Trebellianum SC. ad legatum partis hereditatis porrigi non debere.*
23 *Quænam ratio in legatis partis hereditatis directarum & vtilium actionum tranſlationem in legatarium impediat?*
24 *In quo plus iuris habeat heres quàm legatarius.*
25 *Tranſlationem dominij quæ fit à teſtatore in legatariũ, per legem fieri, eam verò quæ ab herede in fideicommiſſarium non niſi per Senatusconſultum, & alieniam domino per legem conſtituto.*
26 *Heredem à quo teſtator partem hereditatis legauit, ſi ſuſpectam hereditatem dicat, à legatario ad adeundum cogi non poſſe.*
27 *Aliud obtinere in eo cui pars hereditatis ex fideicommiſſo reſtituenda eſt, & qui totam hereditatem adiri & ſibi reſtitui petit.*
28 *Partis fideicommiſſar. eo caſu totam heredit. iure adcreſcendi habere.*
29 *Partis hereditatis legatarium ſi heredem ad aditionem compellere poſſet non integram hereditatem, ſed dimidiæ partis ſingularum rerum hereditariarum dominiũ ex legis poteſtate conſecuturũ.*
30 *Cur tota hereditas relinqui per fideicommiſſum commode poſſit, legari verò non poſſit?*
31 *Cur Trebelliano SCto quartæ retentio nulla permiſſa ſit?*
32 *Pegaſiani Senatuſconſ. occaſio.*
33 *Paſſiuas actiones in legatarium partis hereditatis non tranſire, actiuas vero tranſire.*
34 *Cur in heredem onus æris alieni tranſeat?*
35 *Teſtatorem nequidem expreſſa voluntate iubere poſſe vt legatarius creditoribus hereditariis, non item heres reſpondeat.*
36 *Quam rationem habeat quod D. Pius reſcripſit ex legato partis hereditatis æs alienum deducendum non eſſe.*
37 *Ratio dubitandi & decidendi in eo reſcripto.*
38 *Fideicommiſſariam hereditatem qualis reſtituitur, talem reſtitui qualis in morte teſtatore fuit.*
39 *Reſcriptum illud D. Pij non in odium & incommodum, ſed in fauorem legatariorum factum eſſe.*
40 *Nullam reuera differentiam eſſe inter legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum.*
41 *Differentiam in legibus initio propoſitis conſtituendam eſſe inter legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum, quæ teſtatoris erant mortis tempore.*
42 *Ex legato partis hereditatis æs alienum non deduci, ex legato partis bonorum quæ erant tempore mortis teſtatoris æs alienum pro ſimili portione deducendum.*
43 *Legato partis bonorum ad id tempus relato quo iam aliqua fuerit hereditas, non magis ex eo quàm ex legato partis hereditatis æs alienum deducendum eſſe.*
44 *Legatum omnium bonorum non magis quã legatum totius hereditatis iure valere.*
45 *Quum de fideicommiſſo agitur multum intereſſe an teſtator bonorum ſuorum partem duntaxat, an omnia bona reſtitui iuſſerit.*
46 *Bonis omnibus per fideicommiſſum relictis fideicommiſſum vniuerſale eſſe, & heredem ſi ſuſpectam dicat ad aditionem & reſtitutionem compelli poſſe.*
47 *Fideicommiſſum quoque vniuerſale eſſe, ſi totum patrimonium vel peculium reſtitui teſtator iuſſerit.*
48 *Fideicommiſſum bonorum omnium vniuerſale non cenſeri ſi teſtator* bonorum *nomen propriè, non impropriè pro hereditate acceperit.*

1 LEgari † poſſe partem hereditatis & partem bonorũ ne-
mo dubitat. Sed quænã inter huiuſmodi legata differẽ-
tia ſit, nemo fortaſſe ad hæc vſque tẽpora bene explicauit.
Eſſe autem differentiã aliquã cõtendunt omnes, probariq;
putant ex *l. ſi quis ſeruum* 8. *§. vlt.* iunct. *l. ſeq. de legat.* 2. vbi
ſcriptũ eſt, ſi hereditatis pars legata ſit, non eſſe deducendũ
æs alienum, ſi verò pars bonorum, deducendum eſſe. Quod
ab Accurſio. Bart. aliiſque omnibus interpretibus paſſim
ſi accipi video, vt ex legato hereditatis æs alienum non de-
ducatur, ſed pro qua parte legata eſt hereditas, iura omnia,
& actiua & paſſiua tranſeant in legatariũ, quia hereditatis
perinde actiones cõpetant creditoribus hereditariis, atque
contra ipſum heredẽ. Ex legato autem partis bonorũ dedu-
catur æs alienũ, quia bona non intelliguntur, niſi deducto
ære alieno, cùm bonorum nomen ſimpliciter & naturaliter
ſumptũ nõ ſit nomẽ iuris, ſed corporũ, ideóq; fieri nequeat,
vt ex legato partis bonorũ actiones hereditariæ ſaltem paſ-
ſiuæ in legatarium tranſferantur. Proinde ſi ex legato partis
bonorum æs alienum non deduceretur, eueniret neceſſe eſſet
vt bonorum commodũ legatario acquireretur, incõmodum
verò penes heredẽ remaneret, quod nec voluntati teſtato-
ris, nec æquitati conſentaneũ videretur. † Loquuntur autẽ 2
interpretes de legato partis bonorũ, quia ſi bona omnia le-
gata eſſent nõ dubitant quin perinde ſit ac ſi hereditas ipſa
legata eſſet, vt hoc caſu legatarius bonorũ omniũ, non mi-
nùs heredis loco ſit, quã ſi bona omnia per fideicõmiſſum
relicta proponerẽtur, cuiuſmodi fideicõmiſſũ vniuerſale eſ-
ſe certũ eſt, vt nõ magis bona mobilia & immobilia quam
iura & actiones cõprehendat. *l. nã quod* 14 *§. vlt. cum duab.*
ſeqq. D. ad SC. Treb. Eandẽ namq; rationẽ eſſe volunt lega-
torũ vniuerſaliũ & fideicõmiſſorum vniuerſaliũ, ſicut le-
gata & fideicõmiſſa ſingularia in omnibus, & per omnia
fuiſſe exæquata cõſtat *l. 1. de leg.* 1. † Vnde illud etiã infe- 3
runt, ſi non bonorũ, ſed hereditatis pars legata fuerit, cogi
poſſe heredẽ qui ſuſpectã hereditatẽ dicat, vt hereditatem
adeat, eámq; partẽ reſtituat, quia & ſi per fideicõmiſſum ea
pars hereditatis relicta eſſet, cogi poſſet heres ad adeundã
& reſtituendã hereditatẽ, & vtroq; caſu actiones trãſeant
tam in legatariũ, quà in fideicõmiſſariũ partis hereditatis,
quod poſt Accurſiũ expreſſim tradit Bart. ad *l. mulier* 22. *§.*
vlt. D. ad SC. Treb. † Ita ſit ſi interpretib. credimus, quod & 4
ipſi fatẽtur, vt in effectu nihil planè interſit an hereditatis
pars legata ſit an bonorũ, nec niſi verbalis, vt aiũt, & voca-
lis differẽtia illa ſit, quàm prudentib. traditã volũt *in d. l. ſi*
quis ſeruũ, §. vlt. & l. ſeqq. de leg. 2. Siquidẽ vtroq; caſu vo-
lunt, onus æris alieni re ipſa ſequi legatariũ, qui vtique de-
ducto ære alieno tãtò minùs percipiat ex legato cũ legata
eſt pars bonorũ. Nulla verò facta deductione, id eſt cũ le-
gata fuit pars hereditatis, pro ea parte creditorib. reſpõdere
teneatur. Quid. n. refert an legatarius obligetur ad æs alienũ
ſoluẽdũ credit. an heredi. † Hoc verò primũ eſt quod facit 5
ne mihi hæc interpretũ traditio probari poſſit, licèt ſubtilẽ eã
dicat Caſtr. & probet. Nõ. n. poſſũ credere prudẽtes in diffe-
rẽtia illa proponẽda, quæ extat *in d. l.* 8. *& 9. de leg.* 2. ad ſonũ
verborũ magis quàm ad rei effectũ reſpexiſſe. † Nec illud 6
rurſus intelligo, qua ratione fieri queat, vt in legatariũ par-
tis hereditatis trãſeant actiones. In eóq; potiſſimũ & inge-
nia, & imprudẽtiã noſtrorũ interpretũ demiror. Et ſi namq;
nõ ignoro heredit. appellatione iura quoq; & actiones cõ-
tineri, quæ tota eorũ ratio eſt, id tamẽ ad eã hereditatẽ per-
tinet, quæ verè ſit hereditas, id eſt quæ faciat heredẽ, & he-
redi ipſi per legẽ deferatur, nõ ad eã quæ iã ſemel heredi acqui-
ſita, deſierit eſſe hereditas, factáq; ſit patrimoniũ heredis.
Qualis procul dubiò illa eſt, quæ legatario partis hereditatis
ex legato debetur & acquiritur. Nõ enim legatũ huiuſmodi
facere põt, quominùs heres inſtitutus reuera heres ſit, &
quidẽ ex toto aſſe, cũ nec aliter legatũ hoc deberi poſſit, vt
neq; cętera quin hereditas adita ſit, *l. ſi nemo* 9. *D. de teſt. tu-*
tel. l. ea quã 4. *C. de fid.* quæ porrò cũ heredi acquiri pro parte
nõ poſſit, neceſſe eſt vt ei vel inuito in ſolidũ acquiratur. † 7
Nec eſt quod quis obiiciat legatũ ita facere rẽ legatã lega-
tarij, vt hereditas facit heredis res ſingulas *l. legatũ* 80. *de*
leg. 2. Id enim ita verũ eſt, ſi hereditas ſit adita, quia per adi-
tionẽ cõfirmari legata omnia neceſſe eſt, vt eorũ dominiũ
ex poſtfacto appareat recta via trãſiſſe à teſtatore in legata-
rios, *l. ſi tibi homo.* 87. *§. cum ſeruus, de leg.* 1. iũct. *l. a Titia* 64.
D. de furt. Cúmq; fiat ea dominij trãſlatio per retrotractionẽ,
ſicut heres ipſe quãdocunq; adeat hereditatẽ, iã inde ab ip-
ſo die mortis eã adiiſſe retrofingitur. *l. heres quãdocunq; D.*
de acq. here. l. omnia de reg. iur. eſt res hæc ex earũ numero in
quib. quid anteà fuerit, ex euẽtu apparet, *l. quædã* 15. *D. de*
reb. dub. l. quo res 98. *§. rẽ antẽ. D. de ſol.* Nã ſi legatarius re-
pudiet legatũ, nunquã eius fuiſſe intelligitur. Contrà verò
ſi id agnoſcat, tranſit in eũ rei legatæ dominiũ recta via, id
eſt quaſi nunquã factũ heredis. Atqui nõ põt agnoſcere niſi
adita demũ hereditate, vt dixi. † Cõſequẽs igitur eſt vt quã- 8
uis perinde fiat domin⁹ rei legatæ, ac heres ipſe ſit domin⁹
hereditatis, non poſſit tamẽ hereditatis dominus fieri is cui
pars hereditatis legata eſt, quia & iuris intellectu, & naturæ
ordine prius eſt vt hereditas heredi deferatur & acquira-
tur, quàm vt legatũ etiã hereditatis, legatario acquiratur,
aut acquiſitum retrofingatur. Legatum enim heredita-
tis non magis quam legatum fundi poteſt facere heredem,
quia

quia per hereditatem is demum heres fit cui lex ipſa defert hereditatem, non cui hereditas ab homine datur ſiue legati iure ſiue fideicommiſſi: lex autem non alij quàm heredi ſcripto defert hereditatem ex teſtamento, ſicut nec ab inteſtato alij quàm vel ſuo heredi vel agnato, cognatóve proximiori: nunquam legatario, nec ſi millies hereditatis legatarius proponatur, quia nec legatum ex teſtamento aliter valere patitur, quàm ſi teſtamentum ipſum valeat, quod porrò ſicut ex heredis inſtitutione vires accipit: ita ex hereditatis aditione confirmari neceſſariò debet vt legatum debeatur. Et verò quomodo fieri poſſet, vt legatum partis hereditatis acquireretur legatario ſi heres non niſi pro alia hereditatis parte quæ legata non eſſet, heres fieret? A quo partem illam ſibi legatam haberet legatarius? an fortè à ſeipſo? An ab herede qui pro hac parte legata, heres neque fuiſſet vnquam, neque fuiſſe retrofingeretur? An denique à teſtatore ipſo qui legatarium hunc eſſe voluit non heredem, aut à lege quæ teſtatoris voluntatem ſubſecuta nunquam alium facit heredem, quàm cui priùs teſtator ipſe dederit hereditatem, & quidem tanquam heredi & iure vniuerſalis
9 ſucceſſionis, non iure legati? † Porrò hoc admiſſo, quod niſi euerſa tota iuriſprudentia negari non poteſt, legatum partis hereditatis non facere vt legatarius heres ſit, nec proinde quominus heres inſtitutus ex toto aſſe ſit heres. An non illud etiam admittendum eſt, legati huius vim illam eſſe non poſſe vt faciat eum qui verè & ex toto aſſe heres fuerit deſinere heredem eſſe? id enim etiam repugnaret certiſſimæ iuris regulæ, quæ non patitur vt vllo caſu ſemel heres deſinat eſſe heres *leg. ait. prætor.* 7. *§ ſed quod Papinianus. De minor. l. ei qui ſoluendo* 88. *de hered. inſtit.* niſi cùm vel per querelam inofficioſi teſtamenti euerſum eſt teſtamentum, *leg. circa* 24. *& paſſ. ff. de inoffi. teſtament.* vel heres factus in ſeruitutem redactus
10 eſt, *l. ex facto* 43. *§. vlt. De vulg. & pupil. ſubſt.* † Atqui quiſquis heres eſt ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato, in eum neceſſe eſt tranſire actiones iuráque omnia & actiua & paſſiua, vt & à creditoribus hereditariis ſolus conueniri poſſit & actiones hereditarias contra debitores ſolus exercere, cum ſucceſſor ſit vniuerſi iuris quod habuit defunctus, eaque iurium omnium tranſlatio fiat ſola poteſtate legis duodecim tabularum, quæ hac in re de ſolis heredibus non etiam de legatariis locuta eſt, *l. 1. C. ſi certum petatur. l. 2. l. vltim. & paſſ. C. de hered. action.* † Nec
11 quod hereditas legata ſit non res ſingulæ, facere poteſt legatarium iuris ſucceſſorem, vt nec heredem, quia ex quo inſtanti heredi acquiſita eſt per aditionem hereditas, deſinit illa eſſe hereditas, cœpitque dici & re vera eſſe patrimonium heredis. Nam cùm hereditas ſit nomen iuris ſola legis poteſtate ac fictione inductum, vt heredem facere lex poſſet, & vt ante aditionem non deſit perſona quæ defuncti vicem & perſonam repræſentet, quemadmodum pluribus aliis locis tractatum à nobis & explicatum eſt, apparet hereditate adita, nullam huiuſmodi fictionis retinendæ ac perpetrandæ neceſſitatem ſubeſſe, quia heres ipſe eſt, qui cùm non ſola fictione iuris ſed reuera & homo & perſona ſit, defuncti hominis perſonam
12 multò meliùs & commodiùs repræſentat. † Quod ſi hereditas per aditionem eſſe deſinit aditionem verò hereditatis præcedere neceſſe eſt vt legatum partis hereditatis deberi poſſit, optima & neceſſaria conſecutio eſt legatarium etiam cui pars hereditatis ſoluta ſit ab herede, non idcirco vel heredem vel iuris ſucceſſorem fieri poſſe, quia ſola hereditas illa eſt quæ iuris poteſtate heredem facere poſſit, & quod idem eſt iuris ſucceſſorem, non autem nudum
13 nomen hereditatis impropriè & abuſiuè ſumptum. † Alioqui dicendum eſſet hereditate poſt aditionem vendita, quæ nec ante vendi poteſt, emptorem heredem fieri, & tanquam heredem, quod eſſet omnino conſequens a creditoribus hereditariis conueniri debere, quod tamen falſum eſſe conſtat. *l. 2. Cod. de hered. vel act. vendit. l. 2. Cod. de pact.* Similiter dicendum eſſet, etiam ante SC. Trebell. tempora, ita ius fuiſſe vt ex fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione actiones in fideicommiſſarium transferrentur, quod ſi verè diceretur, non erat cur in eam rem fieret SC. cuius tamen auctoritas vel ob id vnum fuit neceſſaria vt actiones hereditariæ ab herede in fideicommiſſarium transferri poſſent. Nam vt cogeretur heres ad adeundam & reſtituendam hereditatem quam vel repudiaſſet vel ſuſpectam diceret, non Trebel. SC. factum eſt ſed Pegaſiano. Hæc verò omnia cur ita? Niſi quia cùm hereditas venditur, aut ex fideicommiſſo reſtituitur, iam deſiit ea eſſe hereditas quæ poſſit facere coheredem, nec dicitur hereditas quia eſt, ſed quia fuit, & vt appareat facta confuſione vtriuſque patrimonij & quod fuerit teſtatoris, & quod ipſius heredis proprium, non aliud tamen patrimonium in venditionem aut fideicommiſſi reſtitutionem venire, quàm quod à teſtatore ad heredem peruenerit. Nam cùm a proprio heredis patrimonio ſeparandum ſit, non aliter tamen aut commodius ſeparari poteſt quàm ſi hereditas dicatur quod aliquando fuit hereditas; licet nunc neque hereditas ſit neque fieri amplius poſſit, *l. vltim. ff. ſi pars hered. petat.* Indéque eſt quòd quemadmodum vendita hereditate id demum intelligitur venditum quod ex hereditate ad venditorem peruenerit, ita nec aliud peruenisse creditur, quàm quod peruenit, non prima ratione (quoniam ita fieret vt hereditas ipſa qualis quantáque fuit ante aditionem vendita diceretur, & conſequenter cum onere æris alieni, & cum eo commodo vt perinde fieri poſſet heres emptor ac fuit heres venditor) ſed cum effectu vt Vlpian. loquitur in *leg. 2. § peruenisse. ff. de hered. vel act. vend.* † vbi ex hoc infert deducendum eſſe æs alienum, non quaſi ea quæ verè eſt hereditas dici poſſit aut intelligi deducto ære alieno vt pariùm ſubtiliter quidam putant, ſed quia nec hereditas amplius eſt poſt aditionem, ſed patrimonium venditoris, quòd cùm non poſſit ipſo iure ſequelam habere ſecúmque trahere alieni æris hereditarij obligationem, quandoquidem venditor heres manet, neceſſe eſt deduci æs alienum non vt quantitas bonorum venditorum per eam deductionem minuatur, quomodo minueretur legatum bonorum in ſpecie *dict. l. cum autem 9. de legat. 2.* ſed vt ſi venditor poſt venditionem conuentus a creditoribus hereditariis coactúſque iis ſoluere, velit indemnitatem conſequi ab emptore actione ex vendito non poſſit emptor obiicere ſibi vendita fuiſſe bona hereditaria, nullo affecta onere aut incommodo, totúſque æris alieni onus penes venditorem qui heres manſerit, remanſiſſe. Nomen enim ipſum hereditatis venditæ oſtendit; quamuis hereditas illa verè non fuerit, tamen id actum fuiſſe inter contrahentes, vt emptor loco heredis conſtitueretur, nec proinde aliud commodum ad emptorem ex emptione ſpectare poſſit, quàm quod venditor erat retenturus ſi hereditatem non vendidiſſet. Non fuit autem retenturus niſi quantum deducto ære alieno ſuperfuiſſet, quoniam ad quantitatem vſque æris alieni tantò minùs ex hereditate ad eum peruenit, potéſtque dici tantò factus pauperior ex cauſa æris alieni quantò factus eſt locupletior ob repertam in hereditate quantitatem eam bonorum quam diſtrahi neceſſe erat, vt creditoribus hereditariis ſatisfieri poſſet: exemplo eius quod Papinianus ſcribit in *lege quod bonis* 15. *§. ex donationibus. D ad leg. Falcidiam.* † Adeò autem verum eſt ſolum nomen hereditatis non poſſe facere; vt alio herede exiſtente is in quem hereditas ita transfertur, nec tamen heres fiat, obligetur æri alieno, vt etiam hodie reſtituta ex Trebelliano hereditate poſſit adhuc heres à creditoribus hereditariis & legatariis conueniri ſummo iure, non minùs quàm ſi hereditatem non reſtituiſſet, hac ſola differentia, quod ſi ab iis conueniatur, habet exceptionem hereditatis reſtitutæ, ſicut & agens ex vi directarum actionum contra debitores hereditarios, quod etiam ſtricto iure facere poteſt, eadem reſtitutæ hereditatis exceptione repelli poteſt, *lege ita tamen* 27. *§. qui ex* 14

15

Trebelliano. Digeſt. ad Senatuſconſultum Trebellianum.
nimirum quia ſenatuſconſultum Trebellianum ſicuti fa-
cere non potuit vt heres per hereditatis reſtitutionem
heres eſſe deſineret, ita neque vt actiones directæ quæ
& heredi & in heredem ex duodecim tabularum lege
competunt, in fideicommiſſarium transferrentur, ſed vti-
les duntaxat, *leg. prima. l. ſi heres 75. & paſſ. eodem titul.*
non magis quam vt in veri heredis perſona non maneant
actiones omnes quibus defunctus, & conuenire potuit,
& conueniri. Quid enim aliud eſt heredem eſſe quàm
iurium & actionum omnium quæ & defuncto, & con-
tra defunctum competierunt, inque eius hereditate
16 conſtiterunt, eſſe manereque ſucceſſorem? † Atqui,
vt ad legatum partis hereditatis de quo agimus redea-
mus, nemo dixerit maiorem illius legati vim eſſe debe-
re ad transferandas in legatarium hereditarias actiones,
quam fideicommiſſi vniuerſalis hereditatis reſtituendæ,
vel ex ipſa interpretum traditione, quæ vult legata vni-
uerſalia fideicommiſſis vniuerſalibus fuiſſe exæquata.
Ergo fatendum eſt, ſoluto quoque huiuſmodi legato, he-
redem perinde creditoribus hereditariis ipſo iure obſtri-
ctum manere, acſi nulla pars hereditatis fuiſſet lega-
ta, nec aliter indemnitati conſuli poſſe quàm ſi ac-
commodetur ei exceptio quæ poſt reſtitutam ex fidei-
17 commiſſo hereditatem ei accommodaretur. † Quænam
autem exceptio? An illa ipſa de qua modò diximus, re-
ſtitutæ hereditatis? Nequaquam. Non enim ſolutio lega-
ti partis hereditatis, reſtitutio hereditatis eſt. Siquidem
cùm hereditatem reſtitui dicimus, hoc ſignificamus,
Heredem fideicommiſſario reddere quicquid habuit
ipſe à defuncto, vt in heredis locum fideicommiſſarius
ſubſtituatur: quia nec de alio intelligitur rogatus heres
qui rogatus eſt hereditatem reſtituere quam vt ſuo loco
fideicommiſſarium conſtituat, *lege ſecunda. D. eodem
titulo*: nec fieri poteſt, vt fideicommiſſi commodum vl-
lum acquiratur fideicommiſſario, niſi per manum here-
dis, & interueniente ipſius facto in ipſa hereditatis reſti-
18 tutione. † At legatum hereditatis non per manus here-
dis acquiritur legatario, ſed vt cætera legata omnia ipſo
iure, ac ſola legis poteſtate, heredis nunquam factum,
quemadmodum ſuprà diximus ex *dict. leg. legatum* 80.
De legat. 2. quamuis non ſim neſcius Bartolum ſeparare
hac in re legata vniuerſalia à ſingularibus, quaſi ſingula-
rium ius proprium illud ſit, non etiam vniuerſalium vt
eorum dominium recta via tranſeat à teſtatore in lega-
tarium, ex *l. non amplius. §. cum bonorum*, vbi ſic ille *De le-
gat.* 1. In quo etiam ſanè fallitur. Eadem enim quod ad
omnia legata pertinet vis & poteſtas legis eſt, vt quemad-
modum hereditatem quantumlibet ſit illa ius vniuerſale,
ita defert heredi, vt ſtatim faciat illius res ſingulas, ita &
legata parte hereditatis faciat legatarij pro ea parte res
ſingulas quæcunque in hereditate reperiuntur. Nam &
hoc legatum eodem prorſus iure ac modo quo cætera,
hereditatis delibatio eſt, cùm teſtator ex eo quod vniuer-
ſum heredis futurum erat, id eſt ex tota hereditate partem
hereditatis legatario collatam voluerit, neque diuerſitatis
ratio reddi poteſt, cur legata parte hereditatis non
poſſit lex facere legatarij pro ea parte res ſingulas, æque
ac faceret heredis totas res hereditarias, ſi legatum nul-
lum factum eſſet, aut legatarij legatam rem ſingularem.
† Nec Bartolum mouere debuit, quòd legata parte bono-
19 rum non corpora ipſa debentur, ſed eorum æſtimatio *d. §.
bonorum.* Id enim propriam habet rationem, quia cùm ex
eo legato deducendum ſit æs alienum, quod tamen ex
ipſis bonorum corporibus deduci non poteſt non magis
quàm ex iure. *l. cogi* 16. *§. inde quæritur. D. ad SC. Trebel.*
non aliter dici poteſt fieri vt legatum præſtetur eo modo
quo teſtator voluit, quàm ſi bonorum æſtimatio inea-
tur, vt ita conuerſis corporibus in pecuniam, quantitas
ex quantitate deducatur, & quod deducto ære alieno ſu-
pererit, id demum præſtetur. Id verò legata parte heredi-
tatis, non ſimiliter tractari poſſit, quia ex eiuſmodi lega-
to non eſt deducendum æs alienum, vt reſcripſit Diuus
Pius, ideóque nihil impedit quominus ſingularum rerum
dominium recta via in legatarium a teſtatore transfera-
tur. Nullo igitur facto heredis in eam rem opus eſt, nulla
reſtitutione, vt legatarius heredis loco ſubſtitutus dici
poſſit, & conſequenter ſi qua exceptio heredi danda eſſet
aduerſus hereditarios creditores ob legatam alteri par-
tem hereditatis, non poſſit illa dici exceptio reſtitutæ he-
reditatis. † An ergo exceptio præſtiti legati? Atqui prorſus 20
incognita, & ante hunc diem inaudita eſt talis excep-
tio, neque verò competere poteſt, quia nec præſtatio vlla
legati neceſſaria eſt, vt nec reſtitutio hereditatis ad do-
minium in legatarij perſonam transferendum, ſufficien-
te videlicet legis poteſtate. † Ergo nulla exceptio eſt cu- 21
ius remedio poſſit conſuli huic heredi à quo pars here-
ditatis relicta eſt, quominus & creditoribus & legatariis
omnibus non ſolùm ſtricto iure, ſed etiam cum effectu
in ſolidum teneatur, nec ſi ius illud quod à ſenatuſcon-
ſulto Trebelliano in fideicommiſſariis hereditatibus
conſtitutum fuit legatum hoc transferre velis, quod
pertinet ad vtilium actionum tranſlationem, cum non
idcircò exceptionem hereditatis reſtitutæ inductam fa-
uore fideicommiſſarij ad legatarium hunc, vt diximus,
porrigere poſſis. † Quanquam nec illud defendi poteſt 22
ſenatuſconſultum Trebellianum quod de fideicommiſ-
ſariis tantùm hereditatibus locutum eſt ad hereditatis le-
gatum porrigi debere, non ob id ſolùm quòd de legatis
nihil dixerit, quódque in legatis locum non habeat ratio
illa quæ Senatum præcipue mouit, quia nemini fidem
ſuam periculoſam eſſe oporteat, vt ait *leg.* 1. *ill. tit.* lega-
ta enim non ex heredis fide pendent ſed ex legis iuriſque
ciuilis poteſtate cui fuerunt incognita fideicommiſſa)
ſed quia neque fieri potuit, vt de legatis ſenatuſconſul-
tum loqueretur ſiue vniuerſalia eſſent, ſiue ſingularia,
propter eam rationem quam iam attigi: quòd cùm fidei-
commiſſa omnia ex heredum fide pendeant, nec ante re-
ſtitutionem ab herede factam fideicommiſſario acquiri
poſſint, non fuit difficile facere vt in heredis locum per fi-
deicommiſſi reſtitutionem fideicommiſſarius ſubſtitueře-
tur, atque ita in eum iura omnia & actiua & paſſiua
transferrentur quæ penes heredem fuerant remanſura.
Neque lex vlla fuit impedimento quominus actiones vti-
les & fideicommiſſario & contra fideicommiſſarium
competerent, herede manente herede, ideóque penes ſe
directas retinente. † In legatis verò etiam partis heredita- 23
tis, non illa tantùm ratio directarum actionum tranſla-
tionem impedit, quòd heres non eo minùs ex toto aſſe he-
res fiat, factuſque maneat, vt diximus, ſed illa etiam ne
vtiles transferri poſſint, facit quod legatum non aliter
valeat quàm ſi per legem duodecim tabularum confirme-
tur, quæ porrò quoties legata confirmat eodem prorſus
modo confirmat quo & ipſam heredis inſtitutionem: ſit.n.
totius teſtamenti confirmatio iiſdem verbis illis legis ge-
neralibus *paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſet, ita ius eſto.*
Sic euenit, vt ſicuti hereditas delata per legem acquiritur
heredi nullo alterius hominis quàm heredis ipſius adeun-
tis facto interueniente, ita & eiuſdem legis poteſtate le-
gata, & deferantur legatariis & immediatè acquirantur,
non per manus heredis, cuius facto alio non eſt opus,
quàm vt adeat hereditatem. † In eo námque ſolo plus iu- 24
ris habet heres quam legatarius, quòd hereditatis delatio
non habet conditionem illam tacitam, ſi legatarius ag-
noſcet legatum, legati autem delatio neceſſariam habet
conditionem, ſi heres adierit hereditatem. Cæterùm
adeunte herede tam citò fit legatarius dominus rei lega-
tæ, quàm heres dominus ſingularum rerum hereditate nõ
legatarum, nec transfertur dominium legati in legata-
rium ab herede, quomodo transfertur in fideicommiſſa-
rium, ſed à teſtatore. In fideicommiſſarium præſertim vni-
uerſalem contrà, non à teſtatore ſed ab herede, adeò vt nec
per reſtitutionem verè dominus fiat fideicommiſſarius,
ſed tantùm incipiant res hereditariæ fieri in eius bonis,

l.3 D.ſi vſusfruct. petat l facta. ſe[illegible]geſimatertia. D.ad Se-
25 *natuſconſultum Trebell* † Tran[illegible] don[illegible]nij quæ ſit [illegible] teſtatore in legatarium [illegible] pe[illegible] verò ab herede in fideicommiſſ[illegible] Senatuſcon-ſultum & alio iam domino, [illegible] Ergo hoc nullo modo poteſt v[illegible] nium, d[illegible] gatar[illegible] hac[illegible] [illegible]
26 [illegible] x duo-[illegible] quan[illegible] tanta ad[illegible]ne, v[illegible] , quia ſi [illegible] eue[illegible] aditionem[illegible] ter-mat per leg[illegible] par[illegible] antum h[illegible] quæ le-g[illegible] det legatario [illegible], reliqua [illegible] es he-red[illegible] maneret, qui proinde & inuitus & [illegible] alieno commo[illegible] her[illegible] tatis oneribus ſaltem pro parte ob-
27 ſt[illegible]nger[illegible]ur.† Quod enim obtinet in fideicommiſſis vni-uerſalibus, [illegible] ex[illegible] p[illegible] ulante eo cui non niſi pars he-reditatis ex [illegible] reſtituenda eſt cogatur heres ad[illegible]re, [illegible] neque h[illegible] reſtituere, ita [illegible]ctiones cum [illegible] & in ſolidum [illegible] tant in eum qui [illegible], non ſim[illegible] hereditati [illegible] legatario indui poteſt, qu[illegible] fidei-commiſſ[illegible] tius partis [illegible] habet ne pro [illegible] quidem parte [illegible] tra reſtitutionem al[illegible] herede faciendam [illegible] res ve-rò ſicut pro fideico[illegible] miſſaria portione reſtituenda to-tam hereditatem adire c[illegible]ctus fuit, quam nec pro parte ad [illegible] potuit, ita & [illegible]tam reſtituit, cum & ad [illegible] & reſti-tu[illegible] fi[illegible] dem prætoris imperio, nec adire [illegible] he-
28 res, [illegible] etiam [illegible] teſt tuetur tobeatur. † Neque tane fieri poteſt [illegible] redit[illegible] quæ in perſona heredis & tota & vna eſt, in per[illegible]na f[illegible] miſſarij dimidiatur, vt pars dum-[illegible] eſt[illegible] veniat, & pars maneat penes heredé, [illegible] ari poſſit heredi qui adi[illegible] coa-[illegible] hereditatem nolit ſibi re-[illegible] poſſit cur anteà voluerit, [illegible] nem ſciebat, nec niſi [illegible] nec pro[illegible] totam [illegible] nulla ex [illegible] heres [illegible] tatem [illegible] ſi in-[illegible] pollit, cũ [illegible] pote to-[illegible] & vn[illegible]
29 [illegible]

[illegible]

[illegible] hereditatem [illegible] duodecim

tabularum neceſſe eſt i[illegible] ſolidum denoui, vel ob hoc ip-ſum vt legatum valeat [illegible] non valeret. Aliúdque re-medium nullum [illegible]ndi heredis, ſi non ipſo iure ſolem in e[illegible] in h[illegible]dis locum legatarius ſubſti[illegible]tuetur, q[illegible] t quæ legatarium, vt d[illegible]us, v[illegible] poſt heredem, neque [illegible] nede[illegible] h[illegible]ditatem reſtituere, [illegible] ue a[illegible]nd q[illegible] nſlus eſt. † Vnde illud 30
[illegible] eſt, q[illegible] namus [illegible] ditas per fideicommiſ-ſu[illegible] qu[illegible] ode, [illegible] rogatus heres intel-gr[illegible], [illegible] oc fidei[illegible] on ſtituat, omni[illegible] heredi tas leg[illegible] on[illegible] pars hereditatis, [illegible] qui, vt non nulli putant, [illegible] vt legatarius heres po[illegible] quam le[illegible]at[illegible]ius dicendus eſſet (neque enim eo in[illegible] ſepiæ ent[illegible] et perſonam defuncti in ſolidum tanquam qui ſucceſſor eſſet iuris vniuerſi quod defun-ctus habuiſſet, ideóque & creditoribus omnibus ſatisfa-cere teneretur) ſed quia ex Falcidia obſtat, quæ non pa-titur exhauriri legatis hereditatem, at ne quidem onerari ſupra dodrantem vt heres non ſolum nomine, ac iure ip-ſo heres ſit, ſed etiam cum eff[illegible]ctu & commodo aliquo, cuius ſpe allectus poſſit [illegible] inuitari ad adeundum ad confirmanda quoque legata [illegible] quæ alioqui intercede-rent [illegible] adita hereditate. Licentiam enim illam legandi facul[illegible] tem quam lex du[illegible]cim ta[illegible]ularum primùm con-ceſſer[illegible], leges autem Furia, & Voconia reſtrinxerant, & repreſſerant, [illegible] alte[illegible] lex F[illegible] a reſt tuit quan hac lege & con[illegible] tione, v[illegible] ius [illegible]tatis quadrans penes here[illegible] maneret, *l.1 ff. ad l. Falcid.* vt pluribus ſupe-rius [illegible] 6 [illegible]. † Quod [illegible] a[illegible] ſtitut[illegible] nec[illegible] n[illegible] ſuiſſet, 31
ſi in hereditatis totius legatarium actiones cum eff[illegible]ctu tranſ[illegible] ent, ſicut ne[illegible] uſconſulto T[illegible]bellano villa quantæ [illegible] ntio permiſſ[illegible] ſt, ne tum qu[illegible] tota hereditas ex fideicommiſſo reſtituitur, qu[illegible] eſt [illegible] ficere poſſe heredi ne ab adeun[illegible] here[illegible] tur, ſi nullum ex hereditate aditione d[illegible] poſſet, quamuis nec lucrum aliquod ex ea c[illegible] nt, † etſi comperto tandem quòd multi nulla [illegible] ſpe 32
propo[illegible] ſu[illegible] remas [illegible] nt[illegible] nec exim[illegible] ctu [illegible] fuit [illegible] res [illegible] teſta [illegible] prol[illegible] tum [illegible] vt hab[illegible]

[illegible]

T[illegible] a[illegible] ta illa [illegible] L[illegible] 33
[illegible] qu[illegible] ad[illegible] tuas [illegible] antur, [illegible] quis [illegible] ſua [illegible] ruer[illegible] *arus 3[illegible] de D. [illegible] erbor. [illegible].* Sed paſſim [illegible] eſt, ex q[illegible] ne ap[illegible]tens ſi[illegible] non [illegible] an[illegible] in[illegible] ſua[illegible] here[illegible] tis, qui non teſt[illegible] ne [illegible] deb[illegible] ideoque & æs alienum a[illegible] & ex [illegible] rum quantitate de[illegible] tur, quia ne[illegible] poteſt id [illegible] quod [illegible] mu[illegible] nus actionem quam alius [illegible] poſſit exercere. Atqui ſine quis hereditatem [illegible] ſine qua ali[illegible] rat[illegible] bonorum ſuorum vniuerſita-[illegible] non alienare aliam poteſt, quam qui[illegible] in[illegible] æ[illegible] aut [illegible] legando, quia legatum [illegible] no[illegible] reliquitur, inquit Vlp. [illegible] T[illegible] ulis tit 22. [illegible] teſtator diſponens de ære alieno non magis poteſt, quàm ipſis creditoribus leg[illegible] dare,

& contra quem aut quatenus [illegible] debeant præſcribere. Idque fit ex verbis illis generalibus legis duodecim tabularum, *Paterfamilias vti* [illegible] *ſſet ita ius eſto. l. verbis legis. 120 D. de verb.* [illegible] dici poteſt æs

34 noſtrum eſſe, quod [illegible] quie [illegible] ſit in heredem bnus [illegible] re ex diſpoſiti [illegible] lunta te ſed vel [illegible] poteſtate, quæ ſicut & [illegible] & [illegible] ſu [illegible] ona quæ detr [illegible] & [illegible] dem in omnibus [illegible] quo [illegible] cer ebatur, vt perinde & [illegible] tebant exercere poſſit [illegible] nat. Proinde lex ipſa [illegible] nonſlegatarium, quia & [illegible] ille eſt, qui de ſpicijs [illegible]

35 † Adeò vt ne [illegible] la vo [illegible] teſta [illegible] iubere vt legatarius quantum libet [illegible] ad æris alieni exſolutionem, creditor [illegible] pondere debeat non heres, quoniam [illegible] vt dixi, de re aliena [illegible]. Quod facere poteſt, hoc vnum eſt vt iubeat [illegible] nitatem æris alieni pæti [illegible] parte quæ eſt legata [illegible]. Sed non ideò fiet, vt alius quàm heres a creditoribus [illegible] tarnis poſſit conueni [illegible] que heredi [illegible] eſt, vt contra legatarium [illegible] gatum [illegible] gere poſ-

36 ſit ex teſtamento [illegible] Igitur vt ad inſtitutam tractationem [illegible] us, qu [illegible] Pius reſcripſit ex legato [illegible] hereditatis non eſſe deducendum æs alienum, cum ratione non habet quam ad [illegible] quod hic legatarius ad onus illud æris [illegible] quòdque in eum paſſiuæ [illegible] potius quòd legatarius [illegible] & eſſe debebit [illegible] quippe quæ ad alium ſpectare [illegible]

37 [illegible] *heredita* [illegible] que facere [illegible] quæ, vt [illegible] quæ [illegible] non [illegible] ex op [illegible] legare [illegible] quæ [illegible] modo haben & [illegible] de qua man [illegible] ſtiam [illegible] perueni [illegible] Quam [illegible] ſed & a [illegible] que [illegible] Cum [illegible] vero [illegible] e he [illegible]

38 legatarij, alius here [illegible] fide comm [illegible] vnius [illegible], cui [illegible] fideicommiſſ [illegible] reſtitui teſtator iuſſit. Tunc en [illegible] inde verum eſt hereditat [illegible] deſiſſe [illegible] quæ [illegible] ſit patrimonium heredis, appar [illegible] torem in fideicommiſſo relinquend [illegible] hereditate in effectu reſtituenda quæ al qu [illegible] reditas fuiſſet, adeoque ſi ſic [illegible] ipſo fide [illegible] miſſario herede faciendo. Nam vt Vlp. [illegible] *in l. fi* [illegible] *deicommiſſaria. D. ad S. C. Trebell.* quoties quis her [illegible] tem reſtituere rogatus eſt, id videtur rogatus reddere, non quod nunc eſt hereditatis, quæ ſcilicet [illegible] nulla eſt, ſed quod fuit [illegible] mortem [illegible] teſtat [illegible] e, quo demùm tempore vera eſt here [illegible] quia reſtitutio fit per manus heredis, in cuius locum [illegible] commiſſarius ſubſtituitur tanquam ſecundus quidam heres. [illegible] que reſcri-

39 ptum illud D. Pij, quod interpretes [illegible] in odium & incommodum legatarij factum eſſe, reſpicit proculdu-

bio eius fam [illegible] toribus h [illegible] tur, vt neque [illegible] veteie [illegible] [illegible]

40 [illegible]

41 [illegible] in leg [illegible] leg [illegible] & [illegible] quæ [illegible]

42 [illegible]

43 [illegible]

44 [illegible] pe ſſe [illegible] legibus [illegible] ſola tradi [illegible] tis bonorum [illegible] hoc non e [illegible] legatum vniuerſa [illegible] cant in leg [illegible] actione [illegible] omnium bonorum non magis valere [illegible] quam

tam

[illegible] Falcid. æ prohibitio-
[illegible] o mag [illegible] en in le-
[illegible], quæ per le[illegible] duodeci-
[illegible] niſi in [illegible]. Qui
[illegible] non crediđit ſeparanda e[illegible]
45 [illegible] leg[illegible] miſſis.† Nam cùm de fi[illegible]
agitur [illegible] an teſtato bon[illegible]
[illegible] du[illegible] ſtitui iaſſerit, an [illegible] bo-
[illegible] ote caſu [illegible] eſt quod ille [illegible] ſum
[illegible] vniuerſale ſed ſingulare, no[illegible] ex e[illegible] dedu-
[illegible] ſit æs alienum, quemamodum [illegible] ut [illegible] *d. l.*
autem, (non enim deduceretur [illegible]
[illegible] quæ in hereditate [illegible] penire[illegible]tur, vt [illegible] di
[illegible] nec eo minus tamen fi[illegible] non [illegible]
[illegible] ed quia ex huiuſmodi fidei[illegible] non [illegible]
actiones, cùm de [illegible] ditate ipſa aut pro parte [illegible]
[illegible] vel da non fuerit heres rogatus, nihil [illegible]
[illegible] bonorum, relinqui [illegible]
46 [illegible] ſicut & [illegible] gati iure dari [illegible]
[illegible] id eſt, [illegible] qu[illegible]s bon[illegible]
[illegible] reſtitui [illegible] dicimus fi[illegible]
[illegible] uerſale [illegible] néque ex eo act[illegible]
[illegible] dicat [illegible] & [illegible] ſtatue[illegible]
[illegible] §. *vlt.* & [illegible] *C. Trebell.* N[illegible] ex [illegible]
[illegible] bonorum [illegible]
[illegible] *de bonor. po[illegible] bonorum* [illegible]
[illegible]
47 [illegible]
[illegible]
48 [illegible] fideicommi[illegible] ſtatur.
[illegible] *bonorum*
[illegible]
[illegible] ſicut [illegible]
[illegible] rem [illegible] ſtituente, non p[illegible]
d[illegible] illorum qui nulla [illegible]
hum interpretationi pro [illegible]
quod per liberam here[illegible] a[illegible] is
eſſe. Eadem verò preſum[illegible] ca[illegible] ull[illegible]
vt de tota ſua ſucceſſi[illegible] ſtator ſenſ[illegible] ut
eum parte duntaxat [illegible] rum [illegible] fi[illegible] m[illegible]
relinqui. At [illegible] quid[illegible] parte [illegible] pars
hereditatis per fideicom[illegible] m r[illegible], quod multò
faciliùs eſt, vt vniuerſitas [illegible] hereditate acci-
piatur, quàm vt pars bonorum accipiatur pro parte he-
reditatis. Sed & illud longe facilius eſt, vt fideicommiſ-
ſum bonorum accipiatur pro fideicommiſſo heredit[illegible],
quàm vt legatum bonorum pro legato hereditatis: quo-

[illegible] bon[illegible] illa per fideicommiſſum relicta neceſſe eſt ab
[illegible] de [illegible] he[illegible] ad fideicommiſſarium per-
[illegible], ue [illegible] ndo hereditatis: quæ [illegible]
[illegible] heredis [illegible] facie ſubſtitui poſſit fideicom-
[illegible] bon[illegible] verò legata cùm ab [illegible] ſeparata ſint
[illegible] qua[illegible] heredis fuerint, multò diffi-
[illegible] poſſ[illegible] hereditate, quæ nimirum ſoli he-
redi fuerint [illegible] acquiſita.

CAPVT XIX.

Quam [illegible] detur fideicommiſſario pro con-ſequ[illegible] debito per heredis aditionem con[illegible]ſo, Ad § ſi ex Trebelliano, l. ita tamen 27. D. ad SC. Trebel.

SVMMARIA.

1 *D[illegible] tore creditori, vel creditore debitori heredi exi-ſtente [illegible] totam hereditatem ex fideicommiſſo re[illegible] iuſſus ſit, confuſionem actionis fieri & con-fuſione actionem perimi.*
2 *An [illegible] creditoris quæ per aditionem confuſa fuit [illegible] poſtmodum hereditate reſuſcitetur?*
3 *Aditionem hereditatis non ſicut confuſionem ſemper [illegible] ita non ſemper ſed aliquando duntaxat ſo-l[illegible] loco cedere.*
4 *I[illegible] terpretum ſententia, reſtituta hereditate non qui-[illegible] dire[illegible] tam ſed vtilem ex æquitate reſtituendam.*
[illegible] e A[illegible] & Angeli[illegible] ſententia [illegible] directam [illegible] vtilem actionem re[illegible]ſcitari, ſed actionem ex [illegible] ſtamento fideicommiſſario ad hoc dari vt pecunia [illegible] debita ab herede petatur.
6 *[illegible] eorum Interpretum ſententia qui docent [illegible] nem in propoſita quæſtione reſuſcitandam [illegible]*
[illegible] ion in [illegible] vtilem quam fideicommiſſario dari [illegible] non natiuam eſſe, & proinde quæ re-[illegible] nullo modo poſſ[illegible]
P[illegible] ucta, [illegible] ff. ad SC Treb.
[illegible] em [illegible] non aliam quàm fi[illegible] commiſſi [illegible] ſpecie fideicommiſſario dan-[illegible]
[illegible] nem [illegible] poſitam ante verbum poteſt,
[illegible] m [illegible] am excludere.
1[illegible] *A[illegible] quæſtionem* cùm ſeruus. 14. ff. *[illegible] cuiuſque intelle[illegible] tur propoſitur.*
2[illegible] *[illegible] umento ex* d. l. d. ducta, *perſæ probatur vti-[illegible] em [illegible] actionem competere.*
[illegible] p[illegible] es monerit [illegible] vtilem illam actionem [illegible] e[illegible] accom[illegible] odauerint?
1[illegible] *I[illegible] at*
15 *me[illegible]* an[illegible] l. ita tamen. 27. [illegible]
Ratio eius [illegible] endatur.
Actionem illam ex teſtamento [illegible] commiſſario ipſo iu-re non competere ſed a Prætore dari.
1[illegible] *A[illegible] ſſe actionem* competere, aliud dari.
1[illegible] *[illegible] ſpecie* d. §. ſi ex Trebelliano. *nihil cauſa fuiſſe cur de vtili actione fideicommiſſario danda tractaretur.*
20 *Heredem qui fideicommiſſariam hereditatem reſtituit etiam poſt reſtitutionem & heredem & dominum manere.*
21 *Perperam quoque ab Interpretibus non ſolùm, vtilem actionem ſed & condictionem triticariam, vindicatio-nem & alias actiones fideicommiſſario dari.*
22 *Nota Marcelli ad Iulianum in* d. §. ſi ex Trebelliano *explicatur*
23 *Cur in poſteriore eius §. caſu neceſſarium ſit actionem fideicommiſſario dari?*

24 *Concluditur in quæſtione & ſpecie initio propoſ[illegible] extraordinarium Prætoris auxilium recurrend[illegible] eſſe vt fideicommiſſario actio ex teſtamento detur*

25 *Quibus caſibus contingat vt extincta a[illegible] tur?*

26 *Ratio confuſionis quæ fit debitore creditori v[illegible] debitori herede exiſtente.*

27 *Eius confuſionis cauſam etiam poſt [illegible] hereditatem durare & impedire ne actio vlla ſiue directa ſiue vtilis reſuſcitetur.*

28 *Idem euenire quum heredi per fiſcum hereditas tanquam indigno aufertur.*

29 *Actionum & obligationum confuſ[illegible] impedi[illegible] licèt hereditas non ſimpliciter ſed cum bene[illegible] & inuentarij adita ſit.*

30 *Aliquatenus tamen inuentarij conf[illegible]ionem eo[illegible] prodeſſe.*

31 *Inuentarij ſolemnitatem omiſſam non impedi[illegible] qu[illegible] minus heres in ponenda ratione legis Falcidiæ id omne quod ſibi a defuncto debetur, deducat*

32 *An hypothecaria actio per aditionem confundat[illegible] maximè nullo inuentario facto?*

33 *Dominij vindicatio cur per aditionem non confundatur?*

34 *Creditore debitori herede exiſtente & hereditatem reſtituere rogato, poſt reſtitutionem hypothecariam ſupereſſe.*

35 *Debitore creditori herede exiſtente hypothecariam actionem poſt hereditatis reſtitutionem non durare, nec in fideicommiſſarium transferri.*

36 *Nequidem ſi ex Caſtrenſis ſententia fideicommiſſario actio vtilis contra heredem eundemque defuncti debitorem datur.*

37 *Quando actio ſubrogata naturam & qualitatem eius in[illegible] ſubrogata eſt apiat?*

38 *Superior ſententia confirmatur ex d[illegible] de[illegible]*

39 *Aliquando euenire vt vincula pignori[illegible] etiam ſublata perſonali actione durent.*

1 QVoties † debitor creditori he[illegible]è contrario creditor debitori, conſtat fieri confu[illegible] acti[illegible]nis, & confuſione perimi actionem, *leg. debitori*, [illegible] *C. de pact. l. ſi adulta l. vt debitum. Cod. de hered. act. l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. aditio. D. de ſolut.* atque [illegible] non tantùm ciuili, ſed etiam [illegible] qu[illegible] natura ipſa, quàm lex pati po[illegible] ſibi [illegible] obligatus, cùm heres perſonam [illegible] et [illegible] eadem prorſus perſona eſſe [illegible]etur, *l. Vranius.* [illegible] *D. de fideiuſſ.* ſicut nec vt quis apud eundem pr[illegible] ſit obligatus, *l. heres a debitore.* [illegible] *quod ſi* [illegible]*pulator eo* [illegible]*tit.* Nec quod heres totam hered[illegible] ex fide[illegible] reſtituere iuſſus ſit, impedit c[illegible] hereditatem neceſſe eſt [illegible] autem illa eſt, vt di[illegible]

2 *§. aditio.* † De illo [illegible] per aditionem confuſa fuit [illegible] poſt [illegible] ditate reſuſcitetur. Na[illegible] ex [illegible] parte obſtat [illegible] quæ negat actionem [illegible] ex[illegible] am re [illegible] poſſe, *l. qui res. 98. §. aream. D. de ſolut.* Ex alt[illegible] mouet æquitas, quæ non patiatur, vt debiti tactu[illegible]ciat heres, qui fuit defuncti [illegible]or, licet debitori heres exiſtens, ſi eam hereditatem alteri totam reſt[illegible]rit, nullúmque ſibi ex ea lucrum retinuerit, neque [illegible] vt debitum lucretur, ſi defunctus creditor fuit, cum quiſquis hereditatem reſtituere iuſſus eſt, id videatur rogatus omne reddere quod fuit hereditatis, vt proximo capite dicebamus ex *l. in fideicommiſſaria 18. D. ad SC. Trebell.* nemo autem negauerit in hereditate fuiſſe,

3 quod defuncto heres debuit ante factam confuſionem.† Non enim aditio hereditatis ſicuti confuſionem ſemper inducit, ita & ſolutionis loco ſemper cedit, ſed aliquando duntaxat, vt eleganter Pap. tractat in *d. §. aditio*, & in *l. aliquando.* tunc vid[illegible] heredit[illegible] heredem, vt in *l. qua d[illegible] matrem.* A[illegible] reditatem aditam reſtitu[illegible] ſit, [illegible] quit, vt ex eo quod alij [illegible] cogitur [illegible]us ſit ſibi ſoluiſſe † Etſi autem extat apertiſ[illegible]

4 dem Papinianum ſententia in *l. deducta 58. ad S*[illegible] actionem confuſam redintegrari per Trebelli[illegible] poſſe, vulgò tamen magis probatum eſt ab inter[illegible] reſtituta hereditate reſuſcitari actionem, non q[illegible] directam, de qua ſola Papinianum intelligi vol[illegible] vtilem in di[illegible]ctæ locum ex æquitate & neceſſitat[illegible] [illegible] in qua ſcilicet, quòd defuncto [illegible] unquam co[illegible] erit, locum habere non poſſit [illegible] confuſionis quæ extinguit directam. Sic [illegible] mantur Paulus Caſtr. Alex. & alij plerique ex [illegible]ribus inte[illegible]ibus ad *l. ita tamen 27. §. ſi ex Tre*[illegible] *eod.* [illegible] præcipu[illegible] ex eo quod in § *d.* ſcriptum [illegible]eſſarium eſſe hoc caſu fideicommiſſario actiones [illegible] vbi Accurſius noſter in verb. *actiones*, notat [illegible]

5 Quamquam idem ille tandem inclinat magis in [illegible] Hugo[illegible]m, qui contendebat actiones omnes tam [illegible] qua[illegible] per aditionem confuſas eſſe, nec [illegible] [illegible] vllo modo poſſe, ideóque ſolam ſuper[illegible] actionem ex teſtamento quæ fideicommiſſario dari poſſit, & per quam pecunia quæ fuit defuncto debita, ab herede petatur ex cauſa fideicommiſſi. Tanquam minus plene [illegible] ſtituta hereditate fideicommiſſaria, quamdiu aliqui[illegible] [illegible] net penes heredem quod venire debeat [illegible]em. Neque verò quiſquam eſt ex int[illegible] bus qu[illegible] huiuſmodi actionem ex teſtame[illegible] [illegible] debere. Nam & id expreſſim [illegible] in *d. l. deducta in princ.* & Paulus in *l. de*[illegible] *eo*[illegible] non eo minus dant [illegible] vtilem a[illegible] E[illegible] in *d. l.* [illegible] *ex Trebelliano* [illegible] de hac [illegible] non dubitat [illegible] fideicom[illegible] compete[illegible] ex teſta[illegible]

6 †E[illegible] non po[illegible] ibi ve[illegible] cum tra[illegible] actione [illegible] citanda [illegible] [illegible]

[illegible]

[illegible] non [illegible] [illegible] ex qu[illegible] [illegible] ded tu[illegible] [illegible] pote quæ ant[illegible] [illegible] qua naſci [illegible] [illegible] ob[illegible] & [illegible] Ba[illegible] *D. de* [illegible] & ad [illegible] *M*[illegible] *rum de* [illegible] Ea namque [illegible], quæ per[illegible] cont[illegible]gationem ip[illegible] prim[illegible] & pri[illegible] extinguit [illegible] aliam ra[illegible] [illegible], qu[illegible] qu[illegible] vt [illegible] non [illegible] ſibi ipſe [illegible] obligatur. Actionem [illegible] vero extinguit quidem [illegible] conſequentias, & ea [illegible] ratione quod ſine obligatione actio competere nulla poſit. Propter quam cauſa [illegible] ſolet obligationem actionis matrem eſſe, vulg. *leg. l cet 43. §. ea obligatio. D. de procur.* Et quamuis admitteremus ex æquitate inducendam,

ne

ne cum interpretibus malè dicam reſuſcitandam eſſe vti-
lem actionem poſt confuſionem, non tamen eſſet con-
ſequens ex eadem æquitate inducendam vtilem obliga-
tionem, tum quia non poteſt lex inducere obligationem
perſonalem ſine facto & voluntate eius de quo obligan-
do agitur. Tum etiam quia obligationis inducendæ nul-
la neceſſitas eſt, niſi ad producendam actionem. Atqui
actionem prætertim vtilem dare facilè lex & magiſtratus
poteſt, nulla quoque precedente obligatione, quoniam
actiones ſunt in iure ciuili, obligationes verò ex iure gen-
tium, *l. ex hoc iure. D. de inſtit. & iur.* quod & interpre-
8 tes tractant ad *l. vltim. C. ſi contr. ius vel vtilit. public.* †
Fieri ergo non poteſt, vt actio iſta vtilis quam fideicom-
miſſario dari volunt, ſit natiua, prorſúsque neceſſe eſt
datiuam eſſe, ac proinde talem quæ reſuſcitata dici nullo
modo poſſit, & quæ prioris actionis directæ per adino-
nem cõfuſæ vim & naturam nequeat retinere, aut etiam
inducere. Quam in rem non minùs elegans quàm aper-
tum eſt Papiniani reſponſum illud quod extat *in dict. leg.*
deducta in princ. vbi tractans de herede hereditatem de-
ducta quarta reſtituere rogato qui debitori hereditario
heres extiterat, ait, quoniam confuſa actio per Trebel-
lianum redintegrari non poteſt, pecuniæ dodrantem ex
cauſa fideicommiſſi neceſſariò petendum eſſe, ſed in eum
diem quo actio confuſa eſt, vſuras præteriti temporis,
quæ in obligatione, vel officio iudicis fuerant, compu-
tandas eſſe, poſterioris verò ita demùm ſi mora fideicom-
miſſo facta ſit: cum tamen ſi vel priſtina actione directa
ageretur, vel vtili quæ directæ naturam & poteſtatem
retineret, haud dubiè dicendum eſſet vſuras totius tem-
poris tam quod confuſionem præceſſiſſet, quàm quod
ſubſecutum fuiſſet, indiſtinctè deberi, neque illud requi-
reretur vt in fideicommiſſo præſtando noua mora facta
eſſet, valente ſcilicet prima mora ſufficere, vt vſuræ quæ
ſemel deberi cœpiſſent, in perpetuum deberentur, i. ad ple-
nam vſque ſortis ſolutionem, vt Paulus eleganter reſpon-
9 dit *in l. Titia Seio 87. §. vſuras de legat. 2.* † Sed & ex eo
Papiniani reſponſo apparet, non aliam quàm fideicom-
miſſi actionem in propoſita ſpecie fideicommiſſario dan-
dam eſſe, cùm ita ſcribit, *dodrans pecuniæ ex cauſa fidei-*
commiſſi petatur. Prætermiſſa etiam ratione illa, *quoniam*
actio confuſa per Trebellianum redintegrari non poteſt,
quod vtique ſic accipiendum eſt, vt redintegrari nullo
10 modo poſſit, † ſi verum eſt quod vno ore interpretes no-
ſtri tradunt ad *l. Gallus 29. in prin. de liber. & poſth.* ne-
gationem immediatè poſitam ante verbum *poteſt*, om-
nino excludere potentiam. Perinde igitur eſt acſi paulò
apertiùs Papin. ſcripſiſſet confuſam illam actionem ne-
que directò, neque vtiliter redintegrari poſſe, i. non ma-
gis poſt hereditatis reſtitutionem, quàm anteà fieri poſ-
ſe vt actio vlla ſiue vtilis, ſiue directa, competat fidei-
commiſſario pro debito per confuſionem extincto, ob
idque non aliud ei remedium ſupereſſe, quàm vt fidei-
11 commiſſum quaſi nondum reſtitutum perſequatur. †
Quomodo & Iulianus quamuis in diſſimili non tamen
in prorſus aliena ſpecie ſcribit *in leg. cum reus 14. de fi-*
deiuſſ. cùm reus promittendi fideiuſſori ſuo heres exti-
terit fideiuſſoriam perimi obligationem. *Quid ergo eſt?*
inquit, *Tanquam à reo debitum petatur.* Senſus eſt à reo
qui fideiuſſori ſuo heres extitit, petendum eſſe debitum
neceſſariò tanquam à reo, non tanquam ab herede fidei-
iuſſoris, tametſi fortaſſis euentum ſit vt reus tanquam
reus exceptionem aliquam perſonalem habiturus ſit, putà
pacti perſonalis de non petendo, quam non haberet tan-
quam heres fideiuſſoris. Ideóque neceſſariam fore illo
caſu creditori replicationem doli mali vel in factum ad
exceptionem illam elidendam. Sic enim locum illum
iampridem interpretati ſumus, & addita negatione fe-
12 liciter emendauimus lib. 1. cap. 3. † Et verò ſi qua vtilis
actio poſſet fideicommiſſario competere, per quam eſſet
ille totius temporis vſuras, nil obſtante debiti confuſione,
indiſtinctè conſecuturus (vt ſolent actiones vtiles eiuſ-
dem poteſtatis eſſe, cuius ſunt directæ eundémque ha-
bere effectum *l. actio 47. ff. de neg. geſt.*) an non ridicu-
lus eſſet Papinianus, qui actionem ex fideicommiſſo lon-
gè minùs vtilem futuram proponeret? An non etiam ſtul-
tus fideicommiſſarius qui electionem habens, vt vel vti-
li actione ex contractu, vel fideicommiſſi nomine ex te-
ſtamento experiretur, eam actionem eligeret, quæ ſibi
damnoſior foret, vtiliorem verò & expeditiorem præter-
mitteret? † Ideoque fortaſſe tanto faciliores fuerunt in- 13
terpretes ad eiuſmodi actionem vtilem concedendam fi-
deicommiſſario, quia ſi nihil intereſſet heredis vtra actio-
ne conueniretur: quamuis difficiliùs permittendum fuit,
vt inuita iuriſprudentia poſſet ille actione non modò
non competente, ſed etiam duriore conueniri. Quan-
quam quod heredis nihil interſit an hac, an illa actione
vrgeatur, numquam faciet vt eo magis admittam actio-
nem in eum dandam eſſe, quæ nec ſummo iure compe-
tat, nec ex æquitate induci poſſit, adeóque cuius indu-
cendæ neque neceſſitas vlla ſubſit, neque vtilitas aliqua
futura ſit. † Æſtimantur enim vtiles omnes actiones, vt 14
vel ſolum ipſarum nomen demonſtrat ex vtilitate, quam
ei adferunt qui alioquin ſummo iure periclitaretur, ideó-
que non niſi ex mera neceſſitate inducuntur, & iis de-
mùm caſibus quibus directa actio competere nulla po-
teſt, *l. quamuis 8. §. ſi conuenerit. ff. ad SC Velleian. d. l. ſi*
heres 70. ff. ad SC. Trebell. Quid igitur fallere potuit in-
terpretes, vt ſine lege nulláque vrgente neceſſitate dan-
dam fideicommiſſario dixerint vtilem actionem contra
rationem iuris? † Id vnum puto, quod *in d. §. ſi ex Treb.* 15
ſcriptum putant *neceſſarium eſſe actiones aduerſus here-*
dem fideicommiſſario dari, quomodo in eorum codicibus
ſcriptum fuiſſe teſtis eſt gloſſa illa Accurſij quæ incipit
vtiles. Scripſiſſet enim ille ſcribere debuiſſet *vtilem* in
numero ſingulari, ſi in eodem numero textus *actionem*
non *actiones* habuiſſet. Cum verò actiones plures ea di-
ctione plurali numeri proponi viderent, non putarunt
aliam actionem poſſe competere quàm vtilem, præter-
quàm eam quam fatentur omnes indubitatè fideicom-
miſſario dandam eſſe ex teſtamento. Sed cùm ex Pande-
ctis Florentinis appareat vitioſam fuiſſe veterem illam
lectionem, legendumque *actionem* non *actiones* nato
errore ex eo quod, vt alias non ſemel obſeruauimus ve-
teres iidemque rudiores typographi literam *m* in hac ʒ.
quæ à litera s non multum diſtat, excudebant. † Et non 16
erat interpretibus difficile errorem detegere, ſi non pi-
guiſſet reliqua eiuſdem §. verba obſeruare. Ac illud in
primis, quod immediatè præcedit. *neceſſarium eſt.* Non
enim vllo modo neceſſarium dici poteſt, vt actiones plu-
res fideicommiſſario contra heredem dentur, ſiue omnes
eiuſdem effectus, & poteſtatis eſſe velis, ſiue vnam ple-
niorem altera. Ex quo namque vna competit, aut datur,
quid neceſſe eſt aliam dari? præſertim quæ nec plenior
nec commodior ſit futura? Atqui non eſt ex interpreti-
bus qui neget, nec qui negare poſſit actionem ex teſta-
mento dandam eſſe fideicommiſſario. Sicut è contrario ſi
heres creditor defuncti fuit, & fideicommiſſum non de-
ducto debito reſtituerit, conſtat habere illum fideicom-
miſſi tanquam indebiti repetitionem, quemadmodum ſi
fideicommiſſum reſtituiſſet, non deducta quarta quam
deducere ac retinere debuiſſet, *l. heres 21. ad SC. Trebell.*
l. 1. §. ſi legatarius, l. lineam margaritarum 26. D. ad l. Fal-
cid. l. cum pater 77. §. mater filiis de legat. 2. l. qui exceptio-
nem 40. §. 1. ff. de condict. indeb. Non potuit ergo Iulianus
ſcribere vel ſentire neceſſariam eſſe fideicommiſſario
vtilem actionem. † Debuit ſanè ſcribere quod ſcripſit 17
neceſſarium eſſe, actionem fideicommiſſario in heredem
dari, quia ſtricto iure nulla competit, neque ex contra-
ctu, ſiue directa, ſiue vtilis, propter confuſionem, neque
ex teſtamento propter iam factam fideicommiſſi reſtitu-
tionem. Actio enim ex teſtamento quæ pro fideicom-
miſſo competit fideicommiſſario contra heredem non
ad ſingularum rerum reſtitutionem conſequendam per-
tinet,

tinet, ſed ad reſtitutionem hereditatis, & iuris illius vni-
uerſalis, cuius ratione fideicommiſſarius dicitur ſucceſ-
ſor vniuerſalis, & loco heredis: Cui reſtitutioni dubitan-
dum non eſt, quin ſatisfecerit heres qui hereditatem re-
ſtituit adeóque quod magis eſt, licèt verbo tantùm re-
ſtituerit, cùm ex ea reſtitutione verbali iura omnia in fi-
deicommiſſarium tranſlata ſint, totaq; hereditas, quæ ſci-
licet in iure conſiſtit non in corpore, *leg. reſtituta* 37.
iunct. *l. facta* 63. *in princ. ff. ad SC. Trebell.* Proinde non
poteſt dici eandem actionem ex teſtamento competere
fideicommiſſario poſt reſtitutionem, quæ competeret ſi
reſtitutio nulla facta eſſet. Verùm quia nec illud dici
poteſt heredem ſatisfeciſſe voluntati teſtatoris quamdiu
aliquid retinet, quantulumcunque illud ſit, eò quod reſti-
tuere debuit, æquiſſimum eſt, & conſequenter neceſſa-
rium actionem fideicommiſſario dari. Nimirum per præ-
torem, cuius propria fuit de fideicommiſſis iuriſdictio, &
qui ob eam cauſam fideicommiſſarius vocabatur. Si actio
ex teſtamento ſummo iure competeret poſt reſtitutam he-
reditatem, non ita ſcripſiſſet Iulianus, *neceſſarium eſt actio-*
18 *nem aduerſus eum fideicommiſſario dari.* † Aliud enim eſt
actionem competere, aliud *dari*. Quæ competit ipſo iure,
non datur. Quæ datur, non competit. Cùm actionem
competere dicimus, ſolam iuris poteſtatem, cum verò da-
19 ri, iudicis potiùs aut magiſtratus factum demonſtramus. †
Illud etiam errandi occaſionem interpretibus præripere
debuit, quòd vident Iulianum *in d. §. ſi ex Trebelliano,*
non alium duntaxat caſum tractare quo heres rogatus de
reſtituenda hereditate, debitor fuerit defuncti, ſed illum
etiam quo heres qui hereditatem reſtituit, vel fructus
prædiorum qui erant reſtituendi, vel ipſa prædia retinue-
rit. Quo tamen vtroque caſu nihil eſt quod de vtili
actione tractari poſſit ad conſequendum id quod fuerit
defuncti, quodque fideicommiſſario nullo alio quàm fi-
deicommiſſi iure debitum vnquam fuit. Nam ſi quis di-
rectam aut vtilem vindicationem fideicommiſſario dare
velit eo colore quòd facta in fideicommiſſarium reſtitu-
tione ſtatim omnes res in bonis eius fiant, cui reſtituta
eſt hereditas, etiamſi nondum earum nactus fuerit poſ-
ſeſſionem vt Caius ſcribit *in d. l. facta in princ.* proculdu-
bio valde errauerit. Inauditum enim eſt, vt vindicatio
ſiue directa, ſiue vtilis, vnquam in eum detur qui reuera
dominus eſt, *l. pen. & vlt. ff. de publician. in rem act.* cùm
è contrario non niſi domino competat, *l. in rem* 23. *ff. de
rei vindic.* duo autem eiuſdem rei in ſolidum domini eſſe
non poſſint vulg. *leg. ſi vt certo* 5. *§ ſi duobus vehiculum.*
20 *ff. commod.* † Porrò heres qui de hereditate reſtituenda
rogatus eſt, ſicut etiam poſt reſtitutionem heres manet,
ita & dominus, *§ reſtituta. Inſtit. de fideic. hered.* cùm he-
redis appellatio nihil niſi dominum ſignificet, *§. vlt. Inſt.
de hered. qualit. & differ.* Vnde eſt quod Caius *in d. l. fa-
cta*, non ſic loquitur vt dicat fideicommiſſarium poſt fa-
ctam hereditatis reſtitutionem fieri dominum rerum he-
reditariarum (id. n. non magis ſcribere potuit, quàm he-
redem illum fieri, quod euidentiſſimè falſum eſſet) ſed
ait res hereditarias in bonis eius fieri, quod longè diuer-
ſum quid eſt, vt à nobis aliquando tractatum fuit in ex-
plicanda veteris illius duplicis dominij bonitarij ſcilicet
& quiritiarij diſtinctione, de qua Vlpian. tit. 19. *de ac-
quiſit. rer.* in Titulis. Ergo quemadmodum eo caſu quo
heres iuſſus hereditatem reſtituere, aut prædium aliquod
hereditarium aut prædiorum reſtitutorum fructus etiam
reſtituendos retinuit, neceſſarium eſt contra eum fi-
deicommiſſario actionem dari, & quidem ex teſtamen-
to, quoniam alia nulla competit, neque vtilis, neque di-
recta, ita fatendum eſt alio quoque caſu de quo diſputa-
mus, & quem tanquam ſimilem Iulianus contingit, id
eſt, quo hic heres debitor fuerit eius qui teſtamentum
fecit, non aliam quàm ex teſtamento actionem fidei-
commiſſario dari poſſe. Non. n. de diuerſis actionibus pro
caſuum diuerſitate ſenſiſſe videri poteſt Iulianus qui pro-
poſitis coniunctiſque omnibus caſibus non niſi *actionem*
in ſingulari numero fideicommiſſario dandam eſſe ſcri-
pſit. † Ex quo etiam apparet quàm parum ſubtiles ne 21
dicam ridiculi ſint iidem interpretes, quibus non ſatis eſt,
repugnante iuris ratione vtilem actionem fideicommiſſa-
rio dare, ſi non & vindicationem quoque contra domi-
num ei accommodent, & condictionem triticariam con-
tra eum qui non ſit ex contractu, ſed tantùm ex teſtamen-
to obligatus, & condictionem ſine cauſa aduerſus eum
qui iuſti heredis veríque domini iure rem habeat, & à
teſtatore ipſo non à fideicommiſſario: quæ omnia quam
ſint à principiis & regulis iuris aliena, nemo non videt. † 22
Sed & interpretationem noſtram illud mirifice confir-
mat, & interpretum errorem detegit, quod ex Marcel-
li ad Iulianum nota ſequitur, *Hoc idem neceſſario facien-
dum eſt, cùm parte hereditatis reſtituta familiæ erciſcun-
dæ iudicium inter eum, qui reſtituit hereditatem, & qui
receperit, accipietur.* Id. n. ſibi vult Marcellus, non tan-
tùm ſuperiore caſu neceſſarium eſſe fideicommiſſario in
heredem actionem ex teſtamento dari: id eſt, cum heres
totam hereditatem reſtituere rogatus eſt, ſiue prædium
aliquod hereditarium retineat, ſiue prædiorum heredi-
tariorum fructus iam fortè collectos mortis tempore &
in hereditate repertos, aut poſt moram perceptos, ſiue
debitor fuerit defuncti: ſed illo etiam caſu quo de par-
te duntaxat hereditatis reſtituenda rogatus fuerit, quod
cùm euenit, conſtat vtile eſſe iudicium familiæ erciſcun-
dæ inter heredem & fideicommiſſarium, ſicut eſſet in-
ter coheres, quia fideicommiſſarius heredis loco eſt. † 23
Cur verò neceſſarium eſt hoc poſteriore caſu actionem
fideicommiſſario dari? An non poteſt ſufficere quod ha-
biturus ſit vtilem exceptionem? An verò denegabunt
interpretes vtilem exceptionem ei cui dant vtilem actio-
nem? contra reg. *l. inuitus.* 15. *§. 1. de reg. iur. l. 1. §. is au-
tem. ff. de ſuperfic.* Quinimo quidni ſufficiet equitas ip-
ſius iudicij quod eſt bonæ fidei, vt quicquid obtinere fi-
deicommiſſarius poſſet, ſiue propoſita actione ſiue op-
poſita doli exceptione, idipſum æquitate conſequatur.
l. in hoc 14. *§. 1. D. commun. diui.* Tritum. n. eſt doli exce-
ptiones bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe, *l. ſed etſi ideo*
21. *in fi. D. ſolut. matr. l. huiuſmodi* 84 *§. qui ſeruum de leg.* 1.
† Inde igitur cognoſci poteſt, confuſione quæ fit per 24
aditionem hereditatis vſque adeò extingui obligationem,
vt etiam reſtituta hereditate, fideicommiſſario conſuli
nullo modo poſſit ne quidem per exceptionem aut per
æquitatem iudicij, tantùm abeſt vt actio aliqua vtilis re-
ſuſcitari poſſit quam ei dari oporteat. Ideóque neceſſario
recurrendum eſt ad extraordinarium prætoris fideicom-
miſſarij auxilium, vt det actionem ex teſtamento per quã
fideicommiſſum perinde petatur poſt reſtitutionem, acſi
nulla ex parte fuiſſet reſtitutum, quamdiu pleniſſimè non
eſt reſtitutum. † Scio contingere aliquando vt extincta 25
quoque actio reſuſcitetur, vt in ſpecie *l. 2. in fin. Dig. ſi
ex noxal. cauſ. agat. l. ſi cum* 41. *§. vlt. D. de furt. l. deferre*
18. *§. vlt. D. de iur. fiſc. l. eum qui* 21. *§. vlt ff. de inof. teſt.*
Nempe cùm cauſa extinguendæ obligationis reſoluitur,
& in eum ſtatum reducitur, vt nunquam interueniſſe vi-
deatur, puta cùm hereditas adita habetur pro non adita,
vel acquiſitum dominium pro non acquiſito, quemad-
modum ſupradictis locis omnibus contingit: at caſus no-
ſter omnino diſſimilis eſt, quoniam cauſa extinguendæ
obligationis propter confuſionem quæ contingit per adi-
tionem hereditatis fideicommiſſariæ, durat ſemper etiam
poſt reſtitutam hereditatem, ſiquidem, vt diximus, non
eo minùs heres remanet heres, quòd reſtituerit heredi-
tatem. † Et errant valde qui putant confuſionis rationem 26
hanc vnam eſſe quod heres non poſſit agere contra ſe
ipſum, vt inferant confuſionis effectum ſicut & ratio-
nem ceſſare reſtituta hereditate quòd eo tempore alia ſit
perſona heredis, alia fideicommiſſarij qui contra heredẽ
commode poſſit experiri. Nam vt ſupra monuimus, con-
fuſio non fit actionis ſed obligationis, hæc confuſa &
extincta obligatione actio quoque per conſequentias ex-
tinguatur

tinguatur. Obligatio autem confunditur, non quia ne-
mo poſſit agere contra ſe ipſum, ſed quia nemo ſibi obli-
27 gatus eſſe poſſit. † Ergo cum ſiue debitor creditori ſiue
creditor debitori heres extiterit, confundatur obligatio
eâ duntaxat ratione quod alioqui futurum eſſet, vt heres
ſibi ipſi eſſet obligatus, planè conſequens eſt, etiam poſt
reſtitutam hereditatem ſicuti heres ſemper heres manet,
ita & confuſionis cauſa ſemper duret, quæ proinde im-
pediat, ne actio vlla ſiue vtilis ſiue directa vnquam re-
28 ſuſcitetur. † Quomodo etiam euenit cùm heredi auffer-
tur per fiſcum hereditas tanquam indigno. Tunc enim
ſi qua obligatio & actio per aditionem confuſa fuerat ea
nõ idcirco reſuſcitatur, *l. heredem 17. in fin. Digeſt. de his
quæ vt indig.* Non ob id ſolum quod indignus ſit cui
ſuccurratur heres qui ex indignitate ſua hereditatem
amiſit (etſi etiam illa quoque ratio Papinianum moniſſe
videtur, ſi alia tamen nulla eſſet, non malè quis idipſum
Papiniano obiiceret quod olim eidem Vlpianus in *l. Pa-
pinianus exulè 20. D. de minor. quid commune habet de-
lictum cum obligationis reſtituendæ iure?*) ſed etiam quia
non eo minus heres manet is cui fiſcus abſtulit heredita-
tem *l. ex facto 43. §. vlt. Digeſt. de vulg. & pup. ſubſt.*
Quò etiam pertineret *l. 4. C. de tranſact. l. 2. C. ſi aduerſ.
tranſact.* in quibus videas actionem extinctam non reſu-
ſcitari, ſed nouam concedi, quia non præcedentis extin-
ctionis cauſa deficiebat, ſed nouæ actionis concedendæ
29 cauſa priùs emergebat. † Errant etiam, multóque ſi fie-
ri poteſt ſtolidiùs, qui diſtinguunt an hereditatem heres
adierit purè ac ſimpliciter, an cum beneficio legis & in-
uentarij: Nec enim beneficium illud impedit confuſio-
nem, vt vulgò à pleriſque imperitè creditur, neque id
magis facere Iuſtinianus potuit, quàm naturam ipſam
peruertere, ac inducere vt ſibi ipſi obligatus quis eſſe poſ-
30 ſit: † ſed in eo tantùm prodeſt heredi, ne ex eiuſmodi
confuſione damnum vllum ſentire debeat ſupra vires &
facultates hereditarias, quia nec inuentarium facere po-
teſt, quominus heres verè ſit, acſi legis beneficium non
implorasset, vt pluribus ſcripſimus Decad. De error. prag-
31 mat. † Sicut è contrario inuentarij ſolennitas omiſſa non
impedit quominùs poſſit heres deducere ac retinere con-
tra fideicommiſſarium aut contra legatarios in ponenda
legis falcidiæ ratione id omne quod ſibi à defuncto debe-
batur, perinde atque aliud æs alienum quodlibet, *l. in im-
ponenda 6. l. irritum 8. C. ad leg. Falcid.* vt iampridem
Caſtrenſis non infeliciter contra nonnullos ætatis ſuæ
32 Doctores diſputauit. † De actione ſola hypothecaria du-
bitari probabilius poteſt, an ſicut actiones cæteræ perſo-
nales confundantur per aditionem hereditatis, maximè
inuentario nullo facto. Etſi enim generaliter & apertè
Iuſtinianus conſtituit in *l. vlt. C. de iur. delib.* vt ſi inuen-
tarium factum non ſit actiones omnes que competebant
heredi confundantur: magis tamen communiter proba-
tum eſt, hypothecariam non magis confundi quam dire-
ctam rei & dominij vindicationem, vt tractant noſtri ad
d. l. debitori 7. C. de pact. quanquam hoc ipſum nonnulli
ſic accipi volunt ſi hypotheca expreſſa fuerit non etiam
ſi tacita. Sic enim ex recentioribus Italis Ioann. Cephal.
conſil. 393. nu. 154. & 157. & ſeq. poſt Angel. Aret. ad *l.
33 licèt 14. per illum text. C. ad leg. Falcid.* † Ego verò fateor
quidem dominij vindicationẽ per hereditatis aditionem
non confundi, quia vindicatio non obligationis iure da-
tur, ſed in rem ipſam & ſolo dominij iure, nemo autem
dixerit heredem vel ob id dominũ eſſe deſinere debere,
quòd non domino heres extiterit, vel ob id minus domi-
num fieri quod ipſe antea dominus non fuerit, ſed in hy-
pothecaria aliud iuris eſſe contendo, eámq; faciliùs perimi
poſſe per confuſionẽ, quia licèt in rem quoque ſit, tamen
acceſſoria eſt principalis obligationis ex eaque pendet, in
34 quo differt à vindicatione dominij. † Soleo tamen diſtin-
guere, an debitor heres extiterit creditori, an ex diuerſo
creditor debitori: Poſteriore caſu, non nego ſi creditor
idémq; heres hereditatem reſtituere rogatus ſit, etiamſi
poſt reſtitutionem quoque vt diximus, duret cauſa extin-
guendæ per confuſionem obligationis, hypothecariam
tamen ſupereſſe; quia propriam legem & conditionem
habet illa, vt tamdiu duret quamdiu verum eſt pecuniam
ſolutam non eſſe *l. grege. 13. §. etiam. D. de pignor. l. pen.
§. 1. De except. rei iudic.* Iam autem monuimus aditionem
hereditatis tùm etiam cũ debiti confuſionem inducit, ta-
men ſolutionis loco non ſemper eſſe *d. l. Stichum aut Pã-
philum 95. §. aliquando, de ſolut.* Scilicèt cùm hereditas
adita ad alium per fideicommiſſum deuoluitur. Nam
ſi eo caſu non prohibetur heres debitum deducere,
tametſi non hypothecarius creditor fuerit, ſed tantùm
chirographarius, *d. l. imponenda, & d. l. irritum*, quia ni-
mirum talis hereditas reſtituenda eſt qualis fuit mortis
tempore & ante aditionẽ, non qualis quantáve poſt adi-
tionem, *l. in quantitate 75. D. ad leg. Falcid. l. in fideicom-
miſſaria 18. D. ad SC. Treb.* quantò magis dicendum eſt
hypothecariam reſtituta quoque hereditate ſupereſſe?
Non. n. vtique deduceretur debitum per viam retentionis
ſi pro ſoluto haberetur. Et quamuis non poſſit heres
idemque creditor hypothecariam exercere ante reſtitu-
tam hereditatem, quia tamen omnimodo futurum eſt vt
agere aliquando poſſit vel etiam retinere, ipſius intereſt,
vt ea actio non tam in totum extincta quàm interim ſo-
pita eſſe intelligatur. In eamque rem textus eſt Pauli
perelegans in *l. debitor 59. D. eod. ad Treb.* † At priore 35
caſu, cum debitor creditori heres extitit, licèt idem ille
hereditatem reſtituere rogatus ſit, nego fieri poſſe vlla
ratione vt hypothecaria duret, ac per hereditatis reſti-
tutionem in fideicommiſſarium transferatur, quia non
poteſt à teſtatore tranſire in fideicommiſſarium, niſi per
mediam heredis perſonam, qui porrò nunquam in eo
fuit vt actionẽ hypothecariam cõtra ſe potuerit exercere
ne ipſe quidem: inauditum namque eſt vt hypothecaria
vllo caſu competat, vel poſſit competere debitori. Nec
quod per hereditatis reſtitutionem ſoleãt in fideicõmiſ-
ſarium tranſire ex Treb. actiones omnes quæ & heredi
in heredem competebant ad rem facit. Id n. ad eas actio-
nes ſpectat quæ contra heredem competebant credito-
ribus hereditatis & tanquam contra heredem, non quæ
teſtatori viuenti contra eum quem poſteà heredem fecit.
Oñnes enim quæ fideicommiſſario poſt reſtitutionem
competere poſſunt, neceſſe eſt heredi ante reſtitutionem
competiſſe, adeóque iure hereditario, ita vt ſi quas ſibi
heres comparauerit medio tempore, eæ non tranſeant in
fideicommiſſarium ſine ſpeciali ceſſione, *l. ſi heres pecuniã
73. ff. eod.* Hypothecaria igitur, quæ competit defun-
cto in bona ſui debitoris eiuſdémq; poſteà heredis inſti-
tuti, cùm ipſi debitori heredíque nunquam competierit
neque competere potuerit, in fideicommiſſarium tranſire
nullo modo poteſt. † Ac quanquam ſupradicta Caſtren- 36
ſis aliorúmque interpretum opinio quam nos refutauimus
vera eſſet, quæ fideicommiſſario dat vtilem actionem
contra heredem eundémque defuncti debitorem, qui
per confuſionem obligatus eſſe deſiit, fatendum tamen
eſſet hypothecariam, quæ defuncto competebat (poni-
mus n. fuiſſe creditorem hypothecarium) non poſſe in
fideicommiſſarium tranſire, & conſequenter vtilem il-
lam actionem non poſſe prioris ordinem & priuilegium
retinere, etiamſi talis eſſet, tanque fauorabilis quæ hy-
pothecariam habere deberet: † Nam & quod dici ſo- 37
let actionem ſubrogatam ſapere & induere naturam &
qualitates omnes eius actionis in cuius locum ſubrogata
eſt, *l. 1. §. ſi quis ſub conditione, ff. vt legat. non cau. l. 1. §.
hac actio. ff. ſi is qui teſt. lib. eſſe iuſſ.* tunc locum habere
non poteſt cùm ſubrogatio fit in locum actionis penitus
& ipſo iure extinctæ, vt ex Baldo reſpondit Marcus Ant.
Natta conſ. 538. n. 44. † Qua de re textus alius apertior 38
quæri è ius non eſt, quam ille Pap. in *d. l. deducta, in pr.* vbi
quamuis tractet ipſe non de actione vtili quam dant in-
terpretes, ſed de actione ex teſtamento, tractat tamen
ſed de actione noua in locum extinctæ veteris ſubrogata,

nec eo magis admitti, vt ex noua actione vſuræ totius præteriti temporis debeantur ſi confuſio nulla facta eſſet ex priſtina actione indiſtinctè, vt explicauimus deberentur. Quo exemplo nec dubitandum eſt quin idem fuerit ille reſponſurus ſi de iure hypothecæ fuiſſet interrogatus, non enim Pap. temporibus actio fideicommiſſi quã ipſe ſolam dat fideicommiſſario, habebat priuilegium vllum tacitæ hypothecæ, quod noua Iuſtin. conſtitutione primùm inductum eſt in *l. 1. C. commun. de legat.* Porrò actio ex teſtamento hypothecam nullam habet, niſi ex die mortis teſtatoris, quia nec priùs ipſa competit. Et hoc etiam conſequens eſt ei quod diximus actionem illam vtilem quam interpretes comminiſcuntur datiuam eſſe non natiuam. Quomodo enim fieri poſſet vt ha-
39 beret hypothecam ſeipſa antiquiorem? † Euenit certè aliquando vt vincula pignoris durent etiam ſubmota perſonali obligatione, quomodo loquitur *l. 2. C. de luit. pign.* de cuius ſententia nos alibi ſcripſimus. Sed vt hypotheca incipiat ante natam obligationem & actionem fieri nullo modo, nullóque caſu poteſt. Quamquam neque his dubitationibus iſtis locus relinquatur, longe expeditius eſt noſtram probare ſententiam, quæ non patitur actionem illam vtilem reſuſcitari, quòd nec vnquam competierit, nec vnquam fuerit extincta, neque rurſum indueí & tanquam nouam dari, ſufficiente videlicet actione ex teſtamento, quam dati debere non ſolùm Iulianus, Marcellus, Papinianus, prudentéſque cæteri, ſed & interpretes omnes conſentiunt.

Capvt XX.

Ad l. ſi fideiuſſor 29. §. pen. & §. hoc idem tractari. D. mandat. & l. cùm de indebito 25. De probat.

SVMMARIA.

1 *Duo alij Pandectarum loci in quibus* viſionis *nomen Triboniani eſſe oſtenditur.*
2 *Summa* l. ſi fideiuſſor 29. ff. mandat.
3 *Totum* §. in omnibus d. l. ſi fideiuſſor. *Triboniani eſſe.*
4 *Si fideiuſſor creditori pecuniam debitam ſoluit nec ſolutionem principali debitori denuntiauerit, debitore poſtea eandem pecuniam ſoluente, ſoluti condictionẽ aduerſus creditorem non fideiuſſori ſed debitori ſummo iure competere.*
5 *Debitorem hoc caſu non teneri indemnitatem fideiuſſori praſtare.*
6 *Vera ratio propter quam hoc caſu debitor indebiti actione fideiuſſori cedere tenetur.*
7 *Rationem illam*, ne duplum creditor conſequatur, *in fine* §. hoc idem. *expreſſam, ad ſuperiorem caſum non pertinere.*
8 *Verba illa*, ne duplum creditor conſequatur, *Triboniani vel alicuius Interpretis eſſe.*
9 *Sententiam* d. §. in omnibus. *mancam eſſe.*
10 *Debitore primam ſolutionem faciente fideiuſſorem qui ignoranter ſecundo creditori ſoluit, teneri competentem ſibi condictionem debitori praſtare.*
11 *Tentatur eam ceſſionem debitori minus neceſſariam eſſe.*
12 *Diſtinguendum quoque eſſe an ſecunda ſolutio iuris an facti ignorantia facta ſit.*
13 *Secunda ſolutione licèt auctoritate iudicis facta, non ideo minus condictionem, ſi non indebiti, ſaltem ſine cauſa aduerſus creditorem competere.*
14 *In ſecunda illa ſolutione iudicis auctoritate facta dolum creditoris & calliditatem interueniſſe.*
15 *Eo caſu creditorem actione ſtellionatus criminaliter non conueniri, ſed cauſam ex integro non implorato reſtitutionis auxilio agi.*
16 *Non bene* in d. §. pen. *ſtellionatus actionem fideiuſſori aduerſus creditorem concedi.*
17 *Totam legem* cùm indebito 25. ff. de probat. *& præcipue* viſionis *in ea nomen Triboniani eſſe.*

PEragendum † eſt hoc capite quod initio huius libri inſtitueramus, vt eos omnes Pandectarum locos in quibus *viſionis* dictionem vſurpatam legimus, Triboniani eſſe oſtendamus, aut ſaltem à Triboniano corruptos fuiſſe. Nam præter duo illa Vlpiani reſponſa, de quibus iam diximus, quorum alterum eſt in *l. ſed etſi lege 25. §. quod autem, de petit. hered.* alterum in *l. quamuis 8. §. ſi mulier ad SC. Vellean.* ſuperſunt alia duo, vnum eiuſdem Vlpiani, aliud Pauli, illud in *l. ſi fideiuſſor 26. § pen. D. mandat.* hoc in *l. cùm de indebito 25. D. de probat.* Dequibus nunc breuiter videamus. † In tota *d. l. ſi fideiuſſor,* 1
tractat Vlpianus de actione mandati an danda ſit necne fideiuſſori, qui ſiue ſciens ſiue ignorans ſoluerit pro reo vel non vtiliter & efficaciter obligato, vel iam liberato. Et poſtquàm varios caſus proſecutus eſt, multáſque adhibuit diſtinctiones, præſertim duas illas generaliores, an ſciens fideiuſſor ſoluerit, an ignorans, rurſumque ſi ignorans an ignorantia iuris an facti, vt ſi vel ſciens ſoluerit vel ignorantia iuris, non ſit audiendus, niſi fortè debitor conqueratur de omiſſa exceptione quæ de apicibus iuris fuerit potiùs quàm ex bona fide: ſi verò ignorans, & quidem probabili ignorantia facti, repetitionem habere debeat actione mandati contra eum pro quo fideiuſſit, ſequitur in §. pen. eiuſd legis, *In omnibus autem viſionibus quæ propoſita ſunt vbi creditor vel non numeratam pecuniam accipit, vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, niſi ex condemnatione fuerit ei pecunia ſoluta. Tunc. n. propter auctoritatem rei iudicatæ ceſſat quidem repetitio, ipſe autem ſtellionatus crimine propter ſuam calliditatem plectetur.* † Totum verò hunc §. ego Tribo- 2
niani eſſe dico, non Vlpiani, motus non ſolùm ex ipſo verborum contextu parum eleganti, præcipuè illo loco *ſtellionatus crimine plectetur*, pro eo quod ſcribi debuit *ex cauſa commiſſi criminis ſtellionatus*, (nemo enim plectitur crimine, ſed pœna propter crimen) verum etiam ex eo, quod non niſi de actione mandati tota ea lege Vlpianus agit & de repetitione quam fideiuſſor contra reũ habere debeat per illam actionem mandati, non etiam de condictione ſoluti, aut, quod idem eſt, de repetitione aduerſus creditorem ipſum danda vel deneganda. Neque verò dubitandi ratio illa occurrere poterat, quin condictione teneretur creditor qui pecuniam indebitam accepiſſet, ſiue ideò eſſet indebita, quòd nihil creditor numeraſſet, ſiue quòd numeratæ ſolutionem & reſtitutionem iam habuiſſet. Quod ipſum iam ſatis Vlpianus expreſſerat, in §. *hoc idem tractari in fin.* iis verbis, *cedere autem reus indebiti actione fideiuſſori debet ne duplum creditor conſequatur.* Oſtendunt enim verba illa, non ſolùm condictione teneri creditorẽ qui indebitũ acceperit (quod adeò certũ erat, vt non niſi fruſtra & ridiculè id addere Vlpianus potuerit, ſi aliud nihil addendũ habuiſſet) ſed etiam cui cõpetat illa condictio, nimirũ debitori nõ fideiuſſori, quoniã in ea ſpecie fideiuſſor primus ſoluerat quod creditori verè debebatur, ob idq; non poterat dicere ſolutũ à ſe indebitum quod facere poſſet locũ condictioni. Ipſe autem debitor, qui factam à fideiuſſore ſolutionem ignorans, quòd de ea certioratus non eſſet, iterum ſoluerat, ſane indebitum ſoluerat, cùm fideiuſſoris ſolutione fuiſſet liberatus. Ob idque & habet ſummo iure condictionem contra creditorem non fideiuſſor, & fideiuſſori actione mandati non tenetur vt indemnem eum præſtet, non quia ſit liberatus, (nam cùm pecunia & facto fideiuſſoris liberatus ſit, ea ratio facere potiùs deberet vt teneretur) ſed quia poteſt imputari fideiuſſori cui de ſolutione à ſe facta non certiorauerit debitorem, eùm ob omiſſam nuntiationem euenerit vt perinde ſoluere debitor coactus fuerit, acſi fideiuſſor

non

5 non ſoluiſſet. † Quæ res facit vt ex ſolutione per fideiuſſorem facta nihil commodi videatur conſecutus, tametſi reuera per eam fuerit, vt iam dixi, liberatus, niſi quod propter eiuſmodi liberationem accedit, vt habeat debitor condictionem, quam alioqui non eſſet habiturus. Sed iuris regula eſt, neminem ideò obligari quia receperit ſibi ab alio quod ipſe præſtiterit, *l. nemo ideò 171. de regul. iur.* propterea quòd cuiuſque intereſt non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere *l. 3. ff. de compenſat. l. ſi ſtipulatus 15. in princ. de fideiuſſ.* Dicimus autem non eſſe obligatum hoc caſu debitorem, vt indemnitatem fideiuſſori præſtet, id eſt, vt pecuniam ipſam quam fide-
6 iuſſor ſoluit, ei reſtituat. † Nõ autem abſolute negamus eſſe obligatum actione mandati: quia cùm ex facto & pecunia fideiuſſoris acquiſiuerit ſibi actionem & condictionem, locupletatur cum damno & iactura ipſius, ſi ne quidem eiuſmodi actionem fideiuſſori cedendam teneretur. Plane ad aliud quàm vt actione cedat, non tenetur. Ex alia iuris regula quæ habet, In omnibus quos idcircò teneri dicimus, quia habent actionem, delegationem pro iuſta præſtatione eſſe, *l. quod debetur 51. in fin ff. de pecul. l. quòd ſi in diem 16. §. vlt l. item veniunt 20. § ait Senatus 17 ff. de petit. hered.* Cedit itaq; & præſtat actionem, non ratione illa nuda æquitatis, de qua idem Vlpian *l. creditore 38 de euict. Cui. n. non æquum videbitur*, inquit, *vel hoc ſaltem conſequi emptorem quod ſine diſpendio creditoris futurum eſt*? ſed quoniam actione mandati ad hoc ipſum obligatus eſt, vt eam actionem præſtet. Ne alioqui, vt diximus, ex fideiuſſoris damno & iactura locupletetur. Hæc eſt vera & germana ratio eſt, propter quam fideiuſſori cedenda eſt condictio non illa quam textus habet, *ne duplum creditor conſequatur*. Nam ſi nulla fieret ceſſio fideiuſſori, non idcircò tamen eueniret, vt duplum creditor conſequeretur, quippe qui debitori condictione indebiti teneretur, cuius æquitas illa eſſe ſolet quæ & condictionem indebiti & cæteras omnes induxit, quòd hoc natura æquum ſit neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem *l. nam hoc natura 14. D de cond. indeb l. ſi &*
7 *me & Titium 32. D. de reb. cred.* † Itaq; & accommodatior eſt ratio illa, *ne duplum creditor conſequatur*, ad explicandum cur creditor condictione teneri debeat, quàm ad probandum teneri debitorem vt fideiuſſori præſtet condictionem. Imo neque probat dandam eſſe fideiuſſori cõdictionem, quia ſiue fideiuſſori detur, ſiue debitori, perinde vtroq; caſu euenit ne duplum creditor conſequatur, qui quod indebitum accepit, reſtituere compellitur. Quanquam probat potius, quod & verum eſt debitori condictionem competere, non fideiuſſori. Duplum. n. conſequitur creditor, non cùm accipit ſolutionem primam à fideiuſſore, ſed cùm accipit ſecundam à debitore. † Vnde moueor vt illam quoq; rationem, *ne duplum creditor conſequatur*, Triboniani eſſe putem, aut imperiti alicuius interpretis, non Vlpiani quem credibile eſt meliorem aliam fuiſſe allaturum, ſi quam certiſſimi iuris rationẽ adferre voluiſſet. Vt taceam huiuſmodi condictionem, ſiue per debitorem ipſum, ſiue per fideiuſſorem exerceatur, non poſſe facere ne duplum conſequatur creditor, quem ponimus iam fuiſſe duplicem ſolutionem conſecutum, ſed ne duplum quod conſecutus eſt, retineat, quod eueniret ſi condictio
9 aduerſus eum non daretur. † Ex eo autem, quod iam illo loco corruptum. Vlpiani contextum fuiſſe fatendum eſt, tantò facilius conijci poteſt, verum eſſe quod volumus, in *§ pen. eiuſd. leg.* corruptum etiam fuiſſe. Nam & ſententia loci manca eſt in eo primum quòd non aperit Tribonianus cui danda ſit repetitio contra creditorem, vtrum debitori an fideiuſſori, cùm tamen ex iis quæ pro diximus, conſtet, tum quoque cùm danda eſt, non indiſtinctè & promiſcuè vtrique dandam eſſe, ſed alterutri tantùm. Ei ſcilicet qui ſecundus ſoluit, niſi per eum alteri actio ce-
10 datur. † Si. n. poneres ſolutionem primam à debitore factam eſſe, ſecundam verò à fideiuſſore primam ignorante, ſicuti verum eſſet teneri fideiuſſori debitorem actione mandati ad indemnitatem ei præſtandam. Ita nec dubitari oporteret, quin fideiuſſor competentem ſibi condictionem debitori præſtare teneretur. Hæc ſola differentia quòd ea ceſſio facienda eſſet, non vi & iure alterius actionis, ſed ex æquitate illa *d. l. in creditore*, quod non debeat fideiuſſor recuſare quominùs id ſaltem præſtet quod ſine ipſius diſpendio & incommodo ſit futurum.
† Quanquam defendi non malè poteſt minùs neceſſariam 11
eo caſu futuram debitori ceſſionem, citra quam vtiq; danda ei ſit condictio aduerſus creditorem, quaſi qui ſoluiſſe ipſe videatur quod eius nomine ſoluit fideiuſſor, præſertim ſi fideiuſſori ſuo iam præſtiterit indemnitatem. Alioqui nec per ſolutionem à fideiuſſore factam debitor liberaretur, ſi non ipſius debitoris nomine fideiuſſor ſoluiſſe intelligeretur, vt euenit in mandatore qui propter mandatum ſuum ſoluens, & proprio nomine id ipſum quod alius debet, non tamen liberat debitorem. *l. Papinianus 28. D. mandat.* † Mancus etiam fuit Tribonianus 12
in eo quod illam duntaxat adhibet diſtinctionem, an ſolutum ſit creditori ex auctoritate rei iudicatæ, an non, vt hoc ſolo poſteriore caſu repetitio contra eum danda ſit. Priore verò, ceſſante repetitione ad extraordinariam ſtellionatus accuſationem recurrendum ſit, vt improbi creditoris calliditas plectatur. Cùm tamen illa quoque diſtinctio maximè adhiberi debuerit, An ſcienter an ignoranter ſecunda ſolutio facta ſit. Ruſùmque ſi ignoranter, an ignorantia iuris an facti. Nam ſi ſcienter fideiuſſor ſoluerit pecuniam, vel à creditore nunquam numeratam, vel à debitore ipſo iam ſolutam, nemo dixerit dandam ei condictionem. Eſt enim generale & perpetuum, vt quiſquis ſciens, ſe non debere ſoluit, nunquam repetat. *l. 1. D. de cond. indeb. l. indebitum 9. C. eod.* Idque propter iuris regulam quæ vult, cuius propter errorem ſoluti repetitio eſt, eius conſultò dati donationem factam intelligi debere. *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Idemque eſt ſi ignorans fideiuſſor ſoluerit ignorantia iuris non facti, *l. cum quis 10. C. de iur. & fact. ignor.* quia parum intereſt an quis ſciat, an ignoret id, quod per peritiores ſcire & diſcere potuerit ac debuerit. *leg. regula 9 D. eod.* Non ergo indiſtinctè & generaliter verum eſt teneri condictione creditorem, tametſi non ex iudicis auctoritate ſolutio facta proponatur. † Interueniente verò 13
re iudicata, etſi verum eſt eum qui condemnatus ſoluit, repetere non poſſe, propter rem iudicatam, quæ pro veritate habetur, non eò minùs tamen fieri poteſt, vt condictio aduerſus creditorem danda ſit, non quidem condemnato, ſed alij qui non fuerit condemnatus & cuius tamen interſit. Finge fideiuſſorem condemnatum fuiſſe ad ſolutionem, ſed eo tempore quo iam debitor ſoluerat, ac proinde cuius tam fideiuſſor quàm debitor ipſe iam erat liberatus. Faciet quidem auctoritas rei iudicatæ ne poſſit fideiuſſor tanquam indebitum repetere quod ſoluerit in executionem rei iudicatæ. Sed non obſtabit quominùs debitori qui condemnatus non fuit, danda ſit condictio, ſi non indebiti, quia quod ſoluit fuit debitum tẽmpore ſolutionis, ſaltem ſine cauſa, quia incipit pecunia quam debitor primùm dederat, eſſe ſine cauſa penes creditorem, ex quo tantumdem ille à fideiuſſore exegit, & conſecutus eſt quaſi nihildum ſolutum fuiſſet. Nunquam enim poteſt aut iuris & æquitatis ratio pati, vt idem debitum aut bis exigatur, aut bis exactum retineatur, vulgat. *leg. bona fides 56. de reg. iur.* † Sed ne- 14
que facilè video quomodo fieri poſſit, vt quod iam debitor ſoluerit, fideiuſſor quoque ſoluere condemnetur, niſi per imperitiam quidem aut iniquitatem iudicis (quis enim tam imperitus aut tam iniquus iudex eſſe poſſit?) niſi fortè proponas iudici obreptum fuiſſe, circumuentámque eius religionem dolo creditoris diſſimulantis aut negantis factam ſibi à debitore ſolutionem. Quod & Triboniani verba præ ſe ferunt, cùm creditorem hoc caſu ſtellionatus crimine vult obſtringi propter ſuam calliditatem. Stellionatui enim non imperitia aut iniquitas

iudicis locum facere poteſt, ſed tantùm dolus & callidi-
15 tas actoris. † Atqui quoties obreptum eſt iudici dolo malo alterutrius ex litigatoribus, conſtat non obſtare rē iudicatam quominùs ex integro cauſa agi poſſit, ſaltem implorata in integrum reſtitutione, *l. Diuus 33. de re iudicata.* Imo nec neceſſaria eſt in integrum reſtitutio quia ſi aduerſus fideiuſſorem ſic agentem, acſi non eſſet condemnatus, obiiciatur exceptio rei iudicatæ, doli replicatione vti fideiuſſor poterit, *l. cum à te 15. ff. de dol.* vbi propter hanc cauſam negat Paulus in ſpecie non diſſimili, quam ibi tractat dandam eſſe condemnato actionem de dolo, cùm aduerſus rem iudicatam poſſit ei eſſe proſpectum per doli replicationem. Vſque adeò enim ceſſat actio de dolo quoties aliquod remedium aliud competit, vt ſufficiat vel beneficio in integrum reſtitutionis, aliam actionem dari poſſe, *l. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo.* Quia licet auxilium reſtitutionis in integrum ſit extraordinarium, ideóque nec competat quoties ordinarium & commune locum habere poteſt, *l. in cauſa 16. in princ. ff. de minor.* tamen actio de dolo extraordinaria quoque eſt, & prætereà infamis, ob idque non aliter quàm omni alio auxilio deficiente indulgenda. Quare ſiue dicamus, contra ſententiam per quam fideiuſſor condemnatus ſit dolo malo creditoris dandam, fideiuſſori reſtitutionem in integrum, ſiue doli replicationem, fatendum eſt creditorem non poſſe ciuiliter conueniri actione de dolo. Ergo neque criminaliter actione ſtellionatus, quia conſtat quod in ciuilibus cauſis actio de dolo eſt, hoc in criminalibus eſſe ſtellionatus perſecutionem, nec proinde aliis caſibus poſſe obiici ſtellionatum, quàm quibus actio de dolo habere locum poſſet, *l. 3. §. 1. ff. de crimin. ſtellion.* Quod ſi ita eſt, defendi nequit 16
quod in *d. §. pen.* Triboniano placet, creditorem teneri crimine ſtellionatus propter ſuam calliditatem, ſi fecerit vt fideiuſſor per ſolutionem à debitore factam liberatus ad iteratam ſolutionem condemnaretur. Aut ſi ſolus creditoris dolus inducit actionem extraordinariam ſtellionatus, quidni eadem actione admittimus teneri creditorem, qui alio quouis modo extorſit ſolutionem a fideiuſſore, licèt non interuenerit auctoritas rei iudicatæ? Sed hæc ad Vlpianum contra Tribonianum diſputaſſe
ſufficiat. † Ad Paulum in *d. l. cùm de indebito 25. de probat.* 17
pauciora erunt adnotanda. Nihil enim eſt tota illa lege, ſiue verba, ſiue ſenſum conſideres, tótque diſtinctiones & ſubdiſtinctiones quibus referta eſt, quod non ſapiat Tribonianum, à principio ad finem vſque. Præſertim verò in verſi. *omnibus autem viſionibus*, vbi hoc ipſum nomen vſurpatum eſt, quod nos totum Tribonianeum eſſe contendimus. Neque in eo probando nobis valde laborandum eſt, quod ante nos iampridem à clariſſimis Iureconſultis Iacobo Cuiacio & Antonio Contio fuit obſeruatum.

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ Senatu Præſidis Primarij,
CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS LIBER DECIMVS-NONVS.

CAPVT PRIMVM.

Explicatio l. 1. C. de donat. ant. nupt.

SVMMARIA.

1 *Hanc legem fugitiuam eſſe.*
2 *Priorem eius legis partem eſſe de donatione quam vir futurus in vxorem futuram contulerit, & quæ poſtea in dotem conuerſa fuerit.*
3 *Hanc donationem melius donationem ante nuptias quàm munus ſponſalitium dici.*
4 *Prioris partis eius legis ſententia.*
5 *Quem ſenſum Interpretes poſteriori eiuſdem legis parti adfingant.*
6 *Dotem etiam ante matrimonium contractum dici promitti & dari poſſe.*
7 *Quo ſenſu nuptiæ ad dotem conſtituendam requiri dicantur.*
8 *Eum cui ſic legatum eſt*, quandoque liberos habuerit, *ſi prægnante vxore deceſſerit, impleta conditione deceſſiſſe intelligi, modo poſthumus, licèt poſt eius mortem naſcatur.*
9 *Differentia inter conditionem formalem & conditionem ſine qua non.*
10 *In quo differat ſtipulatio dotis à traditione rei quæ in dotem data eſt?*
11 *Dotis ſtipulationem etſi tacitam illam conditionem habeat*, ſi nuptiæ ſequantur, *in caſum non in tempus nuptiarum collatam videri.*

12 *Dotem*

12 *Dotem à marito futuro donationis cauſâ auctam, & ab eo acceptam ſine traditam, licet eo demum tempore quo matrimonium contrahitur dos eſſe incipiat, in tempus prohibitum collatam non intelligi.*
13 *Quando donatio ante nuptias facta impediatur?*
14 *Donationes inter futurum virum & vxorem in tempus matrimonij contrahendi collatas non prohiberi.*
15 *Refelluntur quæ ab Accurſio & alijs ad poſteriorem dictæ legis partem annotata ſunt.*
16 *Duæ rationes ob quas in poſteriore illa parte donatio à futuro marito dotis augendæ facta non valet.*
17 *Solum animum donandi ad donationem legitimè conficiendam non ſufficere.*

1 VIDETVR † eſſe lex hæc de numero earum
quas fugitiuas appellare ſolent, quòd aliquæ ſint, nec ſub proprio titulo collocatæ. Nam cùm habeat duas partes, vtraque eſt de iure dotis repetendæ, iudicio de
dote. Debuit igitur poni ſub tit. *de iur. dot.* potiùs quã ſub
2 tit. *de donat. ante nupt.* † Prior pars nullam penitus habet dubitationem: ideóque ab interpretibus omnibus
bene accepta eſt de donatione quam vir futurus in vxorem futuram contulerit, & quæ poſtea in dotem conuerſa fuerit, ſiue munus ſponſalitium illud dici poſſit contractis fortè iam ſponſalibus, ſiue ponas nondum eo tempore ſponſalitia fuiſſe contracta, ſed factam tamen donationem contemplatione futurarum nuptiarum, & earum ſiue ſpe aliqua, ſiue certa contemplatione. Quod
poſtremum magis conuenit verbis legis, quæ non de
ſponſo loquitur, ſed de viro, nec de ſponſa cui traditæ
ſunt res donatæ, ſed de vxore. Sic enim lex habet, *ſi ea
quæ donat vir futurus tradiderit vxori*, nimirum, *futura,
quamuis non ſponſa.* Nihil enim vetat contrahi nuptias
3 nullis præcedentibus ſponſalibus. † Itaque malo hanc
dicere donationem ante nuptias, quàm munus ſponſalitium, quod vel ea ipſis huius Tituli verbis ſeparatur à
donatione ante nuptias, non in alio quàm quòd ſponſalitium à ſponſo confertur in ſponſam, donatio autem
ante nuptias etiam à non ſponſo in non ſponſam. Nec
quemadmodum munus omne ſponſalitium donatio ante
nuptias eſt, ita poſſis dicere donationem omnem ante
4 nuptias ſponſalitium munus eſſe. † Huius verò prioris
partis ſententia perſpicua & euidens illa eſt ſi ea quæ donat vir
futurus vxori tradiderit, & poſtea in dotem ab vxore
acceperit, donationem non impediri, & res quæ in ea
cauſa ſunt tanquam dotis effectas iudicio dote peti poſſe.
Cur enim donatio impediretur facta ante nuptias, & eo
tempore quo libera eſt inter eos qui coniuges futuri ſunt,
ſibi inuicem donandi facultas? Quidni verò valeat etiam
dotis datio, cùm ex parte vxori doté dantis traditio ſecuta
ſit, ſicuti ex parte viri futuri donantis vxori? Legitimè
conficitur donatio, quæ traditione ſumit effectum ſi aliud
nihil impediat eius validitatem: Legitimè quoque dos
conſtituitur, cum vxor in dotem tradit rem ſuam, ſiue à
marito ipſo ſiue ab altero eius rei dominium acquiſiuerit. Nihil. n. referre poteſt, vnde dominium profectum
ſit, dummodo traditionis tempore ad eam perſonam per-
5 tineat, quæ tradit. † Sed quod in poſteriore huius legis
parte ſcriptum eſt, ſi vir futurus donandi animo dotem
auxerit, vt videatur accepiſſe quod non acceperit, nihil
actum eſſe huiuſmodi donatione, & quod in dotem datũ
non eſt, repeti non poſſe. Hoc verò quam rationem
habeat & quomodo accipiendum ſit, difficiliùs eſt dicere.
Sic enim vulgò interpretes noſtri intelligunt, vt hoc caſu non valeat donatio etiamſi traditio aut ſtipulatio interuenerit: non quaſi aliquid ſit, quod impediat eo tempore inſpecto, ne valeat, ſed quia videtur collata in tempus contracti iam matrimonij, & conſequenter in tempus prohibitum, quandoquidem certi iuris eſt donationes inter virum & vxorem moribus populi Romani improbatas eſſe, nec quicquam referre, vtrum quid
fiat tempore prohibito, an in tempus prohibitum conferatur, *l. quod ſponſa 4. C. hoc tit.* vbi dicitur quod ad hanc
interpretationem valde pertinet, id quod ſponſæ donatur ea lege vt tunc dominium eius adipiſcatur mulier,
cum nuptiæ erunt ſecutæ, ſine effectu eſſe: quemadmodum dicimus ita datam libertatem, *Stichus ſeruus
meus, ſi eum heres alienauerit liber eſto*, inutiliter datam
eſſe, quia in id tempus collata eſt quo dari non potuit
à teſtatore. i. quo ſeruus alienus erit, *l. Stichus 39 ff. de
manu. teſt.* Cur autem videatur hæc donatio collata in
tempus prohibitum, ratio illa adfertur, quòd augendæ
dotis animo facta ſit, dos autem ſine matrimonio eſſe
non poſſit *l. vlt. hoc tit. l. 3. ff. de iur. dot.* Paria ergo videntur eſſe, donationem fieri ante nuptias animo augendæ dotis, & conferri in id tempus quo dos eſſe poterit, id
eſt, quo erit matrimoniũ. † Ego verò hanc interpretatio- 6
nẽ nõ minùs ab Imperatorũ ſenſu & mẽte, quã à iuris ratione alienam eſſe ſemper exiſtimaui. Nam ſi iuris rationem inſpicimus, quæ ſemper & ante omnia inſpicienda
eſt, etſi dos ſine matrimonio eſſe non poteſt, ita vt dotis
ſtipulatio, aliáve promiſſio quælibet tacitam eam conditionem habere intelligatur, ſi nuptiæ ſequantur, *l. 4. §.
huius, ff. de pact. l. ſtipulat. 21. ff. de iur. dot.* Nihil tamen
vetat dotem dici aut promitti, aut dari etiam priùs quam
matrimonium contrahatur, adeò vt neque dos illa pendeat in diem nuptiarum, niſi conuenerit expreſſe, vt
non priùs dotalis res eſſe incipiat, quàm nuptiæ fuerint
ſecutæ: quomodo in ſpecie *l. ſi ergo 9. §. ſi res, ff. eod.* † 7
Nuptiæ. n. requiruntur, non vt dos incipiat, quaſi tum
demùm impleta conditione formali, ſed tanquam conditio ſine qua non, vt loquuntur philoſophi. Eiuſq. rei argumentum manifeſtum eſt, quòd ſi quid ante nuptias in
dotem datum ſit ea mente vt ſtatim fiat accipientis nec
poſtea nuptiæ ſequantur, nõ vindicationi locus ſit, quaſi
non tranſlato dominio ob nõ impletam conditionem, ſed 8
condictioni quaſi cauſa nõ ſecuta, *d. l. ſi ergo, in pr.* Sic dicimus, eũ cui ſic legatum † eſt *quandoq; liberos habuerit*, ſi
prægnante vxore deceſſerit, intelligi expleta conditione
deceſſiſſe, & legatũ valere, tranſmittiq. ad heredem: ſi tamẽ poſthumus natus fuerit, inquit Iulian. in *l. is cui legatum 18 ff. quand. dies legat. ced.* poſthumi ergo natiuitas
requiritur, vt legatum & valuiſſe, & tranſmiſſum fuiſſe
intelligatur, an non tanquam conditio quæ ſuſpendat
legatum (hanc. n. poſt legatarij mortem impleri nihil
prodeſſet ſi non eo viuo aut impleta verè eſſet, aut ſaltem
pro impleta haberetur, ſed tanquam conditio ſine qua
nec legati conditio extitiſſe, nec tranſmiſſio facta fuiſſe
intelligeretur. † In eóq. differt conditio vera, quam nos 9
formalem appellamus, à conditione ſine qua non, quod
illa ſuſpendit actum, hæc non ſuſpendit, tanquam quæ
ad materiam circa quam, magis quàm ad formam rei
ſpectat, nec niſi extrinſecus aduenit. † In hoc planè 10
diſtinguenda videtur ſtipulatio dotis à traditione rei quæ
in dotem data ſit, quod ſtipulatio nullam actionem parere poteſt priuſquam nuptiæ ſequantur *d. l. ſtipulationem.*
Proprium. n. eſt conditionis tacitæ perinde ac expreſſæ,
vt impediat actionis natiuitatem ex ſtipulatione *l. interdum 73. l. continuus 137. §. cum ita, ff. de verb. obl.* Traditio autem quæ purè fit nullam recipit tacitam conditionem cùm ſit aptus modus transferendi ſtatim dominij
quoties purè fit, & ex iuſta cauſa. Itaq; is qui tradit, ſi
dominium ſtatim per ipſam traditionem transferre nolit,
expreſſim cauere debet, vt non priùs res fiat accipientis,
quàm vel hoc illud fuerit ſecutum, vt contingit etiam
cũ mortis cauſa donatio fit *l. 1. & 2. l. ſenatus 35. §. mortis
cauſa. D. de mort. cauſ. donat.* Quid. n. poteſt ſupereſſe faciẽdũ ad trãsfactionẽ dominij cũ traditio ſit ſecuta? An nõ
idẽ eſt in ſtipulatione, per quã ſcilicet promittitur ſolutio
futura: & idcirco quãdiu ſolutio facta nõ eſt, multò facilius
eſt vt actio quæ alioquin ex alia ſtipulatione purè competeret, ſuſpẽdatur in tẽpus vſq. nuptiarũ, quaſi tacitã cõditionẽ habens illã, *ſi nuptiæ ſequãtur*. Hoc volo dicere facilius poſſe ſuſpẽdi tacitè ſtipulationẽ, quàm traditionem

11 †Sed etſi dotis ſtipulatio conditionem illam habeat tacitam *ſi nuptiæ ſequantur*, an id dicendum erit, collatam videri eam in tempus nuptiarum? Minimè verò. Sunt. n. iſta longè differentia, Conferri quidem in caſum, & Conferri in tempus. Fateor ſtipulationem dotis conferri in caſum nuptiarum: ſed nego conferri in tempus nuptiarum. Primo námque inſtanti quo nuptiæ contrahi incipiunt, impletur cõditio nuptiarum, etiam priùs quam deducta ſit vxor in domum & cubiculum mariti, dummodo perfectus & abſolutus conſenſus interuenerit *l. pen. de donat. int. vir. & vxor. l. cui fuer.* 15 *de cond. & demonſt.* Atqui primum illud inſtans non eſt tempus. Conſtat. n. tempus & vt ita dicam, conficitur ex plurib. inſtantib. ſucceſſiuis, non ex primo vnico. Non igitur quod confertur in caſum nuptiarum dici poteſt in earum tempus collatum eſ-
12 ſe. †Quod ſi contendas conditionem nuptiarum non impleri primo inſtanti, ſed vltimo, adhuc tamen verum erit dotem promiſſam aut traditam ſub conditione nuptiarum non eſſe collatam in tempus prohibitum. Tempus enim prohibitum, tempus eſt matrimonij iam contracti non quo contrahitur: ſicut & tempus permiſſum intelligitur, cùm matrimonium diſſolui incipit, quamuis non dum diſſolutum ſit *l. quia in hoc tempus* 10 *cum §. vlt. leg. præced. De donat. int. vir. & vxor.* Sic & cùm vſusfructus alicui legatur his verbis, *cùm morietur* inutiliter legari dicitur tanquam collatus in id tempus, quo vſusfructus à perſona diſcedere incipit, *l. Titio cum morietur* 51 *de vſufr.* licet verum ſit vſumfructum non deceſſiſſe in totum antequàm vſufructuarius mortuus ſit, quia & cùm moritur, adhuc viuit, morique incipit, non eſſe mortuus. Et verò quod fit in caſum & ſub conditione, quandocunque eueniente caſu vel conditione, vires accipit ex eo tempore quo factum fuit, non ex quo conditio euenit. Vnde eſt quod noſtri ſolent dicere, quamquam minùs rectè, conditiones retrotrahi ad tempus quo actus conditionalis interpoſitus fuit, *l. qui balneũ 9. l. potior* 11. *§. qui potior. in pign. hab.* At quod quod fit in tempus non poteſt videri alio tempore factum eſſe, quia tempus nunquam retrotrahitur, ideóque hereditas quæ ſub condictione dari poteſt, in diem tamen certam dari non poteſt, *l. hereditas* 34. *ff. de hered. inſtit.* Cùm igitur eæ demum donationes impediantur quæ fiant inter eos, qui ſunt iam coniuges, prius autem ſit, vt fiant coniuges quàm vt ſint, prorſus conſequens eſt, vt dos quæ ſiue promiſſa, ſiue tradita fuerit in id tempus quo nuptiæ fient, non poſſit dici collata in tempus prohibitum, quia collata eſt in tempus quidem matrimonij, ſed contrahendi, non iam contracti. †
13 Alioqui ſequeretur non valituram donationem ante nuptias, quæ fieret propter nuptias & in caſum nuptiarũ, ſiue ſecutis nuptiis, ſiue non ſecutis. Nam ſecutis nuptiis dicendum eſſet non valere tanquam collatam in tempus prohibitum, *d. l. quod ſponſa*: non ſecutis vero nuptiis non valere tanquam non ſecuta cauſa ob quam facta eſſet donatio. Quod vtrumque tamen falſum eſt ſiue ius vetus inſpicias, ſiue nouum à Conſtantino inductum in *leg. cum veterum* 15. *& ſeq. C. eod.* tum demum enim donatio ante nuptias facta impeditur, cùm eo modo facta eſt quo in *dict. l. quod ſponſa*, id eſt, ita vt dominium rei donatæ adipiſcatur vxor eo tantùm tempore quo nuptiæ erunt
14 ſecutæ, non quo ſequentur. † Nam cùm dicimus nuptias ſecutas, ſignificamus tempus iam contracti matrimonij: cùm vero nuptias quæ ſequentur, tempus matrimonij contrahendi. Tempus autem matrimonij quod contrahitur, non eſt tempus prohibitum ſi de donationibus
15 tractetur, ſed tempus matrimonij iam contracti. † Inde concludo, nulla ratione probari poſſe quod Accurſius & cæteri ad hanc legem notant, cùm maritus futurus donandi animo dotem auxit, vt videatur accepiſſe, quod non acceperit, ideo nihil actum eſſe huiuſmodi donatione, quod facta mentio dotis oſtendat collatam fuiſſe donationem in tempus matrimonij iam contracti: Etſi enim non poteſt eſſe dos ſine matrimonio, incipit tamen eſſe ſtatim atque matrimonium contrahitur, nec requiritur vt iam ſit contractum. †Quam ergo rationem habere po- 16
teſt quod lex ait nihil actum eſſe huiuſmodi donatione? duplicem vt puto, quoniam & duo à futuro marito agebantur, illud primùm vt donaret, quia donãdi animo dotẽ augebat, deinde vt dotem augeret. At neutrum fieri potuit eo modo, id eſt, neque donatio, neq; dotis adſcriptio. Non donatio, quia neque inter coniunges, neque inter exteros poteſt fieri donatio niſi per traditionem, aut ſtipulationem, ſi reſpicias ad ius vetus. Iure namque nouo ſufficeret nudum pactum, adeoque teſtificatio qualibet vo- 17
luntatis, *l. ſi quis argentum* 35. *§. pen. C. de don.* † In propoſita verò ſpecie neque ſtipulatio interuenerat, ſed tantùm animus donandi, quem nemo dixerit poſſe ſufficere ad donationem legitimè conficiendam. Non etiam dotis adſcriptio, quia dotem nec ſolus animus conſtituendæ dotis nec ſcriptura dotis acceptæ, ſed numeratio ſola facit *leg. 1. C. de dot. caut. non num.* Eſt enim contractus dotis ex eorum genere, qui re ac traditione, non ſolo conſenſu perficiuntur, niſi cum ſtipulatio interuenit, cuius tamen loco pollicitationem ſufficere poſſe voluit Theodoſius in *leg. ad exactionem 6. C. de dot. promiſſ.* ſed fient planiora hæc omnia ex iis quæ ſequenti capite dicemus.

CAPVT II.

Exceptio l. 2. C. de dot. caut. non numer. eiúſque conciliatio cum l. 1. C. de donat. ante nupt.

SVMMARIA.

1 *Verba* d. l. 2 *& Accurſij interpretatio.*
2 *Diuerſas eſſe ſpecies quæ in dictis legibus tractantur.*
3 *Neceſſariam fuiſſe in ſpecie* d. l. 2. *ad donationem confirmandam orationis D. Seueri auctoritatem.*
4 *Donationem inter ſponſam & ſponſum ſi in matrimonij tempus collata non ſit poſſe ex oratione Seueri, aut ex prudentum ad eam orationem interpretatione confirmari, ſi qua ratione non valeat.*
5 *Alia diuerſitas inter ſuperiorum legum ſpecies.*
6 *Senſus horum verborum* d. l. 2. quatenus liberalitas interpoſita munita eſt.
7 *Dictam* l. 2. *ad actionem ex ſtipulatu ad conſequendam donationem morte confirmatam, legem vero.* 1. C. de don. ant. nupt. *ad dotis repetitionem pertinere.*
8 *Imperatores in* d. l. 1. C. de don. ant. nupt. *non aliter reſponſuros fuiſſe etſi maritus in matrimonio prior decedens in eadem voluntate perſeueraſſet, imò etiam ſi legitimè confecta donatio fuiſſet.*
9 *Dotem donationis cauſà dari vel adſcribi non magis poſſe, quam ſocietas contrahi, vel locatio vel emptio poteſt.*
10 *Eiuſmodi contractus inter coniuges oratione Seueri confirmari non poſſe.*
11 *Explicantur nonnulla* in §. ſi inter virum. 24. l. cum hic ſtatus. 32. ff. de donat. int. vir. & vx.
12 *Cur mulier in* d. l. 2. *quicquid maritus donandi animo de ſuo in dotem adſcripſit ex ſtipulatione petat, non autem iudicio de dote repetat?*
13 *Reſpondetur ad argumentum pro Accurſij ad* d. l. 1. *interpretatione allatum.*
14 *Quid in* d. l. 2. *ad validitatem donationis requiratur?*

AT obſtare valdè creditur reſcriptum Imp. Alexandri in *l. 2. C. de dot. caut. non numer.* cuius verba hæc ſunt: *Quod de ſuo maritus conſtante matrimonio donandi animo in dotem adſcripſit, ſi eandem donationem legitimè confectam non reuocauit, qui dotis incrementum dedit, & durante matrimonio mortem obiit, ab heredibus mariti quatenus liberalitas*

liberalitas interpoſita munita eſt, peti poteſt. In ea ſiqui-
dem ſpecie perinde ac in *leg.* 1. *C. de donat. ante nupt.* id
egerat maritus, vt donandi animo dotem augeret adſcri-
bendo in eam de ſuo, vt videretur accepiſſe quod non
acceperat. Et tamen non dubitat Imperator quin valeat
donatio, ex eáque agi poſſit, ſi modò confirmata ſit mor-
te mariti, eiuſdémque teſtatoris. Neque latis habent in-
terpretes noſtri, quod adferant, vt locos iſtos concilient.
Niſi quod Accurſ. notat ad *dict. leg.* 1. ponendum eſſe in
ſpecie illius legis ſolutum fuiſſe matrimonium, non mor-
te mariti, vt in *dict. leg.* 2. ſed vel morte mulieris, vel
diuortio: Quaſi aliud reſpondere debuerint Imperatores
& reſponſuri fuerint, ſi mariti morte ſolutum fuiſſet ma-
trimonium: tanquam eo casu confirmata per Seueri
orationem donatione, quæ ab initio non valuiſſet. Ve-
rùm quis non videt planè commentitiam eſſe hanc in-
terpretationem, cùm in *dict. leg.* 1. nihil ſit ex quo poſſit
colligi de ea ſpecie conſultos fuiſſe Imperatores in qua
matrimonium vel diuortio, vel morte mulieris, non et-
2 iam morte viri ſolutum proponeretur? † Illud magis mi-
rum eſt, cur interpretes hanc legem illi opponant, cùm
ſit apertiſſimum diuerſas eſſe ſpecies quæ in hac & in il-
la tractantur. In *l.* 1. maritus futurus donandi animo do-
tem auxerat, ſi augere voluerat: nec enim poterat verè auge-
ri dos quæ nulla dum erat. In *leg.* 2. idipſum fecerat con-
ſtante iam matrimonio: ac proinde in ſpecie legis 1. ni-
hil impediebat donationem ſi modò legitimè confecta
fuiſſet, interueniente ſcilicet traditione vel ſtipulatio-
ne. At in *d. l.* 2. illud impediebat donationem quam nimis
legitimè confectam & ſolenniter, quòd conſtante ma-
3 trimonio facta erat. † Et ideirco neceſſaria eſt auctori-
tas orationis Seueri ad confirmandam donationem in
ſpecie *d. leg.* 2. quæ nec neceſſaria nec vtilis eſſe poterat in
ſpecie *dict. leg.* 1. Non enim pertinet oratio illa ad alias dona-
tiones, quam quæ conſtante matrimonio fiunt inter vi-
rum & vxorem: adeò vt ſi ſponſus ſponſæ donauerit col-
lata in matrimonij tempus donatione, neceſſaria fuerit
interpretatio prudentum vt orationis ſententia ad hanc
quoque ſpeciem produceretur, vt nimirum ſi donatoris
voluntas vſque ad mortem perſeuerauerit, valeat dona-
tio & confirmetur morte, *l. cum hic ſtatus.* 32. *§. ſi ſpon-
ſus* 22. *& §. ſi quis ſponſam* 27. *D. de don. int. vir. &
vxor.* nempe quia donationes eas tantùm confirmauit
Imperator quæ factæ eſſent inter virum & vxorem: hæc
autem facta eſt inter ſponſum & ſponſam. Et quamuis in
tempus matrimonij collata ſit, non tamen poteſt dici
verè ac propriè inter coniuges facta eſſe, vt ſcriptum
4 eſt in *d. § ſi ſponſus.* † Ergo quæ facta eſſet inter ſponſum
& ſponſam, nec tamen collata in tempus matrimonij, non
poſſet ex oratione aut ex prudentum ad orationem inter-
pretatione confirmari, ſi qua ratione non valeret. Idé n-
que iudicium eſt de qualibet donatione ante nuptias, &
inter non côiuges facta: Igitur ea de qua tractatur in *d. l.*
1. vel valuit ab initio vel nô valuit: ſi valuit nulla indiget
confirmatione *l. 1. C. de inoffic. don.* ſi non valuit, alia cauſa
fuit propter quam non valeret, quàm quòd facta eſſet
inter virum & vxorem, aut collata in tempus matrimo-
nij, vt ſupra probauimus. Fruſtra ergo eſt quærere an
confirmetur ex oratione Seueri, & conſequenter an ma-
trimonium ſolutum ſit mariti an mulieris morte, aut po-
tiùs per diuortium. † Rurſus in ſpecie *dict. leg.* 1. non
5 proponebatur facta donatio per ſtipulationem aut tradi-
tionem, ſed tantùm interuenerat animus donandi, & au-
gendi dotem, qui animus non ſufficit, vt iam diximus ad
donandum ne quidem nouo iure. Illud enim ſaltem re-
quiritur vt donator exprimat ſe ordinare, non vt ſolum
donandi animum & propoſitum in mente retineat. At
in ſpecie *d. leg.* 2. legitimè confecta erat donatio, vt diſer-
te habent verba legis: non ita quidem vt valeret inter
coniuges inter quos erat moribus improbata, ſed ita vt
inter cæteros quoſlibet iure vulgato & communi fuiſſet
valitura propter interuenientem ſcilicet ſtipulationem

†Quod & ſignificant poſtrema illa legis verba, *quatenus* 6
liberalitas interpoſita munita eſt. Senſus enim eſt ſi fortè
mulier à marito ſtipulata ſit quingenta duntaxat, ille
verò donandi animo in dotem de ſuo adſcripſerit mille,
mulierem non mille ſed quingenta tantum petituram:
quia non niſi pro quingentis ea liberalitas munita ſit ſti-
pulatione: quæ ſi non interueniſſet, nihil ſanè potuiſſet
mulieri prodeſſe, quò animum donandi maritus habuiſ-
ſet adeoque nec quòd ſcripturam adhibuiſſet: ſiquidem
dotem neque falſa confeſſio, neque ſcriptura facit, ſed
ſola numeratio *l. 1. eod. tit.* † Denique vt intelligas nihil 7
commune habere ſpeciem *d. l.* 1. cum ſpecie *d. l.* 1. *C. de
don. ant. nupt.* obſeruare debes, quod eſt apertiſſimum in
d. leg. 1. non tractari de iudicio & actione de dote, ſed de
actione ex ſtipulatu ad donationem conſequendam. Non
enim de repetitione lex loquitur, ſed de petitione: Ergo
non de dote, ſed de liberalitate ac donatione facta ani-
mo augendæ dotis. Neque enim alia poteſt eſſe ſenten-
tia illorum verborum *ab heredibus mariti quatenus libera-
litas interpoſita munita eſt, peti poteſt.* Et ob id videlicet
requirendum fuit vt donator & prius, & in eadem
voluntate deceſſiſſet, vt poſſet confirmari donatio ex
oratione. At è contrario in *d. l.* 1. non de petitione agi-
tur, ſed de repetitione, nec proinde de donatione, ſed
de dote & quod eſt conſequens non de actione ex ſtipu-
latu, quam adhibuerit mulier ad conficiendam legitimè
donationem, ſed de iudicio de dote, vt & in priore legis
parte. Ac quod ad priorem quidem partem attinet,
clara ſunt verba legis, *& res quæ in ea cauſa ſunt dotis
effectæ, iudicio de dote peti poſſunt.* Quod verò ad 8
poſteriorem, non minus aperta ſunt iſta, *& quod in
dotem datum non eſt, repeti non poteſt.* An non enim
planè abſurda eſſet ratiocinatio, ſi quis diceret id quod
donatum eſt, non poſſe peti ex liberalitate quantumlibet
munita per ſtipulationem ob id ſolùm quod præterea in
dotem non fuerit datum. Quid nempe habet commune
dotis actio cum perſecutione liberalitatis? An fortè fieri
nequit aut concipi donatio ante nuptias niſi eius rei quæ
poſtea in dotem detur? At eſt optima ratiocinatio ſi
quis neget iudicio de dote poſſe quid repeti, quia
in dotem datum non ſit. Non enim aliud iudi-
cio de dote repeti ſolet, aut poteſt, quam quod in do-
tem datum fuit. Et ob id quoque lex vſa eſt in hac po-
ſteriore parte verbo repetendi, non petendi, vt è con-
uerſo in d. l. 2. verbo petendi, non repetendi, quoniam
quæ data ſunt in dotem, ea demum repeti poſſunt: quæ
verò donata per ſtipulationem, ea non repeti, ſed peti.
Scio quicquid repetitur, etiam peti, & ob id non malè
ſcriptum eſſe in d. l. 1. res dotis effectas iudicio de dote
peti poſſe: Præſertim cum adiecta verba illa *iudicio de do-
te* omnem tollant dubitationem ne de petitione ex do-
natione inſtituenda cogitaſſe Imperatores dici poſſent,
ſed non ſimiliter poſſis è conuerſo dicere, quicquid peti-
tur, repeti. Quis enim vnquam dixit donatarium repe-
tere donationem ſibi factam, ſi eam petat, quam conſe-
cutus fuerit nunquam. Habeamus igitur pro certò & ab-
ſolutè vero, *l. 1. C. de dot. caut. non num.* non pertinere ad
actionem de dote, ſed ad actionem ex ſtipulatu ad con-
ſequendã donationẽ morte confirmatã. At legẽ 1. *C. de do-
nat. ante nupt.* eſſe de iudicio de dote inſtituto ad repeten-
dam dotem, non de actione ex ſtipulatu ad petendam do-
nationem. † Quod cùm ita ſit, apparet non aliud reſpon-
ſuros fuiſſe Imperatores in ſpecie d. l. 1. etiamſi millies
maritus & in matrimonio prior deceſſiſſet, & in eadem
voluntate ad mortẽ vſq; perſeueraſſet. Addamus, quod ne-
que lex vllo modo addit, etiamſi legitimè confecta dona-
tio fuiſſet, i. interueniente ſtipulatione. Traditionis enim
factæ interpretationem ne quis hic comminiſci poſſit,
impediunt verba illa, *vt videatur accepiſſe quod non ac-
ceperit.* Cur verò non aliud reſcripſiſſent, ſi omnia iſta
interueniſſent. i. animus donandi ex parte viri dotem per
ſcripturã augentis, aut, vt meliùs dicam, augere volentis,
ſtipulatio

ſtipulatio ex parte vxoris, mors mariti in matrimonio, & ipſius voluntatis ad extremum vſque ſpiritum perſeueratio? Quid enim obſtitiſſet eo caſu, quominùs valuiſſet donatio, aut ab initio ſi neque tempore prohibitio facta, neque in tempus prohibitum collata fuiſſet, aut ex poſtfacto tanquam confirmata per orationem D. Seueri, etiam admiſſo eo, quòd à principio fuiſſet nulla tanquam in tempus matrimonij collata: Reſpondeo, ſupradictis omnibus concurrentibus nihil quidem obſtaturum mulieri quominùs ſibi donatam quantitatem poſtea petere poſſet ex donatione ſiue quaſi ab initio valida, ſiue quaſi ex poſtfacto confirmata; neque reſcripturos eo caſu fuiſſe Impp. quòd reſcripſerunt circa donationem *nihil actum eſſe donatione.* Sed tamen perinde reſcripturos fuiſſe quod in legis fine ſcriptum eſt, & quod vnum maximè reſcribere voluerunt, *Id quod in dotem datum eſt, iudicio de dote repeti non poſſe.* Cum. n. de iudicio de dote quæratur nihil attinet tractare de donatione quæ ad augendam dotem facta eſt an valeat: ſed illud tantùm inſ-
9 piciendum eſt, an ipſa dotis datio, & adſcriptio valeat, ita vt tota ea quantitas quam maritus dotis eſſe voluit, iudicio de dote peti poſſit. † Atqui certum eſt tum quoque cùm donatio facta dotis augendæ cauſa valet, ſiue dicamus eam à principio valere, ſiue ex poſtfacto confirmari, non ideò tamen valere dotem donationis cauſa conſtitutam, vel adſcriptam. Dos enim donationis cauſa dari vel adſcribi non magis poteſt, quàm ſocietas contrahi vel emptio, vel locatio: Idque non iure illo ſingulari quo prohibitæ ſunt donationes inter coniuges, ſed iure vulgato & communi, hoc eſt eo iure quo etiam inter exteros non coniuges huiuſmodi conuentiones non valerent, vt ſcriptum eſt eleganter in *d. l. cum hic ſtatus* 32. *§. ſi inter virum* 14 *iunct. l. quod autem* 7. *§. ſi vxor. de don. int. vir. & vxor. l.* 5. *§. vlt D. pro ſocio. l. ſi non verum* 15. *C. de don int. vir. & vxor.* Horum enim omnium vna, eadémque ratio illa eſt, quòd implicat contradictionem vt donationis cauſa contractus aliquis fiat, cùm propriam vim & naturam contractus omnes habeant ex natura negotij, quòd cuique contractus proprium ſit, dependentem, ac prorſus alienam à natura donationis, in qua non aliquod negotium geritur, ſed tantùm liberalitas exercetur nullo tractatu præcedente, *l. interdictum* 14 *de procur.* vbi nominatim contractui opponitur donatio: quod à nobis in ſecunda prioris noſtræ Hemiſchiliadis *de error. pragmat.* pluribus diſputatum eſt. Sola igitur donatio facere dotem non poteſt, vt nec emptionem, aut ſocietatem ſiue inter coniuges, ſiue inter alios. Proinde ſi aliquo ex iſtis contractibus inter coniuges facto, quæratur, cur non valeat: malè reſpondebit, qui dicet ideo non valere, quod inter virum & vxorem prohibitæ ſint omnes omnino do-
10 nationes: ſed reſpondendum eſt ideo non valere quia nec inter cæteros valerent iure vulgato & communi. † Quo admiſſo, illud ſtatim ſequitur, non poſſe igitur contractus ipſos confirmari morte ex oratione Seueri, vt ſit actio pro ſocio, aut ex empto aut ex locato, aut de dote, quamuis coniuges in eadem voluntate deceſſerint, præſertim verò is qui donauit. Oratio enim illa non id egit vt confirmaret cæteros contractus factos inter coniuges, ſed vt confirmaret donationes ſolas inter viuos celebratas. At nec vt donationes quoque omnes à coniuge in coniugem collatas, ſed eas ſolas quibus nihil obſtaret quominùs iure ciuili valerent, ſi non inter virū & vxorem factæ eſſent. Atqui neque venditio, neque ſocietas, neque locatio, neque dotis conſtitutio vel adſcriptio ex cauſa donationis facta valeret iure communi & vulgato, id eſt, nec inter cæteros, vt diximus. † Ergo neque inter coniuges confirmari poterunt huiuſmodi contractus, per orationem Seueri. Atque ita diſertè non minùs quàm eleganter Vlp. noſter ſcribit *in d. §. ſi inter virum*, illis verbis, *nec poſt decretum ſenatus, emolumentum ea liberalitas, vt actio pro ſocio conſtituatur, habere poterit.* Quidni enim ſimiliter nobis liceat dicere, liberalitatem mariti, qui donandi animo vxoris ſuæ ſiue iam ductæ, ſiue futuræ dotem augere voluit, non poſſit illud emolumentum habere, etiam poſt decretum Senatus, vt actio de dote
conſtituatur, id eſt, vt actione de dote poſſit repeti quod 11
in dotem datum non fuit? † Dices: Nihil igitur proderit mulieri quod maritus ei donatum voluerit, & in eadem voluntate deceſſerit. Imò, inquam, proderit, ſi modò ponas donationem legitimè confectam fuiſſe, vt in *d. l.* 1. *C. de dot. caut. non nu.* id eſt, vt iam interpretati ſumus, ſtipulatione interueniente: at non tamen ad hoc, vt actio de dote poſſit competere mulieri ad repetendum id quod in dotem reuera datum non fuit (ſemper enim illud obſtat, quod dotem numeratio non ſcriptura facit, quodque donationis cauſa dos conſtitui vel adſcribi non poteſt) ſed ad hoc duntaxat, vt quod maritus donatum voluit præſtetur ab ipſius heredibus ex cauſa liberalitatis & donationis, quatenus ea liberalitas eſt ſtipulatione munita eſt. Idque etiam eſt quod ſubiungit idem Vlpian. in *d. §. ſi inter virum, quæ tamen in commune tenuerunt ſine præſtituto reuocanda non ſunt*, nempe quia licèt ſenatuſconſultum non poſſit adeò confirmare ſocietatem donationis cauſa contractam, vt ſit actio Pro ſocio, cùm non ſocietatem confirmet, ſed donationem: ſic tamen confirmat donationem vt eam intercidere non patiatur, nimirum quatenus ea liberalitatis munita eſt traditione vel ſtipulatione, & ad eum vſque modum quem lex Cincia præſtituit,
quæ donationes inter viuos certo modo concluſas eſſe 12
voluit. † Sic igitur & in propoſito, quicquid maritus de ſuo in dotem adſcripſit donandi animo, ſiue conſtante matrimonio, ſiue ante nuptias quidem, ſed collata in tempus matrimonij donatione poterit mulier petere ab heredibus mariti in eadem voluntate defuncti: ſed ex ſtipulatione ſi qua interceſſerit quo modo intercedere eam neceſſe eſt ad donationem legitimè conficiendam ceſſante traditione: At iudicio de dote non ideo repetet, quod donandi animo adſcripſit maritus vt dotem augeret, ſed illud ipſum duntaxat, quod re vera in dotem dedit. Neque nouum eſt eandem quantitatem duplici iure diuerſaque actione repeti, hoc eſt partim iudicio de dote, partim ex ſtipulatione interpoſita animo donandi. Nam & idem euenit, ſi diuortio facto ea quæ duntaxat centum in dote habuit, ducenta dotis nomine ſtipuletur. Quo caſu ſine dubio centum in obligationem veniunt & iudicio ex ſtipulatu petuntur, alia centum actione priſtina de dote repetuntur, *l. ſi diuortio* 21. *de verb. oblig.* Similiter ſi maritus qui centum in dotem acceperat, ducenta dotis nomine legauerit, centum quidem iudicio de dote repetentur, *l.* 3. *C. de falſ. cauſ. adiect. legat.* ideóque falcidiam
patientur quam relegata dos non pateretur, *leg. ſed vſusfru- 13
ctus ſi. §.* 1. *D. ad l. falc.* † Inſtabis fortaſſe Rectè igitur Accurſium, & poſt eum cæteros in interpretatione *d. l.* 5. ſupplere, vt maritus non prior deceſſerit in matrimonio, ſed vel morte mulieris vel diuortio ſolutum fuerit matrimonium, ne alioqui falſum ſit quod Imperatores reſcribunt, *nihil actum eſſe donatione* Siquidem valeret donatio tanquam confirmata per mortem mariti qui prior in eadem voluntate deceſſiſſet. Verùm reſpondeo, nec iſto quoque ſenſu admitti poſſe commentitiam iſtam ſuppletionem, quia vt nihil actum ſit donatione non fit ex defectu confirmationis, quaſi donatio contra mores populi Romani facta ſit inter coniuges ob id quòd ſit collata in tempus matrimonij (nam in tota lege nihil eſt quo probare poſſis factam fuiſſe donationem aut conſtante matrimonio, vt *d. leg.* 2. *C. de dot. caut. non numer.* aut in tempus matrimonij, vt in *d. l. quod ſponſa*) ſed quia non erat legitimè confecta donatio, i. neque per ſtipulationem, neque per traditionem, quorum alterutrum tamen erat neceſſa-
rium eo tempore vt donatio legitimè facta cenſeretur. 14
† Nihil, n. aliud interuenerat niſi quod maritus donandi animo dotem auxerat, vt accepiſſe videretur, quod non acceperat, quæ res non poterat ſufficere ad validandam donationem, vt conſtat ex *dict. leg.* 2. *C. de dot. caut.* vbi

non

non contentus Imperator ita ſcripſiſſe, *quod de ſuo maritus conſtante matrimonio in dotem adſcripſit*, requirit præterea vt donatio legitimè confecta ſit, priuſquàm requirat vt non fuerit reuocata: & poſtremò vt reuocata non ſit, ad hoc vt eam poſſit mulier ab heredibus mariti petere, non quatenus liberalitas interpoſita eſt, ſed quatenus munita. Munita, inquam, non per confirmationem ex oratione Seueri, vt iidem noſtri interpretes male explicant, ſed per ſtipulationem. Nec.n. oratio confirmat donationem quatenus liberalitas fuit interpoſita, ſed quatenus munita fuit ſtipulatione vel traditione. Non deſunt tamen qui putent tam in *d.l.2.C.de dot. cau.* quam in *d.l.1.C. de don. ant.nupt.* traditionem aliquam ſaltem fictam interueniſſe propter fictionem breuis manus, contra quos nobis diſputandum eſt cap. ſeq. vt quam falſum hoc ſit oſtendamus.

Capvt III.

De fictione breuis manus, & facta traditione circa ſpeciem l.1.C.de don. ant.nupt. & l.2.C.de dot. caut. non num.

Svmmaria.

1 *Varia exempla fictionis breuis manus.*
2 *De longa manu eiuſque fictione.*
3 *Deficientibus legitimis transferendi dominij cauſis neceſſarium eſſe fictam traditionem inducere quum dominij tranſlatio aliqua reperitur.*
4 *Interpretes in duabus legibus initio propoſitis fictam traditionem inducere.*
5 *Quomodo iidem ſuperiores duas leges cum* l. Papinianus 23. ff de donat.int.vir & vx. *conciliarint?*
6 *Ex eorundem ſententia dotem nuda confeſſione conſtitui poſſe.*
7 *Fictio breuis manus quando ad inducendam fictam traditionem locum habere poſſe.*
8 *Quum maritus donandi animo de ſuo in dotem adſcribit vt accepiſſe videatur quod non acceperit, nulla donationis, nullam dotis cauſam, nullam obligationem ſuperesſe ex qua maritus ad quantitatem adſcriptam tradendam cogi poſſit.*
9 *Quoties in eo negotio quod plures exigat traditiones fictio breuis manus inducitur aliquam veram traditionem intercedere oportere.*
10 *Non poſſe in poſteriore ſpecie* d.l.1.C.de don.ant.nupt. *breuis manus fictionem admitti.*
11 *Aliud in dicta poſteriore ſpecie reſponſum iri ſi ſtipulatio certæ quantitatis vel alterius rei ex cauſa donationis præceſſiſſet.*
12 *Nudam tamen confeſſionem mariti etiam præcedente ſtipulatione non ſufficere, niſi acceptilatio ex parte vxoris interueniat, vt breuis manus fictio inducatur.*
13 *Acceptilationem in ſpecie* d.l. 1. C. de dot. caut. non num. *legitimè interponi non potuiſſe.*
14 *Donationes etiam ſine traditione factas inter virum & vxorem Seueri oratione confirmari poſſe.*
15 *Contrariam Papiniani ſententiam in* d.l. Papinianus. 23. *ab Vlpiano tanquam exploſam referri.*
16 *Dictionem rectè ibidem irrepſitiam eſſe.*
17 *Ad* leg ſtipulata 33. ff. de donat.int.vir & vx.

1 NOtiſſima † eſt, vt elegantiſſima Vlpiani noſtri ſententia illa quæ extat in *l.2.§ pen.de don int.vir.& vx.* fieri plerumque vt celeritate coniungendarum actionum vna occultetur. Quod euenit in ſpecie quam eo loco tractat, ſi maritus debitorem ſuum vxori ſoluere iuſſerit. Nã & debitor liberatur, & nummi fiunt mariti, non vxoris, quemadmodum ſi pecunia à debitore mariti ad maritum, deinde à marito ad mulierem perueniret: qui rei gerendæ ordo futurus eſſet, ſi donatio iure ciuili non impediretur. Nec nouum, aut mirum eſt, inquit eo loco Vlp. quod per alium accipias, te accipere. Nam etſi is qui procuratorem ſe tui creditoris eſſe ſimulauerit, à debitore tuo, iubente te, pecuniam acceperit, & furti actionem te habere conſtat, & ipſam pecuniam tuam eſſe. Similiter ſi donaturum mihi iuſſero dare vxori meæ, nullius momenti eſt donatio, vt ex Iuliano ſcribit Vlp. in *§.vlt. d.l.3.* Perinde enim habendum, atque ſi ego acceptam rem & meam factam vxori meæ dediſſem. Et hæc eſt breuis illa manus, quam ſic appellat IC in *l.licet* 43.§ 1. *de iur.dot.* † cui tametſi opponatur, ſi verborum figuram ſpectes, manus longa, de qua loquitur Iauolenus in *l.ſi pecuniam 79. de ſolut.* illud tamen vtrique commune eſt, quod fictam deſignat traditionem. Sicut enim breuis manus eſt, cùm id quod ſemel tantùm traditur, pro bis tradito habetur ita & manus longa quoties, id quod re vera nunquam traditum fuit pro ſemel tradito habetur, vt in ſpecie *d.l.pecuniam*, id eſt cum pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem in conſpectu meo ponere te iuſſi: quo caſu licèt mihi tradita non ſit, tamen euenit vt mea eſſe incipiat, & tu ſtatim libereris: Tum enim, quòd à nullo corporaliter eius rei poſſeſſio detineatur, acquiſita mihi res, & quodammodo longa manu traditam eſſe exiſtimanda eſt, vt eo loco Iauolenus ſcribit. † Et ſanè 3
cum non poſſit dominium transferri ſine traditione, vbi neque emancipatio, neque vſucapio, neque ceſſio in iure, neque lex interuenit, qui erant olim ſex modi transferendi iure Quiritium dominij, vt docet Vlpian. *fragment. Tit. 19. De acquiſit.rer.* prorſus neceſſarium eſt fictam traditionem inducere quoties dominij tranſlatio aliqua reperitur, nec tamen vera vlla traditio in eam rem interuenit. Inde nimirum eſt, quod interpretes noſtri captant occaſionem comminiſcendæ plerumque fictæ traditionis, tum quoque cum nulla interueniſſe proponitur, iis videlicet caſibus quibus traditionem aliquam neceſſariam eſſe arbitrantur. † Eiuſque rei exempla duo ſuppe- 4
ditant duæ illæ leges, de quarum ſententia hucuſque diximus, *lex 1.C.de don. ante nup & leg. 2.C.de donat. caut. non num.* Putant enim noſtri donationem inter coniuges factam, aut ante nuptias quidem, ſed in tempus matrimonij collatã, non aliter confirmari ex oratione Seueri & Antonini, quam ſi facta fuerit per traditionem, quantumcunque donator in eadem voluntate deceſſiſſe proponatur. Quæ fuit iam olim Papiniani ſententia ab Vlpiano non ſolum relata, ſed etiam, vt videtur, probata in *l. Papinianus 23 de don. int.vir. & vxor.* Conſequens igitur eſſe exiſtimant, vt in iis ſpeciebus, de quibus Imperatores reſcripſerunt ſupradictis locis, traditio ficta interuenerit, vt poſſit verum eſſe quod reſcriptum eſt in *d.l. 3.* valere donationem quaſi confirmatam, ſi maritus, idemque donator in matrimonio prior, & in eadem voluntate deceſſerit. Traditionem enim veram interueniſſe non audent dicere, cum ea verba dictæ *leg. 2. quod de ſuo maritus conſtante matrimonio in dotem adſcripſerit*, non traditionem vllam veram & realem præſeferant, ſed nudam confeſſionem acceptæ dotis interueniente ſcriptura factam. † At fictæ traditionis inducendæ materiam ex hoc ipſo captant, quaſi confeſſio illa ac- 5
ceptæ quantitatis quam de ſuo maritus adſcripſit in dotem, perinde habenda ſit, ac ſi maritus eam quantitatem vxori tradidiſſet donandi animo, eã que poſtea in dotem ab vxore accepiſſet. Et ob id nimirum negant pugnare leges illas cum *d.l.Papinianus* in eo quod Imperatores volunt donationes per ſtipulationem aut acceptilationem factas inter coniuges, aut in matrimonij tempus collatas confirmari morte, proptereà quòd Papiniani ſententia, quæ traditionem exigebat, ſic interpretanda ſit, vt traditio tacita & ficta poſſit ſufficere, vbi vera non interuenit. † Eadémque ratione volunt etiam dotem poſſe 6
conſtitui nuda confeſſione, licèt regulariter exigat traditionem, quia videatur marito tradita dos, quam

maritus confeſſus eſt ſe accepiſſe, adeò vt poſt annum, neque exceptio, neque vlla querela poſſit obiici non numeratæ dotis non magis quam ſi vera traditio interueniſſet, *l. vlt. C. de dot. caut. non num.* niſi quod diſtinctiones quaſdam introduxit Iuſtin. *Nouel. 100. de temp. non ſolut. pec. ſup. dot.* Vnde ſumpta eſt *Auth. quod locum. C. eod. tit. de dot. caut.* & hanc putant eſſe ſententiam *d. l. 1.* in illis verbis *videatur accepiſſe, quod non acceperat.* ſimiléque eſſe aiunt, quod quamuis contractus mutui ſint ex eorum genere qui re perficiuntur, ſi tamē cùm ex cauſa mandati vel aliam pecuniam mihi deberes, conuenerit vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & à me ad te profecta, vt diſertè Vlpian. ſcribit *in l. ſingularia 15. De reb. credit.* Quidni ergo, inquiunt, dos, & donatio valebit tanquam interueniente traditione ſi maritus confeſſus ſit in dotem accepiſſe id, quod re vera non acceperit? Sed hæc omnia quanquam ſpecioſè prima facie dici videntur, ſi tamen penitius introſpicias, planè impro-
7 babilia ſunt, & à iure aliena. † Nunquam. n. fictio breuis manus locum habere poteſt ad inducendam fictam traditionem, quin præcedat obligatio, cuius poteſtate adigi potuerit ad veram traditionem faciendā is qui fictam feciſſe præſumatur: vt videre eſt in omnibus exemplis quæ ſuprà attulimus, non ex interpretibus, ſed ex Vlp. ipſo *in d. l. 3. §. pen & vlt. De donat. int. vir. & vxo. & d. l. ſingular.* Nam cum nec vera & realis traditio quicquam proſit ad transferendum dominium, niſi iuſta etiam cauſa præcedat *l. nunquam nuda 30. de acquir. rer. domin.* quid prodeſſet inducere tacitam, vt hunc ipſum haberet effectum? An fortè vt plus poſſit fictio in caſu ficto, quàm veritas in
8 caſu verò? † At cùm maritus donandi animo de ſuo adſcribit in dotem vt videatur accepiſſe, quod non acceperit, nulla ſubeſt cauſa, nulláque obligatio ex qua potuerit cogi maritus vt eam quantitatem vxori traderet: non cauſa donationis, quia donatio nulla præceſſerat: niſi ſi quis ex ſolo donandi animo induci eam poſſe putat, quod nemo vnquam dixit, & dici nō poſſe iam ſuprà oſtēdimus. Cauſa verò dotis multò minus, quia nec dotem vllam maritus vxori debebat, nec mariti eſt dotem dare vxori, ſed vxoris dare marito, quam porrò dare vxor non poteſt niſi de ſuo, cùm per dotis traditionem id agatur, vt dominium in maritum transferatur, *l. doce 6. de rei vindic. §. 1. Inſt. quib. alien. licet vel non.* Prius igitur eſt vt maritus rem aliquam vxori ex iuſta cauſa tradiderit, aut ſaltem tradidiſſe fingatur, quàm vt eandem rem eidem marito in dotem illa dediſſe fingi poſſit: ſicuti & natura & ordine intellectus prius eſt vt fuerit illa domina quàm vt maritum ſuum dominum facere potuerit. Deinde per fictionem breuis manus, is demùm tradidiſſe rem fingitur, qui eam vel iam habet penes ſe vt tradere potue-
9 rit, vel alteri tradi iuſſit, vt eam accepiſſe videatur. † Cæterum quoties fictio breuis manus inducitur in eo negotio quod plures exigat traditiones, aliquam traditionem veram intercedere neceſſe eſt, vt celeritate coniungendarum actionum ficta occultetur, vt *in dict. leg. 3. § pen. & vlt. de don int. vir. & vxor.* aut ſaltem aliquid eſſe propter quod haberi poſſit res pro iam tradita ex noua cauſa, quia iam aliquando tradita fuit re vera, licèt ex alia cauſa: Vtputa, ſi rem quam tibi tradidi vt eſſet penes te titulo depoſiti, aut commodati, poſtea vendiderim tibi: non enim neceſſe eſt vt iterum tibi tradam ad dominium ex cauſa donationis transferendum, ſed ſufficit vt ex conſenſu noſtro mutetur cauſa traditiònis præcedentis ad hoc vt nouum effectum habere poſſit perinde acſi hodie fieret, *l. ſiue autem 9. §. 1. de publican. in rem. actio. l. rem hereditariam 62. in prin. de euict. l. ſi ſeruus 21.*
10 *§. 1. de acq. rer. domin.* † At in propoſito noſtro nulla vera traditio interuenit, vt neque alia iuſta cauſa tradendi, neque ex parte mariti, qui maiorem de ſuo quantitatem adſcribit in dotem, neque ex parte mulieris, cui donare vult maritus. Nihil ergo eſt quod breuis manus fictio-
11 nem poſſit admittere. † Aliud eſſet ſi poneres præceſſiſſe ſtipulationem certæ quantitatis vel alterius rei interpoſitam ex cauſà donationis. Tum enim ſi maritus eam ipſam rem vel quantitatem à ſe vxori debitam fateretur habere ſe ab vxore ex cauſa dotis, poſſet defendi habendam eſſe pro tradita, dotémque rectè conſtitutā quaſi per traditionem, quia eſſet quod maritus vxori tradere cogi potuiſſet, ac quod viciſſim vxor marito tradere. Idque ſecundùm Vlpiani ſententiam, qui fictionem breuis manus etiam in vna perſona admittendam putauit *d. l. ſingularia. in fin.* contrà quam ſenſit Africanus, qui hoc expreſſim negat *in l. qui negotia 34. ff. mandat.* † Quam- 12
quam nec putarem ſufficere nudā hanc mariti confeſſionem etiam præcedente ſtipulatione, ſi non acceptilatio etiam interueniret ex parte vxoris. Ea namque eſt, quæ multò apertiùs & commodiùs induxit hāc breuis manus fictionem, cùm mulier pro accepto habet quod ſibi debebatur, & conſequenter maritus dotem pro accepta, quam ei vxor de ſuo dare potuiſſet, ſi quantitatem ſibi ex ſtipulatione debitá, quod ſuo iure facere poterat, exegiſſet. Alioqui maritus, qui ſemel tantùm obligari voluiſſet, duplici vinculo teneretur, duplicique actione, & ex ſtipulatu & de dote, quod eſſet iniquum. Et hic frequentiſſimus olim erat modus dotis conſtituendæ, ſc. per acceptilationem, *l promittendo 41. §. 1. d. l. licet 43 in princ. l ſi pater 44. §. 1. de iur. dot. l. ſi mulier 10. D. de cond. cauſ. d. t.* Nulla verò acceptilatione interueniente dico non poſſe fieri per mariti ſcripturam, & receptæ dotis profeſſionem vllam, vt videatur accepiſſe, quod non acceperit. Idque apertiſſimè pbatur ex *d l. 1. C de don. ante nupt.* vbi Impp. diſertè reſcribunt, Si maritus donandi animo dotem auxerit, vt videatur accepiſſe quod non acceperit, nihil actū eſſe eiuſmodi donatione, id eſt neque donationem legitimè factam videri nulla videlicet interpoſita traditione vel ſtipulatione, neque dotem ritè conſtitutam, ob idque iudicio de dote repeti non poſſe id, quod re vera datum non fuit, quo modo vtique repeteretur, ſi pro dato traditóque haberetur. Idem probatur etiam non malè ex eo, quod ſcriptum eſt *in leg. 1. Cod de dot. caut.* non ſcripturam, ſed numerationem facere dotem: denique ex ipſa dotis cautæ & non numeratæ exceptione, cui nullus vnquam locus eſſe poſſet, aut deberet ſi mariti quælibet confeſſio ſufficeret ad fictam traditionem inducendam. Eſt enim omninodo reddenda mulieri ea dos, quam ipſa fingitur marito tradidiſſe, non minùs quam ſi verè tradidiſſet, vt cernimus euenire in dote per acceptilationem conſtituta. † Quare nec Accurſius ipſe ad 13
d. l. 2. C de dot. caut. vllam poteſt fictam traditionem comminiſci, quin eodem ſomnio comminiſcatur etiā interueniſſe acceptilationem, cuius tamen nec verbum, nec veſtigium vllum in tota lege reperitur. Neque verò fieri poterat, vt in ea ſpecie acceptilatio vtiliter interponeretur, cùm nulla præcederet vtilis & efficax obligatio quæ per acceptilationem perimi poſſet. Prius namque eſt, vt obligatio aliqua vtilis præcedat quam vt ſequi poſſit vtilis acceptilatio. Alioqui quomodo poſſet quis habere pro accepto id quòd exigere, etiamſi maximè voluiſſet, nunquam tamen potuiſſet? Atqui nihil erat ex quo poſſet conueniri maritus vt eam quantitatem præſtaret, quam donandi animo in dotem adſcripſerat, etiamſi donationem legitimè confeciſſet, id eſt, per ſtipulationem, quia non potuiſſet ea ſtipulatio valere, tanquam donandi animo interpoſita conſtante matrimonio, certúmque eſt quod ex ea non potuiſſet vxor agere contra maritum, habuiſſétque neceſſariò expectandum vt mariti morte confirmata eſſet donatio priuſquam emolumentum aliquod percipere ex ea poſſet, cùm neque maritus fuiſſet obligatus, neque ad tollendam obligationem, ſi qua ipſo iure contra mores populi Romani potuiſſet induci alio remedio eguiſſet, quàm vt mutaret voluntatem. † Sed nec illud video quid neceſſe ſit fictam il- 14
lam traditionem comminiſci in ſpecie *d. l.* a. niſi vt alium inducas vel tueare errorem eorundem interpretum,

exiſtiman

exiſtimantium non alias donationes inter virum & vxorem factas poſſe confirmari ex oratione Seueri, quam quæ factæ ſunt per traditionem. Qui error, etſi Papinianum ipſum, & auctorẽ, & aſſertorem habet ſi Vlpiano credimus *in d.l. Papinianus 23. de donat. int. vir. & vxor.* ſicuti tamen ab ipſo Vlpiano cæteriſque veteribus iureconſultis, adeoque ab imperatoribus ipſis exploſus fuit iã olim, ita & nunc à ſcholis & tribunalibus explodendus eſt, cùm dubitari non poſſit quin omnes omnino donationes, quæ antea inter coniuges infirmabantur, ex oratione confirmentur, vt clariſſimis verbis concludit idem Vlpianus *in l. cum hic ſtatus 32. § ſiue autem 3. iunct. l. 3. ſciẽdum. & leg. ſi ſtipulata. 33. in princip. eo. tit. de donat. int. vir. & vxor. & d.l. 2. C. de dot. caut. non numer.* Quod reſcriptum ſi vidiſſet Papinianus quomodo vidit Papiniana, huius fortaſſe Papiniani noſtri iam tum defuncti, aut ſoror aut filia, vel mutaſſet ipſe ſententiam, vel contrà reſcribendi auctor fuiſſet Imperatori optimo, quem Lampridius refert nihil ferè vnquam niſi ex adhibito quinquaginta Iureconſultorum conſilio reſcripſiſſe. Sed vix potuiſſet ſola ſua auctoritate tot tamoſque alios vincere. Sicut enim
15 vincebat ſingulos, ita & à duobus vincebatur.† Eiuſque ſententiam non niſi tanquam quæ iam tum exploſa eſſet, ab Vlp. referri *in d.l. Papinianus*, apparet euidentiſſimè vel ex ſolo ipſo verbo, *putabat*, quo in ea lege Vlp. bis vſus eſt. Sic enim exploſas aliorum ſententias referre ſolet communis loquendi vſus, non eas quæ aut adprobatæ
16 ſint aut adprobandæ.† Nec dubitari proinde poteſt quin dictio *rectè* poſita in eadem lege, & quæ ſola difficultates iſtas mouet, inepitia ſit ex gloſſis interpretum, quam & in eo exemplari, quo Accurſ. noſter vſus eſt defuiſſe ex ipſius gloſſa colligi non obſcurè poteſt, cùm ad verbum *putabat* notat ibi *& malè, ſecundum quoſdam* Debuerat enim ſcribere *imo malè*, ſi Papinianum rectè putaſſe Vlpianus dixiſſet. Sed nos de his plura lib. 2. Con-
17 iect. c. 7.† Addemus tamen quod pertinet ad *d.l. ſi ſtipulata 33. de donat. int. vir. & vxor.* quæ hanc eandem noſtram ſententiam elegantiſſime probat, male reſponderi à nonnullis, ſpeciali ratione valere donationem annui factam per ſtipulationem, & confirmatam morte. Ideo, inquiunt, quòd cùm vnica ſit ſtipulatio, in eoque differat à legato (tot enim legata eſſe intelliguntur quot ſunt anni, *l. 4. l. cum in annos 11. De annuis leg. l. ſi Stichum 16. §. 1. de verb. oblig.*) poteſt traditio, quæ fit primo anno, etiam ſequentibus annis explicari ad hoc vt totius temporis donatio effectum per traditionem ſumpſiſſe videatur. Rogo enim, quid eſt apud Vlpianum *in d.l. ſi ſtipulata*, ex quo poſſit conijci traditionem aliquam vel pro anno primo interueniſſe? Quid verò ſi nulla interueniſſet? An eo minùs donatio confirmaretur morte mariti, qui in eadem voluntate deceſſiſſet? Imò confirmaretur, non quidem ſpeciali aliqua ratione petenda ex fauore annui, vt aliqui putant, ſed quemadmodum. Vlp. ait, *quia in annuo quoque donatio vertitur*, i. quoniam hac parte eadem ratio eſt annui, & cæterarum rerum inter coniuges donatarum. Nec certè traditio, quæ pro vno tantùm anno ſecuta eſſet, prodeſſe vllo modo poſſet ad ſequentium annorum donationem confirmandam ſi traditio requireretur, quia traditio cùm ſit facti nullum effectum habere poteſt, niſi quatenus factum interceſſit, & ſequentium annorum donationem neceſſe eſſet peti, cùm non poſſet retineri: peti ergo ex ſtipulatione, non ex traditione. Traditio enim dominium quidem acquirit, & conſequenter vindicationem, ſi quo caſu poſtea rei poſſeſſio amittatur, ſed non actionem perſonalem, quia quod traditum eſt, retineri duntaxat, non etiam exigi poteſt.

CAPVT IV.

Triboniani manus in l. Diui fratres 27. §. 1. D. de liber. cauſ.

SVMMARIA.

1 *Non pecuniam aduerſarij ſtatus controuerſiam facientis, ſed naturam ingenuitatem tribuere.*
2 *Eum qui per ſententiam ingenuus pronuntiatus fuit, quamuis reuera libertinus fuerit pro ingenuo accipi debere.*
3 *Sententiam pro ſtatu & ingenuitate contra legitimum contradictorem latam, aduerſus omnes etiam inauditos ius facere.*
4 *Eam ſententiam ſi per colluſionem lata ſit intra quinquennium retractari poſſe.*
5 *Multum in ſpecie d. § 1. intereſſe an pronuncietur eſſe quem ingenuum aut liberum an verò actoris ſeruum vel libertum non videri. Vbi de eius differentia ratione.*
6 *Non eſſe in eadem ſpecie diſtinguendum an is qui Sticho ſtatus controuerſiam mouebat præſens fuerit, an verò per contumaciam abfuerit.*
7 *Cur in eadem ſpecie iudices litis amiſſione actorem mulctare, non autem Stichum liberum vel ingenuum pronuntiare poſſint?*
8 *Sticho in libertatem vel ingenuitatem ſe vindicante de ea vel pro Sticho vel contra eum pronunciandum eſſe.*
9 *Impugnatur quod in d. §. 1. iudici præſcribitur, vt electionem det aduerſario an cognitionem malit circumduci, an audita cauſa ſententiam proferri.*
10 *Explicatio horum verborum d. §. 1.* neque hæc res captionem vllam habet. &c.
11 *A fauore libertatis alienum eſſe vt iudex contra abſentem pro libertate aut ingenuitate pronunciare non poſſit.*
12 *Aduerſarium eo caſu abſentem non videri qui per contumaciam abeſt.*
13 *Verborum* inaugeri *& alia multa in d. §. 1. Triboniani eſſe.*
14 *Non bene in d. §. 1. cognitionem de libertate & ingenuitate iudicibus adſcribi, quæ magiſtratibus olim competebat.*
15 *Examinatur in fin. d. §. 1. clauſula illa,* euenire autem poteſt &c.
16 *Cuiacij emendatio ad verbum illud*, inaugeri.

SI † ea perſona deſit cognitioni, quæ ſtatus controuerſiam alicui faciebat, in eadem cauſa eſt ille qui de ſtatu ſuo litigat, in qua fuit priuſquam de libertate controuerſiam pateretur, ait Vlpianus *in l. Diui fratres 27. §. 1. D. de liber. cauſ.* Quamuis enim hoc lucretur, quòd is qui eam ſtatus controuerſiam faciebat, amittit cauſam ſuam, non ex eo tamen fit ingenuus is qui anteà non fuit. Nec enim, vt eodem loco Vlpianus ſcribit, pecunia aduerſarij ſolet ingenuitatem tribuere, ſed natura *l. ſi te. 7. C. de ingen. manum.* † Nec eſt contrarium quod idem Vlpianus ſcribit *in l. ingenuum 25. De ſtat. homin.* ingenuum accipere nos debere illum etiam, de quo lata eſt ſententia, id eſt, qui per ſententiam pronunciatus fuit ingenuus, quamuis re vera fuerit libertinus. Ratio enim eſt, quia vt in eadem lege ſubijcitur, res iudicata pro veritate habetur, *l. res iudicata 207. de reg. iur.* nec patitur auctoritas rerum iudicatarum vt diſputari ampliùs poſſit verum libertinus fuerit, aut ſeruus is quem ſemel prætor ingenuum eſſe pronunciauit, *leg. ſeruo 65. §. cùm prætor ad SC. Trebellian.* † Idque adeò verum eſt, vt ſententia pro ſtatu & ingenuitate lata contra vnum, faciat ius quod ad omnes

omnes etiam inauditos, dummodo lata ſit cum iuſto & legitimo contradictore, alioqui non obeſt vero patrono, *l.1.D.ſi ingen.manum.eſſe dicat.l.1.C.de ingen. manum.l. cum non iuſto 3.D.de colluſ. deteg.* quia perſonam afficit, quæ plane vna, & indiuidua eſt, nec fieri poteſt vt quis liber vel ingenuus ſit, quod ad vnum, quin ſit etiam, quod ad omnes, cùm ſit illa qualitas perſonæ, & ipſa quoque conſequenter indiuidua. Sicut & qui per vnius iudicis ſententiam factus eſt infamis, non ſolùm in illius territorio, ſed vbique terrarum infamis eſt, *l.ex cauſa 9.D. de poſtul.* Quin enim aliud eſt ius hominis quòd liber ſit vel ſeruus, vel ingenuus, vel libertinus, quàm homo ipſe qualiter ſe habens, vt de iuribus prædiorum ſcriptum eſt
4 *in l.quid aliud 86.de verborum ſignification.* † Hoc ita tamen ſi ſententia ritè ac citra colluſionem lata ſit, ſemper enim exceptio hæc adhibenda eſt adeò vt nec videatur hoc caſu neceſſarium auxilium appellationis, *l.ſi per luſorio 14. in princ. iunct. l.5.§.1.de appellat.* quia prætextu colluſionis ſententiam retractare permittitur quamuis non niſi ſemel, *l.vltim. Digeſt.de colluſ.deteg. iunct. l 3.D. de popul.action.* ſcilicet intra quinquennium *l.2.eo.* Tempus enim illud conſtitutione Diui marci præfinitum eſt ad retractationem non quidē perficiendam, ſed inchoandam, aliter quàm ſeruari ſoleat circa eum qui ſe ex liber-
5 tinitate in ingenuitatem petit. *d.l.2.§.quinquennium.* † Apparet itaque multùm intereſſe quibus verbis ſententia concipiatur, vt ſubiungitur *in d.l.Diui fratres.§.1.* ideſt, an pronuncietur eſſe quem ingenuum aut liberum, an verò actoris ſeruum, vel libertum non videri. Sunt enim iſta longè differentia. An quia medium aliquod ſit inter ingenuitatem & non libertinitatem, vt ita loquar, & non ſeruitutem? Minimè. Nam quiſquis homo eſt, cum ſi ſeruus non ſit, liberum eſſe neceſſe eſt, & ſimiliter ingenuum, ſi non ſit libertinus, ſed quia poteſt fieri vt quis non ſit ſeruus Titij, nec tamen liber ſit, quia alterius ſeruus eſſe poteſt, itémque vt quis non ſit libertus Titij, & tamen non ſit ingenuus, quia libertus alterius eſt. Denique cùm iudex pronunciat Stichum non videri ſeruum, aut libertum Titij, non pronunciat de iure Stichi, ſed tantùm de non iure Titij, quod planè diuerſum longéque minus eſt. Pronunciaret de iure Stichi, ſi eũ aut libertinũ, aut ingenuum pronunciaret, quoniam qui dicit ius Stichi, dicit quid adfirmatiuum, id eſt, Stichum eſſe talem, libertinum ſc. aut ingenuum, non.a.ſimplex abnutiuum, vt Paulus loquitur *in l.inter ſtipulantem 83.§.1. de verb.obl.* quale eſt non eſſe ſeruum Titij, aut libertum. Et quantum inter hos caſus interſit, vel ex eo maximè apparet quòd ſententia per quam pronunciatus eſſet Stichus liber, vel ingenuus, faceret ius quod ad omnes, non alia de cauſa quàm quia eſſet de iure perſonæ Stichi. Ea verò per quã pronuntiatum eſſet duntaxat, Stichum Titij ſeruum, aut libertum non eſſe, aut vt concipi olim ſolebant ſententiæ omnes, ***non videri***, ius non faceret niſi quod ad Titium, quia non de iure Stichi, ſed de non iure Titij tantùm lata eſſet. Quomodo etiam dicimus multum referre an pronuntiatum ſit, hereditatem de qua inter nos contendebatur, meam eſſe an verò tuam non eſſe, *l.ſi inter me 15.*
6 *ff.de except. rei iudic.* † Nec diſtinguendum eſt an præſens fuerit, an abſens per contumaciam is, qui Sticho ſtatus controuerſiam faciebat. Vtroq; enim caſu cum nullo iure egerit, aut in bona cauſa peragenda negligens fuefuerit, non aliud maius damnum pati poteſt, quàm vt cauſam ſuam ſiue bonam, ſiue malam amittat, quod fit pronuntiatione ſic concepta, *Stichum Titij ſeruum aut liber-*
7 *tum non videri.* † Nam vt pronuncietur etiam liber Stichus an ingenuus, extra cauſam eſt omiſſionis litis Titij, & factus eſſet iudex qui de actione à Titio inſtituta iudicans, aliud in condemnationem vel abſolutionem deduceret, quàm quod actionis formula, & poteſtate conti-
8 neretur, *l.vlt.C.de fideic. libert.* † Quid ergo? Diſtinguendum eſt an agat Titius qui Stichum aut ſeruum aut libertum ſuum eſſe contendebat. An verò Stichus, qui ſe in ingenuitatem vindicet, aut in libertatem, *leg. liberis 7 §.vlt.de liber.cauſ.* Priore caſu obtinent ea quæ diximus, poſteriore verò pronuntiandum neceſſariò eſt Stichum vel ingenuum videri, aut non videri. Nempe quia de eo ipſo ſemper pronuntiandum eſt ſiue pro actore, ſiue pro reo, quod deductum eſt in actionem, id eſt, vel de iure vel non de iure actoris, non etiam rei. Quæ tota ratio eſt eius, quod dici ſolet, Actore non probante abſolui reũ debere, quamuis nihil ipſe præſtiterit, *l.4.C.de edend.l.vltim.C.de rei vind.* Et hæc Vlp. ſententia eſt *in d l.Diui.*
§.1. † Sed tamen non poſſum facere quin totus ille locus 9
mihi valdè ſuſpectus ſit ab illis verbis *rectè atque ordine,* & Triboniano adſcribendus potiùs quàm Vlpiano, ſiue verba legis intueor, ſiue ſententiam. Eſt enim prorſus nouum vt electionem det iudex aduerſario, an malit cognitionem circumduci, an audita cauſa ſententiam proferri. Semper enim eliget is, qui iudicio adeſt vt contra abſentem ſententia proferatur quam non poteſt non fauorabiliorem ſperare, cum, vt vulgò iactatur, omnia iura clament aduerſus contumaces. Atqui iudicium non tantùm contra inuitum redditur, ſed etiam inter inuitos. Simili enim ratione Paulus vtitur *in d.l.inter ſtipulantem 83 §.1.de verb.oblig.* ſed neque quid in propoſita ſpecie poſſit intereſſe Stichi qui in ſeruitutem aut libertinitatẽ petebatur, vt cognitio circumducatur, cùm etiamſi Titius adeſſet, nec de iure ſuo quicquam docere poſſet, non aliud tamen damnum ſentire deberet, quàm vt cauſam amitteret, id eſt, vt pronuntiaretur Stichum ipſius ſeruum aut libertum non videri, nec eo magis aſſequeretur
Stichus, vt vel liber, vel ingenuus pronuntiaretur. † Quare fateor liberè nec illud me intelligere quid ſibi velint 10
ea verba, *neque hæc res captionem vllam habet, cùm non ingenuus pronuntietur, ſed ſeruus non videri.* Si enim cum interpretibus noſtris explices, vt huiuſmodi ſententia captionem nullam habeat ratione abſentium, facies ridiculum Vlpianum. Nam nec abſenti vero domino aut patrono ſententia noceret, quæ cum iniuſto contradictore præſente lata eſſet, *d.l.1.ff.ſi ingen.manum. eſſe dic.d.l.1. C.de ingen. manum.* Et tamen præ ſe ferunt verba illa captionem aliquam fore, ſi abſente illo contradictore, ſiue iuſto, ſiue iniuſto Stichus ingenuus pronuntiaretur. Si verò ſic intelligas, vt nulla captio ſit abſentis contradictoris, perinde nihil egerit. Nam quod ad contradictorem iſtum, qui Sticho ſtatus controuerſiam faciebat, æquè amittit ille cauſam ſuam, ſiue pronuntietur Stichus ingenuus, ſiue ſeruus, aut libertus non videri. Sententia .n. contra abſentem reddita facit ius, quod ad ipſum, licèt non ſimpliciter, id eſt, quod ad omnes, *l.qui repudiantis 17.§.vlt.ff.de inoff.teſt.* quia quoties quis abſens vincitur, præſumēdus eſt victus ob id potiùs, quòd abfuerit, quàm quòd malam cauſam habuerit, *l.Papin.8.§.meminiſſe, eod. l.ſi ideo 51.de euict.* licèt differentia illa ſit, quòd vno caſu Stichus qui vincit, ingenuus fit propter auctoritatem rei iudicatæ, alio non item: quia neque iudicatum eſt, neque, vt dixi, iudicari debuit ingenuum eſſe aut liberum eum qui in ſeruitutem vel libertinitatem petebatur, niſi per viam exceptionis hoc ipſum quoque in iudicium deductum ſit. Nam cùm reus in exceptione ſit actor, *l.1. ff.de excep.l.in exceptionibus 19.de probat.* non minùs ſuper exceptione, ſi iuſta ſit, pronuntiandum eſt pro reo, quàm ſuper actione ſi iuſta fuiſſet, pronuntiari debuiſſet
pro actore. † Rurſus quod ſequitur, *Quòd ſi ex ſeruitute* 11
in ingenuitatẽ ſe allegat, (impropria ſanè ac peregrina locutio: dicimus enim vindicare, & petere ſe in libertatem aut ingenuitatẽ, non allegare) *melius fecerint ſi cognitionem circumduxerint,* ego quale ſit, certè nõ intelligo. Cur non enim vltro arripere debeat bonus iudex occaſionem pronuntiandi pro libertate aut ingenuitate per abſentiam eius qui controuerſiã ſtatus faciebat; *l.3.ff.de alien. iud.mut.cauſ.fact.l.inter pares 38.de re iud.* Ponimus .n. nulla vrgente iuſta cauſa abeſſe eum qui iudicio adeſſe, ſi vellet, poſſet, & deberet. An non à fauore libertatis
prorſus

prorſus alienum illud eſt, vt non poſſit pro libertate aut ingenuitate contra abſentem pronunciare iudex, qui, vt eadem lex ſubiicit, pro præſente contradictore aduerſus abſentem Stichum ſine cunctatione iudicare poſſet? cur deterior eſſe debeat conditio libertatis? an quia faciliùs poſſit ſuccurri libertati contra ſententiam pro domino vel patrono redditam, quàm domino vel patrono condemnato contra libertatem & rem iudicatam ſimul? At qui nihil iniquius dici poteſt, quàm vt tanto faciliùs lædatur libertas, quanto iuſtiùs per beneficium reſtitutionis poſteà indemnis ſeruari poteſt, *argu. leg. vlt. C. in quib.*
12 *cauſ. reſt. in integ. neceſſ non eſt.* † Illa autem ratio quæ ſequitur, *ne ſine aduerſario pronunciatur ingenuum videri*, prorſus ridicula eſt; non enim abſens videtur aduerſarius qui per contumaciam abeſt, cùm eius contumacia pro præſentia ſit, *Auth. qua in prouincia. Cod. vbi de crim. agi oport.* Alioqui nec contra libertatem pronuntiandum eſſet, abſente eo qui ſeruus dicitur aut libertinus: nec rurſus pro libertate, etiamſi magna cauſa id ſuaderet, ac euidentes probationes ſuggererent, quia non poteſt iudicium conſtare quin & actor aliquis ſit, & reus: & quidem vterque præſens, aut ſaltem habendus præſentis loco. Denique ſi fieri poteſt vt etiam abſens vincat is, qui petitur in ſeruitutem, aut libertinitatem, vt ſcriptum eſt *in d. l. Diui. in fin.* quanto magis eum vincere æquum eſt, ſi præſens ipſe ſit, aduerſarius verò non niſi per contu-
13 maciam abſit. † Planè ſi is qui pro ſua libertate litigat deſit, contradictor verò præſens ſit, nemo dubitat quin ſententia proferri poſſit. Sic enim lex ait, *melius erit inaugeri cauſam eius ſententiamque proferri*, quo vel ſolo ex [illegible] *inaugeri*, pro eo quod eſt *non protrahi, non extendi*, quis Triboniani manum & elegantiam non agnoſcat, is certè nec Vlpianum bene nouerit. Item ex eo quod ſequitur, *ſi omnis liquebit, contra libertatem dabit*, ſcripſiſſet namque Vlpianus *dabunt*, cùm de iudicibus in plurali numero actum eſſet. Fuit autem is error frequens & familiaris Triboniano Græco homini, quia plerumque Græci verbum numeri ſingularis iungunt
14 cum nominatiuo plurali. † At neque video cur de iudicibus hæc lex loquatur, cum de libertate & ingenuitate iudices non darentur, ſed magiſtratus ipſi cognoſcerent, *l. 2. C. de pedan. iudic.* id eſt, Conſoles in vrbe, Præſides in prouinciis *l. 4. ff. ſi ingen. eſſ. dicet. l. 5. C. vbi cauſ. ſtat. agi deb.* quod & Vlpianus ſignificat *in d. l. Diui.* referens reſcriptum Diuorum fratrum ad Proculum & Munatium qui conſules erant, quod & verba illa ſignificant, *veſtra grauitatis eſt.* Denique fuiſſe eam cognitionem iuriſdictionis conſtat *l. neque 36. §. vlt. de fideic. libert.* At iudices dati non iuriſdictionem, ſed iudicium exercebant. Quòd ſi ipſos quoque magiſtratus velis iudices dicere, ſaltem maiores iudices dicendi ſunt, vt *in l. non diſtin-*
15 *guemus 32. §. de liberali De recept. qui arbitr. recep.* † Omnium verò maximè Triboniani inſcitiam detegere illud mihi videtur, quod in legis fine ſcriptum eſt, *euenire autem poteſt vt etiam abſens vincat: nam poteſt ſententia etiã ſecundum libertatem ferri.* Quis enim tam ſtupidus eſt, cui poſſit ſententia pro libertate ferri eo caſu, quo poſſet etiam contra libertatem? Voluit proculdubio Tribonianus ſcribere *ſecundum abſentem*. Nam illud vtique verum eſt, Poſſe ſententiam pro abſente quoque ferri, ſi is bonam cauſam habeat, *l. 1. C. quomod. & quand. iud. l. pro-*
16 *perandum 13. §. & ſiquidem, cum ſeq. C. de iudic.* † Scio Iacobum Cuiacium lib. 6. obſer. cap. 27. locum hunc emendare, & pro *inaugeri* legere *inaudiri*, pro eo quod eſt *audiri*, quomodo vult alio loco *inſcientem* pro ſciente interpretari *in l. ſi ſeruus 34. de furt.* vtrumque parum probabiliter, vt alibi ſcripſimus. Sed tamen ea quoque emendatione & interpretatione admiſſa, nihilo magis ſatisfactum erit cæteris quæ nos mouent vt Triboniani locum hunc eſſe arbitremur, & quæ ab eo non fuiſſe obſeruata miror, aut quaſi non obſeruauerit, fuiſſe diſſimulata.

Capvt V.

De nunciatione noui operis pro ſeruitute ad l. qui viam 14. ff. de oper. noui nunt. & l. vnic. de remiſſ.

SVMMARIA.

1 *Eum cui vel iter vel via per fundum alienum debetur, ei qui in via vel itinere illo ædificat opus nouum nuntiare non poſſe, ſed vindicanda duntaxat ſeruitutis ius habere?*
2 *Noui operis nunciationem omni alio remedio deficiente concedi.*
3 *Superiori ſententiæ & l. qui viam. de nou. op. nunt. obſtare quod in l. 1. ff. de remiſſ. dicitur ius nouum opus nunciandi ei competere qui dominium aut ſeruitutem habet.*
4 *De triplici cauſa noui operis nunciationis.*
5 *Exempla noui operis nunciationis propter ſeruitutem facta.*
6 *Diſtinctio inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas ad ſuperiorum legum conciliationem allata reprobatur.*
7 *Mancam eſſe diſtinctionem à Cuiacio ad dictas leges conciliandas allatam.*
8 *Vera diſtinctio & ſubdiſtinctio adhibenda ad illas leges in conſonantiam reuocandas.*
9 *Domino fundi ſeruientis qui contra ſeruitutem directò ædificat, nouum opus nunciari poſſe, ſi verò non directò, non poſſe.*
10 *Vicino in detrimentum ſeruitutis aliquid licèt non directò facienti nouum opus nunciari poſſe.*
11 *Superioris diſtinctionis confirmatio.*
12 *Cuiacij emendatio ad* §. penult. d. l. 1. de remiſſ. *probatur.*
13 *Eadem aduerſus Roberti reprehenſionem defenditur.*

SI † habeam ſeruitutem viæ vel itineris per tuum fundum, & tu in eo aliquid facias per quod vſus ſeruitutis impediatur, habeo quidem ius vindicandæ ſeruitutis, per quam actionem conſequar, vt ſi quod detrimentum ſeruituti meæ feceris, cogaris deſtruere, omniáque in priſtinum ſtatum reponere, ſed tamen opus nouum tibi nunciare non poſſum, *l. qui viam 14. D. de oper. noui nunt.* vbi Iulianus ait, eum qui viam habet, ſi opus nouum nuntiet aduerſus eum qui in via ædificat nihil agere, ſed ſeruitutem vindicare non prohiberi. Vtrumque nimirum eadem ratione, quia cum ſeruitutes ſint iura, & in iure conſiſtant, noui autem operis nunciatio, quæ facti eſt, non poſſit vt nec aliud factum quodlibet ad id vſque quod iuris eſt, pertingere, ſatis eſſe debet ei qui ſeruitutem habet, quòd eam vindicando, ius ſuum tueri poteſt, eiúſque poſſeſſionem aut quaſi poſſeſſionem retinere, quam è contrario per noui operis nunciationem amitteret. Eſt enim hoc proprium noui operis nunciationis, vt poſſeſſorem eum faciat, cui nouum opus nuntietur, *l. de pupillo 5. §. meminiſſe eo.* † Nec ſanè permittenda facilè eſt noui operis nunciatio, ſi alia ratione æquè commodè, ne dicam commodius conſeruare quis ius ſuum poſſit. Remedium namque odioſum eſt, nec niſi neceſſitate ipſa tolerabile, non ob id ſolùm quod fiat propria nunciantis auctoritate (etſi aliqua eſt operis noui nunciatio quæ fit per prætorem, *d. § meminiſſe*) ſed etiam quia eam auctoritatem habet vt ſiue iure, ſiue iniuria facta ſit, inhibeat noui operis perfectionem, quouſque is cui nunciatum eſt, vel ſatiſdederit de eo demo- 2

hendo,

liendo, ſi non iure ædificaſſe probabitur, vel impetrauerit
remiſſionem nuntiationis, quam tamen non priùs re-
mittit prætor in effectu quam viderit nullo eam iure fa-
ctam eſſe, *l. 1. in prin. & §. 1. l. prætor ait 20. in prin. & §.*
3 *1. eod. l. vnic. de remiſſ.* † In quo tamen dubitationem ma-
gnam illud facit, quod in *d. l. vnic. §. ius habet*, generaliter
Vlpianus ſcribit, ius habere nuntiandi noui operis non
modò eum qui dominium habeat, ſed & illum, qui ſer-
uitutem. Cui conuenit quod idem ille ſcribit in *d. l. de pu-*
4 *pillo. §. & beliè Sextus Pedius*, † triplicem eſſe cauſam noui
operis nuntiationis, naturalem, publicam, impoſititiam:
naturalem cùm in noſtras ædes, quæ nullam ſeruitutem
debent, aliquid immittitur, aut ædificatur in noſtro:
publicam, quoties per noui operis nuntiationem tuemur
leges, aut ſenatuſconſulta, aut edicta, conſtitutionéſque
Principum, id eſt, impedimus ne opus nouum fiat in eo
loco in quo per leges, vel ſenatuſconſulta, vel conſtitu-
tiones Principum fieri aliquid prohibeatur, *d. l. 1. §. nun-*
tiamus. cum præced. eo. ti. denique impoſititiam, cùm qui
ius ſuum diminuit & alterius auxit, i. cùm poſteaquàm
ſeruitutem ipſe ſuis ædibus impoſuit, nihilominùs contra
ſeruitutem fecit. Hoc enim ſi ita eſt, cur non liceat no-
uum opus ei nuntiare qui in via ædificat? An non fit
contra ſeruitutem hoc ipſo, quod vſus ſeruitutis eo facto
5 impeditur? † Auget dubitationem, quòd pleriſque locis
exempla extant factæ noui operis nuntiationis propter
ſeruitutem, vt in *l. priuſquam 25. eod.* vbi agitur de ſer-
uitute altiùs non tollendi, & altiùs tollendi: itémque in
l. ſeruitutes 15. ad fin. De ſeruit. vrban. præd. vbi de ſer-
uitutibus, Ne luminibus, aut oculis officiatur, & in *l. etſi*
fortè 6. § vlt. ff. ſi ſeruit. vindic. vel ad alium pertin. neget.
6 † Itaque interpretum noſtrorum plerique, vt locos iſtos
concilient, diſtinguunt ſeruitutes vrbanas à ruſticis, pu-
tántq; pro ſeruitute vrbana tuenda nuntiari poſſe nouum
opus, pro ruſtica non poſſe: quam in ſententiam mouen-
tur non tam ex probabili aliqua diuerſitatis ratione, quæ
inter vrbanas & ruſticas ſeruitutes hac parte reperiatur,
quam quia vident leges, quæ permittunt nuntiari nouum
opus pro ſeruitute, non niſi de ſeruitutib. vrbanis exem-
pla ponere, Iulianum. v. in *d. l. qui viam*, vbi negat vale-
re nuntiationem, de via tantùm loqui, qui ſeruitus ruſtica
eſt. Ita ſolent illi perpetuò ratione iuris ad verba legum
detorquere, non vt fieri oportuit, leges ipſas, earúmq;
interpretationem ad rationem iuris accommodare. Quo-
rum exemplo eſſet multo expeditius dicere, Pro omni
ſeruitute præterquam viæ poſſe nouum opus nuntiari,
cùm de via tantum non etiam de aliis ſeruitutibus locu-
tus ſit Iulianus; ſi qua tamen diuerſitatis ratio excogitari
poſſet inter viam & cæteras ſeruitutes ruſticas, quæ
certè nulla prorſus eſt, non magis quam inter ruſticas &
7 vrbanas. † Cuiacius verò lib. 1. obſer. ca. 17. putat in
hac quæſtione nihil aliud inſpiciendum eſſe, quàm
vtrum opus nouum, de quo per nuntiationem inhibendo
agitur, tale ſit vt fieri non poſſit quin fiat contra ſerui-
tutem, vt eo demùm caſu permittatur noui operis nun-
tiatio pro ſeruitute ſiue vrbana ſiue ruſtica: ſi verò nihil
fiat contra formam & naturam ſeruitutis conſtitutæ, non
ſit permittenda nuntiatio, licèt vſus ſeruitutis impedia-
tur, ſed decurrendum neceſſariò ad ſeruitutis vindicatio-
nem. Quam in ſententiam ex eo mouetur, quòd domino
fundi ſeruitutem debentis liceat in eo fundo facere quic-
quid velit, iure ſcilicet dominij, adeò vt nec à ſocio ſuo
poſſit prohiberi cum quo habeat fundum communem,
l. in prouinciali 3. eod. l. in re communi 26. de ſeru. vrban.
præd. quod tamen tunc dici non poteſt cùm altius ædes
ſuas tollere vult ille, qui ipſe impoſuit ædibus ſeruitutem
altiùs non tollendi. Cur non ergo liceat vicino, cui ſer-
uitus debetur, intendere, Ius ei non eſſe altiùs ſublatas
ædes habere, in eámque rem nouum opus illi nuntiare?
Verum hæc quoque ſententia ſi non falſa, certè manca
eſt, niſi adiuuetur & ſuppleatur. Et namq; conſequens vi-
deretur vt is cui viæ ſeruitus eſſet debita, nunquam poſ-
ſet nouum opus nuntiare aduerſus eum, qui in via ædifi-
caret, quiſquis ille eſſet, ſiue dominus fundi ſeruientis,
ſiue alius: quia ſemper verum eſſet non fieri directò con-
tra conſtitutionem ſeruitutis viæ ab eo qui in via ædifi-
caret, quandoquidem aliud eſt conſtituere ſeruitutem viæ,
aliud verò in ea ædificari, licèt per ædificationem vſus
impediatur. Et tamen certum eſt, ſi in Sempronij
fundo, qui mihi ſeruitutem viæ debet, tu ædifices,
poſſe me tibi nouum opus nuntiare, quia poſſum
intendere ius tibi non eſſe in eo fundo ædificandi,
me inuito, cùm & ego ſim dominus ſeruitutis cu-
ius vſum vis impedire, & tu non ſis dominus fundi
ſeruientis, vt in eo poſſis pro tuo iure & arbitrio ædifica-
re. † Diſtinguendum igitur eſt, an nouum opus nuntie- 8
tur domino fundi ſeruientis, an alij vicino cuilibet in
eo fundo ædificanti, ſiue ſciente & volente, ſiue ignoran-
te domino fundi alius ædificet. Priore caſu ſubdiſtin-
guendum eſt, an nouum opus fiat directò contra formam
conſtitutæ ſeruitutis, an per indirectum duntaxat. † Nam 9
ſi directò, vt puta ſi is cuius ædes ſeruitutem debent altius
non tollendi, velit illas altiùs tollere, quamuis præ-
dij dominus ille ſit, prohiberi tamen poteſt per noui
operis nuntiationē ne id faciat, tanquam qui non habeat
ius ita faciendi etiam in ſuo fundo contra voluntatem
eius, qui ſit dominus ſeruitutis, non aliam ob cauſam
conſtitutæ, quàm ne altiùs ædes tolli poſſint. Qui caſus
eſt *d. l. inter ſeruitutes 15 ff. vrb præd. & d. l ſi priuſquam,*
de oper noui nunt. Si v. nihil fiat directò cōtra ſeruitutem
vt contingit cùm is ædificat cuius prædium ſeruitutem
viæ debet, non etiam ſeruitutem non ædificandi, non
poteſt ei nuntiari nouum opus, quaſi nullo iure ædificet,
cum habeat ius ædificandi in fundo ſuo hoc ipſo quòd
dominus eſt, qui ſenſus eſt *d. l. qui viam.* † Poſteriore. 10
v. caſu prioris diſtinctionis cùm alius quàm dominus
fundi ſeruientis ædificat in detrimentum ſeruitutis et-
iamſi nihil faciat directò contra ſeruitutem, nuntiari ta-
men ei nouum opus poteſt, quia verum eſt nullum ius in
eum habere ius ædificandi: † Probatúrque manifeſtè 11
hæc diſtinctio ex *d. l. vnic. §. pen. de remiſſ.* vbi Vlp. ſcribit
ſecundum ſententiam Iul. qui putabat fructuarium ha-
bere ius vindicandarum ſeruitutum quæ fructuario fun-
do deberentur, permittendum eſſe fructuario vt poſſit
nouum opus nunciare vicino, at non etiam ipſi domino
prædij ſeruientis: quia inquit, non ſicut aduerſus vicinū,
ita & aduerſus dominum agere poteſt, ius ei non eſſe in-
uito ſe altius ædificandi. Sed ſi hoc facto vſusfructus de-
terior fiet quomodo fiet proculdubio, ſi ſeruitutis fundo
Cornel. fructuario debitæ vſus impediatur, debebit vſu-
fructuarius vſumfructum petere, id eſt, vindicare, cuius
ſc. vindicatio competit domino vſusfructus contra quoſ-
cunque vſumfructum impedientes. Quod ipſum iiſdem
verbis ex Iul. proditum extat in *l. 2. de oper. noui nunt.* Por-
rò quod Iul. dixit de fructuario, idem etiam haud dubiè
ſenſit de cæteris quibus aliqua ſeruitus deberetur à vici-
no, vt idem Vlp. *ind. §. pen.* † In quo tamen magnum ſu- 12
beſſe mendum bene obſeruauit Cuiac. li. 1. Obſ c. 16. in
conuerſione eorum verborum *vtilis & inutilis.* Nam vt
ille argumentatur ex *princ. d. l. vnic.* Remiſſio nuntiationis
noui operis, per prætorem facta, tum demùm eſt vtilis
cùm non tenet nuntiatio. Sunt enim iſta contraria, nun-
tiationem tenere, & remitti. Ea demum vero nun-
tiatio non tenet, quæ facta eſt ab eo qui nullum ius ha-
buit nuntiandi contra eum qui ius habuit ædificandi.
E contrario autem remiſſio nuntiationis tunc eſt inuti-
lis cùm nuntiatio tenet: quæ porrò tunc duntaxat tenet
nuntiatio. Sunt enim iſta contraria, Nuntiationem te-
nere, & remitti. Ea demum verò nuntiatio non tenet,
quæ facta eſt ab eo qui nullum ius habuit nuntiandi
contra eum qui ius habuit ædificandi. E contrario autem
remiſſio nuntiationis tunc eſt inutilis cùm nuntiatio te-
net: quæ porrò tunc duntaxat tenet, cùm facta eſt ab
eo qui ius habuit nuntiandi contra eum qui nullum
habuit

habuit ius ædificandi. Conſequens igitur eſt, vt ſi fructuarius nunciauerit nouum opus pro ſeruiente, quod facere ſecundùm Iulianum nõ poteſt contra alium quemlibet, præterquam dominum prædij ſeruientis, remiſſio ſit inutilis, quia nuntiatio tenet: ſit verò vtilis remiſſio ſi fructuarius nuntiauerit nouum opus domino, quia
13 nuntiatio non tenet. † In eóque malè reprehenſus Iac. Cuiacius à Io. Roberto, quem illud certè fefellit, quòd putauit remiſſionem nuntiationis eſſe vtilem omni caſu, quo nuntiatio tenuit ab initio, id eſt, eo tempore quo facta fuit in præſens opus, & priuſquam ad prætorem iretur: cùm tamen debuerit animaduertere, quoties nuntiationis remiſſio facta eſſe dicitur, non de illo quæri, an nuntiatio tenuerit ab initio, quantum ad illum effectum vt impediret ædificationem, ſed de illo tantum, an nunc teneat apud prætorem. Inter quæ quantum interſit, ex eo apparet, quòd ſemper, aut ſaltem ferè ſemper verum eſt nuntiationem ab initio tenuiſſe ad impediendum opus nouum, cùm ſiue iure ſiue iniuria facta ſit, nihilominùs vim ſuam habeat quouſque vel per ſatiſdationem extincta ſit, vel per remiſſione. An non eſt bona conſecutio, vt quæ nuntiatio ab initio tenuit ante petitam à prætore remiſſionem, teneat etiam apud prætorem, & impetrata iam ab eo remiſſione? Nam cùm anteà de illo ſolo quæreretur an nuntiatio facta eſſet ab illo qui ius nuntiandi habuiſſet, ſiue iure, ſiue iniuria nuntiaſſet, nunc cùm petitio remiſſa eſt incipit quæri debere, An qui nuntiauit ius habuerit prohibendi ne inuito ſe nouum opus fieret: ideóque obſeruandum eſt ſic loqui Vlp. *in d. l. vnic. §. 1. de remiſſ.* vt dicat verba prætoris oſtendere remiſſionem ibi demum factam videri, non vbi nuntiatio non tenuit, ſed vbi nuntiatio non teneret: & retrò, voluiſſe prætorem ibi demùm nuntiationem tenere, non tenuiſſe, cùm ius eſt nuntiati prohibere ne ſe inuito fiat. Cæterùm, ſi ponas nuntiationem factam eſſe ab eo qui non fuerit admittendus ad nouum opus nuntiandum, puta à pupillo alienum commodum curante, nec tutoris auctoritatem adhibente, aut à ſeruo, vt in *d. l. de pupillo 5. in prin. & §. 1. de oper. non. nunt.* nihil neceſſe erit adiri prætorem ad impetrandam nuntiationis remiſſionem, nec rurſus offerri ſatiſdationem, cùm nullum vnquam effectum habuerit nuntiatio: eſſétque illo caſu remiſſio non modò inutilis dicenda, ſed etiam ſuperuacua & ridicula. Poteſtque eiuſdem rei aliud exemplum poni in fructuario ipſo nouum opus nuntiante proprio nomine, ſi non tam Iuliani ſententiam ſequi velimus quàm aliorum iuris auctorum, qui putarunt non eſſe permittendum vſufructuario vt proprio nomine nuntiet nouum opus, ne quidem alij quàm domino: nec rurſus vt ſeruitutes fundo fructuario debitas vindicare poſſit: ſed tantùm vt vel nouum opus nuntiet procuratorio nomine, vel vindicet vſumfructum, atque ita conſequatur, quanti eius interfuit, nouum opus factum non eſſe: quæ ſententia tandẽ contra Iulianum obtinuit vt & Cuiacius obſeruauit ex *d. l. 1. §. vlt. D. de oper. noui nunt. & l. 1. in pr. D. ſi vſusfr. pet.* non enim cæteri Iureconſulti de illo diſputarunt an teneret noui operis nuntiatio ab vſufructuario facta apud prætorem, quam dicerent nec ab initio quidem tenuiſſe.

CAPVT VI.

De oppigneratione ſeruitutum.

SVMMARIA.

1. *Seruitutes ſine prædiis nec obligari nec vendi poſſe.*
2. *Eaſdem hypotheca dari non poſſe, & hac parte hypothecam à pignore non differre.*
3. *Quo ſenſu dicatur inter pignus & hypothecam nominis tantùm ſonum differre?*
4. *An quia Marcianus in* §. vlt. l. ſi is qui 11. de pignor. *ſeruitutes vrbanas oppignerari non poſſe tradit, aliud in ruſticis exiſtimaſſe credendus ſit?*
5. *Ratio diſtinctionis hac parte ab Interpretibus refellitur.*
6. *Alia Duareni diſtinctio ad ſeruitutum oppignerationem pertinens.*
7. *Differentia inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas quæ ad oppignerationem a Cuiacio conſtituitur, & differentiæ ratio redditur.*
8. *Ea Cuiacij ſententia refellitur.*
9. *Pignoris venditionem in perpetuum quidem fieri, omne verò pignus ad tempus tantùm eſſe.*
10. *Seruitutem iam conſtitutam non poſſe a domino prædij dominantis oppignerari quàm prædium ipſum non oppigneratur.*
11. *Seruitutem per venditionem conſtitutam etiam fundo non vendito vendi poſſe.*
12. *Cur ſeruitutes iam conſtitutæ ſine prædiis quibus debentur vendi non poſſint?*
13. *Reſpondetur rationi qua motus Cuiacius cuiuſlibet ſeruitutis ruſticæ oppignerationem indiſtinctè admittendam putauit.*

SEruitutes † ſicut vincapl non poſſunt ſine prædiis 1
quibus debentur, ita neque oppignerari; Duplici ratione: Prima eſt, quòd cùm ſint iura, & res incorporales, non poſſunt tradi neque poſſideri, *l. 1. §. vlt. D. de rer. diuiſ.* pignus autem, quod à pugno ob eam cauſam dictum volunt, contrahitur re, & per traditionem, tranſfértque poſſeſſionem in creditorem, *leg. ſi rem. 9. §. propriè. & l. cum & ſortis 35. §. 1. de pignor act. l. 1. §. creditor. de oblig. & action.* Altera eſt quòd cùm ſint iura prædiorum, nihil aliud ſunt quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia, *l. quid aliud 86. de verborum ſignif.* Proinde fieri non poteſt vt ſine prædiis obligentur, non magis quàm vt ſine prædiis acquirantur, *l. 1. §. 1. D. com. præd.* Itaque non eſt quod quis obiiciat ſeruitutes poſſe vendi, omnia autem quæ emptionem venditionémque recipiunt, oppignerationem quoque recipere poſſe *l. ſed & quod 9. §. 1. D. de pignor.* Nam neque ſeruitutes prædiis debitæ vendi poſſunt ſine prædiis, non quia non ſint in bonis noſtris, vt male vulgo creditum eſt, (cùm earum nomine & actiones competant, & exceptiones, *tot. tit. ſi ſeruit. vindic. iunct. l. rem in bonis 55. de acquirend. rerum dom.*)
ſed quia ſeparari a prædiis nullo modo poſſunt. † Atque 2
ita concludit I. C. in *l. ſi quis 11. §. vlt. eod. de pignoribus.* oppignerari ſeruitutes non poſſe: vbi tamen mirari quis poſſit quod ex eo infert, nec igitur poſſe hypothecæ dari, cùm ea differentia ſit inter pignus & hypothecam, quòd hæc non rei traditionem exigit vt pignus, ſed nudo pacto conſtituitur, *l. 4. eod.* Eſt enim hic vnus caſus ex iis in quibus prætor contra regulam vtriuſque iuris tam prætorij quàm ciuilis, dat ex nudo pacto actionem, quæ hypothecaria appellatur, aut quaſi Seruiana, vt proinde ratio quam diximus impedire pignus ſeruitutum, hypothecam earundem impedire non videatur: ſiquidem nihil vetat de iuribus perinde ac de rebus quæ poſſidentur fieri conuentionem, dummodo in bonis noſtris, & in commercio noſtro ſint. Sed reſpondendum eſt non poſſe in hac re differre hypothecam à pignore, quia licèt hypotheca conſtituatur nudo pacto, & ſine tranſlatione poſſeſſionis, tamen actio hypothecaria, quæ eo pacto naſcitur, in id tantùm datur vt auocet poſſeſſionem, *l. ſi eum venditor 66. verſic. non eſt idem. ff. de euict.* Ideóque non magis fieri poteſt ex ipſa ratione iuris, vt earum rerum quæ poſſideri non poſſunt hypotheca valeat,
quàm vt pignus. † Idque eſt quod ait Marcian. in *l. 5. 3
§. penult. de pign.* inter pignus & hypothecam nominis tantùm ſonum differre, ſc. quod ad formulam hypothecariam, cuius eadem vtroque caſu vis eſt, & poteſtas. Eſt enim ea lex ſumpta ex Marciani lib. ſing. ad formulam hypothecariã, quod & iam alij ante nos obſeruarunt: ſed illud magis mirum eſt quod in *d. §. l. ſi is qui. §. vlt.* loquitur I. C. nominatim de ſeruitutib. vrbanorum

4 prædiorum. † Inde namque videtur inferri poſſe, aliud
eum exiſtimaſſe in ſeruitutib. ruſticorum prædiorum, vt
ſc. dari poſſint, & pignori & hypothecæ. Et ita eſſe fa-
tentur vulgo interpretes, differre nimirum hac in re ſer-
uitutes ruſticas ab vrbanis, vt hæ oppignerari non poſ-
5 ſint, illæ poſſint. † Cuius differentiæ rationem illam adfert
Bartolus quod vrbanæ ſunt perpetuæ, ruſticæ verò non
item, quaſi perpetuitas illa, vt cum eo loquar, vrbanarum
ſeruitutũ non patiatur vt pignori dentur creditori qui eas
forte pro arbitrio ſuo extincturus eſſet, atq; ita vrbem ad
cuius decorem eæ ſeruitutes pertinent, deformaturus.
Quod ne eueniat ſummoperè cauere, legiſlator debet *l.
vlt ne quid in loc. pub.* Sed quàm falſa ſit ratio hæc diuer-
ſitatis apparet manifeſtè ex eo quod alibi diſputauimus
& veriſſimum eſt, ſeruitutes omnes cauſam debere habe-
re perpetuam, nec minùs ruſticas quàm vrbanas ex *l fo-
ramen* 28. *de ſer. vrb. præd.* Neque verò deſunt pleræq; ſer-
uitutes vrb. quæ tolli poſſint, ita tamẽ vt ciuitas ruinis non
deformetur. Nec denique verum eſt, quod Bart. & ſequa-
ces volunt, ſeruitutes ruſticas oppignerari poſſe ab eo cu-
ius prædio debeantur, ſiue iuris rationem, ſiue æquita-
6 tem intueamur, vt paulò poſt oſtendemus. † Itaque Frãc.
Duaren *lib. 2 diſp. c. 3.* poſt exploſam, benéque confutatã
diſtinctionem hanc interpretum, nouam ipſe opinionem
induxit vt hac parte non ſint ſeparandæ ſeruitutes vrba-
næ à ruſticis, ſed tantùm ſeruitutes iam conſtitutæ, à
conſtituendis, & ſeparanda præterea ratio iuris ab æ-
quitate. Putat enim tam vrbanas quàm ruſticas ſer-
uitutes, ſi iam conſtitutæ ſint, non poſſe oppignerari, ne-
que ex ratione iuris, neque ex æquitate: ſi verò nunc pri-
mùm iure pignoris conſtituantur, non poſſe quidem ex
ratione iuris valere conuentionem, quia ſeruitutes non
magis ad tempus quàm ex tempore conſtitui ſummo iu-
re poſſint. *l. 4. ff. de ſeruit.* verùm tamen ex æquitate, ac
propter vtilitatem contrahentium defendi, ſiue vrbana
ſit ſeruitus, ſiue ruſtica, cùm vrbana quoq; precario dari
7 hoc modo poſſit, *l. 3. ff. de precar.* † At contra hanc quo-
que ſententiam multis argumentis inſurgit Iacob. Cuiac.
li. 15. Obſer. cap. 6. probá;que, quod certè negari non po-
teſt, ex vtriuſque legis cõiunctione differentiam ponen-
dam eſſe inter ſeruitutes ruſticas, & vrbanas. Cur enim
Marcianus in *d l. ſi is qui. §. vlt.* loqueretur de ſeruitutibus
vrbanorum prædiorum nominatim, ſi idem ſentit de ſer-
uitutibus ruſticorum? Et contrà, cur Paulus in *l. ſed an via*
12. de ſeruitutibus ruſticis, ſi non aliud conſtitiſſet in vr-
banis? Nec ſanè credendum eſt Duarenum in eam veniſ-
ſe ſententiam, vt ſeruitutes vrbanas à ruſticis non diſtin-
gueret, niſi quia diſſimilitudinis rationem nullam potuit
inuenire. Cuiacius verò eam adfert, quòd de pignoris na-
tura ſit, vt queat diſtrahi, adeo vt ſit inutile pignus quod
alij vendi non poteſt, & ob eam cauſam non valeat con-
uentio, ne pignus vendi poſſit, *l. 4. ff. de pignor. act. l. mu-
lier* 11. *C. de diſtract. pignor.* Atqui ſeruitutes vrbanæ, in-
quit, non poſſunt diſtrahi, quia fieri nequit vt reperiant
emptorem, cùm nullam poſſint adferre vtilitatem alij præ-
dio, quàm cui primùm debentur, vt cernere eſt in ſerui-
tute tigni immittendi, ſtillicidij auertendi, & aliis ſimili-
bus. At ſeruitutes ruſticæ facilè poſſunt vendi & inuenire
emptorem. Puta ſi habeam vicinum cui æquè commo-
dum & vtile futurum ſit ac mihi tranſire per fundum
8 tuum, vt eat in ſuum. † Verùm neque hæc viri doctiſſimi
ſententia probabilis mihi videtur. Primùm quia ſic ille
loquitur, quaſi ſeruitutum oppigneratio valeat ipſo iure.
Ad eam enim obiectionem quam videt fieri ex eo poſſe,
quo ſeruitutes ad tempus conſtitui non poſſint. *dict. l. 4.
de ſeruit.* Reſpondet fieri ex natura pignoris vt nihilomi-
nùs oppignerari queant, quoties aliud nihil impedit pig-
nerationem: quia, inquit, omne pignus conſtituitur, ita vt
poſſit in perpetuum diſtrahi ſi creditori non fuerit ſatis-
factum: Et tamen ea ipſa lex Pauli qua ille nititur, vt pro-
bet ſeruitutes ruſticas pignerari poſſe, *d. l. ſed an via.* de-
clarat apertiſſimè non niſi propter vtilitatem contrahen-
tium receptam eſſe, aut recipiendam eam ſententiam, quę
habet, ſeruitutes ruſticas oppignerari poſſe. Et v. ita eſ-
ſe concluditur neceſſariò ex eo quod diximus & Cuiac.
fatetur, nullas ſeruitutes ad tempus conſtitui poſſe *d. l. 4.*
Nam & inde eſt, quod ait *l. locare* 19. *ff. locat.* Neminem
poſſe locare ſeruitutem: quod ſicut generaliter ſcriptum
eſt, ita & generaliter intelligendum, vt neq; ſeruitus vr-
bana, neque ruſtica locari poſſit, neq; ab eo qui ſit domi-
nus fundi ſeruientis, neque ab eo cui ſeruitus debeatur:
quod & Cuiac. fatetur, non alia id ratione quam quòd lo-
catio ſit ad tempus, præterquàm ſi de fundis vectigalibus
aut emphyteuticariis agatur, ſeruitus verò ad tempus con-
ſtitui nequeat. † Nec oppignerationem ſeruitutis ea ratio 9
tueri poteſt, quam adfert Cuiac. quòd ſit ex natura cuiuſ-
libet pignoris vt in perpetuum diſtrahi poſſit. Aliud enim
eſt de oppigneratione ſeruitutis, aliud de pignoris vendi-
tione tractare. Pignoris quidem venditio, & aliarum re-
rum in perpetuum fit, non ad tempus, ſed non eo minùs
verum eſt omne pignus eſſe ad tempus, cùm ex cuiuſque
pignoris natura illud ſit, vt lui poſſit, priuſquam de ipſius
diſtractione quæratur. Itaque pignoris venditio quidem
non eſt ad tempus, ſed pignus ipſum ad tempus eſt, vt lo-
catio: propter quam cauſam placuit neque ex pignore,
neq; ex locatione dominium transferri, quippe cuius trã-
ferendi cauſa ſemper debet eſſe perpetua, nunquam tem-
poralis, *l. 1. ff. de iur. dot. ſunct. l. non ſolet* 38 *ff. locat.* Igitur
debuerat potiùs inferre Cuiac. ex eo quo videbat, omne
pignus eſſe temporale: Nullam ergo ſeruitutem oppigne-
rari poſſe. † Deinde labitur apertè vir doctiſſ. in eo, quòd 10
non ſeparat hac in re ſeruitutes conſtitutas à conſtituen-
dis, in eóque multò meliùs ſenſit Duar. qui putauit ſepa-
rãdas. Neque enim fieri poteſt vt ſeruitus iam conſtituta
oppigneretur à domino prædij dominãtis, cùm prædium
ipſum non oppigneretur. Siquidem ea ſeruitus vſq; adeò
ius eſt prædij dominantis, vt ne aliud quicquam eſſe vi-
deatur, quàm prædium ipſum qualiter ſe habens, vt initio
diximus ex *d. l. quod aliud* 86. *de verb. ſign.* Quomodo igi-
tur fieri poteſt vt oppigneretur ſeruitus prædij iam con-
ſtituta, prædio ipſo non oppignerato. † Nec minùs erro- 11
neum illud eſt, quod adſerit Cuiac. Seruitutes vendi poſſe
tam à domino fundi cui ſeruitus imponitur, quam ab eo
cui ſeruitus debetur ex *l. cùm manu ſata* 8. §. 1. *ff. de contr.
emp. l. 3. §. ſi iter. l. tenetur* 6. §. *ſi tibi. & ſeq. ff. de act. emp.*
Neque enim iis locis agitur de ſeruitute vendita, quæ
iam antea deberetur, ſed de ſeruitute per venditionem
conſtituta quam proculdubio nihil prohibet vendi, etiam
fundo non vendito. Quinimò vt poſſit vendi, neceſſe eſt
fundum retineri à venditore ſeruitutis, quoniam alioquin
fundo vendito cum ſeruitute, quomodo poſſet idem fun-
dus emptori, eidémq; nouo ſuo domino ſeruirẽ? *l. iure cõ-
muni.* 25 *de ſer. vrb. præd.* † At in *d. l. tenetur. §. ſed ſi fun-* 12
dum, vbi tractatur de vendita ſeruitute quæ iam erat con-
ſtituta, ponit etiam Iuriſconſultus venditum fuiſſe fun-
dum, cui ſeruitus debebatur, vt intelligamus non poſſe
tales ſeruitutes iam conſtitutas vendi ſine prædiis, quibus
debentur: Nec ſanè aliter conſtitui ius poſſet citra ſum-
mam iniuriam eius cuius prædium ſeruiret, etiam admiſſo
eo quod nunquam admittendum eſt, vt ius prædij vnius
poſſit ab eo ſeparari & fieri ius alterius. Ita namq; fieret
multo deterior conditio ſeruitutis, nimirum in eo quòd
fundus qui ab initio non niſi vni prædio ſeruitutẽ debuiſ-
ſet, inciperet poſtea eam pluribus debere, ſaltem quam-
diu pignus duraret. Facta v. ſeruitutis venditione, etſi non
deberetur ſeruitus niſi vni prædio, deberetur tamen alij
prædio, quàm cui fuiſſet conſtituta, idque ignorante eo,
qui eſſet dominus fundi ſeruientis, cuius tamen quàm
maximè intereſſet, neque augeri, neque immutari ſerui-
tutem. Generalis enim regula eſt in tractatu iſto de ſer-
uitutibus, Nihil fieri poſſe propter quod deterior ſeruitu-
tis conditio efficiatur, licèt melior fieri poſſit, *l. ſeruitu-
tem* 20. §. *ſtillicidium. de ſeru. vrb. præd. l. cùm ædificium* 14.
eo. † Nec ad rem pertinet, quod ſeruitutes ruſticæ iam 13
conſti

conſtitutæ eo tempore quo pignori dantur, non minus facilè poſſunt reperire emptorem, quàm repertutæ eſſent, ſi nunc primum iure pignoris conſtituerentur: Qua vna ratione mouetur Cuiac. vt putet indiſtinctè admittendam cuiuſlibet ſeruitutis ruſticæ oppignerationem: quaſi verò in hanc rem tantùm ſit neceſſarium vt ſeruitus oppignerata poſſit vendi, ac non potiùs & ante omnia illud inſpiciendum ſit, an aliquid extet, de cuius venditione tractari poſſit. Quis enim dixerit ob hoc ſolum poſſe quid oppignerari, quòd poſſit etiam vendi? An non ratione iſta concluderemus, res etiam alienas oppignerari poſſe, cùm vendi poſſint, *l. rem alienam.* 28. *de contr. emp.* Et tamen alienam rem oppignerari non poſſe certú eſt, *l. rem alienam* 41. *de pig. act. l.* 1. *& tot. t. C. ſi res alien. dat. ſit.* nempe quia non poſſet tale pignus valere citra iniuriam domini qui rem ſuam ab alio obligatam non poſſet euincere, niſi ſoluta priùs pecunia quæ deberetur, quod tamen eſſet euidenter iniquum, & contra regulam iuris naturalis & ciuilis, quæ habet, Alteri per alterum iniquam conditionem inferri non debere. Eàdem eſt non poſſe oppignerari ſeruitutem ſiue vrbanam, ſiue ruſticam, quæ iam fuerit conſtituta, quantumuis inueniret emptorem, quia non poſſet fieri ſine iniuria domini ad quem prædium ſeruiens pertineret. Eſſet autem bona ratio Cuiacij, ſi ſeruititutis conſtitutæ oppignerationem nihil aliud impediret, quàm quod ea vendi poſſet. At cùm de pignore priùs tractandum ſit quàm de pignoris venditione, priùs debuerat Cuiac. probare ſeruitutem ruſticam iam conſtitutam poſſe dari pignori quàm iure pignoris vendi poſſe. Eſt enim recta conſecutio à conſtitutione pignoris ad venditionem, vt quicquid vtiliter datum eſt pignori, debeat etiam poſſe diſtrahi: ſed non eſt bona conſecutio, vt quicquid poſſet diſtrahi, ſi vtiliter pignori datum eſſet, hoc ipſo videri debeat vtiliter datum eſſe, tum quoque cùm ex eo futurum eſt, vt alteri iniuria inferatur.

CAPVT VII.

De differentia ſeruitutum vrbanarum & ruſticarum, Item conſtitutarum & conſtituendarum, ſi de ipſarum oppigneratione quæratur.

SVMMARIA.

1 *Seruitutes ruſticas conſtituendas ex æquitate ac propter vtilitatem contrahentium oppignerari poſſe.*
2 *Cur hac parte ſeruitutes conſtituenda à conſtitutis ſeparentur?*
3 *Difficilius eſſe vt ſeruitutes pignori quam vt precariò dentur.*
4 *Seruitutes conſtitutas etiam precariò dari non poſſe.*
5 *Quænam cõcurrere neceſſe ſit vt ſeruitutes ruſtica conſtituenda oppignerari poſſint?*
6 *Pignus ſeruitutis ſine prædio vendi non poſſe niſi in conſtituenda ſeruitute id nominatim cautum ſit.*
7 *Seruitutes vrbanas non ideò minus conſtitui quòd vicini prædium interpoſitum ſit, ruſticas verò interiacente prædio quod ſeruitutem non debeat, impediri.*
8 *Seruitutem vrbanam pignori dari non poſſe, ne quidem ſi expreſſè conuenerit vt eam vicino vendere liceat, quippe qui citra emptionem eandem vtilitatem ſeruitutis habiturus ſit.*
9 *Non poſſe eiuſmodi ſeruitutis oppignerationem ideò valere, quòd vicino vtilis emptio ob hoc ſaltem eſſe poſſit, ne is cui ea ſeruitus debetur eam fundi ſeruientis domino, pretio accepto remittat.*
10 *Cur liberum prædium interpoſitum ſeruitutis vrbanæ conſtitutionem non impediat, ut ruſticis verò ſeruitutibus conſtituendis obſtet?*

11 *Cur Seruitutum ruſticarum conſtituendarum locatio permiſſa non ſit ſicut oppigneratio.*
12 *Seruitutes vrbanas ex vtilitate contrahentium precariò conſtitui poſſe.*
13 *Quænam ratio ſeruitutum ruſticarum eo tempore quo conſtituuntur oppignerationem permitti ſuadeat?*

Dicendum igitur eſt, meo iudicio, cum Duareno 1
contra Cuiacium, ſeparandas eſſe ſeruitutes conſtituendas à conſtitutis, ſed tamen cum Cuiacio contra
Duarenum, ſeparandas etiam vrbanas à ruſticis: non
quidem ſi rationem iuris ſpectemus quæ ſemper illa
obſtat, quòd ſeruitus, vt ſuperiore capite diſputauimus,
conſtitui ad tempus non poſſit, omne verò pignus, ſit
ad tempus, ſed ex æquitate, ac propter vtilitatem contrahentium, vt ſcriptum eſt in *d. l. ſed an via*, 12. *ff. de
pignor.* quæ vtilitas ruſticarum duntaxat ſeruitutum
oppignerationem induxit, non etiam vrbanarum propter
illam diuerſitatis rationem quam attulit Cuiacius,
quod vrbanę ſeruitutes non poſſint vendi ſine prædio cui
debentur, nec ſi dominus ipſe prædij ſeruientis conſentiat;
quia non alij quàm domino fundi dominanti vtiles
eſſe poſſunt: inutile autem pignus ſit quod diſtrahi nequeat.
Seruitutes autem ruſticæ poſſunt vendi, quoniam
alij etiam vicino vtiles eſſe poſſunt. † Ideo au- 2
tem ſeparamus ſeruitutes conſtitutas à conſtituendis,
quòd cùm pignori datur ſeruitus iam conſtituta, fit
iniuria domino prædij ſeruientis: cùm verò ſeruitus
nunc primùm conſtituitur pignoris iure, & hac lege nominatim
adiecta, quam requirit Paulus in *d. l. ſed an
via*, vt non ſoluta ad diem pecunia liceat creditori oppigneratam
ſibi ſeruitutem alij vicino diſtrahere, nulla fit
iniuria domino fundi ſeruientis, qui hanc ipſam legem
ſibi dixit. † In quo quemadmodum errauit Cuiac. ita 3
& à contrario Duarenus, non in eo ſolum quòd ſeruitutes
vrbanas à ruſticis non diſtinxit, quomodo diſtinxerunt
Iureconſulti in *d. l.* 11. *§. vl. & l.* 12. *de pign.* ſed in illo
etiam quòd eandem precarij & pignoris rationem eſſe
exiſtimauit. Nihil enim eſt quod eum tam fefellerit, vt
dixerit ſeruitutes etiam vrbanas conſtitui poſſe iure pignoris,
quàm quod vidit poſſe illas etiam dari precariò
d. l. 3. *D. de precar.* Quaſi non ſit difficilius vt dentur pignori,
quàm vt dentur precariò: Nec animaduertit differentiam
illam quæ alioqui pereuidens eſt inter pignus
& precarium, quòd valet precarium omnium rerum,
quæ aliquam commoditatem accipienti præbere poſſunt,
quamuis diſtrahi nequeant: at non ſimiliter dari
poſſunt pignori ea omnia quæ commodum aliquod
adferre queant, ſi non etiam illud concurrat vt diſtrahi
poſſint. † Contrario autem errore Cuiacius exiſtimauit 4
ſeruitutes etiam conſtitutas poſſe dari precario, quod
certè non minùs falſum eſt, quàm ſi quis diceret, poſſe
etiam vrbanas dari pignori. Nam cùm ſeruitus aliqua,
ſiue vrbana, ſiue ruſtica prædio meo debetur, non eſt
meũ precibus tuis concedere, vt ea ſeruitute vti poſſis in
vicini prædium, quia ſeruitutem debet, ſed ad eum pertinet
cuius eſt prædium ſeruiens, vt eam commoditatem
præſtet, ſi velit. Nec enim quicquam obſtat, quominus
idem prædium eandem ſeruitutem pluribus præſtet, *leg.
qui perceptum* 15. *D. comm. præd. leg.* 2. *§.* 1. *de ſeruit. ruſt.
præd.* & ob id nimirum I.C. in *dict. leg.* 3. *de precar.* disertè
loquitur de ſeruitute per precarium conſtituta, non de
conſtituta ſeruitute precariò data. † Nec minùs apertè 5
Paulus in *d. l. ſed an via*, cùm ex Pomponio ſcribit videndum
eſſe vt talis pactio fiat, vt quamdiu pecunia ſoluta
non ſit, iis ſeruitutibus creditor vtatur, quæ. ſc. ex
ipſo tempore iure pignoris conſtituuntur. Idque ita demùm
ſi vicinum fundum habeat creditor, itémque ſi in
conuentione illud etiam adiectum ſit, vt ſi pecunia
intra diem conſtitutum ſoluta non ſit, liceat vicino eas
ſeruitutes ita conſtitutas pignoris iure alij vendere,
qui ſit etiam vicinus, vt intelligamus, niſi hæc omnia
concurrant, non poſſe defendi oppignerationem ſer-

uitutum ruſticarum, ne quidem ex contrahentium vti-
litate: nempe quia non liceret creditori ſeruitutem ita
conſtitutam vendere, niſi in ea ſeruitute conſtituenda no-
7 minatim id cautum eſſet. † Quod non ſatis bene à Cuiac.
obſeruatum eſt, cùm ſcripſit pignus ſeruitutis hac in re
nõ differre à cæteris pignoribus, ſed eandem naturam &
conditionem habere, vt in perpetuum diſtrahi poſſit.
Perpetuus. n. viri doctiſſimi error in eo eſt, quod putat ſer-
uitutem, quæ eſt eius prædij, poſſe vẽdi ſine prædio, quod
tamen fieri nunquam poteſt niſi in ſeruitute conſtituen-
da id nominatim cautum ſit, *l. cum eſſent 33. §. 1. de ſeru.
ruſtic. præd.* Solet. n. prætor tueri conuentiones quæ fiunt
de ſeruitutib. eo tempore quo conſtituuntur, licèt à ratio-
nẽ iuris ſint alienæ, puta ſi vel ex tempore, vel ad tempus
conſtitutæ ſint, vel ſub conditione, vel ad conditionem,
quia credibile eſt, cum qui hæc lege ſeruitutes conſtituit,
non aliter eas conſtituturũ fuiſſe *d. l. 4. D. de ſer. l. eũ qui
8 ita 56. §. qui ita. in fi. D. ver. de obl.* † At fortaſſe obiiciet
quiſpiam, Si nihil aliud impediet oppignerationem ſer-
uitutum vrbanarum, niſi quòd vendi non poſſunt (ne ſcil.
oppigneratio illa vtilitatis cauſa defendi poſſit, ſicut de-
fenditur oppigneratio ſeruitutum ruſticarum) nõ debuiſſe
hac parte ſeparari ſeruitutes ruſticas ab vrbanis, cùm è
contrario ſeruitutum vrbanarum proprium illud ſit vt in-
terpoſitum prædium vicini non impediat quominùs con-
ſtituantur, ex *l ſi ædes mea 38. cũ ſeq. D. de ſer vrb. præd l. in
tradendis 7. § interpoſitis, D. comm. præd. l. loci corpus 4. §.
vltim & l ſeq. ſi ſer. vend.* quod in ſeruitutib. ruſticis diuer-
ſum eſt, quas conſtat impediri ſi medium prædiũ ſit quod
ſeruitutem nõ debeat, *l qui ſella 7. in fin. de ſeru ruſt præd.*
Cur non enim poſſet vendi ſeruitus vrbana, quæ ſic eſſet
conſtituta, & emptorem reperire, ſaltem vicinum illum,
cuius ædes eſſent interpoſitæ, & cuius maximè intereſſet
ſuis ædibus acquirere illam ſeruitutem? † Verùm reſpon-
dendum eſt pro Cuiacio, cum quo & nos hac parte ſenti-
mus, non poſſe vrbanam ſeruitutem dari pignori, nec ſi
conuentio expreſſim facta ſit, vt liceat illam vicino ven-
dere (hoc enim addendum neceſſariò eſt, vt retineatur ea
differentia quam ponimus inter vrbanas & ruſticas ſerui-
tutes) quia nec credibile eſt, vicinum vnquam empturum
illam, quippe qui eandem vtilitatem ſeruitutis habiturus
ſit etiam citra emptionem. Si. n. ædes Titij vicini mei de-
beant tuis ſeruitutem altiùs non tollendi, & meæ interpo-
ſitæ ſint, non poteſt fieri vt tu ea ſeruitute vtaris; quin ego
etiam vtar, ſiue meæ quoque ædes tuis debeant eandem
ſeruitutem, ſiue nullam. Cur ego emerem à te eam ſerui-
tutem quam nec poſſis retinere, quin ego eâdem vtar, nec
9 alij vendere, cui ſc. ea emptio vtilis eſſe non poſſit? † Re-
plicabis, Imo poſſe fieri vt mihi vtilis ſit emptio ob hoc
ſaltem ne alioqui eam ipſam vendas, i. accepto pretio re-
mittas domino fundi ſeruientis, qui poſteà ædes ſuas al-
tiùs ſublaturus ſit, atq; ita meis incommodaturus. Sed non
poteſt hæc ratio facere bonam oppignerationem ſeruitu-
tis, quia cùm dicimus inutile eſſe pignus, quod vendi non
poteſt, exigimus vt poſſit reperire emptorem alium quam
ipſum debitorem, cùm eo demùm caſu ſoleat peruenire
ad venditionem pignoris, cum debitor non vult ſoluere,
& pignus luere: Quod ipſum vix aliter vnquam contin-
git, quàm ſi pecuniam non habeat in numerato, quam
tamen ſtatim explicari ſibique numerari creditor velit.
Nec rurſus credibile eſt, debitorem quemquam fore tam
ſtultum, qui pignus à ſe datum velit emere, aut potiùs
luere à creditore qui nullum alium reperire poſſit empto-
rem, præter id quod remiſſio ſeruitutis ea potiùs dicenda
eſſet, quam venditio, cum rem ſuam emere nemo poſſit, *l.
ſuæ rei 16. Digeſt. de contrah. empt.* multo minùs debitam à
prædio ſuo ſeruiente. Quod ſi ponas, vltra ædes tuas, qui-
bus debetur ea ſeruitus altiùs non tollendi, contiguas eſ-
ſe ædes Sempronij, cui tu eam poſſes vendere, perinde ac
mihi, dicam ſimiliter non magis ſeparandum eſſe vt velit
ille emere ſeruitutem, cuius commodum percipiat etiam
citra emptionem, præſertim quia etiam vbi eam emiſſet,
tamen eſſet in poteſtate mea & tua altius tollendo ædes
noſtras, ſiue vtraſque, ſiue alterutras, facere vt nihil iam
tua intereſſet, an vicinus ille meus ſuas altiùs tolleret, necne.
Niſi etiam adderes impoſitam & meis, & tuis ædibus,
ſeruitutem altiùs non tollendi. In quo tamen non video
quænam poſſit eſſe tua vtilitas in vendenda ea ſeruitute,
cuius non aliter emptorem reperire poſſis, quam ſi pro-
prius quoq; tuis ædibus ſeruitutem imponeres. † Illud ta- 10
men explicatione dignũ eſt, quam rationem habeat quod
toties diximus, interpoſitum prædium liberum non ob-
ſtare quominùs vrbana ſeruitus conſtituatur, cùm tamen
obſtet in ſeruitutibus ruſticis conſtituendis. Puto autem
diuerſitatis huius rationem petendam ex eo eſſe quo alibi
docuimus, vrbanarum ſeruitutum ius & vſum pendere ex
ſtatu ipſo prædij ſeruientis, & dominantis: ruſticarum ve-
tò ex facto hominis, cuius eſt prædium cui ſeruitus debe-
tur, *l. hac autem 6. de ſeru. vrb. præd.* Inde namque fit vt
non poſſis mihi conſtituere ſeruitutem itineris per tuum
fundum ad meum, ſi interpoſitum ſit prædium Titij quod
meo non ſeruiat, quia nullus mihi vſus eſſe poſſet eius
ſeruitutis, niſi eundo per tuum fundum ad meum, ad
quem tamen ire non poſſum iure meo, quin ius habeam
eundi per fundum quoque Titianum: quod ius non ha-
beo, nec habere poſſum niſi conſtituta etiam per Titium
ſeruitute. At cum agitur de ſeruitute vrbana, puta altiùs
non tollendi quàm ædes tuæ debeant meis, licèt interpo-
ſitæ ſint ædes Titij, non eo minùs tamen vtor ſeruitute,
& quidem iure meo, ac inuito etiam Titio, quamdiu ille
non tollit altiùs ædes ſuas, dummodò tuæ in conſpectu
mearum ſint, quia vſus talis ſeruitutis non exigit vt quid
faciam, aut facere poſſim in ædibus Titij, ſed tantum ne
quid ille faciat quod vſum ſeruitutis impediat. Itaque ſi
ædes ſuas velit altiùs tollere, atque ita facere ne amplius
ædes tuæ in conſpectu mearum ſint, poterit quidem pro
ſuo iure id facere, & aſſequi ſi per longum tempus ædes
ſuas altiùs ſublatas habuerit, vt hoc ipſo amiſerim ſerui-
tutem à tuis ædibus debitam meis, ſcilicet non vtendo: ſed
ea res non impedit, quominus etiam inuito eo inter nos
ea ſeruitus conſtituatur, tamdiu nimirum futura vtilis,
quamdiu ille ſuas ædes altiùs non ſuſtulerit, aut etiamſi
ſuſtulerit, dummodò ante completum id tempus quo ſer-
uitutes non vtendo amittuntur, ſublatas habere deſierit,
d. l. loci corpus. §. vlt. l. 5. & 1. in pr. ſi ſeru. vind. † At iuſ ſus 11
ille ſcrupulus adhuc tollendus ſupereſt, cur non ergo ſer-
uitutum ruſticarum ſaltem & conſtituendarum locatio
permiſſa ſit, ſicut & oppigneratio, non quidem ex iuris
ratione, quæ non magis oppignerationem patitur, quàm
locationem, vt ſupra diximus, ſed ex contrahentium vti-
litate. Neque enim dubitandum arbitror, quin quod ſcri-
ptum eſt *in leg. locare. 44 ff. de locat.* ſeruitutem locari non
poſſe, generaliter accipi debeat non ſolum de ſeruitutibus
omnibus, ſed etiam ita vt earum locatio non magis ex
vtilitate contrahẽtium, quam ex iuris ratione defendatur.
Verum facilis reſponſio eſt, locationem nullam fieri niſi
eius rei quæ iam ſit, & cuius proprietas adeoque poſſeſſio
remanere debeat penes locatorem. Nec quemadmodum
neceſſitas plerumque exigit, vt ſeruitus ruſtica vel pigno-
ri vel precariò conſtituatur, ita poteſt vnquam neceſſa-
rium videri vt ſeruitus locetur, cum vtilitatem aliquam
afferre non poſſit locatio, quam non faciliùs & commo-
diùs poſſit quis ſibi comparare emendo ſeruitutem ad tẽ-
pus, poſtquàm placuit tales ſeruitutis conſtitutiones ad
tempus factas defendi à prætore. † At vt poſſint ſeruitu- 12
tes etiam vrbanæ precario conſtitui, vtilitas contrahen-
tium facit, ne alioqui nulla ſuperſit ratio adquirendæ ſi-
bi gratuitò in tempus aliquod ſeruitutis. Nec. n. poſſet
conſtitui ſeruitus aliqua titulo commodati, magis quàm
titulo locati. Eadem ratione, quia nec commodari po-
teſt id quod nondum eſt. Item quod commodatum vel
locatum fuit, reſtituendum tandem eſt finito tempore
locationis vel commodati. Nihil autem eſſet quod
poſſet reſtituere is cui ſeruitus vel locata fuiſſet,

vel

vel commodata. Quod in precario diuerſum eſt, de cu-
ius natura non eſt, vt reddi debeat, ſed tantùm vt finiri,
& quidem ad nutum concedentis, vnde eſt quod iuri-
bus quoque poteſt conſiſtere, *l. 1. §. vlt ff. de precar.* in qui-
bus tamen nec locatio poſſet conſiſtere, nec commoda-
13 tum. † Quod autem ad pignus attinet ea ratio vtilitatis
ſuadet, vt permittenda ſit oppigneratio ſeruitutum
ruſticarum, quæ per ipſam pignoris conuentionem tum
primùm conſtituantur, quòd facilè poſſit euenire, vt
quis creditorem quærens nullum inueniat ſine pignore,
nec tamen aliud onus commodè dare poſſit, quàm ſerui-
tutis, cuius conſtitutionem titulo pignoris facere non re-
cuſet, ſpe futuræ aliquando luitionis, quam tamen per
venditionem puram & in perpetuum conſtituere nollet
ſicut & facilè poſſit contingere, vt reperiatur qui velit
talem ſeruitutem pignori accipere, vt liceat ſibi vendere
illam vicino, ſi ad certam diem pecunia non ſoluatur,
qui tamen eam pro ſe empturus non eſſet, fortaſſis ea non
indigens, & ſciens futurum vt quæſitam prædio ſuo
ſeruitutem alij poſtea quantumuis vicino vendere ſine
prædio non poſſet. Denique in iis omnibus quæ contra
rationem iuris ex ſola contrahentium vtilitate admittit
legiſlator, perpetuò ſolet obſeruare, vt nihil admittatur,
niſi quatenus neceſſitas & libertas commercij exigit, ne
priuentur ciues eo cõmodo, quod ex rebus ſuis percipe-
re alia iuſta & licita ratione non poſſunt, vt à iuris regu-
lis, quàm minimùm fieri poteſt, recedatur.

Capvt VIII.

De oppigneratione vſusfructus, vſus, & habitationis. Et ad l. 1. ff. ne vſufr. legat.

SVMMARIA.

1 *Cur vſusfructus magis quam cæteræ ſeruitutes oppignerari poſſit?*
2 *Aliter vſumfructum, aliter ruſticas ſeruitutes oppignerari.*
3 *Vſum ſicuti nec locari, nec vendi, ita nec pignorari poſſe; habitationem verò poſſe.*
4 *Pignus ſeruitutis ruſticæ non aliter valere quàm ſi eo creditor vtatur, in cæteris verò pignoribus creditorem pignore vti non poſſe quin furtum faciat.*
5 *Ratio diuerſitatis.*
6 *Refellitur ratio ab Interpretibus allata, ob quam ſeruitutum oppignerationem ipſo iure valere non putant.*
7 *Seruitutes in bonis noſtris eſſe.*
8 *Explicatur l. 1. ff. de vſufr. leg.*

1 PVgnare † cum iis, quæ diximus, maximè videtur,
quod ſcriptum eſt *in d. l. ſi is qui* 11. §. *vſusfructus, ff.*
de pign. vſum fructum poſſe dari pignori & hypothecæ,
cùm vſusfructus ſit ſeruitus, & conſequenter in iure
conſiſtat, vt cæteræ omnes ſeruitutes, nec proinde magis
quàm cæteræ opignerari poſſe videatur. Sed diſſimilis ra-
tio eſt vſusfructus, & cæterarũ ſeruitutũ, quæ prædiorum
nomine appellantur, non in hoc tantùm quòd perſonalis
ſeruitus eſt, illæ verò reales & prædiales, ſed in eo etiam
quòd vſusfructus, licet in iure conſiſtat, non in corpore,
nec in parte dominij, tamen omne rei commodum &
emolumentum continet, *l. Mauius* 66. §. *fundo, l. cùm filius*
76. §. *dominus, de leg.* 2. ideóque omnem vtilitatem, quæ-
cumque ex re fructuaria colligi poteſt, fructuario adferre
debet. Atqui fructus rei eſt vel pignori dare licere, *l. vlt.*
ff. de vſur. Quidni ergo ei licere debeat dare pignori
non tantùm vſumfructum, cuius ipſe pleno iure domi-
nus eſt, ſed etiam rem ipſam, cuius ille non niſi fructua-
rius eſt? Hactenus nimirum vt valeat pignus, quam-
diu durabit vſusfructus *d. l. vlt.* Alioqui certum eſt
proprietatem à fructuario in perpetuum obligari non poſſe

l. intereſt. 6. *C. de vſufr.* † Sed & obſeruandum illud eſt, 2
alio ſenſu nos admittere oppignerationem vſusfructus,
quam admiſerimus ſeruitutũ ruſticarum. Has.n. ita demũ
oppignerari patimur ſi pignoris iure conſtituantur, non
ſi iam antè fuerint conſtitutæ. Vſusfructus verò etiam
qui iam fuerit conſtitutus oppignerari poteſt, quia in eo
nulla fit iniuria domino proprietatis, non magis quam ſi
venditus aut locatus eſſet, quippe qui ſemper æſtimetur
ex perſona fructuarij, vt eo moriente, vel capite minuto
finiatur: quod in ſeruitutibus ruſticorum prædiorum di-
uerſum eſt, quæ ſi à domino prædij dominantis in alium
tranſferri poſſent ſine prædio, aliæ eſſent ſeruitutes, nouá-
que iura prædiorum quibus acquirerentur, ideóque ma-
nerent iis in perpetuum acquiſitæ. Nec eo minùs tamen
admitto, Poſſe vſumfructum ſicut & ſeruitutes ruſticas
conſtitui iure pignoris, adeóque quod magis eſt ex ipſa
etiam iuris ratione, quia vſusfructus in eo differt à ſer-
uitutibus realibus, quòd & ex tempore, & ad tempus con
ſtitui poteſt, *l. 4 ff. de vſufr. l. & puto 16. v. uſufr. ff. famil. er-*
ciſc. quia non quæ ratio impedit ne ſeruitutes prædiorum
ad tempus conſtitui poſſint, nempe quoniam ſunt iura
prædiorum, eadem locum habet in vſufructu, quippe
qui ius quidem eſt ſed perſonæ, non prædij † Alia vſu- 3
tarij ratio eſt qui ſicuti locare vſum non poteſt, nec ven-
dere, ita neque pignori dare, cùm id ad fructus magis
quàm ad vſus cauſam pertineat, *d. l. vlt. De vſur.* vſuarius
verò vſum duntaxat habere debeat, non etiam fructum.
At in legatario habitationis poſt quam placuit Iuſtiniano
vt poſſit habitationem locare, in *l. cùm antiquitas* 13. *C.*
de vſufr. facilè etiam illud admitti poteſt, vt pignori ha-
bitatio dari poſſit, & hac parte vt & in aliis pleriſque
vſufructui magis quàm vſui ſoli comparetur. † Sed hoc 4
eſt valde ſingulare in ſeruitutum ruſticarum oppigne-
ratione, quod vtilitatis cauſa receptum eſſe diximus, vt
neceſſe ſit pignus illud ita conſtitui, vt eo vti creditor poſ-
ſit, adeò vt nec aliter valiturum ſit, quàm ſi conuenerit vt
us ſeruitutibus ruſticis iure pignoris conſtitutis vti cre-
ditor poſſit, *l. ſed an via* 12 *ff. de pign.* Cũ tamen in cæteris
pignoribus regulare ſit, vt pignore creditor vti non poſſit
quin furtum faciat, *l. ſi pignore* 54. *De furt.* ſicut & qui
vtitur depoſito, aut etiam commodato in alios vſus, aut in
alium tempus, § *furtum. Inſt. de oblig. quæ ex delict. naſc.* † 5
Ratio autem diuerſitatis eſt, quia non poſſet valere pig-
nus quod non poſſet vendi: nec vendi, quod non poſſet
tradi: cùm venditor quilibet teneatur ad tradendum, *l. 1. ex*
empto 11. §. 1. *ff de act. empt.* neque rurſum tradi quod non poſ-
ſideretur à creditore, ſiquidem traditio nihil aliud eſt
quàm datio & translatio poſſeſſionis, *l. 3. in pr. eod.* Ob
eámque cauſam ſi non pignus contractum ſit, quod non
contrahitur niſi per traditionem, ſed tantùm hypotheca,
quæ contrahitur nudo pacto, non prius poteſt creditor
hypothecam vendere, quàm egerit hypothecaria ſiue
contra debitorem ipſum, ſiue contra quemlibet alium
poſſeſſorem, ad auocandam ſcilicet poſſeſſionem, *l. cum*
venditor 66. *ff. de euict. l. debitor* 5. *l. vlt. & paſſ. C. de remiſſ.*
pign. l. qui prædium 3. *C. de diſtract. pign.* Ac nec rurſus poſ
ſet creditor ſeruitutem ſibi iure pignoris conſtitutam poſ-
ſidere, quin prius eſſet tradita aut quaſi tradita per debi-
torem: qui porrò non aliter eam quaſi tradere poteſt quàm
ſi patiatur creditorem ea ſeruitute vti, *l. 1. in fin. De ſeru.*
ruſt. præd. aut, quod effectu idẽ eſt, quàm caueat per ſe nõ
futurum quominus creditor ea ſeruitute vtatur. *l. vlt ff de*
ſeru. l. 3. §. ſi inter. de act. empt. Conſequens igitur eſt, vt
non aliter valeat pignus ſeruitutis, quam ſi eo pignore
creditor vtatur, vel ob id etiam ne alioqui videatur data
pignori res, quæ non ſit. Nec.n. ſeruitus quæ nunc pri-
mum conſtituitur, & qua nemo adhuc vſus fuerit, vlla
eſſe intelligitur priuſquam ſeruitute quis vtatur, aut vti
poſſit. † Apparet vero ex iis quæ hoc capite diximus, 6
quam ſtulta ſit ratio illa quam adferre noſtri ſolent, quo-
ties quærunt, Cur non valeat ipſo iure oppigneratio ſer-
uitutũ: Rationem.n. aliã non adferunt, quã quia ſeruitutes

neque in bonis noſtris ſint, neque extra bona, *leg. 1. ff. de*
vſufr. leg. pignus autem aliarum rerum valere poſſit, quam
quæ ſunt in bonis noſtris. *l. qua prædium, & tit. C. ſi alien.*
res pig. dat. ſit. Ita namque poſt Azonem ratiocinatur
Accurſ. ad *d. l. ſi is qui 11. §. vlt. ff. de pign.* Quæ ratioci-
natio ſi recta eſſet, quæro cur viumfructum potius quam
alias ſeruitutes oppignerari leges permittant. Nam nec
niſi de vſufructu loquitur *d. l. 1. de vſufr. leg.* ex qua de-
ſumunt illi propoſitionem iſtam, Seruitutes neque in
7 bonis noſtris, neque extra bona eſſe. † Quidni verò ſunt
in bonis noſtris, cum earum nomine & actiones compe-
tant, & exceptiones & interdicta *tot. tit. ff. ſi ſeru. vind.*
vel ad alium pertin. neget. Et *tit. De itin. actuque priuat.*
Siquidem ſolemus dicere, & veriſſimum eſt, eam demum
rem in bonis noſtris eſſe, cuius nomine & actionẽ habe-
mus ad eam conſequendam, & exceptionem ad retinen-
8 dam, *l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* † Neque verò exi-
ſtimandum eſt aliter Paulum ſenſiſſe *in d. l. 1. de vſufr. leg.*
vbi quod ſcripſit, *quia id neque ex bonis, neque extra bona*
ſit, non ad vſumfructum, aut ad ſeruitutem ſimpliciter
referendum eſt, ſed ad vſumfructum itineris, de quo ibi
agitur, & ad ſeruitutem ſeruitutis quæ per rerum natu-
ram nulla eſſe poteſt, quia & ſecundum philoſophos ac-
cidens accidentis non eſt: Non entis autem nullæ ſunt
qualitates, vt proinde id quod neque natura neque iure,
ſubſiſtit, nec in bonis noſtris, nec extra bona noſtra eſſe
poſſit. Planè quod ſequitur in d. l. 1. ab illis verbis, *ſed*
incerti actio, vſque ad finem legis Triboniani omnino
eſt, non Pauli cum abhorreat euidenter à iuris ratione, vt
alio loco oſtendemus.

Capvt IX.

De vſucapione & longa quaſi poſſeſſione ſeruitutum.

Svmmaria.

1 *Cur ſeruitutes prædiorum ſiue vrbanorum ſiue ruſticorum vſucapi non poſſunt?*
2 *Specialiori ratione ruſticarum ſeruitutum vſucapionem impediri.*
3 *Vrbanarum ſeruitutum quaſi poſſeſſionem continuam, ruſticarum verò interruptam eſſe.*
4 *Alia differentia inter vrbanas & ruſticas ad earum amiſſionem pertinens.*
5 *Non poſſe ſeruitutem vrbanam prædio dominanti debitam amitti, quin ſeruitus ei contraria à domino prædij ſeruientis ſtatim acquiratur.*
6 *Explicatur* §. vlt. l. 4. ff. de vſucap.
7 *Contrariam illam ſeruitutem quæ per libertatis vſucapionem acquiritur odioſam non eſſe, eiuſque vſucapionem permittendam eſſe.*
8 *Lege Scribonia vſucapionem ſeruitutis odioſa, non etiam eius quæ fauorabilis eſt ſublatam eſſe.*
9 *Quomodo libertas ſeruitutis vrbanæ vſucapi poſſit?*
10 *Seruitutes licèt vſucapi non poſſint, pro iure conſtitutis haberi, ſi forte earum vetuſtas tanta ſit vt memoriam hominum excedat.*
11 *An illi iuris loci qui de ſeruitute longo tempore acquirenda tractant, de decennio vel viceñio, an verò de tempore immemoriali accipiendi ſint.*
12 *Corraſij hac parte diſtinctio inter iuris rationem, & æquitatem ſiue publicam vtilitatem, refellitur.*
13 *Refutatur alia Interpretum diſtinctio inter ſeruitutes continuas & diſcontinuas.*
14 *Pleraſque ſeruitutes vrbanas quaſi poſſeſſionem continuam non habere.*
15 *Omnes ſeruitutes tam vrbanas quàm ruſticas cauſam perpetuam habere debere, vbi quid ſit cauſa perpetua docetur.*
16 *Aquæductus ſeruitutem, licèt diſcontinua ſit, longo tempore ſine titulo acquiri poſſe.*
17 *Nullam aliam ſpeciem ſeruitutis vſucapi poſſe, quàm eam quæ in conſequentiam vſucaptæ libertatis neceſſariò acquiritur.*

Seruitutes † prædiorum, ſiue vrbanorum, ſiue ruſtico- 1
rum vſucapi non poſſe notiſſimum eſt, *leg. ſeruitutes*
14. ff. de ſeru. ratione illa omnibus communi, quòd ſerui-
tutum omniũ natura ea ſit, vt poſſideri non poſſint, cùm
ſint incorporales, *leg. ſi ædes meæ 32. §. 1. vrban. prædior.*
Certum enim eſt ſine poſſeſſione nullam eſſe vſucapio-
nem, *l. ſine poſſeſſione 25. ff de vſuc.* † In ſeruitutibus ta- 2
men ruſticis alia ſpecialior ratio eſt quæ impedit vſuca-
pionem, nimirum quòd tales illæ ſunt vt non habeant
certam & continuam poſſeſſionem. Nemo ſiquidem tam
perpetuo & tam continenter ire & agere poteſt, vt nullo
momento eius poſſeſſio interpellari videatur, *d. l. ſeruitu-*
tes. Atqui ad vſucapionem non tantùm neceſſaria eſt
poſſeſſio, ſed illud etiam, vt poſſeſſio ſit continua. Ergo
quod ſequitur *in d. l. ſeruitutes*, idem & in ſeruitutibus
prædiorum vrbanorum obſeruari, quod ſcriptum fuit in
ſeruitutibus prædiorum ruſticorum, non ſic accipiendum
ſit, quaſi nulla ſit hac parte inter ſeruitutes vrbanas & ru-
ſticas differentia, quod ad continuam earum poſſeſſio-
nem, ſed tantùm vt non magis vrbanæ, quàm ruſticæ vſu-
capiantur. † Cæterùm vrbanarum ſeruitutum quaſi poſ- 3
ſeſſio continua eſt, non vt ruſticarum, interrupta, quia ru-
ſticæ æſtimantur ex hominis facto, quod continuum eſſe
nunquam poteſt: vrbanæ verò ex prædij ſeruientis ſta-
tu, qui ſuapte natura ſemper idem manet, quamdiu vel
ab homine, vel ipſa temporis vetuſtate non immutatur.
Itaque qui habet, exempli cauſa ſeruitutem tigni immit-
tendi, licèt non niſi ſemel tignum immiſerit in ædes vi-
cini, ſemper tamen ſeruitute vtitur, tunc quoque cùm
dormit, nec ſolùm quamdiu tignum immiſſum manet, ſed
etiam exemptum ſit, dummodò non ſit obturatum fora-
men in quod fuerat immiſſum, *l. hæc autem 6. de ſeruit. vr-*
banor. prædior. † vbi Caius aliam ex hoc differentiam in- 4
fert inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas: nempe quòd ru-
ſticæ ſolo non vſu pereunt & amittuntur: vrbanæ verò
non aliter quam ſi dominus prædij ſeruientis aliquid in
ſuo prædio fecerit contra ſeruitutem, quæ debeatur, quod
videri poſſit acquiſiuiſſe prædio ſuo libertatem: puta in
ſeruitute tigni immittendi, ſi foramen ex quo tignum
exemptum eſt, obturauerit: aut in ſeruitute altiùs tollen-
di, ſi ædes ſuas quæ ſeruiebant altiùs ſublatas per ſtatutũ
tempus habuerit. Quoniam alioqui nihil eſſet ex quo
poſſet dici dominũ prædij dominantis non eſſe vſum ſer-
uitute, cùm non priùs incipiat non vti, quàm à vicino ali-
quid factum ſit per quod vti probibeatur. † Ex qua diffe- 5
rentia rurſus illa naſcitur, quòd non poteſt amitti ſerui-
tus vrbana quæ debebatur prædio dominanti, quin hoc
ipſo dominus prædij ſeruientis vſucapiendo libertatem
ſuarum ædium, acquirat iis ſeruitutem contrariam ei quæ
amiſſa fuit, hoc eſt, negatiuam, ſi amiſſa fuit affirmatiua,
& contrà. Exemplum eſto in eo cuius ædes debebant
ſeruitutem altiùs non tollendi. Nam ſi ædes ſuas altiùs
ſublatas habuerit, per ſtatutum tempus, quod olim erat
biennij, hodie decennij, aut vicennij, non tantùm di-
cetur vſucepiſſe libertatem ſuarum ædium, *d. l. ſi ædes 32.*
§. libertas. de ſeru. verb. præd. ſed etiam hoc ipſo acquiſi-
uiſſe ſeruitutem altiùs tollendi, non per quam cogat vici-
num altiùs tollere (nulla enim talis ſeruitus prodita eſt,
l. quoties. §. 2. de ſeru.) ſed vt habeat ius ædes ſuas altiùs
tollendi inuito etiam vicino, cùm anteà prohibente ſerui-
tute id facere non poſſet. Atque ita cùm deberent ipſius
ædes ſeruitutem negatiuam, acquiſiuit iiſdem ſeruitutem
affirmatiuam. † Et hoc eſt, vt puto, quod ait *l. 4. § vlt. de* 6
vſuc. libertatem ſeruitutum vſucapi poſſe, nec prohiberi
vſucapionem per legem Scriboniam, aut, vt alij malunt,
Voconiam, quæ vetabat ne ſeruitutes vſucaperentur.

Id enim pertinebat ad eas ſeruitutes quas aliquis ſibi per vſucapionem acquireret, ac tum primum conſtituere vellet. Quæ vſucapio inhibenda fuit fauore libertatis naturalis omnium rerum, quem conſeruari publicè intereſt perinde ac ipſam hominum libertatem, niſi quatenus iure conſtituta ſeruitus reperiretur. At hæc eadem ratio facere debuit, vt libertas ſeruitutum vſucapi tanto faciliùs poſſet, cum per talem vſucapionem nihil noui fiat cum ad priſtinam libertatem, ſtatumque
7 naturalem res reuocatur. † Nec pugnat, quòd proximè diximus, vſucapi non poſſe libertatem ſeruitutis vrbanæ quin hoc ipſo ſeruitus priori contraria vſucapiatur, lege autem Scribonia ſublatam eſſe vſucapionem ſeruitutum. Ista n. ſeruitus contraria, quæ per vſucapionem libertatis acquiritur, non eſt tali ſeruitus, quæ videri debeat odioſa, & cuius vſucapionem oportuerit eam ob cauſam lege Scribonia inhiberi, cum ea nihil aliud inducat, quam vt dominus prædij ante ſeruientis poſſit liberè vti fundo ſuo, ac ſi nunquam ſeruitutem debuiſſet, niſi quòd hoc ipſum ius vtendi liberè fundo ſuo, ſeruitus hodie eſt, quod non eſſet ſeruitus ſi contraria
8 nulla præceſſiſſet. † Igitur quod ſcriptum eſt in *d.l.4. §.vlt.* ſublatam lege Scribonia vſucapionem per quam ſeruitus conſtitueretur, intelligi debet de ea ſeruitute quæ eſt odioſa, & contra naturalem prædij libertatem, non de illa quæ ſit è contrario fauorabilis, & reſtitutam
9 prædij libertatem neceſſariò concomitatur. † At difficilius illud videtur, quomodo poſſit vſucapi libertas, cum ea non minus quam ſeruitus, ſit quid incorporale, & quod poſſideri nó poteſt. Verùm ad hanc dubitationem reſpondet Iulianus *in d.§ libertas*, naturam ſeruitutum etiam vrbanarum eam eſſe, vt quamuis poſſideri non poſſint, tamen intelligantur earum poſſeſſionem habere is qui ædes poſſidet, indéque fieri vt is, qui ædes poſſidebat quæ debebant ſeruitutem altius non tollendi, eam libertatem ſeruitutis vſucapere cœperit, & iam altius ædificatum habere, deinde ante ſtatutum tempus deſierit eas poſſidere, interpellata ſit vſucapio, ſitque ei neceſſe qui poſtea eaſdem ædes poſſidere cœperit, vt integro ſtatuto tempore eas poſſideat, ad libertatem vſucapiendam. Ex quo apparet, quoties de libertatis vſucapione tractamus, non niſi de libertate ſeruitutis vrbanæ nos intelligere. Nam ſeruitutis ruſticæ libertas vſucapi nunquam poteſt, cum acquiratur, vt diximus
10 ſolo non vſu domini prædij dominantis. † Quamquam autem ſeruitutes vſucapi non poſſunt, neque per longi temporis poſſeſſionem acquiri, tamen pro iure conſtitutis habentur, ſi fortè earum vetuſtas tanta ſit vt memoriam hominum excedat *leg.3. §. ductus aquæ. ff de aqua quotid & æſt.* vbi ſcriptum eſt, ductum aquæ, cuius origo memoriam hominum exceſſerit, haberi loco eius qui iure ſit conſtitutus. Quò etiam pertinet, quod ſcriptum eſt *in l.1.§.vlt. ff. de aqua & aq pluu. arcend.* quotieſcunque ſeruitus non inuenitur impoſita, eum qui diu illa vſus ſit, neque vi, neque clam neque precariò videri habuiſſe longa conſuetudine, vel ex iure impoſitam ſeruitutem, vt intelligamus nihil referre an ex iure, an ex conſuetudine ſeruitus impoſita ſit, quoniam longa conſuetudo ius eſt, & ideo non minus habeat quam conuentio aut legatum ad imponendas & conſtituendas ſeruitutes, quæ ſunt iura. Vnde & Paulus noſter *in l.2.in pr.eod.tit.* infert tria eſſe in ſumma per quæ locus vnus ſeruiat alteri. Conuentionem partium, Naturam loci, puta ſi fundus vnus ſit ſuperior, alius inferior (ſemper enim qui inferior eſt, naturaliter ſeruit ſuperiori *d.l.1.§ ſed etſi vicinus, & d.§.vlt.*) & denique vetuſtatem, quæ, inquit ſemper pro lege habetur, mi-
11 nuendarum ſcilicet litium cauſa. † Etſi non parua dubitatio eſt, an iis locis dicatur ille diu vſus ſeruitute, qui vſus eſt per longum duntaxat tempus, id eſt per decennium inter præſentes & vicennium inter abſentes. An verò debeat vterque locus intelligi de eo caſu quo vetuſtas vſus ſeruitutis hominum memoriam exceſſerit *ex d.l.3.§.ductus aquæ.* Eademque dubitatio cadit in reſponſum Scæuolæ, de quo *in l.vlt.de aqua & aqu pluu. arcen.* vbi ait, ſolere illos, qui iuri dicendo præſunt, tueri ductus aquæ, quibus auctoritatem vetuſtas daret, tametſi ius non probaretur. Facit verò dubitationem, quod Vlpianus ſcribit, in *l. ſi quis diuturno 10 ff. ſi ſeruit. vindic.* Si quis diuturno vſu & longa quaſi poſſeſſione ius aquæ ducendæ nactus ſit, non eſſe ei neceſſe docere de iure quo aqua conſtituta ſit, veluti ex legato vel alio modo, ſed habere illum vtilem actionem, ſi oſtendat per annos forte tot vſum ſe non vi, non clam, non precariò. Illa camque verba *per annos forte tot*, non obſcure præ ſe ferunt ſignificari tempus certum, & quod ſit longe breuius, quam quod immemoriale vocant, cui etiam conuenit quod ſcriptum eſt in *l.1. C de ſeruit & aqua.* longi temporis conſuetudinem ſeruitutis vicem obtinere, ſi modo is qui pulſatur, nec vi, nec clam, nec precariò poſſederit: & in *l.1.2. C.eod.* apertè ſcriptum eſt. Si quis per fundum vicini eo ſciente aquam duxerit, acquiſiuiſſe eum ſeruitutem tempore, exemplo rerum immobilium. Quæ verba excludunt omninò tempus illud cuius memoria non extet, quippe quod nec longum vnquam appellatur, cùm ſit pluſquam longiſſimũ, neque ad vſucapionem, aut præſcriptionem rerum immobilium tale vnquam requiratur; præter id quod fieri nequit, vt immemoriale ſit tempus illud quo quis aquam duxerit, non magis quam vt per immemoriale tempus quis vixerit. Accedit quod Paulus in *l. foramen 28. de ſeruit. vrb prædior.* ait non poſſe acquiri tempore ſeruitutem, ſi foramen ſit in imo pariete cõclauis, vel triclinij, quod eſſet proluendi pauimenti cauſa, quòd id neque lumen, neque alia ſeruitus eſſe poſſit: Ita innuens, fore vt tempore poſſet acquiri, ſi tale quid eſſet quod poſſet eſſe ſeruitus. † Scio placuiſſe 12
Ioan. Corraſio ſeparandam hac parte rationem iuris ab æquitate, & publica vtilitate, vt ex ratione iuris non poſſit ſeruitus acquiri tempore præſertim poſt legem Scriboniam quæ ſuſtulit earum vſucapionem *d.l.4. §. vlt.de vſucap.* iuncta *d.l.ſeruitutes 14.de ſeruit.* ſed tamen propter vtilitatem publicam receptum tandem fuiſſe, vt vſucapi poſſent quamuis earum natura repugnaret, quòd incorporales eſſent, nec poſſideri poſſent. Sed contra ſententiam hanc multa vrgent. Illud primùm quod nulla lex eſt quæ dicat poſſe vſucapi ſeruitutes, ſed tantùm poſſe tempore acquiri, quod longe diuerſum eſt. Nam & eæ tempore olim acquirebantur, quãuis vſucapi non poſſent. Longius ſiquidem tempus exigebat longi temporis præſcriptio, quam vſucapio, & faciliùs interrumpebatur, nimirum ſuperueniente mala fide, quia minus fauorabilis erat, quod non tam expreſſa lege, vt vſucapio, quàm moribus eſſet introducta. Deinde quia leges quæ probant tempore acquiri poſſe ſeruitutem, non magis publica vtilitate, quam ratione iuris nituntur, vt proinde diſtinctio illa planè commẽtitia eſſe videatur: Adde, quòd neque dubitationem noſtram tollit, quæ potiſſimùm in illo eſt, An ad acquirendas tempore ſeruitutes neceſſarium ſit tempus immemoriale, an ſufficiat decennale inter præſentes, vicennale inter abſentes. Nam & cum quid diu factum eſſe Iureconſulti dicunt, vt plurimùm intelligunt de decẽnio, vt in *l ſi cũ fideicõmiſſa 16.§. Ariſto, D qui & à quib. manum.* † Itaque magis communiter probata eſt ab in- 13
terpretibus noſtris diſtinctio illa, quæ fuit veterum, an agatur de cõtinua, an de diſcontinua ſeruitute. Ita enim ſolent illi ſeruitutes diſtinguere, vt aliæ ſint continuæ, aliæ diſcontinuæ. Continuas appellant eas quæ habent cauſam continuam, eiuſmodi volunt eſſe ſeruitutes vrbanorum prædiorum: diſcontinuas verò, quæ habent cauſam diſcontinuam & interruptam, vt ſeruitutes ruſticorum, ex *d l. ſeruitutes 14. de ſeruit. & d l. foramen 28. vrb. in præd* Volunt autem continuas poſſe acquiri longo tempore ex *d. l foram.* & *l.1. C. de ſeruit* Diſcontinuas verò non niſi eo tempore quod hominum me-

moriam excedat, ex *d.l.3. §.ductus aquæ de aqua quotid.*
& æſt.& d.vlt.de aqua & aqua pluu.arcend. atque ita eſſe
accipiendam *l. ſi quis diuturno 10. D. de ſeruit.vindic.*
Ego verò hanc diſtinctionem ſemper commentitiam
eſſe exiſtimaui. Inaudita enim ſunt prudentibus noſtris
nomina iſta continuarum, & diſcontinuarum ſeruitu-
14 tum,† & pleræque ſunt ſeruitutes, etiam vrbanorum
prædiorum, quæ quaſi poſſeſſionem continuam non
habent, vt ſeruitus ſtillicidij immittendi, vel auerten-
di, ſeruitus fluminis, id eſt, foramen per quod fluat
aqua de cœlo cadens, vnde aqua non magis aſſiduè
cadere poteſt, quàm illud fieri, vt aſſidue quis vtatur
15 ſeruitute aquæ ductus.† Neque verò ita loquitur Pau-
lus in *d.l.foramen*, vt dicat ſeruitutes omnes prædiorum
aut quaſdam debere cauſam habere continuam, ſed ait
omnes omnino ſeruitutes debere cauſam habere per-
petuam, quod planè aliud eſt: Cauſa enim perpetua di-
citur, quæ eſt naturalis, licet non habeat effectum con-
tinuum, & nunquam interruptum, quia, vt lex ait, quod
ex naturali cauſa fit, licèt non aſſiduò fiat, perpetuò ta-
men fieri intelligitur, nempe, quia perpetuò fieri poſ-
ſet, ſi rerum vtilitas, & natura id exigeret. Proinde
non ſunt hac parte ſeparandæ ſeruitutes ruſticæ ab vr-
banis, vt ex eo intelligamus, quod in eadm *l. foramen*,
Paulus loquitur, etiam de aquæ ductu, quam tamen ne-
mo negauerit eſſe ruſticam ſeruitutem. Et huius pro-
poſitionis ratio illa eſt, quia ſeruitutes nihil aliud ſunt,
quàm iura prædiorum, iura verò prædiorum nihil aliud
quam ipſa prædia qualiter ſe habẽtia, *leg.quid aliud* 86.
de verb.ſignif. Atqui prædia ipſa ſicut naturaliter, ita
perpetuò ſunt prædia, ergo & iura prædiorum perpe-
tua eſſe neceſſe eſt, & cõſequenter cauſam habere na-
turalem, vt poſſint eſſe perpetua. Ex quo infert Paulus
in *d.l.foramen*, non poſſe aquæ ductum conſtitui ex ſta-
gno, quod ſcilicet in plano continetur, neque ex lacu,
qui nõn ſit viuus & perpetuus, qualis ille eſt de quo in
l.via 23.§.1.ruſt.præd. ſed qui meliùs dici poſſet lacuna
viuam aquam non habens, quia talis lacus poſt conſti-
tutam aquæ ductus ſeruitutem, fortaſſe citò areſceret,
atque ita perpetua ſeruitus eſſe non poſſet: ideoque nec
ex ciſterna eadem ſeruitus conſtitui poteſt, quia non
habet perpetuam cauſam, nec viuam aquam, *l.1.§.hoc in-*
terdictum.de ciſterna. D.de font. nec rurſus ex puteo poſ-
ſis ſeruitutem hauſtus imponere, niſi habeat aquam
16 perennem *l.1.§.loquitur 5.de aqua quotid.& æſt.*† Dein-
de facit contra interpretum ſententiam, quod ſeruitus
aquæ ductus eſt ex earum numero, quas illi diſconti-
nuas vocant, cùm fieri nequeat, vt aſſidue & continen-
nenter aqua ducatur, neque rurſum id etiam prædiis,
quibus talis ſeruitus debetur, expediat. Et tamen ſerui-
tutem aquæ ductus acquiri poſſe longo tempore exem-
plo rerum immobilium, adeoque quod magis eſt, ſine
titulo apertè ſcriptum eſt in *d.l.2. C. de ſeruit. & d. l. ſi*
quis diuturno 10.D.ſi ſeruit.vindic. Alia igitur concilia-
tio quærenda eſt, & illud primùm quidem iudicio meo
animaduertendum, nullo iuris loco ſcriptum eſſe, †
17 Vſucapi ſpeciem vllam ſeruitutis, præter eam quæ vſu-
capitur neceſſario in conſequentiam vſucaptæ liberta-
tis, ſi qua ſeruitus antea debebatur. Et vero cùm ius vſu-
captionis inductum ſit lege duodecim tabularum iis
verbis, *Vſus auctoritas fundi biennium eſto. cæterarum vſus*
annuus eſto, nemo vtique dixerit ſeruitutes quæ iura
ſunt, & incorporales, fundi appellatione contineri, quã-
uis fundo adhæreant *d.l.ſeruitutes 24. D.de ſeruit.* mul-
to minùs appellatione rerum mobilium, cùm adhæreant
rebus immobilibus, adeo, vt ab iis ſeparari non poſſint,
non magis quàm vnum & idem prædium cenſeri iure
rei mobilis, quod ad aliqua; & iure rei immobilis, quod
ad alia, *l.eum qui ædes 23.de vſucap.* ſed & in lege 12.ta-
bul. vſus nihil aliud ſignificat quàm poſſeſſionem,
eamque continuam *l.3.& l.ſine poſſeſſione 25.D.de vſu-*
cap. Atqui ſeruitutes poſſideri non poſſunt: ergo neq.
vſucapi, vt initio capitis diximus, & ſcriptum eſt in
dict.l.ſeruitutes, & l.4.de vſucap. quomodo etiam ſcri-
ptum fuiſſe opinor in *leg. ſi aliena 10.§. hoc iure eodem:*
vbi tamen Tribonianus more ſuo repoſuit *longo tem-*
pore capi, pro eo quod Iuriſconſultus ſcripſerat, *vſucapi.*
Etſi loquitur ibi I. C. de ſeruitutibus alieno fundo de-
bitis, nos de iis quas quis prædio ſuo debitas eſſe dicit.
In eo igitur tota quæſtio verſatur, quid illud ſit quod
tot aliis iuris locis ſcriptum eſt, poſſe acquiri tempore
ſeruitutes. Rurſum cur tempus illud exigatur aliquando
tantum, vt hominum memoriam excedat, aliquando
verò cõtenta ſit lex, vt fuerit breuius, quale eſt tempus
quod longum appellatur *tot tit. C. de long temp. præſcr.*
De quibus omnibus quid nos ſentiamus poſt aliorum
ſententias & diſtinct. cõfutatas dicẽdũ nobis eſt c. ſeq.

Capvt X.

De differentiis vſucapionis & præſcriptionis longi temporis, maximè in acquirenda ſeruitute: & ad l. ſiquis diuturno. 10. ff. ſi ſeruit. vindicet.

SVMMARIA.

1 *Quinque præcipua inter vſucapionem & longi temporis præſcriptionem differentiæ notantur.*

2 *Eum qui longi temporis præſcriptione tutus erat, ſi rei acquiſita poſſeſſionem amiſiſſet, rei vindicationem ad rem illam recuperandam habere non potuiſſe.*

3 *Longi temporis præſcriptionem vſucapioni quodammodo ſubſidiariam fuiſſe, tam quoad res prouinciales quam ad ſeruitutes.*

4 *Seruitutes immobilium exemplo, ſed tamen longè aliis conditionibus & legibus longo tempore præſcribi ſeu acquiri poſſe.*

5 *Res immobiles etiam ignorante & abſente domino præſcribi, ſeruitutes nonniſi ſciente vicino longo tempore non poſſe.*

6 *Ad acquirendam longo tempore ſeruitutem hoc quoque requiri, vt quis ea tanquam iure ſuo, & credens ſibi debitam vſus ſit.*

7 *Cur ad ſeruitutis præſcriptionem præcedens titulus non requiratur, ad immobilium verò præſcriptionem neceſſarius ſit.*

8 *Pro ſeruitute per longi temporis poſſeſſionem acquiſitâ non minùs quàm pro ſeruitute iure legitimo conſtituta aduerſus dominum fundi ſeruientis actionem in rem competere.*

9 *Cur in ſeruitutum præſcriptione ſcientia & patientia domini fundi ſeruientis requiratur, in immobilium præſcriptione non requiratur?*

10 *Quid hac parte à Iuſtiniano immutatum fuerit?*

11 *Ratio dubitandi in* §.1. l.ſi quis diuturno, ff.ſi ſeruit. vindic.

EXiſtimo in propoſita quæſtione de ſeruitutibus
tempore acquirendis, & in aliis pleriſque, ſepa-
randam eſſe vſucapionem à longi temporis præſcri-
ptione, & quamuis ſeruitus nulla vſucapi poſſit, quem-
admodum ſuperiore capite probauimus: Omnes ta-
men ſeruitutes tam vrbanas quàm ruſticas longo tem-
pore acquiri poſſe.† Fuerunt enim plures olim differen- 1
tiæ inter vſucapionem, & longi temporis præſcriptio-
nem, inter quas hæ potiſſimùm: prima quòd ius vſu-
capionis Italico ſolo concludebatur, ius verò præſcri-
ptionis longi temporis ad regiones quæ extra Italiam
eſſent populo Romano ſubiectæ, pertinebat, *l. vnic.*
C.de transform.vſucap.§.1.Inſtitut.de vſuſcap. Secunda,
quòd vſucapio rerum mobilium anno vno, immobi-
lium biẽnio complebatur: præſcriptio verò longi tẽpo-
ris quantum ad res quidem mobiles annum ſimiliter
exigebat, ſed quantum ad immobiles, decennium in-
ter præſentes & vicennium inter abſentes *d.§. primo*
de vſucap. Tertia quòd per vſucapionem dominium

acquirebatur, & quidem abſolutum, id eſt, quiritarium, vt conſtat ex definitione ipſa vſucapionis poſita in *l. 3. D. eod.* At per longi temporis poſſeſſionem non acquirebatur dominium, ſed præſcriptio tantum, id eſt, exceptio. Vnde & longi temporis præſcriptio appellabatur. Quid enim aliud eſt Latinis & prudentibus noſtris præſcribere, quàm excipere? *tot tit. de excep. præſcr. & præiud. & diuerſ. tempor. præſc. & C. de præſcr. long. temp.*

2 † Quare nec vindicationem habere poterat is, quid longi temporis præſcriptione tutus erat, ſi fortè rei poſſeſſionem amiſiſſet, ſed cogebatur experiri interdictis recuperandæ poſſeſſionis, vt poſſeſſor factus, ſi poſtea rem ab eo dominus vindicaret, tueri ſe poſſet longi temporis exceptione. Cuius iuris licèt antiquati à Iuſti. in *leg. vnic. C. de vſur. transfor.* veſtigium tamen ſupereſt in *leg. ſi duo 13. §. Iulian. de iureiur.* vbi ſcribitur, eum qui poſt longi temporis poſſeſſionem inquietatus de fundi dominio iurauit aduerſario deferente ſuum eſſe fundum, etiam vtilem actionem habere deberet, etiam citra iuſiurandum, ſi per longi temporis poſſeſſionem ſicut per vſucapionem dominus factus eſſet. At non habet niſi vtilem, quia re vera dominus non eſt, eámque habet non propter longi temporis poſſeſſionem, aut præſcriptionem, ſed propter religionem iuriſiurandi, quod non tantum rei iudicatæ, ſed etiam probationis vim habet, *leg. 1 & 2. leg. eum qui 30. & paſſ eo. tit.* Quarta differentia erat, quod vſucapio non interrumpebatur per ſuperuenientem malam fidem, adeoque nec per litis conteſtationem, *leg. ſi poſt acceptum. 17. & leg. præced. § fin. D. de rei vindic.* At longi temporis præſcriptio non tantùm ab initio bonam fidem exigebat, ſed per totum poſſeſſionis tempus continuatam, *leg. 1. & 2. l. nec bona fide 10. C. de præſcr. long. tempor.* Sed & in longi temporis præſcriptione adhibebantur diſtinctiones quædam inter cauſam lucratiuam & oneroſam, minùſque fauebatur poſſeſſori lucratiuam duntaxat habenti quàm ſi oneroſam haberet, præſertim cùm quæreretur de acceſſione temporis quo poſſeſſoris auctor poſſediſſet, vt innuit Iuſtinianus in *l. ſuper longo 11. eodem tit.* vbi tollit eiuſmodi diſtinctiones, quibus certè nullus in vſucapione locus erat, quippe quæ eſſet tanto fauorabilior, quanto Italia dignior erat prouinciis, & lex duodecim dignior iure moribus tantùm recepto.

3 † Ex quibus apparet non ſolùm differentiam olim fuiſſe inter vſucapionem & longi temporis præſcriptionem, ſed etiam, quod ad inſtitutam à nobis diſputationem magis pertinet, præſcriptionem longi temporis fuiſſe quodammodo ſubſidiariam vſucapioni, vt quæ res vſucapi non poſſent, earum pleræque tamen longi temporis præſcriptione acquiri poſſent. In quo numero ſicut erant res prouinciales, propter loci qualitatem quòd eſſent extra ſolum Italicum, ita & ſeruitutes propter qualitatem rei quòd eſſent incorporales. Quanquam enim longi temporis præſcriptio non minùs quàm vſucapio poſſeſſionem requirebat, cùm tamen nulla lege eſſet introducta, ſed tantùm moribus, minuendarum litium cauſa, & ne manerent omnia in incerto, nihil vetabat acquiri tempore ſeruitutes, quamuis non poſſiderentur, quòd earum ſaltem quaſi poſſeſſio aliqua ſiue ex emptorum prædiorum poſſeſſione, ſiue ex vſu ipſo intelligeretur.

4 † Quare non ſic loquimur, vt dicatur ſeruitutes longo tempore poſſideri potiùs quàm vſucapi potuiſſe, ſed dicimus eas longo tempore acquiri, & vt loquuntur, præſcribi potuiſſe, & quidem exemplo rerum immobilium, vt ſcriptum eſt *in l. 2. C. de ſeru. & aq.* ſed tamen longè aliis conditionibus & legibus. Res namque immobiles ita demũ longo tẽpore acquirebantur, ſi poſſeſſor habuiſſet bonam fidem, quam tamen non aliter habere poterat, quàm ſi titulum aliquem haberet ſuæ poſſeſſionis, puta ſi doceret rem ſibi venditam, vel legatam, vel additam à non domino fuiſſe. Nec enim ſufficiebat, ſi putaret ſe habere titulum, ſi re vera nullum haberet nequidem in vſucapione quamuis eſſet illa multo fauorabilior, vt iã diximus, *l. Celſus 17. de vſuc. l. ſi exſtimans pen. eod. alias l. pen. pro ſolu. l. 2 pro emp. l. 1. pro don. l. nemo. 6. pro derelict. l. 1. & 3 pro legat. l. vlt. & pen. C. pro hered.* At ſeruitutes poterant longo tempore acquiri etiam ſine titulo, in eóque melioris erant conditionis quam res quælibet immobiles, non quaſi ſint modicæ præiudicij, vt poſt Dynum & Bartolum vulgo creditum eſt (quid enim grauius & intolerabilius, quam fundum habere affectum ſeruitute?) † ſed quoniam ex alia parte deterioris conditionis erant in eo quòd res immobiles poterant & vſucapi, & longo tempore acquiri etiam domino ignorante, 5 nedum abſente, ob eámque cauſam adhibebatur diſtinctio, non quidem in vſucapione, quia lex 12. tab. quæ vſucapionem induxerat, locuta fuerat indiſtinctè, ſed in longi temporis præſcriptione, an contra præſentem præſcriptionis tempora cucurriſſent, an contra abſentem, vt contra præſentem ſufficeret decennium, contra abſentem verò vicennium requireretur. At ſeruitutes non poterant longo tempore acquiri niſi quis vſus iis eſſet ſciente vicino contra quem volebat acquiſitas. *d. leg. 2. C. de ſeru. & aqua.* Idque eſſe videtur, quod aliis locis ſcriptum eſt, eum qui dicit longo tempore à ſe quæſitam ſeruitutem probare debere, quòd ea vſus ſit per tot annos non vi, non clam, non precario, *d. l. ſi quis diuturno, 10. ff. ſi ſeru. vind. d. l. . §. vlt. De aqua & aqua pluu. arcen. l. vlt. de itin. actúque priu.* Vix. n. eſt vt quis vti potuerit ſeruitute, nec vi, nec clam nec precario, quin ea fuerit vſus, non ſolùm ſciente vicino, ſed etiam patiente. Siquidem vi facere dicitur quiſquis aliquid facit prohibitus: clam verò, qui celato aduerſario à quo controuerſiam timuit, aut veriſimiliter timere debuit, *l. 1. &. quid ſi vi. in l. 3. §. penult. cum l. ſeq. ff. quod vi aut clam.* Precariò autem qui precibus impetrauit à vicino, vt liceret ſibi ſeruitute vti, vel alia re aliena, *l. 2. §. vlt. l. 3. de prec.* A quo multùm diſtat, qui re aliena vſus eſt, vel in ea quid fecit iure familiaritatis, *l. qui iure 41 de acq. poſſ.*

† Quanquam nec hoc ſufficit ad acquirendam longo tempore 6 ſeruitutẽ, vt ſi ea vſus aliquis ſit nõ vi, nõ clã, nõ precariò: niſi etiam illud concurrat vt ſit vſus tanquam iure ſuo, & credens ſibi debitam ſeruitutem. Alioqui non poteſt videri acquiſiuiſſe ſeruitutem is qui ea vſus eſt, ideò quod vti non prohiberetur, non vſurus tamen ſi prohiberetur, ne quidem ad cauſam interdicti, quamuis ſoleat illud concedi faciliùs quàm actio in rem, & vindicatio ſeruitutis, *d. l. vlt. ff. de itin. actúque priua.* vbi rationem Celſ. reddit, quòd iure fundi poſſediſſe oporteat, vt ſit locus ei interdicto: neque ſufficiat quòd per alienum fundum iuerit, neque vi, neque clam, neque precariò, quinimò etiam ſi quis per alienum fundum iuerit, exiſtimans poſſe ſe id facere inuito quoque domino fundi, idémque facturus, tametſi prohiberetur, ſed tamen iure publico, aut alieno potiùs quàm ſuo priuato, puta dum exiſtimat ſe vti via publica, aut alterius tertij ſeruitute, non videbitur acquiſiuiſſe longo tempore ſeruitutem, quamuis verum ſit eum nec vi, nec clam, nec precariò, nec iure familiaritatis vſum fuiſſe, quia verum etiam eſt eum non fuiſſe vſum tanquam iure ſuo, *leg. vltim. ff. quemadmodum ſeruitutes amittantur.*

† Cùm igitur ad acquirendam longo tempore ſeruitutem illa 7 omnia concurrere neceſſe ſit, vt quis ea vſus fuerit tanquã iure ſuo, & prӕtereà nec vi, nec clam, nec precario, ac quod plus eſt, ſciente & patiente vicino, mirum videre nõ debet, ita ius cõſtitutum eſſe vt ad huiuſmodi acquiſitionem non requiratur præcedens titulus, qui ad acquiſitionem rerum immobiliũ requireretur, *l. diutina, 4. cum ſeq. C. de præſcrip. long. temp.* nempe quoniam rerum immobilium traditionem neceſſariò ponendum eſt à non domino factam fuiſſe. cùm ſi à domino facta eſſet, hoc ipſo dominiũ tranſlatũ inueniretur, nec locus ſupereſſet quæſtioni de vſucapione, aut longi temporis præſcriptione. At ſeruitutis quaſi traditio quæ per patientiã inducitur, facta reperitur ab ipſo fundi domino, qui eam expreſſim

con

conſtituere potuiſſet, hoc ipſo nimirum quòd ſciuit &
paſſus eſt vicinum vti ſeruitute, quandoquidem ſcientia
illa, & patientia in rebus incorporalibus vicem traditio-
nis obtinet, *l.vlt ff.de ſeruit.l.1.in fi.de ſeruit.ruſtic.præd.*
Quia.v.fronte poteſt titulum ſeruitutis exigere is qui tra-
didit ipſe, aut ſaltem quaſi tradidit ſeruitutem? Aut quis
tam ſtultus & ſupinus ſit, vt vicinum vltro patiatur iure
ſeruitutis ire, aut quid aliud facere per fundum, qui nul-
lam debeat ſeruitutem; Ob eam igitur cauſam meritò re-
ceptum eſt, vt longo tempore poſſit acquiri ſeruitus,
etiam de cuius iure ac titulo non doceatur, dummodo in
ea acquirenda concurrant omnia, quæ diximus, quæ ip-
ſa tamen ſanè pro titulo ſunt, adeóque quod magis eſt,
pro titulo quem à vero domino habuerit, præſcribens.
Et ideo *I.C.in d l.ſi quis diuturno*, non ita loquitur, *ſi quis
diuturno vſu, & longa quaſi poſſeſſione aquam duxerit*, ſed,
quod longè diuerſum eſt, *Si quis diuturno vſu, & longa
quaſi poſſeſſione ius aqua ducenda nactus ſit.* Nam vt quis
tale ius nanciſcatur, non ſufficit quòd aquam duxerit
per longum tempus, ſed illud etiam exigitur vt duxerit
iure ſuo, non vi, non clam, non precariò, adeóque ſcien-
8 te & patiente vicino, *d.l.2.C.de ſeruit.& aqua.* † Sed &
hoc plus eſt in ſeruitute per longi temporis poſſeſſionem
acquiſita, quòd eius nomine competit actio in rem non
minùs quàm pro ſeruitute quæ iure legitimo eſſet conſti-
tuta, nec minùs aduerſus dominum fundi ſeruitutis,
quàm aduerſus tertium quemlibet prohibentem vſum
ſeruitutis, *d.l.ſi quis diuturno, in princ.&* §.1.cùm tamen
acquiſitio quæ fiebat olim per longi temporis præſcri-
ptionem, non pareret actionem in rem, ſaltem contra
verum dominum, ſed tantùm exceptionem, vt iam pro-
bauimus tam ex nomine ipſo præſcriptionis, quam ex
9 *d.l.ſi duo 13.§.1.de iureiur.* † Quare nec eſt quod quis
miretur in præſcriptione ſeruitutum requiri ſcientiam
& patientiam vicini, ſeu domini fundi ſeruientis, quæ
in cæteris immobilium præſcriptione non requiritur. Si-
cut.n. mitiùs agitur cum præſcribente ſeruitutem in eo
quod de titulo ſuo docere non cogitur, ita oportuit cum
eo duriùs agi in eo, quod niſi ſciente & patiente domi-
no ſibi ſeruitutem acquirere non poſſet. Quoniam alio-
quin fieri non poſſet, vt non videretur in mala fide
fuiſſe, qui per eum fundum quem ſciuiſſet alienum, &
naturaliter liberum, ſibi aliquod ius comparare voluiſ-
ſet, nullo præſertim titulo præcedente. Sed etſi poneres
venditum tibi fundum Corn. tanquam dominantem, &
cui ſeruitus itineris à fundo Sempron. deberetur, quæ
reuera nulla debebatur, non faciet ille titulus vt eo ma-
gis videaris tibi quæſiuiſſe ſeruitutem, etiamſi per fun-
dum Sempron. iueris longo tempore, ſi non iueris do-
mino eius fundi ſciente, ac patiente: quia ſtatim atque
tollis ſcientiam & patientiam domini, nihil eſt durius,
aut odioſius ſeruitutis acquiſitione, nec propter quod
tam citò ad rixas & arma, nedum ad lites decurratur:
dum ſtudet quiſque naturalem rei ſuæ libertatem tueri
10 quantum poteſt. † Iuſtin. tamen *in l.vlt.in fin.C.de præ-
ſcript.long. temp.* nouum ius hac in re fecit, & conſtituit,
vt non magis in ſeruitutibus quàm in aliis rebus quæ &
corporales & immobiles ſunt, longo tempore acquiren-
dis diſtingui oporteat, an aduerſarij ſcientia, vel igno-
rantia interuenerit, dummodò bonum fuerit initium
præſcriptionis, hoc eſt dummodò aliquis titulus adfue-
rit. Alioqui quomodo bonum poſſet eſſe initium poſ-
ſeſſionis, ſi neque titulus, neque domini ſcientia inter-
11 ueniſſet? † Vnde & dubitandi cauſa naſcebatur *in dict.
l.ſi quis diuturno.*§.1. vt nõ videretur danda in rem actio
pro ſeruitute contra tertium, quaſi quæ longo tempore
quæſita non fuiſſet, niſi propter ſcientiam, & patien-
tiam domini, quæ porrò non alij nocere debere videba-
tur, quam illi ipſi qui ſciuiſſet, ac paſſus fuiſſet. Verùm
vt in rebus mobilibus aut immobilibus facta traditio à
domino parit acquirenti vindicationem, non tantùm
contra veterem dominum, ſed etiam contra quemlibet
poſſeſſorem: ita & in ſeruitutibus dicendum eſt, eam
quæ fuit quæſita per longum tempus ex cauſa quaſi tra-
ditionis factæ à vero domino, poſſe vindicari non minùs
contra quemlibet impedientem vſum ſeruitutis, quàm
contra dominum ipſum.

Capvt XI.

Ad l.3.§. ductus aquæ ff.de aqua quo- tid. & æſtiu.

SVMMARIA.

1 *Legum pugna in quæſtione, an ad ſeruitutum præſcri-
ptionem longum tempus, an verò immemoriale requi-
ratur.*

2 *De duplici aquæductus ſpecie quam commenti ſunt
Interpretes vt.* leg. 2. Cod. de ſeruit. & aq. *&*
leg. ſi quis diuturno. ff. ſi ſeruit. vind. *cum* §. du-
ctus aquæ l. 3. ff. de aqu. quotid. & æſt. *concilia-
rent.*

3 *Accurſij diſtinctio ad harum legum conciliatio-
nem.*

4 *Omnem aquæductus ſeruitutem diſcontinuam eſſe.*

5 *Seruitutes, licèt longo tempore acquiri poſſint non
tamen pro iure conſtitutis haberi, niſi eo ca-
ſu quo earum vſus hominum memoriam exceſ-
ſerit.*

6 *Explicatur diſtinctio propoſita in* §. vltim. l.1. ff. de
aqua & aquæ pluuiæ arcendæ. *inter ſeruitutem
quæ ex conſuetudine, & eam quæ ex iure impo-
nitur.*

7 *Loci indicantur qui de ea aquæductus ſpecie cu-
ius origo memoriam hominis exceſſerit accipi de-
bent.*

8 *Seruitute & præcipuè vrbanâ vſum videri eum qui
in alieno fundo aliquid iure ſeruitutis habet & re-
tinet, licèt ſeruitutis illius commodum nullum per-
cipiat.*

9 *In ſeruitute aquæductus illam quæſtionem rarò incur-
rere, an is qui ſe per longum tempus ſeruitute vſum
dicit, iure ſuo vſus fuerit nec ne.*

10 *In cæteris ſeruitutibus præſumi vnumquemque ſuo iure
facere voluiſſe quod fecit, dummodo ſciente ac pa-
tiente domino fecerit.*

PRæcipua † quæ in hoc tractatu eſt difficultas verſatur 1
circa id quod ſcribit Pomp. *in l.3.§.ductus aquæ. De
aqua quotid. & æſt.* ductum aquæ, cuius origo memo-
riam hominum exceſſerit iure conſtituti loco haberi. Vi-
detur enim id pugnare ex diametro cum eo quod ſcri-
ptum eſt *in d.l.2.C.de ſeruit. & aqua.* ſeruitutem aquæ-
ductus acquiri longo tempore exemplo rerum immobi-
lium: quod tempus immemoriale eſſe non poteſt, ſiue
quodnam tempus longum ſit, ſiue exemplum rerum im-
mobilium intueamur. Nec rurſus poteſt harum legum
conciliatio peti ex ea, quam ab interpretibus noſtris ad-
hiberi diximus, diſtinctione, An ſeruitus continua ſit,
cùm vterque locus ſit de ſeruitute aquæductus, de qua
etiam agitur *in l.ſi quis diuturno* 10 *ff.de ſeruit. vind.* vbi
tamen pro acquirenda huiuſmodi ſeruitute, diuturnum
duntaxat, id eſt longum tempus requiritur. vt *in d.leg.2.
non immemoriale, vt in d.§.ductus aquæ.* † Et ideo inter- 2
pretes noſtri cùm nihil melius excogitare poſſent quod
dicerent, duplicem aquæductus ſpeciem conſtituerunt,
vnam quæ ſit ſeruitus continua, vel ſaltem quaſi conti-
nua, id eſt, ſi non actu, tamen aptitudine: nimirum, in-
quit Bartolus poſt Accurſium, ſi aqua de cœlo cadat, quo
caſu nullum hominis factum intercedit, habétque ſerui-
tus cauſam naturalem, & conſequenter perpetuam, vt
docuimus

docuimus in ſuperioribus: Alteram verò, quæ ſit ſerui-
tus diſcontinua, ſi aqua ex fonte aliquo ducenda ſit, aut
ex lacu viuo: In quo caſu, quia factum hominis omni-
no neceſſarium eſt, fieri nequit vt ſeruitus continuum
habeat vſum, nec continuam quoque cauſam. In priore
ſpecie aquæductus volunt decennium ſufficere, ac de
iſta ſpecie accipiendum eſſe quod ſcriptum eſt *in dict.*
l. ſi quis diuturno: In poſteriore autem requiri tempus
immemoriale, & ad eam ſpeciem pertinere quod ait
3 Pomponius *in dict. §. ductus aquæ.* † Scio Accurſium ad-
dere, intelligi Pomponium poſſe ac debere de aquædu-
ctu publico, vel fiscali: alias verò leges de aqueductu
priuato. Sed hanc diſtinctionem vti planè commentitiam
& ineptam alij omnes interpretes reiecerunt, ſuperio-
rem verò, duce Bartolo approbarunt. Quam tamen non
minùs commentitiam eſſe, apparet ex eo, quod ij omnes
loci quos adducimus de aquæductu, ſimpliciter ac indi-
ſtinctè loquuntur, nec verbum in iis vllum eſt ex quo
poſſit conijci an hîc aut illic agatur de aqua quæ de cœlo
cadat, an de ea quæ facto manuq. hominis ex fonte du-
cenda ſit: niſi quòd ſi verum amamus, lex ſecunda *C. de*
ſeruit. & aqua, ad eum potiùs aquæductum pertinet, cu-
ius quaſi poſſeſſio factum hominis requirat. Id .n. præ ſe
ferunt verba illa, *ſi aquam duxiſti*, quæ & ad perſonam
relata ſunt, & perſonæ factum deſignant: E contrario
autem *in d. §. ductus aquæ*, nihil eſt quo factum aliud ho-
minis ſignificetur, ſed potiùs opus ipſum aquæductus, cu-
ius origo memoriam hominum excesſerit. Ergo ſecun-
dùm Bartoli diſtinctionem debuerat Imp. *in d. l. 2.* requi-
rere tempus immemoriale, vbi tamen non niſi longum
tempus exigit. Pomp. autem *in d. §. ductus aquæ*, conten-
tus eſſe longo tempore, vbi tamen immemoriale requirit.
4 † Et verò nomen ipſum *aquæductus* nihil aliud ſonat
quàm ductionem ipſam aquæ, quæ ductio quomodo poſ-
ſit vel intellectu ipſo concipi ſine facto hominis qui
aquam ducat? Riuus .n. ipſe per quem aqua ducitur, &
qui ſemel factus nullum aliud homini factum exigit ad
ducendam aquam, quæ de cœlo cadit, non ductus, ſed
iter aquæ eſt, aut potius iter ductus, vt loquitur Labeo
in l. vlt. ff. ſi ſeru. vind. Neque rurſum expedit prædio do-
minanti vt ſuperducatur aqua quæ de cœlo cadit, nec
ſi aſſiduè plueret, ſed ſtatis temporibus, vt proinde factū
hominis ſemper neceſſarium ſit, vt aqua etiā quæ de cœ-
lo cadit, ducatur, vel non ducatur. Alioqui aut ſemper
aqua duceretur etiam cùm non expediret, aut nunquam,
i. ne tum quidem cùm expediret, ob eamque cauſam ſo-
lent aquæductuum riui ita cōſtitui, vt non niſi ad volun-
luntatem domini aquam poſſint excipere, ne alioqui
damnoſa fiat ſeruitus quæ propter prædij vtilitatem fue-
rat conſtituta. Quare nec dubitandum eſt quin aquædu-
ctus omnis ſeruitus diſcontinua ſit, ſi qua vſpiam eſt quæ
hoc nomen mereatur. Exiget ergo ſemper eius acqui ſi-
tio tempus immemoriale, ſi vera interpretum noſtrorum
traditio eſt, cùm tamen leges omnes quotquot de aquæ-
ductu loquantur, longo tempore contentæ ſint, ſi exci-
5 pias quod Pomponius ſcribit *in d. §. ductus aquæ.* † Nos
verò reſpondemus *in d. §. ductus aquæ* non negari ſerui-
tutem aquæ ductus acquiri decennio, quod apertè ſcri-
ptum eſt *in d. l. 1. & d. l. ſi quis diuturno.* ſed illud tantùm
dici, Ductum aquæ cuius origo memoriam excesſerit,
iure conſtituti loco haberi: quorum verborum longè
alius planèque diuerſus eſt. Etſi .n. dicimus, Poſſe acqui-
ri longo tempore ſeruitutes, etiam de quorum iure non
doceatur, non ideo tamen admittimus perinde habendas
eas eſſe, acſi eſſent iure conſtitutæ, niſi eo caſu quo ea-
rum vſus hominum memoriam excesſerit. Nempe quia
cùm ſeruitus iure conſtituta eſt, aut, quod effectu ipſo
idem eſt cùm perinde habetur acſi ſeruitus eſſet iure con-
ſtituta, nihil exigimus eorum omnium quorum probatio-
nem requiri ſupra diximus ad acquirendas tempore
ſeruitutes, nec inquirimus an quaſi ſeruitute vſus fuerit
& ſuo iure, nec rurſus an vi, aut clam aut precariò: quæ
tamē omnia niſi probentur concurrere in acquirenda per 6
lōgum tempus ſeruitute, præſcriptio non procedit. † Pro-
batur autem hæc diſtinctio non obſcurè ex *d. l. 1. §. vltim.*
De aqua & aqua pluu. arcend. vbi dicitur eum qui diu
ſit vſus ſeruitute, neque vi, neque clam, neque precariò,
videri habuiſſe ſeruitutem impoſitam vel ex conſuetudi-
ne, vel ex iure, ita ſeparans ſeruitutem impoſitam ex iu-
re ab ea quæ ſit impoſita ex conſuetudine, vt intelliga-
mus ſeruitutem impoſitam ex conſuetudine non idcirco
ſtatim videri impoſitam ex iure; nimirum quoties con-
ſuetudo eſt temporis non immemorialis. Cùm enim tem-
pus immemoriale eſt, non tam ex conſuetudine, quàm
ex iure impoſita credi debet *d. §. ductus aquæ*, nec locus
relinquitur quæſtioni, An ea interuenerint quæ neceſſa-
ria ſunt ad conſuetudinem inducendam, de quibus alius 7
erit, dicendi locus. † Et de hac vtique aquæductus ſpe-
cie, cuius origo memoriam hominis excesſerit, accipi de-
bet quod ſcriptum eſt *in d. §. vlt. De aqua & aqua pluu.*
arcend. ſolere illos, qui ius dicendo præſunt tueri ductus
aquæ, quibus auctoritatem vetuſtas daret, tametſi ius
non probaretur. Quis enim credat vetuſtatis appellatio-
ne nihil niſi longum tempus ſolúmque decennium ſigni-
ficari? Sic & apud Vlpianum & Paulum *in d. l. 1. §. vlt &*
l. 2. eod. vbi ſcribunt vetuſtatem ſemper pro lege haberi,
minuendarum ſcilicet litium cauſa, vt Paulus ait *in d. l. 2.*
quamuis ea ratio non minùs proſit ad longi temporis,
quàm ad immemorialis præſcriptionem inducendam: nec
alia melior ratio quærenda eſt, propter quam inuicta non
minùs iuriſprudentia, quàm natura receptum ſit, vt lon-
go tempore acquiri ſeruitutes poſſint. Fieri autem faci-
le poteſt, vt in ſeruitute aquæductus extet opus, cuius
extructio fuerit neceſſaria, ad inducendam aquam, nec
memoria temporis extet, quo illud opus extructum eſt;
neque tamen qui hodie vult vindicare ſeruitutem aquæ-
ductus, ea fortaſſis vnquam vſus ſit: quo caſu nemo di-
xerit permittendum ei eſſe vt vindicet ſeruitutem aquæ-
ductus, quaſi longo tempore quæſitam. Neque tamen
eo minùs dicerem eum Scæuola tuendum illum in ea ſer-
uitute, cui auctoritatem vetuſtas daret, ſi modò non eſſet
amiſſa ſeruitus non vtendo: quod vix eſt vt eueniat in 8
aquæductu, cuius iter & opus perpetuò manſerit. † Ge-
neraliter enim verum eſt videri ſeruitute vti eum, quiſ-
quis in alieno fundo aliquid habet & retinet iure ſerui-
tutis, quamuis alioqui ſeruitutis commodum nullum
percipiat, vt in vrbanis ſeruitutibus cernere eſt, puta in
ſeruitute tigni immittendi, ſi foramen maneat in pariete
ſeruiente, quamuis tignum nullum manſerit immiſſum.
In ſeruitutibus verò ruſticis difficilius quidem illud eſt,
quia vt plurimùm non exigunt, vt opus vllum fiat in fun-
do ſeruiente, ſed tamen exemplum aptiſſimum occurrit
in hac ipſa ſeruitute aquæductus, de qua tractamus: quia
non poteſt eſſe quin per fiſtulas, aut per lapidem ſtratum
aqua ducatur, *leg. ſi prius 17. §. vltim. D. de aqua pluu. ar-* 9
cen. leg. vltim. Digeſt de aqua quot. & æſt. † Ex quo etiam
fit vt in ſeruitute aquæductus non poſſit facilè occurrere
illa facti quæſtio quæ in aliis ſeruitutibus occurrit, An is
qui ſe per longum tempus dicit ſeruitute vſum, fuerit
vſus iure ſuo, necne. Nec enim quiſquam in alieno fun-
do riuos aut fiſtulas ponere auſit, niſi iure ſeruitutis, cùm
nemo permiſſurus ſit tale quid fieri in fundo ſuo iure fa-
miliaritatis: niſi ſaltem interpoſita ſolemni teſtatione, per
quam id probari quandoque poſſit quod alioqui nemo
crederet. Quamquam in cæteris quoque ſeruitutibus ve-
rius eſt, præſumi vnumquemque ſuo iure facere vo-
luiſſe quod fecit, dummodo ſciente ac patiente domino,
niſi ex aduerſo probetur eum vel feciſſe vi, aut clam, aut
præcariò, vel iure familiaritatis, vel iure publico, vel
denique iure alienæ ſeruitutis, *dict. leg. ſi quis diuturno,*
dicta l. vltim. D. quemadm. ſeruit. amit. leg. vltim. de itin.
actuque priuat. Abſurdum ſiquidem eſſet ab eo proba-
tionem exigi qui ſe fundat in negatione: cùm negatio
per rerum naturam, ſicut nihil eſt, ita probari nullo
modo

modo poſſit, *l. actor* 23. *C. de probat. l. adſeueratio* 10. *C. de non num. pecun.* Qui autem probat ſe vſum ſeruitute, in eo quod addit, *non vi, non clam, non precariò*, nihil planè adfirmat, ſed tantùm negat.

Capvt XII.

Ad l. ſi quis emptionis. 8. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. obſeruatus Triboniani error.

SVMMARIA.

1 *Ei qui longi temporis poſſeſſione rem acquiſiuerat dominium non potuiſſe olim acquiri, nec amiſſa poſſeſſione actionem in rem, ſed tantùm exceptionem competiiſſe.*
2 *Superioribus obſtare videri* d. l. ſi quis emptionis. in fine principij.
3 *Ius illud vetus vel planè diuerſum vel omnino certum fuiſſe.*
4 *Locum illum de ea actione accipiendum quæ non contra dominium aut creditorem eius hypothecarium, ſed contra tertium exerceatur.*
5 *Dictam* l. ſi quis *ante transformatam à Iuſtiniano vſucapionem latam fuiſſe.*
6 *Iuris illius veteris initio propoſiti veſtigia quædam in Pandectis extare.*
7 *Magnam eſſe quod ad præſcriptionem longi temporis differentiam inter ſeruitutes & res immobiles.*
8 *Cur olim rei longo tempore poſſeſſæ dominium acquiri non potuerit, nec amiſſæ vindicatio competierit?*
9 *Seruitutem longo tempore quæſitam vtili actione tam contra dominium fundi ſeruientis, quàm contra tertium quemlibet vindicari poſſe.*

1 EI † quod diximus in præcedentibus, ex longi temporis poſſeſſione non potuiſſe acquiri olim dominium, nec proinde actionem in rem, ſed tantùm exceptionem ſiue de re mobili, ſiue de immobili longo tempore poſſeſſa quæreretur, valde contrarium eſſe illud videtur, quod Iuſtinianus ait *in leg. ſi quis emptionis 8. Cod.*
2 *de præſcriptione triginta vel quadraginta ann.* † vbi non ſolùm conſtituit, vt ſi quis emptionis, vel donationis, vel alterius cuiuſque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem, vel viginti annos poſſederit, & longi temporis præſcriptionem contra dominos vel creditores hypothecarios ſibi acquiſiuerit, poſtea fortuito aliquo caſu eius rei poſſeſſionem amiſerit, actionem habeat ad eam vindicandam: ſed etiam addit, idem olim veteres leges, ſi quis eas rectè inſpexerit, ſanxiſſe. Verùm circa hanc conſtitutionem multa iudicio meo ſunt obſeruanda, quæ facient ne quid à nobis falsò hac in re aut impudenter à
3 nobis dictum videatur. † Primùm apparere ex ea ipſa cõſtitutione ius vetus, vel planè diuerſum, vel ſaltem non omnino certum fuiſſe: alioqui ſuperuacua eſſet conſtitutio Iuſtiniani in eo iure confirmando, quod antea indubitatè obtinuiſſet. Quod & innuunt verba illa *ſi quis eas*
4 *rectè inſpexerit*, † deinde dici etiam poſſe, quod & veriſſimum arbitror, eam actionem in rem quam dat Iuſtinianus, & quam veteribus legibus non incognitam fuiſſe teſtatur, de ea eſſe accipiendam, quæ non contra dominum, aut creditorem eius hypothecarium, ſed contra tertium exerceatur. Id enim ipſa cõſtitutionis verba præciſè ferunt, quæ non niſi de exceptione contra dominos vel creditores danda loquuntur, itémque manifeſta ratio iuris, quia inauditum eſt vt actio in rem quæ non niſi domino detur, contra dominum dari debeat: multóque facilius eſt vt contra quemlibet alium poſſeſſorem accõmodetur, vt cernere eſt in Publiciana quæ datur non domino contra poſſeſſorem quemlibet, etiam qui ſit in bona fide, ſed non contra dom. *l. 1. pen. & vlt. ff. de Publ. in rem act.* Quod videtur etiam poſſe colligi ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione *in l. vnic. Cod. de transfor. vſuc.* vbi transformans Iuſtinianus vſucapionem in longi temporis præſcriptionem, & ſimiliter præſcriptionem in vſucapionem, vt ex eo iure quod in vtraque obtinebat nouum modum conſtituat acquirendi tempore res alienas, præcipit inter cætera, vt qui longo tempore rem alienam bona fide ab initio interueniente poſſederit, iure eam poſſideat quaſi per vſucapionem acquiſitam. Quibus verbis omnino conſequens eſt vt non tantùm exceptionem habere debeat, quemadmodum anteà, ſed & vindicationem, adeóque contra eum qui priùs fuiſſet dominus, quoniam impleta vſucapione idem contingeret. Hoc ipſum verò conſtitui nil neceſſe fuiſſet, ſi prioris conſtitutionis Iuſtiniani quæ extat *in dict. l. ſi quis emptionis*, eadem ſententia fuiſſet: vt ei qui longo tempore rem alienam bona fide poſſediſſet, vindicatio etiam dari deberet contra veterem dominum, aut eius hypothecarium creditorem. † Latam enim fuiſſe legem *ſi quis emptionis*, 5
ante transformatam à Iuſtiniano vſucapionem, colligi poteſt ex eo quod *in d. l. ſi quis*, vocat ille longi temporis præſcriptionem exceptionem, cùm tamen hodie poſt eam vſucapionis transformationem non tam exceptio ſit, quam acquiſitio dominij, ſicut erat olim vſucapio *l. 3. D. de vſuc.* † Quòd ſi putauit Tribon. illud quoque legibus 6
antiquis cautum fuiſſe, vt qui haberet longi temporis præſcriptionem, idem etiam vindicationem haberet, nec minùs contra veterem dominum quàm aduerſus alium poſſeſſorem quemlibet, proculdubio errauit, aut certè iniuriam nobis fecit, qui non modò nulla eius iuris veſtigia nobis in Pandectis reliquit, ſed etiam contrariæ ſententiæ non obſcurum argumentum, vt ſupra probauimus *in l. ſi duo 15. §. 1. D. de iure.* Poſſétque eo caſu Trib fefelliſſe quod ſcriptum eſt *in d. l. ſi quis diuturno 10. D. ſi ſeruit. vind.* de ſeruitute qua quis per longum tempus vſus ſit non vi, non clam, non precariò, vtilem competere actionem in rem. † Vidit. n. non eſſe hanc vſucapio- 7
nem, cùm ſeruitutes vſucapi non poſſunt, ſed tantùm per longi temporis præſcriptionem acquiri, nec cogitauit quod cogitare debuit, magnam eſſe hac parte differentiam inter res immobiles & ſeruitutes, quam nos explicauimus in ſuperioribus, nempe in eo quòd ſeruitutes longo tempore acquiruntur, hoc ipſo videntur traditæ à domino, id eſt, ab eo quis ius habuiſſet conſtituendæ expreſſim ſeruitutis, ſi eam conſtituere voluiſſet, cuius nimirum & ſcientiam & patientiam interuenire neceſſe eſt ad acquirendam longo tempore ſeruitutem. Res verò immobiles, quantocunque tempore poſſeſſæ, non idcirco videri poſſunt à domino traditæ, cùm & verum ſit à non domino traditas fuiſſe, & ad earum præſcriptionem neceſſaria non ſit ſcientia & patientia domini quæ pro traditione eſſe poſſit. † Itaque cùm actio in rem non com- 8
petat niſi domino, dominium autem, quod ad hanc rem pertinet, non poſſit acquiri niſi per vſucapionem, vel per traditionem quæ à vero domino facta ſit, fatendum eſt longi temporis præſcriptionem, quæ nec vſucapio eſt, nec comitem habere poteſt traditionem à domino factam, dominium quoque acquirere non poſſe, nec conſequenter parere rei vindicationem, ſiue directam, ſiue vtilem, ſaltem contra veterem dominum, niſi quatenus id contra iuris rationem Iuſtiniani conſtitutiones introduxerunt: in quibus tamen illud etiam reprehenſione dignum eſt, quod antiquato hac parte iure vetere antiquum tamen præſcriptionis nomen retinuerunt: quo nomine certum eſt ſolam exceptionem, non 9
etiam actionem vllam ſignificari. † At longo tempore acquiſitam ſeruitutem à contrario neceſſe eſt poſſe vindicari, ſaltem vtili actione, tam contra dominum fundi ſeruientis, quàm contra tertiũ quemlibet, cum quaſi dominus ſeruitutis videri debeat cui fuit quaſi tradita per eum qui verum ſeruitutis dominium transferre potuiſſet. Traditio enim illa eſt quæ dominium trãsferre ſolet, non

conuentio quæ præcedit traditioné, *vulg. l.traditionibus* 20.*C.de pact.* Ac quanquam non aliter ſolet traditio dominium transferre, quam ſi iuſta cauſa præceſſerit, hoc tamen ad propoſitum non pertinet, quia ſi traditio, aut quaſi traditio ſeruitutis fieret ex iuſto titulo præcedente, acquireretur verum dominium ſeruitutis, atque ita daretur vindicatio directa ei cui ſeruitus conſtituta eſſet, tametſi nunquam ea vſus fuiſſet. Nos verò loquimur de vtili tantùm in rem actione danda ex cauſa quaſi traditionis factæ à vero domino concurrente tamen vſu ſeruitutis per longum tempus.

Capvt XIII.

De ſeruitutibus quæ in ſuperficie conſiſtere dicuntur. Item de iis quæ ſuperficiario conſtituuntur ab herede pendente conditione legati.

SVMMARIA.

1 *Seruitutes alias in ſolo alias in ſuperficie conſiſtere.*

2 *Seruitutes quæ in ſuperficie conſiſtunt videri quodammodo cum ipſis ædibus poßideri, ac proinde vrbanarum ſeruitutum quæ in ſuperficie plerumque conſiſtunt libertatem vſucapi poſſe.*

3 *Ruſticarum ſeruitutum libertatem vſucapi non poſſe, ſed eas tantùm non vtendo amitti.*

4 *Seruitutes vrbanas ferè omnes in ſuperficie, ruſticas verò in ſolo conſiſtere.*

5 *Definitio ſeruitutum quæ in ſolo & earum quæ in ſuperficie conſiſtunt a nonnullis Interpretibus allata refellitur.*

6 *Seruitutes quæ à ſuperficiario vel poſſeſſore fundi vectigalis aut emphyteutâ conſtituuntur, non ipſo iure ſed tuitione prætoria valere.*

7 *Eaſdem ab iiſdem conſtitutas tempore finiri poſſe, licèt eo animo conſtitutæ fuerint vt perpetuæ eſſent.*

8 *Pignus fundi vectigalis a poſſeſſore conſtitutum tamdiu durare quamdiu ius poſſeſſoris durat.*

9 *Seruitutes fundo quem teſtator ſub conditione ab herede legauerat, ab herede impoſitas legati conditione exiſtente finiri.*

10 *Eaſdem ſeruitutes pendente conditione valere, nec tam ſub conditione conſtitutas, quàm ſub conditione extinguibiles videri, ſi legati conditio extiterit.*

11 *In quo hæ diſſimiles ſint à ſeruitutibus ſuperiùs hoc capite enarratis.*

12 *Cur pendente conditione ſerui legati heres eum manumittere non poßit, fundo verò ſub conditione legato ea pendente ſeruitutem imponere poßit?*

1 Inter † cæteras ſeruitutum prædialium diuiſiones vna
illa eſt, vt aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie conſiſtant, *lege
tertia, ff de ſeruitut.* Nam vt prædia vel, ex ſolo tantum
conſtant, vel ex ſolo & ſuperficie, ita & ſeruitutes prædiorum,
quæ nihil aliud ſunt, quàm ipſa prædia qualiter
ſe habentia, neceſſe eſt vt aliæ conſiſtant in ſolo, aliæ in
ſuperficie. In ſolo quidem eæ quæ ſolo contentæ ſunt,
nec ſuperficiem vllam requirunt, euiuſmodi ſunt ſeruitutes
itineris, actus, viæ, aquæductus & ruſticæ ferè omnes.
In ſuperficie verò, quæ conſtitui non poſſent, ſi
ſuperficies nulla eſſet, quales ſunt ſeruitutes tigni immittendi,
mænianum in alterius ædes immiſſum habendi,
ſtillicidium proiiciendi, & aliæ huiuſmodi penè omnes
ſeruitutes vrbanorum prædiorum. *leg. ſeruitutes quæ*
2 *in ſuperficie* 20.*vrbanor.prædior.* † vbi Paulus ait, has ſeruitutes
quæ in ſuperficie conſiſtunt, poſſeſſione retineri,
hoc eſt, videri quodammodo cum ipſis ædibus poſſideri,
vt quamuis ſeruitutes ſui natura poſſideri nequeant,
iſtarum tamen poſſeſſionem habere videantur, qui ſuperficiem
poſſident, vt Iulian. ſcribit in *leg ſi heres* 22.§.1.
eodem titul. ex hoc infert, vrbanarum ſeruitutum libertatem
poſſe vſucapi quod & ſcriptum eſt in *lege quarta,
§. vlt. de vſucap.* quia cum vſucapio non ſit ſine poſſeſſione,
neceſſe fuit aliquid eſſe in ſeruitutibus propter
quod tanquam ratione adiuncti poſſideri viderentur. † 3
Vnde etiam fit, vt in ſeruitutibus ruſticis aliud iuris ſit,
nec earum libertas vlla eſſe poſſit quæ vſucapiatur, ſed
tantum amittantur illæ non vtendo, *leg. hac autem 6. vrban.præd.*
quia nimirum non conſiſtunt in ſuperficie, ſed
in ſolo, & in facto hominis iis vtentis, ob idque non poſſunt
vlla quaſi poſſeſſione retineri, *dict.leg.ſeruitutes* 20.
eod. † Ex quo intelligitur, parum referre an dicamus alias 4
in ſolo, alias in ſuperficie conſiſtere, an verò alias eſſe vrbanas,
alias ruſticas: niſi quòd fieri poteſt vt etiam vrbana
ſeruitus in ſolo conſiſtat, puta ſi cùm haberemus areas
contiguas, mutuam ſeruitutem conſtitueremus altiùs non
tollendi, & nunquam in areis illis ædificandi, alioqui poſſet
quilibet noſtrûm in area ſua pro arbitrio ædificare.
Excepto caſu *l.vlt. cùm autem C de ſeruit. & aqua.* vbi Iuſtin.
conſtituit vt in præiudicium areæ in qua fructus triturantur,
non poſſit vicinus altiùs ædificare, hactenus ſcilicet
vt ventum excludat, qui neceſſarius eſt ad triturationem.
† Sunt tamen qui putent aliam eſſe Pauli ſen- 5
tentiam in *dict.leg.3.D.de ſeruit.* vt nimirum eæ ſeruitutes
dicantur in ſolo conſiſtere quæ à domino ſoli imponuntur.
In ſuperficie verò, quæ à ſuperficiario quem illi
dominum vtilem ſuperficiei appellant, de quo in *l.in ſpeciali.*
73.*§.ſuperficiario. & legib ſeqq ff.de rei vindi. & in l.
1.ff.de ſuperfic.* Sed interpretatio hæc probabilis non videtur.
Nam præter id quod longè aliud eſt dicere, ſeruitutem
conſiſtere in ſolo aut in ſuperficie, quomodo Paulus
loquitur, aliud verò conſtitui à domino ſoli vel ſuperficiei,
† certum etiam eſt non valere ipſo iure ſeruitutes, 6
quæ à ſuperficiario conſtituuntur, ſed tantùm tuitione
prætoria, ita vt earum nomine neq; directæ actiones competant,
neq; directa interdicta, ſed tantùm vtiles actiones,
& vtilia interdicta, *d.l.2.§.vlt. de ſuperfic.* non quaſi ſint
conſtitutæ ad tempus, ſiquidem ſuperficiariæ ædes illæ
dicuntur, quæ conſtitutæ ſunt in fundo qui ſit in perpetuum
conductus, *l.ad eſt.* 74. *de rei vindic.* Sed quia non
poteſt imponi ſeruitus niſi ab eo, qui ſit dominus eius rei,
cui ſeruitus imponitur, cùm ſeruitus ſit ius prædij, quod
tamé is qui dominus non eſt, nullo modo afficere poteſt,
adeò vt nec ſufficiat eſſe dominum pro parte, niſi ſit ſolidum,
l.2.ff.de ſeruit.l per fundum 11. *& l.vnus* 24.*ruſtic.
præd leg.vlt.ff.commun. præd.* Atqui ſuperficiarius non eſt
dominus, ne quidem ſuperficiei, nedum ſoli: quia & naturali
& ciuili ratione dominium ſuperficiei ad eum neceſſariò
pertinet, ad quem & dominiũ ſoli, *d.l. 2. de ſuperfic.
l qui res* 98.*§. aream.de ſolut.* Non poteſt igitur conſtitui
ſeruitus à ſuperficiario, nec ſimiliter à poſſeſſore fundi
vectigalis, aut ab emphyteuta. Horum. n. omnium eadem
ratio eſt, vt dicemus in ſequentibus, cùm de dominij directi
& vtilis diſtinctione diſputauimus. † Ceterùm quod 7
dicimus ſeruitutes à ſuperficiario conſtitutas iure prætorio
defendi, nec ad tempus videri conſtitutas non ſic accipiendum
eſt, quaſi omnimodo debeant eſſe perpetuæ, perinde
acſi à domino ſoli conſtitutæ eſſent. Fieri. n. poteſt
vt ſint ad tempus, & tempore finiantur, quamuis
ita fuerint conſtitutæ, & eo animo vt eſſent perpetuæ,
puta ſi ſuperficiarius, vel vectigalis poſſeſſor, vel emphyteuta
ceſſauerit in ſolutione vectigalis & canonis annui
domino præſtandi. Tunc. n. ſicut eius qui ſeruitutem conſtituit,
totũ ius finitur, adeò vt poſſit ille expelli à domino
ex natura ipſa & lege contractus, *l.1. & 2. ſi ager vectig.*
ita ſeruitutes ab eo conſtitutas finiri neceſſe eſt, quia quẽadmodum
nemo plus iuris in alium transferre poteſt
quàm ipſe habeat, *l.nemo plus iuris* 71.*de reg.iur.* ita & reſoluto
iure datoris, id eſt, in eam cauſam deducto, vt nullum
ius ille vnquam habuiſſe videatur, ius quoque accep-

toris reſolui neceſſariò conſequens eſt, *l. lex vectigali fun-*
8 *do 31. ff de pign.* † vbi Scæuola hanc ob cauſam ſcribit,
Si vectigalis fundi poſſeſſor eum pignori dederit, tenere
quidem pignoris dationem quamdiu poſſeſſionis ius durat:
ſed ſi propter vectigal non ſolutum iure ſuo dominus
vtatur & eum fundum transferat, etiam pignoris ius euanuiſſe,
leg. voluntate 10. §. 1. *quib. mod. pign. vel hypoth.
ſolut.* Quoties.n. contractus reſoluitur in priſtinam cauſam
res redit, hoc eſt in eam cauſam in qua eſſet, ſi contractus
nullus præceſſiſſet. Atqui ſi nulla facta eſſet perpetua
locatio, nullum ius habuiſſet poſſeſſor fundi oppignerandi,
aut ſeruitutis in eo conſtituendæ, quia neutrum
fieri à non domino & in fundo alieno poteſt. Ergo
nec durabit pignus, aut ſeruitus poſt reſolutum ius poſſeſſoris,
qui pignus vel ſeruitutem conſtituent: quomodo
etiam contingit in alia ſpecie, quam Vlp. tractat in *l.
4 alias l. duobus. §. Marcellus, ff. de in diem addict.* de cuius
9 ſententia, & ratione alibi ſcripſimus. † Non omnimodo
diſſimile eſt, quamuis nec prorſus ſimile quod Marcellus
ſcribit in *l. is cui via* 11. *§. heres. D. quemad. ſeruit amit.* ſi
heres à quo fundum teſtator legauerat ſub conditione
eidem fundo ſeruitutes aliquas impoſuerit, valere quidem
ipſo iure ſeruitutes, quamdiu legati conditio pendet,
ſed tamen ſtatim atque legati conditio extiterit, finiri
eas & extingui ipſo iure. Quod etiam euenit ſi heres
hic pendente conditione moriens eundem fundum alij
legauerit, qui ipſe eidem fundo ſeruitutes conſtituerit.
Nam exiſtente quandocunque conditione quæ priore teſtamento
fuerat appoſita, ſicuti proprietas ad priorem
legatarium ipſo iure pertinet, ita & impoſitam ab heredis
legatario ſeruitutem finiri neceſſe eſt, *l. ſi fundum.* 105. *de
cond. & dem. iunct. l. ſi fundum* 81. *de leg.* 1. His enim caſibus
ideo valet ipſo iure ſeruitus ab herede, aut legatario
heredis conſtituta, quod negari non poteſt quin conſtituta
ſit à vero domino: Siquidem quamdiu legati conditio
pendet, heres dominus eſt rei legatæ, & quidem pleno
iure, licèt ſperetur dominium ab eo diſceſſurum ſi legati
conditio extiterit, *l. non ideo.* 66. *de rei vend. l. fundus
4. ff. ſi vſusfr. pet. l. & poſt litem.* 12. *§. res quæ. D. fam. erc. l.
1. §. ſerui. 4. D. de S.C. Silan l. generaliter.* 29. §. 1. *qui & à
quib. manum.* At exiſtente conditione ideò finitur ſeruitus,
quia ex euentu retrofingitur dominium fundi legatum
fuiſſe legatarij iam ex die mortis, ac proinde eo tempore
quo ſeruitus conſtituebatur, vt idcirco videatur à
non dom. conſtituta. Eſt enim hoc ex eorum genere, in
quibus ex euentu & ex poſtfacto apparet quid antea
fuerit, *l. quædam ſunt.* 15. *De reb. dub. l. qui res.* 98. *§ rem
autem. D. de ſolut. d. l. ſi fundum.* 81 *iunct. l. ſi tibi homo.* 86.
10 *§. cum ſeruus de leg.* 1. † Dicet aliquis, non poſſe huiuſmodi
ſeruitutes valere quæ conſtitutæ ſunt ab herede
pendente conditione legati, tanquam quæ ſint conſtitutæ
ad tempus, & quouſque legati conditio extiterit.
Sed reſpondeo non ita eſſe: quia quòd poteſt exiſtere
conditio legati, non facit, vt ideo videatur heres interim
dominus ad tempus, ſed tantùm vt poſſit aliquando ab
eo dominium abſcedere, quod interim habet abſolutum,
dict. leg. non ideò. Igitur vt abſolutè dominus eſt, taliſque
in perpetuum manſurus, ſi nihil noui eueniet, ita
quæ ab eo conſtituuntur ſeruitutes, perpetuæ ſunt ſui
natura, nec tam ad tempus, aut ſub conditione conſtitutæ
videntur, quàm eſſe, vt ita dicam, extinguibiles ſub
11 conditione: nempe ſi legati conditio extiterit. † In eoque
diſſimilis eſt hic caſus à ſuperioribus, in quibus non
tam finiuntur ſeruitutes, quàm reſoluuntur, & pro nunquam
conſtitutis habentur: tanto magis quòd vectigalis
fundi poſſeſſor, aut ſuperficiarius, aut emphyteuta
nunquam dominus fuit, *leg. item prædia.* 10. *ff. famil.
erciſc.* vbi hanc ob cauſam prædia quæ noſtri patrimonij
ſunt, à vectigalibus & ſuperficiariis ſeparantur. At
heres qui pendente legati conditione ſeruitutem conſtituit,
verè dominus fuit eo tempore, nec tam reſolui dici-
12 tur ſeruitus ab eo conſtituta, quàm finiri. † In quo tamen
obſeruatione dignum illud eſt, quod deterioris conditionis
videtur hac parte libertas, quam ſeruitus: cùm
pendente conditione legati ſerui, manumittere illum
heres non poſſit, qui tamen poſſet, vt diximus, conſtituere
ſeruitutem fundo legato ſub conditione, *dict. leg.
generaliter.* 29. §. 1. *ff. qui & à quib. manum. d. l. cui* 11. *§.
heres. ff. quemadm. ſeruit. amitt.* Sed id fit propter fauorem
ipſum libertatis, qui tantus eſt vt ſemel competens libertas
nunquam poſſit reuocari, *l. ſi ex cauſa* 9. *§. vlt. ff. de
minor. l. Pap. §. vlt. & l ſeq. l. ſi ſub hac* 26. *ff. de inoff. teſtam.*
Itaque fieret iniuria legatario, cui ſeruus legatus eſt ſub
conditione, ſi ea conditione pendente manumittere illum
heres poſſet: adeò vt ſi optio ſerui ex vniuerſa familia
legata ſit, & heres aliquem ex ea familia manumiſerit,
priuſquàm optaretur, eum interim ad libertatem
non perducat *l. ſi cum optio* 14. *D. De option. legat.* ne
ſcilicet fiat iniuria legatario ſi fortaſſis eum ipſum optare
velit. Sanè quotieſcumque heres ita manumiſerit ſeruū,
eum amittit ſtatim, quia aut electus legato cedet, aut relictus,
tunc liber oſtenditur, *d. l. ſi cum optio.* At nulla fit
iniuria legatario, cùm ſeruitutes ab herede conſtituuntur
pendente conditione legati, cùm nihil iuris habeat
in fundo quamdiu conditio legati pendet, exiſtente verò
conditione ſeruitutes ſtatim & ipſo iure euaneſcant.

Capvt XIV.

Explicatio l. nam ſatis 6. §. 1. D. quemad. ſeruit amitt.

SVMMARIA.

1 *Fundo dominante etiam particulatim diuerſis emptoribus vendito ſingulis fundi partibus ſeruitutem deberi.*
2 *Non obſtare quod fundi ſeruientis conditio hoc caſu deterior fiat.*
3 *Species & diſtinctio propoſita in* d. §. 1. d. l. nam ſatis.
4 *Seruitutem fundo communi debitã qui intellectu magis quàm realiter diuiſus ſit, per vnum ex nobis pro ſua parte non vtendo amitti non poſſe quamdiu alius vtendo eam retinuit.*
5 *Seruitutem per plures fundos impoſitam etiamſi per vnum tantùm fundum eatur, totam retineri.*
6 *Seruitutem debitam fundo qui diuiſis regionibus communis ſit ab alterutro dominorum pro ſua parte non vtendo amitti.*
7 *Vſurpare pro vſu retinere.*
8 *Superiore caſu domini fundi ſeruientis conditionem non deteriorem ſed meliorem fieri.*
9 *An & quando communi fundo ſeruiente per regiones diuiſo ſeruitus non vtendo amittatur?*
10 *In omni via & longitudinem & latitudinem eſſe.*
11 *Viam licèt ſuam à lege latitudinem habeat, contrahentium tamen voluntate aut latiorem aut anguſtiorem conſtitui poſſe.*
12 *Seruitutem fundi communis & per viæ longitudinem diuiſi pro alterutrius parte non vtendo amitti.*
13 *Diuiſione verò per latitudinem factâ, licèt prædij dominantis dominus per alterutram duntaxat fundi ſeruientis partem iuerit, ſeruitutem tamen integram retineri.*
14 *Duas ſeruitutes eo caſu non ideò fieri licet poſt diuiſionem illam per latitudinem viæ tantum in vnoquoque fundo ſpatij ſupererit, quantum ad integram viam initio conſtituendam neceſſe eſt.*
15 *Alterutrum tamen fundum ab hac ſeruitute viæ, ſi modo ſpecialiter id conuenerit, liberari poſſe.*
16 *An ſi dominus fundi dominantis poſt eam diuiſionem alterum ex fundis diuiſis comparauerit, alterius ſeruitus permaneat?*

17 *Expli*

17 *Explicatur poſterior pars diſtinctionis initio propo-
ſita.*

1 QVod † iam ſæpius diximus, iura prædiorum nihil
aliud eſſe quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia, *l.
quando aliud 86. de verb. ſign.* facit neceſſario vt alienato
fundo cui ſeruitus debeatur, hoc ipſo alienata quoque ſer-
uitus intelligatur, tanquàm quæ omnimodo prædium ſe-
quatur, *l. via 13. § ſi fundum. cum l. ſeq. l. ſi partem 21. leg.
cum in fundo 26. D. ruſtic. præd. l. cum fundus 12. D. com-
mun. præd.* Sed & quod magis mirum eſt, ſi prædium, cui
ſeruitus debetur, fuerit per partes venditum diuerſis tem-
poribus, omnes fundi partes ſeruitus ſequetur, ita vt ſin-
guli emptores rectè acturi ſint ius ſibi eſſe vtendi ſerui-
2 tute, *d. l. via. § quacunque.* † Nec ad rem pertinet ſi quis
obijciat fieri hoc caſu duriorem conditionem ſeruitutis
quæ fuerit conſtituta eo fortaſſis tempore, quo vnus tan-
tùm erat dominus prædij dominantis. Etſi enim fatendum
eſt fore multo incommodius domino prædij ſeruientis, ſi
per fundum plures eant, aut agant quam ſi vnus ſolus: de-
buit tamen proſpicere cùm ſeruitutem impoſuit, fore vt
poſſit id aliquando euenire, & ideo ſibi debet imputare
cur non meliùs ſibi cauerit, vt in ſpecie quamuis diſſimili
argumentatur. Vlpian. *in leg. ſi quis domum 9. § 1. verſ.
idem quærit. D. locat.* Et ſane quemadmodum poſt diui-
ſum regionibus fundum tot ſunt fundi, quot ſunt partes
diuiſæ, quia quælibet pars fundi fundus eſt. *l. plane 34.
§ vltim. de legat. 1.* ita & tot viæ eſſe videntur, quot ſunt
fundi *l. iam ſatis 6. § 1. D quemad. ſeruit. amit.* vbi Celſus
3 tractat. † Si cùm fundum communem ego & tu habere-
mus, cui ſeruitus aquæ per fundum vicini debebatur, ego
ea vſus fuero, tu autem conſtituto tempore ceſſaueris, an
ius tuum amiſeris? Et è contrario, Si vicinus, cui via per
fundum mihi & tibi communem debebatur, per meam
partem iuerit, egerit, tuam verò partem ingreſſus non ſit,
an pars tua libera erit? Et reſpondet, multum intereſſe an
fundus ſit inter nos communis regionibus diuiſus, an ex
iis partibus quæ iuris intellectu magis quàm reali corpo-
4 ris diuiſione conſiſtant. † Hoc enim poſteriore caſu cer-
tum eſt, Vnam tantùm eſſe ſeruitutem, quæ per vnum ea
nobis amitti non poſſit, ne pro ea quidem parte quamdiu
alius eam vtendo retinuiſſet, *l. ſi communem 10. eo tit.* vbi
Paulus ait, Si communem fundum ego & pupillus habe-
remus, licet vterque non vteretur: tamen propter pupil-
lum me quoque viam retenturum: cùm pupillus nihil
poſſit alienare, nec conſequenter amittere ſeruitutē: quan-
doquidem alienare etiam dicitur is, qui non vtendo ſer-
uitutem amittit, *leg. alienationis verbo 28. de ver. ſign.*
Quomodo etiam dicimus, eum qui it per partem itineris,
totum ius vſurpare videri, hoc eſt, vſu retinere & rurſum,
Aquam ſi in partem aquagij influxerit, etiamſi ad vltima
loca non peruenerit, omnibus tamen partibus intelligi
vſurpatam, *l. ſtillicidij 8. in fin. & ſeq. D. quem. adm. ſeruit.
5 amit.* † Quinimò, etſi per plures fundos ſeruitus impona-
tur, & ego per vnum fundum ierim per alium non item, &
quidem tanto, quanto ſeruitus non vtendo amittitur, nec
amittetur, nec retinebitur ſeruitus pro parte, ſed tota vel
amittetur, vel retinebitur: tota amittetur, ſi nullo vſus ſim:
tota ſeruabitur, ſi vel vno fuerim vſus, *leg. vna eſt via 18.
ruſtic præd.* vbi ratio redditur, quia licet plura ſint præ-
dia quæ ſeruiunt, vna tamen eſt via, & vna ſeruitus tan-
tum eſt, ſiue prædium cui debetur ſeruitus, quod vicinum
eſt. Nam ſi plura eſſent prædia quibus ſeruitus deberetur
plures quoq; ſeruitutes eſſent, præſertim ſi ad plures domi-
nos ea prædia pertinerent, vt in ſpecie *l. aquam 16. quand.
ſeru. amit.* quamuis eo loco nō de via tractet Proculus, ſed
de aquæductus ſeruitute, quam eo caſu multiplicem eſſe
6 vult tametſi vnà tantum ſit aqua. † At priore caſu cum
fundus diuerſis regionib. communis eſt, placet Celſo di-
ſtinguendum eſſe, an agamus de ſeruitute viæ quæ fun-
do communi debeatur, an verò de ea quam debeat fun-
dus communis. Priore caſu perinde eſt, inquit, atque ſi ab
initio duobus fundis debita ſeruitus fuiſſet, id eſt, ac initio
duo fuiſſent fundi, & duplex via, vt proinde ſibi quiſque
dominorum amittat ſeruitutem, non vtendo, & ſibi quiſ-
que vſurpet ſeruitutem, id eſt, vſu retineat, vt bene Ac-
curſ. interpretatur. † Vſurpare namque dixerunt Iurecon-
ſulti pro eo quod eſt vſu retinere rem quam alius velit 7
vſu ſibi acquirere. Vnde vſurpatio definitur vſucapionis
interruptio, in *l. 2. D. de vſurpat. & vſucap.* ob idq; in illo
titulo præcedit mentio vſucapionem, vt eam impediat,
nec vſucapio vlla eſt, niſi quam vſurpatio nulla anteceſ-
ſit. *Nec amplius*, inquit Celſus, *ea in re cauſa eorum fun-
dorum miſcebuntur*, vt vnius fundi iure cenſeri poſſint qui
re vera duo ſemel facti ſunt. † Nec facit hæc ſententia vl-
lam iniuriam domino fundi ſeruientis, imò conditionem 8
ipſius à contrario meliorem, quàm ſi hæc viæ ſeruitus poſt
diuiſionem quoque fundi regionibus factam, vnius viæ
iure cenſeretur, quoniam alter dominorum vtendo parte
ſua diuiſa tanquam fundo ſeparato, ſibi tantum proficit,
non etiam toti fundo, atque ita dominus fundi ſeruientis
fruitur libertate partis ſeruitutis vt loquitur Proculus in
d. l. aquam 16. in fi. ff. eod. Quod non eſſet ſi vna tantùm
eſſet via, quia per minimæ partis vſum tota eo caſu reti-
neretur, *d. l. vna eſt via 18. ruſti. præd.* † Sed ſi agamus de
fundo communi ſeruiente qui diuiſus ſit, ita vt proximè 9
diximus, id eſt, regionibus, pluſculum dubitationis ea res
habet. Diſtinguendum n. eſt an certus, & finitus ſit locus
viæ, ita vt variari poſtea non poſſit, ſiue quod ab initio
fuerit ita conſtituta, vt per certum duntaxat locum iri
poſſet, ſiue quod ea ſit natura ſeruitutis, vt quamprimùm
viam direxerit is cui ſeruitus viæ debetur, ea ire agere
debeat, *l. ſi cui Simplicius 9. ff. de ſeruit.* an verò nullus
ſit certus & finitus viæ locus: quod euenit non eo caſu,
quo in conſtituenda ſeruitute nihil de loco dictum eſt
(tunc. n. certus viæ locus ille eſſet per quem dominus ſer-
uitutis viam dirigere cœpiſſet, *d. l. ſi cui*) ſed cùm in ſer-
uitute conſtituenda id nominatim actum eſt, vt liceat
domino fundi dominantis mutare locum ſeruitutis: Valet
enim illa conuentio, vt ſequitur apud Celſum in *verſ. ce-
terùm.* Priore caſu cùm certus ac finitus viæ locus fuit,
rurſum ſubdiſtinguendum eſt, an diuiſus ſit fundus ſer-
uiens per longitudinem viæ, an per eius latitudinem. †
Siquidem in omni via & longitudo eſt, & latitudo. Lon- 10
gitudinem facit neceſſitas fundi dominantis, quia tam
longam eſſe viam neceſſe eſt, quàm longa eſſe debet, vt
per fundum ſeruientem iri poſſit ad dominantem. Neque
in ea re lex aut conuentio partium facere quicquam po-
teſt: latitudinem facit conuentio contrahentium, & quan-
tam volunt contrahentes, aut ſi nihil ab iis dictum ſit,
legitima latitudo ſumenda eſt, id eſt, quam lex duodecim
tabularum conſtituit: nempe quæ in porrectum octo pe-
des habet, in anfractum verò ſexdecim *l. via latitudo 8. l.
certo generi 13. § latitudo de ſeruit. ruſt præd.* † vbi monet
Iauol. differre viam ab itinere & actu, quia itineris actuſ- 11
que latitudo nulla eſt niſi quæ à contrahentibus demon-
ſtrata fuit, aut ſi nihil ab iis dictum ſit quæ ab arbitrio
ſtatuta eſt. Via verò ſuam habet à lege latitudinem, ideo
fortaſſis quòd maiorem rixarum & litium materiam præ-
bere potuerit incertitudo latitudinis viæ, quam itineris
aut actus, aut quòd ſeruitus viæ maioris momenti ſit &
vtilitatis. Cæterùm non facit lex duodecim tabularum
quin poſſet via conſtitui & latior & anguſtior pro arbi-
trio contrahentium, dummodò eam habeat latitudinem
qua vehiculum tranſire poſſit: alioqui non eſſet via, ſed
iter, *l. via conſtitui 23. in princ eo. l. ſi tam anguſti 13 ff. de
ſeruit.* † Ergo vt ad Celſi ſubdiſtinctionem veniamus, ſi
fundus inter te & me communis, qui fundo Sempronij 12
ſeruitutem viæ debeat, diuiſus ſit inter nos regionibus
per longitudinem viæ, ita interrupta per diuiſionem viæ
longitudine eadem omnia erunt ſeruanda inquit Cel-
ſus, quæ ſeruarentur ſi conſtituendæ ſeruitutis initio
ſimiliter hic duo fundi fuiſſent: nimirum vt duplex quo-
que videatur ſeruitus viæ, ita vt ſi Sempron. per tuum

duntaxat partem iuerit, non per meam amiſerit ſeruitutem non vtendo quod ad meam partem, retinuerit autem vtendo, & vſurpauerit, quod ad tuam. Diuiſio.n.facta per longitudinem viæ non poteſt viam interrumpere, aut diuidere, cùm nullam illa habeat longitudinem limitatam. †
13 At ſi per latitudinem viæ fundus diuiſus ſit, ſiue æqualiter id factum ſit, ſiue inæqualiter, tunc manet idem ius ſeruitutis quod fuerat anteà cum adhuc indiuiſus eſſet fundus, id eſt vnica manet, ac non duæ ſeruitus, ſicut & tunc vnicus fundus erat. Et ita fiet vt quamuis Sempron. per tuam tantùm partem iuerit, aut egerit, non per meam, nihilominus totam ſeruitutem vſurpauerit, etiam quod ad meã partem, *d. leg. vna eſt via.* 18. Et ratio eſt quia diuiſio fundi facta per viæ latitudinem, viam corrumpit & diuidit, ita vt ex vna via faciat duas ſemitas, hoc eſt ſeminias, tantum abeſt vt facere poſſit duas vias. Duæ autem ſemitæ ſicut vnam duntaxat viam faciunt, ita nec niſi vnius viæ iure cenſeri poſſunt, & conſequenter pro vno eodémque indiuiduo iure haberi: vt quamuis fortè inciderit vt Sempron. ea tantùm ſemita vſus ſit quæ per alterum fundum eſſet, non ideirco tamen alter fundus liberetur, non magis quàm ſi nulla diuiſio fundi facta fuiſſet, quia quod ad viam pertinet, nulla diuiſio facta intelligitur. Nec quemadmodum poſt diuiſionem tot ſunt fundi, quot ſunt partes, ita poſſis dicere tot eſſe vias quot ſunt fundi, cum per latitudinem viæ facta diuiſio eſt. †
14 Neque ad rem pertinebit ſi ponas viam ab initio conſtitutam adeò latam, vt etiam poſt diuiſionem factam per latitudinem, tantum ſuperſit ſpatij in vnoquoque fundo, quantum neceſſe eſſet ad integram viam ab initio conſtituendam. Non enim ſpatij quantitas quæ duabus viis ſufficere poſſit, duas vias facit, ſi ab initio vna tantùm via conſtituta fuit, & ideirco nec fiunt duæ viæ per diuiſionem etiam æqualiter factam in latitudine, ſed duæ ſemitæ acſi ab initio non niſi octo pedum via fuiſſet conſtituta. †
15 Quod quamquam ita ſit, dubitandum tamen non eſt, quin alter fundus liberari poſſit ab hac ſeruitute viæ, ſi modò ſpecialiter id conuenerit, quia plus poteſt conuentio quàm non vſus tanquam quæ manifeſtiùs exprimat voluntatem domini ſeruitutis. Fieri ſiquidem facilè poteſt, & verò fit plerumque, vt qui vnica ſeruitute vſus eſt per vnum fundum, per vtrumque vti
16 voluiſſe videatur. † Quid ergo, ſi dominus fundi dominantis poſt eam fundi diuiſionem factam per latitudinem viæ, alterum ex iis fundis comparauit atque ita pro illo fundo confuſa ſit ſeruitus, an nihilominùs alterius fundi ſeruitus permanebit? Hæc quæſtio eſt quam tractat Celſus *in verſ. certo:* ad eámque reſpondet non videre ſe quid abſurdi conſecuturum ſit eam ſententiam, quæ dicat alterutrum fundum manere ſeruum, ſi modo fateamur, quòd neceſſariò fatendum eſt, potuiſſe & ab initio conſtitui viam longè anguſtiorem, quàm lege fuerit definita, *d. leg. via* 23 *ruſt. præd.* dummodò tamen ſupponamus tantùm adhuc loci ſupereſſe in eo fundo (cuius ſeruitus paſſiua nec remiſſa, nec confuſa eſt) quantum ſufficere poſſit viæ, id eſt, ad vehiculum ducendum. Nam ſi minùs loci ſupereſſet, quam viæ ſufficeret, dicendum eſſet vtrumque fundum liberari, alterum quidem propter redemptionem, quæ ſeruitutem confudiſſet facto eod. domino vtriuſque fundi & ſeruientis, & dominantis, alterum v. quia per eum locum qui ſupereſſet, via conſtitui non poſſet, adeò vt nec iter, nec actus ſupereſſe dici poſſit, quamuis tantum ſuperſit loci, quantum ad iter actúmque neceſſe eſſet, quia ab initio via conſtituta fuit, non iter aut actus. Quæ diſtinctio adhibenda eſt, & in illo ſuperiore caſu, de quo proximè diximus, cùm dominus fundi dominantis ſpeciali conuentione id egit, vt alterutrum fundum poſt diuiſionem liberaret. Quamuis enim non niſi eum fundum liberare voluerit, vterq; tamen liberatus reperietur in neceſſariam conſequentiam ſi in altero fundo, quem voluer ſeruum retinere, minus loci ſuperſit, quam ſufficere poſſit ad viam conſtituendam. † Poſterior e verò caſu prioris noſtræ generalis diſtinctionis. i. ſi ita ſit conſtituta ſeruitus viæ, vt nullus fuerit ipſius certus locus, neq; ab initio, neq; ex poſtfacto definitus, quod tunc diximus contingere, cum conuenit non ſolum, vt per quamlibet partem fundi ire agere liceat quod vt conueniſſe intelligatur, ſufficit viam ſimpliciter fuiſſe conſtitutam, *l. ſi cui 9. ff. de ſeruit.*) ſed etiam vt ſubinde liceat mutare locum viæ, & deinde diuiſus eſt inter ſocios fundus ſeruiens, rurſum ſubdiſtinguendum eſt, an ita ſit diuiſus fundus, vt per quamlibet eius partẽ æquè iri atque agi poſſit acſi non eſſet diuiſus, an verò ita vt pars altera tam arcta ſit & anguſta, vt per eam viæ vſus nullus eſſe poſſit. Poteſt.n. hoc facilè euenire, ſiue quod minimam in fundo communi partem quis habuerit duodecimam fortè aut viceſimam, ſiue quod commodius videatur aliquando compenſare longitudine quod latitudini deeſt. Primo caſu perinde obſeruandum erit, an ſi ab initio duobus fundis duæ ſeruitutes viæ iniunctæ fuiſſent, vt nimirum altera non vtendo deperire poſſit, altera retineri. Secundo autem caſu amiſſa ſeruitute non vtendo per illum fundum per quem ea vti quis poterit, nulla alia ſupereſſet de qua poſſit tractari an periiſſe videatur, an ſupereſſe. Sed ſi dominus fundi cui ſeruitus debebatur ea vſus ſit per illum fundum per quem vti potuit, dubitandum non eſt quin ſaltem per eum fundum eam retinuerit. Idque eſt quod ait Celſus *in ver. cæterum.* Nec obſtare, inquit, ſuperiori ſententiæ ſi, quis obiiciat ita euenire vt alieno facto ius alterius immutetur, cum ſi diuiſio fundi facta non fuiſſet, vtendo ille via per vnam fundi partem totam viam per totum fundum retinuiſſet. Debet.n. ſibi imputare, quod antequam lapſa eſſent tempora per quæ non vtendo amittitur ſeruitus, non fuerit ille vſus ſeruitute per alteram quoque partem fundi: Et præterea incommodum ſi quod ſit, ex huiuſmodi diuiſione, debet compenſare cum eo commodo quod ipſi accedit ex cauſa, & occaſione diuiſionis, per quam ſcilicet factum eſt, vt iam per duas pariter vias ire agere poſſit, qui anteà cum vnus tantum eſſet fundus non niſi vnam habebat viam, itemq; vt bis octonos pedes in porrectum, & bis ſenos denos in anfractum habere debeat qui antea non niſi ſemel totidem habuiſſet. Quod enim nulla facta diuiſione licuit illi variare locum viæ, idipſum etiam poſt diuiſionem licere ei debet, non vt eodem tempore duas vias habere intelligatur, cum vnica tantum fuerit ab initio conſtituta, ſed vt via illa quam vnicam habet, poſſit vti pro arbitrio per vnum fundum perinde ac per alterum diuerſis tamen temporibus, vt per hanc viæ variationem tantum conſequatur, quantum ſi duplex eſſet via. Atque ita explicata ſit tota illa Celſi tractatio ſatis alioquin obſcura & in Accurſij quoque gloſſis intricata, quàm non fuit aſſecutus Franciſ. Hotom. qui putat lib. 1. obſ. cap. 31. locum hunc eſſe corruptum *in verſ. ſed ſi is fundus*, quo nomine meritò notatus eſt à Iac. Cuiac. lib. 14. obſe. c. 11.

Capvt XV.

De differentiis vrbanorum & ruſticorum prædiorum, itémque ſeruitutum vrbanar. & ruſticar. & de variis ſeruitutibus.

Svmmaria.

1 *Seruientes iura prædiorum actiuè & paſſiuè dici.*
2 *Veteres ICtos in definiendis vrbanis & ruſticis prædiis diſſenſiſſe.*
3 *Quanam ſententia hac parte tandem praualuerit?*
4 *Alia Veterum diſſentio in definiendo quænam ſeruitutes prædiorum vrbanorum quænam ruſticorum e[illegible].*
5 *Ad quid prudentes in conſtituenda ſuperiore ſeruitu-*
tum

tum differentia potiſſimùm reſpexerint.

6 *Seruitutes vrbanas circa idem ſubiectum plerunq; duplices eſſe, vnam affirmatiuam alteram negatiuam, ruſticas verò ſimplices & affirmatiuas tantum.*

7 *Huius differentiæ ratio redditur.*

8 *Seruitutem altiùs non tollendi à ſeruitute ne luminibus officiatur diſtinguendam eſſe contra Cuiacium contenditur.*

9 *Reſpondetur ad* l. luminum 4. ff. de ſeruit. vrban. *pro Cuiacij ſententia allatam.*

10 *Seruitute quoquomodo conſtituta eam ſemper interpretationem capi debere ne qua durior ſeruitus conſtituta videatur.*

11 *Seruitutem luminum à ſeruitute ne luminibus officiatur, & hanc à ſeruitute ne proſpectui offendatur ſeparandam eſſe.*

12 *Eum qui ſeruitutem impoſitam eſſe dicit hoc ipſum probare debere.*

13 *Eum qui ſeruitutem non debet altiùs ad libitum tollendo vicini luminibus officere poſſe.*

14 *Superioribus obſtare videri leges quæ de ſtatutâ antiquorum ædificiorum forma cuſtodienda præcipiunt.*

15 *Cuiacij ad earum legum conciliationem diſtinctio, an quis ædes ſuas iure libertatis naturalis, an vero iure impoſitæ ſeruitutis altiùs tollat.*

16 *Indicantur leges quædam quæ de eo accipiendæ ſunt qui iure ſeruitutis altiùs tollens veterem ædificiorum formam ſeruare tenetur.*

17 *An aliquod exemplum dari poſſit eius qui iure ſeruitutis in ſuo ædificet aut altiùs tollat.*

18 *Aliud eſſe remittere ſeruitutem ædibus ſuis debitam, aliud ædes ſuas contraria ſeruitute onerare.*

19 *Seruitutem altiùs tollendi eam demum dicendam eſſe quæ per conſequentiam neceſſariam inducitur ex vſucapta libertate ſeruientis altiùs non tollendi*

1 QVod † dicimus, Seruitutes omnes prædiales, & vt ocant, reales, nihil aliud eſſe quàm iura prædiorum *l. 1. 5 tit. D. de rer. diuiſ.* & apud Iuſtin. *in tit. De reb. corp. & incorp.* duplicem ſenſum habet, paſſiuũ & actiuũ, quomodo & iuriũ quæ in actionibus conſiſtunt alia paſſiua ſunt, alia actiua. Nã & actionũ alias actiuas, alias paſſiuas noſtri vulgò appellant. Paſſiua iura prædiorum, ſunt ſeruitutes, quantum ad prædia à quibus debẽtur, & hoc ſenſu perſonales quoque ſeruitutes iura prædiorum dici poſſent, quia licet perſonis non prædiis debeantur, tamen à prædiis debentur: actiuè autem dicimus ſeruitutes eſſe iura prædiorum, quibus debentur, & ideò cum iura prædiorum ſimpliciter dicimus, ſeruitutes reales, non perſonales intelligimus, cùm ſolis realibus conueniat vterque ſenſus huius appellationis: debentur namque prædiis à prædiis. Cùmque omnia prædia vel vrbana ſint, vel ruſtica, ipſas quoque ſeruitutes ex eo quod prædiis, vel vrbanis, vel ruſticis debentur, neceſſe eſt vel vrbanorum prædiorum eſſe, vel ruſticorum. Quæ res facit vt difficile videatur dicere quænam ſeruitutes vrbanæ ſint, & quænam ruſticæ, quia nec ſatis planum eſt quænam prædia vrbana ſint, quænam ruſtica. † Mihi ſemper viſum eſt probabile, quod ex recentioribus ante nos quidam dixerunt diſſenſiſſe in eo veteres Iureconſultos, Neratium ſc. ab omnibus cæteris. Ille enim putabat prædia vrbana diſtinguenda eſſe à ruſticis ex loco, vt quæ eſſent in vrbe dicerentur vrbana; quæ ruri, ruſtica: vt colligere licet ex *l. 4. §. 1. ff. in quibus cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* vbi negat ſtabula poſſe dici vrbana, quæ non ſunt in ædificiis continentibus, id eſt, nec in vrbe, nec in ſuburbiis. Cæteri verò vrbana æſtimanda putabant, non ex loco, ſed ex materia, aut potiùs ex genere vſus patrisfamilias *l. quemadmodum 12. ff. de ſupell. legat. l. urbana familia 166. l. vrbana prædia 198. de V. S. l. cùm quæreretur 69. §.*

3 *1. l. ſeruus vrbanus 99. legat. 3.* † Quæ ſententia tandem præualuit, & ab Impp. quoque approbata eſt *in l. ſi prædium 16. C. de præd. minor.* † Ex hac diſſenſione illa etiam 4
nata eſt cuius veſtigium extat *in l. . ff. de ſeruit. ruſti. præd.* Ibi enim Neratius ſcribit ruſticorum prædiorum ſeruitutes eſſe, Licere altiùs tollere, & officere prætorio vicini, cum tamen eas ſeruitutes vrbanorum prædiorum eſſe aperte ſcriptum ſit *in l. 2. de ſeruit. vrban. præd.* nempe quia Neratius exiſtimabat poſſe ruſticum prædium eſſe, etiam quod prætorium diceretur, ſi modò extra vrbem & ruri ædificatum. Neque hoc tantùm putabat Neratius, verùm etiam ruſticorum prædiorum ſeruitutes dicendas eſſe omnes illas, quæ talibus prædiis deberentur, quaſi abſurdum eſſet vrbanam ſeruitutem dici quæ ruſtico prædio debeatur. Sed aliorum iuris auctorum alia fuit ſententia, Nimirum ſeruitutes vrbanorum prædiorum perpetuò dicendas eſſe eas quæ enumerantur *in l. 2. 3. & 4. ff. de ſeru. vrb. præd.* tametſi ruſticis prædiis debitæ proponantur, id eſt ſeruitutes altiùs tollendi, & non tollendi altius, tigni immittendi, & tigni non immittendi, officiendi luminibus, & ne luminibus officiatur. Luminum itémque proſpectus, ne ie. proſpectui officiatur, ſtillicidij auertendi, & non auertendi, denique oneris ferendi. Seruitutes verò ruſticorum prædiorum eas eſſe quæ recenſentur *in l. 1. 2. 4. & 5. ruſt. præd.* tametſi etiam vrbano prædio interdum debeantur. Cuiuſmodi ſunt iter, actus, via, aquæductus, hauſtus aquæ, pecoris ad aquam appulſus, ius paſcendi pecoris, ius calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, cretæ eximendæ. Nemo. n. vnquam præter Neratium dixit, ruſticorum prædiorum ſeruitutes illas eſſe, quas diximus vrbanorum, aut cõtrà: alioqui confunderentur iura omnia de ſeruitutibus ſi ex vrbanis poſſent fieri ruſticæ, vel è contrario, pro locorum vel qualitatis prædij diuerſitate, cùm pleræque ſint inter ſeruitutes vrbanas & ruſticas differẽtiæ quas alibi proſequemur. † Videntur a. prudentes in ea primùm conſti- 5
tuenda differentia ad id potiſſimum reſpexiſſe, quod ex ſeruitutibus quædam viſæ ſunt habere plus neceſſitatis aut vtilitatis ratione prædiorum quæ eſſent in vrbe, id eſt ædificiorum, quæ dubitandum non eſt ab initio vrbana dicta fuiſſe. Aliæ verò, aptiores eſſe fundis, & prædiis quæ ruri eſſent, excolendis, indéque aliis naturam & appellationem vrbanarum ſeruitutum inditam fuiſſe, aliis ruſticarum. † Cum verò inter vtraſque ſeruitutes diffe- 6
rentiæ multæ ſunt, tum illa in primis & obſeruatione digniſſima quòd vrbanæ circa idem ſubiectum ſunt vt plurimum duplices, vna affirmatiua: vt altiùs tollendi, tigni immittendi, ſtillicidij auertendi, Alia negatiua, vt altius non tollendi, tigni non immittendi, & ſimiles. Ruſticorum verò prædiorum ſeruitutes ſunt ſimplices, & affirmatiuæ tantum, perpaucis exceptis, quæ poſſunt conſtitui negatiuè. Itaque ſeruitus quidem aliqua eſt quæ tribuit ius eundi per fundum alienum, & iter appellant: ſed nulla eſt, quæ tribuat ius non eundi. Idémq; de actu & via dici poteſt. † Cuius differentiæ ratio pendet ex eo 7
quod iam in præcedentibus docuimus, ſeruitutes ruſticas in hominis facto conſiſtere, eóque tali quod continuum eſſe non poteſt. Nemo enim tam perpetuò, aut tam continenter ire poteſt, aut agere, aut vehere, vt non ſit ei ſæpiſſimè quieſcendum, *l. ſeruitutes 14. ff. de ſeru.* Aut ſeruitutes vrbanorum prædiorum tales ſunt vt earum vſus ſit continuus: adeo vt quamuis nullus ſeruitutis vſus eſſe amplius poſſit, adhuc tamen ſeruitus duret, niſi is cuius prædium ſeruitutem debebat, aliquid ex parte ſua fecerit, per quod impediat vſum ſeruitutis, veluti ſi ædes tuæ ædibus meis ſeruiant, ne altiùs tollantur, aut ne luminibus meatũ officiatur, & ego per ſtatutum tempus quod olim erat biennij, hodie verò decennij feneſtras meas refixas habuero, vel obſtruxero, ita demùm ius meum amitto, ſi tu per hoc tempus ædes tuas ſublatas habueris: alioqui ſi nihil noui feceris, retineo ſeruitutem, *leg. hac autem 6. de ſeru. vrb. præd.* vbi aliud exemplum additur de ſeruitute tigni immittendi. Inde namque fit, vt ſemel conſtituta

ſeruitus altius non tollendi non poſſit amitti, aut extin-
gui, quin hoc ipſo ædes quibus antea debebatur, inci-
piant debere contrariam ſeruitutem altius tollendi, id eſt,
patiendi vt ædes quæ ſeruitutem debebant altius non tol-
lendi, iam altiùs tolli poſſint: alioquin prior illa ſeruitus
altius non tollendi ſemper durare intelligeretur. Quod
in ſeruitutibus ruſticis non ſimiliter euenit, quia hoc ipſo
quod dominus prædij dominantis nihil amplius facere
non poteſt in fundo alieno qui ſeruitutem debebat, ſatis
apparet extinctam eſſe omnino ſeruitutem, ſiue non vten-
8 do perierit, ſiue per ſtipulationem, qui ſenſus eſt *d.l. Hac
autem.* † Diſtinximus .v. ſeruitutem altiùs non tollendi a
ſeruitute ne luminibus officiatur, vt refellamus ſententiã
I. Cuiacij, qui lib. 17. obſeru. c. 37. ſcripſit eſſe vnam &
eandem ſeruitutem, ita vt acquiſito iure, Ne altiùs poſſis
ædes tuas tollere, illud etiam acquiſiuiſſe videar, Ne lu-
minibus meis officere queas, ex *l. luminum 4. D. vrb. præd.*
vbi diſtinguit quidem Paulus ſeruitutem luminum à ſer-
uitute, Ne luminibus officiatur, ſed non ſimiliter ſerui-
tutem, Ne luminibus officiatur, à ſeruitute altiùs non tol-
lendi. At .n. luminum ſeruitute conſtituta id acquiſitum
videri, vt vicinus lumina noſtra excipiat, i. non poſſit
prohibere quominus ædium noſtrarum feneſtras aduer-
ſus ædes, aut aream ipſius apertas habeamus. At cùm ſer-
uitus imponitur, Ne luminibus officiatur, non illud tan-
tùm adepti videmur, ſed hoc etiam amplius, ne ius ſit vi-
cino inuitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lu-
mina noſtrorum ædificiorum. At contra Cuiacium illud
facit quod multò generalior eſt ſeruitus illa, Ne lumini-
bus officiatur, quàm illam, Ne altiùs tollatur: ſiquidem
ædificia quæ ſeruitutem illam patiuntur, viridaria ſupra
illam altitudinem habere poſſunt, itémque arbores, & alia
huiuſmodi præterquàm parietem altiorem, tametſi ea
ratione futurum ſit vt luminibus officiatur: quod tamen
diuerſum eſſet ea ſeruitute conſtituta, Ne luminibus of-
ficeretur. Facit .n. contra realem ſeruitutem quiſquis tale
quid facit quod officiat luminibus vicini, vt probatur
9 apertiſſimè ex coniunctione *l. ædific. 12. cum l. ſi arborem
17. D. de ſeruit. vrb. præd.* † Nec repugnat *d. l. luminum,*
quæ ait duntaxat eum cuius ædes debent ſeruitutem, Ne
luminibus officiatur, non poſſe altiùs tollere: Nimirum
quia hoc ipſo, quod altiùs tolleret, obſcuraret ædes do-
minantes. Sed non eſt bona conſecutio, vt è contrario is
cuius ædes debent ſeruitutem altiùs non tollendi, non
poſſit officere luminibus vicini, quia hoc tantùm prohi-
bitus videtur, ne officiat altiùs tollendo, non etiam alio
quouis modo, puta viridaria aut arbores ſupponendo.
Nec .n. altiùs tollit ædes, qui iſta facit. Et quamuis ſerui-
tus altiùs non tollendi ob eum præcipuè finem conſtitui
ſoleat ne luminibus officiatur ædium vicinarum *d. l. hac
autem*, id tamen ita accipiendum eſt ne luminibus offi-
ciatur eo modo, id eſt altiùs tollendo, non vt alij modi lu-
10 minibus officiendi prohibiti intelligantur. † Cum enim
ſicut homines ipſi, ita & res quoque naturalem habeant
libertatem, niſi quatenus iis impoſita ſeruitus eſt ſiue per
ſtipulationem ſiue per pactum in tradendo interpoſitum
aut incontinenti poſt aliquem contractum, ſiue per vlti-
mam voluntatem (quibus duntaxat modis ſeruitutem
conſtitui poſſe placuit. *§. vltim. Inſt. de ſeru. præd.*) omni-
no conſequens eſt vt ea ſemper interpretatio capi debeat
quantum fieri poteſt ne qua durior ſeruitus conſtituta
videatur, vt à naturali cuiuſque rei libertate quàm mini-
mùm recedatur, *l. altiùs 8. C. de ſeru. & aqua. l. cum eo 9.
D. ſeru. vrban. præd.* Et ideò diligenter animaduertendum
eſt quibus verbis conſtituta ſit ſeruitus, poteſtque imputa-
ri ei qui conſtituit in teſtamento, aut ei qui per ſtipula-
tionem aut per pactum ſibi eam acquiſiuit, cur non di-
xerit legem apertiùs, ex generali regula *l. veteribus 39. D.
11 de pact. l. Labeo 21. D de contr. empt.* † Vnde eſt quod
ſeparamus etiam ſeruitutem luminum à ſeruitute, Ne lu-
minibus officiatur, cùm tamen prima facie & minùs ſub-
tiliter intuenti eadem ſeruitus eſſe videatur. Sed & ſerui-
tutem, Ne luminibus officiatur diſtinguere oportet à ſer-
uitute, Ne proſpectus offendatur; quia in ſeruitute pro-
ſpectus hoc plus habet dominus ſeruitutis, ne quid ei offi-
ciatur ad gratiorem & liberiorem proſpectum. In ſerui-
tute autem, luminibus non officiendi, hoc duntaxat, ne
lumina ipſius obſcuriora fiant, id eſt, quantum ad hoc
vt cælum æquè videatur. Illa namque differentia eſt inter
lumen & proſpectum, quòd proſpectus etiam ex inferio-
ribus locis eſt, lumen verò ex inferiorib. eſſe non poteſt. † 12
Deniq. cum ſeruitutes omnes habeant cauſam impoſiti-
tiam *l. de pupillo 5. §. & bellè Sextus Pedius de oper. nou.
nunc.* qui quis dicit aliquam & talem impoſitam eſſe ſer-
uitutem, id ipſum probare debet *d. l. altius, & l. vis eius 15.
C. de probat.* Et hoc eſt quod ait Vlp. in *d. l. cum eo 9. vr-
ban. præd.* nullam competere actionem cum eo, qui altiùs
tollendo ædes obſcurat vicinas quib. non ſeruiat, & in *l.
inter ſeruitutes 15. eod.* eum qui in ſuo aliquid facit per
quod impediat lumen vicini, poſſe ita demùm prohiberi
ne id faciat, ſi debeat ſeruitutem. † Etſi .n. nemini permit- 13
tendum eſt vt alteri iniuriam faciat, aut damnũ afferat,
damnũ autem eſſe videtur, etiam cum ædium luminibus
officitur, non poteſt tamen videri, aut iniuriam, aut dam-
num inferre is, qui iure ſuo vtitur, quomodo vtitur, qui
pro arbitrio ædificat in libero ſolo *l. fluminũ 14. §. vlt. cum
l. ſeq. D. de damn. infect.* vbi additur nec videri damnum
facere, i. pati eum qui illo veluti lucro, quo hucuſq; vſus
fuerat, nunc vti prohibetur, multúmque intereſſe, vtrum
quis damnũ ſentiat, an lucro quod faciebat vti prohibea-
tur. Quod tamen ita eſt accipiendum, ne ad inuidiam al-
terius ædificetur. i. eo duntaxat animo, vt vicino nocea-
tur, non vt ædificanti potiſſimũ cõſulatur. Hoc enim non
magis licet, quàm vi prohibere ædificantem. *l. ex quo 13.
§. & hoc quidem 7. C. de ædific. priuat.* † Obſtare tamẽ val- 14
de videtur, quod ſcriptum eſt in *l. qui luminib. 11. D. de
ſeru. vrb. præd.* eum qui luminib. vicinorũ officeret, aliud-
ve faceret contra commodũ vicini, formam ac ſtatum an-
tiquorum ædificiorum cuſtodire debere: quod & ſcriptũ
eſt in *d. l. ex quo. §. 1.* vbi Zeno præcipit, vt qui proprias
domos renouare cupiũt, veterem formam non excedant,
ſicut nec hi, qui nouas ædificant, ne lumen aut proſpectũ
vicinis auferant. Quò etiam pertinere videtur reſcriptũ
Imp. Antonini in *l. 1. C. de ſeruit. & aqua*: vbi dat actionẽ
ordinariam aduerſus eum, qui ædificium contra veterem
formam extruxit vt luminib. vicini officeret. Itémq; quod
Paul. ſcribit in *l. cuius 24. De ſeru. vrb. præd.* Cuius ædifi-
cium iure ſuperius eſt, eius eſſe in infinitum ſupra ſuum
ædificium imponere, id eſt, vt ſequens lex explicet, ex æ-
dificio ſuo quantum velit in aliud immittere, dum infe-
riora ædificia non grauiore ſeruitute oneret, quàm pati
debent. In quibus omnibus locis & interpretandis & cõ-
ciliandis mirum eſt quantopere ſe torqueant interpretes.
† Sed ne in eorum opinionibus & referendis & refel- 15
lendis ſimus longiores probanda omnino eſt ea ſententia
quam & Cuiacius ſequitur ad *§. aquæ. Inſt. de act. & tract.
9. ad Africanum ad l. ſi priuſquam 15. D. de oper. nou. nun-
cia.* vt diſtinguendum ſit, an quis altiùs tollat ædes ſuas
iure ſuo, id eſt, iure libertatis naturalis, an verò iure im-
poſititio, id eſt iure impoſitæ ſeruitutis. Nam qui tollit
altiùs ſuo & naturali iure, poteſt tollere in infinitum,
nec veterẽ formã ædificiorum ſeruare cogitur, quomodo
intelligẽdum eſt quod dicitur in *d. l. cũ eo. d. l. inter. d. l. al-
tius.* Qui verò altiùs tollit iure impoſitæ ſeruitutis, vete-
rem formam ſeruare cogitur, & ita ædificare, vt non fa-
ciat duriorem vicini conditionem quàm fuerit antea. † 16
Sicque accipi debet quod ſcriptum eſt in *d. l. qui luminib.
& d. l. cuius*, vt probant verba illa, *dũ inferiora ædificia non
grauiori ſeruitute oneret, quàm pati debeant.* Nõ enim quæ-
rendũ eſſet de ſeruitute, ſi ædificaret iure libertatis natu-
ralis, non ſeruitutis. Sic & in *l. ſeruitutes 20. eo. tit. in §. ſi
ſublatum*, vbi cũ requirit I C. vt ſi ſublatum ſit ædificiũ
ex quo ſtillicidiũ cadebat, in eadẽ ſpecie & qualitate rem
ponatur, ponendum neceſſariò eſt præcedere ſeruitutem
ſi

ſi non altiùs tollendi, ſaltem ſtillicidij recipiendi. Quæ ſeruitus ne cum ædificio ipſo ſublata, extinctaque intelligatur, neceſſe eſt ædificium quod reponitur intelligi eſſe idem quod antea erat: quod tamen non aliter induci poteſt, nequidem ex vtilitate publica quàm ſi in priſtina ſpecie & qualitate reponatur. Cum etiam hoc facto nihilominus fatendum ſit, ſi quis rem ſtrictiùs interpretari velit, aliud ædificium eſſe, quod ſequenti loco ponitur, adeò vt ædificio ſublato vſusfructus intereat, quamuis area ſit pars ædificij, nec reſtitutis ædibus vſusfructus reſtituatur: quæ ſententia eſt *d. §. ſi ſublatam. iuncta l. quoties* 34. *§. vlt. D. de vſufr.* Si denique quod ſes primum eſt in *d. l. 1. C. de ſeru. & aqua*, dandam actionem aduerſus eum qui ædificium contra veterem formam extruxit, vt luminibus vicini officeret, ſicut non de alia actione poteſt accipi, quàm quæ ſit de ſeruitute, & nec de alio intelligi poteſt, quàm de eo iure ſeruitutis & contra ſeruitutem ædificauerit, non de illo, qui iure libertatis naturalis. Quod apertiùs exprimit Zeno in *d. leg. ex quo. §. 1.* vbi loquitur diſertè de iis qui proprias domos renouare cupientes formas veterum excedunt, aut proſpectum vicinis auferunt, *aduerſus eum*, inquit, *qua pridem conſtituta ſunt*, i. vt ego interpretor, contra ea quæ aliquando placuerunt, cum ſeruitus imponeretur. Neque videtur hæc diſtinctio magnam

17 habere difficultatem. † Sed difficilius illud eſt apud interpretes, exemplum dare de eo qui ædificet, aut altius tollat in eo, ſeruitutis iure, cum dixerimus licere cuique id facere iure ſuo, nec in eam rem opus eſſe vlla conſtitutione ſeruitutis. Sunt qui Ioannem Fabrum ſecuti, putent non aliud exemplum adferri poſſe, quam in iis ciuitatibus, in quibus iure municipali certus modus ædificiis conſtitutus eſt, ne quis poſſit ſupra eum modum altius ædes ſuas tollere vt apud Belnenſes ſeruari audio. Poteſt enim iis in locis neceſſaria eſſe ſeruitus altius tollendi, vt quis conſentiente non ſolum magiſtratu, ſed etiam vicino cuius præcipuè intereſt tale ius ædibus ſuis comparare poſſit. Sed interpretatio hæc parum probabilis eſt cùm ad ius municipale pertineat, non ad ius commune, quod tamen agnoſcit illam ſeruitutem altius tollendi, vt conſtat *ex d. §. aquæ, & ex l. 2. de ſeruit ruſtic. præd.* Itaque placet alius ſeruitutem altius tollendi tunc conſtitui cum iis cuius ædibus debebatur ſeruitus altius non tollendi, eam re-

18 mittit. At hoc quoque parum ſubtiliter. † Aliud enim eſt remittere ſeruitutem ædibus ſuis debitam, aliud verò ſuas ædes contraria ſeruitute onerare, ſicuque facilè poteſt vt quis debitam ædibus ſuis ſeruitutem vltro & gratis remittat, qui tamen aliqua ſeruitute ſuas ædes onerari, etiam oblata in eam rem ingenti pecunia non pateretur. Et verò vix eſt, vt qui a vicino petit remiſſionem ſeruitutis altiùs non tollendi, velit cum ad id quoque adigere vt hoc ipſo ſeruitutem nouam ædibus propriis imponi patiatur. Eſſet enim illa flagitatio non ſolùm importuna, & inciuilis, ſed etiam inutilis ex parte illius qui vellet ædes ſuas altius tollere, cum ad hoc vt altiùs tollere poſſit ſufficiat ei quòd nullam ædes debeant ſeruitutem altiùs non tollendi. Ex parte verò illius qui talem ſeruitutem concederet, quamuis poſſet dici, ſore ipſi vtilem conſtitutionem ſeruitutis, in id vt qui altius tollere vellet, non cogeretur ſeruare veterem formam ædificiorum ſecundùm ea quæ diximus, parum prudenter tamen ne dicam ridicule faceret, qui huius commodi capiendi gratia vellet ædibus ſuis imponere ſeruitutem. Eſſet enim ei longe commodius & expeditius, remittendo ſeruitutem altiùs non tollendi, ſine libera iter ſine acceptam pecuna eam remiſſioni legem dicere, vt ei non ſupra certum modum altius tollere non liceret. Ideoque nec illud probare poſſum, quòd video alios exiſtimare ſeruitutem altius tollendi eam eſſe, non quæ ex remiſſione ſeruitutis altius non tollendi inducatur, ſed quæ poſt remiſſam ſeruitutem altiùs non tollendi propria & ſpeciali actione conſtituitur. † Longèque probabilius arbitror, vt dicamus, 19 quod iam in præcedentibus attigimus, vt ſeruitus altiùs tollendi ea demum dicenda ſit quæ adducitur per conſequentiam neceſſariam ex vſucapione libertatis ſeruitutis altiùs non tollendi, cum fieri nequeat vt ſeruitutis libertas vſucapiatur quin hoc ipſo contraria ſeruitus acquiratur, per quam hæ, vt qui ædes ſuas altiùs tollere non poterat te inuito, eas nunc poſſit tollere etiam inuito te: idque non ex libertate illa naturali quæ hâc facultatem ei daret, ſi nulla ſeruitus vnquam debita fuiſſet, ſed iure acquiſito per vſucapionem libertatis. Et hæc interpretatio valde conueniens eſt ei quòd diximus, ſeruitutem hanc altius tollendi non acquiri niſi in conſequentiam libertatis acquiſitæ ſeruitutis altius non tollendi. Sicut enim non acquiritur ea libertas, niſi illo qui ſeruitutem altius non tollendi debebat altius tollente, *l. 4. § vlt. de vſuc l. ſi ædes* 32. *§. libertas, ff. vrb. præd.* ita nec poteſt videri acquiſita ſeruitus altiùs tollendi, niſi quatenus ille altuis ſuſtulit, & tantum videatur præſcriptum, quantum poſſeſſum, ac proinde ſi velit modum illum excedere, & adhuc altius tollere, non eſt ei permittendum, quaſi durantibus reliquiis quibuſdam ſeruitutis priſtinæ altiùs non tollendi in eo quod excedit modum illum veterem ædificij, qui ſeruatus fuit in vſucapienda libertate.

CAPVT XVI.

Interpretatio l. vlt. ff. comm. præd. & l. vſusfructus 26. ff. de ſtipul. ſeruor.

SVMMARIA.

1 *Seruitutem qua fundo communi imponitur nonniſi ab omnibus dominis vtiliter conſtitui.*
2 *Si quis ex dominis ſeparatim dicto fundo ſeruitutem impoſuerit eundem poſſe ſumme iure prohibere ne is cui conſtituta eſt ea vtatur.*
3 *Ex æquitate tamen pati debere vt iure ceſſo vtatur.*
4 *Nouiſſimo ex dominis fundi communis ſeruitutem cedente & conſtituente præcedentes omnes ceſſiones ex nouiſſimo illo actu confirmari.*
5 *Domino qui primus ceſſit decedente, ceſſionem à nouiſſimo poſt prium deceſſum factam non valere.*
6 *Quomodo accipi debeat quod dicitur poſteriore ceſſione ſeruitutis priores confirmari.*
7 *Retroſictionem eo caſu nullam eſſe, ſed fictionem tantum.*
8 *Senſus & emendatio verſic. idem iuris.*
9 *Domino qui non ceſſit decedente vel partem ſuam alienante, omnes etiam eos qui iam ceſſerant ex integro cedere debere.*
10 *Ex legato quod poſteriore loco ſocius fecerit aliam ceſſionem prius ab alio factam confirmari.*
11 *Quid iuris, ſi omnes ſocij ſine eodem ſiue alio atque alio tempore factis teſtamentis ſeruitutem legent?*
12 *Cur eo caſu Paulus in d. l. vlt. requirat vt vtriuſque hereditas pariter adeatur?*
13 *Legatorum diem tam iure veteri quàm nouo. ab adita hereditate cedere.*
14 *Vſufructu vel aliis perſonalibus ſeruitutibus legatis diem legati nonniſi ab adita hereditate cedere.*
15 *Paulum in quæſtione proximè propoſita, de tempore aditæ hereditatis locutum eſſe.*
16 *Explicantur vltima illa Pauli verba*, non ſicut viuentium, ita & morientium actus ſuſpendi poſſe.
17 *Reſpondetur ad l. vſusfructus 16. ff. de ſtipulat. ſeru.*
18 *Actus viuentium non magis quam morientium ratione iuris inſpecta ſuſpendi poſſe, ex æquitate vero aliquam hac parte inter hos actus differentiam eſſe.*

tamen ratiocinatione poſſit quis mirari cur requirat ille vt vtriúsque hereditas pariter adeatur potius quàm vt ambo teſtatores pariter moriantur, aut cur non ſaltem vtrumque ſimul, cùm hereditas quandocunque adita, ex die mortis adita eſſe retrofingatur, *l. heres quandocun-*
13 *que 54. ff. de acquir. hered.* † Vnde & illud eſt, quod quamuis non priùs poſſint valere legata, quàm ſit adita hereditas, *l. ſi nemo 9 ff. de teſtam. tutel. l. ſi tibi homo 86. §. cum ſeruus. de leg. 1. l. ea quam 14. C. de fideic.* legatorum tamen dies cedere dicatur, non ab adita hereditate, ſed à die mortis, ſiue inſpiciamus vetus quod fuit à tempore legis duodecim tabularum vſque ad legem Papiam, ſiue ius nouum, quod induxit Iuſtinianus reſtituendo ius vetus abrogata lege Papia, *in l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollend.* Accedit quod teſtamentum confirmari dicitur à lege, non eo tempore quo aditur hereditas, ſed quo teſtator moritur. Aditio enim quamuis ſit neceſſaria ad hoc vt teſtamentum poſſit effectum ſuum habere, tamen non tam legis quàm hominis ea confirmatio eſt: ob idque non adita hereditate dicimus teſtamentum deſtitui, ab homine ſcilicet non à lege. Nam neque poſſet deſtitui ab homine, ſi non eſſet ante confirmatum à lege, id eſt, ſi non eſſet inſtituto heredi delata hereditas ex teſtamento: quæ porrò ſicut à lege deferri tantùm poteſt, ita & eo tantùm tempore quo confirmauit teſtamentum, & quo teſtamentariam hereditatem lex induxit, *leg. delata 151.*
14 *leg. obuenire 130. ff. de V. S.* † Nec videtur poſſe reſpondere quod fortaſſe quis ex ſuperiore loco Pauli vellet inferre, diem legatæ ſeruitutis non cedere niſi ab adita hereditate, in eóque vitiari regulam iuris communis legatorum. Eſt enim id ſpeciale in vſufructu & in aliis ſeruitutibus perſonalibus, vt ſi legatæ ſint, earum dies non cedat niſi ab adita hereditate, *l. vnic. §. dies autem ff. quand. dies vſufr. leg. ced. l. 1. & 3. leg. ſi habitatio 9 ff. quand. dies leg. ced. dict. leg. vnic. § libertatibus. Cod. de caduc. tollend.* qui omnes loci cùm de vſufructu tantùm loquantur, déque cæteris ſeruitutibus perſonalibus, hoc ipſo excludunt expreſsè ſeruitutes reales, vt intelligamus non idem
15 iuris in iis conſtituendum eſſe. † Dicendum igitur eſt, vt ego quidem exiſtimo, locutum fuiſſe Paulum de tempore aditæ hereditatis, cùm loqueretur de legati die vtiliter cedente, non quia dies legatæ ſeruitutis non cedat à morte teſtatoris vt cæterorum legatorum, ſed quia tùm quoque cùm cedit à die mortis, neceſſe tamen eſt adiri hereditatem antequàm poſſit dici ceſſiſſe, quandoquidem poſtea non adiretur hereditas, verum eſſet dicere nunquàm ceſſiſſe à die mortis. Ac proinde inſpiciendum fuit tempus illud quo inciperet omnimodo certum eſſe valere vtrumque legatum ſeruitutis, quod non potuit certum fieri poſito ita iure, vt inſpici deberet tempus mortis nec ſi ambo teſtatores pariter mortui probarentur, ita vt neſciri poſſet vter eorum prior aut poſterior deceſſiſſet, vt in *l. quod de pariter 16. l. qui duos 9. ff.*
16 *de reb. dub. l. ſi eius 24. ff. ad S. C. Trebell.* † Explicandum illud ſupereſt quod addit Paulus, non ſicut viuentium, ita & morientium actus ſuſpendi poſſe. Pugnare namque id videtur cum eo quod idem Paul. ſcribit *in leg. vſusfructus 26. ff. de ſtipu. ſeru.* vbi ponit differentiam inter legatum & ſtipulationem vſusfructus in perſona ſerui hereditarij, vt quamuis ſeruus hereditarius inutiliter vſumfructum ſtipuletur, ratione illa quòd vſusfructus ſine perſona eſſe non poſſit, vſumfructum tamen eidem legari non prohibeat, *l. ſi ſeruo 18. ff. quib. mod. vſusf. amit.* Et huius differentiæ rationem illã reddit quòd legati vſusfructus dies non cedit ſtatim, ſed adita demum hereditate, ſtipulatio autem pura ſuſpendi non poteſt. Immò quod magis eſt, ibidem ſubiicit, ſi ſeruus hereditarius ſtipuletur vſumfructum ſub conditione, nec hoc caſu valere ſtipulationem, quia quamuis nihil ex ea peti poſſit ante conditionis euentum, atque ita conditione ipſa ſuſpenſa ſit, ſtipulationem tamen ab initio valere neceſſe eſt, viréſque accipere ex præſenti eo tempore, quo interponitur: atque ita videtur Paulus concludere, actus morientium ſuſpendi poſſe, viuentium non poſſe. † Verùm reſpon- 17
dendum eſt differre caſum illum ab eo, de quo nunc tractamus. Nam cùm ſeruus hereditarius ſtipulatur, neceſſe eſt vt valeat ſtipulatio vel eo inſtanti quo ſtipulatur, vel nunquam, cùm eo tempore verba proferantur ex quibus ſolis æſtimatur ſtipulatio. Non poteſt autem valere niſi ex domini perſona, ſiquidem ſtipulatio eſt interdum iuris ciuilis, cui prorſus incognitus eſt ſeruus, niſi quatenus ex perſona domini accipit ſtipulandi capacitatem. Dominus porrò nullus eſt qui ſit capax acquirendi vſumfructum eo tempore quo ſeruus eſt hereditarius, quia quamuis hereditas perſonam defuncti repræſentet in iis omnibus, quæ ſunt iuris, non tamen ſuſtinere illam poteſt quod ad vſumfructum, quippe cum vſusfructus conſtet ex vtendo fruendo, quod meri facti eſt, non iuris, *l. vnic. in princ. ff. quand. dies vſufr. leg. ced. l. 1. § Scæuola, ff. ſi is qui teſt. lib. eſſ. iuſſ.* At in legato vſusfructus aliud eſt, quia cùm eius dies non cedat ante aditam hereditatem, etiamſi homini libero fuerit legatus, fruſtra eſſet quærere, vtrum ante illud ſeu poſt perſona aliqua ſit cui per ſeruum hereditarium legatum vſusfructus acquiri poſſit, ſufficítque vt hereditas illa cuius fuerat is ſeruus hereditarius, habeat heredem & perſonam aliquam veram eo tempore quo aditur hereditas teſtatoris illius, qui vſumfructum legauerat ſeruo alienæ hereditatis. Neque hoc caſu remanet in ſuſpenſo poteſtas legis, ſed propter naturam legati tardius cedit dies quàm fuerit ceſſurus, ſi quid legatum fuiſſet. In ea verò ſpecie quam tractamus de ſeruitutibus legatis à pluribus dominis, dicendum eſſet manere poteſtatem legis in ſuſpenſo, ſi non intercideret legatum eo tempore quo aditur hereditas vnius ex teſtatoribus, cùm certum ſit eo tempore aditionis prioris non poſſe confirmari legatũ, quin ſeruitus pro parte acquiratur, quod fieri multo minùs poteſt. Ergo cùm nec illud fieri queat vt in ſuſpenſo ſit legatum, quod ſola legis poteſtate ſubſiſtit, nihil aliud ſupereſt niſi vt neutrum valeat. Stipulationem verò ſeruitutis hoc ipſo caſu defendimus, non quia poſſit ipſius validitas manere in ſuſpenſo, cum certi iuris ſit talem ſtipulationem partis ſeruitutis ab initio non valere ipſo iure, ſed quoniam ipſius effectum ob contrahentium vtilitatem in ſuſpenſo retinemus, quamdiu ſpes eſt, ſummam vt poſteriore ſtipulatione, & ceſſione prior confirmetur.
† Itaque ſi rationem iuris inſpicias, non differunt hac 18
parte actus morientium ab actibus viuentium. Verum enim eſt neque hos, neque illos ſuſpendi poſſe, *d. l. per fundum 11 ff. ruſtic. præd.* Sed ſi æquitatem & vtilitatem ſpectes, differunt, & differentiæ ratio eſt, quia in vltimis voluntatibus eo tempore quo fit acquiſitio nullius hominis factum verſatur, ſed tantum auctoritas legis quam ſatis eſt confirmare voluntatem defuncti, quæ alioqui ſubſiſtere non poſſet, nec fuit cur alio præmio aut commodo inuitarentur homines ad teſtandum: violari autem ab hominibus poteſtatem legis in ea re, quæ tota pendeat ex ipſius legis liberalitate, iniurioſum ſanè eſſet ac inciuile, quantacunque alicuius vtilitatis ratio obtendatur. At in contractibus iis præſertim qui iure gentium comparati ſunt vt emptio, venditio, permutatio, & alij ſimiles, quãuis etiam iure ciuili confirmentur, & ideo ad iuris quoque ciuilis rationem accommodari debeant, facilius tamẽ eſt vt benigna interpretatione multa in iis admittantur contra ſubtilem iuris rationem propter vtilitatem contrahentium, vt magis inuitentur homines ad contrahendum, qui alioquin non eſſent contracturi. Nec aliud in ſtipulationibus iuris eſt, quamuis ſint ex mero iure ciuili, quia pendent ex negotio contracto, *l. 5. § conuentionales. ff. de verb. obl.* & ex iis potiſſimum contractibus, quos ius gentium introduxit.

CAPVT

CAPVT XVII.

Retractata quæſtio, An coniunctis perſonis non in poteſtate conſtitutis acquiri poſſit aliqua actio ex alterius ſtipulatione.

SVMMARIA.

1 *Alteri ſtipulari neminem poſſe præterquàm ſi filius patri, vel ſeruus domino ſtipuletur.*
2 *Quinque rationibus & argumentis refutatur exceptio à nonnullis Interpretibus addita, niſi proponatur ſtipulatio ab eo interpoſita qui coniunctæ perſonæ prouidere voluerit. & numer. 3. 5. 6. 11. 12.*
4 *Sententia* l. ſi genero 26. C. de iur. dot.
6 *Enodatur & explicatur* leg. ſi pater 33. ff. de pact. dotal.
7 *Non ſemper patrem filio quem in poteſtate habet, nec filium patri in poteſtate eſt vtiliter ſtipulari.*
8 *Ratio dubitandi & decidendi* in d. l. pater.
9 *Non poſſe in ſpecie eius legis ex patris ſtipulatione vtilem actionem filiis accommodari.*
10 *Examinatur* leg. 9. ff. de pact. dotal. *& cum* d. l. pater *conciliatur.*

1 QVæcunque † gerimus, cùm ex noſtro contractu ori-
ginem trahant, niſi ex perſona noſtra obligatio ini-
tium ſumat, inanem actum noſtrum efficiunt, *l. quæcum-
que 11. ff. de O. & A.* Eadémque Vlpiani ſententia eſt *in
l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. De V. O.* alteri ſtipulari nemi-
nem poſſe, præterquàm ſi ſeruus domino, vel filius pa-
tri ſtipuletur: eiúſque rei rationem illam reddit & ele-
gantem & generalem, quòd inuentæ ſint obligationes
omnes ad hoc vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua in-
tereſt. Atqui vt alij detur, nihil intereſt mea, præter-
quàm, inquit, ſi pœnam quis ſtipulatus ſit, puta centum
pœnæ nomine, ſi hoc factum erit, vel non erit, quia in
pœnalibus ſtipulationibus non quærimus an interſit ſti-
pulatoris, ſed tantùm quænam ſit conditio ſtipulationis,
& quænam quantitas pœnæ. Et ſanè cum obligatio om-
nis ſit iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur ali-
cuius rei ſoluendæ vel præſtandæ, *l. 3. de O. & A.* negari
non poteſt quin per eam imminuatur quodammodo li-
bertas ciuis Romani, quod non facilè permittendum
fuit à legiſlatore niſi eo caſu, quo publicæ vtilitatis &
2 ſocietatis ratio idipſum admitti ſuaderet. † Solent tamen
interpretes noſtri ſubiicere exceptionem, niſi ſtipulatio
proponatur ab eo interpoſita, qui voluerit coniunctæ
perſonæ prouidere, quaſi adfectio perſonarum facere de-
beat, vt valeant huiuſmodi ſtipulationes, ad actionem, ſi
non directam, ſaltem vtilem producendam, *ex l. Publia
Mænia 26. in princ. ff. depoſit. l. Caius 26. ſolut. matr. leg.
cum quis decedens 37. §. codicillis. de leg. 3. l. pater 7. Cod.
de pact. conuent.* Quæ ſententia mihi ſemper viſa eſt fal-
ſa, ob idque à me primo Coniecturarum noſtrarum li-
bro confutata, ſed non tam fusè, vt non multa addi poſ-
3 ſint, ex quibus manifeſtius confutetur. † Si quid enim
toto in iure noſtro certum, illud planè certiſſimum eſt,
Quoties alter alteri, quem in poteſtate non habet, ſti-
pulatur, adeò nullam eſſe ſtipulationem, vt non magis
vtilem quàm directam actionem parere poſſit, etiamſi
pater filio emancipato ſtipuletur, aut mater filio, aut
filiæ, aut filia matri, quamuis ſint perſonæ iſtæ coniun-
4 ctiſſimæ. † In eámque rem textus eſt omnium apertiſſi-
mus *in l. ſi genero 26. C. de iur. dot.* quæ loquitur de ſti-
pulatione interpoſita per patrem in fauorem filij eman-
cipati, vt conſtat tam ex illis verbis, *pater communis,*
quàm ex conſequentibus, *tibi extraneo conſtituto.* Non
enim aliter poteſt filius conſtitui extraneus, quàm per
emancipationem, *l. quin etiam 55. in fin. ff. de rit. nupt.* Et
tamen lex ait eo caſu patrem nec ſibi ceſſante voluntate,
nec filio iure prohibẽte actionem quærere potuiſſe: quod
nimirũ modo ſic accipiendum eſt, vt neque directam, ne-
que vtilem quæſiuerit, ne aliter facta interpretatione fa-
tendum ſit Imperatores contra morem ſuum de iuris ſub-
tilitate, magis quàm de effectu, & æquitate reſpondiſſe,
cum in effectu nihil interſit directamne quis actionem
habeat, an vtilem, *l. actio 47 ff. de negot. geſt.* Id enim ip-
ſum eſt quod iidem Imperatores apertius reſcripſerunt
in l. cum patrem 19. Cod. eod. tit. ne iur. dot. ex alieno pa-
cto nullam prorſus competere actionem. Quibus verbis
clarius nihil exprimi potuit vt non minus vtilis quàm
directa actio excluderetur. † Secundò idem probatur *ex* 5
l. pactum dotale 4. Cod. de pact. conuent. tam. ſup. dot. vbi
agitur de pacto dotali per matrem cùm dotem daret, in-
terpoſito, de dote poſt mortem ſuam liberis ſuis reſti-
tuenda. Et cùm ſtipulatio ab ipſis liberis adhibita propo-
neretur, diſtinguit Imp. Gordian. an ſtipulatio illa le-
gitime intercellerit, nécne: vt ſi minùs legitimè, nulla
actio liberis quæri potuerit, neque ex ſtipulatione quæ
non valuit, neque ex pacto dotali matris. Non quòd ex
pacto nunquam naſcatur actio (id enim tùm obtinet
cum pactum eſt nudum, quale dici non poteſt illud quòd
interponitur cùm dos datur, vt ſcriptum eſt *in l. 1. C. eod.*)
ſed quia mater liberis ſuis, quod ad hanc rem pertinet,
extranea eſt, cùm non habeat eos in poteſtate *l. mulie-
rem 5. Cod. de adopt.* Ex pacto autem extraneæ perſonæ
quamuis non nudo, nulla actio dari poteſt: ſed ſi legiti-
ma ſtipulatione interueniente liberi ſibi proſpexerint, tùm
demum ex ea poſſunt agere, ſi modò non ſint in patris
poteſtate conſtituti. Id enim eſt quod lex ait *ſi adhuc vin-
culis patriæ poteſtatis non alligeris,* quomodo certè legen-
dum eſt, non vt vulgò *astigeris.* † Tertio probatur ea- 6
dem hæc noſtra ſententia ex *l. pater 23. D. de pact. dotal.*
vbi cùm proponeretur pater quidam filiæ ſuæ nomine
dotem dediſſe genero, & pactus eſſe, vt ſi filia vno plu-
ribúſve liberis ſuperſtitibus moreretur, maritus partẽ dun-
taxat tertiam dotis retineret, reliquum verò idem patri,
aut poſt ipſius mortem, illi aut illi, filius quos in poteſta-
te habebat maritus redderet, interpoſita etiam in hanc
rẽ ſtipulatione: ſi mulier vero poſt mortem patris in ma-
trimonio relictis filiis deceſſiſſet: Quærit Africanus an
filij ſtipulatoris poſſint duas dotis partes petere ex ea ſti-
pulatione: Et reſpondet poſſe: redditque rationem quòd
eius ſtipulationis hæc vis ſit & poteſtas, vt ſi in matri-
monio mortua eſſet filia, dos patri redderetur, acſi nulla
filiorum ſtipulatoris mentio facta eſſet, perindéque ha-
bendum acſi talis ſtipulatio interpoſita fuiſſet, *ſi nauis
ex Aſia venerit, mihi aut poſt mortem Titio extraneo dare
ſpondes?* Quo caſu ſi poſt ſtipulatoris mortem nauis ve-
niat, non eo quidem magis Titio aliqua actio ex ſtipu-
latu quæretur, cùm perſona ipſius omnino ſit extranea,
ſed tamen perinde ſtipulatoris heredi debebitur. acſi
nulla Titij mentio facta fuiſſet. Itaque non dubitat Afric.
quin propoſita in ſpecie inutiliter concepta ſit ſtipulatio
in perſonis filiorum, etiamſi ſtipulationis tempore in pa-
tris eiuſdémque ſtipulatoris poteſtate fuiſſent: † quia 7
quod dici ſolet, Patrem, filio quem in poteſtate habet,
ſtipulari poſſe, ſicut & filium patri in cuius eſt poteſtate,
vt nimirum vtroque caſu patri per filium & obligatio &
actio acquiratur, *l. eum qui ita 56. §. qui ſibi, verſ. quod ſi
ſoli. Digeſt. de verb. oblig. §. ſi quis alij. verſ. ei verò. Inſt. de
inut. ſtipulat.* id tamen nunc obtinet, cùm ſtipulatio ſit
purè, aut confertur in diem vel conditionem quæ poſſit
exiſtere viuo patre, vt *in leg. ſi filiuſfam. 78. D. de verb.
oblig.* At cùm in id tempus confertur quo pater erit mor-
tuus, ac proinde quo ſublata erit patria poteſtas, non tam
filio videtur ſtipulatus pater quam extraneo quem in po-
teſtate

teſtate non habeat, quoniam in ſtipulationibus cæteriſque contractibus qui conferuntur in tempus inhabile, non tam inſpicimus tempus quo fiunt, vt valeant, quàm tempus in quod conferuntur, vt eorum validitas impediatur, *leg. quod ſponſæ 4. C. de don. ant. nupt. l. Titio cum morietur 51. D. de vſuf.* quod & in libertatis datione quàmuis fauorabili iuris eſt, *l. Stichus 39. D. de manu. teſt.*

8 † Dubitandi ergo ratio apud Africa. illa erat quòd filij quibus pater erat ſtipulatus, in ipſius patris erant poteſtate, ſed decidendi fortior illa, quòd ſtipulatio collata fuerat in tempus quo liberi omnimodo futuri erant ſui iuris.

9 † Quòd ſi Afric. ſenſus ille eſſet, vt ex propoſita ſtipulatione directa quidem actio filiis denegaretur, vtilis tamen accommodaretur, non poſſet verum eſſe, quod ille ait, perinde habendam ſtipulationem hanc, aeſi patris ſolius mentio facta fuiſſet: Nemo enim illo caſu diceret vtilem actionem potuiſſe quæri filiis de quibus nihil in ſtipulatione dictum inueniretur. Neque rurſum illud verum eſſet quod idem Africanus ait, Mortuo ante ſolutum matrimonium patre, dandam ex ea ſtipulatione actionem heredibus, & conſequenter ipſius quoque filiis tanquam heredibus, non ex propria perſona. Non. n. filiis omnibus ſtipulatus fuerat pater, ſed illi aut illi, vt habent verba legis, id eſt alterutri duntaxat: & tamen omnes ſimul admittuntur ad petitionem: Ergo tanquam heredes & nulla ratione habita vtilis actionis, quæ ſemper in effectu præfertur directæ quoties cõcurrunt directa in perſona vnius, & vtilis in perſona alterius, *l. procuratore 55. D. de procur. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebell. l. 1. § ſi au-*

10 *tem. D. de ſuperfic.* † Quò etiam pertinet quod Pomponius ait *in l. ſi ita 9. D. de pact. dot.* Si ita conueniat vt ſi viuo ſocero mortua ſit filia, ipſi ſocero dos reddatur: ſi mortuo ſocero, eius filio reddatur: ſi filio quoque defuncto, totum heredi ſoceri reſtituatur, benigna interpretatione poſſe defendi vtilem eſſe ſtipulationem. Quæ verba oſtendunt manifeſtè, non valere igitur ſtipulationem ipſo iure, cùm ob eam cauſam recurrendum ſit ad benignam interpretationem, vt & *in l. Scæuola 76. D. ad SC. Trebell.* Cur verò non valet ipſo iure? An ex qua parte pactus fuit pater vt ſibi dos redderetur, ſi viuo ſe filia decederet? Minimè. Nihil. n. obſtat quominùs ex ea parte valeat ſtipulatio. An ergo ex poſtremo ſtipulationis capite, quo conuenit vt totum heredi patris redderetur? Ne hoc quidem. Nam quiſquis ſibi ſtipulari poteſt, eundem & heredi ſuo ſtipulari poſſe conſtat, adeò vt nulla quoque facta heredis mentione ſtipulatus ei intelligatur, quippe quòd heres perſonam defuncti repræſentet, *leg. ſi pactum 9. D. de prob.* Nihil ergo eſt quòd hanc ſtipulationem inutilem facere poſſit, niſi quod pater paciſcens & ſuo heredi, mediam filij perſonam interpoſuerit, eique voluit acquirere actionem ex pacto dotali collato in id tempus quo filius morte patris effectus eſſet ſui iuris. An verò ea Pomponij ſententia eſt, vt ex huiuſmodi ſtipulatione aliqua actio debeat dari filio, ſaltem vtilis? Non puto, ex iis ipſis rationibus quas proximè diſputauimus ad Africanum, cum quo alioqui ſanè Pomponius pugnaret. Arbitror igitur hanc Pomponij ſententiam potiùs eſſe, vt interiecta filij perſona non faciat inutilem ſtipulationem, quod ad perſonam heredis, ſed tantùm quod ad perſonam filij. In quo benigna ſanè interpretatione opus eſt, vt ſtipulatio, cuius validitas fuit interrupta per interpoſitam filij perſonam, in heredis tamen perſona conſi-

11 ſtat, perinde aeſi nulla filij mentio facta eſſet. † Quartum argumentum ſoleo ſumere ex *l. inter ſocerum 26. § pen. eo. tit.* vbi tractans Papinianus de filia quæ cùm pro ſe dotem promitteret, pepigerat vt ſi in matrimonio ſine liberis moreretur, matri ſuæ dos ſolueretur, ait ex pacto filiæ nullam matri quæri actionem: Ergo ne vtilem quidem. Non eſt enim nulla, quæ vtilis eſt, cùm in effectu non modo tantùm poſſit quantum directa, *d. l. actio 47. de neg. geſt.* ſed etiam directæ præferatur. Nec in alio patitur noſter Papinianus pactum filiæ prodeſſe matri quam hactenus, vt ſi heres puellæ vltro ſoluerit matri pecuniam dotis, ac poſtea maritus contra placita dotem petere velit, ſiue ab herede, ſiue à matre puellæ, debeat ei obſtare exceptio pacti conuenti, quia nimirum facilius eſt vt ex pacto detur exceptio illi etiam cui non potuit quæri actio, contra eum qui poſt pacti implementum venit aduerſus pactum, quàm vt ex eo aliqua naſcatur actio ſiue directa, ſiue vtilis in fauorem perſonæ, quæ non fuerit in poteſtate ſtipulantis. † Poſtrema ratio eſt ex *leg. debitor 59. 12*
§. vlt. ad SC. Trebell. vbi Paulus ponit mulierem quæ dotem dabat pactam fuiſſe cum marito vt mortua ſe in matrimonio dotis pars matri redderetur, cùm tamen nullam eo nomine ſtipulationem mater interpoſuiſſet, contenta ſcilicet pacto filiæ. Poſtea moriens filia matrem ſuam & maritum ex æqua parte heredes fecerat, & à matre petierat vt hereditatem Titio reſtitueret. Iudex editus & à prætore datus de hereditate, vt antiqui loquebantur, erciſcunda, partem dotis matri adiudicauerat ſupra portionem ſuam hereditariam quaſi ex vtili pacto, id eſt quaſi ex pacto filiæ aliqua matri actio quæſita fuiſſet. Dubitabatur an & ea portio, quam mater quaſi ex vtili pacto illo habuerat à iudice, præſtanda eſſet ex cauſſa fideicommiſſi Titio, cui totam hereditariam portionem reſtituerat. Et reſpondet Paulus non eſſe reſtituendam, duplici ratione. Et quia non quaſi heres, ſed quaſi mater ex pacto eã acceperat: In fideicommiſſum autem hereditatis non aliud venire ſolet, quàm quod fuit hereditatis, *l. in fideicommiſſaria 18. eodem tit.* heredémque rogari oportet non ſolum de hereditate reſtituenda, ſed etiam tanquam heredem, vt SC. Trebel. locus fiat, id eſt, vt in fideicommiſſarium actiones tranſire poſſint, *l. mulier 12. § vlt. eod.* Et quia non occaſione hereditatis, ſed errore ex pacto eam portionem mater habuit: quibus poſtremis verbis apertè teſtatur Paulus erraſſe in propoſito caſu iudicem qui matri adiudicauit partem dotis ex filiæ pacto tãquam vtili, quod tamen erat prorſus inutile, nec magis ad vtilem, quam ad directam actionem producendam. Alioqui ſi ex tali pacto vtilis actio danda eſſet, non erraſſet iudex qui dotis partem in diuidenda hereditate matri præcipuã adiudicaſſet. Quidni. n. potuiſſet ei adiudicare id quod ipſa per vtilem actionem ex ſtipulatu vltro petere & ab inuito coherede extorquere potuiſſet? Errant igitur, quotquot iudicis errorem ſecuti putant adfectioni perſonarum hoc indulgendum eſſe, vt coniunctæ perſonæ per coniunctam vtilis actio acquiratur: ac nec Cuiacium quidem excipio, cui hunc errorem placere potuiſſe & video & miror. Sed eum fefellerunt proculdubio ij iuris loci, de quibus in ſequentibus dicemus.

Capvt XVIII.

De fideicommiſſo quod quis à depoſitario aut alio debitore ſuo reliquerit, ad l. Publia 26. ff. depoſit. & l. ſi pecunia 77. de leg. 1.

SVMMARIA.

1 *Depoſitum* in princip. dict. leg. Publia. *filio neque tanquam filio ex conuentione matris, neque tanquam heredi ex conuentione matris reſtitui.*

2 *Maritum in ea ſpecie pro iure ſuo cum filio prioris thori contendiſſe.*

3 *Pauli dubitatio* in d. l. *quomodo accipienda ſit?*

4 *Depoſitum in dicta ſpecie non actione depoſiti directâ vel vtili, ſed iure fideicommiſſi filio reſtitui.*

5 *Cur eo caſu neceſſarium fuerit D. Pij reſcriptum vt fideicommiſſum depoſitario iniungi poſſet?*

6 *Non potuiſſe D. Pium ſalua iuris ratione facere ne depoſitarius*

poſitarius ille etiam poſt fideicommiſſi ſolutionem ab herede conueniri poſſet.

7 *Ex illo reſcripto per interpretationem prudentum ad debitores porrecto fideicommiſſum a quocunque debitore relinqui poſſe.*

8 *Reſpondetur ad ſecundam obiectionem petitam ex § codicillis* l.cùm quis decedens 57. de leg.3.

9 *Quo iure fratris filius in ſpecie* d. l. codicillis. *actione depoſiti agere poſſit.*

1 RESTAT vt ad leges quas ſupra pro communi opinione attolimus, reſpondeamus: † At primùm ad *l.Publia* a 6 *in princ ff depoſit.* vbi tractat Paulus de depoſito per Publiam Mæuiam facto Caiæ Seiæ, adiectis his verbis, *cum ſalua ſanáque venero reſtitues mihi. Certè ſi aliquid mihi humanum contigerit, reſtitues filio meo, quem ex alio marito ſuſcepi.* Defuncta eſt inteſtata: quærebatur apud Paulum cui res commendatæ, id eſt depoſitæ reſtitui deberent, filióne an marito. Reſpondet Paulus filio reſtitui debere, ſed non aperit quo iure id eſt an tanquam filio ex conuentione matris, an tanquam heredi. Puto ego nihil minùs cogitaſſe Paulum, quàm vt eæ res filio tanquam filio ex matris conuentione reſtituerentur, quaſi aliqua ei quæſita actione ſiue directa ſiue vtili ex ſupradictis matris verbis. Repugnant.n. rationes allatæ à nobis capite ſuperiore. At neque puto Paulum id ſenſiſſe, vt reſtituerentur filio tanquam heredi, quoniam verba illa, *filio quem ex alio marito ſuſcepi*, non obſcurè præ ſe ferunt habuiſſe illam alios liberos ex ſecundo marito, alioqui nihil attinebat addere ſupradicta verba ad demó-
2 ſtrandam perſonam filij, qui vnicus fuiſſet. † Quo tamen admiſſo cùm proponatur defuncta mater inteſtata, fatendum eſt non modò filium ex priore marito ſuſceptum, ſed alios quoque liberos ex poſteriore matrimonio natos ei ab inteſtato ſucceſſiſſe ex S.C.Orficiano pro æquis partibus, *l. matris inteſtata* 4. *D. ad S.C. Tertyl.* & conſequenter ad ſecundum maritum ex perſona communium liberorum, & pro ipſorum portionibus hereditariis hereditatem maternam pertinuiſſe, tanquam ei per liberos acquiſitam, *l.ſacratiſſimi* 9.*eod.tit.l.qui in aliena* 9.*§.ſed ei etſi legitima. D.de acq.her.* Et ob eam nimirum cauſam maritus pro iure ſuo cum filio prioris thori contendebat debere ſibi reſtitui res depoſitas, vt pote ad quem res illæ pro maiori parte pertinerent, ſi plures liberos habere
3 proponeretur, *arg. l.ſi plures* 14.*D.depoſit.* † Aut ſaltem perinde accipienda eſt dubitatio Pauli, acſi quæreret an debeant reſtitui res depoſitæ ſoli filio, an etiam marito; vtrique ſcilicet pro hereditariis portionibus: alioqui non video quænam potuerit eſſe ratio dubitandi pro marito: nec ſi poneres, quod vulgò putant, res ab vxore depoſitas proprias fuiſſe mariti, quia non ob id actio illa poſſet competere marito, cui vxor nec pacta fuiſſet, nec paciſci potuiſſet excepta vindicatione quæ domino datur, & in qua tamen ſi eam maritus idémque dominus proponeret, non poſſet non vincere, iure ſcilicet dominij citra vllam conuentionem. Quamuis ſi eo caſu quo res depoſitæ fuiſſent mulier ei pacta eſſet, vtilis actio depoſiti ex pacto daretur marito, qui vxori heres non fuiſſet, *l.pen. C.ad exhib.* propter coniunctam cum iure dominij conuentionem. Sed ſi ambo illa non concurrant, non poteſt alterutrum facere vt actio vtilis depoſiti acquiratur vel domino, cuius fauore nullum fuit initum pactum, vel ei qui in conuentione nominatus fuerit, ſi dominus non ſit,
4 vt omnium apertiſſimè probat *d.l.pen.C.ad exhib.* † Concludendum igitur eſt, res depoſitas in hac ſpecie reſtitui filio, non actione depoſiti, ſiue directa ſiue vtili, ſed iure fideicommiſſi, quod etiam ab inteſtato poteſt relinqui à quocunque debitore præſtandum, præſertim verò à depoſitario poſt reſcriptum D.Pij qui primus hoc ius induxit, vt refert Vlp. *in l.ſi pecunia* 77. *de leg.*1. & Scæuola *in leg.cùm quis decedens* 27.*§. pater de leg.*3. Non enim potuit Paulus ignorare reſcriptum illud, cùm iiſdem Vlpiani, & Scæuolæ temporibus vixerit poſt Diuum Pium.
† Quòd ſi quis pergat quærere, cur neceſſarium fuerit 5
reſcriptum Diui Pij ad hoc vt fideicommiſſum depoſitario iniungi poſſet, reſpondebo neceſſarium fuiſſe, quia ex ratione iuris fieri non poterat vt tale fideicommiſſum valeret non quidem ea ratione quæ impediret legatum, id eſt quòd non poſſit valere vltima voluntas niſi quæ facta ſit in ſolemni teſtamento (id enim pertinet ad voluntates legitimas, id eſt, legibus cognitas, & præſertim legi duodecim tabularum, non ad fideicommiſſa multò poſt eam legem tempore introducta, vt pote quæ nullam iuris obſeruationem deſiderarent, §. 1. *Inſtitut. de codicill.*) ſed quia intereſt depoſitarij ne poſſit conueniri à fideicommiſſario, & vrgeri ad depoſiti reſtitutionem, quandoquidem non eo minùs remanet obligatus heredi eius qui depoſuit, in quem nimirum tranſlata eſt ipſo iure eadem illa depoſiti actio directa, quæ deponenti competebat, iure ſcil. hereditatis per quam transfunduntur iura omnia defuncti in heredem *l.*1.*§.Scæuola,in fin.ſi quis teſtam. liber.eſſ.iuſſ.l.vlt.& tot.tit.C.de hered.action.* Ita enim fit vt mortuo eo qui depoſuerat, & qui quamdiu vixit, fuit creditor, fiat heres ipſius nomine creditor, vt proinde non aliter poſſit contingere per ſolutionem liberatio, quàm ſi ſoluatur vel heredi ipſi, vel alteri ex ipſius voluntate, *l.inuito* 12.*C.de ſol.iunct.l.ſi ego* 9 *§.res.ff.de iur.dot.* nec poteſt depoſitario prodeſſe quod depoſitum reſtituerit fideicommiſſario ex voluntate defuncti à quo id acceperat. Id enim tunc ei prodeſſe debet, cùm depoſitum reſtituit viuo & iubente deponente, qui eo tempore verus creditor fuiſſet. At cùm per ſpeciem vltimæ voluntatis depoſitum reſtituere iuſſus eſt, non priùs reſtituere iuſſus dici poteſt, quàm is qui depoſuit, deceſſerit: quia omnibus vltimis voluntatibus tam ſolemnibus, quàm cæteris hoc commune eſt, vt morte debeat confirmari nec priùs valeant. Quam ob cauſam ſolemus dicere ambulatoriam eſſe hominis voluntatem vſque ad ſupremum vitæ exitum, *l.*4.*D. de adim.leg.* Defuncto autem eo, qui fideicommiſſum reliquit, ſicut deſiit ille eſſe creditor, qui cœpit eſſe nullus, ita & deſiit voluntas eius poſſe facere vt depoſitarius reſtituendo depoſitum fideicommiſſario ſine heredis voluntate liberari poſſit ipſo iure, quemadmodum in ſpecie non valdè diſſimili tractat Vlp. *in.d.§.ſi res.* Itaque vt valeret huiuſmodi fideicommiſſum neceſſe fuiſſe D. Pium inducere, ac ſi poſt factam à depoſitario reſtitutionem ei cui deponens fieri præcepiſſet, conueniretur depoſitarius ab herede, doli exceptione vti poſſet quomodo ſcriptum eſt *in d.l.ſi pecunia.* † Non .n. potuit 6
D. Pius facere ſalua iuris ratione ne poſſet depoſitarius etiam poſt fideicommiſſi ſolutionem conueniri ab herede, à quo non eſſet ille ipſo iure liberatus: ſed fecit vt actio illa, quæ ſummo iure heredi competit, fiat inutilis per oppoſitam doli exceptionem, quæ & alias dari ſolet contra heredem, quoties per occaſionem iuris ciuilis captat ille lucrum ex damno alieno contra teſtatoris ſui voluntatem, *l.*1.*§ ideo autem,& §. vlt.ff.de doli mal. except.* In propoſito autem facit heres contra voluntatem defuncti, cum agit contra depoſitarium ad repoſcendas ex contractu hereditario res depoſitas, quas depoſitarius alij ſoluerit iubente defuncto, quamuis ſoluerit herede ignorante, vt proinde cùm fideicommiſſo huiuſmodi grauatur depoſitarius, aliud quoque fideicommiſſum tacitum hoc ipſo inducatur fauore depoſitarij, quaſi videatur heres tacitè rogatus ei remittere depoſiti actionem. Quorum omnium nihil prudentes inducere potuiſ- 7
ſent, niſi Imperatoris auctoritas interueniſſet. † At poſt illud reſcriptum, ſicut nihil cœpit intereſſe depoſitarij an depoſitum reſtitueret heredi an fideicommiſſario non magis quàm ſi per reſtitutionem fideicommiſſario factam liberatus eſſet ipſo iure, (nihil ſiquidem intereſt quod ad effectum rei pertinet, an ipſo iure quis nullam actioné habeat an quæ per deceptioné infirmetur, *l.nihil intereſt* 112. *de reg. iur.*) ita cœpit reſcriptum largiùs

accipi,

accipi, & per interpretationẽ prudentum vtilitatis gratia
porrigi ad quemcunque debitorem, quamuis de depoſi-
tario tantùm locutus fuiſſet D. Pius, vt hodie verum ſit
à quocunque debitore fideicommiſſum relinqui poſſe
8 *d.l. ſi pecunia. & d.§. pater.* † Secunda obiectio eſt ex *d.
l.cùm quis decedens 47.§. codicillis. de leg. 3.* vbi videtur
Scæuola dare depoſiti actionem fratris filio ex cõuentio-
ne cum patruo inita. Sed facilis reſponſio eſt,non de illo
quæri apud Scæuolam, verum fratris filius, ex conuen-
tione patrui actionem depoſiti directam aut vtilem ha-
beat, ſed illud tantum an ad depoſitam pecuniam pro-
bandum ſufficerent verba codicillorum, quibus teſtator
idipſum expreſſerat, hoc etiam addito, quod iuraſſet
patruo eam ſe pecuniam fratris filio aliquando reſtitutu-
rum. Reſpondet verò Scæuola, nihil cauſæ eſſe, cur non
debeat credi ſcripturæ præſertim ob auctoritatem iuriſ-
iurandi quod affirmaueerat teſtator à ſe præſtitum fuiſſe,
vt & aliis pleriſque caſibus magna vis iuriſiurandi eſ-
ſe ſolet non tantùm ad implendam probationem depo-
ſiti, quæ alioqui etiam ſine iureiurando ex ſola depoſi-
tarij confeſſione facile impletur, vt in ſpecie *d.l.Publia.
§.1.depoſ.* ſed etiam ad validandam ſupremam volunta-
tem, quæ alioqui foret inutilis vt in ſpecie *l.cum pater
9 77.§.filius matrem, de leg.2.* † Proinde ſi quæratur quo
iure fratris filius agere poſſit depoſiti actione in ſpecie *d.
§.codicillis.* Reſpondendum eſt, Iure hereditario, quia
patrui heres erat, vt in dubio credendum eſt, ſiue inte-
ſtatus patruus deceſſiſſet. Quod etſi Iuriſconſultus non
exprimit, facit tamen iuris ratio vt omnino ſubintelligi
debeat, quia termini habiles ſemper ſupponendi ſunt.
Itaque non aliam ob cauſam pertinet hoc reſponſum ad
tit. De leg.& fideic. quam quòd ea ſcriptura de cuius vi-
ribus quærebatur, facta eſſet in codicillis, non quod fi-
deicommiſſum vllum deberetur. Siquidem certum eſt
non poſſe valere fideicõmiſſum, quoties debitor relinquit
creditori quod ei debet, ſi neque tempore, neque loco,
neque cauſa, aut alio modo plus ſit in fideicommiſſo aut
legato, quàm in debito,*l. ſin autem 29.de leg.1.l. Mauius
66.in prin.& verſ. debitor l.debitor 82.de lega. 2.* Sicut è
contrario reſponſum Pauli in *d.l. Meuius*, non alia ra-
tione pertinet ad tit. depoſiti, quàm quod fuerant de-
poſitæ res de quarum reſtitutione quærebatur: quod
iam à nobis lib. 1. obſeruatum eſt.

CAPVT XIX.

Obſeruata Triboniani manus in l. Caius 45. D. de ſolut. matrim. l. quodcunque 45. § ſi quis ita. de verb. oblig l. pater. C. de pact. conuent.

SVMMARIA.

1 *Pauli reſponſum in* d.l. Caius *quo ex ſtipulatione aui materni actio vtilis nepti datur ſpeciali æquitatis ratione niti.*
2 *Illud Pauli reſponſum à Triboniano æquitatis prætextu deprauatum fuiſſe.*
3 *Cur in eius legis ſpecie nec directa nec vtilis actio ex aui materni ſtipulatione nepti competere poterit?*
4 *Eam actionem non magis patris nepti quàm ipſi nepti accommodari.*
5 *Quibus gradibus Tribonianus ad Pauli reſponſum interpolandum progreſſus ſit?*
6 *Neptem in propoſita ſpecie ſolutionis cauſa ab auo materno adiectam non fuiſſe.*
7 *Dicta nepti, etſi ſolutionis cauſà adiecta poneretur, auitam conuentionem nihil prodeſſe.*
8 *Quibus rationibus Tribonianus eo caſu vtilem actionem nepti accommodandam probet?*

9 *Retractat auctor quod ad* l. pater 7. C. de pact.conu. *poſtremò obiectam lib. 1. re ponderat.*
10 *Vera & accommodatior ad dictam legem reſponſio.*
11 *Exemplum vtilium actionum quas* datiuas *vocant in* d.l. *propoſ., vbi datiuarum à natiuis differentia explicatur.*
12 *Nullam in lege propoſita vtilem actionem ex aui ſtipulatione naſci, ſed ex æquitate accommodari.*
13 *Eam actionem vtilem non tam ab Impp. quam à Triboniano Iuſtiniani conſtitutionibus noto accommodari.*
14 *Triboniani manus obſeruatur in* §. ſi quis ita l. quodcunque. ff. de verb. oblig.
15 *Varia Tribonianiſmi veſtigia in* dict. l. pater, *obſeruantur.*

TErtia † obiectio eſt ex *l. Caius 45. D. ſolut. matrim.* 1
vbi ex ſtipulatione aui materni datur actio vtilis
nepti, quæ tamen non in aui materni, ſed in patris ſui
erat poteſtate. Verùm ex ipſis verbis legis apparet reſ-
ponſum illud habere ſpecialem rationem non tam iuris
quàm æquitatis propter concurrentem fauorem dotium,
& nuptiarum, vt lex ait. Quæ enim poſtea ſubiungitur
ratio, *& maximè propter adfectionem perſonarum*, ex
abundanti potius adiecta videri debet, vt intelligamus
ſolum fauorem nuptiarum facere non poſſe vt ea ſtipu-
latione extranei actio illa vtilis detur, niſi concurrat
etiam adfectio perſonarum, at non etiam vt adfectio ſola
poſſit ſufficere ſi cæteræ rationes non concurrant. Idque
iam à nobis aliàs traditum eſt. † Sed tamen vt eloquar 2
ingenuè quod ſentio, non dubito quin elegãs illud Pauli
reſponſum, vt & alia innumera, deprauatum ſit à Tribu-
niano prætextu neſcio cuius æquitatis commentitiæ, &
fauore dotium, quibus ille paſſim plus æquo fauere ſolet.
Neque id obſcurum eſt meo iudicio, ſiue iuris rationem
ſpectemus, ſiue contextum verborum, ab illis præſertim,
ſed dicendum eſt, vſque ad finem. Vbi quod ſcriptum
legimus, *ſed permittendum eſt vtilem actionem*, non puto
poſſe conſtrui, nec à Priſciano ipſo, niſi ea velit accipere
pro phraſi Græca, quæ tanto magis prodit Tribonianum
græciſmis illis vti ſolitum, quibus nunquam vti videas
Paulum, qui fuit Patauinus. † Cæterùm non poſſe in il- 3
la ſpecie quæri actionem aliquam nepti ſiue directam, ſi-
ue vtilem, conſtat, non ea eo ſolùm quòd cùm non eſſet
neptis in aui materni poteſtate, inutiliter ſtipulatio in
ipſius perſonam collata fuerat, quod apertè Paulus fa-
tetur, cùm ait, *Reſpondi, in perſona neptis videri inutili-
ter ſtipulationem eſſe conceptam, quoniam auus maternus ei
ſtipulatus proponitur: quod cùm ita eſt, heredi ſtipulatoris
quandoque diuerterit mulier, actio competere videtur.* Sed
etiam quia cùm eſſet ea neptis in patris ſui poteſtate, vt
prima legis verba probant, fieri non potuit, vt ſi qua
actio ex ea materni aui ſtipulatione quæſita erat nepti, ea
non ſtatim patri per filiam acquireretur, *l placet. 79. ff. de
acqu. her. l pactum dotali. 4. C. de pact. conuent. tam ſup.
dot.* † Et cùm quærit Paulus An & cui actio huiuſmodi 4
ſtipulatione cõpetat: non tam poteſt dubitare an cõpetat
heredi aui materni ex vna parte, an nepti ex altera, quàm
vtrũ competat heredi quem auus maternus reliquerit, an
patri neptis, cũ eã ob cauſã in proponẽda facti ſpecie po-
nat auũ maternũ priorẽ defunctũ vita ſtatim poſt ſtipula-
tionem, & deinde neptem ſine culpa ſua diuertiſſe viuo
patre ſuo, in cuius erat poteſtate. Cui etiam conuenit,
quòd cùm ad propoſitam quæſtionẽ reſpondet, non ait
actionẽ nepti quæſitã eſſe, vel non eſſe, ſed in ipſius per-
ſona inutiliter conceptã ſtipulationẽ, vt hoc ipſo ſignificet
nullã ex ſtipulatu actionem quæri potuiſſe non ſolum
nepti, ſed neque ipſius patri. Ex quo poſtmodum infert
ille, quod ex ratione iuris veriſſimum eſt: non alij ergo
quàm heredi aui materni actionẽ ex ea ſtipulatione poſ-
ſe cõpetere. † Sed cùm ita Paulus præciſè reſpondiſſet, 5
Trib. vt ſuæ diſtinctioni & opinioni viam ſterneret,

quarum neutra competere dicitur, ſed vtraque dari. † Prodit denique Tribonianum in *d.l. pater* contextus ipſe verborum, adeo contortus eſt, & male concinnatus, cùm nominatiuus ille *pater* in principio legis poſitus, nullum verbum habeat à quo regatur in vltima legis parte, ſine qua tamen prior pars neque ſenſum vllum habere poteſt, neque conſtructionem, vt liceat in coniecturam venire, ſic ab Imperatoribus conceptam fuiſſe legem, & his verbis, *Pater pro filia dotem datam genero, ea prius in matrimonio defuncta, nepotibus pactus reſtitui his actionem quærere non potuit*, vt & in *dict. l. pactum dotale 4. C. eod. tit.* Tribonianum verò vt ſuam illam æquitatem, & vtilem actionem induceret, adieciſſe primùm de ſuo dictionem *licèt*, deinde totam illam clauſulam, *tamen vtilis eis ex æquitate accommodabitur actio*, repetita inſulsè dictione illa *actio*, quæ multò aptiùs poterat ſuppleri ex illis præcedentibus, *actionem quærere non potuit*. Certè Tribonianum fuiſſe facilem in actionibus vtilib. inducendis, etiam iis caſibus quibus non idem prudentibus videbatur, conſtat ſatis ex *l. 2. C. per quas perſon. oblig. non acquir. & ex l. ſi in cauſa. 27. in fin. ff. de procurat.* iunctis iis quæ ad eam legem ſcripſi in Rationibus, & ex aliis quàm plurimis & ſimilibus iuris noſtri locis.

Capvt XX.

Quid Iuſtinianus ſignificare voluerit iis verbis *& alijs quibuſdam modis*, in §. omnium. Inſtit. de action. & de præiudicialibus actionibus & interdictis.

SVMMARIA.

1 *Omnes obligationes ex quibus perſonalis actio naſci poteſt, varias cauſas habere.*

2 *Quinque variæ Doctorum interpretationes ad illa verba*, & aliis quibuſdam modis. & numer. 3. 4. 7. & 10.

5 *Diuerſas eſſe actiones* in rem ſcribi. *&* in rem dirigi.

6 *Actionem quod metus cauſa, & ad exhibendum, nec non interdicta, licèt quod ad conditionem formulæ in rem ſcribantur, in certam tamen perſonam dirigi.*

8 *Vulgaris Doctorum interpretatio ad* l. diffamari. C. de ingen. manumiſſ.

9 *Vera eius legis ſpecies & interpretatio.*

11 *Actiones præiudiciales non in perſonam ſed in rem eſſe.*

12 *Rei vindicationem pro præiudicialibus actionibus ſufficere potuiſſe ſi fieri poſſet vt liber homo vindicaretur.*

13 *Præiudiciales actiones licèt cæteris realibus actionibus per omnia non ſint ſimiles, non ideò minùs verè ac purè reales eſſe.*

14 *Cur præiudiciales appellentur?*

15 *Plerumque de ſtatu perſonæ quæri non ad iudicium aliquod poſtea dictandum à prætore, ſed aliam ob cauſam de qua prætor ipſe poſtea cognoſcere debeat.*

16 *Præiudiciales actiones magis propriè præiudicia quàm actiones dici.*

17 *Cur per ſpecialem actionem in rem libera perſona non petatur?*

18 *Alio iuris loco probatur præiudiciales actiones propriè in rem eſſe.*

19 *Verbis illis*, ſi aliis quibuſdam modis *eas obligationes ſignificari ex quibus actiones in rem ſcriptæ naſcuntur.*

20 *Duo earum actionum exempla afferuntur.*

21 *Interdicta actionibus in perſonam non actionibus in rem eſſe adſcribenda.*

22 *Natura extraordinariarum actionum quæ in vicem interdictorum competunt.*

OBligationes † omnes ex quibus perſonalis actio naſci poteſt, varias habere cauſas nemo neſcit. Aut 1
enim ſunt ex contractu vel quaſi, aut ex maleficio vel
quaſi, aut ex alio proprio quodam iure ex variis cauſarũ
figuris, vt Caius loquitur in *l. 1. in princ. D. de obl. & act.*
Et conſequenter eſt quod Iuſtin. ſcribit in *§. omnium.*
Inſt. de action. omnes actiones quæ in perſonam proditæ
ſunt eſſe contra eum qui ſit obligatus, aut ex contractu,
aut ex maleficio, aut aliis quibuſdam modis. Quæ tamen
verba quem ſenſum habeant magnis contentionibus
certant interpretes. † Et vulgo quidem creditur iis ver- 2
bis ſignificari obligationes quæ naſcuntur ex quaſi contractu, aut ex quaſi maleficio: ſed tamen recentiores
ferè omnes magis probant quod & iam olim Accurſius
ſuſpicatus eſt, ſignificari quid abſtruſius, quoniam de
iis obligationibus quæ ex quaſi contractu, aut ex quaſi
maleficio naſcuntur, dubitari vix poterat, quin continerentur appellatione illarum, quæ aut ex contractu aut ex
maleficio naſcuntur. † Sunt autem qui cum Franci- 3
ſco Hotomanno putent eas actiones ſignificari, per quas
intendat actor aduerſarium non quidem dare aut facere
oportere, ſed quid aliud, puta Tradere, reſtituere, exhibere, quod ſanè prorſus improbabile eſt cum iſta omnia
faciendi verbo contineantur, *l. faciendi 175. l. licet. 58. l.*
verbum Facere. 218. D. de verb. ſignific. † Alij verò poſt 4
Cuiacium, & Vueſenbecium referunt ad eas actiones
perſonales quæ in rem ſcriptæ dicuntur, puta, inquiunt
ad actionem ad exhibendum, quod metus cauſa, & ad
interdicta, quaſi in iſtis omnibus intendat actor aliud
quidpiam, quam ſibi dare aut facere aduerſarium oportere, proptereà quòd non in perſonam, ſed in rem generaliter concipiantur. In quo tamen grauiter meo quidem
iudicio decipiuntur. † Sic enim loquuntur, quaſi idem 5
ſit, actiones in rem ſcribi & in rem dirigi, quæ tamen
ſunt omnino diuerſa. Scribuntur enim in rem etiam eæ
quæ ſunt perſonales, quas tamen in rem dirigi æque nemo vere dixerit † Nec illud rurſus verum eſt, quod 6
iidem volunt actiones iſtas generaliter in rem ſcriptas
eſſe, quaſi ob eam cauſam fiat vt non dirigantur in perſonam certam, quam poſſit actor intendere dare ſibi aliquid, vel facere oportere. Quamuis enim ſcriptæ ſint
in rem quod pertinet ad conditionem formulæ, non tamen diriguntur generaliter in rem, aut in rei poſſeſſorem quemlibet, vt vindicationes, ſed in perſonam certam quam perinde actor intendit dare aliquid debere vel
facere, atque ſi in rem ſcripta actio non eſſet: vt in
actione Ad exhibendum intendit actor aduerſarium debere exhibere: in actione Quod metus cauſa, debere reſtituere: in interdictis debere vel exhibere, vel reſtituere, vel tollere, aut quid aliud eiuſmodi præſtare: quæ
omnia iam diximus faciendi appellatione contineri †
Sunt alij qui putent his verbis ſignificari actiones quaſ- 7
dam valde ſingulares, & quæ nonnullis caſibus ex magna æquitate contra iuris regulas communes ſint comparatæ, etiam aduerſus eum qui nullo modo ſit obligatus
: quarum tamen exemplum vix vllum habent, quod proferant, niſi vnum ex *l. diffamari. 5. C. de ingen. manumiſſ.*
† quam legem interpretes plerique ſic accipiunt vulgò, 8
vt qui iactitat ſe aliquas habere contra me actiones, ſiue
perſonales, ſiue reales, poſſit cogẽte me iuberi à iudice vt
iis actionibus experiatur, tametſi nolit agere: ita vt ſi nõ
agat, perpetuũ ei ſilentium imponatur, nec eas actiones
mouere vnquã poſſit, ne tũ quidẽ cùm volet. Quod quãquã pugnat euidẽter cũ ea iuris regula, quæ non patitur,
vt inuitus quiſquã agere, vel accuſare cogatur, *l. vnic. C.*
vt nem. inuit. ager. vel accuſ. cogat. volunt illi nouo id iure
inductũ eſſe beneficio iſtius legis, nec habent aliud nomen quo actionem hanc tam nouam exprimant, niſi vt
vocent actionem ex remedio legis *Diffamari.* † Quæ ta- 9
men lex ſi bene intelligatur, nil minùs quàm ad rem
pertinet, non ob id ſolùm quòd caſum tractet valde
ſpecialem, & in quo magnus adeſt fauor ingenuitatis

tur, non peti liberas perſonas, ne quidem eas, quæ ſunt
iuris noſtri, quales ſunt liberi quos habemus in pote-
ſtate. Petendos enim eſſe, aut præiudiciis, aut interdi-
ctis aut cognitione prætoria, niſi forte, inquit, adiecta
cauſa quis vindicet, puta, ſi quis vindicet filium ſuum
in ſua poteſtate conſtitutum, adiecta cauſa illa, *ex iure
Quiritium*, aut quod idem eſt, *ex iure Romano*: quod
tamen quomodo accipiendum ſit, latiùs in Rationa-
libus noſtris ad eum locum, faciente Deo, dicemus.
28 † Cæterum probat etiam locus ille apertiſſime, præiu-
diciales actiones propriè in rem eſſe, & nullo modo
in perſonam, cum poſſint etiam aliquando dici vindi-
cationes. Immò & eleganter & ſæpe apud Iureconſul-
tos dicitur vindicare ſe in libertatem, aut quod idem
eſt, vindicare ſibi libertatem eum, qui ſe dicit liberum
cùm ab alio tanquam ſeruus peteretur: & contra vin-
dicari in ſeruitutem eum cui ſit controuerſia ſtatus
19 quaſi ſeruus ſit, cùm ipſe tamen ſe pro libero gerat. †
Dicendum igitur eſt, ni fallor, Iuſtinianum in verbis,
& aliis quibuſdam modis, nihil aliud ſenſiſſe, niſi illud
ipſum, quod Caius in *d.l.1. in princ. D.de oblig. & act.*
cùm ſcripſit naſci obligationes non tantùm ex contra-
ctu aut maleficio, vel quaſi, ſed etiam proprio quodam
iure, ex variis cauſarum figuris. Verumque verò non
alias obligationes ſignificare voluiſſe, quam ex quibus
naſcuntur actiones in rem ſcriptæ. Habent.n. illæ ſin-
gulæ proprium ſuum ius, & propriam cauſam nulli alij
actioni communem, quamuis habeant hoc cum cæte-
ris actionibus perſonalibus commune, quòd per eas,
æque ac per cæteras intendit actor aduerſarium facere
20 aliquid oportere. † Exemplum eſto, In actione ad ex-
hibendum intendit actor aduerſarium debere rem ex-
hibere, nec tamen poſſis dicere quo iure illum habeat
obligatum (cùm is aduerſus quem agitur, neque con-
traxerit vel quaſi, neque deliquerit vel quaſi (niſi pro-
prio quodam iure ipſius actionis, quia ſcilicet per ad-
uerſarium, eundémque poſſeſſorem ſit quominùs poſſit
actor vindicare rem ſuam, quippe quòd vindicatio
non poſſit fieri niſi in rem præſentem, & quæ oculis
ſubiecta poſſit demonſtrari, vt apparet ex ſolemni illa
vindicationis formula, *Hanc rem ex iure Quiritium
meam eſſe aio*. Nec enim fieri poteſt vt prætor permittat
dirigi actionem in rem, quæ non videatur, & quæ vbi
ſit, neſciatur. Ac proinde neceſſe omnino eſt ex hac
cauſa vel nullam dari actionem in re aduerſus poſſeſ-
ſorem, qui non vult rem exhibere, vel ſi qua detur,
dari in perſonam ad hoc vt vel rem exhibeat, vel ſi non
exhibere perſeueret, in omne id quod actoris intererit,
condemnetur. Idémque tractari poteſt de omnibus
aliis cauſis ex quibus actio ad exhibendum competit.
Non enim ei tantùm datur, qui eſt vindicaturus, ſed
etiam illi qui interdicto experiri velit, aut denique cu-
ius aliquo modo interſit, ſi tamen fieri nequeat vt niſi
re priùs exhibita ius ſuũ exequatur, *l.3.§.eſt autem, cum
ſeqq.ff.ad exhib.* Similiter in actione quod metus cauſa,
intendit actor debere ſibi rem reſtitui à poſſeſſore qui-
dem, tanquam ab eo, qui ſit obligatus, at non eo con-
tractu vel quaſi, ex maleficio vel quaſi, ſed proprio
illius actionis quodam iure, quia fieri nequit vt res
quam quis alienauit, licèt per vim aut metum ei de-
beat reſtitui, prætertim ab eo quoque qui nec vim nec
metum intulerit: quin adſit obligatio aliqua eius reſti-
tuendæ: quam obligationem ratio illa inducit, quod
æquum non ſit lentire quem damnum ex eo, quod
quamuis ipſe fecerit, non tamen niſi per vim vel me-
tum coactus fecerit. Idque adeò verum eſt, vt etiamſi
contra illum ipſum agatur, qui vim aut metum intulit,
non idcirco tamen dici poſſit obligationem naſci ex
delicto, quia delictum nullum committi poteſt in vo-
lentem. Qui autem vim vel metum patitur, licet coa-
ctus velit, vult tamen, vnde dici ſolet coactam volun-
tatem etiam voluntatem eſſe, *l.ſi mulier 21.§.vlt.ff.quod
met.cauſ.l.ſi metus 85.de acq.her.l.ſi patre cogente 22. de
rit.nupt.* Ideoque neceſſaria eſt in integrum reſtitutio
ad reſcindendum id quod per vim vel metum geſtum
eſt, quæ tamen non eſſet neceſſaria ſi actus ipſo iure
non teneret, vt neque neceſſaria eſt ei cui res per
vim erepta fuit. † Contrarius eiuſdem Vulterij error 21
in eo eſt, quòd putat interdicta actionibus in rem ma-
gis quàm in perſonam eſſe adſcribenda. Etſi enim ſunt
illa omnia de poſſeſſione vel adipiſcenda per eum qui
fatetur ſe nec poſſidere, nec vnquam poſſediſſe, vel re-
tinenda per eum qui dicit ſe poſſidere, vel recuperanda
per eum qui dicit ſe quidem hodie non poſſidere, ſed
antea poſſediſſe, idcóque non dantur niſi contra poſ-
ſeſſorem, ſicut nec in rem actiones (quæ ſola viro doctiſ-
ſimo errandi cauſa fuit) diriguntur tamen omnia in
perſonam certam, ſcilicet poſſeſſoris, non in rem vllam
certam, vt videre eſt in contextu omnium, quotquot
ſunt, edictorum. Quod etiam nomen ipſum interdicti
demonſtrat, quod ſignificat probibere, tametſi non om-
nia interdicta ſint prohibitoria, ſed quædam etiam ex-
hibitoria, quædam reſtitutoria. Atqui non rebus, ſed
perſonis ſolis prohibitio fieri poteſt, nec rurſus poteſt
res ipſa, vel exhibere quicquam, vel reſtituere. † Idem- 22
que conſtituendum eſt de actionibus illis extraordina-
riis quæ hodie competunt in vicem interdictorum, vt
oſtendit titulus ipſe De interdictis, ſiue extraordinarijs
actionibus, quæ pro iis competunt. Retinent namque in
omnibus naturam interdictorum, nec alia de cauſa ex-
traordinariæ appellantur, niſi quòd non apud iudicem
pedaneum, vt extraordinarium erat, tractari debeant,
ſed ſicut interdicta apud prætorem ipſum, qui omnes
de poſſeſſione quæſtiones cognitioni ſuæ reſeruauerat,
tanquam quæ maioris eſſent momenti, non quidem in
comparatione proprietatis æſtimandæ, quæ ſanè ſemper
eſt pretioſior, ſed propter publicam vtilitatem, vt om-
nes rixarum occaſiones tutiùs & citiùs tollerentur. So-
lent enim rixæ ob cauſam poſſeſſionis potiùs quàm pro-
proprietatis emergere *l.1.§.inde quæritur.ff de oper.noui
nuntiat.l.ſi cuius 13. aliàs l.æquiſſimum ff.de vſufr. §.vlt.
Inſt. de interdict.*

ANTONII FABRI
I.C. SEBVSIANI, SERENISSIMI
SABAVDIÆ DVCIS
CONSILIARII AB INTIMIS,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Præſidis Primarij,

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS
LIBER VIGESIMVS ET POSTREMVS.

CAPVT PRIMVM.

Interpretatio l. Areſcuſa 15. D. de ſtatu hominum.

SVMMARIA.

1 *Conſectaria ex illo iuris principio elicita, quo qui in vtero eſt perinde habetur ac ſi iam natus eſſet, ſi de eius commodo agatur.*

2 *Ad filij ingenuitatem ſufficere quod mater aliquo inſtanti libera fuerit, vel quòd libertatis ſpem habuerit, cuius conditio ante partum editum extiterit.*

3 *Hoc ipſum non tam fauore libertatis quam vi ſuperioris principij fieri.*

4 *Per tempus partus inſtans illud ſignificari quo partus nondum editus ſit, & conſequenter quo adhuc in vtero ſit.*

5 *Eum qui ex matre partus tempore liberâ naſcitur, vt liber naſcatur non eſſe pro iam ante nato habendum.*

6 *Natum ex matre qua tempore conceptionis libera, partus vero ancilla erat, vt liber ſit, pro nato antequam natus ſit habendum eſſe.*

7 *Hoc ipſum non fauore libertatis ſed perſonæ ad cuius commodum libertas pertinet, introductum eſſe*

8 *Obiectio & ratiocinatio Interpretum ad* d.l. Areſcuſa.

9 *Nihil eius legis ſpecie intereſſe an eos qui ſecundo partu editi ſunt pro natis habeas ex die conceptionis, an non.*

10 *Plures vno partu editos ſimul atque vno impetu concipi.*

11 *Non magis liberos naſcituros omnes eos qui vno partu ex Areſcuſa nati ſunt, licèt ex die conceptionis pro natis haberentur.*

12 *Poſthumum licèt nondum natus pro iam nato habeatur, non idcircò bis naſci.*

13 *Contenditur in propoſita legis ſpecie quoquot poſteriore partu editi ſunt liberos naſci, nec editionis ſeu natiuitatis ordinem attendi.*

14 *Conditionem illam, ſi tres pepererit tunc impleri quum mulier parere incipit, nec ad libertatem requiri vt iam impleta ſit.*

15 *Aliud eſſe ad implendam conditionem eſſe, aliud verò adimpletam eſſe debere.*

16 *Eum qui ex Areſcuſa primo partu ſolus naſcitur ſeruum naſci, tres illos qui ſecundo partu licèt ordine editi ſint liberos naſci.*

17 *Non tot eſſe partus quot naſcuntur ex vno partu liberi, ſed vnum.*

18 *Verba illa* d.l. incipiente partu *ad ſecundum partum referenda eſſe.*

19 *Hoc poſito conſequens eſſe vt tres illi ex vnico ſecundo partu editi liberi tanquam nati naſcantur.*

20 *Ad hoc vt Areſcuſa libera ſit, ſufficere ſi conditio exiſtat, non etiam requiri vt extiterit.*

21 *Caſum illum quo mulieri ſub conditione*, ſi decem millia heredi Titiove dederit, *libertas data eſt, ſuperiori caſui quo ſub illa conditione,* ſi tres pepererit, *ſimilem eſſe.*

22 *Diſſimilitudo inter hos caſus à Bartolo conſtituta.*

23 *Parturiens quænam dicatur.*

24 *Inſtans partus incipientis ab inſtanti partus perfecti & iam editi diſtinguendum eſſe.*

IVRIS † noſtri principium certiſſimum eſt, eum qui in vtero ſit, perinde haberi acſi iam natus eſſet, quoties de commodo ipſius quæritur, licet alij antequàm naſcatur, non proſit, *l. qui in vtero 7. D. de ſtat. homin.* Inde fit vt ſi qua mulier libera conceperit, deinde ancilla pepererit, natus ex ea liber ſit, ſiue ex iuſtis nuptiis, ſiue vulgo quæſitus proponatur, *l. & ſeruorum 5. § ingenui, eodem titulo.* vbi quamuis ratio illa reddatur, quòd non debeat calamitas matris ei nocere qui in vtero eſt; nullius tamen ponderis ratio eſſet, niſi ſupponeret eum, qui in vtero eſt habendum pro nato. Quod magis eſt, ſi ſtatulibera quæ reuera interim ſerua eſt, pœnæ ſerua facta ſit, & poſt damnationem ſtatutæ libertatis conditio extiterit, quamuis ipſi ſtatuliberæ nihil proficiat, partui tamen id proficere placuit, vt perinde liber & conſequenter ingenuus naſcatur, atque ſi mater damnata non eſſet. *l. ſi ſtatulibera 6. ff. de ſtatulib.* 1

quo

quo loco additur, idem dicendum eſſe ſi hæc ſtatulibe-
ra, quæ in ſeruitute conceperat, deinde ab hoſtibus capta
ibi pepererit poſt exiſtentem conditionem. Nam & hunc
poſtliminio liberum fieri, & ingenuum, adeóque ſi
2 apud hoſtes, non ſolùm editus, ſed & conceptus eſſet. †
vt intelligamus ſufficere ad filij ingenuitatem, non mo-
dò quod mater aliquo inſtanti fuerit libera, ſed etiam
quòd habuerit ſpem libertatis, licèt interim reuera fue-
rit ſerua, ſi modò ſperatæ libertatis conditio aliquando
tandem extiterit, antèquam partus ederetur. Denique ſi
ancilla iam prægnans manumiſſa ſit, deinde ancilla po-
ſtea facta, aut expulſa ciuitate pepererit, magis proba-
tum eſt, liberum naſci & ſufficere ei qui in ventre eſt,
liberam matrem, vel medio tempore habuiſſe, vt ſupra-
dicto loco ſubiicit Marcianus. Quid enim commodius
aut vtilius poſſit contingere poſthumo, quam vt & liber
3 & ingenuus naſcatur? † Putet fortaſſe aliquis fieri hoc
fauore libertatis potius quam quòd is qui in vtero eſt,
pro iam nato habeatur, idque apparere ex eo quod æ-
què dicimus ſufficere quòd mater libera pariat, licèt an-
4 cilla conceperit, *dict. §. ingenuus.* ſed non ita eſt. † Tempus
enim partus cùm dicimus, inſtans illud ſignificamus
quo partus nondum ſit editus, & conſequenter quo ad-
huc in vtero ſit, quemadmodum inſtans mortis vitæ
computamus, *leg. qui duos* 18. §. 1. *ff. de teſtam manumſ. l.
ſi à pluribus* 107. §. 1. *de legat.* 5. Nam ſicuti non mori-
tur is, qui iam mortuus eſt, ſed is demum qui adhuc vi-
uit: Ita nec parit illa quæ partum iam edidit, & quæ pe-
perit, ſed quæ nondum edidit. Hoc ipſo igitur, quod
dicimus naſci liberum eum, qui matrem habet partus
tempore liberam, ſignificamus haberi eum pro nato priuſ-
quàm natus ſit. Nam nec naſcitur is qui iam natus eſt,
5 ſed qui nondum natus. † Deinde reſpondeo, etiamſi
partus inſtans ſeparare velis ab eo inſtanti, quo filius ad-
huc in vtero ſit, fieri ex ratione naturali & ex lege na-
turæ, vt qui naſcitur ex matre eo natiuitatis tempore
libera, ſit liber, quamuis toto anteriore tempore fuerit
ſerua, *l. vltim. Cod. de lib. cauſ. l. lex natura* 24. *ff. de ſtat.
homin.* quia eo demum inſtanti, quo quis eſt editus in-
cipit eſſe homo, *l. in falcid.* 9 *ff. ad legem Falcidiam.* Eſſe
autem liberum, qualitas eius eſt qui iam homo ſit. Ho-
minum enim ſumma diuiſio eſt, vt alij ſint liberi, alij
ſerui. Itaque vt naſcatur hic liber, nil neceſſe eſt fin-
gere iam antea fuiſſe illum habendum pro nato, quini-
mò ſicut re ipſa & naturaliter verum eſt non fuiſſe illum
natum priuſquam editus fuerit, ita negamus poſſe fieri
per fictionem, vt pro iam ante nato habeatur, quoniam
ea fictio illi noceret, faceretque vt qui iam ſemel vel vno
inſtanti ſeruus, aut pro ſeruo habendus fuiſſet, ſola nati-
uitate libertatem conſequi non poſſet quam à domino
non accepiſſet, quantumuis cùm mater partus tempore
libera edidiſſet. Libertatem namque iure gentium amiſ-
ſam natura ſola reſtituere non poteſt, incipitque neceſ-
ſarium eſſe beneficium manumiſſionis, quæ vel à lege
6 fiat, vel ab homine. † At hæc ipſa ratio facit vt natus ex
ea quæ ancilla peperit, licèt libera conceperit, non aliter
poſſit liber eſſe, quàm ſi in ipſius commodum inducatur
fictio per quam retro fingatur ille iam tum natus eſſe cùm
conceptus fuit, in *l. Imperator Hadrianus* 18. *ff. de ſtat.
homin.* Eſt enim generalis illa ſententia *dict. l. vltim Codic.
de liber. cauſ.* Eos qui naſcuntur, ex ancillis ſcilicet, ma-
trum conditione vti, quarum mox vtilitas bus exponun-
tur: nimirum qui naſcuntur ex iis ancillis quæ nunquam
liberæ fuerint, quamdiu prægnantes fuerunt. Non quòd
ſi mater medio tempore aut ipſo inſtanti conceptionis
libera fuerint, filius matris conditionem non ſequatur
(ſemper enim & neceſſario ſequitur quiſquis non ex le-
gitimis nuptiis natus eſt, *dict. l. lex natura. leg. cùm legiti-
timæ* 59. *eodem titul.*) ſed quia eo caſu habetur pro nato
7 priuſquam natus ſit. † Hoc ipſum verò fauore non liber-
tatis, ſed perſonæ ad cuius commodum libertas maximè
pertinet. Eſtque hæc res ex earum numero, in quibus
ex poſtfacto apparet, quid antea fuerit, *l. qui res* 98. § *rem
autem ff de ſolut. l. hinc ſcripturæ* 15. § *ad legem Aquiliã.
l. quædam* 15. *ff. de reb. dub. l. Neratius* 7. *ff. de teſtam. ma-
nu.* † His tamen valde obſtare videtur, quod ſcriptum 8
eſt in *l. Areſcuſa* 15. *ff. de ſtat. hom. & in l. ſeq.* vbi tracta-
tur de libertate data ancillæ ſub hac conditione, *ſi tres
pepererit*, nec dubitatur quin ſiue primo partu vnum, ſe-
cundo tres pepererit, ſiue primo duos, ſecundo item
duos, ſolus liber ille ſit, qui vltimus natus eſt, cæteri ve-
rò tanquam ex ancilla nati ſerui ſint. Et tamen ſi pro na-
tis haberentur eo tempore quo concepti eſſent, conſe-
quens videretur vt quotquot vno illo poſteriore partu
editi eſſent tãquam ex ea editi quæ iam libera peperiſſet
liberi naſcerentur. Sic enim plerique ex interpretibus, vt
ſubtiles agant, ratiocinantur ad *d. l. Areſcuſa*, quaſi ſin-
gularis ille caſus ſit in quo is, qui in vtero eſt, non ha-
beatur pro nato, quamuis de ipſius commodo agatur. † 9
Sed, meo iudicio, parum ſubtilis, ne dicam inepta ob-
iectio eſt, non ob id ſolùm quòd conditio illa *ſi tres pe-
pererit*, ad factum ipſum partúſque tempus relata fictio-
nem nullam admittat, quia conditionum omnium natu-
ra illa eſt vt impleri debeãt in forma ſpecifica, earúmque
verba naturaliter & propriè non ciuiliter & fictitiè intel-
ligi, *l. qui heredi* 44. *l. Mæuius* 55. *de cond. & demonſt.* ſed
etiã quia in propoſita ſpecie nihil poteſt intereſſe an eos
qui ſecundo partu editi ſunt pro natis habeas ex die con-
ceptionis, an non. Eadem enim ratio ſemper faciet vt
non niſi ex ancilla nati videri poſſint, cùm ab ancilla
concepti fuerint: adeóque eſſent peioris conditionis ſi
conceptionis quam ſi natiuitatis tempus inſpiceretur.
Omnes námque quotquot eſſent ſerui, tanquam omnes
vnico impetu concepti, cùm tamen inſpecto partus tem-
pore certum ſit & indubitatum naſci liberum ſaltem eũ,
qui vltimus naſcitur, quia vt ſcriptum eſt in *d. l. Areſcu-
ſa*, non patitur natura vt ſimul vno impetu duo infantes
de vtero matris excedant. † Atqui eadem natura non ſo- 10
lum patitur vt quotquot vno partu eduntur, ſimul quo-
que & vno impetu concepti ſint, ſed etiam repugnat vt
alius poſt alium concipiatur, quandoquidem ſecundum
Philoſopos & medicos fœminæ non ſuperfœtant, aut ſi
quando id accidit, monſtro & portento ſimile eſt, quod
ab ordinario naturæ tramite aberrat. Sed etiã alius poſt
alium conciperetur, neſciri tamen poſſet quis primus,
aut ſecundus, aut vltimus conceptus eſſet, ac proinde in-
certitudo illa impediret libertate, etiam illius qui vltimus
eſſet conceptus, ſicut euenit vt cùm neſcitur quo ordine
nati ſint, non appareat vter in ſeruitute aut libertate naſ-
catur, atque ita libertas omnium impediatur quemadmo-
dum eadem lex ait. † Denique prorſus ridiculum eſt di- 11
cere, futurum vt liberi naſcerentur omnes iſti vno partu
ex Areſcuſa nati, ſi ex die conceptionis pro natis ha-
berentur. Nam qui ſemel habiti eſſent pro natis ad hoc
vt Areſcuſa partus tempore conditionem iam impleuiſ-
ſe videretur, quomodo poſſent, obſecro, ex ea quæ iam
libera renaſci vt ob hoc ipſum liberi naſci viderentur?
An non implicat contradictionem vt idem homo bis
naſcatur? aut vt ex inſtanti conceptionis intelligatur &
natus & non natus? Natus vt matrem faciat liberam: non
natus, ne non ſit ipſe liber, ſi ante quæſitam matri liber-
tatem natus retrofingatur. † Aliis quidem caſibus, in
quibus diximus poſthumum haberi pro nato, fateor eue- 12
nire vt non eo minus poſtea naſcatur, adeò vt nec locus
ſit fictioni, niſi reuera naſcatur, *l. in cuius* 18. *D. quand dies
leg. ced.* Sed non idcirco bis naſci intelligitur, imò quan-
docunque intra legitima tempora natus, ex inſtanti con-
ceptionis natus creditur, aut ſi de libertate quæramus ex
eo inſtanti quo matrem liberam habuit, & ita quidem
natus vt non ſimul intelligatur non natus. At vt eodem
inſtanti, & ad eundem effectum & natus & non natus
videatur, nulla fictione fieri poteſt, quia non magis con-
tradictionẽ implicare fictio poteſt, quàm natura, *l. adopt.*
56. *D. de adop.* Adde quod in ſpecie *d. l. Areſcuſa.* de

matris commodo & libertate principaliter agitur, de commodo autem & libertate liberorum, non niſi per conſequentias: quo caſu certum eſt eum, qui in vtero

13 ſit non haberi pro nato. † Sed videamus ne quod in *d.l. Areſcuſa*, ſcriptum eſt, eum ſolum naſci liberum qui poſteriore partu poſterior natus eſt, à ratione iuris omnino alienum ſit, & quod prorſus conſequens eſt, Tribon. potiùs quàm Tryphonino adſcribendum. Nam cõtra Iuriſconſultum diſputare nec poſſem, nec deberem: contra Tribon. agere non pudet, quem paſſim video mera veri iuris ignoratione tot prudentum reſponſa tam malè corrupiſſe. Defendo itaque in propoſita ſpecie naſci liberos quotquot poſteriore partu editi ſunt, nec proinde curandum eſſe quo ordine nati & editi proponantur. Mouet me ratio illa iuris, quam ipſa Triph. verba incautè à Trib. relicta probant apertiſſimè, quod incipiente partu, id eſt eo primum inſtanti quo mulier parere incipit, conditio illa exiſtit, ſub qua erat data libertas, ſi tres pareret. Nec quod ordine naſcantur, & in lucem edantur, facit vt temporis ſucceſſione aliqua opus ſit ad implendam conditionem, Non.n. ideo minùs verum eſt vnicũ partum eſſe, vt oſtendunt ea verba legis *primo partu vnũ, ſecundo tres peperit*: item illa, *incipiente igitur partu*. Cur verò vnicus partus eſt? quia licèt non vnico impetu excedant de vtero matris, vt Tribon verbis vtar, tamen vnico impetu conceptos omnes fuiſſe neceſſe eſt, ne con-

14 tra naturam ſuperfœtatio in fœmina inducatur. † Conditio igitur illa *ſi tres pariet*, tunc impletur cum mulier incipit parere, i. tùm primùm, cùm incipit eum edere qui primus in lucem prodit, quia cùm collata ſit conditio in tempus partus, certum eſt quod iam ſupra diximus, mulierem parere non cùm iam edidit partum, ſed cum edit, ac proinde priuſquam ediderit. Aliud namque inſtãs eſt quo partus editur, aliud quo iam editus ſit, quemadmodum & aliud inſtans eſt, quo impletur cõditio, aliud quo iam ſit impleta. Illud præcedit, hoc ſequitur. Porrò vt libertas Areſcuſæ data ſub cõditione illa, *ſi tres pariet*. ei poſſit competere, ſufficit impleri conditionem, nec illud etiam requiritur, vt iam ſit impleta. Fit enim vtrumque eodem ipſo momento, vt & competat libertas, & conditio impleatur: veluti, inquit lex, ſi quælibet alia cõditio mulieris libertatis appoſita, parturiente ea exiſtat, vel manumiſſa in teſtamento ſub hac conditione, *ſi decem millia heredi, Titiòve dederit*, eo momento quo parit, per alium impleuerit conditionem. Quibus caſibus eſſet non dubitandum quin iam libera peperiſſe crederetur, vt lex ait. Et tamen non poſt impletam conditionem peperiſſet, ſed eo ipſo inſtanti quo conditio impleretur. Ergo ſi recta comparatio eſt quam rectam eſſe vult Tryphon. cùm impleatur conditio illa *ſi tres pariet*, in illo ipſo inſtanti primo partus, non poſt partum, fateri neceſſe eſt quicquid poſtea naſcitur, eo partu tanquam ex libera muliere editum liberum naſci. Quid.n. erat quod impediret ne libertas teſtamento data competeret ante partum? Hoc vnum, quòd libertati adſcripta erat conditio *ſi Areſcuſa*

15 *tres pareret*. † Quæ conditio vtique adimplenda mulieri eſt vt Trib. ait, & ego admitto, ſed aliud eſt adimplendã eſſe, aliud verò adimpletam eſſe debere. Nam eo inſtanti quo iam impletur, adimplenda amplius non eſt, nec tamen dici poteſt adhuc impleta, quia & naturæ & intellectus ordine prius eſt vt impleatur, quàm vt ſit impleta. Denique qui dicit adimplendam eſſe tempus futurum demonſtrat: qui adimpleri, tempus preſens, qui ad-

16 impletam eſſe, tempus præteritum. † Solus igitur ſeruus ille naſcitur qui ex Areſcuſa primo partu ſolus naſcitur, tres illi qui in ſecundo partu naſcuntur, licèt ordine editi tamen omnes liberi editi ſunt, quaſi vnico editi partu quia ſemel & ſimul concepti fuerunt. Partus enim an vnus ſit, an multiplex, non tam ex editione, quam ex conceptione æſtimandum eſt. Vnde & vnus venter dicitur; & vnus vterus, & pariter ac eodem tempore, adeóque ſimul naſci qui vnico illo partu eduntur, licèt ordine; & alius poſt alium, *l. antiqui 3. ff. ſi pars hered. pet. l. vtrum 7. in illis verbis, cum quinque liberis quos vno fœtu enixa eſt. D. de reb dub l. 3. §. eſt autem tractatum. De ſuis & legit. l. ſi pater 36. ibi, quæ quinque ſimul peperit. D. de ſolut.* ſicut è contrario vnico abortu duodecim puerpetia eiecta fuiſſe refert Plinius lib. 7. c. 11. † Iſque pri- 17

mus Triboniani error fuit, qui & Bartoli, & cæterorum volgò interpretum, quòd exiſtimarunt tot eſſe partus, quot naſcuntur ex vno partu liberi. Moti tantum ex eo, quod natura non permittit vt ſimul vno impetu duo infantes de vtero matris excedant: ad quam rationem nos iam reſpondimus. † Et ſuauis eſt Bartolus, qui ea Try- 18

phonini verba *incipiente partu*, exponit de quatro partu, quæ tamen non niſi de ſecundo exponi poſſe indicant præcedentia illa, *ſecundo tres peperit*. † Eo autem præ- 19

ſuppoſito, de quo nec dubitari poſſe arbitror, vt de ſecundo partu Tryphoninus ſenſerit, ſequitur neceſſariò quod volumus, tres iſtos ex vnico illo ſecundo partu editos, liberos natos eſſe tanquam natos, non quidem poſt impletam conditionem, quod nec fuit neceſſe, ſed eo ipſo inſtanti & momento, quo conditio implebatur. Id enim quod Tryphoninus ait *incipiente partu, exiſtens conditio efficit, vt ex libera edatur, quod poſtea naſcitur*: ſiquidem negari non poteſt quin illud inſtans ſecundi partus incipientis ex quo vno tres naſcuntur, præcedat editionem tam eius qui primus quàm eius, qui poſtremus naſcitur. Nam editum iam eſſe filium vnum longè plus eſt quam incipere partum, cùm vel ipſum *incipiendi* verbum exprimat primum inſtans partus ac proinde illud quo parturiat mulier, non quo iam peperit. Quod apertiùs ſignificat Tryphoninus cùm ſubiicit, *parturiente ea*, & rurſum, *eo momento quo parit*. Nec enim aut parturit, aut parit mulier, multò minus incipit parere quæ iam filium licèt vnum tantùm edidit. † Ex hoc autem primo errore 20

alius quoque Triboniani & interpretum natus eſt, quòd putarunt non aliter poſſe Areſcuſam liberam eſſe, quàm impleta iam conditione: quod falſum eſt, licet quod ex falſa præſuppoſitione inferunt, verum ſit, non priùs impletam poſſe dici conditionem quam tres filii fuerint perfectè editi, vt loquitur Bartolus. Falſam verò eſſe hanc præſuppoſitionem probant ea ipſa Tryphonini verba quę nos iam retulimus, *incipiente partu, exiſtens conditio*. Non enim dixit Tryphoninus, *impleta conditio*, ſed *exiſtens*, quia primo partus inſtanti non poteſt eſſe impleta, ſed impletur, & vt intelligamus ſufficere conditionem eo inſtanti exiſtere, vt eo ipſo inſtanti libertas competere incipiat, nec requiri vt iam extiterit: Aliud namque eſt conditionem exiſtere, aliud extitiſſe. † Tertius Bartoli & in- 21

terpretum error, quòd caſum illum, quo data ſit libertas mulieri ſub conditione illa *ſi decem millia heredi, Titiove dederit*, & conditionem illam per alium impleuerit eo momento quo parit volunt eſſe diſſimilem huic, quem nos tractamus de conditione ſic concepta *ſi tres pariet*. cùm tamen Tryphoninus ſimilem eſſe dicat, nec Tribonian. ipſe id negare auſus, qui ſic volente Deo, vt aliqua nobis ad eruendam veritatem lux ſupereſſet, partem hanc legis incorrectam reliquit. fortaſſis quia vim & ſententiam Iureconſulti non fuit aſſecutus. † In qua autem 22

diſſimilitudinem aut diſſimilitudinis rationem Bartolus conſtituit: nimirum in eo, inquit, quod conditio fuit impleta, & fuerunt data decem ipſa parturiente, & antequàm pareret, quod non eſt in conditione noſtra: ridicule ſanè & contra ipſa legis verba. Ponit enim Tryphoninus data fuiſſe decem eo momẽto quo mulier parit. Ergo non priuſquam pareret, ſicuti nec poſtquam iam peperiſſet, ſed in primo ipſo inſtanti partus. Quod idem inſtans ſignificatur aliis illis verbis *parturiente ea*: quæ Bartolum non ſatis in Latinitate verſatum haud dubiè fefellerunt. † Sic enim ille accepit, quaſi parturiens mu- 23

lier ea ſit, quæ grauida, & prægnans eſt, & quæ nondum parit, cũ è contrario parturire tùm dicatur, cũ incipit parere, nec adhuc peperit. Vnde ſolemus dicere *dolores mulie-*

ru

ris parturientis, & ob id potiùs per conditionem illam, *ſi decem millia heredi dederit*, non per mulierem ipſam impleri, ſed per aliud, quia fieri nullo modo poteſt vt per mulierem ipſam in primo ipſo partus inſtanti impleatur. Eandémque rationem conſtituit harum conditionum, & alterius cuiuſlibet, quæ libertati mulieris appoſita exiſtat ea parturiente, nullo ipſius mulieris aut alterius pro eo facto interueniente, puta *ſi Titius Conſul factus erit*, aut, *ſi nauis ex Aſia venerit*. Nam ſi eo ipſo momento quo mulier parit, Titius Conſul fiat, aut nauis ex Aſia veniat, certum eſt, ex eo quoque ipſo momento competere libertatem, ac proinde quicquid poſteà editur, liberum eſſe, nec minus eum qui primo loco editus ſit, quàm qui tertio ſi plures editos proponas. Quidni ergo in propoſito caſu ſimiliter dicemus, tres omnes filios vnico ſecundo partu ex Areſcuſa editos, & liberos eſſe
14 & ingenuos, tanquam ex libera natos? † Denique & Triboniani & Bartoli perpetuus error ille fuit, quòd non diſtinxerunt inſtans partus incipientis ab inſtanti partus perfecti & iam editi, nec proinde inſtans quo impletur conditio ab inſtanti quo eſt impleta. Quæ tamen ſunt diligenter & ſubtiliter diſtinguenda ſi ad exactam veràmque iuris rationem diſputatio inſtituatur. Sed ad reliqua pergamus.

Capvt II.

Quando inſpiciendum ſit tempus quo conditio impletur, & quando tempus quo ſit impleta. Et ad l. vlt. ff de condit. inſtit. l idem erit. 16. de ſtat. homin.

SVMMARIA.

1 *Quibus locis decepti Interpretes poſt Bartolum crediderint in ſpecie* d.l. Areſcuſa. *conditionis iam impleta tempus ſpectandum?*

2 *Multum ea parte intereſſe an de ea re agatur quæ, niſi conditio vim & poteſtatem iuris ſuſpenderet, ipſo iure ex teſtamento competeret, an de ea quæ poſt impletam conditionem non ipſo iure ſed facto aliquo acquiri aut competere poſſit.*

3 *De qua acquiſitione accipiendum ſit quod dici ſolet legatum etiam ignoranti legatario acquiri?*

4 *Libertatem ſeruo vel ancillæ directò & purè legatam ſtatim à morte teſtatoris ipſo iure & irreuocabiliter acquiri.*

5 *Eam quæ ſub conditione legata eſt, eo inſtanti quo conditio impletur ipſo iure competere.*

6 *Aliud in acquiſitione hereditatis & aliorum legatorũ conditionalium duplici ratione obtinere.*

7 *Libertatem Areſcuſæ directò ſub conditione datam eo inſtanti quo conditio impletur ipſo iure deberi.*

8 *Libertatem fideicommiſſariam Areſcuſa ſub conditione,* ſi tres pepererit, *relictam nonniſi impleta conditione ab herede deberi.*

9 *Ratio diſſimilitudinis inter directam & fideicommiſſariam libertatem.*

10 *Eo caſu quo fideicommiſſaria libertas Areſcuſa ſub prædicta conditione data eſt, incipiente partu conditionem quidem exiſtere, ſed non ideò liberam fieri, ac proinde ſeruos naſci quotquot eo partu naſcuntur.*

11 *Declaratur* l. vlt. ff. de cond. inſt. *& ad ſuperiorem ſententiam aptatur.*

12 *Natos ex Areſcuſa ſiue primo ſiue ſecundo partu editi ſint liberos naſci, dummodo non pauciores tribus, ſi primo, aut duobus ſi ſecundo naſcantur.*

13 *Totam* l. idem erit 16. ff. de ſtat. homin. *Triboniani eſſe.*

ILlud † potiſſimum apud Tryphoninum explicatione 1
dignum eſt, cuius ignoratione Tribonianus cæterique noſtri interpretes in errorem acti ſunt, vt conditionis iam impletæ tempus ſpectandum putauerint. Cùm ſufficiat exiſtere conditionem eo ipſo momento quo mulier parit, neque neceſſe ſit iam antè extitiſſe: ſiquidem negare non poſſumus, quin regulariter ita ius comparatum ſit, vt expletam conditionem eſſe oporteat priuſquàm peti poſſit id quod non niſi ſub conditione relictũ fuit, vt *in l. qui heredi 44. § vltim. de cond. & demonſtran.* in illis verbis *non antè ad hereditatem admitteretur, quam ſi omnem ſummam dediſſet*, qui certè locus Bartol. fefellit, vt apparet ex vltim. ipſius oppoſitione. Poſſis etiam pro Bartolo in eandem ſententiam adducere quod Caius ſcribit *in l. facta 63. § ſi ſub conditione, ad SC. Trebell. ibi, vtique autem teſtator niſi expleta ſit conditio neque ſcriptum heredem ad hereditatem vocauit, neque per hunc illi voluit*
reſtitui hereditatem, cũ aliis ſimilib. quingentis. † Sed animaduertere Bartolus debuit, aut potius Tribonianus, qui 2
prior errandi cauſam Bartolo tribuit, multum intereſſe an de ea re agatur quæ ipſo iure ex teſtamento competeret, & acquireretur ſi conditio ſola vim & poteſtatem iuris non ſuſpenderet, cuiuſmodi eſt directa libertas de qua *in d. l. Areſcuſa*: an verò de ea re quæ poſt impletam quoque conditionem, non tamen ipſo iure acquiri aut competere poſſit, ſed facto aliquo in eam rem opus ſit vt puta de hereditate, quemadmodum in ſupradictis locis. Nam ei qui hereditatem vel legatum ita accepit, *ſi decem dederit*, neque legatum, neque hereditas aliter acquiri poteſt, quam ſi poſt impletam conditionem id egerit ſcriptus heres aut legatarius, per quod hereditas aut legatum acquiri ſolet, *l ei qui 13 ff. de cond. inſtit.* i. quam hereditatem aut legatum expreſsè agnouerit. Exiſtens enim conditio nihil aliud facit, niſi vt quod ſub conditione relictum eſt, pro ea habeatur acſi purè relictum eſſet, *l potior 11. D. qui potior. in pign. hab.* Atqui ex eo ſolo quòd quis aut heres aut legatarius purè ſcriptus eſſet, non ideo tamen aut hereditatem aut legatum ſibi acquireret, niſi ſecuta demùm hereditatis aditione, vel legati agnitione. Et quidem de hereditate dubium eſſe non poteſt, quia extra cauſam neceſſariorum heredum nemo inuitus hereditati obſtringitur aut inuitus heres fit, *leg. qui in aliena 6. l ſi quis mihi 25. § iuſſum. D de acq. hered. leg. 4. D. ad S.C. Trebell. leg. nec emere. 16. C. de iur. delib.*
† De legato autem quamquam dici ſolet acquiri illud le- 3
gatario etiam ignoranti, *l. cum pater 77. § ſurdo, de leg. 2. l. filiusfam. 17. in fin. D. qui teſtam. fac. poſſ.* adeoque tranſire dominium legatæ rei à teſtatore in legatarium recta via, *l. à Titio 64. de furt.* quaſi numquam factum heredis, *leg. legatum 80. de leg. 2.* Id tamen non de acquiſitione irreuocabili intelligi debet, qualis illa eſt quæ per legati agnitionem inducitur, ſed de reuocabili, hoc eſt, quæ non impedit quominùs legatum à ſe repellere legatarius poſſit, atque ita facere vt nunquam ipſius fuiſſe videatur, *l. ſi tibi homo 86. § cum ſeruus, de leg. 1.* Alioqui conſtat id quod ſemel acquiſitum fuit repudiari amplius non poſſe, *leg. 1. § decretalis. ff. de ſucceſ. edict.* † 4
Sed in legatum libertatis datæ ſeruo aut ancillæ diſtinctio hæc cadere non poteſt, quia ſtatim atque mortuus eſt teſtator, ſicut per legem 12. tab. confirmatur totum teſtamentum, ita & libertates, adeò vt directæ ſtatim cõpetant & ipſo iure, adeóque irreuocabiliter, non expectata ſeruorum voluntate, quia nec recuſare poſſunt, quominùs etiam inuiti liberi fiant, *l vlt § fin vero quidam. C. de teſta. manu.* quemadmodum & ſi heredes ſcripti eſſent, inuiti ac neceſſarij heredes fierent ipſo iure, *l. neceſſarius*
57. in fi de acq her † Itaque cum libertate data ſub con- 5
ditione, nihil præter conditionem ſit quod impediat quominùs ipſo iure competat libertas, prorſus conſequens eſt, vt ſublato conditionis obſtaculo, libertas competat ſtatim, & ipſo iure, perinde acſi purè data eſſet. Atqui obſtaculum conditionis tollitur eo ipſo inſtanti in quo condi-

ditio impletur, nec in eam rem expectari neceſſe eſt, vt
ſit impleta, quoniam conditio tota æſtimatur ex eo quod
pendet. Vnde paſſim legimus *pendere conditionem* & *pen-*
dente conditione. Tum potiùs deſinit pendere cùm imple-
6 ri incipit, licet nondum ſit impleta. † Qui tractatus lon-
gè diuerſus eſt cùm agitur de legati aut hereditatis ac-
quiſitione, quæ factum aliquod hominis requirit. Etſi
enim perinde verum eſt deſinere conditionem pendere
eo ipſo inſtanti quo impleri incipit, non ideo tamen fit
vt eo ipſo inſtanti quicquam acquiratur, quoniam ac-
quiſitionem præcedere debet factum hominis, & decla-
ratio aliqua voluntatis: quæ declaratio ſicut fieri non
poteſt ante exiſtentem conditionem, quandoquidem
conditio quamdiu pendet, impedit declarationem, *l. ſi ita*
ſcriptum ſit 45. § ſi ſub conditione, de leg. 2. l. cedere diem
213. de verb. ſign. ita nec in ipſo inſtanti exiſtentis con-
ditionis: Idque duplici ratione. Et quia non ſicut lex cer-
ta eſt de iis omnibus quæ vel iam facta ſunt, vel fiunt,
tametſi quòd ad homines ſint incerta, *l. cum ad præſens*
37. cum duab. ſeqq. ff. de reb. cred. l. ſi ita ſtipulatus 120. *de*
verb. obl. l. venire 84. de acqu. her. ſic & homo ſcire poteſt
inſtans quo impletur conditio, ita vt illud ſecernat ab in-
ſtanti quo iam ſit impleta (inſtantia enim illa ſenſui no-
ſtro ſunt imperceptibilia.) Et quia non quemadmodum
lex, ita homo facere quicquam poteſt in inſtanti, cùm
nec natura ipſa niſi in tempore operetur. Ex quo fit vt
neque in eo inſtanti quod proxime ac immediate ſequi-
tur impletam conditionem, ſub qua hereditas relicta, aut
aut legatum, poſſit heres vel legatarius voluntatem ſuam
declarare, tametſi ſciat impletam conditionem. Quare
mirandum non eſt quod Iuriſconſulti ſic loquuntur, vt
eo caſu non niſi poſt impletam conditionem hereditas
7 aut legatum acquiratur. † At in legata libertate, ac dire-
ctò data nuſquam idem proditum reperias, quia cùm
ipſo iure competat & ſola legis poteſtate, lex autem cer-
ta ſit, quo demùm inſtanti conditio impleatur, nihil om-
nino prohibet quominus eodem inſtanti eadem lex con-
ferat libertatem, non expectato alio inſtanti in quo verum
8 ſit iam impletam eſſe conditionem: † Itaque ſi fingas
non directam libertatem de qua hucuſque locuti ſumus,
ſed fideicommiſſariam Areſcuſæ datam ſub eadem con-
ditione, *ſi tres pareret*, non idem reſpondebo. Fideicom-
miſſaria enim non competit, ſed debetur, & ab homine
præſtanda eſt, *l. etſi 9. l. ſi ſeruus 11. C. de fideicom. libert.*
vt è contrario directa ipſo iure competit, quamuis non
contingat niſi adita demum hereditate *l. 3. C. de teſtam.*
manum. non etiam præſtatur, *l. directis verbis 10. eod.* Præ-
ſtari autem fideicommiſſaria non poteſt ab herede eo
ipſo inſtanti quo impletur conditio, id eſt, quo incipit
partus Areſcuſæ tres filios parientis non ob eas ſolum ra-
tiones quas iam attulimus, quæ hoc etiam caſu militant,
ſed ob id quoque quòd non prius poſſit præſtari fideicō-
miſſaria libertas ex voluntate teſtatoris quam deberi cæ-
perit, nec poſt idem inſtans eſſe quo & debeatur & præ-
ſtetur. Deberi enim & debitam eſſe libertatem idem eſt,
licet impleri & impletam eſſe conditionē valdè diſtēt, vt
9 diximus. † Et ratio huius diſſimilitudinis eſt, quia con-
ditionis implementum facti eſt, libertatis verò debitum,
iuris: In iis quæ facti ſunt, diſtinguuntur neceſſariò in-
ſtantia, quoniam implicat contradictionem vt eodem in-
ſtanti quid fiat, & factum ſit: id enim demùm fit quod
nondum factum eſt. At in iis quæ ſunt iuris, nulla tem-
poris diſtinctio eſt, quia ius operatur ſemper in inſtanti,
vt diximus & ſicut idem ius ſemper eſt, ita & in quolibet
10 inſtanti idipſum ſemper operatur. † Cui conſentaneum
eſt, vt quamuis incipiente partu illo ſecundo, ex quo tres
filios Areſcuſa edidit, cui ſub conditione libertas data
fuerat per fideicommiſſum, *ſi tres pareret*, non minus ve-
rum ſit exiſtere conditionem, quàm ſi libertatem dire-
ctam meruiſſet, non tamen perinde poſſit dici libera, quia
vt fiat libera non ſufficit impleri, imò nec impletam eſſe
conditionem, ſed illud præterea requiritur vt ab herede
fuerit manumiſſa, quod eo ipſo partus inſtanti fieri ex
ſupradictis rationibus nullo modo poteſt. Ergo & tres
illos filios eo caſu omnes ſeruos naſci admittendum eſt,
nec minus eum qui vltimus, quàm qui primus natus eſt,
quia quotquot ex muliere naſcuntur filij, ſiue ante ple-
tam conditionem datæ libertatis, ſiue ante præſti-
tam libertatem, dum ne libertati præſtandæ mora do-
lo malo ab herede facta ſit, ſerui naſcuntur, & ad he-
redem iure dominij pertinent, *leg. tertia, Cod. de fidei-*
commiſſ. libert. Non poteſt autem videri heres dolo malo
feciſſe moram libertati, quòd Areſcuſā hanc nō in ipſo par-
tus inſtanti manumiſerit, cui nimirum eo primùm inſtāti
libertatē debere cœpit, & quam præterea nec ſi voluiſſet,
in inſtanti manumittere potuiſſet, non magis quàm libe-
ram eam facere citra manumiſſionem, *l. 4. C. ſi mancip.*
ita fuer. alien. Neque verò aut naturæ, aut iuris noſtri ra-
tio patitur vt eodē inſtanti quis incipiat & debere & mo-
ram contrahere in præſtando eo quod debet, *l. promiſſor*
21. § 1. D. de conſtit. pecun. iunct. l. mora 32. D. de vſur. † 11
Atque in hanc ſententiam, & eorum quæ diximus con-
firmationem, accommodatiſſimus textus eſt in *l. vlt. ff. de*
cond. inſti. vbi Papinianus tractans de filio ſuo herede ſub
conditione poteſtatiua inſtituto, diſtinguendum ait
an conditio talis ſit, quæ vltimo vitæ momento ſaltem per
alium filij nomine impleri poteſt, qualis illa eſt, *ſi Titio*
decem dederit, an verò talis quæ vltimo illo inſtanti ne-
queat impleri, puta *ſi Capitolium aſcenderit*. Priore caſu
ait filium hunc, quamdiu vixit, neque patri heredem fuiſ-
ſe ex teſtamento, quia conditionem non impleuit, neque
ab inteſtato, quia ſucceſſioni ab inteſtato non prius fieri
locus poteſt quam deſtitutum ſit teſtamentum, id eſt,
quàm certum eſſe cœperit neminem ex eo teſtamento
heredem vnquam eſſe poſſe, *l. quamdiu poteſt 39. D. de*
acq. her. l. ſi filius 16. D. de liber. & poſth. Potuit autem hic
filius heres eſſe ex teſtamento ſi ipſius nomine, quod fie-
ri poterat, alius quiſpiam eo quoque moriente conditio-
nem impleuiſſet. Proinde nepos ex eo ſi quis ſit qui non
fuerit ſubſtitutus, inteſtato auo heres exiſtet, nec videbi-
tur filius obſtitiſſe poſt cuius dumtaxat mortem teſtamen-
tum deſtituitur, vt & in *l. ſi quis filio 6. D. de iniuſt. rupt.*
l. ſcripto 7. D. vnd. liber. Poſteriore verò caſu ait Papin.
hunc eundem filium eo ipſo inſtanti, quo moritur fieri
patri heredem legitimum, & ab inteſtato, quia eo de-
mùm inſtanti teſtamentum deſtituitur, cùm incipiat cer-
tum eſſe filium heredem ex teſtamento eſſe nūquam poſ-
ſe, quandoquidem non poſſit vltimo eo inſtanti conditio-
nē ſibi adſcriptam adimplere, nec rurſum ea non impleta,
ex teſtamento heres eſſe. Ita ergo fit vt eodem inſtanti
& impleatur delatæ ſucceſſionis legitimæ conditio, quæ
illa eſt, ſi teſtamentum deſtitutum erit, & filio hereditas
legitima acquiratur, non expectato alio inſtanti quo dici
poſſit conditionem delatæ ſucceſſionis legitimæ iam im-
pletam fuiſſe. Si enim expectaretur inſtans illud ſequens,
quod immediatè ſequitur vltimum inſtans vitæ, expecta-
retur inſtans quo filius eſſet iam mortuus, ac proinde
quo heres patri ab inteſtato fieri non poſſet: nec enim
hereditas homini iā mortuo aut acquiri, aut deferri po-
teſt. Hoc verò cur ita? Id eſt, Cur eo ipſo inſtanti quo im-
pletur conditio ſucceſſionis ab inteſtato filius heres ſit
patri ab inteſtato? nempe quia ſit heres ipſo iure, ac
ſola legis poteſtate, nec vllo in eam rem filij facto opus
eſt, *leg. in ſuis 11. ff. de liberis & poſthum. leg. 1. § qui*
ſunt in poteſtate, ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſta. leg. in ſuis 14.
ff. de ſuis & legit. Itaque finge filium hunc non ſuum
heredem fuiſſe, ſed emancipatum, aut heredem ſcrip-
tum agnatum proximum, ſub eadem conditione quæ fue-
rit quidem in ipſius poteſtate (quanquam nec hoc neceſ-
ſe eſſet) ſed quæ tamen vltimo vitæ momento impleri
non poſſit. Æquè verum erit, moriente illo deſtitui te-
ſtamentum, atque ita exiſtere conditionem ſucceſſionis
inteſtati: ſed non ſimiliter verum erit eſſe illum heredem
ab inteſtato, quia nec patri inteſtato ſuccedere filius emā-

cipatur

cipatus poteſt niſi beneficio petitę bonorum poſſeſſionis. Vnde liberi, nec agnatus proximus heres eſſe agnato citra aditionem: tam aditio autem quàm agnitio bonorum poſſeſſionis facti eſt, nec ſola iuris poteſtate inducitur. Eadem igitur ratione vt ad Areſcuſam noſtram redeamus, ſi ponas libertatem fideicommiſſariam ei relictam eſſe ſub hac conditione, *ſi tres pareret*, dicendum eſt, incipiente partu exiſtere quidem conditionem, ſed non idcirco liberam illam fieri, nec proinde liberos naſci, ſed ſeruos quotquot eo partu naſcuntur, quia facto heredis
12 manumittentis opus eſt. † At ſi ponas datam ei libertatem directam, quem caſum Trybonianus tractat, fatendum eſt, incipiente partu non ſolùm exiſtere conditionem libertatis, ſed etiam fieri liberam Areſcuſam, quia huiuſmodi libertas competit, & contingit ipſo iure, nec vllum exigit factum heredis. Et conſequenter liberi ſunt quotquot ex ea naſcuntur, tanquam ex libera nati, ſiue primo, ſiue ſecundo partu editi ſint, dummodò non pauciores tribus, ſi primo, aut duobus, ſi ſecundo. Nam ſi poneres primo partu editum vnum filium, ſecundo alium, tertio poſtremum, non dubitarem quin ſerui eſſent editi primo & ſecundo partu. Nati enim eſſent ex ſerua, ſed editum partu tertio dicerem haud dubiè liberum eſſe, illa ipſa ratione per quam probaui ſupra, Editis ſecundo partu tribus, aut etiam primo, omnes liberos eſſe, quia ſcilicet incipiente hoc tertio partu exiſtit conditio illa *ſi tres pariet*, ac eo ipſo inſtanti exiſtentis conditionis ſuc-
13 cedit poteſtas iuris quæ dat libertatem. † Neque vt puto de his quæ hucuſque contra Bartolum & Tribonianum diſputauimus quiſquam dubitaret, ſi non maxime illud obſtaret, quod ſub Vlpiani nomine ſcriptum eſt *in l. idem erit 16. D. de ſtat. hom.* ſi eadem Areſcuſa duos primùm filios, deinde alios duos peperiſſet, non vtrumque ingenuum naſci, ſed eum ſolum qui poſterior naſcitur. Nam vt Bartolus argumentatur, ſi tertius eſſet liber, ergo & quartus atque ita vtrumque. Verùm nihil meo iudicio eſt apertius, quam Tribon. eſſe totam illam legem, non Vlp. Cur enim Vlpian. ita ſcripſiſſet, *idem erit ſi eadem Areſcuſa?* niſi fingas non ſolùm eandem prorſus ſpeciem ab Vlp. tractatam fuiſſe, ſed etiam prorſus eodem ſenſu. Quod ſi ita fuit, quidni ex Vlp. ſolo tota quæſtio propoſita eſt, non etiam ex Tryph. Potuit ſanè Vlp. eandem quæſtionem tractare quam Tryph. & idem quod ille ſentire, ſed tanto magis fuit neceſſe immutata, corruptáque Tryph. ſententia, Vlp. quoque ſententiam mutari ſubiectis verbis illis quaſi interpretationis loco, *Dicendum eſt enim, &c.* Deinde quænam obſecro elegantia illa eſt, *primò duos pepererat, poſtea geminos ediderat*, poſtremo quis credat Vlp. tam inluſè locutum eſſe, *dicendum eſt non poſſe dici:* & quòd in fine legis ſcriptum eſt, *quæſtio ergo facti eſt potius, non iuris*. Nam præter id quod aduerbium comparatiuum *potiùs* exigebat vt ſubiungeretur *quam iuris*, quis non videt ex ſuperioribus totam hanc quæſtionem facti nullo modo eſſe, ſed meri iuris & quidem ſubtiliſſimi, ſi quid in toto iure noſtro ſubtiliter excogitari poteſt? Maximè verò ſi ponas non conſtare quis primus, quis ſecundus, quis tertius editus fuerit. Sola enim relinquitur iuris quæſtio in eo caſu quid in dubio dicendum ſit.

Capvt III.

Emendatio d. l. Areſcuſa 15. D. de ſtat. homin.

SVMMARIA.

1 *Quænam in* d. l. Areſcuſa. *Tryphoni, quænam Triboniani ſint?*
2 *Triboniani verba examinantur & refelluntur.*
3 *Refellitur quod ab eodem traditur, in dubio cum qui vltimus natus eſt ſolum liberum eſſe.*
4 *Dictionem, igitur, in illis verbis,* incipiente igitur parte, *poſitam, ſenſum non habere.*

Cum † hucuſque oſtenderimus non conuenire iuris rationi quod ſcriptum eſt ſub Tryphonini nomine *in dict. l. Areſcuſa 15. D. de ſtat. hom.* ſupereſt vt textum emendemus, & quid Tryphonini, quid Triboniani ſit demonſtremus. De quo vt breuiter expediam, ſic ſentio, Tryphonium in hæc verba ſcripſiſſe, *Areſcuſa ſi tres pepererit, libera eſſe teſtamento iuſſa, primo partu vnum, ſecundo tres peperit: incipiente partu exiſtens conditio efficit,* & cætera quæ ſequuntur ad finem vſque legis, alia verò omnia eſſe Triboniani, qui vt ſententiam illam quaſi non è diametro repugnantem cum Tryphonini verbis connecteret, interiecit dictionem illam *igitur*, inter ea 1
verba *incipiente partu.* † Ipſa enim quæſtio primùm ridicula eſt, quæ ſic proponitur, *Quæſitum eſt an & quis eorum liber eſſet.* Nam vt ſtatim ſequitur, dubitari nullo modo poteſt quin ſaltem vltimus, qui quartus naſcitur, liber naſcatur. Quamquam hoc ipſum ſatis inconcinnè expreſſum eſt iis verbis, *ſed non dubitari debet quin vltimus liber naſcatur*, ſcribendum enim erat, *dubitari non debet quin vltimus ſolus liber naſcatur.* Id enim procuIdubio Tribonianus exprimere voluit, non modò vltimum naſci liberum, quod erat extra omnem omnino dubitationem, ſed etiam liberum eum eſſe ſolum, vt probat ratio illa quæ loquitur, *nec enim natura permiſit ſimul vno impetu duos infantes de vtero matris excedere.* Quæ tamen ratio vt in præcedentibus diximus ſtulta eſt. Non enim eo minùs verum eſt, vnicum partum eſſe: imò etiam falſa. Etſi enim ordine edantur, tamen vno impetu eduntur, ideóque & ſimul & pariter edi eos dicimus, vt in legibus ſuprà citatis loquuntur I.C. ſed neque debuerat ita concipi quæſtio, *an & quis eorum liber eſſet.* Duplex enim quæſtio eſt, nec tamen vtrique dictio *quis* inſeruire poteſt, quæ idcirco erat neceſſariò repetenda in hunc modum, *an quis & quis eorum liber eſſet.* Taceo quod vix vllo alio iuris loco videas phraſim hanc à Iureconſ. vſurpatam, *duos infants de vtero matris excedere*: non enim excedit de vtero matris qui naſcitur, ſi propriè loqui volumus, ſed editur, producitur, eiicitur, proiicitur. Tum verò, quis vnquam dixit *infantem edi*? Perinde namque eſt, ac ſi eum qui in vtero adhuc ſit, infantem appellares, quod certè eſſet ridiculum. Infans ſiquidem eſſe non poteſt, priuſquam ſit homo, id eſt antequàm ſit editus. Qui autem editur, nondum eſt editus, ſed in vtero adhuc eſt, alioqui non poſſet edi qui in vtero non eſſet, *l. in falcidia 9. ad l. falc.* Deinde rogo quam connexitatem inter ſe habent verba propoſitæ quæſtionis, & ſubiectæ reſponſionis? *Quæſitum eſt, inquit, an & quis eorum liber eſſet. Hæc conditio libertati appoſita iam implenda mulieri eſt.* Debuerat vtique interſeri verbum *reſpondit*, aut aliud quoddam ſimile: quorſum verò *iam implenda*? An non iam impleuit, quæ non tres tantum, ſed quatuor peperiſſe proponitur? Sed voluit Trib. eo articulo idē ſignificare quod *omnimodo*, & hoc dicere, Conditionem libertati appoſitam à muliere impleri omnimodo debuiſſe. Atqui ad hunc ſenſum exprimendum neque vox illa *iam* vſurpanda erat, neque tempus præſens & futurum pro præterito, ſed ita ſcribendum potiùs, quomodo Trypho. vtique ſcripſiſſet, *omnimodo implenda fuit.* Quod autem continuò ſequitur, *ſed non dubitari debet*, nullam quoque cum præcedētib. habet connexitatem, præſertim ſi id exprimere Trib. voluit, quod modò diximus, dubitari non debere quin ſolus vltimus naſcatur liber. Scribere enim debuerat, *igitur dubitari non debet quin vltimus ſolus liber naſcatur,* ſi putabat non niſi poſt tertium filium ab Areſcuſa editum impletam fuiſſe conditionem, ex eáque propoſitione illationem hanc deduci poſſe. Rurſum quod additur, *Ordine incerto naſcentium*, non ſatis bene iungitur ſuperioribus, nec etiam ſatis eleganter ſcriptum eſt, *naſcentium*

pro

pru *natorum*. Non enim poteſt incertus eſſe ordo naſcēdi cùm naſcuntur, neque quod ad naturam; neque quod ad homines: ſed tum demùm incertus eſſe incipit, quod ad nos, cùm iam ſunt nati, ob non obſeruatum ab vllo ordinem, quem inter eos tenuit natura cùm naſceretur. At neque dictio *vter* quæ ſequitur in illis verbis, *vter in ſeruitute, libertatéve naſcatur*, in propoſito apta eſt cùm non de duobus, ſed de tribus quæreretur, ac proinde quis, non vter eorum liber eſſet. †
3 Sed & quæro cùm propter incertum natiuitatis ordinem non apparet quis primus, aut ſecundus, aut tertius natus ſit, an dicemus omnes liberos eſſe, an nullum? Nec enim hoc Tribonian. docet, quod tamen minimè fuit prætermittendum. Nam ſi cum Tribon. ſentias, ſolum vltimum liberum eſſe, quemadmodum faceres iniuriam heredi ſi omnes liberos eſſe diceres, ita & libertati ſi omnes ſeruos, cùm certum ſit ſaltem vnum ex quatuor eſſe liberum, tanquam natum poſt impletam conditionem. Dices, Non ius deficere, ſed probationē, vt in *l. duo ſunt Titij 30. ff. de teſtam. tutel.* quia neſcitur quis ille ſit. At neque illud ſeitur, inquam quis in ſeruitute natus ſit, quia is tantùm poteſt natus eſſe in ſeruitute qui ſecundo partu natus eſt primus, aut ſecundus, non qui tertius. Et ob id Tribonianus ita ſcribit, *vter in ſeruitute libertatéve naſcatur.* In dubio igitur, cum nihil certi conſtitui poſſit citra heredis aut libertatis iniuriam, cur heredi magis fauebimus quàm libertati, cui in cæteris partibus magis faueri ſolet, quàm heredi? *l. qui duos 18. & paſſ. D. de manu. teſta.* Nam nec eſt nouum, vt etiamſi in danda libertate teſtator vnius duntaxat filij mentionem fecerit, pluribus tamen eodem partu natis omnes liberi ſint, quamuis quod magis eſt, ex ancilla nati, ſiue directo, ſiue per fideicommiſſum data libertate, vt in ſpecie *l. cum inter 14. C. de fideic liber.* Et in hoc ego aduerſus Cinum, & Bartolum cum Accurſio ſentio: tanto magis, quòd ſicuti probauimus, ratio iuris facit, vt tum quoque cum apparet quo ordine nati ſint, omnes tamen liberi naſcantur, tanquā ex matre libera, & quæ primo ipſo partus inſtanti conditionem impleuerit, atque ita libertatem ipſo iure
4 conſecuta ſit. † Denique dictio illa *igitur* poſita in illis verbis *incipiente igitur partu*, bonum ſenſum habere non poteſt, cùm ab illis verbis quicquid in ea lege ſequitur, non ſolùm ex præcedentibus inferri nullo modo poſſit, ſed etiam repugnet iis apertiſſimè: probétque concludenter, quotquot ſecundo illo partu ex Areſcuſa nati ſunt, omnes liberos eſſe, nec tantùm ſi tres nati ſint, ſed etiam ſi duo tantùm, cum ex primo partu iam alius natus eſſet. Fient autem probabiliora & manifeſtiora quæ contra Tribonianum diſputauimus ſi alium locum indicabimus à propoſita quæſtione non alienum, & à Triboniano ſimiliter corruptum, ſi non is potiùs Triboniani totus eſt. Is eſt in *l. ſi fuerit 10. §. planè. D. de reb. dub.* De cuius ſententia & emendatione quidquid nobis videatur, ſubiiciamus.

Capvt IV.

De ſententia & emendatione l. ſi fuerit 10. §. planè. ff. de reb. dub.

SVMMARIA.

1 *Libertatem ancillæ ſub conditione*, ſi primum marem pepererit *legatam, maſculo & fœmina editis, ſiue maſculus prior editus ſit, ſiue fœmina, tam matri quam maſculo & fœminæ competere.*

2 *Hoc ipſum non tam fauore libertatis quàm mera veráque iuris ratione niti contra Tribonianum diſputatur.*

3 *Exheredatione ſic facta*, ſi mihi filius vnus naſcetur exheres eſto, *natis vno partu pluribus filiis neminem exheredatum intelligi.*

4 *Filio & filia natis exheredationem filij in ſuperiore ſpecie valere.*

5 *Triboniani perpetuus error in* d. §. planè *&* in d. leg. Areſcuſa, *indicatur.*

6 *Legatum* ei qui primus aliquid fecerit *relictum, ſi duo ſimul faciunt inter eos diuidendum eſſe.*

7 *Huic ſententiæ etiam iuris rigorem adſtipulari.*

8 *Euiſmodi legatum impediri ſi teſtator legatarium concurſum prohibuiſſe probetur.*

9 *Legatum Sempronio relictum, ſi duo ſint Sempronij æqua charitate coniuncti, non valere.*

10 *Non ſimiliter legatum duobus eiuſdem nominis hominibus relictum, & vni ex iis ademptum, ſi cui ademptum ſit non appareat, in vtriuſque perſona infringi, ſed in vtriuſque perſona valere.*

11 *Incertitudinem in ademptione legati legatum confirmare, non vitiare.*

12 *Libertatis legatum per incertitudinem voluntatis teſtatoris cur vitietur?*

TRactatur † in hac lege de libertate ancillæ data 1
ſob hac conditione, *ſi primum marem pepererit*, & quæritur, An ſi vno vtero marem & fœminam pepererit, filius liber ſit, an filia, an etiam mater ipſa. Reſpondetur autem in hæc verba, *ſiquidem certum eſt, quid prius edidiſſet, non debet de ipſius ſtatu ambigi vtrum libera eſſet, necne.* Senſus eſt, vt ſoquentia demonſtrant, liberam eſſe ſi maſculum priorem pepererit, non etiam ſi filiam. Ipſum verò maſculum priorem editum ſeruum fore, tanquam editum ex ancilla. Sequitur enim, *ſed nec filia, nam ſi poſtea edita ſit, erit ingenua*: Vtrumque falsò & ridicule: ne dubitare poſſis quin totum hoc ſit Triboniani: ſiue enim prior maſculus editus ſit, ſiue fœmina, cùm tamen vnus tantùm partus ſit, ſemper verum eſt, primo partu editum eſſe marem, qui ſenſus eſt illius conditionis, *ſi primum marem pepererit*, & conſequenter incipiente partu, vt Tryphoninus loquitur in *l. Areſcuſa*, de qua proximè ſcripſimus, impleri conditionem datæ libertatis, atque ita libertatem eodem inſtanti obtingere, vt facta ipſa exinde libera, tam marem quàm fœminam, ac proinde vtrumque liberum peperiſſe videatur. Poſſet aliquis dubitationi locus relinqui apud eos qui verborum maiorem quàm ſententiæ & voluntatis rationem haberent, ſi conditio ſic concepta proponeretur, *ſi primum marem ediderit*, quia non ſicut vnus partus, ita poſſit vna dici editio pluribus editis. Sed vſurpato verbo *pepererit*, non magis conceptio verborum, quàm voluntatis ratio patitur, vt defeciſſe conditio videatur nato maſculo ex primo partu, licèt poſt filiam editus ſit. † Triboniani 2
verò & ſubtilitatem & eloquentiam illius manifeſtius detegit, quod ſequitur, *ſin autem hoc incertum eſt, nec poteſt, nec per ſubtilitatem iudicialem manifeſtari* (quis enim ſibi perſuadeat Vlpian. ita vnquam locutum aut locuturum fuiſſe?) *in ambiguis rebus humaniorem ſententiam ſequi oportet, vt tam ipſam libertatem, quam filia eius ingenuitatem conſequatur, quaſi per præſumptionem priore maſculo edito.* An non enim humanior ſententia illa erit, ſi & matrem liberam, & maſculum quoque ingenuum, ſicut & filiam ingenuam admittamus? Quidni verò? cùm non tantùm humanitas fauórque libertatis, ſed etiam mera, veráque iuris ratio adſtipuletur? Aut quid neceſſe ad præſumptionem confugere, vt maſculus prior editus intelligatur, ſi nihil intereſt priórne an poſterior editus ſit, dummodò eodem partu? Aut quonam obſecro, colore, volumus deteriorem eſſe conditionem matris & liberorum, vt nec illa libera ſit, nec ingenui qui ex ea naſcuntur, ob id ſolum quòd non modo maſculum pepererit (quæ res ſufficere poterat ad implendam ex verbis & voluntate teſtatoris conditionem) ſed etiam fœminam: Eóne minus verum eſt primo partu editum fuiſſe maſculum, quod fœmina

mina quoque eodem partu,ſiue prior ſiue poſterior edita
3 proponatur? † Alioqui dicendum eſſet, *ſi mihi filius vnus*
naſcetur, exheres eſto, natis vno partu pluribus filiis pro
exheredato habendum eſſe eum qui primus natus eſſet
quaſi qui primo partu ſolus eſſet natus, cùm ordine naſ-
cendi alium priùs alium poſtea naſci fuerit neceſſe. Et ta-
men falſum id eſſe conſtat, neminémque in propoſita ſpe-
cie intelligi exheredatum, ne alioqui fatendum eſſet om-
nes ſimul exheredatos contrà quàm ferre poſſint verba
teſtatoris, *leg. 1. §. quæro & l. ſi ita. D. de ventr. in poſſ. mit-*
4 *tend.* † Planè ſi poneres naſci filium & filiam, defendi
probabiliter poſſet non eo minùs valere filij exheredatio-
nem, quia non facit natiuitas filiæ, quin verum ſit filium
natum eſſe, neque ita impletam fuiſſe conditionem ex-
heredationis, ſiue prior editus ſit maſculus, ſiue poſterior:
nec quod hunc caſum ſuperiori comparat Vlpian. in *dict.*
§. quare, ad rem facit. Recta enim comparatio in eo eſt,
quod vtroque caſu venter in poſſeſſionem mitti debet,
ratione illa generali quæ ſequitur, quòd ſatius ſit ſub in-
certo eius qui alitur, ali etiam eum qui ſit exheredatus,
quàm eum qui non ſit exheredatus, fame necari: at non
etiam in eo, vt perinde vtroque caſu exheredationis con-
ditio defeciſſe videatur: etſi contrariam quoque ſenten-
tiam facile odium exheredationis poſſet fortaſſis admit-
tere. In propoſito autē caſu fauor libertatis è contrario vr-
get pro maſculo, vt qui primo partu editus eſt, licet poſt
ſororem, & faciat matrem liberam, & ſororem inge-
5 nuam, quemadmodum & ſeipſum. † Perpetuus ergo
Triboniani error ille fuit quòd non credidit, aut potius
non animaduertit incipiente partu impleri conditionem
eam propter eum qui vltimus editur, quàm propter eum
qui primus: & vnum eundémque partum eſſe, quoties
vno vtero plures naſcuntur, quia ſimul & ſemel eos om-
6 nes conceptos eſſe neceſſe. † Sed & cætera omnia quæ in
eadem lege præcedunt, licèt Vlpian. Tribuantur, Trib.
tamen eſſe ſemper exiſtimaui, ſiue contextum verborum
intueor, ſiue ſententiam legis. Nam ſi fuerit legatum re-
lictum hoc modo, *ex cognatis meis. qui primus Capitolium*
aſcenderit, & ſimul duo veniſſe dicantur, nec appareat
quis prior venerit, vel ei qui monumentum fecerit, &
plures fecerint, vel ei qui maximus natu eſt, & duo pares
ſint ætate, falſum eſt quod lex ait legatum impediri. Cur
non enim ſimul omnes admittantur, cum omnibus æquè
conueniant verba legati? Vtique ſiquidem primus Ca-
pitolium aſcendit ille ante quem nemo alius, licèt nec
poſt eum alius aſcenderit: Primus monumentum facit, an-
te quem nemo facit: maximus natus eſt is quo maior alius
non eſt. Sicut dicimus proximum agnatum eſſe quem ne-
mo antecedit, quamuis neminem ipſe antecedat: Supre-
mum verò non eum qui poſt alienum, ſed poſt quem ne-
mo ſit, *leg. qui duos 9. eod. tit. l. ex duobus 34. De vulg. &*
pupill. ſubſtit. l. 1. §. proximus. D. vnd. cogn. l. proximus 92.
l. proximi 155. l. in vulgari 162. D. de verb. ſign. De illo
tantùm dubitari poteſt. An inter eos diuidendum eſſet
legatum, quaſi partes inuicem ſibi facientes per concur-
ſum, an verò duplici præſtatione legati onerandus eſſet
heres. Nam nec verba repugnarent, quæ licet in ſingu-
lari numero prolata, non tamen exprimunt ſingularita-
tem perſonæ, quia non terminantur in perſona, quò ter-
minarentur, ſi Sempronio amico legatum eſſet, & plures
eſſent Sempronij æqua charitate coniuncti teſtatori: ſed
in perſonæ facto, quod factum tale eſt, vt pluribus perſo-
nis æquè aptari poſſit. Sed tamen repugnat, meo iudicio,
ſententia teſtatoris, qui de vno tantùm legato adſcriben-
do cogitauit: repugnat etiam heredis fauor, qui non pati-
tur vt duplici præſtatione eiuſdem legati nomine debeat
oneratus, *l. Titia cùm teſtam. 34. §. qui inuita filia, l. Sempr.*
47. de leg. 2. l. pen. de dot. releg. l. planè 34. §. ſed ſi non cor-
7 *pus, de leg. 1.* † Itaque verius eſt inter eos omnes qui con-
currunt, diuidi legatum oportere, quod & interpretes no-
ſtri etiam inuito Tribon. ac penè inuiti fateri coguntur,
licèt temperamenti cuiuſdam gratia, ne in legem omni-

no offendere videantur, ad æquitatem id referant, non
ad iuris rigorem, in quo decipiuntur. † Quis enim rigor
iuris obſtare poteſt legatariis, quibus & verba teſtamen-
ti fauent, & voluntas non repugnat? *arg. l. ab omnibus 104.*
in princ. eo. tit. l. talem 51. in fin. D. de hered. inſtit. Eſtque
hæc ſententia longè fauorabilior quàm illa vt legatum
impediatur. Noſtra enim teſtatoris voluntatem tuetur le-
gato ita conſeruato, vt tamen non idcirco durior heredis
conditio fiat. † Nec ſanè aliud quicquam eſt quod poſſit 8
facere vt impediatur legatum, quam ſi teſtator probetur
voluiſſe vt ad vnum ſolum perueniret legatum prohibito
legatariorum concurſu, niſi placeret illo etiam caſu po-
tiorem primi occupantis cauſam eſſe debere, *arg. l. ſi Ti-*
tius 9. D. de verb. obl. † Planè quod ſequitur in *d. l. ſi fuerit* 9
10. ſi legatum Sempronio amico fuit relictum, & duo
ſint Sempronij æqua charitate coniuncti teſtatori, lega-
tum impediri, facilè admitto, quia huius legati verba non
ſolùm in ſingulari numero prolata ſunt, ſed ita clarè vt
exprimant ſingularitatem perſonæ, quæ in ipſa perſona
vt iam diximus, terminantur. Quænam porrò ea perſona
ſit, neſciri poteſt: atque ita non tam deficit ius quàm pro-
batio, vt in *d. l. duo ſunt Titij 30. ff. de teſt. tutel.* † At non 10
illum ſimiliter poſſum admittere, quod Tribo. noſter Vl-
pianum malè agens ſubiungit, ſi duobus eiuſdem nominis
hominibus fuerit legatum puta Semproniis, mox Sem-
pronio ademptum ſit, nec appareat cui ademptum ſit da-
tionem in vtriuſq; perſona infringi (ſic enim Trib. loqui-
tur) ademptionem autem in vtramque valere. Scio Hugo-
nem Donellum lib. 8. Commentariorum De iure ciuili
ad eam legem malle legere *ademptione*, quomodo etiam in
quibuſdam exemplaribus ſcriptum eſſe teſtatur; hoc ſenſu
vt per ademptionem legatum in vtriuſque, perſona va-
leat, id eſt neutri ademptum intelligatur: ſed parum ele-
ganter, vt ego quidem arbitror. Nunquam enim poteſt
ademptio facere quo magis legatum debeatur, ſiue vtili-
ter datum ſit, ſiue inutiliter, *l. legata 14. D. de adim. legat. l.*
3. §. ſi emancip. de bon. poſſ. contra tabul. Alius ergo & aper-
tiſſimus Trib. ſenſus eſt, ademptionem in vtriuſq; perſona
valere, quod certè à iuris ratione alieniſſimum eſt. Cur
non enim valebit legatũ, aut quæ incertitudinis prætex-
tu perſona impedietur, cùm nõ ſint perſonæ incertæ, qui-
bus relictum fuit? Ponimus ſiquidem duobus Semproniis
relictum, duos verò Sempronios fuiſſe, nec quinam illi
ſint, ignorari. † Dices idem legatum Sempronio adem- 11
ptum eſſe, nec apparere cuinam ademtum ſit, atque ideò
perinde incertitudinem ſubeſſe vtri debeantur. Et hic
ſanè color eſt, qui Tribon. decepit. Sed pro nobis reſpon-
det Vlpian. in *l. 3. §. ſi duobus Titiis ff. de adim. legat.* in-
certitudinem hanc non in datione eſſe, ſed in ademptio-
ne, ob idque non dationem vitiari debere, ſed ademptio-
nem, vt proinde vtrumque legatum debeatur, quemad-
modum, inquit, & in dando, ſi non appareat cui datum
ſit, dicemus neutri deberi. Nam & regula iuris eſt, Ex
quibus cauſis legati datio inutilis eſt, ex iiſdem cauſis et-
iam ademptionem inefficacem haberi, *d. l. legata inutili-*
ter. 14. §. 1. eo. tit. Tribon. igitur cum Vlpian. pugnat, ne
alioqui fatendum ſit Vlp. & cum ſeipſo pugnare, & cum
iuris ratione, cuius apud me, ſi non maior, certè nec mi-
nor quam ipſius Vlpian. auctoritas eſt. † Planè in vlt. illa 12
ſpecie quam Tribonian. proponit, Si ex pluribus ſeruis
eiuſdem nominis vni vel quibuſdam libertas relicta ſit,
nec appareat cui, non poterit libertatis fauor efficere vt
in tam incerta teſtatoris voluntate quiſquam ſit liber, *l.*
cùm ex pluribus 51. ff. de teſt. manu. quia cùm non aliter
valeant teſtamentariæ manumiſſiones quàm ſi confirma-
tæ ſint per legem duodecim tabularum, vt & cetera de-
functorum ſupremæ voluntates, quemadmodum Vlpia-
nus in fragmentis ſcribit tit. 1. lex autem non confirmet,
niſi quatenus habent defuncti voluntatem, apparet prius
eſſe neceſſariò vt conſtet de voluntate teſtatoris, quàm vt
de confirmatione per legem facienda quæri oporteat.
Neque hac parte quicquam refert an relicta ſit libertas,

an quid aliud, ita vt non conſtet, cui relinquere te-
ſtator voluerit. Sed hæc contra Trib. diſputaſſe ſufficiat.

Capvt V.

De reconuentione.

SVMMARIA.

1 *Reconuentio cur veteri Iuriſprudentia fuerit vſque ad Papiniani ætatem incognita.*
2 *Incompetentiam iudicis nullitatem nullitatum eſſe.*
3 *Reconuentionem vel potius mutuam actionem diuerſo iudicio licèt apud eundem iudicem aliquando olim intentatam fuiſſe.*
4 *Per reconuentionem quid intelligatur?*
5 *In familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, finium regundorum iudiciis reconuentionem nullam ineſſe.*
6 *Cur in illis iudiciis quicunque actor eſt idem etiam ſit reus?*
7 *Longe aliud eſſe dicere duplicem eſſe actionem aliquam, aliud verò eſſe duas actiones.*
8 *Speciem* §. vlt. l. 1. ff. quæ ſentent. ſin. appell. reſcind. *non ad reconuentionem, ſed ad mutuas petitiones pertinere.*
9 *Primum Papinianum reconuentionis coram eodem iudice introducenda auctorem fuiſſe.*
10 *Huic reconuentioni ſtricti iuris rationem repugnaſſe.*
11 *Exceptionem incompetentiæ iudicis dati, ſed non incompetentiæ iuriſdictionis per reconuentionem tolli.*
12 *Reconuentionem pro diuerſo negotio ex Papiniani ſententia fieri non potuiſſe.*

1 FVit † & nomen, & ius hoc reconuentionis incogni-
tum toti iuriſprudentiæ veteri, eo ſenſu quo nunc ab
interpretibus & pragmaticis accipitur, ad tempora vſ-
que Papinian. cuius ſententiam retulit & probauit Iuſti-
nianus in *leg. cùm Papin.* 14. *C. de ſentent. & interloc. omn.
iudic.* Nam cum ita ius eſſet vt mota inter aliquos lite,
eáque apud prætorem conteſtata iudicem dari oporte-
ret, iuſ támque rem præſcribi formulam quæ iudici pote-
ſtatem faceret condemnandi rei, aut etiam abſoluendi ſi
actor intentionem ſuam non probaſſet, neceſſe erat ene-
niſe vt iudex qui pro Titio contra Sempronium datus eſ-
ſet in actione quam Sempronius aduerſus Titium inſti-
tuiſſet, non poſſet videri iudex competens in reconuen-
tione, ſi fortè Titius à Sempronio viciſſim aliquid pete-
re vellet, tanquam qui in eam rem iudex datus non eſſet.
2 † Competens enim iudex ille dicitur, qui poteſtatem ha-
bet cognoſcendi & iudicandi: quam porro poteſtatem
habere non poteſt ille qui magiſtratus non eſt, quique
nullam ſuo aut alieno nomine habet iuriſdictionem, niſi
quod à prætore, alióve magiſtratu, aliterve iuriſdictioné
habente iudex datus ſit, *l. 1. l. eum qui* 13. *ff. de iuriſd.* &
conſequenter non niſi quatenus datus ſit *l. 1. C. de ordin.
iudi.* Ex quo fieri conſequens erat, vt nulla eſſet ſententia,
quæ à tali iudice incompetente data fuiſſet *l. 2. & tot. tit.
C. ſi a non compe. iud.* Idque eſt quod pragmatici paſſim
iactitant, & hoc verè incompetentiam iudicis nullitatem
eſſe nullitatum, & præcipuam rationem propter quam de-
3 beat ſententia dici nulla, nulliúſque omnino momenti. †
Planè ſi quis ab alio conuentus viciſſim contra eum age-
re ex aliqua cauſa voluiſſet, poterat quidem hoc facere,
ſed noua actione in id inſtituta, & alio iudice accepto à
prætore, non autem in eodem iudicio, quamuis interdum
ad eundem iudicem mitti deberent qui de alia actione in-
ter eoſdem iam antè datus fuerat, nempe ſi iuſta aliqua
cauſa ſubeſſet ob quam id conuenientius videretur, vt in
exemplis quæ proponuntur in *l. 1. & 2. D. de quib. reb. ad
eund. iudi. eat.* Quorum primum exemplum eſt, Si inter
coheredes agatur iudicio familiæ erciſcundæ, & inter eoſ-
dem ipſos poſtea agatur Communi diuidundo, aut Fini ū
regundorum, ſiue prouocante eo fortaſſis qui prouocatus
fuerat ad iudicium familiæ erciſcundæ, ſiue eo ipſo qui
ad iudicium familiæ erciſcundæ prouocauerat. Vnum
enim, & eundem iudicem in omnibus iſtis iudiciis ſimul
ſumi oportebit, quia licèt ſint de diuerſis rebus, nec eaſ-
dem habeant præſtationes, eadem tamen omnium ratio
eſt, hactenus vt in iis omnibus vterque ex litigatoribus
& actor ſit & reus. Propter quod placet iubendos eſſe il-
los ſui præſentiam facere, in eo loco in quẽ faciliùs omnes
conuenire poſſint, vt adiicitur in *d. l. 1.* quia cùm ſint om-
nes æque fauorabiles, tãquam & omnes actores, & omnes
rei, nõ debet is locus eligi, qui vni cõmodior, quàm alteri
ſit futurus. Alterũ exemplũ eſt quod ponit Papin. *l. 2. eod.
tit.* Si ex pluribus tutoribus conueniatur vnus actione
tutelæ à pupillo ex ea cauſa, quòd cæteri non ſint idonei,
& ille cæteros idoneos eſſe contendat, aut ſaltem pro ſua
indemnitate conſequenda in ius vocari eos velit. Omnes
enim, ſi ipſe ita poſtulet, ad eundem iudicem mittendi
ſunt, qui inter ipſum, & pupillum datus fuit, quia ſcilicet
iſtorum cauſa communem eamdémque habet originem
à tutela quæ non niſi vna fuit. Sed non ſunt iſtæ recon-
uentiones ſi propriùs inſpicias, at mutuæ actiones, non ſo-
lum diuerſæ inter ſe, ſed etiam diuerſis iudiciis, licèt apud
eundem iudicẽ agitandæ. Nec enim identitas iudicis, idẽ-
titatem etiam iudicij facit, & ridiculus eſſet tractatus, De
quibus rebus ad eundem iudicem eatur, ſi de iis omnibus
vnicum tantùm iudicium inſtitueretur. Quis enim neſcit,
vbi vnicum tantùm iudicium eſt, vnicum quoque iudicẽ
eſſe oportere? At plura eſſe iudicia nihil prohibet, quamuis
de omnibus vnus idémq; ſit iudex. † Recõuentionem por- 4
rò cùm dicimus, non quamlibet mutuam actioné intelli-
mus, ſed eam quæ & diuerſa ſit, & eodem tamen iudicio
exerceatur, quod euenire facilè poteſt cùm ex vno eodém-
que negotio vtraque actio profluit, vti mox dicemus. In
quo errant vulgo interpretes noſtri omnes exiſtimantes
titulum illum *De qui. reb. ad eund. indic. eat.* ad tractatum
hũc de reconuẽtione pertinere. † Sicut & in eo quod vo- 5
lunt in tribus illis iudiciis familiæ erciſcundæ, Commu-
ni diuidundo, & Finium regundorum reconuentioné ali-
quã ineſſe, ob id ſolùm quòd in iis quicunq; actor eſt idẽ
ſit etiam reus. † Id. n. non ideò fit quaſi ſint duæ & diuiſæ 6
actiones, quod neceſſariũ eſſet ad inducendam reconuen-
tionem, ſed quia vnica illa actio quæ ab vno ex condiui-
ſoribus prouocante reſtituitur, ſui natura duplex eſt, id
eſt ita comparata vt quiſquis in ea vult eſſe actor, eũ ne-
ceſſe ſit & reũ eſſe. Vnde fit vt ſi plures coheredes diuerſa
domicilia habeant & conſequenter diuerſos diuerſarum
perſonarũ iudices, qui aduerſariũ prouocauit, litémq; co-
ram ipſius iudice mouit tanquam actor, non poſſit petere
vt ad ſuum iudicem remittatur ex qua parte reus ipſe eſt,
quia nõ ſit reus ex noua aliqua cauſa vel actione, ſed hoc
ipſo quod ille priùs ſe actorem fecit, atq; ita ſibi neceſſi-
tatem impoſuit habendi etiam contra ſe illum iudicem
quem pro ſe coheredem habere & voluit & inuitus etiã
debuit. Alioqui diuidenda eſſet actio, quæ tamen ſui na-
tura indiuidua eſt, cùm in iure conſiſtat, nec minùs cùm
duplex eſt quàm ſi ſimplex eſſet. † Longè ſiquidem aliud 7
eſt dicere duplicem eſſe actioné aliquam, aliud verò duas
eſſe actiones: quod ab interpretibus non obſeruatum præ-
cipites illos in errorem egit, † vt & in eo errant quòd pu- 8
tant etiam ad reconuentioné pertinere ſpeciem legis pri-
mæ, §. *vlt. ff. quæ ſent. ſin. appell. reſcind.* vbi tamen non agi-
tur niſi de mutuis petitionibus ac proinde de diuerſis
actionibus, quamuis apud eundem iudicem factis, & qui-
dem in diuerſis iudiciis non in vno exercendis, vt & ex
eo apparet quod in ea ſpecie tractatur de duabus ſen-
tentiis diuerſo tempore prolatis. Cùm tamen ſi vnicum
eſſet iudicium non niſi vnica quoq; ſententia ferri poſſet.
Siquidem iudex poſteaquàm ſẽtentiam ſuam tulit, officio
ſuo functus eſſe creditur, & hoc ipſo iudex eſſe deſinit,
adeò

adeò vt nec corrigere quidem ſuam ſententiam poſſit, quoniã ſiue bene ſiue malè officio ſuo functus eſt, inquit I.C. *in l. iudex poſteaquam 55. iunct. l. quod iuſſit 14. ff. de re iud.* Quæ res cautum dedit ſacris conſtitutionibus de quibus *in d. l. 1. §. vlt. quæ ſent. ſine appell. reſcind.* quibus cautum eſt, vt qui in mutuis petitionibus prior ſententiã obtinuit, non prior iudicatum exequi poſſit quàm ſuper
9 alia petitione fuerit pronuntiatum. † Hæc cùm ita eſſent, totóque iure vetere obtinuiſſent, Papin. noſter qui & ingenij ſui acumine & præcipuæ auctoritas fiducia fretus noua pleraque induxit, primus fuit qui putaret indulgendum reo contra quem actor iudicem accepiſſet, vt in eodem iudicio, ac proinde coram iudice poſſet ille viciſſim actorem conuenire ſi qua in re haberet illum obligatum, dummodò tamen ex eodem negotio ſuper quo datus eſſet iudex, mutua illa actio proficiſceretur: idque non ex ratione iuris, quæ proculdubio repugnabat, & faciebat ne quiſquam in id vſque tempus id dicere auſus eſſet, at ratione illa æquitatis quam exprimit Iuſtin. *in d. leg. cùm Papin.* quòd cuius actor in agendo obſeruabat arbitrium, eundem contra ſe iudicem habere in eodem negotio non
10 debeat dedignari. † Cur ratio iuris repugnaret, iam intelligimus ex ſuperioribus, quia Nævius datus iudex pro me contra te, non itidem fuerat datus pro te contra me, ideóque quamuis eſſet competens ad condemnandum te, vel abſoluendum, tametſi formula nihil de abſolutione diceret (quicunquis enim condemnare poteſt, is abſoluendi quoque poteſtatem habet, *l. 3. ff. de re iud. l. pen. ff de conf.*) non poterat tamen eſſe competens ad me ſimiliter tibi condemnandum vel abſoluendum. Neque verò Papin. negabat eſſe illum iudicem incompetentem, quantum ad ſuam reconuentionem, ſed dicebat non eſſe me audiendum, ſi velim obiicere incompetentiam iudicis,
11 quem ego ipſe priùs acceperim ac fortaſſe petierim. † Id enim eſt quod ſignificant verba illa *d. l. cùm Papin. Nulla opponenda exceptione quod non competens iudex agentis eſſe cognoſcatur.* Quæ tamen verba interpretes noſtri omnes hucuſque malè vulgò ſic acceperunt, quaſi reconuentio quælibet priuilegium hoc habere debeat, vt tollat exceptionem incompetentiæ iuriſdictionis, confundentes incompetentiam iudicis, & incompetentiam iuriſdictionis, admodum imperitè, & iuris veteris ac eorum quæ modò diximus, ignoratione. Nam cùm Pap. temporibus differret iudex datus à ius dicente, ſicut & iuriſdictio à iudicandi poteſtate, non minùs quàm ius ipſum à iudicio, vt alibi copioſè à nobis explicatum eſt, non poteſt Papiniani ſententia de alio intelligi quàm de iudice pedaneo, nec rurſus de iudice dato ab alio magiſtratu quam ab eo qui habuit iuriſdictionem competentem: quandoquidem ad ius dicentes pertinet inter cætera, vt iudices dent litigatoribus, éſtque vnus ille ex actibus iuriſdictionis *leg. 1. & 2. in fin. de iuriſ.* Quo admiſſo fatendum eſt non poſſe ad incompetentiam iuriſdictionis extendi quod de incompetentia iudicis dicebat Pap. quia non quæ ratio facit vt reconuentio tollat incompetentiam dati iudicis, eadem facere poteſt vt tollat incompetentiam iuriſdictionis. Quod enim ad iudicem datum pertinet, imputari poteſt actori cur eum elegerit, aut ſaltem acceperit, vel ſortitus ſit, vt loquitur Iuſtin. Nouell 69. cui titulus eſt, *De reconuentionibus.* Plerumque enim ex pluribus à prætore datis iudicibus ſi litigatores in vnum aliquem conuenire non poſſent, ſorte dirimebatur quis accipiendus eſſet. At nihil tale imputari poteſt ei qui adiit prætorem ad habendum iudicem contra eum qui erat ex iuriſdictione prætoris. Quem enim alium quàm prætorem, aut quem alium prætorem in eam rem adiiſſet? Finge me peregrinum voluiſſe contra te ciuem Romanum agere perſonali aliqua actione, non quidem directa, quia directæ neque peregrinis, neque in peregrinos competunt, ſed ſaltem vtili & ex contractu iuris gentium, qui potuerit iniri inter peregrinum & ciuem Romanum: Non potui magiſtratum alium adire quàm prætorem vrbanum ad impetrandam actionem & iudicem apud quem actio exerceretur. Quanam ergo ratione tibi licere debebit reconuenire me coram eodem iudice, ob id ſolùm quòd ego te prior coram eo conuenerim, cùm non modò ſit ille incompetens futurus tanquam datus pro me contra te, non etiam pro te contra me, ſed etiam tanquam ab eo datus qui neque hunc, neque alium iudicem contra me dare potuerit defectu iuriſdictionis? Erat enim in ciuitate prætor peregrinus, qui non tantùm inter peregrinos, ſed etiam pro ciuibus Romanis contra peregrinos ius diceret, nec quicquam aliud magis curæ eſt ciuili legiſlatori quàm vt prouideat ne iuriſdictiones turbentur, & confundantur *l. vlt. D. de iuriſ. l. à Diuo Pio 15 §. 1. D. de re iudic. l. cum vnus 12. §. is qui. D. de reb. auctor. iudic poſſid.* Nec ad rem pertinet ſi quis tribuciat priuatorum, conſenſum, licèt non poſſit tribuere iuriſdictionem ei, qui nullam habeat, poſſe tamen prorogare & extendere iuriſdictionem eius qui aliquam habet, quamuis non tantam *l. 1. & 2. in princ. & §. 1. & ſeq. D. de iudic.* ſicut & iudicem facere eum qui iudicio alicui præeſt, quamuis non etiam eum qui nulli iudicio præſit, vt ſcriptum eſt *in l. priuatorum 3. C. de iuriſd.* Id enim tunc obtinet cùm apparet de conſenſu & voluntate prorogandæ iuriſdictionis aut prorogandi iudicij, vt ſcriptum eſt *in d. l. 1. D. de iudic.* Atqui ex eo quòd peregrinus ego adierim prætorem vrbanum ad agendum contra te ciuem Romanum, inferri non poteſt conſenſiſſe me in prorogandâ iuriſdictione prætoris vrbani contra me, quia ex eo quod coactus facit nunquam poteſt inferri, eum vltro conſenſiſſe in cætera in quibus non fuit eadem ratio coactionis & neceſſitatis, ſemperque ſubueniri ſolet ei qui ex neceſſitate iudicium alteri dictauit, *l. qui iudicium. vlt. D. de ſeparat.* Nemo enim agendo & iudicem accipiendo conditionem ſuam facit deteriorem, ſed plerumque meliorem, *l. aliam 29. D. de nouat. l. non ſolet. 86. & ſeq. De reg. iur.* At quod à prætore hunc vel illum iudicem acceperim, non ſimiliter poſſum videri feciſſe coactus, quia licèt debuerit aliquis iudex dari, & quidem non inuito me, ſed petente & agente, facere tamen poteram vt alius daretur, ſi hunc qui datus eſt, accipere noluiſſem. Itaque ſuppoſita competentia iuriſdictionis, facilè viſum fuit Papin. tolli incompetentiam iudicis, qui à magiſtratu competente datus eſſet, quaſi tacitè prorogata etiam iudicis dati poteſtate vltra quàm verba formulæ paterentur, dummodo tamen reconuentio eſſet de illo ipſo negotio ſuper quo datus iudex fuiſſet. † Nam & hoc 12
Papin. nominatim exigebat, vt probant verba illa *d. leg. cum Papin. In eodem negotio,* cuius exemplum eſſe poteſt, ſi fortè peterem à te centum pro pretio fundi Corn. quem tibi vendideram, & in actione iſta venditi conuentus velles me reconuenire actione empti ad id quod tua intereſſet ob id quod inueniretur fundus ille aliquas debere ſeruitutes, aut oppigneratus, quem tamen tibi liberum, & quomodo veteres loquebantur, vti optimus maximúſque eſſet, vendidiſſem. Sunt enim hæ duæ quidem actiones empti, & venditi, ſed quæ tamen ex vno eodemque negotio proficiſcuntur: & quas ideo volebat Papin. vno eodemque negotio exerceri poſſe, quamuis iudex non niſi ſuper actione venditi datus eſſet. Quid ergo ſi cùm à te peterem centum ex ſtipulatione, tu velles apud eundem iudicem me reconuenire tanquam debitorem tuum ex alia cauſa, puta mutui, aut emptionis? Non admiſiſſet hoc caſu Papin. reconuentionem, quia licèt eſſet inter eaſdem perſonas, & apud eundem iudicem, non tamen eſſet ex eodem negotio, longéque alienius eſſet à poteſtate dati iudicis in vno negotio, ſi in alio planè diuerſo eandem poteſtatem ſibi planè vellet arrogare.

CAPVT VI.

Quid noui à Iuſtiniano inductum ſit in reconuentionibus.

SVMMARIA.

1 *Papiniani de reconuentione ſententiam à Iuſtiniano in Nouellis roboratam & auctam fuiſſe.*

2 *Quid idem Iuſtinianus Papiniani ſententiæ in* l. cùm Papinianus. C. de ſentent. & interloc. omn. iud. *addiderit?*

3 *Duo circa reconuentiones nouiſſimo iure à Iuſtiniano fauore actorum introducta eſſe.*

4 *Vnum tantùm reorum fauore hac parte introductum fuiſſe.*

5 *Nouiſſimam Iuſtiniani conſtitutionem de reconuentionibus, ex Haloandri ſententia ad recriminationem ſeu mutuam accuſationem pertinere.*

6 *Etiam poſt nouiſſimam illam conſtitutionem iudicis non item iuriſdictionis incompetentiam per reconuentionem tolli.*

1 IVſtinianus † in *l. cùm Papinianus* 14. *C de ſentent. & interloc. omn. iudic.* vbi ſententiam illam Papiniani refert, de qua proximè ſcripſimus, addit eſſe ſibi eam non ſolum roborandam ſed etiam augendam, & reuera auxit Nouel. *96. de reconuent.* vbi induxit vt poſſit reconuentio fieri apud eundem iudicem etiam pro diuerſo nego-
2 tio, vt poſtea dicemus: † ſed in quo auxerit ille in *d. l. cùm Papin.* difficile videtur dicere niſi quod verba ipſa præ ſe ferunt, Papinianum eo demum caſu admiſiſſe reconuentionem etiam in eodem negotio, quo iudex datus abſoluere reum poſſet, vt nimirum non tantùm de abſolutione rei iudicare, (ſic enim legendum eſt, non vt vulgò *iudicata*) ſed & actorem ipſum viciſſim condẽnare poſſit, ſi eum reo obnoxium reperiret. Iuſtinianum verò hoc amplius voluiſſe, vt quamuis iudex datus reum neque condemnauerit, neque abſoluerit, in ipſum tamen actorem ſolum poſſit ex reconuentione ferre ſententiam, vt is ſenſus ſit eorum verborum, Vt *Liceat iudici contra actorem ferre ſententiam, & aliquid daturum eum vel facturum pronunciare.* Inter quos caſus ſi quis differentiam quærat, illa eſt, quòd iudex, qui neque condemnat, neque abſoluit reum contra quem fuerat datus, ſed condemnat actorem ſolum, contra quem datus non fuerat, non ſolùm plus facit quam facere debuerat ex præſcripto formulæ, ſed quod multò peius eſt, nihil omnino facit eorum quæ ex eiuſdem formulæ præſcripto facere debuit. At cùm abſoluit reum, hoc ipſum ſaltem facit ex præſcripto formulæ, quamuis excedat formulam ex ea parte qua viciſſim condemnat actorem. Viſum eſt autem Papin. tolerabilius, vt liceat iudici facere plus quàm debeat, quam vt ei liceat nihil facere ex eo quod debet, dummodo tamen id in quo excedit non excedat fines negotij ſuper quo fuerat datus. Quò videtur pertinere illa iuris regula, quæ habet, Eum qui non facit quod facere debet, videri facere aduerſus id quod debet, quia non facit. At qui facit quod facere non debet, videtur tantùm non facere id quod facere iuſſus eſt, atque ita non tam malè quàm fruſtra id feciſſe *l. qui non facit* 121. *de reg. iur. iunct. l. vnic. in fin. D. quand. dies vſuſfr. leg. ced.* † Ter-
3 tium & nouiſſimũ de reconnẽtione ius illud fuit, quod Iuſtin. induxit *d. Nouell* 96. *de reconuent. interloc. omn. iudic.* vbi conſtituit duo valde noua in fauorem actoris qui reconuenitur, vnum verò in fauorem rei reconuenientis, Pro actore, illud primum, vt qui diligentior fuit in agendo & impetrando iudice, non poſſit reconueniri apud aliũ iudicem ex aliqua aduerſarij mutua petitione, niſi prius finita lite conuentionis. Quod iure vetere aliter obtinebat vt & Iuſtin. ipſe fatetur. Erant enim licitæ mutuæ petitiones, quamuis pro diuerſis negotiis & apud diuerſos iudices eodem tempore proponerentur, quia nihil prohibebat inter eaſdem perſonas perinde tractari diuerſa iudicia, atque inter diuerſas. Ex quo tamen eueniat illud incommodi, vt vnoquoque ex litigatoribus eam potiſſimùm litem curante in qua eſſet actor, & aliam in qua reus eſſet, quantùm facere poſſet, protrahente, vtraque lis fieret multò longior, & vt Iuſtin. loquitur quodammodo immortalis. Cuius etiam periculi metu videtur iam olim ab aliis Imperatoribus fuiſſe conſtitutum, vt tùm quoque cùm apud eundem iudicem mutua petitio facta fuiſſet, qui prior vinceret non priùs tamen iudicatum exequi poſſet, quàm ſuper aduerſarij quoq; petitione pronunciatum fuiſſet, *l. 1. §. vlt. D. quæ ſentent. ſin. appell. reſcin.* ne ſcilicet aliter poſito iure prior viciſſet, & victoriæ ſuæ fructum tuliſſet, improbis poſtea tergiuerſationibus id ageret, vt vel nunquam, vel multò tardiùs vinceretur. Alterum, quod Iuſtinianus pro actore conſtituit, illud fuit vt ſi actor qui pro ſe contra reum accepit Titium iudicem à reo, apud eundem iudicem reconueniatur, non quidem pro eodem negotio, vt in caſu Papin. ſed in diuerſo, poſſit emendare factum ſuum, id eſt, eum ipſum iudicem quem iam approbauerat, & fortaſſis petierat recuſare, dummodo id faciat intra viginti dies, ab eo quo propoſita reconuentio fuit numerandos, ſi eum ex aliqua cauſa ſuſpectum habeat. Quod planè à iuris veteris ratione abhorret, ſecundùm quam inauditum eſt vt cuiquam liceat eum recuſare iudicem quem ſemel approbauerit, niſi ex iuſta cauſa quæ ex poſt facto emerſerit, *l. omnes magiſtratus* 12. *l. apertiſſimi* 16. *C. de iud* Sed quemadmodũ Iuſtin. illud nouũ inducebat vt in eodem iudicio poſſit reus actorem etiam pro alio negotio reconuenire, ita & illud conſtituere debuit, vt actori liceat poſt reconuentionem proprium factum improbare, cùm fieri facile poſſit, vt qui in vno negotio mihi ſuſpectus non eſt cùm ago contra te, idem ille ſit mihi ſuſpectus in alio negotio, de quo tu velis agere contra me. † Quod autem
reorum fauore Iuſtin. ibidem introduxit, hoc vnum eſt 4
vt poſſit reus etiam ſuper alio negotio actorem reconuenire, dummodò apud eundem iudicem qui ſi non ſit ſuſpectus actori, & recuſatus intra viginti dies à reconuentione, vtrumque negotium debeat vnica ſententia terminare: aut etiam diuerſa, ſi alterutra actio citiùs expediri poſſit. In quo auxit proculdubio Iuſtin. ſententiam
Papin. vt ſupra diximus. † Quamquam ſecundum Ha- 5
loandri verſionem, locus ille Iuſtiniani non tam de reconuentione accipi debet, quàm de recriminatione ſeu mutua accuſatione; iis nimirum caſibus, quibus recriminatio anteà erat permiſſa, ſcilicet ſi is qui prior accuſatur vel ſuam ſuorumve iniuriam exequeretur, vel grauius aliquod crimen obiiceret. Alioquin perpetuum erat, vt non priùs accuſare quis poſſet, quàm eſſet excuſatus, ne relatione criminum, ſed innocentia purgari deberet qui accuſabatur, *l. ſi quis reus* 5. *ff. de publ. l. neganda* 19. *C. qui accuſ. non poſſ.* Ideo autem credibile eſt Iulianum de criminatione potius quàm de ciuili reconuentione illam conſtitutionem edidiſſe, quia criminalium cauſarum priuilegium illud eſt, vt intra certum ac breuius tempus debeant terminari, olim nimirum intra annum, hodie verò intra biennium, *l. 1. 2. & 3. C. vt intr. cert. temp. quæſt. crim. termin.* Pertinet. n. ad publicam vtilitatem vt crimina quam citò fieri poteſt vindicentur ad improbos deterrendos, *l. ita vulneratus* 51. *pen. D. ad l. Aq.* cùm tamen in cauſis ciuilibus à crimine ſeparatis de priuatorum vtilitate magis, quàm de vigore publicæ diſciplinæ agatur, vt Paulus loquitur in *l. locatio* 9. *§ quod illicite. D. de public. & vectig.* Quãquã fatendũ etiam illud eſt intereſſe publicè vt ciuiliũ quoq; litium materia & numerus, quãtum & quàm citò fieri poteſt diminuatur, idque ad boni cuiuſq; iudicis officiũ pertinere, *l. quidam* 21. *ff. de reb. cred. l. ſi cuius* 13. *§. ſed ſi inter duos, alias l. æquiſſimũ ff. de vſuf.*

Quæ

Quæ ratio videtur reconuentiones primùm induxiſſe, potiùs quàm reorum fauor, cùm nullus rei fauor ſit niſi in dubiis, hoc eſt, cùm dubitatur an debeat aut quomodo debeat, non autem quando certum eſt eum iure conueniri, & perfidum eſſe litigatorem, *l. Arrianus 41. ff. de obl.*
6 *& act.* † Cæterùm ſiue de ciuili reconuentione, vt vulgo volunt interpretes, ſiue de recriminatione tantùm cũ Haloandro Iuſtinianum intelligas, ad eum certe caſum reſtringi conſtitutio debet, quo iudex de vtroque negotio dari potuerit ab vno eodémque magiſtratu, qui iuriſdictionem in vtroque negotio habuerit competentem. Loquitur.n. Iuſtinianus, ſicut & Papinianus, de iudice dato, vt conſtat ex illis verbis, *alium mereri iudicem*, *d. Auth. & conſequenter*, & apertiùs ex verbis Nouellæ. Ac proinde non magis ex Nou. quam ex Papin. ſententia poſſit inferri reconuentionem tollere competentiam iuriſdictionis, ſed tantùm incompetentiam iudicis dati, quod longè diuerſum eſt, vt diximus. Nec.n. fieri poteſt vt iudicem det in vtroque negotio is qui ipſe de vtroque negotio competentem non habeat iuriſdictionem, cùm iudicis dandi licentia ſit iuriſdictionis *l. 1. d. 3. ff. de iuriſd.* neque nouum ſit vt quamuis apud vnum iudicem vnum moueatur negotium cauſæ alicuius, ſi tamen ille incompetens videatur ſuper aliquo capitulo, ex propria ipſius ſentẽtia ad competentem iudicem illud capitulum remittatur, vt ſcriptum eſt *in l. omnes 12. verſ. apud vnum. Cod. de iudic.* Qanto magis igitur ſi duo ſint negotia, pro quorum altero competens ſit iuriſdictio, & incompetens pro altero.

Capvt VII.

De ſententia l. qui non cogitur 22. ff. de iudic. l. nulli 10. C. eod. & de laïco clericum reconueniente coram iudice laico, vel contrà.

SVMMARIA.

1 *Dictam* l. qui non cogitur. *de eo accipi qui propter proprium aliquod priuilegium non autem ob defectum iuriſdictionis fori præſcriptionem habere poterat.*
2 *Nulla fori præſcriptione eum indigere qui ex eius auctoritate vocatus eſt, qui vel nullam, vel non competentem iuriſdictionem habuit.*
3 *Plerúmque euenire vt iuriſdictio ad quam quis vocatur, competens ſit, nec tamen eam ob fori priuilegium ſubire cogatur qui vocatus eſt.*
4 *Eum tamen, ſi agendo eam iuriſdictionem vltrò ſubiit, reconuentum, non poſſe fori præſcriptione vti.*
5 *Paulum* in d. l. qui non cogitur. *non de eo tractare qui non poſſit in aliquo loco iudicium pati, ſed de eo qui non cogatur.*
6 *Per reconuentionem non ſolùm incompetentiam iudicis dati, ſed etiam fori priuilegium tolli poſſe.*
7 *Intellectus* l. nulli. C. de iudic.
8 *Clericum qui coram laico iudice contra laicum agit non poſſe coram eodem iudice à laico reconueniri.*
9 *Eundem clericum. etiamſi maximè velit, iudicis ſecularis iuriſdictionem contra ſe prorogare, nullo modo poſſe.*
10 *Iuri ciuili per ius Pontificium hac parte derogatum eſſe.*

1 CVm † iis quæ ſuprà conſtituimus pugnare maximè videtur quod Paulus ſcribit *in l. qui non cogitur 22. ff. de iudic.* Eum qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, ſi ipſe ibi agat, cogendum etiam ibi excipere actiones, & ad eundem iudicem mitti. Nec.n. dici poteſt tractare Paulum de iudicis dati incompetentia duntaxat,

cùm tractet de ipſo etiam iudicij loco, quem ponit incõpetentem, quaſi proinde ſentire videatur, nullam eſſe tantam incompetentiam quæ per reconuentionem non tollatur. Verùm reſpondendum eſt, & obſeruandum non de illo tractare Paulum qui vocatus ſit ex aliena & incõpetenti iuriſdictione, quomodo accipitur vulgò, ſed de illo qui propter proprium aliquod priuilegium, non autem ob defectum & incompetentiam iuriſdictionis poterat habere fori præſcriptionem, vt puta ex cauſa militiæ, vel dignitatis, vel ſacerdotij, quæ tria ſunt exempla poſita *in l. pen. C. de pact.* Sicut enim omnis exceptio præſupponit actionem non ſolùm quæ competat ipſo iure, ſed quæ prætereà data ſit à prætore, ita & præſcriptio fori præſupponit iuriſdictionem competentem. † Alioqui 2
nulla præſcriptione ſiue fori, ſiue alia indiget is, qui vocatus eſt ex auctoritate eius qui vel nullam prorſus, vel non competentem habuit iuriſdictionem, cùm pro nullo habeatur, quicquid ex incompetenti iuriſdictione factum eſt, *l. 1. §. vlt. D. quod quiſque iur.* niſi quòd quiſquis ex aliena iuriſdictione etiam incompetente vocatur ad prætorem, aut alium qui iuriſdictioni præſit, in ius venire debet vt hoc ipſum ſciatur an eius ſit iuriſdictio, *leg. 2. D. ſi quis in ius voc. non ier.* Prætoris enim eſt, aut alterius ius dicentis, æſtimare an ſua ſit iuriſdictio: vocati autem non contemnere auctoritatem ius dicentis, *l. 5. ff. de iur.* † Porrò 3
euenit plerunque vt iuriſdictio ad quam quis vocatur, ſit competens, & tamen is qui vocatur habeat priuilegium fori ne cogatur eam iuriſdictionem ſubire, vt puta ſi ad prætorem vrbanum quis vocetur, qui ciuis quidem Romanus ſit ſed tamen miles, vel ſacerdos, vel in dignitate aliqua conſtitutus, quæ det ei prærogatiuam reuocandi domum, aut alterius iuriſdictionis implorandæ. His enim caſibus cum iuriſdicto prætoris ſit competens in omnes ciues Romanos, non eſt dubitandum quin potuerit hic vocari ad prætorem, rataque eſſe debeant omnia contra eum geſta ex auctoritate prætoris, aut illius iudicis quem prætor dederit, ſi non ſit oppoſita præſcriptio fori quam tamen opponere, ſi velit, vtique poteſt.
† Quid ergo ſi contra alium ciuem Rom. hic idem egerit 4
apud prætorem, & reus ille viciſſim contra eum agere velit, an retinebit eandem fori præſcriptionem quam habiturus erat ſi aduerſarius eum vltro, nec prouocatus conueniſſet? Minimè. Hoc ipſo nec quod agit apud prætorem, amittit priuilegium fori, etiam pro reuocatione, & mittendus eſt à prætore ad eundem iudicem qui iam pro ipſo fuerat datus. † Et hic ſenſus eſt *dict. l. qui* 5
non cogitur, cuius prima ipſa verba oſtendunt tractare Paulum, non de illo qui non poſſit pati iudicium in aliquo loco, ſed de eo qui non cogatur. Non poteſt pati ille in quem prætor non habet iuriſdictionem competentem, niſi ſponte & expreſsè conſentiat ſubiiciendo ſe iuriſdictioni prætoris, *l. 1. & 2. ff. eo. tit.* ſed cogitur ille demum, in quem ſi non reluctetur, ius dici poteſt: ſi reluctetur, non poteſt: Idque enim oſtendunt vltima eiuſdem legis verba, *& ad eund. iud. mit.* ſemper enim præſupponendi ſunt termini habiles, vt iuriſdictionem inter litigatores habeat is qui mittit illos ad iudicem, ſiue eundem, ſiue alium. † Itaque concludendum eſt reconuentionis 6
poteſtatem illam eſſe, vt tollat non tantùm incompetentiam iudicis dati, ſed etiam quod magis eſt, priuilegium fori, at non vt poſſit facere competentem iuriſdictionem eam quæ alioquin ex ſe ſit incompetens. † Quo- 7
modo etiam intelligenda eſt *l. nulli. C. eo. tit.* vbi prohibet Conſtantinus ne continentia cauſæ diuidatur, id eſt, vt ſequentia explicant, ne quis ex prærogatiua, id quod in vno eodemque iudicio poterat terminari, apud diuerſos iudices velit ventilare. Cuius rei exemplum in eadem lege ponitur, ſi quis alium ſuper principali quæſtione, id eſt ſuper proprietatis lite poſtulauit iudicem, quam eum coram quo de poſſeſſione iam quærebatur. Præſupponit .n. lex, eius qui iudidem dederit, aut qui ipſe iudicet, cõpetentem eſſe iuriſdictionem, tam pro poſſeſſione quã pro

proprietate:ſed tamen alterutrum ex litigatoribus habere
priuilegium fori ex aliquo capite, ſiue pro cauſa poſſeſ-
ſionis, ſiue pro cauſa proprietatis:alioqui ſi non eſſet iu-
riſdictio competens in vtroque negotio, & poſſeſſionis
& proprietatis, nihil abſurdi eſſet cauſam diuidi & alium
de poſſeſſione cognoſcere, alium de proprietate. Vt quo-
tidie fieri videmus in cauſis beneficiorum, decimarum,
& aliarum huiuſmodi rerũ ſpiritualium, de quarum poſ-
ſeſſione iudex laïcus paſſim cognoſcit, eccleſiaſticus verò
8 de ipſarum iure & proprietate. † Ex quo intelligimus
quàm falſum etiam ſit quod vulgò interpretes & pragma-
tici tradunt. Clericum qui agat contra laïcum coram iu-
dice laïco, poſſe coram eodem iudice à laïco reconueni-
ri. Nam cum iure pontificio, adeóque diuino ſint iuriſ-
dictiones Eccleſiaſtica & ſecularis, ſicut clericorum ac
laïcorum conditiones: eueniret ſecundùm hanc ſenten-
tiam, vt reconuentio tolleret incompetentiam iuriſdictio-
nis: quod etſi verum eſſe putant interpretes, indéque
errandi occaſionem arripiunt, nos tamen iam probaui-
9 mus tam falſum eſſe, quàm quod falſiſſimum: † Ac tan-
tò magis in propoſito, quod nec illi negant, & verum eſt,
Clericum etiamſi maximè velit, iudicis ſecularis iuriſdi-
ctionem contra ſe prorogare nullo modo poſſe. *cap. at ſi
cler. Extr. de iud. c. ſi dilig. Extr. de for. compet.* Si enim
non poteſt expreſsè, cur magis poterit tacitè, ob id ſo-
lùm quòd laïcum hominem coram iudice laïco con-
ueniat, cùm neque tacitus vllus conſenſus poſſit in-
duci ex eo quod fecit ille coactus, qui non potuit laïcum
niſi coram iudice laïco conuenire, ex regula quæ habet,
Actorem debere ſequi forum rei, *l. 2. C. de iuriſd.* Quam-
quam ex ratione iuris ciuilis dubitandum non eſt quin
poſſit clericus, vt & alius quilibet præſcriptioni fori &
priuilegio renunciare, quod nominatim Iuſtinianus con-
ſtituit *in d. l. pen. C. de pact.* Poſt quam legem illud etiam
conſequens eſt, vt clericus laïcum conueniendo apud iu-
dicem laïcum amittat priuilegium fori, ſi à laïco ibidem
reconueniatur: quia ciuilis legiſlator contendit habere
ſe iuriſdictionem in populum vniuerſum, nec minùs in
clericos quàm in laïcos tanquam qui ſint ex populo, & in
territorio ſecularis iuriſdictionis, licèt idem ciuilis legiſ-
lator non deneget clericis fori præſcriptionem. Et ita ad
hunc quoque caſum pertinebit ſententia, *d. l. qui non co-*
10 *gitur. 22. ff. de iudic.* † Sed iure Pontificio cùm pror-
ſus ſint ſeparatæ iuriſdictionis, in eo derogatum eſt iuri
ciuili, ſicut & in hoc ne poſſit ſingularis iuriſdictio à cle-
rico prorogari, ne quidem expreſſo conſenſu, quia id non
ad priuatam prorogantis, ſed ad publicam totius ordinis
Eccleſiaſtici iniuriam pertinet. Concludamus igitur non
poſſe maiorem vim eſſe reconuentionis, quàm expreſ-
ſæ prorogationis, ſicuti nec vnquam maior vis eſt ta-
citi quàm expreſſi.

Caput VIII.

In actionibus in rem nunquam eſſe locum reconuentioni.

SVMMARIA.

1. *Reconuentioni in realibus actionibus inſpecta iuris ratione locum nullum eſſe.*
2. *Quid reconuentionem conſtituat?*
3. *De duabus actionibus vnum olim iudicium eſſe non potuiſſe.*
4. *Legem* qui non cogitur. ff de indic. *de perſonalibus tantum actionibus intelligi.*
5. *Etiam poſito quòd in perſonalibus actionibus reconuentioni locus olim fuerit, non ideò conſequens eſſe vt idem iuris in realibus fuerit.*
6. *Neminem ex ſua improbitate actionem vel quod aliud commodum conſequi debere.*
7. *Multo minùs reconuentionem eam permitti, quam reus actione in rem coram magiſtratu incompetente proponere velit.*
8. *Vindicatione à non domino contra bonæ fidei poſſeſſorem vel etiam dominum inſtituta, reconuentionem non admitti.*
9. *Eo iure quod à Papiniano circa reconuentiones inductum eſt, inſpecto, in actionibus in rem reconuentioni locum non eſſe.*
10. *Cur creditor perſonali actione plerumque in foro debitoris experiri cogatur?*
11. *Plerumque imò ſemper ex neceſſitate & natura actionis accidere vt quis coactus in loco qui ſit huius aut illius iuriſdictionis agat.*
12. *Papiniani temporibus neminem coactum fuiſſe coram hoc aut illo iudice litigare.*
13. *Etiam in actione ex contractu vel quaſi & maleficio vel quaſi, reconuentionem ex Papiniani ſententia remitti.*
14. *Iure nouiſſimo Iuſtinianeo multo minus quàm ex Papiniani ſententia reconuentionem in actionibus realibus permitti.*
15. *Alia quorundam Pragmaticorum de reconuentione in actionibus realibus ſententia refutatur.*
16. *Obnoxius* in dict. leg. cùm Papinianus *quis dicatur?*
17. *Reconuentionem pro re in alieno territorio exiſtente olim fieri non potuiſſe nec hodiè fieri poſſe.*
18. *Nec magis poſſe actorem pro re quæ ſit in eadem iuriſdictione reconueniri.*
19. *Aliud eſſe conueniri quem in loco domicilij, aliud verò in eo loco vbi agit.*
20. *In actionibus in rem poſitis per modum conuentionis reconuentioni locum eſſe.*

EX † ſupradictis apparet quid reſpondendum ſit, ſi 1
quæratur, de quo plerique diſputant, An in actioni-
bus in rem locus ſit reconuentioni. Reſpondendum enim
eſt abſolutè & indiſtinctè, in huiuſmodi actionum ge-
nere non eſſe reconuentioni locum, neque ex ratione iu-
ris, neque ex Papiniani ſententia, neque ex conſtitutio-
ne Iuſtiniani: non ex ratione iuris, quia, vt probauimus,
nullam illa reconuentionem agnoſcit, parato ei qui con-
uenitur auxilio, vt vel excipiendo compenſationem obii-
ciat, vel agendo inſtituat mutuam petitionem, nouum-
que iudicium ſiue apud eundem, ſiue apud alium iudi-
cem, ſi eum reconuenire velit, à quo fuit conuentus. Mu-
tua enim petitio dicenda illa eſt, non reconuentio. † Re- 2
conuentionem facit non mutua petitio quælibet, ſed ea
tantùm quæ fit in vno eodemque iudicio, & ex actioni-
bus diuiſis, non ex ea quæ ſit vna tantùm, quamuis com-
munis actoris & rei, qualem eſſe familiæ erciſcundæ,
communi diuidundo, & finium regundorum ſcribit Ca-
ius *in l. ſi idem. 11. §. 1. ff. de iuriſd.* † Vt autem de dua- 3
bus actionibus vnum eſſet iudicium, fieri olim non po-
terat, quia cùm dictare actionem, & dictare iudicium
idem eſſet, non poterat videri prætor vnicum iudicium
dictaſſe qui duas actiones dictauerat, quamuis vno tan-
tùm iudice dato. Rurſum non poterat videri in iudicium
veniſſe ea conuentio rei, & intentio quam poſt acceptum
iudicium & apud iudicem iam datum propoſuiſſet, *l. non
poteſt 23. ff. de iud.* vbi ex hoc infert Iuriſconſultus, alia
interpellatione opus eſſe, id eſt alia actione, vt de eo pro-
nuntiari poſſit quod emerſit poſt iudicium acceptum, ſiue
emerſerit ex parte actoris volentis actioni ſuæ aliquid
addere, ſiue ex parte rei volentis actorem conuenire. † 4
Itaque ſi quis iterum nobis obiiciat Paulum *in l. qui non
cogitur 22. eod.* de cuius ſententia proximo capite ſcripſi-
mus: reſpondebimus tractare illum de diuerſitate actio-
num, & conſequenter de diuerſitate iudiciorum, quam-
uis in eodem loco exercendorum: quod probant verba
illa,

illa, *ſi ipſe ibi agat, cogitur ibi excipere actiones.* Et quamuis ea lex de reconuentione loqueretur, quod nunquam admittendum eſt, non tamen ad actiones in rem protrahi poſſet, cùm de perſonalibus tantum poſſit & debeat intelligi quod ait *excipere actiones.* Nec enim in actione in rem perſona vlla eſt quæ excipiat actionem, quæ ſcilicet tota dirigitur in rem, non in perſonam.
5 † Et hoc quoque admiſſo quod falſiſſimum eſt, vt in actionibus perſonalibus fuerit iam olim locus recõuētioni, non erit tamen bona conſecutio ſi quis ex eo inferat in realibus idem iuris fuiſſe. Primum quia eius ſolius eſt reconuenire, qui conuenitur vt nomen ipſum reconuentionis demõſtrat. Nihil enim aliud eſt reconuentio quàm mutua conuentio & actio eius qui conuenitur, in illum ipſum à quo conuenitur, vt apud Iuſtinianum *Nou. 96. de execut. & iis qui conuen. vel reconueni. c. 2.* Atqui in actionibus in rem nũquam perſona, ſed res ipſa ſemper conuenitur, *l. Imperatores 7. D. de public. & vectig. l. denique 19. D. de iur. fiſc.* idque probabimus latius ca. ſeq. Ergo perſona reconuenire in hoc actionum genere nunquam poteſt. Res verò ipſa quæ conuenitur multò minus, quia is poteſt reconuenire qui & conuenire, cum reconuentio includat conuentionem. Atqui res non poteſt conuenire quamuis poſſit conueniri, quia non ſicut poteſt duci vel ferri in ius à perſona, *l. vnic. D. ſi quis ius dicent. non obtemp.* ita viciſſim poteſt ducere vel ferre in ius perſonam vt eam conueniat: Ergo nec poteſt conuenire. Secundò, quia vt interpretes volunt ipſi, non alia maior ratio eſt inducendæ reconuentionis quàm fauor rei: etſi hoc quoque nos in præcedentibus refutauimus. Atqui in actionibus in rem poſſeſſor cũ quo iudiciũ exercetur, non eſt reus cùm non conueniatur, vt modò diximus, ſed res ipſa: Ergo nec dignus eſt illo fauore, vt poſſit reconuenire, cum ceſſante ratione iuris, ipſum quoque ius ceſſare ſit neceſſe. Tertiò, quia etiamſi eſſet verè ac proprie reus, non eſſet tamen niſi voluntarius cum actionem in rem pati nemo cogatur, *l. vlt. D. de rei vindic.* Ergo nullo beneficio adiuuandus eſt, quia nunquam ſuccurritur ei qui ſe vltro obtulit periculo, qui ſibi ipſi neceſſitatem aliquam impoſuit, *l. 1. l. ſi fideiuſſor. 7. §. ſi neceſſaria. ff. qui ſatiſ. cogant. l. 2. § vim fluminis, verſ. ſi quis tamen. D. ſi quis caution. l. 3. §. ſubuenitur ff. de S. C. Sillan.* Quartò, in iudicio vindicationis fieri non poteſt vt poſſeſſor ſuccumbat quin prædo & malæ fidei poſſeſſor reperiatur, quantumuis ab initio fuerit in bona fide, quia nimirum vindicationis iudicium nullum eſt, vt nec aliud quodlibet, niſi poſt litem conteſtatam, quo demum tempore & iudicium, & iudicem dabat prætor. Atqui poſt litem conteſtatam, imò verò poſt motam controuerſiam quod fit ante conteſtationem, poſſeſſores omnes ſunt pares, id eſt malæ fidei poſſeſſores, & prædones, cùm iam incipiant ſcire rem ad ſe non pertinere, *leg. ſed etſi lege 25. §. ſi ante ff. de petit. hered. leg. 2. C. de fructib. & lit. expenſ.* Ergo nulla ratio eſt cur admitti debeant ad reconueniendum. Alioqui dicendum eſſet perinde illos admittendos etiamſi ab initio fuiſſent fures, cùm non eo minùs, ſed tantò magis actione in rem teneantur: ſicut & qui dolo malo rem alienam non ſolùm occupauit, ſed etiam deſiit poſſidere, ne reſtituendæ illius haberet neceſſitatem, *leg. ſin*
6 *autem 27. in princ. D. de rei vind.* † Atqui eſſet hoc euidenter abſurdum & iniquum, quia perpetuum eſt vt nemo ea ſua improbitate conſequi debeat actionem, vel quod aliud commodum, *l. itaque 12. §. 1. D. de furt.* vbi hanc ob cauſam ſcriptum eſt, neque furem, neque alium quemlibet malæ fidei poſſeſſorem poſſe agere furti, quamuis interſit ipſius, & actio furti omnibus dari ſoleat, quorum intereſt, quippe quoniam nec intereſſe quicquam eius creditur, cuius intereſt ea non honeſta cauſa *leg. is cuius intereſt. 11. eodem. tit. leg. 3. §. ſi mecum ff. ad exhib.* præſertim verò, cùm de danda actione tractamus, ſiquidem actio eſt ius, i. portio quædam & effectus iuris ciuilis, cuius primum præceptum illud eſt, vt honeſtè viuamus, *l. iuſtitia 10. §. 1. de iuſt. & iur.* In eamque rem textus eſt apertiſſimus in *d. §. ſi mecum*, vbi ſcriptum eſt, ſi mecum fuerit actum ad exhibendum eius rei nomine quã alius mihi ſubripuerit, non poſſe me ob hoc quòd ſum conuentus alium conuenire, & contra eum agere ad exhibendum, quamuis mea interſit ob hoc quod teneor ad eam rem reſtituendam, quia ſcilicet hoc non ſufficit, niſi addas intereſſe ex iuſta & honeſta cauſa. Alioqui, inquit lex, is qui dolo facit quominùs poſſideret, & fur, & raptor poſſet agere ad exhibendũ, cùm illi omnes ad exhibendum, & reſtituendũ teneantur, atque ita ex ſua improbitate actionem cõſequerentur. Quòd ſi in actione ad exhibendum quæ non in rem, ſed in perſonam eſt, non permittitur ei qui conuenitur, vt alium conueniat, etiam à quo iniuriam ſit paſſus, quia ipſe ea cauſa minùs honeſta conueniatur, i. non alia ratione, quàm quod per eum fiat ne dominus rem ſuam vindicare poſſit, quanto minùs permittendum eſt ei qui rem meam iniuſte detinet, vt poſſit me reconuenire ob hoc ſolùm quòd à me iudicio vindicationis cõueniatur, cùm mihi faciat iniuriam quæ proinde vindicanda ſit potiùs quàm adiuuanda? Facit etiam Papin. noſter in *l. ſi plures 38. D. de admin. tutor.* in poſtremi illis verbis, *ſed cùm propria cuiuſque contumacia puniatur qua fronte poterit hoc deſiderari?* Hæc verò 7
quæ diximus, multo magis obtinere debent, ſi agatur de reconuentione quam reus conuentus actione in rem velit proponere coram magiſtratu incompetente: non ob id ſolum quod diſputauimus in præcedentibus, Reconuentionem facere non poſſe vt iudex fiat competens, qui incompetentem ſibi adroget iuriſdictionem, ſed etiam quia ſi reconuentio id facere poſſet, magnum illud eſſet beneficium & priuilegium, quo dignus videri per conſequens non deberet is qui nõ niſi ob malam fidem ſuam, & improbitatem actione in rem conueniretur. † Quod ſi 8
ſi è contrario ponas inſtitui vindicationem, & contra bonæ fidei poſſeſſorem & à non domino, fortaſſis etiam cõtra dominum, vt proinde neceſſe ſit ſuccumbere actorem, dicam ne hoc quidem caſu admittendam eſſe reconuentionem, quia nec vindicationis iudicium vllum eſſe videtur, cùm non alij quàm domino detur vindicatio. Itaque non tam male quàm fruſtrà & nihil agere videtur, qui vindicat eam rem cuius non eſt dominus, cùm nemo poſſit agere ſine actione, *l. ſi pupilli 6. §. vlt. ff. de neg. geſt. iunct. l. vnic. in fin. ff quand. dies vſusfr. legat. ced.* & conſequenter non poteſt reconueniri, cùm reconuentio præſupponat actionem, & conuentione quamuis officio iudicis condemnandus ſit in expenſas litis, non tam quòd male egerit, quàm quod temerè & ſine actione, *l. eum quẽ*
temere 79. ff. de iud. † Inſpecto autem eo iure quod à Pa- 9
pin. primùm inductum eſt multo minùs dici poteſt in actionibus in rem locum eſſe reconuentioni: primò, quia Papin. non niſi de actionibus in perſonam locutus eſt, vt conſtat ex verbis *l. cùm Papin. 14. C. de ſent. & interlocut.* Secundò quia non alio caſu putauit Papin. admittendam eſſe reconuentionem, quàm quo foret illa pro eodem negotio. Atqui actio in rem non ex negotio illo naſcitur ſed tantùm ex poſſeſſione detentoris, & dominio actoris. Tertiò, quia potiſſimùm Papinia. mouebatur ea ratione, quòd non debeat actor dedignari eundem iudicem habere contra ſe, cuius arbitrium in agendo obſeruauit. Quæ ratio non habet locum in actionibus realibus, in quibus ſcilicet iudex non eligitur, ſed dominus inuitus apud iudicem loci, in quo res ſita eſt, agere cogitur nullo ſuo facto voluntario præcedente ex quo naſcatur illa coactio. † Quod addere lubet ad differentiam actionum perſonalium ex quibus licèt cogatur creditor agere in foro debitoris, cogitur tamen plerumque ideo quia cum debitore contraxit: vt autẽ contraheret, ab initio non cogebatur. Quò reſpiciens Bart. ad *dict. l. cùm Pap.* ſcripſit, Reconuentionem non habere locum aduerſus eum, qui iudicem non elegit, ſed egit coactus. † In 10
quo tamen perpetuus Bartoli, aliorumque interpretum

error

error eſt, quòd confundit iudicem cum iuriſdictione. Nã
vt quis agat coactus in loco qui ſit huius aut illius iu-
riſdictionis, plerumque accidit, imò ſemper ex neceſſitate
& natura actionis, quoniam ea iuriſdictio ſemper ſequen-
da eſt quæ ſit competens, nec eſt in poteſtate agentis, vt
eligat iuriſdictionem niſi cum habet priuilegium aliquod
fori, non tantùm ſi conueniatur, quam fori præſcriptio-
nem appellari diximus, ſed etiam ſi agat, quale habent Se-
natores noſtri, vt etiam acturi poſſint vocare in ius aduer-
12 ſarios ad Sabaudiæ iuridicum maiorem. † At Papiniani
temporibus vt cogeretur quis coram hoc aut illo iudice
litigare, fieri non poterat, quia iudex à prætore dabatur,
aut ab alio magiſtratu iuriſdictioné habente, *l. 1. l. 3. l. eum
qui 13. D. de iuriſdict.* Non is quidem quem altera pars
nominatim petiiſſet (id enim peſſimi eſſet exempli, vt Ar-
rianus ſcribit in *l. obſeruandum 47. D. de iudic.*) ſed quem
vterque ex litigatoribus vel communi cóſenſu recepiſſet,
vel ſortitus eſſet. Deinde non cadit ea diſtinctio Bartoli in
caſum illum quo agatur de iudice incompetenti, ſed in
eum tantùm in quo ageretur de incompetenti iuriſdictio-
ne: de quo tamen caſu, vt ſæpius diximus nunquam Pa-
13 pinianus cogitauit. † Neque rurſus nouum eſt vt in actio-
ne perſonali cogatur quis forum ſequi debitoris etiam
eum quo nunquam contraxerit, nec negotium vllum geſ-
ſerit: vt puta ſi quis agat contra eum qui ex quaſi con-
tractu ſit obligatus aut ex maleficio vel quaſi, aut alio
proprio quodam iure: quibus tamen caſibus dubitandum
non eſt, quin Papin. voluerit locum eſſe reconuentio-
ni perinde atque ſi ex contractu ageretur, dummodò ex
eodem negotio reconuentio procederet, quia omnibus
his caſibus actor, licet non eligat forum, eligit tamen aut
vltro accipit iudicem ab eo datum, qui foro & iuriſdi-
ctioni præeſt. Quamquam nec de eo tractat Pap. qui
iudicem elegerit, ſed qui iudicis pro ſe dati arbitrium ob-
ſeruat: vt intelligamus non debere illum dedignari eun-
dem habere iudicem contra ſe, dummodo in eodem ne-
14 gotio. † Quod verò pertinet ad ius nouiſſimum & Iuſti-
nianeum, eædem rationes ſuperiùs allatæ probant, non
magis ex Iuſtiniani quàm ex Papiniani mente fuiſſe, vt
in actionibus in rem locus eſſet reconuentioni: quinetiã
multò minùs, quia permiſit Iuſtinianus actori, qui re-
conuenitur, intra 20. dies eum iudicem recuſare quem
priùs acceperat, vt eo facto alium iudicem mereatur, qui
vtrumque negotium terminet. Atqui ſi is qui agit in rem
coram iudice loci, in quo res ſita eſt, vellet eum recuſa-
re, non ideo tamen poſſet agere coram iudice alterius lo-
ci, cùm is ſolus ſit iudex competens actionis in rem, in
cuius territorio res ſita eſt. Fateamur itaque verba Iuſti-
niani non admittere reconuentionem in actionibus rea-
libus, ſaltem eo ſenſu quo volunt pragmatici, hoc eſt, vt
ille etiam caſus recipiatur in quo iudex pro actione in
rem datus ſit incompetens in negotio reconuentionis. Et
cùm idem nomen *negotij* Iuſtinianus vſurpet, quod Pa-
pin. iam vſurpauerat ex eo intelligemus non poſſe ipſius
ſententiam ad actiones in rem accommodari, præter id
quod ſupradictæ aliæ quoq; rationes militant ſi non niſi
15 de incompetentia iudicis agatur. † At omnium falſiſſi-
mum eſt quod pleroſque magnos viros, cum ſuperioribus
annis Romæ eſſem, vidi mordicus defendere, vſque adeò
locum eſſe reconuentioni in actionibus in rem, vt ſi ego
à te vindicem fundum qui ſit in Italia, & in territorio
eccleſiaſtico, idque coram magiſtratu eccleſiaſtico, qui
in eo territorio iuriſdictionem habeat, poſſis tu viciſſim
à me in eodem foro vindicare fundum qui ſit in Gallia
ſub ditione Regis, cogárque pati hanc reconuentionem
apud eundem iudicem eccleſiaſticum. Nam præter id
quòd hoc caſu euidenter incompetens eſt iuriſdictio ec-
cleſiaſtici magiſtratus, nec quicquam poteſt mihi im-
putari, cur iudicium in rem tecum inſtituerim eo in fo-
ro in quo inſtituendum neceſſariò fuit. Conſtat etiam
alienum id fuiſſe à Papiniani mente in *d. l. cum Papin.*
quæ diſertè loquitur de actore qui reperiatur obnoxius
& quem iudex poſſit condemnare ad aliquid dandum,
vel faciendum: quæ ſunt præſtationes actionis perſonalis:
nec magis conueniunt actionibus in rem, quàm obnoxij
nomen poſſeſſori. † Obnoxius enim dicitur, qui eſt obli- 16
gatus, quomodo & nexum paſſim dicimus pro obligatio-
ne. Atqui actiones in rem dantur contra eum qui nullo
modo eſt obligatus. §. 1. *Inſt. de act.* Quare improbabilis
omnino eſt interpretatio Baldi ad eam dictioné *obnoxius*,
cùm ait, ſine lege tamen & ſine ratione accipiendam eſſe
illam generaliter, vt etiam actiones in rem comprehẽdat.
† Et verò cùm non poſſet olim fieri vindicatio niſi in rem 17
præſentem, ob idque duci eam, vel ferri in ius neceſſe eſ-
ſet, aut aliquam ſaltem ipſius partem, quæ totius vice eſ-
ſe poſſet, quomodo fieri quæſo, poterat Papiniani tempo-
ribus, vt res quæ in alieno eſſet territorio in aliud terri-
torium ferretur, in quo patienda fuiſſet reconuentio? Nec
enim poterat id fieri inuito eo, qui reconueniebatur, niſi
ex imperio eius magiſtratus in cuius territorio & iuriſ-
dictione reconuentio proponeretur, *d. l. 1. §. 1. D. ſi quis ius
dicent. non obtemp.* Atqui extra territorium ius dicenti
impunè non paretur, *d. l. vlt. D. de iuriſd. l. cùm vnus* 12. *§.
pen. ff. de reb. auctor. iudic. poſſid.* Non ergo fieri poterat, vt
actio in rem proponeretur apud magiſtratum incompe-
tentem, ne quidem per modum reconuentionis: Nec igi-
tur hodie poterit. Quamuis enim ſublatæ ſint formulæ
veteres actionum, natura tamen earum manſit, *l. 2. C. de
formul. & impetr. act. ſublat.* † Planè ſi me agentem in rem 18
tecum, velis etiam in rem reconuenire pro re quæ ſit in
eadẽ iuriſdictione, ſupradicta ratio nõ impediet recõuen-
tionem, ſed impedient cæteræ quas priore loco attulimus.
Neque obſtabit, quod qui agit in rem habeat electio-
nem, vtrum agere velit in loco vbi res ſita eſt, an in foro
vbi poſſeſſor domicilium habet, *leg. vlt. C. vbi in rem act.
exerc. deb.* † Aliud enim eſt, conueniri quem in loco ſui 19
domicilij, aliud verò conueniri in eo loco vbi agit. Nec
quemadmodum dicimus, non poſſe conqueri eum qui in
domicilio ſuo conuenitur etiam pro re quæ alibi ſita eſt,
cùm tanto melior ipſius conditio fiat: adiici poteſt, non
poſſe conqueri eum qui in rem agit in territorio alieno,
ſi in eodem illo territorio aliam actionem in rem viciſ-
ſim pati cogatur, cùm futurum ei ſit multò incommodius
duas habere lites in aliena iuriſdictione, & extra domi-
cilium ſuum, quàm vnam. Neque rurſus ad hunc caſum
accommodari poteſt ſententia legis, qui non cogitur 21.
De iudic. quæ, vt ſuprà diximus, de perſonalibus dun-
taxat actionibus loquitur, & de eo qui agat coram magi-
ſtratu competente, ac proinde apud quem ratione do-
micilij poſſit conueniri. Sed etſi verum eſſet, quod vult
Baldus, actionem in rem proponi poſſe per modum re-
conuentionis, non tamen deberet id intelligi de actione
in rem propoſita eius rei nomine quæ in diuerſo & alie-
næ iuriſdictionis territorio eſſet, ac de qua non poſſet
dari iudex ab illo ipſo qui iudicem in conuentionis cau-
ſa dediſſet. † Nec rurſus permittendum eſſet pragmati- 20
cis abuti ea Baldi ſententia ad probandum quod illi vo-
lunt, In actionibus in rem propoſitis per modum con-
uentionis locum eſſe reconuentioni. Aperta enim eſt ra-
tio diuerſitatis, quia cùm quis agit in rem perſona non
conuenitur, ſed res quæ ipſa reconuenire non poteſt. At
cùm ago in perſonam, perſona conuenitur, nec proinde
quicquam impedit hac parte quo minùs poſſit me re-
conuenire etiam in rem, excepto illo caſu, quo iuriſdictio
non ſit competens in vtraque cauſa tam reconuentionis,
quam conuentionis. Nunquam enim permittendum eſt
vt alienæ iuriſdictioni poſſit priuatus priuſquam præiu-
dicare, ſiue expreſſo conſenſu, ſiue tacito, & ſiue agat, ſiue
conueniatur. Suo enim tantùm iuri, non etiam alieno
derogare quis poteſt, *l. pen. C. de pact.* Dignus ſanè erat hic
tractatus qui à nobis in Chiliadem noſtram erroribus
pragmaticorum conferretur. Sed malui referre in conie-
cturas, quia de tota hac quæſtione longa mihi, & perti-
nax Romæ quæſtio fuit cum multis in Rota Romana
cauſarum

cauſarum Auditoribus meritiſſimis, & patronis celeberrimis quos pro Papinianis habere liceret, ſi vellent ſibi imperare, vt incontrouerſiis iſtis omnia ex iuris ratione æſtimarent, nec antiquius ea quicquam haberent.

Capvt IX.

De actionibus in rem, ſingularia quædam.

SVMMARIA.

1 *Actiones in rem contra eum exerceri qui nullo modo ſit obligatus.*

2 *Differentia inter perſonales & reales actiones ex ipſo actionis nomine petita.*

3 Petitionis *nomen actioni in rem, non actioni in perſonam conuenire.*

4 *Actionis definitionem in* leg. nihil aliud. 51. de obligat. & actio. *propoſitam, actioni in rem non conuenire.*

5 *In actionibus in rem non perſonam ſed rem conueniri.*

6 *Sententia & emendatio* leg. 7. ff. de public. & vectigalib.

7 *Cur tributorum nomine fundus ipſe, non perſona conuenatur?*

8 *Declaratur* l. denique. 19. ff. de iur. fiſc.

9 *Actiones reales nonniſi in rem dirigi ac competere, contra poſſeſſorem verè exerceri.*

10 *Poſſeſſorem illum aduerſus quem actio in rem exercetur, aduerſarium, rem vero ipſam quaſi ream eſſe.*

11 *Abuſiuè tamen poſſeſſorem illum in iure* reum *aliquando appellari.*

12 *In iudiciis in rem ſufficere ſi res ipſa quaſi rea ſit.*

13 *Alio argumento probatur poſſeſſorem in actionibus in rem reum non eſſe.*

14 *Multum intereſſe* fruſtra *quis, an* malè *egerit.*

15 *In rei vindicatione & hypothecaria fieri non poſſe quin aliquis aduerſarius ſemper ſit.*

16 *Prætore in bonorum poſſeſſionem mittente aduerſarium aliquando nullum reperiri, rem tamen ipſam ream eſſe.*

17 *Multos in perſonalibus actionibus aduerſarios eſſe poſſe, quum tamen vnus reus ſit.*

18 *Eum qui in actionibus in rem aduerſarium ſe obiicit, non tam reꝰ quam cuiuſdam tertij iure cenſeri debere.*

19 *Inde probari in actionibus in rem reconuentioni locum non eſſe.*

20 *Neminem cogi inuitum vt actionem in rem ſuſcipiat aut patiatur.*

21 *De differentia inter reum & aduerſarium.*

22 *Poſſeſſorem in actionibus in rem non verè ac propriè reum eſſe.*

23 *In iiſdem actionibus eum qui territorio, in quo res ſita eſt, præeſt iudicem competentem eſſe.*

24 *Actori, ſi malit, licere coram iudice domicilij poſſeſſorem conuenire.*

SVnt quædam in actionibus in rem ſpecialia & ſingularia, quæ à generali, communique actionum omniũ
1 natura videntur abhorrere: † Ac illud in primis, cùm
quòd actio generaliter definiatur ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur, *l. nihil aliud* 51. *ff. de obl. act.* actiones tamen in rem contra eum exercentur qui nullo modo ſit obligatus. §. 1. *Inſt. de act.* cùm non in perſonam dirigantur, quæ ſola poteſt obligata eſſe ad dandum aliquid vel faciendum, ſed in rem ipſam, quæ tametſi poſſit etiam eſſe obligata, ſcilicet vinculo pignoris, non tamen ita obligari poteſt vt poſſit ipſa vel debeat aliquid dare vel facere. Pati enim duntaxat poteſt vt vel ducatur, vel feratur in ius, vel in poſſeſſionem eius eatur, vel diſtrahatur, *l. vnic. §. 1. ff. ſi quis ius dicent. non obtemp. l. 1. & tot.*
tit. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſ. eat. † In eoque præcipua certè 2
ne dicam vnica differentia eſt actionum perſonalium & realium, quam & nomen ipſum *actionis* demonſtrat. Siquidem actio dicta eſt, vt ſcribit Theophilus initio tit. *De act.* ab agendo, id eſt, cogendo, & compellendo, quòd per eam agatur & cogatur is qui perfidus eſt, in ius venire, quæ coactio in ſolis actionibus in perſonam locum habere poteſt, non in realibus, quia perſona ipſa eſt quæ agi & cogi poteſt in ius, non etiam res, nec ſi ſit animata. Dicitur enim duci, ſi animata ſit, ferri verò, ſi ſit
inanimata. † Et ob id dicitur actio in rem, petitio magis 3
propriè quàm actio, *l. pecunia* 178. *§. actionis de verb. ſign.* quia ſcilicet non incipit è coactione, vt actio in perſonã, ſed ab ipſa petitione. Contra verò, petitionis nomen propriè accommodari non poteſt actionibus in perſonam non quaſi is qui in perſonam agit, nihil petat, ſed quia incipit priùs agere, quam petere aliquid vel perſequi. Incipit enim agere ex die vocationis in ius, quæ olim ſic fiebat, vt qui vocabatur, ſi vltro ſequi nollet, raperetur: vnde & dicebatur in ius vocatio principium actionum omnium inſtituendarum, *§. omnium Inſt. de pœn. temer.*
litig. † Quare nec mirum eſt ſi definitio actionis poſita 4
in *d. l. nihil aliud*, non conueniat in rem actioni: quod non intellexit ex recentioribus Franciſc. Hotom. qui eam definitionem, quòd actionibus in rem aptari non poſſet, quaſi mancam ſupplendam eſſe exiſtimauit. Itaque qui agit in rem, licet vt plurimùm habeat aliquem aduerſarium, eum ſcilicèt qui rei poſſeſſor eſt, non illud tamen intendit, poſſeſſorem dare aliquid ſibi aut facere oportere, ſed tantùm pronuntiari rem eſſe ſuam, ſi agat directa rei vindicatione: aut obligatam, ſi agat hypothecaria, quam aliquando quaſi Seruianam, aliquando pignoris vindicationem iuris auctores appellant: aut denique mitti ſe in poſſeſſionem rei, ſi qua ſit ex iis cauſis ex quibus
ſolet prætor decernere miſſionem in poſſeſſionem. † Sed 5
illud magis ſingulare eſt, quod tamen fit ex ſupradicto iuris principio, vt in actionibus in rem non perſona, ſed res conueniatur. Quo enim iure poſſet conueniri perſona quæ nullo modo eſſet obligata? cum dici ſoleat, quod in actionibus perſonalibus certiſſimum eſt, obligationem eſſe matrem actionis, *l. licet* 43. *§. ea obligatio. D.*
de procur. leg. 1. D. de obl. & act. † Idque diſertè ita ſcrip- 6
tum eſt in *leg. Imperatores* 7. *D. de public. & vectig.* vbi Papyrius Iuſtus refert hoc ipſum ab Imperatoribus Antonino & Vero reſcriptum fuiſſe, non vt hac parte nouum ius facerent, quomodo alias plerumque reſcribere Imperatores ſolent, ſed vt quid iuris communis eſſet, ſignificarent, vtque eodem reſcripto docerent poſſeſſores prædiorum vectigalium & tributariorum etiam præteriti temporis vectigal ſoluere debere: ideóque ſi quis tale prædium ignorans emerit ab eo qui in vectigalis ſolutione per multos annos ceſſauerit, dandam ei actionem ex empto. Sic enim locus ille emendandus eſt, legendúmque *ex empto* pro eo quod vulgo legitur nullo ſenſu *exemplo* vt bene ac feliciter Iacob. Cuiacius lib. 1. Obſer. cap. 5. pri-
mus emendauit. † Ideo autem tributorum nomine dici- 7
mus conueniri rem non perſonam quia prædium eſt quod tributum debet, quódque ob hoc ipſum intelligitur fiſco obligatum tacito quodam pignoris iure, vt Papin. ſcribit in *l. cum poſſeſſor* 5. *in princ. & §. 1. D. de cenſib.* ex qua cauſa pignoris iam diximus naſci quaſi Seruianã,
& in rem actionem. † Nec diſſimiliter idẽ Papin. in *l. de* 8
nique 19. *D. de iur. fiſc.* ſcribit eum à quo fiſcus abſtulit pecuniã ſolutam à communi debitore, ſed qui fiſco primũ fuerat obligatus, nullas eius pecuniæ nomine vſuras debere, quas tamẽ debet quiſquis fiſci debitor eſt, licet vſuræ in ſtipulatum deductæ non fuerint proptẽr quodã priuilegio fiſci, *l. cum quidam* 17. *§ fiſcus & ſeq. l. Hieronymus* 43. *ff. de vſur.* quia inquit Pap. cùm pecunia reuocatur, non
perſona

perſona,ſed res conuenitur, quamuis non ordinaria ali-
qua actione in rem, ſed extraordinario iure id fiat, vt
ſcriptum eſt in *l.pecunia 5.C. de priuil.fiſc.* Et ſanè cùm
non alius poſſit conueniri quam is in quem dirigitur
actio, actiones autem quæ in rem ſunt, non in perſo-
nam aliquam, ſed in rem ipſam diriguntur, vnde &
nomen ſumpſerunt, conſequens omnino eſt vt iis non
perſona, ſed res ipſa conueniatur: nec eſt contrarium
quod paſſim dicuntur dari contra poſſeſſorem.† Longe
9 enim aliud eſt Exerceri eas contra poſſeſſorē,quod non
negamus: aliud verò contra eum dirigi aut competere,
quod nos negamus. Non diriguntur,neque competunt
niſi in rem, ſed exercentur tamen contra poſſeſſorem,
cuius ſolius intereſt,non etiam ipſius rei de qua agitur,
vt res defendatur,quippe quæ ſeipſam defendere nullo
modo poteſt. Quid enim fundi Tuſculani intereſt an
Titij ſit, an Sempronij? Idque nomen ipſum poſſeſſoris
demonſtrat, cùm dicimus iſtis actionibus conueniri
poſſeſſorem. Significamus enim Titium ſi poſſideat,
conueniri non tanquam Titium, qui aliquo iure obli-
gatus ſit exprimere actionem,ſed tanquam poſſeſſorem,
id eſt ob hâc rationem formalem quia poſſidet: & ideò
vna eademque actio in rem poteſt exerceri. diuerſis
temporibus contra diuerſas perſonas pro poſſeſſorum
diuerſitate, cùm è contrario perſonales actiones nun-
quam competere poſſunt,niſi contra eundem ipſum qui
eſt obligatus. Nec enim diuerſitas poſſeſſorum inducit
diuerſitatem actionum in rem,dummodò eadem ſit res
quæ petatur, & eadem domini perſona,quæ petat, quia
in actionibus in rem nihil ſpectamus ad conſtituendam
earum ſubſtantiam, niſi perſonam & ius actoris ex vna
10 parte,& rem ipſam quæ conuenitur, ex altera. † Proin-
de ſi vere & proprie loqui velimus, poſſeſſor contra
quem actio in rem exercetur, non eſt reus,ſed res ipſa,
ita vt dixerim, rea eſt, quia non alius poteſt eſſe reus,
quàm qui conuenitur,res autem ipſa,vt dixi,non perſo-
na,conuenitur. Poſſeſſor tamen aduerſarius eſt non res
ipſa, quoniam aduerſarium facit non conuentio, ſed
contradictio,id eſt, aduerſarius ille dici debet,non qui
conuenitur,ſed qui actoris intentioni reſiſtit,vt nomen
ipſum aduerſarij præ ſe fert. Atqui res ipſa non reſiſtit,
quæ fortaſſis conſentiret potiùs ſi poſſet,facitque ſe vl-
tro aduerſarium ille qui vult rem defendere proprij
11 commodi cauſa.† At quoniam in perſonalibus actioni-
bus idem eſt reus & aduerſarius, in iſtis verò aduerſa-
rius nullus eſt præter poſſeſſorem, inde paſſim fit vt
reus etiam dicatur qui actione in rem conuenitur, ne
alioqui circumlocutione vti cogeremur, ſi differentiam
illam quæ hac parte eſt inter reum & aduerſarium tam
exactè obſeruare vellemus, & plerumque dicitur con-
ueniri is contra quem actio in rem exercetur, ſed tamē
vix vnquā niſi cum illa adiectione, vt in rem conueni-
ri dicatur,vt in *l.qui petitorio 36.§.1.& alibi paſſ.ff.de rei
vind.* Ex quo tamen ſi quis vellet inferre perſonam poſ-
ſeſſoris in eiuſmodi iudicio abſolute conueniri, non
minùs erraret quàm ſi hominem diceret ſimpliciter
eum,qui eſſet pictus aut mortuus, ob id ſolum quod &
12 mortuum hominem & pictum dicere ſolemus.† Itaque
ſi quis obiiciat non poſſe iudicium vllum conſiſtere
niſi quod ex tribus perſonis conſtet actore,reo & iudi-
ce,& conſequenter in actionibus & iudiciis quoque in
rem,eſſe aliquem reum oportere. Reſpondendum eſt,
ſufficere ad iudicij conſtitutionem vt res ſit rea, quia
nec aliam ob cauſam exigimus perſonam rei niſi vt ſit
in quem actio dirigatur. Porrò quòd ad eſſentiam
actionis petinet,nihil refert an dirigatur in rem, an in
13 perſonam. † Inde eſt quòd cùm quis petit mitti ſe in
poſſeſſionem bonorum aut rei alicuius,quæ actio merè
in rem eſt, non inquirit prætor an res illa ab aliquo
poſſideatur, necne, ſed decernit miſſionem non vocato
poſſeſſore,ſaluo tamen ipſi iure,ſi quis ſit qui volet in-
tercedere & impedire effectum miſſionis, *leg.vltim.* vbi
Doct. noſtri ita tractant, & recte *C.de edict. D. Hadr.
toll.* Quod vtique fieri non poſſet ſi poſſeſſor eſſet reus,
quia nulla poteſt actio incipere ab executione contra
reum inauditum, imò ſemper debet incipere à citatio-
ne,*l.1.Cod.de execut.rei iud.§.omnium.Inſt.de pœn temer.
litig.* nec enim iudicium vllum eſt tam ſummarium,imò
nec actus vllus ſiue iudicialis, ſiue extraiudicialis tam
ſummarius vt non ante citari & audiri debeat,quiſquis
ex eo actu lædi poteſt,*l.nam ita 39 ff de adopt.l.etiam 29.
§.vlt D.de minor.l.vnoquoque 47 ff.de re iudic.* Inde illud
etiam eſt, quod ſi quis rei vindicatione egerit contra
non poſſidentem, is non tam malè quàm fruſtra egiſſe
dicatur *dict. l.qui petitorio 36. de rei vind.* vbi ſcriptum
eſt, Eum qui petitorio iudicio vtitur, ne fruſtra expe-
riatur, inquirere ante omnia debere, an is cum quo
inſtituit actionem poſſeſſor ſit,velle deſierit dolo poſſi-
dere, an non. Atqui e contrario dicendus eſt eſſet non
fruſtra, ſed male egiſſe, ſi poſſeſſor in hoc iudicio ve-
rè eſſet reus, quia nonniſi male agi poſſet contra ali-
quem quoties agitur contra eum tanquam contra reum,
qui tamen non debeat eſſe reus, vt cernere eſt in actio-
nibus perſonalibus ſi proponatur contra aliquem quaſi
obligatum, qui tamen non ſit obligatus. † Quantùm 14
verò interſit an fruſtra, an male quis egerit, ex eo in-
telligi poteſt,quod qui male agit cauſa cadit,non etiam
qui agit fruſtra, vt non inſubtiliter inſinuat Vlpian. in
l.vn.§ vlt ff.quand.dies vſuſfruct.leg.ced. † Planè in rei 15
vindicatione fieri non poteſt, vt non ſit ſemper aliquis
aduerſarius, is ſcilicet cum quo tanquam poſſeſſore iu-
dicium exercetur, ſiue reuera poſſideat, ſiue non,
itemque in hypothecaria, quoniam neque vindicatio-
nis,neque hypothecariæ iudicium vllum eſt,niſi quod
à Prætore dictatur poſt litem conteſtatam: litis autem
conteſtatio fieri non poteſt ſine contradictore: qui
porrò contradicit, ille demum aduerſarius eſt. † Quod 16
non ſimiliter contingit, cùm Prætor decernit mitti
quem in poſſeſſionem bonorum debitoris, fortaſſe la-
titantis, vel qui aliter non defendatur, aut ex qua alia
cauſa earum,de quibus in *d.tit. Quib ex cauſ.in poſſ. eat.*
Nulla enim eo caſu fit conteſtatio, nec proinde vllus
reperitur contradictor,niſi tunc cùm venitur ad execu-
tionem decreti. Cæterùm tunc quoque cùm aduer-
ſarius nullus eſt, res tamen ipſa eſt rea, nec minùs in
miſſione in poſſeſſionem quam in vindicatione, aut
hypothecaria. Ergo nec aliud erit tum quoque cùm
aduerſarius aliquis fiet. † Non enim perſona ſuperue- 17
niens aduerſarij nouum facit reum,aut mutat reum
qui erat prius, poſſuntque multi eſſe aduerſarij, etiamſi
vnus tantùm ſit reus, puta ſi quis vltrò ſe mihi obiiciat
aduerſarium, ad defendendum eum contra quem ago
perſonali actione, quod euenire ſolet, quoties ago
contra fideiuſſorem tuum, vt ſoluat pecuniam pro qua
fideiuſſit, & quam tu deberi negas, vel quia iam ſoluta
ſit, vel quo alio iure. Potes enim tu etiam non citatus
adeſſe liti inſtitutæ contra fideiuſſorē tuum,non tanquā
reus, ſed tanquam tertius ad defendendum illum ne
condemnetur; quia condemnatus regreſſum contra te
habiturus eſſet. † Sic & in actionibus in rem dicendū 18
eſt,eum qui ſe obiicit aduerſarium ſiue vltrò, ſiue quòd
fuerit citatus tanquam poſſeſſor, non tam rei, quam
tertij cuiuſdam potiùs iure cenſeri debere, quia venit
non ad ſe defendendum, cùm ab eo nihil petatur, ſed
ad defendendam rem quæ ipſa conuenitur, *leg.ſi plus
74.§.mota. D.de euict. l. iudicatum 6 l.ſi ſeruus 11.cum
ſeqq ff.iud.ſolui.* ob idque vix vnquam videas iuris au-
ctores ita loqui,vt dicant vindicationem, aut hypothe-
cariam in poſſeſſorem inſtitui vel exerceri, ſed cum
poſſeſſore, vt ſignificent poſſeſſorem eſſe aduerſarium,
non reum, & è contrario rem ipſam ream non aduer-
ſariam. † Ex quo non leue argumentum ſumi poteſt 19
pro ea ſententia,quam nos probauimus in ſuperioribus
in actionibus in rem non eſſe locum reconuentioni.

Quis

Quis enim vnquam dixit cogendum actorem pati recon-
uentionem ab eo quem non ipſe conuenerit, ſed qui tan-
quam tertius & auctori incognitus vltrò ſe obiecerit li-
20 ti? † Tertium ſingulare illud eſt quod traditur *in l.vlt.ff.*
de rei vind. neminem cogi inuitum vt patiatur aut ſuſci-
piat actionem in rem, quia licet cuilibet dicere ſe non
poſſidere. Quod cùm ſit, ille qui conueniebatur tanquam
poſſeſſor, deſinit eo iudicio teneri, quoniam directa fue-
rit actio, ſed in rem ipſam quæ ſemper fuit rea, neque
21 poteſt dici aduerſarius, cùm eſſe nolit. † Illa enim diffe-
rentia eſt inter reum & aduerſarium, quòd reus etiam in-
uitus ſit: aduerſarius verò non niſi volens, præterquàm
ſi idem ſit aduerſarius, qui & reus, vt in actionibus per-
22 ſonalibus vſuuenire diximus. † Et ex eo rurſum apparet
euidentiſſimè quàm verum ſit quod nos contendimus,
poſſeſſorem in actionibus in rem non eſſe verè ac pro-
priè reum, quia iuris regula eſt, Iudicium ſemper reddi
in inuitum, *l.inter ſtipulantem* 83 2. §.1. *ff. de verb.oblig.*
Neque quicquam prodeſt ei quem conuenio perſonali
actione tanquam debitorem obligatum mihi ad ſoluen-
dum, quia mihi debet ex ſtipulatu, quòd vel neget ſe de-
bere, vel dicat ſe litigare nolle, dummodò intentionem
meam probauerim, niſi etiam ſoluere pecuniam paratus
ſit, *l.ſi reus ratus* 73. *ff.de proc.l. ſi debitori* 21. *ff.de iud.*
*l.lex iudicatum ſolui.*16 *ff.iud.ſolui* At cùm poſſeſſor con-
uentus actione in rem negat ſe poſſidere, hoc ipſo eludit
iudicium vindicationis inuito etiam actore, cui proinde
nullum aliud remedium ſupereſt, niſi vt ſi conuincere
poterit aduerſarium de mendacio, transferatur in aucto-
rem poſſeſſio quæ fuerat penes aduerſarium, & quidem
officio iudicis, etiamſi actor intentionem ſuam nullo mo-
do probauerit, quam tamen alioqui probare ante omnia
debuiſſet ad obtinendum *l.vlt.C.eo tit.de rei vind.l.vlt.ff.*
23 *de acq.poſſ.* † Denique ex eod. principio fit vt in actioni-
bus in rem iudex competens ſit ille qui præeſt territorio
in quo res ſita eſt, *l.1.& vlt.C. vbi in rem act.l.vn.C.vbi*
de her.agat. Cum enim iuris regula ſit, actorem ſequi de-
bere forum rei conuenti, *l.2.C.de iuriſd omn.iud.l.2. l.in*
crim.5.C.vbi cauſ.ſtat.agi deb. in actionibus autem in rem
ipſa res ſit quæ conuenitur, & quæ rea eſt, vt diximus,
conſequens eſt vt actor ſequi debeat forum loci in quo
res ſita eſt, quamuis poſſeſſor qui ſe aduerſarium obiicit
habeat domicilium alio loco, & coram proprio iudice
conueniri malit, quod vtique non ita eſſet ſi in iſtis actio-
24 nibus perſona poſſeſſoris, non res ipſa conueniretur. †
Planè ſi actor malit eum conuenire coram iudice domi-
cilij, poteſt id facere inuito etiam poſſeſſ. quia non ha-
bet poſſeſſor quod conqueratur, cum apud ſuum & pro-
prium iudicem conuenitur, apud quem ſcilicet multò
commodiùs, minoréque impenſa ſit litigaturus. Neque
facit iniuriam actor, ſed ſibi ſoli, cùm poſſeſſore condem-
nato futurum ſit vt pro iudicati executione nouam litem
inſtituere habeat neceſſe coram iudice loci in quo res ſi-
ta eſt, vtque ita fiant de lite lites: ſiquidem extra territo-
rium ius dicenti impunè non paretur, *vulg.l.vlt.ff.de iu-*
riſd.l.cùm vnus.§ pen. ff.de reb.auctor. iud. poſſ. Nec pro-
inde poteſt ſententia ab vnius territorij iudice lata de re
alibi ſita, executionem habere in alio vllo territorio, tan-
quam lata per iudicem incompetentem. Inde etiam eſt,
quòd ſi de hereditate agatur, ſcilicet per hereditatis pe-
titionem, quæ in perſonam quidem actio, ſed in
rem ſcripta eſt, electionem habeat actor vtro
loco velit litem inſtituere, an in loco do-
micilij poſſeſſoris qui conuenitur,
an vbi res ſitæ ſunt, *dict.*
l.vn.C.vbi de her.
agat.

CAPVT X.

Nullas eſſe actiones mixtas in rem, & in perſonam. Et emendatio §. quædam actiones. Inſt. de act.

SVMMARIA.

1 *Enumerantur actiones quas Interpretes nonnulli mixtas in rem & in perſonam eſſe tradunt.*
2 *Diuiſionem actionum in actiones in rem & in perſonam vtpote perfectæ tertium genus mixtarum ſcilicet, addi non poſſe.*
3 *Nullam actionem proponi poſſe quæ non ſit vel in rem vel in perſonam.*
4 *Reſpondetur ad* l.actio. 18 ff.de oblig.& act.
5 *Quo ſenſu quædam actiones mixtarum nomen à prudentibus acceperint?*
6 *Eandem perſonam in vna eademque cauſâ diuerſis tamen reſpectibus & actoris & rei partes ſuſtinere poſſe.*
7 *Verba illa,* tam in rem quàm in perſonam, *in* §. quædam. Inſt.de act. *irreptitia eſſe.*
8 *Cur familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, finium regundorum actiones mixtæ ibidem dicantur?*
9 *Quem effectum habeat adiudicatio quæ in illis iudiciis plerumque fit?*
10 *Quid Interpretem impulerit vt verba ſuperius expuncta adiiceret?*
11 *Actiones, quod metus cauſa, ad exhibendum & hereditatis petitionem, licèt in rem ſcriptæ ſint, merè tamen perſonales eſſe.*
12 *Quo ſenſu hereditatis petitio in* l.7.C.de petit. hered. *mixta perſonalis dicatur?*
13 *Cur actiones illæ in rem ſcriptæ dentur?*
14 *Cur tres ſuperiores actiones* in rem ſcriptæ *dicantur?*
15 *In quo formula vindicationis à formula ſuperiorum trium actionum differat?*
16 *Omnem actionis formulam ex conditione & diſpoſitione conſtare.*
17 *Aliud exemplum mixtæ actionis in rem & in perſonam ab Interpretibus allatum.*
18 *Actionem reſtitutoriam reſcindentem perſonalem, reſciſſoriam verò realem eſſe.*
19 *Eam actionem mixtam non eſſe.*

FRequens † eſt apud iuris noſtri vulgares interpretes 1
ſed frequentior in foro, & apud pragmaticos mentio
actionum mixtarum quæ ſic ideo dictæ ſunt, quòd & in
rem ſint ſimul & in perſonam, ex §. *quædam actiones* 20.
Inſt.de act. quales volunt eſſe non eas tantùm, de quibus
in d.§.20.ſc. familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, &
finium regundorum, ſed alias etiam pleraſque præſertim
eas, quæ cùm ſint perſonales, in rem tamen ſcriptæ ſunt.
Item hereditatis petitionem, & cauſas ferè omnes reſti-
tutionis in integrum, poſtquàm forenſibus moribus rece-
ptum eſt vt reſcindentis iudicij, & reſciſſorij cumulatio
admittatur. Sed mihi ſententia hæc nunquam probabilis
viſa eſt, quam etiam ex recentioribus nonnulli reiecerût,
ſed non ſatis, meo iudicio, confutarunt. † Me verò illud 2
primùm & maximè mouet, quod video Iuſtin. ſcribere *in*
§.1.*Inſt de actio.* ſummam actionum omnium diuiſionem
illam eſſe, vt aliæ ſint in perſonam, aliæ in rem: Quæ
diuiſio apertè manca eſſet ſi tertium genus addi poſſet ea-
rum actionum quæ mixtæ eſſent, .i. tam in rem, quàm
in perſonam ſimul. Atqui perfectam eſſe diuiſionem Iu-
ſtin. in d. §.1. non ſolùm ait, ſed etiam probat hoc di-
lemmate, quòd quiſquis de aliqua re agit aut contra eum
agit qui aliquo modo eſt obligatus, aut contra eum
qui nullomodo. Si contra eum qui aliquo modo, puta vel
ex

ex contracto aut quaſi, vel ex delicto aut quaſi, aut aliis
etiam quibuſdam modis, actio in perſonam eſt. Si.v.con-
tra eum qui nullo modo eſt obligatus, ſed qui tamen eam
rem poſſidet, cuius nomine lis inſtituitur, actio in rem
eſt: Atqui fieri nequit quin alterutrum iſtorum verum
ſit in omni omnino actionis genere, vt is cum quo agi-
tur, vel aliquo modo ſit obligatus, vel nullo modo: cùm
ſint iſta non tantùm contraria, ſed etiam contradictoria,
inter quæ nec medium, nec tertium quicquam eſſe po-
3 teſt. † Ergo nec fieri queat vt actio vlla ſit, quæ nõ vel in
perſonam ſit, vel in rem, Sed & alio dilemmate idem pro-
bari poteſt, quod nec obſcurè inſinuat eodem loco Iuſtin.
Aut .n. agimus cum eo quem intendimus dare aliquid
nobis vel facere oportere, aut cum eo quem nec dare no-
bis, nec facere quicquam oportere intendamus. Priore
caſu actio in perſonam eſt, poſteriore in rem. Atqui non
poteſt fieri vt aliquis proponendæ actionis caſus ſit, in
quo non ſit neceſſe actorem vel intendere aduerſarium
dare aliquid, aut facere oportere, vel non intendere. Nam
& hæc quoque contradictoria ſunt. Ergo neceſſe eſt
actionem omnem vel in perſonam, vel in rem eſſe, quod
& ſcriptum eſt ab Vlpian. *in l. actionum 25. D. de oblig.
& action.* vbi ait ille, actionum in ſumma duo eſſe gene-
ra, In rem quæ dicitur vindicatio, & petitio, In perſonam
4 verò quæ condictio appellatur. † Nec eſt contrarium
quod dicimus eſſe etiam quaſdam perſecutiones, quæ ab
actionibus & petitionibus ſunt ſeparatæ, *l. actio 8. eod. tit.*
Nam vt eadem lex demonſtrat, perſecutio omnis vel in
rem eſt, vel in perſonam rei perſequendæ gratia. Itaque
non poteſt conſtituere ſeparatam ſpeciem actionis, ta-
metſi quantum ad formam cognitionis attinet, habeat
quid ſeparatum à cæteris actionibus tam in perſonam
quam in rem, propterea quòd non habet iuris ordinarij
executionem, vt alibi explicauimus ex *leg. pecuniæ* 178.
§. actionis. de verb. ſignif. Nullæ igitur actiones ſunt quas
poſſis mixtas dicere eo ſenſu quòd & in perſonam ſint,
5 & in rem. † Non nego fuiſſe hoc nomẽ mixtarum actio-
num cognitum prudentibus noſtris, ſed ad ſignificandum
quid longè diuerſum; nempe cùm de illis actionibus tra-
ctant, in quibus vterque eſt actor, & conſequenter vter-
que reus: cuiuſmodi ſunt actiones finium regund. fami-
liæ erciſcundæ & communi diuid. item interdicta, Vt poſ-
ſid. & vtrubi, quæ ideò etiam duplicia appellantur, quòd
in iis vterque ſit & actor & reus, vtroque nimirum con-
tendente ſe poſſidere, & negante aduerſarij poſſeſſionem,
*l. actionis 37. § mixtæ. ff. de oblig. & act. unde l. 2. princ. &
§. vlt. ff. de interd.* Nam cùm in iſtis omnibus iudiciis par
cauſa ſit omnium litigatorum, vterque in iis actor dici-
tur, vterque reus, *l. iudicium 10. ff. fin. regund. leg. inter co-
6 heredes 44. §. qui familia. ff. famil. erciſ.* † Quamuis enim
fieri nequeat vt idem ſit actor & reus eodem reſpectu,
quoniam actoris perſonam à rei perſona diſtinctam eſſe
neceſſe eſt, diuerſis tamen reſpectibus eandem perſonam
& actoris & rei partes ſuſtinere nihil vetat: Actorem
ſcilicet, quatenus petit ſibi aliquid præſtari; Reum verò,
quatenus idipſum vel tantundem aut etiam plus minuſve
ab eo petitur. Et tamen quia non aliter poteſt iudicium
exerceri quàm ſi ex litigatorib. vnus actoris, alius rei par-
tes ſubſtineat, præſertim ob probationes quibus onerari
ſolet is qui actoris partes gerit, *l. ſi priuſquam 15. in fin. ff.
de op. noui nunciat. l. 4. C. de eden.* magis placuit eum vi-
deri actorem qui prior ad iudicium prouocauit, aut qui
prior appellauit, *leg. tribus 13. ff. de iud. l. 2. § 1. ff. comm.
diui.* Adeò vt ſi fortè ambo ſimul ad iudicium prouoca-
uerint, ſorte diſcerni debeat vter actoris partibus ſit one-
7 randus, *l. ſed cum ambo 14. de iudic.* † Hæc verò quan-
quam ita ſunt, negari tamen non poteſt quin hoc ipſum
quod volunt interpretes, Actiones quaſdam eſſe mixtas,
& ideo ſic dictas, quòd tam in rem ſint, quàm in perſo-
nam, apertiſſimè diſertiſque verbis ſcriptum ſit *in dict.
§. quædam actiones.* Ergo vel falſum eſt, quod nos ex me-
ra rectâque iuris ratione diſputauimus, vel indiget locus
ille noua explicatione, ac ne quid diſſimulem, emenda-
tione. Nec ſanè vnquam dubitaui quin irreptitia ſint &
delenda verba illa *tam in rem quam in perſonam*, quæ &
ex veteribus interpretibus nemo bene explicat, & ex re-
centioribus plerique fatentur, id quod res eſt, explicari
nullomodo poſſe: etiam illa quæ in eodem §. ſequuntur,
euidenter demonſtrant. † Reddit enim Iuſtin. rationem 8
propter quam tres illæ actiones, Familiæ erciſcundæ,
Communi diuidundo, & Finium regundorum, dicantur
mixtæ, nempe quòd in iis permittitur iudici rem vni ex
litigatoribus adiudicare ex bono & æquo, & ſi pars illius
prægrauari videbitur, eum inuicem certa pecunia alteri
condemnari. Quod cùm ſit, vterque habetur tanquam
actor, & tanquam reus, tanquam actor, ex qua parte fit ei
adiudicatio: tanquam reus verò, ex qua parte condemna-
tur. Cæterùm neutra ex parte ſapiunt hæ actiones natu-
ram realium, quia quæ in iis fit adiudicatio, non eſt ſi-
milis illi quam ſolemus dicere fieri in iudicio vindicatio-
nis. Tunc enim dicitur res adiudicari vindicanti, cùm
ipſius eam eſſe pronuntiatur: ex quo tamen non acqui-
ritur dominium actori, ſed declaratur iam ante acquiſi-
tum. † At cùm in tribus illis iudiciis adiudicatio aliqua 9
fit, eum habet effectum, vt faciat rem actoris, quæ antea
ipſius plenè non erat, præſertim in iudiciis Familiæ er-
ciſcundæ, & Communi diuidundo: quia quicquid com-
mune eſt inter plures, ſiue ex hereditaria, ſiue ex qua alia
cauſa, ita vniuſcuiuſque ſociorum eſt, vt ſit etiam alte-
rius. Poſt adiudicationem verò eius ſolius eſt, cui fuit
adiudicatum. Neque verò aliter poteſt fieri diuiſio, quam
ſi vel mutuæ fiant adiudicationes, vel ex vna parte adiu-
dicatio, ex altera pecuniæ condemnatio, *l. 1. §. vltim. l. &
poſt litem 12. §. res quæ. l. item Labeo 22. §. 1. & paſſ. ff. fa-
mil. erciſc. l. ſi quis putans 6. §. idem Iul. cum leg. ſeq. §. 1. ff.
commun. diuid.* † Ex quo tamen adiudicandi verbo non 10
ſatis bene percepto, quaſi vindicationis naturam præ ſe
ferat, cùm tamen vix vnquam à prudentibus noſtris in
ea ſignificatione vſurpetur, credibile eſt deceptum fuiſ-
ſe interpretem quiſquis ille fuit, qui primus tres illas
actiones ideo mixtas à Iuſtin. dici putauit, quòd ſint in
perſonam, & in rem ſimul. Si enim de actionibus mixtis
eo ſenſu loqui Iuſtin. voluiſſet, non prætermiſiſſet actio-
nes in perſonam ſcriptas in rem quæ videlicet propiùs
accedunt ad reales actiones, quàm tres illæ ad quas tamen
coanguſtantur eæ quæ à Iuſtin. mixtæ appellantur: † in- 11
déque apparet etiam quàm falſum ſit quod interpretes
iidem noſtri ſomniant, actiones iſtas perſonales quidem,
ſed in rem ſcriptas tertiam conſtituere ſpeciem actionum
in quo numero ponunt actionem ad exhibendum, Quod
metus cauſa, & petitionem hereditatis. Etſi.n. verum eſt
tres iſtas & alias nonnullas ſimiles in rem ſcriptas eſſe,
perinde tamen illud quoque verum eſt eſſe illas merè per-
ſonales, & nullo modo reales, acſi in rem ſcriptæ non eſ-
ſent: & ob eam nimirum cauſam perſonales paſſim appel-
lantur, & perſonalium iure in omnibus cenſentur, vt pu-
ta in eo, quòd ſunt perpetuæ, nec vlla temporis præſcri-
ptione, ſi ius Pandect. inſpicias, excluduntur, *l. 4. §. eſt
autem perſonalis. ff. ad exhib. l. metum 9. §. vlt. ff quod met.
cauſ.* † *l. hereditatis 7. C. de petit. hered. vbi quod ſcriptum* 12
*eſt, cùm mixta perſonalis actionis ratio hoc reſpondere com-
pellat*, non ita accipi oportet, quaſi petitio hereditatis ſit
mixta actio ex perſonali & reali, vt vulgò putant, ſed vt
ſignificetur, Ex eo ſolo quod ſcripta ſit in rem, non poſſe
inferri quod in ſpecialibus in rem actionibus, id eſt, in
vindicationibus inferrent, ſummoueri eam per longi
temporis præſcriptionem, hoc eſt decennij inter præſen-
tes, & vicennij inter abſentes: nempe quia non eo minùs
verum eſt eſſe illam in perſonam, & conſequenter cen-
ſeri debere perpetuam exemplo cæterarum perſonalium
actionum ciuilium, *tot. tit. Inſt. De perpet. tempt. act.* Di-
cuntur autem actiones iſtæ in perſonam, & ſunt reuera,
quamuis in rem ſcriptæ ſint, quia ex verbis formulæ di-
riguntur in perſonam certam, & quidem ita vt iudici
poteſtas

poteſtas fiat condemnandi illius contra quem dirigitur,
additis ſcilicet verbis illis diſpoſitiuis, *tu eum condemna-
to*, quæ nec vſurpabantur, nec vſurpari poterant niſi in
formula perſonalium actionum. Quomodo enim potuiſ-
ſet quis condemnari ex actione in rem, ſi verum eſt, vt
eſt, quod toties diximus in præcedentibus, Actiones in
rem non niſi contra eum competere, qui nullo modo ſit
13 obligatus? † Sed & ideo dantur actiones iſtæ in rem ſcri-
ptæ, vt condemnetur ad dandum aliquid vel faciendum
& præſtandum, quæ etiam natùra eſt perſonalium actio-
num *d.§.1.& §. appellamus. Inſt de act.* Nam in actione
ad exhibendum condemnatur reus vt exhibeat, In actio-
ne Quod metus cauſa, vt rem quam per vim aut metum,
ſiue ipſe, ſiue alius extorſit, reſtituat; In petitione heredita-
tis, vt hereditatem quæ ſua non eſt, vero heredi reſtituat,
vt proinde neque dubitari iam poſſit quin perſonales
14 ſint, neque cur ſint perſonales. † Sed illud difficilius eſt,
necdum bene explicatum, cur ergo in rem ſcriptæ dican-
tur: an quòd in formula fiat mentio rei, quæ petitur? At-
qui nulla erit actio adeò perſonalis, quæ non debeat dici
ſcripta in rem, ſi ratio hæc eſt bona. Nulla ſiquidem actio
eſſe poteſt niſi de re aliqua, nec proinde vlla actionis for-
mula, in qua rei mentionem fieri non ſit neceſſe. Puto igi-
tur idcirco dici in rem ſcriptas, quòd in concipienda for-
mulæ conditione prætor ea ipſa verba vſurparet, quæ
vſurpare ſolitus erat in actione quæ tota in rem eſſet di-
recta, *ſi paret, rem cuius nomine agitur, eſſe Titij actoris, eám-
que à Sempronio poſſideri, nec eam Sempronius exhibebit.*
Similiter actionis Quod metus cauſa, fuit illa formula, *ſi
paret, rem de qua agitur, per vim aut metum extortam fuiſſe
a Titio actore, nec ei reſtituetur.* Illa denique petitionis
hereditatis, *ſi paret hereditatem de qua agitur, ad Titium
15 pertinere, & a Manio nullo titulo poſſideri.* † Quibus for-
mulis quantum ad conditionem omnino ſimilis illa erat,
quæ in vindicationis actione vſurpabatur *ſi paret fun-
dum, de quo agitur, eſſe Titij*; totáque differentia erat in ver-
bis diſpoſitiuis, quibus ſcilicet nulla condemnationis ir-
rogandæ poteſtas fiebat iudici: ſed tantùm pronuntian-
di rem eſſe petitoris. Quo facto iuberi quidem poterat &
debebat poſſeſſor, vt eam rem quam alterius eſſe pro-
nuntiatum fuiſſet, domino redderet: ſed ita tamen vt in eo
iuſſu iudex non tam iudicis, quam viri boni officio fun-
geretur. Si tamen nollet poſſeſſor huic iuſſui parere, po-
terat ſequi condemnatio ex bono & æquo, tanquam ex
actione quæ exinde facta eſſet arbitraria, *§. præterea. Inſt.
de act.* de quo iam ſæpiùs & plura ſcripſi prioribus libris:
at in actionibus perſonalibus, quæ in rem ſcriptæ non eſ-
ſent, longè aliter obſeruabatur. Semper enim exprimenda
erat in conditione formulæ perſona illius qui conuenie-
batur, vt appareret propter quam cauſam actor intenderet
dare illum aliquid, vel facere oportere, puta in hunc mo-
dum, *ſi paret, Titium Sempronio ſtipulari promiſiſſe certum,*
aut *vendidiſſe Titio fundum Cornelianum*, aut, *locaſſe hor-
16 tos Saluſtianos.* † Denique omnis formula conſtat ex con-
ditione, & diſpoſitione: Atqui conditio neque in actio-
num formulis, neque alibi vnquam diſponit, *l. ſi quis ſub
conditione 8. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Non ergo quod
in actionibus iſtis in rem ſcriptis, ita vt diximus, con-
cepta ſit formula, facere poteſt, vt eo magis debeant dici
reales, aut mixtæ, cùm in eo ex quo tota ipſarū vis & ſub-
ſtantia æſtimatur, id eſt, quantum ad condemnationem
ipſam extorquendam attinet, nihil omnino habeant, quod
ſit ex natura merè perſonalium actionum: ob idque per-
ſonales actiones ſemper appellantur, nunquam reales,
17 nunquam mixtæ. † Solent verò & interpretes, & pragma-
tici noſtri exemplum adferre mixtæ actionis, petitum ex
reſtitutione in integrum, quæ ſiue minori, ſiue alij com-
petat ex aliqua parte edicti prætoris De reſtitutionibus
in integrum ad eam rem conſequendam, quæ fuerit
alienata per contractum, cuius reſciſſio poſtulatur. Vo-
lunt enim huiuſmodi actionem habere duplicem cauſam
& poteſtatem: vnam iudicij, vt vocant, reſcindentis, alte-
ram iudicij reſciſſorij: ex qua parte reſcindens eſt, id eſt,
comparata ad reſcindendum contractum, qui ob aliquam
cauſam iniquè geſtus eſſe dicatur, perſonalem eſſe: Rea-
lem verò, ex qua parte continet iudicium reſciſſorium,
quòd competit reſciſſa per in integrum reſtitutionem
alienatione, atque ita eſſe mixtam ex perſonali ſimul &
reali, ex *l. in cauſa 13 ff. de minor.* † Quod autem aiunt 18
actionem reſcindentem eſſe perſonalem, verum eſt Cùm
enim competat ad diſtrahendum negotium quod fuit iu-
re quidem, id eſt, ſecundùm iuris ſolemnitates, ſed iniquè
contractum, & aduerſus æquitatem naturalem, fieri non
poteſt vt non ſit æquè perſonalis, atque ſi competeret ex
contractu. Eadem enim ſolet eſſe ratio diſtractus quæ
contractus eſt, vt & cæterorum contrariorum, *§. item is
cui. Inſt. de obl. quæ ex quaſi contr. naſc. l. ex empto 11. §. is
qui vina. ff. de act. emp.* Actio autem quæ competeret ex
contractu eſſet merè perſonalis. Ergo & illa quæ compe-
tit per in integrum reſtitutionem ad contractum reſcin-
dendum. Rurſus quod iidem volunt actionem reſciſſo-
riam, quam vocant, realem eſſe, verum quoque eſt, reſ-
ciſſoria enim dicitur, quæ reſciſſa per reſtitutionem in in-
tegrum alienatione datur in rem, & nihil aliud eſt quàm
vindicatio *dict. l. in cauſa. §. 1.* ſed quod volunt actionem
hanc eſſe mixtam ex reali & perſonali, falſum eſt euiden-
ter. Duæ ſiquidem ſunt actiones prorſus ſeparatæ, qua-
rum vna merè perſonalis eſt, vt diximus, altera merè rea-
lis. Sed natus eſt hic error interpretum & pragmaticorum
ex alio, quem iidem induxerunt, exiſtimantes iudicium
reſcindens & reſciſſorium cumulari poſſe. Quem errorem
quia nos iam ſatis ſupérque refutauimus in prima Ho-
miſchiliadis noſtræ parte *De error. pragmat. & interpr. iur.*
de eo plura hic non dicemus.

Capvt XI.

De diſtinctione dominorum bonitarij & Quiritiarij, directi & vtilis.

SVMMARIA.

1 *Actionem in rem vel directam vel vtilem eſſe.*
2 *Bonitarij dominij appellatione quis contineatur?*
3 *Vtilis vindicatio cui detur?*
4 *Quid per ſuperficiem & ſuperficiarias ædes intelliga-
tur?*
5 *Fundum emphyteuticarium à fundo vectigali differre.*
6 *Ea nomina a Triboniano confuſa fuiſſe.*
7 *De auctore & natura emphyteuſeos.*
8 *De feudatario, ſiue vaſſallo & felonia ab eo commiſſa.*
9 *Feudum in pleriſque iure emphyteutico ſimile eſſe.*
10 *Allodialia bona quæ dicantur?*
11 *Diſtinctionem dominij in directum & vtile, commenti-
tiam eſſe.*
12 *Dominium bonitarium cum domino, quem* vtilem *Inter-
pretes vocant, nihil commune habere.*
13 *Sententia* §. ſi de vectigalibus 26. leg. ſi finita, ff. de
damn. infect.
14 *Refellitur vulgata Interpretum ad eum locum expoſitio.*
15 *Reſpondetur ad* l. ſi cùm venditor 66. ff. de euict. *pro
ſuperiore diſtinctione allatam.*
16 *Per actionem Publicianam, Seruianam & eam quæ de
fundo vectigali proponitur, poſſeſſionem ſemper, do-
minium verò nunquam auocari.*
17 *Vtiles in rem actiones quo reſpectu ſic appellentur?*
18 *Emphyteutam, ſuperficiarium, vectigalis fundi poſſeſſo-
rem, vaſſallum, nullum dominium nequidem vtile ha-
bere.*
19 *Vectigalem fundum nec ab eo qui eum in perpetuum
conduxerat, nec ab alio quolibet bonæ fidei emptore
vſucapi poſſe.*

20 *Publicianam tamen huius fundi nomine bonæ fidei emptori competere.*

21 *Fundos vectigales non magis longo tempore præſcribi quam vſucapi potuiſſe.*

22 *Reſpondetur ad* d.§. ſi de vectigalibus 26.dict.l. ſi finita.

23 *Directam vindicationem domino qui fundum vectigalem emphyteuticarium, vel ſolum in quo ſuperficiariæ ædes ſunt, fruendum in perpetuum locauit, dari.*

1 ACtio in rem, quæ ſpeciali nomine vindicatio, & petitio appellatur, duplex eſt, directa vna vtilis altera.
† Directa ei tantùm datur qui ſit dominus vel iure gentium, vel iure ciuili, *l.in rem 23.D.de rei vind.* Nam cùm
vindicatio, ſicut & cæteræ actiones omnes, detur à prætore: Prætor autem duplicem dominij differentiam agnoſcat, vnam bonitarij, aliam Quiritiarij, quam & tota vetus
iuriſprudentia agnouit, conſequens eſt vt ex hac quoque
duplici cauſa det vindicationem domino ſcilicet Quiri-
2 tiario, & domino bonitario, † qua bonitarij appellatione
continetur quiſquis dominus eſt, ſiue iure duntaxat gentium, ſiue ex auctoritate prætoris, qualis eſt bonorum poſ-
ſeſſor, *l.1.ff.de bon.poſſ.* Item is cui ſeruus ex cauſa noxali
addictus fuit, *l.2.§.vlt.ff.ſi ex nox.cauſ.agat.* Rurſus is, qui
ex cauſa damni infecti miſſus eſt in poſſeſſionem, *l.1.ff.*
3 *de fund.dotal. l.ſi finita* 15.§.*Iulia.ff.de damn.infect.* † At
vtilis vindicatio datur etiam ei qui nullo iure dominus
ſit, id eſt, neque gentium, neque ciuili, quamuis non niſi ex
iuſta cauſa. Eiuſmodi eſt Publiciana, quæ contra iniuſtum
poſſeſſorem datur ex edicto prætoris ei qui rem alienam
bona fide vſucapere cœperat, quaſi vſuceperit, quamuis
nondum impleta ſit vſucapio, § *namque.Inſt.de act.* Item
actio quæ datur agri vectigalis nomine de qua in *l.1.&*
tot.ti ff.ſi ager vectig.& emphyt.pet. qui titulus ideò poſitus eſt poſt tit. *De public.in rem act.* Et rurſus ille poſt tit.
De rei vindic. quia vterque eſt de rei vindicatione vtili,
non directa. Sic enim accipiendum eſt quod in d.l.1.ſcriptum legimus, Eis qui in perpetuum fundum fruendum
conduxerunt à municipibus, quamuis non efficiantur domini, competere tamen actionem in rem non tantum aduerſus poſſeſſorem quemlibet, ſed etiam aduerſus municipes ipſos, ſi modò vectigal ſoluant. Eiuſdem etiam iuris
4 eſt ſuperficiarius, qui ſuperficiem in alieno ſolo habet. †
Quo ſuperficiei nomine intelligimus quicquid eſt ſupra faciem ſoli, vt nomen ipſum ſonat, quemadmodum
ſoli & fundi eſſe dicimus id quod terra in ſe tenet *leg.*
fundi 17.ff.de act.emp. Superficiarias verò ædes appellamus, quæ poſitæ ſunt in alieno ſolo in perpetuum conducto, *l.in ſpeciali 73.in fin.& l.ſequ ff.de rei vindic.l.2.ff.*
de ſuperfic. vbi Caius ſcribit huiuſmodi ædium ſuperficiariarum proprietatem & ciuili & naturali ratione eius
eſſe, cuius & ſolum eſt, quia non ſubſiſtunt niſi in ſolo &
propter ſolum cui inhærent. Vnde etiam eſt quod ait *l.1.*
§.*is autem. eod.tit.* eum in cuius ſolo ſuperficies eſt, vtique
non indigere vtili actione, cùm eo nomine habeat directam in rem qualem habet de ſolo ipſo. Eadem igitur ratio facit vt ſuperficiario neceſſaria ſit vtilis prætoria, cum
non poſſit habere directam, quia dominus non eſt. Eadémque ratione nec habet actionem de vſufructu, nec
de ſeruitute, nec Communi diuidundo, nec interdictum,
ſed omnia iudicia iſta vtilia. Similiter emphyteuta non
5 niſi vtilem in rem actionem habere poteſt, quia nec dominus eſt. † Emphyteuta enim is demum eſt, qui alienum
fundum, vel in perpetuum, vel ſaltem in longum tempus
fruendum conduxit, non à municipibus, in quo differt à
vectigali, ſed à priuato quolibet, eadem tamen lege qua
fundi vectigales conduci ſolebant, vt in recognitionem
dominij quotannis penſio aliqua pendatur, quæ in vectigalibus fundis vectigal dicitur, in fundis verò fiſcali-
6 bus, & reipub. tributum, vt quamdiu penditur, non poſ-
ſit conductor expelli. † Vnde eſt quod in tit. Pandect. Si
ager vectigalis, id eſt emphyteuticarius petatur, con-
fuſa ſunt à Tribon. ea nomina, tanquam ſynonyma: cum
tamen veteribus I. C. incognitũ fuerit nomen & ius emphyteuſeos, non etiam vectigalium agrorum: de quibus
in *leg.lex vectigali 31.ff.de pignor.leg.ſi finita 15.§.ſi de*
vectig ff.de dam infect.leg.Imperatores.7.& paſſ. de publica. & vectig. † Primus Zeno Imp. fuit qui contractum 7
hunc emphyteuticum certo & nomine & iure donauit
in *l.1.C.de iur.emph.* vbi conſtituit, quod ad rem noſtram
maximè pertinet, vt neque alienationis titulis adiiciatur,
ſed ſit tertium & ſeparatum genus, ſuam formam accipiens, ex conuentionibus contrahentium, cùm antea dubitaretur an eſſet locatio & conductio, quia inciperet à
locatione (qua de cauſa Tit. *De iur. emph.* in Codice ſequitur immediatè titulum *De locat. & conduct.*) an potiùs emptio & venditio, proptereà quòd non magis à domino expelli poſſet conductor, quàm ſi emiſſet: an denique ſocietas quædam fructuum & commodorum rei
emphyteuticæ inter dominum & emphyteutam, §. *adeo*
autem.Inſt.de locat. † Emphyteutæ comparatur etiam feu- 8
datarius ſiue vaſſallus, qui accepit à domino feudum, id
eſt beneficium poſſeſſionis certæ rei, cuius poſſeſſionis
commoda omnia tamdiu ſit percepturus, quamdiu ſe beneficio indignum non reddiderit, quod ipſum eueniret vt
ſe beneficio indignum redderet, ſi non pareret conditionibus, ſub quibus feudum accepiſſet, vel quod eſſet grauius, ſi vim aut inſidias domino ſtruxiſſet, quod Feudiſtæ
vocant, Feloniam committere. Sunt enim nomina iſta
omnia barbara & ex lingua Longobardorum ex quorum
moribus totum ipſum ius Feudorum deriuatum eſt. † 9
Quamquam illud etiam dici poteſt, ſicut à iure vectigali
originem traxit ius emphyteuticum, ita & à iure emphyteutico feuda promanaſſe. Habent enim pleraque ſimilia,
niſi quòd & de nobilioribus bonis fieri ſolent, & melioribus conditionibus. Cæterùm ſi quid ſit in quo non habeant feuda propriam naturam, placet iiſdem legibus ea
regi quibus & bona emphyteuticaria: † Bonis verò feu- 10
dalibus & emphyteuticariis opponuntur illa quæ nos vocamus allodialia, quæ libera ſunt ab omni onere ſoluendi canonis, vel tributi annui, aut alterius præſtationis, &
quorum dominium ſibi vindicare alius nemo poſſit. Iſtis
ergo omnibus quia domini non ſunt vindicatio directa
competere non poteſt, competit tamen vtilis in rem actio,
ne ſit in poteſtate iniuſti cuiuſque inuaſoris occupata
poſſeſſione, eo prætextu quòd non ſint ipſi domini, ius
eorum lædere, præter id quod dici ſolet, verúmque eſt
plus cautionis in rem eſſe quàm in perſonam *dict.l.1.§.*
1 ff.de ſuperfic.l.plus cautionis 25.de reg. iur. † Hæc verò 11
duplicis in rem actionis diſtinctio, magnam interpretibus errandi occaſionem præbuit, exiſtimantibus, ſicuti
actio in rem alia directa eſt, alia vtilis, ita & dominium
duplex eſſe, directum vnum, vtile alterum: nempe quia
viderunt huiuſmodi actionis cauſam à domino potiſſimùm pendere. Neque tamen locum aliquem iuris noſtri
proferre poſſunt, quo hæc diſtinctio, quæ prorſus commentitia eſt, probetur. Non enim agnoſcunt Iureconſulti alium dominum quàm qui talis ſit iure gentium, vel
ciuili, id eſt, qui vel bonitarius ſit, vel Quiritiarius. † Et 12
quamuis domini, quos noſtri vocant vtiles, videantur habere neſcio quid ſimile cum dominis bonitariis, quantum
tamen ab iis differant, vel ex eo intelligimus quòd dominij bonitarij habebant olim directam vindicationem, vt
cernere eſt in marito vindicante rem dotalem, cuius vtique dominium non habet niſi bonitarium, *l.dote 9.C. de*
rei vind.iunct.l.quamuis 75.ff.de iur.dot. Nam nec aliud
quicquam eſt, Rem in bonis habere, quàm eius recuperandæ nomine, ſi eam amiſerimus, habere actionem, aut
eius retinendæ gratia, exceptionem, *l.rem in bonis 52.ff.*
de acquir.rer.domin.l.id apud ſe 143.de verb.ſig.l. is actionem 15. de reg.iur. At illi, quos vulgò noſtri dominos
vtiles appellant, vtilem duntaxat in rem actionem habent, nunquam directam. Non ſunt ergo domini bonitarij. † Idque omnium elegantiſſimè probat, quod Vlp. 13
ſcribit

ſcribit *in d.l. ſi finita* 15. *§. ſi de vectig. ff. de damn. infect.*
vbi tractans de vectigalibus ædibus, quæ ruinam meis
minentur, diſtinguit, An egerim contra poſſeſſorem vt
mihi caueretur, an contra ipſos municipes: vt ſi contra
municipes, eadem omnia ſint obſeruanda, quaſi contra
quemlibet alium dominum ageretur, nimirum vt ſi mi-
hi non caueatur, iubeat prætor primo decreto me mitti
in poſſeſſionem ædium vectigalium, non ad faciendum
me poſſeſſorem, multò minùs dominum bonitarium: ſed
ad cautionem ex longæ poſſeſſionis tædio extorquẽdam,
quæ ſi non præſtetur, tum demum ſecundo decreto iu-
beat me mihi eas ædes poſſidere: cuius decreti ſecundi
poteſtate non tantùm nouus poſſeſſor ſiam (ſiquidem ve-
rò poſſidere nihil aliud eſt quàm ſibi habere) verùm etiã
dominus bonitarius, & ex illo tempore incipiam vſuca-
pere ad acquirendum mihi dominium Quiritarium, vt
ſcribit & ſentit Vlpian. *in §. Iul. eiuſdem legis.* At ſi non
agam contra municipes, qui ſoli ſunt domini ædium ve-
ctigalium, ſed contra te qui tantum ſis poſſeſſor, iubebit
prætor me perinde quidem mitti in poſſeſſionem, te non
cauente: ſed quamuis perſeueres non cauere, non ideò
iubebit me mihi poſſidere, quia ſecundo illo decreto fa-
ceret me dominum bonitarium, & ita præſtaret mihi cau-
ſam vſucapiendi, quorum tamen neutrum fieri poteſt,
quia non plus iuris ob tuam contumaciam prætor in me
transferre poteſt, tu verò qui ædes iſtas tanquam vecti-
gales poſſidebas, neque dominus bonitarius fuiſti, neque
illas vnquam vſucapere potuiſti, obſtante videlicet mala
fide, cùm hoc ipſo quod ſciuiſti vectigales eſſe, ſciueris
etiam alienas. Certum quippe vſucapionem non magis
poſſe procedere ſine bona fide, quàm ſine poſſeſſione, *l.*
vbi lex 24. cum ſeq l. quam rem 38. ff. de vſucap. Igitur ha-
ctenus mihi ſuccurret prætor, vt decernat eodem iure eſ-
ſe apud me iſtas ædes vectigales, quo fuerunt apud te
qui non cauiſti. Poſt quod decretum ita interpoſitum, etſi
nullo modo ero dominus, quia neque tu fuiſti, habebo
tamen actionem vectigalem, id eſt, vtilem in rem, quia
14 & tu eam haberes. † Eáque loci illius ſententia eſt, non
ea quam vulgò docent interpretes qui horum omnium
ignoratione ſic Vlpianum intelligunt, quaſi tractet ille
vnam duntaxat ſpeciem de eo qui egit ex cauſa damni
infecti contra municipes: diſtinguat verò an municipes
domini ſint, necne; vt ſi ſint, amittant ſtatim dominium
ædium ex ſecundo decreto propter ſuam contumaciam: ſi
non ſint, vſucapiendi duntaxat conditionem transferant
in eum qui miſſus fuit: cùm tamen apertiſſimum ſit duos
caſus tractari ab Vlpiano: priorem, quo agatur contra
ædium vectigalium poſſeſſorem, qui nunquam dominus
eſt: poſteriorem verò, quo contra ipſos municipes aga-
tur, qui ſemper ſunt domini. Nec.n. vectigalem fundum
perpetuò fruendum dare poſſet is qui dominus ipſe non
15 eſſet. † Fefellit pleroſque ex interpretibus etiam ſubti-
lioribus, ſubtiliſſimus Papin. noſter *in l. ſi cum venditor*
66 ff. de euict. vbi ſeparat ille actionem Publicianam, &
eam quæ de fundo vectigali propoſita eſt à Seruiana, vel
potiùs quaſi Seruiana, quòd quamuis omnes ſint in rem,
attamen hypothecaria non auocat niſi nudam poſſeſſio-
nem, quam noſtri interpretantur eam eſſe quæ ſit à do-
mino ſeparata; vt inferant, per alias actiones, Publicia-
nam ſcilicet ac vectigalem non auocari nudam poſſeſſio-
nem, auocari ergo dominium aliquod. Atqui non dire-
ctum, inquiunt, vt eſt in confeſſo: Ergo vtile. Sic enim
ratiocinantur. Sed neganda eſt & interpretatio & conſe-
cutio. Nudam enim poſſeſſionem intelligit Papin. non
ex comparatione illius quæ ſit coniuncta cum dominio,
vt iſti putant, ſed illius quæ ſit coniuncta cum emolumẽ-
16 to fructuum, & vtilitate. † Nam & proculdubiò per res
illas actiones auocatur ſemper poſſeſſio, nunquam do-
minium, ſed cum hac tamen differentia, quòd per quaſi
Seruianam nuda tantùm poſſeſſio auocatur, quia quan-
tumuis creditor poſt auocatam poſſeſſionem perceperit
fructus ex re ſibi obligata, illi tamen non creditoris lucro
creduntur, ſed debitoris: ſiquidem cogitur creditor eos ſibi
in ſortem computare, id eſt in ſolutum & exonerationem
quantitatis debitæ, adeóque ſi excedant ſortem, cogitur
reddere ſuperfluum debitori pigneratitia quandoque
agenti, *l. 1. C. de pign. act.* perinde acſi debitor ipſe eos per-
cepiſſet, inde creditori ſoluiſſet. Itaque auocata poſſeſſio
nullam aliam vtilitatem adfert creditori, niſi vt poſſit
rem retinere quouſque fuerit ſibi ſatisfactum, aut pignus
distractum. At Publiciana, & actio de fundo vectigali
non nudam poſſeſſionem auocant, ſed plenam, coniun-
ctam ſcilicet cum emolumento fructuum quos perinde
facit ſuos poſſeſſor, acſi verè dominus eſſet, quia percipit
eos ſuo nomine & iure, ille quidem propter bonam fi-
dem quæ hoc caſu tantum operatur, quantum pene ve-
ritas ipſa, quia lex impedimento non eſt, *l. bonæ fidei 48.*
de acquir. rer. domin. l. bona fides 136. de regul. iur. hic ve-
rò quia fructus percipit ex veri domini voluntate, *leg. ſi*
ſeruus 61. §. locaui. ff. de furt. † Concludendum igitur eſt, 17
vtiles in rem actiones dici non ratione vllius dominij vti-
lis, ſed ad differentiam actionum directarum, quia cùm
directæ non competant niſi ratione dominij, aut bonita-
rij, aut Quiritarij, vtiles è contrario competunt, non ex
cauſa dominij alicuius, ſed ex eo iure quod quis habeat
in re aliena, cùm ius tale eſt vt nõ poſſit ab eo inuito au-
ferri, non magis quàm ſi cum poſſeſſione dominium con-
iunctum inueniretur. Tale porrò ius habent emphyteu-
ta, ſuperficiarius, vectigalis fũdi poſſeſſor, vaſſallus, & alij
qui ſunt ſimiles, quibus quòd non ſint domini actionem
directam denegamus, ſed ita tamen vt vtilem iis propter
ius quod in re habent, domino quoque inuito, in ipſum
etiam dominum concedamus. † Nullum enim dominium 18
iſtos habere ne quidem vtile præter ea quæ diximus, ex il-
lo etiã conſtat, quod Paulus ſcribit *in l. cùm ſponſus 12. §.*
in vectig. de publ. in rem act. vectigalia prædia, & ſuperfi-
ciaria & alia eiuſmodi capi non poſſe. † Quod haud du- 19
biè ſic accipiendum eſt vt non tantùm ab eo vſucapi nõ
poſſint qui fundum in perpetuum conduxerit fruendum
(huius enim mala fides euidẽs impedit vſucapionem, cùm
ſciat fundum eſſe alienum, ſiquidem nemo rem ſuam con-
ducit, *l. quæ pignus 45. de reg. iur.*) ſed nec ab alio quoli-
bet bonæ fidei emptore, qui emerit à poſſeſſore tanquam
rem poſſeſſoris, non tanquam ſuperficiarium fundum,
aut vectigalem. Id enim non aliam rationem habet,
quàm quia vſucapio ſit acquiſitio dominij *l. 3. ff. de vſuc.*
dominium autem huius rei nullum ſit penes eum, qui
fundum perpetuo fruendum locauit: in cuius porrò præ-
iudicium non poteſt permitti vſucapio, quæ ſcilicet non
fuit inducta niſi ad puniendam dominorum negligen-
tiam, & ne dominia rerum ſemper eſſent in incerto, *l. 1.*
& 2 eod. tit. Atqui nulla eſt negligentia domini patien-
tis fundum ſuum quem fecerit vectigalem poſſideri ſiue
ab ipſo conductore, ſiue ab alio cui conductor tanquam
ſuum vendiderit, quia nec poteſt impedire quominùs eo
fundo conductor fruatur ſuo arbitrio, & de eo diſponat,
dummodò vectigal annuum pendatur. In eóque diuerſa
ratio eſt huiuſmodi fundorum, & aliarum rerum quæ di-
cuntur vſucapi non poſſe propter aliquod ſuum vitium,
fortè quia ſint furtiuæ, aut vi poſſeſſæ. Quòd enim fun-
di iſti vſucapi non poſſunt, non fit propter vitium ali-
quod rei, ſed propter ſolum fauorem domini, ne factum
alienum ei noceat cui nihil poteſt imputari. † Ideóque 20
ſcribit Paul. *in d. §. in vectigalib.* etiam huiuſmodi fundo-
rum nomine Publicianam competere, ſi quis fortaſſe ta-
lem fundum, non tanquam vectigalem, ſed tanquam pro-
prium ſui poſſeſſoris emerit bona fide, eiuſque poſſeſ-
ſionem ſine culpa ſua poſtmodum amiſerit. Quamuis
enim regulare ſit, vt Publiciana non detur niſi ei qui erat
in cauſa vſucapiendi, & eo colore quaſi iam vſuceperit,
qui color ſubeſſe non poteſt, cùm de ea re agitur, quæ
vſucapi non poteſt: aliud tamen eſt in hoc caſu, quia
quod hic emptor qui Publicianam exercere vult, non
poſſit vſucapere, non fit ex vitio perſonæ actoris, quem

ponimus bonæ fidei emptorem, neque furtiuam eſſe, ne-
que vi poſſeſſam, ſed ſolo fauore municipum: Qui fauor
non debet ei prodeſſe qui poſſeſſ. iniuſtè occupauit, non
magis quàm ſi vſucapi fundus poſſet. Ac quamuis pro-
poſita hoc caſu Publiciana non ſit allatura huic bonæ fi-
dei emptori commodum vſucapionis & dominij, tamen
ei proderit ad hoc vt anocet poſſeſſionem, & quidem non
nudam, ſed cum emolumento fructuum, *d.l.ſi cum ven-
diter 66.de euict.* quos fructus exinde percepturus ille
eſt, ſuóſque in perpetuum facturus, dummodò vectigal
annuum municipi perſoluatur. Cæterùm ſi fundi vectiga-
lis eſſet aliquod dominium vtile, certè nihil obſtaret
quin poſſet vſucapi, ſaltem quantũ ad hoc dominium vti-
le pertineret, quia quæ ratio impedit vſucapionem ratio-
ne dominij, quod interpretes directum vocant, quia vi-
del. nihil domino imputari poſſit, eadem non habet lo-
cum in dominio iſto vtili cùm ei qui fundum vectigalem
conduxit, neque vectigal ſoluatur, neque aliud quic-
quam præſtetur, propter quod prohibeatur agere vtili in
rem actione, ſi quis alius fortè ipſo ignorante fundum
21 illum, tanquam ſuum vendiderit: † Et hæc ſententia eſt
d.§.in vectigalib. malè perceptus ab iis, qui hac parte di-
ſtinguunt vſucapionem à longi temporis præſcriptione,
quaſi fundus vectigalis, qui non poteſt vſucapi, poſſit ta-
men præſcribi, nempe vt concilient Paul. cum Vlp. *in d.
l.ſi finita.§.Iulianus.* Etſi enim toto iure. Pandect. plures
inter vſucapionem & longi temporis præſcriptionem dif-
ferentiæ fuerunt, de quarum nonnullis iam ſcripſimus
lib.ſuperiore, nulla tamen fuit hac parte, nec magis po-
tuerunt fundi vectigales longo tempore præſcribi quàm
22 vſucapi. † Sed quod ſcriptum eſt *in d. §.ſi de vectigalib.*
poſſe longo tempore dominium eorum acquiri, reſtrin-
gendum eſt ad ſpeciem, quam ibi tractat I. C. in qua
ſcilic. municipes ipſi iuſſi ſint à prætore cauere de dam-
no infecto ob ædes vectigales, quarum illi erant verè do-
mini. Nam ſi patêre nolint, & perſeuerent non cauere,
coërceri poſſunt & debent hactenus vt vicinus qui dam-
num timet iubendus ſit ædes illas ſibi poſſidere, atque
ita exinde vſucapere eas poſſit contra municipes, quibus
nimirum hoc caſu poteſt imputari, cùm propria ipſorum
23 contumacia puniatur. † Illud addere placet, Non ſolùm
non competere vindicationem ſupradictis perſonis, ſed
& quod magis eſt contra omnes iſtos directam vindica-
tionem dari domino, qui fundum vectigalem vel emphy-
teuticatium, vel ſolum in quo ſunt ſuperficiariæ ædes
fruendum in perpetuum locauit, quia cùm ſit ille domi-
nus & quidem ſolus (nec enim plures eiuſdem rei domi-
ni eſſe poſſunt vulg. *l.5.§.duobus vehiculum.D.commod.*)
non poteſt vindicatio ei ſummo iure denegari, *leg.1.§.is
autem. D.de ſuperf.* vbi hanc ob cauſam ſcriptum eſt, ſu-
perficiarium aduerſus quem dominus ſoli velit ſuperfi-
ciem vindicare, exceptione in factum data indigere vt ſe
tueatur. Nec enim exceptione vlla indigeret ſi nulla con-
tra eum actio competeret, cùm exceptio omnis præſup-
ponat actionem. Habet verò ſuperficiarius exceptionem
ex regula iuris, quæ facit vt cui damus actionem, eidem
multo magis exceptionem dari oporteat, *leg.inuitus 156.
§.cui damus. De reg.iur.* Nec enim dubitatur quin ſuper-
ficiarius vtilem actionem in rem habeat non tantùm con-
tra poſſeſſorem quemlibet, ſed etiam contra dominum
ipſum, *d.l.1.§.vlt.D.ſi ager.vectig. id eſt emph. pet. d.l.1.
ff.de ſuperfic.* Quod ſi quis miretur dari vindicationem
ei ipſi qui contraxerit, quíque vindicando fundum velit
contra factum ſuum venire, debebit is cogitare hoc fieri
ex mera iuris neceſſitate, quia ne quidem ex voluntate
domini fieri poteſt quin ſuperficiem ſolo ſemper cedere
ſit neceſſe, *l.3.§.ſed ſi ſupra ædes.ff.vti poſſid.* vnde fit ne-
que per vſucapionem poſſit vnquam acquiri ſuperficies
ſine ſolo, *l.nunquam 26.ff.de vſu.*

Capvt XII.

De ſeruitutibus per aditionem confuſis à legatario vel fideicommiſſario reſtituendis, ad l. Papinianus 18. alias l.in omnibus. ff. de ſeruit. & l.ſi ei 9.ff.comm.præd.

Svmmaria.

1 *Seruitutes prædiales per confuſionem extingui, & quando ea confuſio contingat.*
2 *Seruitutes reales immediatè prædiis, mediatè verò perſonis deberi.*
3 *Declaratur* leg.ſi quis ædes 30. ff.de ſeruitut. vrban. præd.
4 *Seruitutem quæ à prædio teſtatoris fundo heredis ab eodem teſtatore ſcripti debeatur, adita per illum heredem hereditate, confundi.*
5 *An ſi teſtator fundum qui heredis ſcripti prædio ſeruitutem debeat, extraneo legauerit, fundus ille legatus quaſi ſeruitute per aditionem confuſa liber fiat?*
6 *Examinantur quædam Papiniani verba* in l. Papinianus 18.ff.de ſeruit.
7 *Legatum vindicationis non autem damnationis recta via quaſi nunquam factum heredis in legatarium tranſire.*
8 *Ad fundum per donationem legatum pertinere quod in* d.l. *Papinianus de ſeruitutibus per aditionem confuſis dicitur.*
9 *Cur in ea ſpecie ſeruitute fundi legati per heredis aditionem confuſâ, heredi exceptio aduerſus legatarium detur?*
10 *Seruitutes à fundo legato debitas, hodie per aditionem non confundi.*
11 *Illud etiam obtinere ſi fundus qui ſeruitutem debet per damnationem legatus ſit?*
12 *Fundo hereditario qui heredis prædio ſeruitutem debebat, ab herede alienato, an ſeruitus in priſtinum ſtatum reſtitui debeat?* & ad leg.ſi ei 9. ff. commun. præd.

Sicuti † perſonales ita & prædiales ſeruitutes per con- 1
fuſionem extingui conſtat, eámque contingere quo-
ties idem cœpit eſſe dominus vtriuſque prædij tam do-
minantis, quàm ſeruientis, *leg.1.ff. quemadm ſeruit. amit.*
Nam cùm ſeruitutes nihil aliud ſint quàm iura prædio-
rum, nec proinde quicquam aliud quàm ipſa prædia qua-
liter ſe habentia *leg. quid aliud 86. de verb. ſignif.* fieri
certè nequit vt prædium vllum taliter ſe habeat, vt ei ſer-
uitus aliqua debeatur ab alio prædio quod ſit eiuſdem
dominij, ea propemodũ ipſa ratione quam ſolemus vſur-
pare, cùm quærimus, Cur perſonales ſeruitutes confu-
ſione extinguantur, ſi fortè is cui vſusfructus, vel vſus,
vel habitatio debebatur cœperit eſſe dominus fundi ſer-
uientis. *l.ſi tibi 17.l.ſi ſeruus 27.ff.quibus mod.vſusfruct.
amit.* † Etſi namque inter ſeruitutes perſonales, & reales 2
ea differentia eſt, quòd perſonales debeantur perſonis, rea-
les verò prædiis principaliter, & immediatè, fatendum
tamen eſt, etiam reales deberi perſonis mediatè, cùm
non poſſim dominus eſſe rei meæ quin dominus etiam
ſim iurium omnium, quæ ad rem illam meam pertinent.
Proinde nõ magis fieri poteſt, vt res mea ſeruiat rei meæ,
quàm vt ſeruiat mihi ipſi, quod vtique certum eſt fieri
nullo modo poſſe *l.vti frui 5.ff.ſi vſusf.pet.l.in re communi
16.ff.de ſeruit.vrban.præd.* † Idque eſt quod ait Paulus *in* 3
l.ſi quis ædes 30.ff.eo.tit. ſi quis ædes quæ ſuis ſeruiebant,
emerit, ſibique traditas acceperit, confuſam ſublatámque
eſſe ſeruitutem, ita vt ſi eas rurſus vendere velit, eam-
démque

démque ſeruitutem habere nominatim aliam imponere
debeat, alioquin liberè, inquit, ædes væneunt: vbi obſer-
uandum eſt, quod traditionem emptarum ædium Paulus
requirit, quoniam ſola venditio citra traditionem non
transferret dominium in emptorem, nec proinde confun-
deret ſeruitutem, quæ nulla alia ratione quàm propter
dominij acquiſitionem confunditur. Indéque etiam fit,
quod ſequitur apud Paulum, vt ſi partem prædij nactus
ſim, quod meo prædio, aut cui prædium meum ſeruiebat,
non confundatur ſeruitus, pro ea ſcilicet parte prædij
quam non acquiſiui, ſed tantùm pro alia parte quam ac-
quiſiui. Itaque ſeruitus hoc caſu pro parte retinetur, licèt
ab initio neque acquiri, neque adimi pro parte poſſit, *l. vt
pomum* 8. §. 1. iunct. *l. pro parte* 11. *ff. de ſeruit. l. vnus ex ſo-
4 *ciis* 34. *ruſtic. præd.* † Quibus conſequens eſt, vt ſi is, cu-
ius fundo debebatur ſeruitus à prædio teſtatoris, heres à
teſtatore ſcriptus ſit, eiúſque hereditatem adierit, confun-
datur ſeruitus. Cùm enim heres per aditionem fiat domi-
nus prædij ſeruientis, vt & cæterorum omnium bonorum
defuncti, (nam nec aliud eſt heredem eſſe, quam eſſe do-
minum, *§. vlt. Inſt. de hered. qualit. & differ.*) perinde ne-
ceſſe eſt hoc caſu induci confuſionem, atque ſi alio ac-
quiſitionis genere dominium nactus eſſet: quemadmo-
dum & perſonales actiones confunduntur, quibus aut te-
ſtator contra eum qui nunc heres eſt, aut is qui nunc he-
res eſt, contra teſtatorem poterat experiri, confluente ni-
mirum in eandem perſonam vtroque iure & debito-
ris & creditoris, *l. debitori* 7. *C. de pact. l. debitore* 50. *ff. de
fideiuſſ.* Nec enim ipſa rerum natura patiatur vt quis ſit
ſui ipſius debitor, non magis quàm vt quid vno eodém-
5 que reſpectu ſit & agens & patiens. † Quid ergo ſi teſta-
tor eum fundum qui fundo Titij ſeruitutem debebat, in-
ſtituto Titio herede, legauerit Sempronio? Vtique non
poteſt irreuocabiliter valere aut confirmari legatum niſi
adita demùm per heredem inſtitutum hereditate, *l. ſi ne-
mo* 9. *ff. de teſtam. tutel.* Ergo hoc etiam caſu omnimodo
confundi ſeruitutem neceſſe eſt, cum ea confuſio per he-
reditatis aditionem inducatur. Atqui non fuit legatum
Sempronio prædiū liberum, ſed quale fuit penes teſtato-
rem teſtamenti & mortis tempore. Ergo dicendum eſt,
Sempronio & legatum petenti nocituram doli excep-
tionem, ſi non patiatur eam ſeruitutem iterum imponi
quæ per aditionem fuerit confuſa. Atque ita ex Pap. ſcri-
ptum eſt in *l. Papin.* 18. *alias l. in omnib. ff. de ſeruit.* Eſſet
enim perabſurdum meliore iure penes legatarium eſſe
prædium quod ei datum eſt, quàm fuerit penes teſtato-
6 rem *l. aliud eſt* 160. § *abſurdum. De reg. iur.* † Quod cùm
ita ſit, mirari quis non abs re poſſit, cur ita ſcripſerit
Papin. *in omnibus ſeruitutibus, quæ aditione confuſæ ſunt:*
quaſi verò non omnes ſeruitutes per aditionem confun-
dantur, quæcunque legato prædio anteà debebantur. At-
qui nec legatum vllum aliter valere poteſt quam ſi adita
ſit hereditas, nec rurſus hereditas adiri, quin heres fiat
dominus rerum omniū hereditariarum. Quis ergo caſus
eſſe poteſt in quo ſeruitutes fundo legato debitæ à præ-
dio aliquo teſtatoris, minimè per aditionem confundan-
tur? Quod ſi reſpondeas tractare nos de ſeruitute debita
à fundo legato, non à fundo hereditario, dominium au-
tem fundi legati tranſire recta via à teſtatore in legata-
rium quaſi nunquam factum heredis *l. à Titio* 64. *in fin.
ff. de furt. l. legatum* 80. *de leg.* 2. maior erit dubitatio, cur
ergo aditione hereditatis confundantur ſeruitutes, cùm
non alia ratione ſoleant confundi per aditionem, quàm
quod aditio inducat acquiſitionem dominij in perſona
heredis; quod tamen hic non euenit, vbi dominium rei
legatæ acquiritur legatario, non heredi. Quidam puta-
uerunt, reſpexiſſe Papinianum ad differentiam conſti-
tuendam inter legatum purum & conditionale, quòd le-
gati puri dominium tranſeat in legatarium recta via, non
etiam legati conditionalis, cuius quippe dominus eſt he-
res pendēte legati conditione, *l. fundus* 4. *D. ſi vſusfruct.
pet. l. is cuius* 11. §. *heres. D. quemad. ſeruit. amit.* Sed pa-
rum probabiliter. Legatum enim conditionale quamdiu
pendet, ne quidem legatum eſſe intelligitur, *l. is cui.* 42.
D. de oblig. & act. quod & ipſum colligi poteſt ex *l. do-
minus* 58. *D. de vſufr.* Et ideo quamuis confundantur ſer-
uitutes heredi debitæ, nihil tamen eſt quod de earum
reſtitutione tractari poſſit, niſi ponas conditionem legati
poſtea extitiſſe. At rurſus vbi extitit conditio legati, ha-
betur illud pro puro, & conditio quæ nihil nullaque iam
eſt, facere non poteſt quin perinde omnia ſeruari de-
beant acſi legatum ab initio purè relictum fuiſſet, &
conſequenter dominium ipſius recta via & ipſo iure ad
legatarium hoc quoque caſu tranſiiſſe intelligitur, *d. §.
heres, iunct. l. potior* 11. § 1. *in fin. D. qui potior. in pign.
hab.* Ergo quemadmodum volunt illi legato purè reli-
cto nullam fieri confuſionem ſeruitutis heredi debitæ,
quia nullo inſtanti reperiatur heres dominus fundi ſer-
uientis: ita & fateri eos neceſſe eſt confuſionem nullam
fieri poſſe eo caſu quo legatum fuerit relictū ſub condi-
tione quæ extiterit. † Debuerunt ergo reſpōdere quod 7
nos reſpondemus, ſeparanda eſſe hac parte non legata
pure à conditionalib. ſed legata vindicationis à legatis
per damnationem relictis. Quod. n. dicimus rei legatæ
dominium tranſire recta via in legatarium, quaſi nun-
quam factum heredis, pertinet ad legata vindicationis
duntaxat, non etiam ad legata damnationis, quorum illa
quippe erat formula vt heres rem legatam dare legata-
rio damnaretur, quo *dandi* verbo cum tranſlatio domi-
nij ſignificetur, *l. vbi autem* 75. §. *vl. ff. de verb. obl. iunct.
l. ſi à ſubſtituto* 35. § *heres, de leg.* 1. *l. non videntur* 161.
de reg. iur. non poterat fieri vt heres legatario daret eam
rem, cuius ipſe dominus antea non fuiſſet. † Itaque lega- 8
to per vindicationem eo fundo, qui ſeruitutem debebat
prædio heredis, nulla poterat fieri confuſio ſeruitutis,
tranſeunte legati dominio in legatarium tam citò, quàm
domino hereditatis in heredem. Vtrumque nimirum fit
eiuſdem legis duodecim tabularum poteſtate, quæ omnes
vltimas voluntates per legis modum, id eſt, imperatiuè
factas æquè confirmauit, ac proinde non minùs legata,
quàm inſtitutiones, cùm & ipſum legandi nomen ea in
re vſurpauerit. At legato per damnationem fundo neceſ-
ſe erat fieri confuſionem ſeruitutis, eóque demùm caſu
locum habet quod Papin. placebat, legatarium petentem
legatum doli mali exceptione repellendum eſſe, ſi non
patiatur eam ipſam imponi ſeruitutem quæ fuerit ſubla-
ta per confuſionem. Eam ipſam, inquam, ſpecie, non
numero. Nec. n. fieri poteſt, vt ſemel extinctum ius reui-
uiſcat, *l. qui res* 98. § *aream. de ſolu. l. ſi pro parte* 10. § *pen.
D. in rem verſ.* † Ideò autem doli exceptio neceſſaria eſt 9
heredi, quia ipſo iure verum eſt, & legatum deberi lega-
tario, & deberi ſine ſeruitute, cùm ſeruitus ſit confuſa.
Sed æquitate exceptionis illud inducit, quòd cùm legata-
rius petit fundum ſibi tradi liberum, qui fuerat ſeruus
penes teſtatorem, captat lucrum ex damno alieno per
occaſionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem *l.* 1.
D. de doli except. Nec enim audiendus eſt ſi velit imputa-
re heredi cur facto ſuo confuderit ſeruitutem adeundo
hereditatem, quin potius id æqui bonique conſulere de-
bet, haberéque gratiam heredi, quo non adeunte legatum
intercidiſſet. Perpetuum enim eſt vt nemo poſſit alteri
obiicere factum ex quo ipſe lucrum ſentiat, *l. ſi extraneus*
33. *l. cum in fundo* 78. §. *quod ſi mulier. D. de iur. dot.* † 10
Conſequens igitur eſt ſuperioribus, vt hodie nunquam
poſſint confundi ſeruitutes debitæ à fundo qui fuerit le-
gatus, poſtquam placuit Iuſtin. in *l.* 1. *&* 2. *C. com. de leg.*
veteres illas legatorum differentias omnes tollere, & om-
nib. tam legatis quàm fideicomniſſis vnam eandémque
naturam imponere. Etſi enim non ſatis apertè expreſſit
ille, quamnam voluerit eſſe hanc naturam omnium le-
gatorum & fideicommiſſorum, eámne quæ olim erat le-
gatorum per vindicationem, an verò quæ legatorum
per damnationem: nullus tamen hac parte dubitationi lo-
cus relinquitur, quin legatorum omnium, adeóque

fideicommiſſorum ſingularium natura ea hodie ſit; quæ erat legatorum per vindicationem, cùm inter cæteras actiones quas pro legato & fideicommiſſo quolibet dari voluit Iuſtinianus, ſit etiam vindicatio, quæ tamen nec competere, nec dari vllo modo poſſet, ſi dominium rei legatæ aut per fideicommiſſum relictæ non transiret in legatarium aut fideicommiſſarium recta via, quandoquidem dominij vindicatio ſola eſt, quæ tribue-
15 re poteſt vindicationem. † Itaque cum legato etiam per damnationem relicto dominium perinde transeat in legatarium, acſi legatum eſſet per vindicationem, fieri nequit vt heres qui oneratus legato fuit reperiatur vnquam dominus fundi ſeruientis, non magis quàm vt legatarius inueniatur dominus prædij dominantis: atque ita ceſſat tota illa ratio quæ poterat inducere confuſionem ſeruitutis, etſi non ignoro in aliis quibuſam datam eſſe omnibus legatis naturam quæ olim erat legatorum per dam-
12 nationem: de quo plura ſcripſimus lib. 6. c. 1. † Non valde diſſimile eſt quod Pomp. ſcribit in *leg. ſi ei. 9. D. comm prædior.* Si ei cuius prædium meo ſeruiebat, heres extiterim, & eam hereditatem tibi vendiderim, reſtitui in priſtinum ſtatum ſeruitutem debere, quia id agitur inter nos, inquit, vt tu quaſi heres videaris extitiſſe: ſenſus eſt, id videri inter nos actum, vt tu eodem iure habeas res hereditarias quo haberes, ſi heres eſſes: ac proinde quo fuerant apud defunctum. Neque enim ſi heres eſſes, plus iuris habere poſſes in rebus hereditariis, quàm defunctus habuiſſet, cùm hereditas id tantùm transfundat in heredem quod fuit defuncti & hereditatis, *l. 1. §. Scæuola. D. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ. ſit.* Atqui defunctus poſſidebat hoc prædium affectum ea ſeruitute quam prædio meo debebat: Non ergo id inter nos actum videri poteſt, vt tu idem prædium liberum poſſideres: ſed quemadmodum prædium quod fuit defuncti, ad te ex cauſa emptæ hereditatis pertinet, ita neceſſe eſt vt tale illud habeas quale apud defunctum fuit: Quod quia fieri aliter non poteſt, quam ſi reſtituatur ſeruitus, quæ per aditionem fuit extincta, factâ me domino vtriuſque prædij & ſeruientis, & dominantis eodem tempore: ſequitur neceſſariò vt reſtitui debeat ſeruitus in priſtinum ſtatum, noua ſcil. ſeruitutis quæ antea debebatur conſtitutione: in eámque rem dari mihi contra te non ſolùm exceptionem doli priuſquam tradiderim tibi res hereditarias ſi pergas me vrgere ad traditionem, nec patiaris imponi eam ſeruitutem, vt in ſuperiore caſu: ſed etiam actionem ex vendito, quæ mihi danda etiam eſſet ob hoc ipſum vt cogereris præſtare quicquid defunctus mihi debuiſſet. Sicut & è contrario haberes actionem ex empto contra me, ſi quid ego defuncto debuiſſem, vt quamuis per confuſionem ſublata ſit omnis obligatio, & conſequenter actio, perinde tamen omnia in effectu æſtimanda ſunt, atque ſi confuſio nulla facta eſſet, *l. 2. §. cum quis debitor, D. de hered vel act. vend.*

CAPVT XIII.

De confeſſoria & negatoria actione: & de differentia vindicationis ſeruitutum & rerum corporalium ad §. æquè. verſ. ſanè. Inſt. de action.

SVMMARIA.

1 *Actionem in rem de ſeruitute vel confeſſoriam vel negatoriam eſſe.*
2 *Quid vtrique actioni commune ſit?*
3 *Confeſſoriæ actionis exempla a Iuſtiniano allata.*
4 *An bene à Iuſtiniano ſeruitus altiùs tollendi inter confeſſorias, ſeruitus verò altiùs non tollendi inter negatorias numeretur?*
5 *Hermanni Vulteij interpretatio pro tuenda Iuſtiniani ſententia refellitur.*
6 & 8. *Duplex inter vindicationem ſeruitutum, & rerum corporalium vindicationem differentia.*
7 *Cur omnis rerum corporalium vindicatio adfirmatiua ſit, ſeruitutum verò vindicationem aliquando negatiuam eſſe neceſſe ſit?*
9 *Negatoria etiam poſſe agere eum cuius fundus ſeruitutem debet.*
10 *Confeſſoriam & negatoriam actionem nonniſi contra dominum competere.*
11. 12. 13. 14. 15. *Accurſij, Vulteij, Contij, Corraſij interpretationes ad* verſic. vlt. d. §. æque ſane vno caſu qui poſſidet. &c.
16 *Frequentior cæterorum Interpretum ad eum locum ſententia*
17 *Verſiculum illum cum negatione legendum eſſe.*
18 *Multum in d. verſ. intereſſe an quis dicat* poſſeſſorem actoris partes ſuſtinere, *an* verò actorem eſſe.

NEmo † neſcit duplicem eſſe actionem in rem de ſer- 1
uitute, Vnam quæ dicitur confeſſoria, Alteram, quę negatoria, *l. 2. D. ſi ſeru. vind.* Confeſſoriam ei competere qui ſeruitutem ſibi competere contendit: negatoriam verò ei qui negat. Sed tamen quænam illarum actionum vis & poteſtas ſit, nondum inter noſtros videtur explo-
ratum. † Illud vtrique commune eſt, quod neutra com- 2
petit alij quàm domino, *d. l. 2. §. 1. l. 4. §. competit eo. tit.* Vtraque enim vindicatio eſt, & quidem directa, quæ alij quàm domino competere nunquam poteſt. Et ſicut fieri nequit, vt quiſquam ſit dominus ſeruitutis fundo debitæ, niſi qui ſit dominus fundi: Ita nec negare quiſquam poteſt ius vllum ſeruitutis vicino eſſe in fundo niſi qui ſit dominus eius fundi cui ſeruitutem deberi negat. Nec rurſus quarumlibet ſeruitutum nomine competunt huiuſmodi actiones, ſed earum duntaxat quæ ſint noſtræ, & iam nobis acquiſitæ. Itaque non ſufficiet vt ſint nobis debitæ, puta ex ſtipulatu, aut ex teſtamento, aut quo alio iure conſtitutæ, cùm non idcirco fiant noſtræ niſi ſecuta quaſi traditione per patientiam, vt & in rebus corporalibus contingit, Traditionibus duntaxat non etiam nudis conuentionibus rerum dominia transferri, vulg. *l. tradi-
tionibus 20. C. de pact.* † Confeſſoriæ actionis exempla 3
adfert Iuſtin. in *§. æquè. Inſt. de act.* Si agam ius mihi eſſe eundi vel agendi tuum per fundum, tanquam qui debeat ſeruitutem meo: Negatoriæ verò, ſi è contrario agam ius tibi non eſſe eundi vel agendi per meum fundum, tanquã qui nullam ſeruitutem debeat tuo: vnde fit vt quidam putent confeſſoriam nihil aliud eſſe quàm vindicationem ſeruitutis, negatoriam verò nihil aliud, quàm vin-
dicationem libertatis. † Cui tamen ſententiæ omnino ac 4
euidenter obſtat quod ſupradicto loco Iuſtinianus inter actiones confeſſorias ponit actionem De ſeruitute altiùs tollendi? inter negatoria verò actionem de ſeruitute altiùs non tollendi: cùm tamen is qui dicit ius ſibi eſſe altiùs tollendi, nihil niſi ſuarum ædium libertatem vindicare videatur. Qui verò dicit ius non eſſe vicino altiùs tollendi, apertè vindicet ſeruitutem illam quæ altiùs non tollendi appellatur. Quæ res fecit, vt auſus ſit Accurſ. dicere, in hoc erraſſe Iuſtin. & confeſſoriam actionem dixiſſe de ſeruitute altiùs tollendi, quam debuerat dicere negatoriam. Et contrà, negatoriam actionem de ſeruitute altiùs non tollendi, quam debuerat dicere confeſſoriam.
† Eámque ſententiam ſequitur potiſſimùm ex recentio- 5
rib. Hermannus Vulteius, qui vt Iuſtinia. tueatur, ait poſſe duob. modis dici actionem confeſſoriam & negatoriã, propriè & impropriè: Propriè illam quæ & figura verborum & vi ipſa ſit confeſſoria, vel negatoria: Impropriè. v. illá, quæ figura verborum ſit confeſſoria, vi ipſa. v. ſit negatoria, Vt, inquit, actio de ſeruitute altiùs tollendi: aut contrà, quæ figura verborũ ſit negatoria, & effectu cõfeſſoria, vt actio de ſeruitute altiùs non tollendi. Subiiciens tamen

tamen non tam figuram verborum, quàm vim & pote-
ſtatem actionis inſpiciendam eſſe, cum quæritur an actio
confeſſoria, an negatoria ſit: in quo videtur mihi vir alio-
quin doctiſſimus & ſubtiliſſ. quàm maximè errare. Nam
cum olim actiones nihil aliud eſſent, quam formulæ cer-
tis verbis conceptæ, non poterat fieri vt actio confeſſo-
ria, vel aliter, vel meliùs dignoſceretur a negatoria, quà
ex figura verborum: quod & cæteri ferè omnes interp.
vulgò rectè putant. Sed & illud magis falſum eſt, Actio-
nem de ſeruitute altius tollendi eſſe vt ipſa negatoriam;
quaſi is qui eam proponit, hoc verum intendat nullam
ſe vicino prædio debere ſeruitutem altiùs non tollendi,
vindicétque ſibi libertatem naturalem: ex qua licet vni-
cuique ſuas ædes ad cœlum vſque tollere. Nam imò ve-
ro qui agit de ſeruitute alt. tollendi, neque vindicat
ſuis ædibus libertatē naturalem, ſed ſeruitutem quæ talis
expreſſim conſtituta ſit contractu, vel teſtamento, vel
talis acquiſita per vſucapionem libertatis, contra ſeruitu-
tem antea conſtitutam altiùs non tollendi. Etenim vt li-
bro ſuperiore diſputauimus, ſi ædes meæ debeant tuis ſer-
uitutem altius non tollendi, & tamen te ſciente ac patien-
te eas altiùs ſublatas habuero per decennium puta vſque
ad triginta pedes, certum eſt acquiſiuiſſe me libertatem
contra primam illam ſeruitutem altiùs non tollendi, ſed
tamen limitatè & vſque ad triginta tantùm pedes, quia
eām non vſuceperim libertatem niſi habendo ædes meas
altiùs ſublatas, conſequens eſt vt nec vſuceperim, niſi
quatenus habui eas ſublatas. Proinde ſi poſtea velim al-
tius tollere ſupra triginta pedes, ſiue ædes meas fortaſ-
ſe collapſas reficiendo, ſiue eas adaugendo, ius tibi eſt
prohibendi ne id facere poſſim, quaſi manente adhuc
priſtina ſeruitute in eo in quo non eſt libertas vſucapta.
Hoc ergo tantùm poſſum intendere, ius mihi eſſe altiùs
tollendi vſque ad triginta pedes, tanquam acquiſita ædi-
bus meis non tam libertate naturali, quæ nullos haberet
limites quam libertate noua & limitata: quæ ſicut non
omnino extinxit ſeruitutem quæ tuis ædibus debebatur,
ita nec manente tua illa ſeruitute poteſt mihi eſſe acqui-
ſita, quin hoc ipſo habeam ius nouæ ſeruitutis, per quam
fiat vt quemadmodum non poſſum ædes altiùs tollere in-
uito te ſupra triginta pedes, ita poſſim te inuito vſque
ad eum modum triginta pedum, cùm fortaſſis initio con-
ſtitutæ ſeruitutis altiùs non tollendi, non niſi ad quinde-
6 cim vſque pedes ſublatum ædificium haberem. † Etſi au-
tem dicimus ſeruitutum vindicationem eſſe, non minùs
quàm rerum corporalium, duæ tamen præcipuæ ſunt dif-
ferentiæ inter hanc & illam vindicationem: quas ambas
ponit Iuſtin. *in d. § æquè*. Prima eſt, quòd rerum corpo-
ralium vindicatio omnis eſt adfirmatiua, nulla negatiua.
Quiſquis enim fundum, vel rem aliquam mobilem vin-
dicat, dicit rem eſſe ſuam ſolemnibus illis verbis, *Hanc
rem ex iure Quiritium meam eſſe aio*, & quanquam hoc
ipſo negat eam rem eſſe poſſeſſoris, cùm fieri nequeat vt
duo ſint eiuſdem rei domini in ſolidum, nulla tamen
actio propoſita eſt in hoc vt quis rem eſſe aduerſarij ne-
get. Si quis n. ita agere vellet, eum vtique neceſſe eſt poſ-
ſeſſorem vel eſſe vel non eſſe: ſi eſſet, non indigeret actio-
ne, cum ob hoc ſolùm quod poſſeſſor eſſet, quantumuis
vitioſe, tamen vincere deberet aduerſarium qui neque
poſſeſſor eſſet, neque dominus, *l. vlt. ff. de acq. poſſ. l. vlt.
C. de rei vin. l. 1. §. vlt. ff. vti poſſ.* Si verò non eſſet poſſeſ-
ſor, nihil planè ipſius intereſſet, quòd aduerſarius non eſ-
ſet dominus, ſi neque ipſe qui agere vellet, dominum ſe
diceret, ac probaret. Generale namque eſt vt nunquam
detur actio, niſi cuius intereſt. Quòd ſi eſſet ille dominus
quid ei ſufficeret ei quod haberet vindicationem adfir-
matiuam, qua ſe dominum adſereret? aut in quo egeret
illa negatiua? At cum de vindicandis ſeruitutibus tra-
ctatur, poteſt neceſſaria eſſe actio negatoria, nec ſufficit
confeſſoria, ſi fortè quis velit fundo ſuo adſerere aut li-
bertatem, aut ſeruitutem contra aduerſarium qui ſit in
quaſi poſſeſſione contraria, ſiue libertatis, ſiue ſeruitu-
tis; vt ecce, ſi intendat ius eſſe tibi eundi per meum fun-
dum, nullam poſſum habere actionem niſi negatoriam
ad impediendum ne poſthac eas, ſi iam ſis in poſſeſſione
eundi iure ſeruitutis, quia tuam illam poſſeſſionem tue-
bitur prætor interdicto *De itinere actúque priuato*, etiamſi
non probes te habere ius ſeruitutis, *l. vlt. ff. de itin. act.
priu.* Itaque ſi velim vincere, tuámque quaſi poſſeſſionē
interpellare, neceſſariò agendum mihi eſt de iure ſerui-
tutis contra te, in eamque rem proponenda negatoria.
Idem eſt de ſeruitute altiùs non tollendi, ſi forte altius
ſuſtuleris ædes tuas, atque ita te conſtitueris in quaſi poſ-
ſeſſione altiùs tollendi. Non n. poſſum te vincere iure
poſſeſſionis, nec rurſum ſi velim agere confeſſoria, quia
neceſſe eſt me negare ius tibi eſſe altiùs tollendi quod niſi
per negatoriam fieri non poteſt. † Et ratio huius differen- 7
tiæ eſt, quia rerum corporalium vindicatio nullum effe-
ctum alium habere poteſt, quàm vt res à reo poſſeſſa
actori per arbitrium iudicis reſtituatur: quod totum con-
ſiſtit in faciendo. At ſeruitutum vindicationes è contra-
rio effectum duntaxat illum habent, non vt aduerſarius
cogatur aliquid facere, ſed tantum vt cogatur pati, vel
facere vt actor prohibeatur. Id verò aſſequi actor nō po-
teſt iis caſibus, quibus aduerſarius intendit habere ſe ius
aliquid faciendi, puta eundi vel agendi, per fundum
actoris, vel altiùs tollendi, niſi propoſita actione negato-
ria vt & in aliis omnibus ſpeciebus in quibus duntaxat
prohibendus eſt aduerſarius ne quibus faciat, non etiam
cogendus vt patiatur. Nam pro iis ſeruitutibus per quas
contenditur patiendum aliquid debere, confeſſoria eſt. † 8
Altera inter rerum corporalium & ſeruitutum vindicatio-
nem differentia eſt, quòd rerum corporalium vindicatio
nunquam datur poſſeſſori, ſed ſemper contra poſſeſſorē,
*l. officium 9. l. is qui deſtinauit 24. l. qui petitorio 36. ff. de
rei vind.* nempe quia nec alius reſtituere rem poteſt,
quàm qui poſſidet. Finis autem vindicationis ille eſt, vt
poſtquàm pronunciatum erit rem eſſe actoris, iudex ar-
bitrari debeat rem actori reſtitui oportere, *l. ex diuerſo
35. eod. tit.* At ſeruitutum vindicatio non minus datur
poſſeſſori quàm non poſſeſſori ſeruitutis, *l. & ſi forte 6. §.
ſciendum ff. ſi ſeru. vind.* nimirum quia finis vindicationis
ſeruitutis non ille eſt, vt ſeruitutis poſſeſſio, aut quaſi
poſſeſſio reſtituatur, ſed vt pronuntietur pro actore, vel
habere illum ius ſeruitutis in fundo alieno, vel nō habe-
re aduerſarium ius ſeruitutis in fundo actoris: illud, ſi cō-
feſſoria agatur: hoc, ſi negatoria, quod vtrumque nihil
commune habet cum iure poſſeſſionis. Siue enim actor
ſit in poſſeſſione ſeruitutis quam ſuam adſerit, ſiue in
poſſeſſione libertatis contra ſeruitutem quam aduerſario
deberi negat, illa ſemper quæſtio ſupereſſe poteſt, an ius
habeat vel adſerendæ ſibi vel denegandæ aduerſario li-
bertatis. † Ex quo fit vt negatoria poſſit agere etiam is 9
cuius fundus debet ſeruitutem, ſi modò contra eum agat
qui non ſit dominus fundi dominantis, nec tale ius in eo
vllum habeat, puta pignoris vel vſusfructus, vt cum ſer-
uitutes ſequantur. Finge habere me ædes, quibus vicinæ
ſint Seianæ & Sempronianæ. Sempronianis meas debe-
re ſeruitutem altiùs non tollendi, Seianis nullam debere.
Si dominus Seianarum velit me prohibere ne altiùs
tollam, potero actione in rem confeſſoria experiri, quia
licet ædes meæ ſeruiant, tamen ei contra quem agam,
non ſeruiunt. Itaque poſſum intendere ius mihi eſſe altiùs
tollendi inuito eo cum quo ago, non quod habeam ædes
liberas ſimpliciter, ſed quia liberas habeo quod ad eum
pertinet. *d. l. 4. § competit. ff. ſi ſeru vind.* Quo ex loco ſum-
pſerunt pragmatici vulgarem illam formulam frequen-
tiſſimæ exceptionis, *Quod ad te liberas ædes habeo*. Cui
oppoſita illa eſt, *Age cum Geminiano ex l. 3. C. de tranſact.*
† Inde etiam fit, vt quemadmodum nec confeſſoria nec 10
negatoria datur alij quàm domino ædium quibus ſeruitu-
tem deberi vel dicitur, vel negatur, vt iam ſupra dixi-
mus, ita nec niſi contra dominum competant huiuſmodi
actiones, *d. l. 2. § 1. d. l. etſi forte 6. §. hac autem actio ff. ſi*

ſeruit. vind. ſiue agatur de ſeruitute oneris ferendi, de qua eo loco tractatur, ſiue de alia qualibet, nimirum quia cùm non aliter poſſit acquiri fundo meo ſeruitus, quam ſi imponatur à domino fundi ſeruientis, non poſſum intendere contra te ius mihi eſſe eundi per fundũ Corn. niſi tu eius fundi dominus ſis. Nec ſimiliter agere negatoria, vt intendam non eſſe tibi ius eundi per meum fundum, niſi ſis dominus eius fundi cui velis debitam eſſe à meo itineris ſeruitutem. Quare ſi quis tertius velit me impedire in vſu meæ ſeruitutis, debeo interdictis experiri, & poſſeſſionem meam, aut quaſi poſſeſſionem vel tueri, ſi nondum amiſerim, vel recuperare, ſi iam amiſerim. Quam in rem prodita ſunt interdi-
11 cta De itinere actúque priuato, & alia huiuſmodi. † Atque ex his petenda etiam eſt interpretatio eius quod ſcribit Iuſtin. in d. §. æque, in vlt. illo verſ. *ſanè vno caſu qui poſſidet nihilominus actoris partes ſuſtinet, ſicut in latiorib. Digeſtorum libris apparebat.* De quorum verborum ſenſu non fuit ex interpretibus qui non dubitauerit, & laborauerit in quærendo vno illo caſu quo detur actio ei qui poſſidet, necdum tamen caſus ille ab omnibus quæſitus a quoquam adhuc inuentus eſſe exiſtimatur.
12 † Accurſius noſter cùm vnum quæreret, duos attulit. Primùm de iudiciis illis duplicibus Familiæ erciſcundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum, in quibus dicitur vterque actor eſſe & reus, *leg. actionis 37. §. mixtæ, ff. de oblig. & act.* ac proinde cùm vel vtrumque, vel ſaltem alterutrum poſſeſſorem eſſe oporteat, euenire neceſſe eſt vt is quoque qui poſſidet ſit actor. Sed non eſt hic caſus accommodatus, quia ſicut in huiuſmodi iudiciis vterque eſt actor, ita & vterque reus, & conſequenter poſſeſſor quiſquis ille ſit non minùs reus quam actor eſt. Deinde non dicitur in his iudiciis actor ille qui poſſidet, ſed qui prior ad iudicium prouocauit, adeò vt ſi ambo ſimul prouocauerint ſorte dirimi oporteat, vter ſit actor. *l. in tribus 13. & ſeq. ff. de iud.* nempe quia fieri nequit vt iudicium vllum tale ſit, in quo par vtriuſque litigatoris conditio in omnibus & per omnia eſſe debeat: ſed omnimodo neceſſe eſt tunc quoque cùm actor, & reus vterque eſt, alterum tamen ſolum actoris, alterum verò rei duntaxat partes ſuſtinere, quia nec iudicium vllum eſſe poteſt ſine actore & reo. Alter caſus Accurſij eſt in qualibet exceptione: quam poſſeſſor, idémque reus apponit actori; propter eà quòd reus in exceptione actor eſt, *l. in exceptionibus 19.*
13 *ff. de prob. l. 1 ff. de except.* † Et hanc Accurſij ſententiam nouiſſimè ſecutus eſt Vulteius proferens varia exempla exceptionum in quibus reus idémque poſſeſſor actoris iure cenſeatur, vt in exceptione rei iudicatæ, de qua in *d. l. in exceptionibus. § vlt.* In exceptione legatarij; Quòd defunctus ſciuerit rem legatam alienam fuiſſe, *l. verius 21. eod.* In exceptione voluntatis mutatæ, *leg. eum qui 22. eod.* quibus addi poſſint aliæ huius generis propemodum infinitæ, ac tam multæ, vt vel ex hoc ſolo appareat non poſſe caſum hunc illum eſſe, quem nos quærimus, & quem Iuſtin. intellexit. Quanquam Vulteius vt obiectionem hanc effugiat, nititur omnes caſus illos ſpeciales concludere ſub hoc vno generali quo reus idémque poſſeſſor non aliter poſſit obtinere, quàm ſi intentionem ſuam probet aduerſus actorem qui ſuam iam probauit. Sed non tollit ea res multiplicitatem caſuum, in quibus præterea omnibus obſeruandum eſt reum non tam dici actorem, quam actoris partibus fungi, quod longè diuerſum eſt. Actor enim dicitur ille tãtùm qui agit. Actoris verò partibus fungi ille demùm cui incumbit onus probandi, *l. ſi priuſquam 15 in fin ff.*
14 *de oper. nou. nunc.* † Qua etiam ratione refelli poteſt opinio Antonij Contij, qui caſum illum petiit primum *ex l. quoties 15 ff. de prob. & ex d. l. priuſquam*, quibus tamen locis non de actore tractatur, ſed de eo qui actoris partibus fungitur. Alij referunt ad actiones præiudiciales de quibus in *§. præiudiciales. Inſt. de act.* quæ interpretatio refellitur ſatis ex iis quæ in præcedentibus diſ-
putauimus de huiuſmodi genere actionum. † Alij pro- 15
babiliùs referunt ad interdictum Vti poſſidetis, in quo planè is qui poſſidet, actoris vices ſuſtinet, *l. 1. § vlt. ff. vti poſſid.* quam ſententiam ſequitur Ioannes Corraſius lib. 3. Miſcel. cap. 23. Sed neque hæc interpretatio ſatisfacere poteſt. Quærimus. n. caſum, quo is qui poſſidet, agat, non quo vtatur interdicto. Aliud ſiquidem eſt de
actione loqui, aliud de interdicto. † Frequentior cæte- 16
rorum omnium recentiorum ſententia eſt, pertinere caſum hunc ad ſeruitutes, quarum nomine diximus comparatas eſſe actiones in rem, etiam in fauorem poſſeſſoris, *d. l. etſi fortè 6. §. ſecundum. ff. ſi ſeru. vind.* Quod etſi verum eſt, non tamen videtur ad Iuſtiniani verba accõmodatum, quem apertum eſt tractare *in d. §. equè*, de vindicatione rerum corporalium, non de vindicatione ſeruitutum. Debet enim exceptio, vt aiunt, eſſe de regula. Porrò regula propoſita erat de vindicatione rerum corporalium ic. non dari eam poſſeſſori. At neque poteſt videri vnus eſſe caſus qui pertineat ad tot genera ſeruitutum, & actorum de ſeruitute. Quamobrem, vt dicam paucis quod ſentio, nec immorer diutiùs in aliorum opinionibus refellendis, ſemper exiſtimaui cum Ferreto fruſtra ſe torquere interpretes in explicando hoc loco, qui procul dubio corruptus eſt, legendúſque addita negatione hoc modo, *ſanè nõ vno caſu*, vt idem Ferretus docuit, aut vt probabilior ſit emendatio, *ſanè nec*, nato ſcilicet errore ex vetere librariorum ſcribendi more qui literas repetendas ſemel tantùm ſcribebant, ſed maiuſculo charactere in hunc modum SANEC. pro *ſanè nec.* cui ſimilem errorem iam pridem obſeruauimus in *l. 3. §. 1. ff. de vſur.* vbi ſcriptum legimus *immune eſt*, pro eo quod ſcribi debuit *immune nec eſt*, aut ſi probabilius putes, *immunéne nec eſt?* per interrogationem. Itémque *in l. ſanè 11. ff de iur. dot.* vbi ſcriptum eſt,
ſanè & pro *ſanè nec.* † Obſeruandum enim eſt quod 17
pauci interpretes obſeruant, quamuis Accurſius quoque hoc viderit non ita ſcribere Iuſtinianum, vt dicat vno caſu actorem eſſe eum, qui poſſidet, ſed tantùm actoris partes obtinere, quod quàm diuerſum ſit iam indicauimus. Nam qui poſſidet rem corporalem, nullo penitus caſu actor eſſe poteſt, ſed actoris partes obtinere poteſt innumeris penè caſibus, vt ipſi etiã interpretes conſentiunt. Et ob id nimirum adiecit Iuſtinianus *ſicut in latioribus Digeſtorum libris opportuniùs apparebit*, quia cùm eſſent illi caſus non ſolùm pene innumeri, ſed etiam per varias iuris partes diſperſi non poterat opportunè fieri, vt in iis congerendis longior eſſet Iuſtinianus, qui in componendis Inſtitutionibus hoc tantùm agebat vt ea quæ generaliora eſſent, trãderet, non quæ ſpecialiorem requirerent tractatum. Et verò quis vnquam ſibi perſuadeat, tam malè feriatum fuiſſe Tribonianum, vt ſi de vno tantùm caſu ſenſiſſet, nos pro eo inquirendo ad omnes Digeſtorum libros reuoluendos relegaſſet, quem æquè paucis verbis non apertè declarâre, ſaltem velut digito indicare potuiſſet?

CAPVT XIV.

Emendari varij loci in tit ff. quæ in fraud. cred.

SVMMARIA.

1 *Secundum h. f. emptorem qui rem à debitore fraudatore alienatam à primo emptore rem alienam ſciente emit, Pauliana non teneri.*

2 *An is qui à fraudatore debitore dolo malo emit, alteri vero bona fide ementi vili pretio vendidit, pretium illud quod accepit, an verùm rei pretium reſtituere teneatur?*

3 *Verba illa*, quod accepit, in l. is qui, ff. quæ in fraud. credit.

credit. cum negatione legenda eſſe.

4 *Emptionem à ſecundo b.f.emptore factam poſtquàm creditores in poſſeſſionem miſſi ſunt, non valere.*

5 D.l.is qui. *de re vendita, in cuius poſſeſſionem poſtea miſſi ſint creditores, accipiendam eſſe.*

6 *Heredem vel ſuum vel voluntarium qui poſtquam hereditati debitoris ſe immiſcuit, in fraudem creditorum hereditariorum aliquid fecit, mox aduerſus immixtionem reſtitutus eſt, directa Pauliana conueniri non poſſe.*

7 *Vtilem tamen Paulianam aduerſus, dictum heredem competere.*

8 *An idem in ſeruo neceſſario dicendum ſit?*

9 *Verba illa,* idem & in ſeruo neceſſario, *è.* §. ſi quid in fraudem l.ait Prætor, eod. tit. *delenda eſſe.*

10 *Caſus quo non tantùm ea quæ ab herede ſuo & neceſſario poſt immixtionem, ſed etiam quæ à teſtatore dum viueret in fraudem creditorum geſta ſunt, per Paulianam reuocantur.*

11 *Sententia & emendatio* §. ſi impubes d.l. ait Prætor.

12 *An quod vnus creditorum à pupillo poſt patris hereditatem aditam accepit, poſt pupilli à paterna hereditate abſtentionem reuocandum ſit, bonis paternis veneuntibus?*

13 *Scæuola in hac quæſtione concluſionem cum Vlpiani ſententia pugnare.*

14 *Diſtinctiones in ea quæſtione* in l.pupillus 24.eod. tit. *adhibitas, Triboniani non Scæuolæ eſſe.*

15 *Eiuſdem Triboniani diſtinctiones refelluntur.*

1 SI † is qui à debitore fraudatore ſciens alienam rem
emit, priuſquàm eius bona per creditores poſſiderentur, eandem rem iterum alij bona fide ementi vendiderit, placet ſecundum emptorem Pauliana conueniri non
poſſe, quia cum ſit emptor bonæ fidei, non poteſt videri
particeps fraudis, nec ei debet nocere dolus ſui venditoris cum habeat cauſam oneroſam non lucratiuam, *leg. ſi
is qui 9. ff. quæ in fraud. cred. iuncta leg. quod autem 6.§. ſimili modo. eod. tit. leg. 4.§. de auctor. & ſeq ff. de doli mali
except.* Nec nouum eſt meliorem hoc caſu eſſe conditionem emptoris, quàm fuerit venditoris, cùm dolus ei duntaxat nocere debeat qui eum admiſit: & ob id non eſt
ita concepta iuris regula, Vt ſemper emptoris eadem
cauſa eſſe debeat circa petendum & defendendum quæ
fuit petitoris, ſed vt plerumque hoc euenit, *l. iniuſtus* 156.
2 *§. plerumque. de R. I.* † Et quemadmodum non teneretur
is, qui ab ipſo debitore ignorans emiſſet, ita nec is teneri debet, qui ignorans emit ab eo cui debitor ipſe ſcienti vendidit, *d. l. ſi is qui,* vbi tamen additur in propoſita
ſpecie eum qui dolo malo emit, alteri verò bona fide
ementi vendidit, teneri Pauliana in ſolidum pretium rei
quod accepit à ſecundo emptore, præſtare ſeu reſtituere:
quo loco mihi certè ſuſpecta ſunt verba illa, *quod accepit.*
Quid. n. ſi vendiderit vili pretio rem, quæ erat multo pluris? Cur cogentur miſeri fraudatique creditores contenti
eſſe eo pretio, nec poterunt conſequi quanti re vera res
eſt, cùm ſi ſecunda venditio facta non fuiſſet, rem ipſam
eſſent reuocaturi, nullo pretio reſtituto, *l. ſi debitor eod.
tit.* quia ſcilicet eùm non detur ea actio niſi contra eum
qui ſit conſcius, & particeps fraudis, indignus vtique eſt
cui ſuccurratur is, qui conuenitur, niſi hactenus vt ſi ea
ipſa corpora nummorum extent quæ ſoluit, debeant ei
reddi, vt ea ratione fiat ne quiſquam fraudetur, neque
creditor qui rem auocat, neque emptor qui nummos ſuos
recuperat, neque debitor qui nihil ex ſuo amittit. *leg. ex
his 8. eod.* Nunquam enim ſuccurrendum eſt ei cui proprius dolus poteſt imputari, quique damnum hoc quod
patitur, paſſurus non fuiſſet ſi dolum non admiſiſſet. Et
verò ſunt iſta propemodum contraria, Teneri hunc malæ fidei emptorem in ſolidum pretium rei, &, Teneri in
pretium quod accepit. Solidum enim pretium rei dicimus pro iuſto, ad differentiam eius quod conuentum &
acceptum eſt. Alioqui, quænam obſecro poterat eſſe cauſa dubitandi, quin hic malæ fidei poſſeſſor totum pretium
quod accepiſſet, reſtituere teneretur? An fortè poterat
quis putare non teneri eum niſi pro parte pretij quod
accepiſſet? † Ergo ſi quid mei iudicij eſt, vel delenda 3
ſunt ea verba, *quod accepit,* vel addita negatione legendū
quod non accepit: quod ego probabilius arbitror. † Po- 4
ſui .a. factam huius rei venditionem, priuſquàm bona
per creditores poſſiderentur, quaſi bona iam eſſent poſſeſſa, certum eſſet non valituram venditionem, nec ſi bonæ
fidei emptori facta eſſet, ideóque nec reuocatoria opus
foret, alioqui eſſet inutilis miſſio in poſſeſſionem à creditoribus impetrata; *tit. de reb. auctor. iud. poſſ.* vt bene quidam ex recentioribus ratiocinantur *ad d. l. ſi is qui.* † Sed 5
iidem tamen malè eam legem intelligunt de re vendita
in cuius poſſeſſionem non fuerint miſſi creditores: quaſi
verò miſſio in poſſeſſionem quæ ex edicto prætoris datur
creditoribus, non ſit vniuerſorum bonorum, contra id
quod ſcriptum eſt in *l. 1. ff. quibus ex cauſ. in poſſ. eat.*
Nam ſi vniuerſorum bonorum eſt, vt eſt, conſequens fit
vt nulla prorſus res ſit ex bonis debitoris, quæ non debeat intelligi poſſeſſa per creditores, adeò vt quamuis nihil fortè fuerit quod poſſideri queat, ſaltem ſine controuerſia, creditor tamen qui in poſſeſſionem miſſus eſt, perinde habeatur, ac ſi poſſeſſa bona fuiſſent *l. quamuis 13. de
reb. auctor. iud. poſſ.* Sed eos fefellerunt verba illa, *cum bona poſſeſſa ſunt,* quæ illi ſic acceperunt aeſi tractaret Paul.
de venditione, cuius tempore iam poſſeſſa fuiſſent bona,
cùm è contrario ponendum ſit, factam venditionem à debitore, cuius bona poſteà ſint poſſeſſa † in *l. ait prætor 10.* 6
§. ſi quid in fraudem creditorum. eo tit. quæ in fraud. cred.
ſcribit Vlp. Si filius qui ſe poterat abſtinere, immiſcuerit ſe paternæ hereditati & in fraudem paternorum creditorum aliquid fecerit, mox aduerſus immixtionem fuerit in integrum reſtitutus, ex edicto ſc. De minoribus, de
quo *in l. neceſſariis 57. ff. de acquir. hered.* vel etiam ſi voluntarius heres fuit, qui idem fecerit, quique propter ætatem vel quam aliam cauſam meruerit in integrum reſtitutionem, non poſſe directam actionem Paulianam contra eum competere, ſed tamen vtilem dandam eſſe. Directa non poteſt dari, quoniam filius, aliúſve heres quilibet
reſtitutionem impetrauit ſiue contra immixtionem, ſiue
aduerſus aditionem, pro eo habetur quantum ad prætorem aeſi nunquam heres fuiſſet, licèt re vera heres eſſe
non deſinat qui ſemel fuit, *l. ſi filius 12. ff. de interrog. in
iur. faciend iunct. leg. ait prætor. 7. alias l. etſi ſine. 9. ſed quod
Papin. ff. de min.* Et conſequenter nunquam videtur habuiſſe proprios creditores eos qui fuerunt paterni, nec
proinde dici poteſt in eorum fraudem aliquid feciſſe, cùm
ſit ex natura reſtitutionis in integrum, vt reuocet omnia
in priſtinum ſtatum, *l. quòd ſi minor 24. §. reſtitutio. eod.*
Si enim hic heres non fuiſſet, nunquam paternos creditores ſuos habuiſſet, *l. ex contractu 44 ff. de re iudic. l. neceſſarij. 57. de acq. her.* † Vtilis tamen in eum actio datur, quia 7
verum eſt fuiſſe illum aliquando debitorem, eo ſcil. tempore quo ſe immiſcuerat, vel adierat, & eo tempore fuiſſe in fraudem creditorum id de quo nunc reuocando agitur. † Quod tamen ſequitur *in d. §. ſi quid in fraudem,* 8
idem in ſeruo neceſſario dicendum eſſe, non video quomodo, aut quo caſu poſſit verum eſſe eùm ſerui neceſſarij heredes ſiue impuberes ſint, ſiue puberes, nunquam
habeant beneficium abſtentionis, nec in integrum reſtitutionis, *d. l. neceſſarijs in fin.* ſed tantùm ſeparationis, eo
ſc. caſu quo non attigerint bona patroni, *l. 1. §. vlt ff. de
ſeparat.* quod tamen beneficium ſeparationis nunquam
facit vt ſeruus heres neceſſarius, nunquam heres fuiſſe videatur, adeóque nec vt habeatur à prætore pro non herede: in quo differt maximè à beneficio abſtentionis. Alioqui non minus ſerui qui iam ciuis Rom. factus ſit, quàm
filij pudori parcendum eſſet, vt ſub nomine domini, ſicut ſub nomine patris potius bona venderentur, *l. paterfam. 28. ff. de reb. auctor. iud. poſſid.* † Sunt ergo verba illa, 9
idem

idē & in ſeruo neceſſario, mali interpretis & valde imperi-
10 ti. † Illa diſtinctio notabilis eſt, quæ ex Labeone ſubijci-
tur *in d. §. ſi quid in fraudem*, vbi dicitur poſſe interdum
fieri vt per Paulianam reuocentur non ea tantùm quæ in
fraudem creditorum geſſerit heres ſuus & neceſſarius
poſt immixtionem, ſed etiam illa quæ pater ipſe, dum
viueret: nimirum ſi creditores protinus vendiderint
bona patris, id eſt, ſi non multùm interceſſerit temporis
inter mortem patris & filij abſtentionem, quamuis me-
dio tempore fortaſſis abſentib. vel quieſcentibus credi-
toribus filius ſe immiſcuerit. Hoc enim caſu fraus vtriuſ-
que per Paulianam reuocatur, id eſt, tam patris quam
filij. Et quidem filij, quoniam vt proxime diximus, verè
debitor aliquando fuit, patris verò, quia licèt poſt mor-
tem deſierit eſſe debitor, ex quo præſertim tempore cœ-
pit heredem, qui pro eo, aut potiùs in cuius vicem debi-
tor factus ſit, fere tamen eſt vt nunquam heredem ha-
buiſſe videatur qui tam modico tempore habuit, qui-
que talem habuit, vt non poſſit dici creditores paternos
eius nomen vnquam ſecutos eſſe, id eſt pro debitore illū
habere voluiſſe. At cùm creditores paſſi ſunt neceſſa-
rium heredem, & quaſi in creditum habuerunt nomen
eius, vel dulcedine vſurarum, vel quia alia ratione eum
ſecuti ſunt, cùm ex edicto prætoris non poſſint impetrare
ſeparationem, dicendum eſt nihil reuocari poſſe ex iis
quæ teſtator alienauit, quia non poteſt videri deceſſiſſe
non ſoluendo qui habuit heredem, *l. libertus 38. D. de
bon. libert.* Poteſtque imputari creditoribus cur maluerint
eum habere debitorem quàm defunctum, cuius bonorum
ſeparationem primùm, deinde etiam venditionem impe-
trare potuiſſent, ſubindéque Paulianam exercere contra
tertios qui à defuncto in fraudem creditorum comparaſ-
11 ſent. † Sequitur apud Vlp. in §. *ſi impubes:* Si impubes
patri heres extiterit, eiuſque mortui bona væneant, ſepa-
ratione poſtmodùm impetrata per creditores patris (nec
enim creditores filij poſſent ipſi impetrare, *l. 1. §. ex con-
trario. D. de ſeparat.*) vtriuſque fraudem eſſe reuocan-
dam, i. tam patris quàm filij, ſi fortè impetrata ſepara-
tione appareat neutrum eſſe ſoluendo, & ab vnoquoque
eorum aliquid fuiſſe alienatum in fraudem propriorum
creditorum. Cùm verò vnicus hic eius loci ſenſus eſſe
poſſit, planè fateor me non intelligere, quid ſibi velint
verba illa ſequentia, *pupilli vel etiam tutoris, item curato-
ris*, quaſi vtriuſque appellatione intellexerit Vlp. pupillū
& tutorem ipſius & curatorem, ac non potius pupillum
& patrem eius. Eſt igitur hæc etiam adiectio eiuſdem, aut
ſaltem æquè inepti interpretis cuius aliæ illæ, quas hoc
cap. obſeruauimus. Nec enim fraus tutoris, & fraus pu-
pilli vel minoris duplex fraus eſt, ſed vna tantùm, ſicut
& pupilli, & tutoris, itémque minoris & curatoris vna
eadémque perſona hac in re eſſe creditur, *d. l. ait prætor.
§. ait prætor. & l. 4 §. illa etiam quæſt. D. de dol. mal. except.*
12 † Sed emendato iam Vlpian. Scæuolam quoque noſtrum
emendemus in *l. pupil. 24. eodem tit. quæ in fraud. cred.* ne
alioqui reprehendere ſit neceſſe. Tractat ibi de pupillo
qui cum patri heres extitiſſet, vni creditorum ſoluerat,
mox abſtinuerat hereditate paterna, ita vt bona patris
vænirent. Et quæritur, an id quod accepit creditor, reuo-
candum ſit ne aliter poſito iure eueniat vt ſit hic me-
lioris conditionis quam cæteri creditores contra quos ta-
men nullum habeat priuilegium: an potiùs diſtinguen-
dum ſit quomodo acceperit ille ſolutionem, vtrum per
gratificationem tutorum an verò ſuo iure, vt ſi per gra-
tificationem tutorum acceperit, reuocetur ad eandem
portionem quam cæteri creditores fuerint laturi, vt hic
cæteris creditoribus exæquetur. Si verò iuſtè exegerit,
tanquam qui cæteris diligentior fuit, & intereà debito-
ris bona facta ſint deteriora, vel mortalitate animalium,
vel furto rerum mobilium, vel caſu immobilium, qui
tres modi ſunt, per quos diminui patrimonium ſolet, non
reuocetur id quod accepit à debitore, quoniam alij cre-
ditores negligentiæ ſuæ acceptum id ferre debent, cùm
tempore factæ ſolutionis bona fuerint ſoluendo licèt
poſteà eſſe deſierint ex ſupradictis cauſis. Sed ſi ſolutio
facta ſit eo tempore quo creditoris bona iam in eo erant
vt vendi deberent, quod ſoluendo non eſſent, ſubdiſtin-
guendum ait Scæuola, an debitor ſiue pupillus ille ſit,
eiúſve tutor, ſiue alius quilibet vltro pecuniam obtulerit
huic creditori, an creditor extorſerit ſolutionem inuito?
Vt ſi extorſerit inuito, reuocetur ſolutio: ſi non reuoce-
tur, quia licuerit ei vigilare, ac meliorem facere ſuam
conditionem, *l. quod autem 6. §. ſecundum, eodem titul.* cùm
ius ciuile vigilantibus ſcriptum ſit, non dormientibus, aut
negligentibus, *leg. non enim 16. Digeſt. ex quibus cauſis
maiores. l. ſumma 21. Digeſt. de pecul.* † Concludit ergo 13
Scæuola in *dict. l. pupilli*, non reuocari hoc caſu ſolutionē,
ſed tunc tantùm cum extorta eſt inuito. In quo tamen, ſi
ita eſt, fatendum erit diſſenſiſſe Scæuolam ab Vlp. in *d.
§. ſciendum eſt*, & in §. *apud Labeonem, eiuſdem legis*, vbi
vult Vlp. teneri non eſſe creditorem qui ſuum accepit, non
ſolùm ſi acceperit cogente debitorem præſide, qui caſus
multò minorem dubitationem habet, ſed etiamſi præſi-
dis vel prætoris auctoritas nulla interuenerit, adeóque
tametſi creditor qui accepit ſolutionem, ſenſerit fraudari
re vera creditores cæteros, quia iniquum eſt, inquit Vlp.
eum quem præſes inuitum vt ſoluat poſſit cogere, non
ſoluere impunè: nimirum ſi non ſit facta ſolutio eo tem-
pore, quo bona iam ſint poſſeſſa nomine omnium credi-
torum. Hunc enim ſolum caſum excipit Vlp. valdè diffe-
rentem ab eo quem tractat Scæuola. Quæſtio enim Scæ-
uolæ ſupponit dumtaxat, fuiſſe bona debitoris, in eo vt
vendi deberent iam ipſo tempore ſolutionis, quòd non
eſſent ſoluendo, at nō etiā præſupponit quòd fuerint iā tū
poſſeſſa. In qua ſpecie nullus certè diſtinctioni locus re-
linqueretur, quia ſecundum Vlp. ſententiam reuocanda
omnimodo eſſet ſolutio tanquam facta ex bonis, in quib.
eſſet ius pignoris prætorij cæteris omnibus creditoribus
acquiſitum. Itaque ſi Vlpia. credimus, cuius opinio haud
dubiè probabilior eſt, diſtinctio illa non debet adhiberi.
An inuito extorta ſit ſolutio, necne, ſed tantùm, an facta
ſit ante bona poſſeſſa, an poſt. Quinimò cùm inuito ex-
torta eſt, longe maior ratio ſuadet vt reuocari non poſſit,
quia fraudis ſuſpicio cadere nulla poteſt in eum qui inui-
tus ac cogente prætore ſoluit. Sed illud me magis mouet
quod nec requirit Scæuola vt extorta ſit ſolutio in frau-
dem creditorum, id eſt, per eum qui ſciebat futurum vt
cæteri creditores ex ea ſolutione fraudarentur: quæ tamē
diſtinctio prorſus neceſſaria eſt, quoties de Pauliana tra-
ctatur. † Itaque paulatim venio in eam coniecturam, vt 14
mihi videar Triboniani magis quàm Scæuolæ diſtin-
ctiones audire. Nam & ei familiarius eſt diſtinguere, ac
ſubdiſtinguere quàm Scæuolæ (cuius reſponſa vnico vt
plurimùm verbo concluduntur) & quod grauius eſt, ple-
rumque contra iuris rationem, ac omiſſa ſpecie de qua
primùm propoſita quæſtio eſt, aut ſaltem mutatis perſo-
nis & extrinſecus acceſſitis caſibus, à propoſito penitus
alienis, ita vt tandem inſtituta quæſtio indeciſa relinqua-
tur. Cuius rei non deſunt exempla in tot locis, quos à
Triboniano corruptos fuiſſe ſcripta noſtra teſtantur. Sed
omnium luculentiſſimum illud eſt, quod nunc in mani-
bus habemus. Erat enim propoſita quæſtio de pupillo,
qui cùm patris heres extitiſſet atque vni ex creditoribus
ſoluiſſet, mox abſtinuerat paterna hereditate, dein-
de patris bona venierant, nec de alio quærabatur ni-
ſi an reuocandum eſſet quod creditor accepiſſet. Tri-
bonianus verò dubius qui probare deberet, diſputat in
vtramque partem, & primùm contra creditorem, ſed
inepta ratione, quòd melioris conditionis eſſe non de-
beat, quàm cæteri. Nam imò verò æquum eſt melioris
conditionis eum eſſe qui fuit diligentior, ſibique vigila-
nit. † Deinde diſtinguit an per tutorum gratificationem 15
ſolutum ſit, an verò iuſtè ſolutionem exegerit credi-
tor: quaſi verò non potuerit vtrumque ſimul concurrere
vt & tutores ei gratificari voluerint, cum poſſent cæteris
creditoribus

creditoribus æquè ſoluere, & is tamen iuſtè ſolutionem
exegerit. Nam cum ponamus fuiſſe illum iuſtum credi-
torem (alioqui de reuocatoria tractandum non eſſet)
fieri certè nequit vt non iuſtè ſolutionem acceperit. Quo
admiſſo, etiamſi ponas ſolutum ei fuiſſe per gratifica-
tionem tutorum, id eſt, vt I.C. noſtri loqui ſolent, per
gratiam quam habuit apud tutorem, non ideo tamen de-
terioris conditionis eſſe debet, cùm ſuum acceperit. Tan-
tus ſiquidem fauor eſt creditoris ſuum recipientis, vt
etiamſi ſoluerit qui nihil debebat, nihilo magis ab eo re-
peti quicquam poſſit *l. repetitio. 44. ff. de cond. indeb.* Ni-
ſi cùm id nominatim lege cautum eſt, vt in ſpecie *l. vlt.
§. ſin verò creditores. C. de iur. delib.* Nec rurſus poteſt vi-
deri creditor à tutoribus magnum beneficium conſecu-
tus, à quibus nihil ille niſi ſuum accepit & ad cuius ex-
ſolutionem inuitos eos cogere potuiſſet. Nec enim facul-
tas neceſſariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium
eſt, inquit eleganter Papin. *in l. vnum ex familia. 67. §. 1.
de leg. 2. l. ſi ſeruo. 84. ff de hered. inſtit.* Subinde quod eſt
alienius, interſerit nouum caſum Tribonianus quo res
facta ſit deterior à tempore ſolutionis vſque ad tempus
poſtulatæ Paulianæ. Sic enim loquitur Tribonian. de re
deteriore facta in numero ſingulari pro eo quod voluit
dicere, bona ipſa facta eſſe deteriora, cùm tamen nulla
poſſet eſſe ratio dubitandi eo ſaltem caſu, quo bona erant
ſoluendo tempore ſolutionis.

CAPVT XV.

Ad l. vlt. §. vlt. eod. tit. quæ in fraud. cred. & ad l. vlt. C. eod.

SVMMARIA.

1 *An aduerſus fraudatorem bonis eius diſtractis Publi-
ciana adhuc detur.*
2 *Quibus rationibus motus Mela nullam in fraudato-
rem actionem dandam putauerit.*
3 *Contraria Venuley ſententia, eiuſque ratio.*
4 *Examinatur Cuiacij* ad leg. vltim. C. quæ in fraud.
credit.
5 *Intellectus* l. ſi dolo. 51. ff. de re iudic.
6 *Fraudatorem, qui bonis omnibus exutus eſt ex edicto
non niſi in quantum facere poteſt ex dolo ſuo teneri.*
7 *Vera & germana eius legis vlt. explicatio.*

1 PAulianam † actionem, de qua ſuperiore capite di-
cere cœpimus, non tantùm aduerſus eum dari, qui à
fraudatore acquiſiit in fraudem creditorum, id eſt par-
ticipatio fraudis conſilio, ſed etiam contra fraudatorem
ipſum, nemo hodie dubitat. Sic enim ſcriptum eſt *in l.
1. §. vlt. & in l. vlt. §. vlt. ff. quæ in fraud. cred.* Mela ta-
men quem refert Venuleius in *d. §. vltim.* in contraria
olim erat ſententia, vt putaret nullam actionem in frau-
2 datorem dandam eſſe. † Mouebatur, quòd nulla in eum
actio ex antegeſto dari deberet poſt bonorum vendi-
tionem: quódque iniquum eſſet dari actionem in eum
cui bona omnia ablata eſſent. Præſupponebat enim Me-
la, quod & veriſſimum eſt, annum vtilem, intra quem
proponenda eſt actio Pauliana, computari ex die fa-
ctæ venditionis bonorum, *l. quod autem 6. §. vlt. l. ait Præ-
tor 10. §. annus, eod. tit.* Ex ſanè non videtur poſſe dari,
niſi inutiliter ea actio, quæ datur in egenum & bonis
omnibus exutum, *l. nam is 6 ff. de dolo*, ſatiſque conſul-
tum videri poteſt creditoribus qui ſunt fraudati, quòd
habeant actionem reuocatoriam contra eum qui à frau-
datore acquiſiuit, quippe qui non poſſit eſſe non ſoluē-
do, cum ita fiat vt recuperent quicquid doloſè ac frau-
dulenter alienatum fuit. Nam ſi fraudator quædam ex
bonis ſuis ita diſperdidiſſet vt nulla ratione recuperari
poſſent, puta ſi in mare pecunias proiecuſſet, non nega-
bat Mela quin actio in eum nihilominus dari deberet,
& quidem in ſolidum, id eſt ſupra etiam quàm facere
fraudator poſſet, quia non eſſet dignus cui faueretur
is qui talem fraudem nulla iuris aut prætoris arte repa-
rabilem commentus fuiſſet. Sic enim accipio quod
ſcriptum eſt in d. l. vlt. §. vlt. vbi ob hanc cauſam malo
pro *dabitur* legere, *daretur*, vt ab illis verbis, *licet
Mela* vſque ad verbum *daretur*, Melæ ſententia referā-
tur: quæ in ſumma illa erat, vt fraudator vel nullo mo- 3
do teneri deberet, vel in ſolidum teneretur. † Sed
contrà concludit Venuleius, dari actionem omnimodo
etiam in fraudatorem, quia prætor non tam emolumē-
tum actionis intueri videtur, quod vtique nullum eſſe
poteſt in eo qui bonis exutus eſt, quam pœnam, id eſt,
vt fraudatoris dolus puniatur, hāc pœnam eum mereri,
vt quamuis exutus bonis, tamen adhuc teneatur. Eſt-
que aperta ea ſentētia Venule; ſi in illis verbis *& Præ-
tor* ſcriptum eſſet quomodo ſcribendum puto, *at* pro *&*.
Ab illis enim verbis incipit ſententia IC. refellentis
opinionem & diſtinctionem Melæ. Ad quid ergo da-
bitur in egenum & inopem fraudatorem hæc actio?
Nempe in quantum is facerè poſſit, vel dolo malo fe-
cerit quominus poſſet, l. vlt. C. eo. tit. † Cuius ſenten- 4
tiam ab interpretibus omnibus & Græcis & Latinis
peſſimè acceptam, vt Cuiacius benè probat lib. 2. Obſ.
c. 6. non multò meliùs ab eodem Cuiacio explicatam
fuiſſe auſim dicere. Putat enim ſi poſt bonorum vēdi-
tionem fraudator aliquid acquiſierit, pro modo eius
quod acquiſierit teneri debere. Si verò aliquid frauda-
tionis cauſa ita diſſipauerit, vt nulla ratione recuperari
queat, in ſolidum damnari eum oportere, *ex l. ſi quis do-
lo 51. in pr. ff. de re iudic.* in hoc nimirum, vt vel carcere
& vinculis coërceatur, à quo ſcilicet ſeruari non poſſit,
neque ab vllo alio, quod ipſe diſperdidit. Prima qui-
dem pars diſtinctionis vera eſt, ſed ſecunda mihi pro-
bari non poteſt, qui video ſupradictam Melæ diſtin-
ctionem neque probari à Venuleio in d. §. vltim. neque
conuenire verbis edicti prætoris, ex quibus generaliter
& indiſtinctè datur actio in fraudatorem intra annum
in quantum facere poteſt, vel dolo malo fecit quomi-
nùs poſſet, *d. l. vlt. C. eod.* † Certè non probatur ea pars 5
diſtinctionis *ex d. l. ſi dolo.* quam pro ſe vir doctiſſimus
adducit. Debet enim lex illa intelligi ſecundum duas
præcedentes de eo qui antequam bonorum venditio-
nem pateretur, priuilegium habebat ne in ſolidum
conueniri poſſet, ſed duntaxat in quantum facere poſ-
ſet, cuiuſmodi ſunt patronus, donator & ſimiles, qui
amittunt priuilegium ſuum, ſi quid fecerint dolo malo,
quia odium doli fauorem priuilegij excludit. At nos
loquimur de actione in ſolidum danda poſt venditio-
nem bonorum, non ante quæ ſicut non poteſt compete-
re niſi ex die factæ venditionis bonorum, ita nec poteſt
creſcere ob dolum qui interuenerit ante venditionem
bonorum, ſed tantùm ob dolum qui poſteà ſit ſequutus,
id eſt, ſi fraudator aliquid fecerit dolo malo, quominus
facere poſſit *d. l. vlt. C.* quia videtur poſſe facere qui
fecit quominus poſſit, ſicuti ſolemus dicere dolum pro
poſſeſſione eſſe ſi quis dolo deſierit poſſidere, *l. qui dolo
131. de R. I.* & eum qui poteſt facere, vt poſſit iam poſ-
ſe videri, *l. qui poteſt facere 174. eod.* † Ergo indiſtinctè 6
dicendum eſt, fraudatorem, qui bonis omnibus exutus
eſt, non teneri ex edicto, niſi in quantum facere poteſt,
quamuis ex dolo ſuo teneatur. Alioqui dicendum eſſet
ſemper eum teneri in ſolidum debere, ſi quod ſcriptum
eſt *in d. l. ſi quis dolo*, ad caſum noſtrum pertineret, cùm
nunquam niſi de ratione doli ſui teneatur. † Quid igi- 7.
tur eſt, inquies, quod poterit facere tam difficilem
ſententiam *d. l. vlt. de reuoc. his quæ in fraud. cred.* Illud
nimirum, quòd cum priora reſcripti verba directa eſ-
ſent ad fraudatorem ipſum qui per ſolemnem accepti-
lationem peremerat obligationem præcedentem in
fraudem ſuorum creditorum, ſequentia tamen loquun-
tur

tur de fraudatore in tertia perſona. Sed erit apertiſſima ſententia, ſi ex ſeqq. conficiatur maior propoſitio ſyllogiſmi, ex præcedentibus verò minor in hunc modum: Ex prætoris edicto perpetuo datur intra annum actio cōtra fraudatorem in id duntaxat quod facere poteſt, vel dolo malo fecit quominùs poſſit. Atqui tu fraudator es, qui actu ſolemnis acceptilationis perempta obligatione debitorem tuum liberaſti in fraudem creditorum tuorum. Ergo proſpicis teneri te ex edicto in quantum duntaxat facere potes, vel dolo malo feciſti quominus poſſis. Dicat fortaſſe aliquis, Facta in fraudem acceptilatione videri alienatum id quod recuperari nullo modo poſſit, cùm acceptilatio ſit vnus ex modis legitimis tollendæ obligationis ipſo iure, *l. pen. ff. de ſol.* Obligatio autem ſemel extincta nunquàm poſſit reuiuiſcere, *l. qui res.* 98. *§. aream, eod. tit. leg. ſi pro parte.* 10. *§. pen. ff. de in rem. verſ.* & ideo ex ſententia ſaltem Melæ, & Cuiacij qui idem quod mea ſentit, debere hoc caſu fraudatorem in ſolidum condemnari. Sed non ita eſt, quia imò verò extincta obligatio recuperari poteſt, non quidem vt ipſo iure reuiuiſcat, ſed quoniam ex edicto reſtituenda eſt, ita nimirum vt ex integro noua obligatio contrahatur eiuſdem prorſus naturæ & conditionis cuius erat prior quæ fuit extincta *l. ait prætor* 10. *§. ſi cùm mulier, & §. præterea generaliter cum ſeq. eod. tit. quæ in fraud. cred.* Quid ergo ſi is qui conuenitur nolit obligationem reſtituere, id eſt iterum ſe obligare? Hoc enim meri facti eſt: ſæpius autem monui, neminem cogi præciſè ad factum: reſpondeo idem euenturum hoc caſu, quod in aliis faciendi obligationibus, vt iſta in factum actione condemnari debeat reus, quanti intererit creditorum, vt in *l. ſi quis ab alio* 13. *§. vlt ff. de re iudic. l. ſtipulationes* 72. *l. quoties* 81. *ff. de verb. oblig.*

Capvt XVI.

Actionem Paulianam neque pignoratitiis creditoribus dari, neque in rem eſſe.

SVMMARIA.

1 *Reſpondetur rationi qua moti Interpretes, hypothecariis creditoribus Paulianam actionem dari tradunt.*

2 *Quænam concurrere oporteat vt creditores Paliana agere & obtinere poſſint?*

3 *Tituli* libr. 52. ff. *enumerantur qui ad creditores chirographarios & perſonalem duntaxat actionem habentes, non etiam ad hypothecarios pertinent.*

4 *Reſtitutionem eorum quæ in fraudem creditorum alienata ſunt, non debitori ſed creditori agenti ex Pauliana actione fieri.*

5 *Quomodo accipiendum ſit quod dicitur, reſciſſa per Paulianam alienatione rem alienatam perinde in bonis debitoris eſſe, ac ſi alienata non fuiſſet?*

6 *Miſſionem in poſſeſſionem bonorum, ea quoque bona quæ iam ante in fraudem creditorem fuerunt alienata comprehendere, aliam verò venditionis bonorum rationem eſſe.*

7 *Eius diuerſitatis ratio redditur.*

8 *Paulianam actionem in perſonam, non in rem eſſe.*

9 *Cur Tribonianus eam actionem inter actiones in rem Prætorias enumerauerit?*

10 *Eum qui Pauliana agit non rem petere, ſed vt aduerſarij perſona ad eius reſtitutionem condemnetur.*

11 *Poſt condemnationem, rem quæ fuerit alienata in bonis debitoris non tamen Pauliana actionis ope ſemper manſiſſe videri.*

12 *Quo caſu Pauliana actio in rem ſcripta & arbitraria dici poſſit.*

Non † probo quod recentiores quidam tradide- 1
runt, Paulianam actionem creditoribus quoque
hypothecariis dari. Ea ſola moti ratione, quòd verba
edicti loquantur de creditoribus generaliter, quodque
actio Pauliana non ſit remedium extraordinarium, ſed
ordinarium. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod paſſim ſcriptū legimus in *tit. quæ in fraud. cred. ff. & C.* non eſſe locū
Paulianæ niſi fraudari poſſint re vera creditores, apparet
non poſſe fraudari creditores hypothecarios per alienationē factam à debitore, cum pignoris obligatio rem
ipſam ſequatur, & quemlibet rei poſſeſſorem, nec cum
quæſtione ac intentione dominij quicquam habeat cōmune, *l. 1. l. pignoris* 17. *& paſſ ff. de pign.* 15. *C. eod.* Deinde licèt Paulianæ actionis remedium ſit ordinarium,
admixtam tamen habet fictionem, quia fingit non
fuiſſe alienatam rem quæ vere fuit alienata. Porrò fictionibus ſiue à iure ciuili, ſiue à prætore inducantur
nunquam locus eſt niſi ex neceſſitate, cùm reipſa nihil
aliud ſint quàm mendacia. Atqui neceſſitas nulla ſubeſt fingendi rem quæ alienata ſit non fuiſſe alienatam,
cùm perinde, imò multò faciliùs etiam præſuppoſita
alienatione poſſit auocari poſſeſſio per hypoth. & quaſi
Seruianam ſine fictione & mendacio, quam per Paulianam, quoniam hypothecaria naſcitur ex ſola conuentione pignoris, nec aliud probandum habet creditor
niſi quod & debitor conuenerit de pignore, & habuerit rem illam in bonis aut ipſo conuentionis tempore ſi
ſpecialis conuentio fuit, aut etiam quandoque poſtea ſi
generalis bonorum omnium præſentium & futurorum,
l. & quæ nondum 15. *§. quod dicitur. ff de pig.* † At vt poſ- 2
ſit agere Pauliana & obtinere, non ſolum hoc ipſum
probare debet, quòd res alienata in bonis fuerit debitoris, ſed illud propterea quòd alienata fuerit malo
conſilio, & animo fraudandi: item quòd poſſeſſor participauerit fraudem, niſi ex lucratiua cauſa nactus ſit
poſſeſſionem, quo caſu omnimodo tenetur ſiue ſciens
fraudem, ſiue ignorans acquiſiuerit, *l. quod autem* 6. *§. ſimili modo. ff. quæ in fraud. credit.* Poſtremo quòd re vera, & euentu fraus facta ſit, excuſſis ſcilicet omnibus
facultatibus debitoris boniſque ipſius non tam poſſeſſis
ex edicto, ſed etiam venditis. An non igitur fuiſſet ridiculus prætor ſi Paulianam actionem propoſuiſſet creditoribus hypothecariis, qui habet ſuo iure quaſi Ser-
uianam? † Denique dubitandum non eſt quin omnes 3
tituli De ceſſione bonorum, Quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur, De rebus auctoritate iudicis poſſidendis, De priuilegiis creditorum (qui tamen in Pandect.
Florent. nullus eſt ſeparatus) De curatore bonis dando,
De ſeparationibus, & noſter ille, *Quæ in fraud. credit.*
omnes pertineant ad creditores chirographarios &
perſonalem duntaxat actionem habentes, non etiam
ad hypothecarios. De quibus alius tractatus eſt toto
libr. 20. Digeſtorum. † Sed grauior eorundem & alio- 4
rum error ille eſt, quod addunt, Ex Pauliana actione
reſtitutionem fieri debere non creditori agenti, ſed
debitori. Eo argumento quòd reſtitutionem in priſtinum ſtatum fieri oporteat, *l. ait prætor* 10. *§ præterea, eodem tit.* vt perinde ſint omnia atque ſi nihil alienatum
eſſet, *l. videamus* 38. *§. in Fauiana, ff. de vſur.* quaſi verò
cùm Pauliana agitur cætera omnia ſint in eodem ſtatu
quantum ad debitorem in quo erant tempore alienationis, immò verò vt apparet ex iis quæ proximo capite diſputauimus, tunc agitur Pauliana cùm debitor
iam cautus eſt omnibus facultatibus, cùmque ipſius bona ex edicto ſolùm iam poſſeſſa ſunt à creditoribus, ſed
etiam vendita, ac proinde cùm ille neque bona vlla
habet neque habere ampliùs poteſt, donec dimiſſis ad
vltimum vſque quadrantem omnibus creditoribus.
Non ergo debet reſtitutio fieri debitori præſertim qui
facto & dolo ſuo rem in bonis habere deſiit, ſed creditoribus qui iam habent ius pignoris prætorij quæſitum in omnibus bonis debitoris, *leg. non eſt mirum* 26.
§. 1.

5 §. *de pignor. action.* † Nec obſtat quòd t c. iſſ per Paulianam alienatione, res quæ fuerat alienata ſit in bonis debitoris acſi alienata non fuiſſet. Non enim id ita … et accipi quomodo accepiſſe hi vid ntur, quaſi per reuocatoriam, res debeat reponi in dominio & poſſeſſione debitoris, quomodo erat priuſquam alienaretur, ſed vt in eius poſſeſſionem miſſi videantur hoc ipſo quòd iam ante propoſitam reuocatoriam miſſi fuerint in poſſeſſionem bonorum omnium debitoris, quoniam & idem contigiſſet ſi nulla in fraudem facta fuiſſet alienatio, cum miſſio in poſſ. ſſionem quæ creditoribus ex edicto datur ſit vni-
6 uer ſarum bonorum. *l. 1. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* † In eoque alia cauſa eſt miſſionis in poſſeſſionem, alia venditionis bonorum. Nam miſſio in poſſeſſionem comprehendit vniuerſa debitoris bona, & conſequenter etiam illa quæ ante fuerunt in fraudem credit. rum alienata, ſi modò vnquam reuertantur in cauſam bonorum debitoris: ſed venditio bonorum ea tantum poteſt comprehendere, quæ venditionis tempore in bonis debitoris reperiuntur, non quæ poſtea per huiuſmodi reuocatoriam ad eundem debitoris patrimonium reuocantur, alioqui cùm Pauliana non detur, niſi ex die factæ venditionis, vt diximus in ſuperioribus, danda eſſet non creditoribus, ſed emptori.
7 † Et ratio huius diuerſitatis eſt, quòd miſſioni in poſſeſſionem cauſam præbet fauor & vtilitas creditorum, qui nullum habentes ius pignoris non poſſent ſuum … qui à debitore latitante, vel qui al ter non defendi tur, niſi prætoris auctoritate acquirere t … pignus præ … rium in bonis omnibus debitoris. Quæ res facit, vt quamdiu creditoribus in ſolidum ſatisfactum non eſt, tamdiu ea pignoris prætorij conſtitutio durare debeat, & ad omnia debitoris bona protrahi, quæ vel tunc adhuc debeat, vel … tum h.bu.iſſe quàdocumq, retruſingatur. At cum venditio bonorum nõ ſit n.ſi eo animo vt ex … quod redigetur ſatisfiat creditoribus, pretium autem ab emptore non offeratur niſi inſpecta quantitate, & qualitate … notum quæ venditionis tempore in patrimonio debitoris reperiuntur, nulla eorum habita ratione quæ poſtea per Paulianam poſſunt accedere, cùm ne Pauliana competat ante venditionem … tantùm ex … factæ venditionis: quippe quam … ratio neceſſitatis … quòd prius eſt vt quid ſit mihi obligatum, quam … à me pro debito poſſit eius venditio poſtulari: prius autem vt ſit in bonis mei debitoris, quàm vt mihi obligatum …
8 poſſit. † Poſtremò nec illud ferre poſſum quod Eguinarius Baro, Iac. Cuiacius & alij pleriq; ex recentioribus voluit actionem Paulianam in rem eſſe. Eſt enim ſi qua alia vlla in perſonam, cùm & paſſim dicatur actio in factum, præſertim *in d. l. ait prætor 10. in princ. & § annus. quæ in fraud. cred.* Quis enim vnquam dixit vel audiuit actiones in factum eſſe in rem, non in perſonam? Idque probant etiam verba edicti quæ in perſonam directa ſunt, non in rem, vt illa, *cum eo qui fraudem, non ignorauerit*, item illa, *ſciente eo, & rurſum quod prætor ait, reſtituas*. Nec ad rem pertinet quod per hanc actionem res alienatæ reuocantur. Perinde namque concluderes actionem ex empto eſſe in rem, quia per eam cogitur venditor vt rem tradat: itémque actiones depoſiti, commodati & ſimiles, quoniam in id dantur vt res reſtituatur: quod tamen fuerit certè abſurdum dicere, cùm ſint actiones perſonales ex quibus perſona ipſa condemnatur, non res ipſa adiudicatur: idque apertius eſt cum Pauliana datur pro reuocandis obligationibus & actionibus in fraudem creditorum extinctis. Cùm enim non aliter poſſit fieri ea reuocatio, quàm ſi nouæ obligationes contrahantur. *d. l. ait prætor, §. ſi cum mulier. & §. præterea.* apparet nullam ſupereſſe rem in quam agi poſſit, & neceſſariò agendum eſſe in perſonam: ſicut & cum Pauliana in id datur vt
9 actio aliqua credatur, vt *in l. hac in factum 14. eodem.* † Quid ergo tot eruditos viros fallere potuit? Nimirum inſcitia Triboniani qui hanc actionem poſuit inter cæteras in rem prætorias, quam proculdubio debuit ponere inter perſonales. Sed Tribonianum ipſum, quem falli non fuit difficile, illud feſellit, quòd qui Paulianam agit nihil aliud contendit, niſi vt reſciſſa traditione ea … petat, id eſt, dicat tradi tam eam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe. Hæc enim Triboniani verba ſunt *in §. item ſi quis. Inſtit. de action.* quæ ſi cum iuris ratione conueniret, non improbabimus diceremus Paulianam eſſe in rem. Sunt enim actiones in rem omnes, quibus res ipſa petitur, & vindicatur. Sed neque iuris rationi conueniunt, neque vlli iuris loco. † Qui enim agit Pauliana, 10
non petit rem tanquam ſi non eſſet tradita, ſed quia per fraudem tradita eſt petit vt aduerſaria perſona condemnetur ad eius reſtitutionem, quod ipſum fieri non poteſt niſi per vim … actionis perſonalis, ſecutæque condemnationis. † Planè poſt condemnationem cuius poteſtate re- 11
ſtitutio fit alienatio, quæ facta fuerat dolo malo, fateor rem quæ fuerat alienata videri manſiſſe ſemper in bonis debitoris, & ob id iure prætorij pignoris vendi poſſe, ſicut & cætera bona omnia debitoris, ſed hoc non propter actionem iſtam Paulianam, at ex eo iure quod fuit quæſitum creditoribus in bonis omnibus debitoris, ex quo die prætor iis permiſit miſſionem in poſſeſſionem eorum bonorum. † Planè ſi quis diceret hanc actionem eſſe in 12
perſonam, & ſcriptam in rem, quod quidam ex recentioribus dixerunt, non repugnarem, licet quatenus datur in eum, qui acquiſiuit in fraudem creditorum, & debitorum dolum particeps fuit. Nam quatenus in fraudatorem ipſum datur, ſecundùm ea quæ diſputauimus in præcedentibus, non poteſt videri ſcripta in rem, cùm is neque rem ipſam neque bona vlla habeat, quorum ſcilicet iam paſſus ſit venditionem. Addo eſſe etiam arbitrariam, eo … quo in rem ſcripta eſt, cùm datur aduerſus acquiſitorem, qui a ſicuti non datur aduerſus eum ob id ſolum quod dolum participauerit, ſed ob id maximè quòd rem ipſam habeat, eiuſque reſtituendæ facultatem, ita vt is qui neque poſſidet, neque dolo malo deſinit poſſidere, iſta actione non teneatur, *argum. l. si quis a debitore 9. ff. quæ in fraud. credit.* Ita ſi iuſſus reſtituere, non pareat arbitrio, condemnari debet ex æquo, & bono in omne id quod re… ipſius ag… nis: quæ natura eſt actionum omnium arbitrariarum, *§ præter. a. Inſt. de action.*

Capvt XVII.

De pignore rei alienæ, l. 1. in princip. D. de pignor. & confirmata Pauli à Modeſtino diſſenſio.

SVMMARIA.

1. *Cur rei alienæ pignus non valeat, venditio valeat?*
2. *Quo pertineat quod dici ſolet Ea omnia quæ emptionem venditionemque recipiunt oppignerationem quoque recipere.*
3. *Cur nemini res ſua pignori dari poſſit?*
4. *Pignus ex mea pecunia liberatum & alteri venditum ac traditum, mihi poſt eam traditionem pignori dari non poſſe.*
5. *Vtilitatis tantum cauſa receptum eſſe vt pignus pignori dari poſſit.*
6. *Quænam ſit huius ſecundi pignoris vtilitas?*
7. *An, ſi is qui rem alienam pignori dedit, poſtea dominus eius eſſe cœperit, pignus conualeſcat?*
8. *Paulum a Papiniano in hac quæſtione diſſentire videri.*
9. *Vtriuſque conciliatio, & intellectus l. rem alienam, in princ. 41. ff. de pignorat. act.*
10. *An pignus rei meæ à non domino ſine mea voluntate conſtitutum ſi heres illi extitero, conualeſcat.*
11. *Paulum & Modeſtinum in hac quæſtione diſſenſiſſe.*

12 *Ratio diſſimilitudinis inter hunc caſum, & eum qui nu.7. proponitur, à Paulo allata.*
13 *Pauli ſententia retinetur & probatur.*
14 *Refelluntur Alciati Cuiacij & aliorum emendationes & interpretationes ad poſteriorem partem* dict. l. rem alienam, *quæ incipit*, Non eſt idem dicendum.
15 *Quid Papinianus in quæſtione vltimo loco propoſita reſponſurus fuiſſet?*
16 *Duplex* l. 1. in princ. ff. de pignorib. *interpretatio reprehenditur.*
17 *Cur non ipſo iure, ſed vtilitatis tantum cauſa valeat conuentio, per quam futura bona obligantur?*
18 *An ea conuentio valeat, qua res alienæ, quam alienam eſſe ſcio, pignus à me ſub hac conditione conſtituitur, ſi quandoque mea fuerit?*
19 *Quid ſit in* princ. d. l. 1. *Papiniani ſententia?*
20 *A iuris ratione alienum eſſe quod Iuſtinianus conſtituit, vt ſub ſimplici & generali bonorum omnium obligatione futura quoque comprehendantur.*

1 NOn † eſt difficilis inueſtigatio rationis propter quã rei alienæ pignus non valet, venditio autem valet, *l. 1. & tot. tit. C. ſi alien. res pigno. dat. ff iunct. l. rem alienam 28. ff de cont. empt.* quamuis dici ſoleat omne id quod emptionem venditionemque recipit etiam recipere oppignerationem, *l. ſed & quod 9. §. 1. D. de pignor.* Nam cùm pignoris conuentio rem ipſam afficiat ideóque pariat actionem in rem, *l. pignoris 18. C. eod. tit.* certum eſt non poſſe rem affici ab eo qui non ſit dominus, vel ob id ſaltem, quòd cuius rei quis dominus non eſt, eius alium eſſe dominum neceſſe eſt, cui porrò fieret iniuria, ſi eo vel inuito vel ignorante poſſet alius rem ipſius obligare, quod eſſet contra regulam iuris naturalis gentium, & ciuilis, quæ extat *in l. id quod noſtrum 11. De reg. iur.* At venditio non rem ipſam afficit, quæ venditur, ſed perſonam duntaxat eius qui vendit, vt perinde obligetur ex empto cùm vendit rem alienam acſi venderet ſuam: nec ea venditio impedit dominum, quominùs rem ſuam à non domino venditam euincat *d. l. rem alienam, & tot. tit. De euict. D. & C.* quomodo impediret rei alienæ pignus ſi valeret. Nec enim pignoris vtilitas vlla eſt ſi non afficiatur res quæ oppigneratur, cùm pignorari nihil aliud ſit quàm obligari. Obligatio autem ſemel contracta non niſi volente eo cuius intereſt, diſſolui poteſt, neque pignus vel à domino ipſo euinci niſi ſoluto prius omni eo
2 quod debeatur. *l. ſi rem 9. §. omnis. D. de pign. act.* † Quod verò dici ſolet, Ea omnia quæ emptionem venditionemque recipiunt, oppignerationem quoque recipere, eò pertinet vt quod quis emere non poſſet id neque pignori accipere poſſit vt ſcriptum eſt *in leg. 1. § eam rem, ff. quæ res pignor. obligar. poſſunt.* Sine qua inutile ſit pignus, quod vendi non poteſt, *l. 4. D de pign. act. leg. mulier. 11. C. de diſtract. pign.* ſiue etiam quòd ipſe creditor pignus emere debeat in vicem extranei emptoris ſi alius nemo ſit, qui emere velit, *l. 2. C. ſi in cauſ iudic. pign capt. ſit.* Aut potiùs ita hoc intelligendum eſt ſi cætera ſint paria, id eſt, ſi nulla ſit ratio diuerſitatis propter quam facilius debeat
3 permitti venditio, quàm oppigneratio. † Hinc illud [illegible] quidam putant, quod vulgo iactatur, Nemini rem ſuam pignori dari poſſe, *l. neque pignus 45. de reg. iur.* quia cum creditor ipſe dominus eſt rei obligatæ, neceſſe eſt debitorem qui pignus dederit, dominum non fuiſſe, cùm duo in ſolidum domini eiuſdem rei eſſe non poſſint, *l de hereditate 19 §. pater. ff de caſtr. pecul. vulg. leg. ſi vt certo § ſi duobus vehiculum. ff commod. leg. ſi inter 15. ff de except. rei iud.* Sed ſi verum amamus, alia iuris huius ratio, & magis propria eſt quæ facit hoc pignus inutile, nempe quòd nemini res ſua poſſit eſſe obligata *l. penul. ad fi. eod. tit.* Nam nec ſuam rem emere aut conducere quiſquam poteſt, vt ſcriptum eſt *in d. l neque pignus*, cùm tamen eos contra-
4 ctus a domino vt valeant, fieri non ſit neceſſe. † Hinc ſane illud eſt, quod ſcribitur *in l. 2. D. de pign. act.* ſi debitor rem à ſe pignori datam alteri vendiderit, & tradiderit, ſoluto prius debito, & dimiſſo per te creditore ex tua pecunia, tibique cum eo poſt venditionem conuenerit vt ea ipſa res quam iam vendiderat, pignori tibi eſſet, nihil te egiſſe, neque hanc pignoris conuentionem valere, quia rem alienam pignori acceperis, iam emptoris factam, [illegible] fuerat vendita & tradita antequam de pignore conueniret. Ac quamuis ex tua pecunia pignus liberatum ſit, prius tamen fuit vt emptor cœperit illud habere penes ſe iam immune, liberúmque à vinculo pignoris, quàm vt tu in eo cœperis poſſe aliquod ius habere, cum non potuerit tibi obligari niſi ſublato vinculo pignoris, quod [illegible] tolli non potuit, quin hoc ipſo res vendita eodem inſtanti libera conſtitueretur, quo ſemel facta, neque iam [illegible] na conſtituta, certum eſt non potuiſſe rem illam [illegible] adeóque ignorante nouo domino, alij rurſum ob[illegible] ſimilis Vlpiani ratiocinatio eſt *in l. ſi ergo 9. § ſi re D. de iur. dot.* † Atqui, inquies, pignus pignori dari [illegible], 5
l. 1. & 2. C ſi pign. pignor. dat. ſit. Ergo & res alie[illegible] creditor neque pignoris dominus ſit, neque fieri poſſit quin hoc ipſo ius pignoris confuſione & conſolidatione extinguatur *d l. pen. §. 1. de except. rei iudic.* Verum [illegible] deo, vtilitatis tantum cauſa receptum hoc eſſe vt pignus pignori dari poſſit, data [illegible] per prætorem vtili [illegible] ne vel exceptione ei cui tale datum fuerit pignus, *d. leg. 1. & 2. illo tit. l. grege 13. § cum pignori. D. de pignor.* ſed rationem iuris refragari, eam videlicet quam nunc tractamus, quòd pignus non aliter valeat quam ſi ſit in dominio debitoris, dominium autem per contractum pignoris nunquam transferatur in creditorem. *l [illegible] & fortis 35. [illegible] 1. de pign. act.* Qui autem dominus non eſt ſi[illegible] rem ita vendere non poteſt vt emptorem faciat dominum, ita neque [illegible] præbere poteſt iuſtam [illegible] alienandi, ne plus iuris in alium transferat quam ipſe habeat, inutile porrò pignus eſt quod creditor non poteſt ita vendere. vt dominium transferat in emptorem, *d. l. mulier.* Neque verò alia de cauſa fit vt creditor qui dominus non eſt, faciat tamen emptorem dominum, quam quia vendit ex domini voluntate, *§. 1. Inſtit. quib. alien. licet. vel non.* Placuit tamen ex æquitate [illegible] pignus defendi, quaſi is qui rem ſibi ab [illegible] obligatam [illegible] dat pignori, hoc tantùm agat, vt ſuo creditori, obliget ius illud ipſum pignoris quod habet in re aliena. † Et in eo vtilitas eſt huius ſecundi pignoris, quòd ſequens creditor habet vtilem actionem vel exceptionem ad retinendum pignus, quamdiu ius durat primi creditoris, vt pluribus explicat Marcianus *in d § cum pignori. l. & imperator in d. l. 1. C. ſi pign pignor. dat. ſit.* Quid ergo ſi quis rem 7
alienam pignori dederit, deinde [illegible] rei dominus eſſe cœperit? Pignus quidem neque ipſo iure [illegible], neque di[illegible] conu[illegible], veruntamen dabitur vtilis actio cr[illegible] [illegible] cùm eo tempore quo actio illa vtilis exercetur, nihil [illegible] dat quominus valeat pignus, nec poſſit [illegible] [illegible] ab initio illud inutile cùm ipſe dederit. At 8
[illegible] ita Paulus reſpondet *in l. rem alienam. 41. D de pign. action.* Neque diſtinguit an creditor qui rem alienam [illegible] pignori accepit, alienam eam ſciuerit, aut ignorauerit. [illegible] quo tamen aliud videtur fuiſſe iudicium Papiniani *in* [illegible] *in princ ff. de pignor.* vbi ait receptum quidem eſſe conuentionem generalem in pignore dando bonorum [illegible] poſtea [illegible], id eſt, receptum fuiſſe vt non [illegible] tum bona præſentia pignori dari poſſint, ſed etiam futura, idque contra ſtrictam iuris rationem, quo[illegible] quis futura bona obligat is vtique dat pignori rem quæ eo tempore ſit aliena, ſed tamen ſi in ſpeciem rei [illegible] collata ſit conuentio, id eſt, ſi ſpecialiter & expreſſim [illegible] gnus conſtitutum ſit in ea re quæ tum aliena fuerit [illegible] poſtmodum debitori aliquo iure acquiſita, quæ res [illegible] modo fuerit non debita creditori oppignerandi [illegible] te alien[illegible] quidem ſed tamen iam tunc debita dice[illegible] aliud eſſet propter ſpem probabilem iam natam fut[illegible]

sequi

acquiſitionis) ait Papinianus, difficilius eſſet vt creditori
qui non ignorauit alienam eſſe, vtilis actio dari debeat,
ſed faciliorem fore poſſidenti retentionem: Quibus ver-
bis licèt minus apertè ſententiam ſuam exponere Papinia-
nus videatur, dubitandum tamen non eſt quin affir-
met, concludáque, ſed modeſtè, vt Iureconſulti ſolent
in re dubia, huic creditori, ſi quidem poſſideat, dandam
eſſe retentionem pignoris: ſed ſi non poſſideat, denegan-
dam ei actionem etiam vtilem, quia ſibi debet imputare
qui ſciens pignori acceperit rem alienam, nec poteſt vi-
deri ab alio deceptus, qui ſeipſum decepit, *l. nam ſi actor.*
29 ff. de rei vindic. Denique hoc caſu locum habet iu-
ris regula, quæ vult, Expreſſa nocere, quæ non expreſſa
9 non nocerent. † Igitur ne cogamur dicere Paulum à Pa-
piniano in hoc quoque, vt & in aliis multis diſſenſiſſe,
fatendum eſt intelligi Paulum debere ſecundum diſtin-
ctionem Papiniani, hoc eſt, de eo caſu quo vel data ſit
pignori res aliena quidem, ſed iam debita debitori op-
pignoranti, vel fuerit oppignorata ignoranti creditori.
10 † Difficilior eſt alia quæſtio quam ſubiungit Paulus *in d.*
l. rem alienam, ſi Titio qui rem meam ſine voluntate mea
obligauerat, heres extitero, an pignus conualeſcat? Nam
ex vna parte videtur ea ratio facere vt conualeſcat, quòd
in hac ſpecie idem contingit quod in præcedente, vt idē
ſit & debitor, & dominus pignoris eo tempore quo agi-
tur, non minùs quàm ſi debitor qui rem meam pignori
dediſſet, heres mihi extitiſſet, quo tamen caſu iam dixi-
mus ex eiuſdem Pauli ſententia futurum, vt creditori
vtilis actio pignoratitia, id eſt, de pignore quam hypo-
11 thecariam vocamus, danda eſſet. † Et ita hac ſpecie reſ-
pondit Modeſtin. in *l. ſi Titio 22. D. de pig.* pignus qui-
dem directò non conualeſcere, ſed tamen vtilem pigno-
ratitiam creditori dandam eſſe. Verùm longè aliter Pau-
lus noſter in *dict. l. rem alienam*, vbi concludit pignoris
perſecutionem non eſſe hoc caſu concedendam creditori,
& aliud dicendum eſſe in hac ſpecie, aliud verò in ſupe-
12 riore. † Adfertque rationem hanc diſſimilitudinis, quod
non ſufficiat ad inducendam vtilem pignoratitiam actio-
nem, vt idem ſit dominus & pecuniæ debitor: quaſi di-
cat illud etiam omnimodo requiri, vt conuenerit ipſe de
pignore, cùm ſola pignoris conuentio illa ſit, quæ pig-
noratitiam, ſiue directam, ſiue vtilem inducere poteſt.
Porrò cùm ego Titio heres extiti qui rem meam ſine vo-
luntate mea obligauerat, ſum quidem debitor ex perſona
Titij, & dominus ex mea propria, ſed non idcircò poſ-
ſum videri pepigiſſe de pignore, ideoque nulla ratio eſt
cur contra me danda ſit pignoratitia, non magis quàm
contra quemlibet alium, qui vel debitor tantùm eſ-
ſet & poſſeſſor, non dominus, vel dominus tantùm &
poſſeſſor, non debitor. At in ſuperiore caſu is qui rem
alienam pignori dedit, poſteà eiuſdem rei dominus eſſe
cœpit, cùm ipſe conuenerit de pignore, & ex ſuo men-
dacio arguatur, cùm dederit pignori rem tanquam ſuam
quæ erat aliena, proculdubio improbè reſiſtit quominùs
teneatur vtili ſaltem actione, quia in eius perſona con-
currunt hæc tria, Quod ſit debitor, Quòd ſit dominus,
&, Quòd conuenerit ipſe de pignore. Niſi fortè quis putet
debere meliorem eſſe illius conditionem ob id ſolùm
quòd mentitus fuerit dando pignori rem alienam pro
13 ſua, quod tamen abſurdum ſanè eſſet. † Et hæc Pauli
ſententia mihi certè probabilior videtur, vt mirum ſit ab
interpretibus noſtris nullam in contrarium rationem eſſe
adſerentibus, Modeſtini opinionem magis probari. Nec
enim dubito quin Paulus & Modeſtinus in hac quæſtio-
ne verè diſſenſerint, ita vt conciliationis ratio adferri
14 nulla poſſit. † Nam quod Alciatus ſcripſit li. 7. παρέργων
cap. 14. legendum eſſe apud Paulum, *num eſt idem dicen-
dum?* per interrogationem, pro eo quod in omnibus libris
vulgo legitur, *non eſt idem dicendum*: prorſus improba-
bile eſt, cùm ſequentia oſtendant nō dubitaſſe Paulū quin
hoc poſteriore caſu aliud dicendum eſſet quàm in priore.
Illud verò etiam improbabilius eſt quod Cuiacius ſcri-
pſit lib. 19. obſer. cap. 26. & à pleriſq; probatur ſic intelli-
gendum eſſe Paulum, vt directam actionem deneget
creditori non vtilem, cùm tota ea lege Paulus non niſi
de vtili loquatur, & in verſic. *neque*, rationem illam diſer-
tè afferat, per quam probet, ne quidem vtilem in poſte-
riore caſu dandam eſſe. Nec me mouet quod in verſic.
vlt. idem Paulus concedit vtilem actionem. Refertur
enim ille verſiculus ad priorem eiuſdem legis iuxta id quod
explicauimus. Nec vllus iuris locus eſt, præterquàm in
d. l. ſi Titio, qui vtilem illam actionem in hac poſteriore
ſpecie accommodet creditori. Nam quod ſcriptum eſt
in *l. cum res. 5. C. ſi alien. res pignor. dat. ſit*, non ad hanc
ſpeciem pertinet, ſed ad priorem, cùm is ipſe qui dedit
pignori rem alienam, dominus eiuſdem eſſe cœpit. † Cæ- 15
terùm quid Papinianus in hac ſpecie reſponſurus fuerit,
conici facilè poteſt ex *dict. l. 1. ff. de pignor.* Nam ſi dif-
ficile putauit dari actionem vtilem creditori in ea ſpecie
in qua non dubitauit Paulus quin danda eſſet quamuis
debeat Paulus intelligi ſecundùm Papiniani diſtincti o-
nem, vt diximus) multo magis reſpondiſſet Papinianus
cum Paulo, non eſſe dandam vtilem pignoratitiam actio-
nem creditori in eo caſu in quo Paulus præcisè conclu-
dit eſſe denegandam. † Nec tamen poſſum prætermit- 16
tere, eam quoque Papiniani ſententiam quæ extat in
d. l. 1. in princip. malè vulgò accipi ab Interpretibus no-
ſtris exiſtimantibus id velle Papinianum, vt in genera-
li obligatione bonorum etiam futura comprehendan-
tur. Non enim potuit Papinianus id ſentire quod mul-
tis poſtea ſæculis contra iuris veteris rationem primus
Iuſtinianus introduxit in *l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.*
At neque aliorum interpretationem probare poſſum, qui
volunt poſſe res quoque omnino alienas obligari gene-
rali pignoris conuentione, tanquam ſub illa conditione,
ſi noſtræ futuræ ſint. Quamuis enim ponas generaliter
conueniſſe, inter debitorem & creditorem, vt bona de-
bitoris præſentia & futura eſſent obligata, id eſt, quæ
tùm haberet, habiturúſque eſſet (quæ vulgaris erat for-
mula, *leg. & quæ nondum 15. §. quod dicitur. eod. tit.*) non
ideo tamen facies vt quicquam ex alienis bonis vllo mo-
do poſſit dici obligatum, id eſt ne quidem ſub conditio-
ne, exemplo eius quod Pomponius ſcribit in *l. commodiſ-*
ſime. 10. D. de liber. & poſthum quamuis in ſpecie val-
de diſſimili, filium qui à parte inſtitutus eſt in vnum ca-
ſum, videri præteritum in caſum contrarium, tanquam
qui non poſſit dici inſtitutus, ne quidem ſub conditione.
Nam bona quæ conuentionis tempore aliena ſunt, nul-
lo modo poſſunt dici obligata, id eſt, nec purè nec ſub
conditione: vbi verò ſunt acquiſita, eo demùm inſtan-
ti incipiunt obligata eſſe, quia iam propria ſunt, non 17
aliena. † Quid ergo eſt, inquies, quod facit vt non
valeat ipſo iure conuentio per quam bona futura obli-
gantur, ita vt eam vtilitatis cauſa recipi fuerit neceſſe:
nempe hoc vnum, quòd conuentio pignoris ſola illa eſt
quæ obligationem poteſt conſtituere, & quæ rem
afficit, quam porrò afficere non poteſt, ſi eo tempore
quo fit conuentio, res non reperiatur in dominio debi-
toris. Nec enim poteſtas conuentionis manere poteſt in
ſuſpenſo, ſed neceſſe omnino eſt conuentionis poteſtate
rem effici & obligari, vel eo inſtanti quo fit conuentio,
vel nunquam. Aliáque longè ratio eſt conuentionum
quæ non rem ipſam afficiunt, ſed perſonam. † Quare 18
nec aliud erit ſi conuenerit inter nos vt fundus Cornelia-
nus, quem ſciamus ad Sempronium pertinere, tibi eſſet
obligatus, ſub ea nominatim conditione, Si quandoque
meus foret. Quin potiùs dicendum eſſet, ni fallor, hu-
iuſmodi conuentionem nec valere ipſo iure, nec vtili-
tatis cauſa & ex æquitate defendi debere, ſecundum ſen-
tentiam Papiniani ſaltem ad producendam actionem,
tanquam quæ eſſet collata in ſpeciem rei alienæ, vt Pa-
pinianus noſter loquitur, id eſt, tanquam quæ eſſet facta
ſpecialiter de re aliena, Quid enim referre poteſt an rem
alienam purè dem pignori, an ſub conditione? Nam licèt

diei ſoleat, conditionem quæ tandem extitit, retrotrahi debere ad tempus initæ conuentionis, *l. potior. 11. ff. qui potior. in pign. hab.* non poteſt tamen ea res facere vtilem pignoris rei alienæ conuentionem, imo tantò magis inutilem, quod ex eo fit vt res aliena purè pignori data ex poſtfacto inueniatur. Siquidem non ſicut exiſtens conditio retrotrahitur vt cum interpretibus loquamur, ita etiã facit vt bona longo fortaſſis tempore poſt conuentionem acquiſita, iam ipſo conuentionis inſtanti in debitoris dominio fuiſſe retrofingantur, quia ſcilicet non ſub conditione acquiſita proponuntur, ſed ſub conditione obligata. Non poteſt igitur obligatio per retrofictionem conualeſcere, quia illud priùs eſſe deberet, quod non eſt, vt in ipſa bonorum acquiſitione retrofictio induce-
19 retur. † Id ergo tantùm ſibi vult Papinianus quod nos dicimus, Obligationem bonorum futurorum, ſi generalis, non ſpecialis conuentio de pignore facta ſit, non quidem valere ſummo iure propter eam rationem quam attulimus, ſed receptam tamen eſſe vtilitatis cauſa quòd ad publicam vtilitatem maximè pertineat, vt oppignerandi facultas amplietur, & debitorum commodo qui faciliùs creditores ideò inuenturi ſunt, & creditorum,
20 vt iis tantò magis cautum eſſe poſſit. † Ex quo apparet quam longè à iuris noſtri ratione abhorreat, quòd Iuſtinianus conſtituit in *d. l. vlt. C. quæ res pignor. oblig. poſſ.* vt obligatione ſimplici & generali bonorum omnium etiam futura comprehendantur. Quid enim potuit conſtitui improbabilius, quàm vt pro facto haberetur tacitè, id quod etiam expreſſim & diſertè factum ipſo tamen iure non valeret, nec niſi ex æquitate data, ſcilicet vtili vel actione, vel exceptione defenderetur; Directa ſiquidem non poteſt competere ex ea conuentione quæ ipſo iure nullius ſit momenti, *l. grege. 13. §. cum pignori. eod. ti. ff. de pignor.* quod in propoſita quæſtione de generali futurorum quoque bonorum, ſiue expreſſa, ſiue tacita obligatione, nemo fortaſſe adhuc obſeruauerit, & tamen ex ſupradicto Papiniani loco non malè probatur.

CAPVT XVIII.

Ad titul. De oper. libert. varia obſeruata & emendata. Et ad titul. Quarum rerum actio non detur.

SVMMARIA.

1 *Operas vt manumiſſionis tantùm cauſa, ita ſtatim & in continenti poſt manumiſſionem promiſſas vel impoſitas demùm valere.*
2 *Operas artificiales extraneo ſolui, non autem promitti poſſe.*
3 *Cur operis patrono manumiſſionis cauſa promiſſis neceſſaria ſit Prætoris tuitio.*
4 *An ſeruus duntaxat an liber patrono in his quæ libertatis cauſa imponuntur ex iureiurando, obligetur;*
5 *Senſus* l. vlt. ff. de liberal. cauſ.
6 *Donelli ad eandem legem interpretatio refellitur.*
7 *Verſic.* & ſine ſtatim. §. iurare. l. 7. ff. de oper. libert. *Triboniani vel interpretis additamentum eſſe.*
8 *Verſiculus ille Vlpiano attributus quomodo accipi poſſit?*
9 *Iuſiurandum de operis patrono præſtandis, modò ea in ipſo manumiſſionis actu libertatis cauſa impoſita ſint, etiam ex interuallo præſtari poſſe.*
10 *Examinatur quod in* d. l. 7. §. 1 *Vlpianus ſcribit*, parui referre quam ob cauſam libertus de operis iurauerit.
11 *An locus ille de eo intelligi poſſit qui libertatem & legatum ſub præſtandarum operarum conditione accepit?*
12 *Alius eiuſdem loci intellectus.*
13 *Caſus de quo ille §. probabiliùs intelligi poſſe videtur.*
14 *Non præſtationem mercedis ſiue pecuniæ pro operis, ſed obligationem duntaxat iure prohibitam eſſe.*
15 *Obligationem operarum vel pecuniæ alternatiuè valere.*
16 *Senſus* §. vltim. leg. patronus 25. ff. de oper. libert.
17 *Patronum per legem Æliam Sentiam mercedem, non item operarum pretium capere prohiberi.*
18 *Mercedis & pretij nomine quid veniat.*
19 *Summa & interpretatio* d. §. 1. l. 7. de oper. libert. *repetitur.*
20 *Nec mercedem nec aliud quicquam operarum nomine liberto impoſitum tanquam quod libertatem oneret, exigi poſſe.*
21 *Quando oneranda libertatis cauſa operæ impoſita dicantur?*
22 *Emendatur dictio*, præſtationem, *in* l. quod niſi 20. ff. de oper. libert.
23 *Libertum ſi habeat vnde ſe alat ſuo ſumptu operas præſtare debere, ſi non habeat, danda ei à patrono alimenta eſſe.*
24 *Libertum, ſi non habeat vnde ſe alat, ab operarum præſtatione ipſo iure liberatum eſſe.*
25 *Explicatur definitio eorum quæ oneranda libertatis cauſa facta dicuntur, ab Vlpiano tradita.*
26 *Aliud eſſe peti quid poſſe patronum ſi libertus eum offenderit, aliud vero deberi patrono ſub illa conditione*, ſi eum libertus offenderit.
27 *Explicatur* §. in ſumma l. 1. ff. quar. rer. act. non det.
28 *Examinatur & excutitur verſic.* ſed ſi poſt interuallum d. §. in ſumma.
29 *Libertatis cauſa promiſſum vel impoſitum quid dicatur?*
30 *Homini libero permiſſum non eſſe de libertate ſua diſponere, vel eam onerare.*
31 *Ea quæ ex interuallo oneranda libertatis cauſa liberto impoſita ſunt nec ciuili nec prætorio iure valere.*
32 *Quæ in continenti onerandæ libertatis cauſa impoſita ſunt nõ ipſo iure, ſed oppoſita exceptione irrita fieri.*
33 *Aliud eſſe ius agendi aliud ius exigendi.*
34 *Cur exceptio ſuperiore caſu neceſſaria ſit?*
35 *In iis quæ ex interuallo libertatis cauſa imponuntur non diſtingui libertatem onerent, necne.*
36 *Examinantur illa dict. §. verba*, tamen cauſa cognita, ſi liquidò apparet.
37 *Ratio propter quam ea quæ libertatis onerandæ cauſa impoſita ſunt exigi non poſſunt.*
38 *Quæ libertatis licèt non oneranda cauſa in continenti per vim & metum impoſita ſunt per Prætorem rata non haberi.*
39 *D. §. in ſumma Verſiculum.* ſed ſi poſt interuallum, *Triboniani eſſe.*
40 *Caſus quo libertus vltro promittendo aut iurando de operis quæ inuito eo non poſſent imponi, conditionem ſuam deteriorem facere poteſt.*
41 *Aliud eſſe*, obligare ſe, *aliud verò pati ſe obligari.*
42 *Libertum, cui fideicommiſſaria libertas ab herede præſtatur, ſi ſciat ſe operas recuſare poſſe, euſdem donationis cauſa heredi manumittenti ſe promittere poſſe.*
43 *Ex interuallo verò ſiue fideicommiſſariam ſiue directam libertatem accipiat, operas promittere ipſo iure non poſſe.*
44 *Societatem inter patronum & libertum libertatis cauſa contractam ipſo iure nihil valere.*
45 *Duplex huius iuris ratio redditur.*
46 *An cæteri contractus bonæ fidei inter patronum & libertum libertatis cauſa initi ipſo iure non valeant?*

Quem

1 QVemadmodum † operas liberto impoſitas ita demum tuetur prætor, ſi libertatis, & manumiſſionis cauſa impoſitæ ſint, ita nec aliter habet eas pro impoſitis cauſa manumiſſionis, quàm ſi ſint impoſitæ ſtatim, & incontinenti poſt manumiſſionem, ſiue per ſtipulationem, *l.vlt.* in illis verbis, *dummodo incontinenti cum manumiſſus eſt, aut iuraret, aut promitteret. ff. de liber. cauſ.* Nam quæ ex interuallo poſt manumiſſionem promittuntur, iam non poſſunt dici manumiſſionis cauſa promiſſæ, quantumlibet prætextus manumiſſionis pro cauſa quæratur. Illa enim verba *manumiſſionis cauſa*, non tam id ſignificant vt manumiſſionem præceſſiſſe ſufficiat ad hoc ne operarum obligatio ſine cauſa facta eſſe videatur, quam hoc potiùs vt eæ demum operæ debeantur, ſine quibus libertas data non fuiſſet, *l.in liberto 77 ff.de ſolut.* Propter quam cauſam non tam promitti quam imponi dicuntur, *l.2.l.operis 31.& paſſ.ff.de oper. libert. l.qui ex cauſa.29.ff.de bon libert.* Quod ipſum *imponendi* verbum ſignificat apertè, huiuſmodi operarum debito libertatis onus irrogari. Onus enim eſt quod imponitur, id eſt, quod ſupra ponitur ita vt grauet. Ac proinde fieri nullo modo poteſt vt homini iam facto libero imponãtur operæ ex interuallo, ne quidem per manumiſſorem, cùm neque in perſonam ipſius manumiſſi qui iam liber eſt, quicquam iuris habeat, neque poſſit dicere & cauſari non aliter ſe libertatem daturum fuiſſe, quam vltro dederit nulla præcedente, aut ſtatim ſubſequente operarum promiſſione. Quod certè diuerſum eſt cùm ſtatim & incontinenti poſt manumiſſionem operæ imponuntur, aut promittuntur. Solemus enim dicere ea quæ incõtinenti fiunt, ineſſe videri, *l.iuris gentium 7.§.1.quinimò. ff.de pact. leg.*
2 *lecta 40 ff.de reb credit.* † Ex quo apparet quam falſum ſit quod Hugo Donellus tradit in lib.2.comment.de iur. ciuil. operarum artificialium promiſſionem etiam extraneo factam valere. Etſi enim verum eſt poſſe id genus operarum extraneo quoque ſolui, *l opere 9. ff.de oper.libert.* longè tamen aliud eſt, eſſe quid in obligatione & petitione, aliud verò in ſolutione tantùm & præſtatione, *leg.1.ff.de pen.legat.l.cùm ſine 19.l.ſi penum 24.ff.quando dies legat. ced l. ſi quis ſtipulatus 37. ff.de ſolut.* Et verò quomodo poſſunt operæ vtiliter promitti extraneo, id eſt, ei qui nunquam manumiſit, cùm nec ipſi manumiſſori
3 ex interuallo promitti poſſint? † Eadémque ratio facit, vt tum etiam cùm patrono promiſſæ ſunt, ſiue iureiurando, ſiue ſtipulatione interueniente, ſiue ſic dicta manumiſſioni lege, neceſſaria tamen ſit tuitio prætoris, quia iuris ciuilis ratio non patiatur vt libertati vllum onus imponatur, aut vt liber homo debeat operas, quippe quarum debitum non patrimonij onus ſit, ſed perſonæ. Si enim proponeres debitum eſſe pecuniarium, & certæ quantitatis pecuniæ, quàm ſeruus ad conſequendam libertatem promiſiſſet, libertate autem iam accepta, hunc ipſum ſeruum eandem pecuniam patrono, quamuis longo poſt interuallo promiſiſſe, non dubitarem quin ex iſta ſtipulatione obligatio iuſta ciuiliſque naſceretur, quod probatur non malè ex *l.eleganter 7.§.ſeruus.ff. de dolo,& ex.l.3.C.an ſeruus ex ſuo fact. poſt manum.teneat.*
4 † Vſque adeò autem verum eſt homini libero imponi operas niſi libertatis cauſa non poſſe, vt Venuleius referat *in d. leg. vltim. D.de liber.cauſ.* dubitatum antea fuiſſe, verum ſeruus duntaxat, an liber iureiurando patrono obligaretur in his quæ libertatis cauſa imponuntur (ſic enim lego, *liber iureiurando*, non vt vulgo *libertus*, vt oſtendunt ſequentia illa, *tamen verius eſt non aliter quam liberum obligari*) quia licèt certiſſimi iuris ſemper fuerit ſeruum quamdiu ſeruus manet, obligari ciuiliter non poſſe, *l.nec ſeruus 41.ff.de pecul.* tolerabilius tamen videri poterat vt libertatis conſequendæ cauſa ſeruus obligaretur, quam vt ex eo tempore quo iam liber factus eſſet, eius libertati aliquod onus imponeretur. Verius tamen eſſe ait Iuriſconſultus, vt non aliter quàm liber hic obligetur, quamuis moris eſſet vt ab eo adhuc in ſeruitute conſtituto iuſiurandum de operis poſt manumiſſionem promittendis exigeretur. Ideo namque ita fieri ſolebat, vt ſemi religione adſtricti poſtquàm ſuæ poteſtatis eſſe cœpiſſent, iurandi neceſſitatem haberent. † Cæterùm ſiue ſeruus ante manumiſſionem iurauerit ſe poſt manumiſſio- 5
nem de operis iuraturum, aut eas per ſtipulationem promiſſurum, ſiue non iurauerit, ita demum iurando, vel promittendo obligabitur, ſi incontinenti poſt manumiſſionem iurauerit, aut promiſerit. Qui certè ſenſus eſt *d. leg.vlt.* † non is quem Donellus docet *dict. libr.2. Com-* 6
ment. de iur.ciuil. cap.8. vt non aliter quidem cogatur iurare libertus, aut operas promittere, quàm ſi incontinenti poſt manumiſſionem id fecerit, ſed tamen ſiue promiſerit, ſiue iurauerit ex interuallo, nihilominùs obligetur: illa namque taxatio & limitatio *dummodo incontinenti cum manumiſſus eſt, aut iuraret aut promitteret*, non eſt referenda ad id quod proximè præcedit, *iurandi neceſſitatem haberent*, ſed ad priorem illam clauſulam, *non aliter quam liberum obligari.* Alioqui illa quæ ex iureiurando in ſeruitute præſtito probetur, non minùs obligaret ſeruum, vt poſt manumiſſionem etiam ex interuallo iuraret, quàm vt ſtatim, & incontinenti, ſi non ratio iuris etiam prætorij obſtaret, quæ non patitur vt libertas iam pure data ex poſtfacto oneretur. † Donel- 7
lum fefellit virum ſanè doctum, elegantem, nec inargutum, quod ex Vlpiano ſcriptum eſt *in l.vt iuriſiurandi 7.§.iurare.ff.de oper.libert.* iurare libertum debere poſt manumiſſionem, vt obligetur, ſiue ſtatim, ſiue poſt tempus iurauerit, obligari. Sed nihil apertius eſt, meo iudicio, quàm totum illum verſiculum aut Triboniani eſſe, aut imperiti alicuius interpretis, potiùs quàm Vlpiani, ſiue inſpicias quæ præcedunt, ſiue quæ ſequuntur. Nam in præcedentibus iam hoc ipſum expreſſerat Vlpianus, & quidem multo elegantiùs, vt iuriſiurandi obligatio contrahatur, liberum eſſe oportere eum, qui iurat. Quid enim aliud eſt, quàm iurare debere poſt manumiſſionem, antè quam ſcilicet nec liber, nec libertus eſt? Rurſus initium ſequentis §. iiſdem ipſis verbis conceptum *iurare autem debet*, an non oſtendit manifeſtè Vlpianum cuius mira fuit in ſcribendo elegantia, tam inſulsè & inconcinnè locutum non fuiſſe? Accedit, quod proximè Vlpianus eum caſum tractauerat, quo non poterat fieri, quin poſt manumiſſionem iuraretur, de illo videlicet teſtatore qui liberto ſuo aliquid legauerat ſub ea conditione, Si filio ſuo iuraſſet ſe operarum nomine decem præſtaturum. Quid enim iam libertus erat mortuo teſtatore, ſiue inter viuos, ſiue ex eodem teſtamento libertatem ab eo accepiſſet, quomodo poterat non poſt manumiſſionem iurare? Quamquam nec de vllo actu manumiſſionis tractari poteſt, cùm quis manumittitur teſtamento, quia fit eiuſmodi manumiſſio ſola legis poteſta-
te. † Quòd ſi pertinacius velis contendere verſiculum 8
hunc eſſe Vlpiani, dicam cum Accurſio & Bartolo ſic accipi debere vt obligetur libertus, ſiue iuret in actu ipſo manumiſſionis, ſiue poſtea, dummodò ſtatim, id eſt, non longo ſpatio temporis interiecto, vt quod lex ait *poſt tempus*, de breui tempore intelligatur. Nam & quod tempus ſit, dicitur incontinenti fieri ſi non multùm temporis interceſſit, vt *in l.1.§ item ſi ita. D ad leg. Falcid.l.quod dicimus 105. de ſolut.* quod Græci dicunt ἐν παντὶ *l.pen. D.de condict. tritic.l.ratum 13.ff.de ſolut. l. ſi arbiter 28. ff.de probat.l. quo enim 12.ff.rat.rem haber.* † Poſſet etiam 9
locus ille ſic accipi, vt valeat iuſiurandum ſiue incontinenti, ſiue ex interuallo adhibitum de præſtandis operis, dummodò fuerint illæ impoſitæ à patrono libertatis cauſa & in ipſo actu manumiſſionis. Etſi enim hoc caſu non eſt neceſſarium iuſiurandum, vt ex edicto iudicium operarum dari debeat patrono qui non aliter fuerat manumiſſurus, nihil tamen prohibet adiici iuſiurandum liberti, vt ea obligatio iureiurando quoque confirmetur. Denique parum refert quonam tempore de operis iuſiurandum, aut promiſſio interponatur, dummodò ex

eæ operæ libertatis cauſa impoſitæ ſint, id eſt eo tempore quo libertas data fuit, ſine quibus data non fuiſſet. † At
10 difficilius illud eſt quod in eadem lege Vlpianus ex Celſo ſcribit parui referre quam ob cauſam de operis libertus iurauerit. Id enim pugnare videtur cum eo quod proximè dictum eſt vt iuriſiurandi obligatio contrahatur, non modò libertum eſſe eum qui iurat, ſed etiam libertatis cauſa iurari oportere: niſi dicamus cum Bartolo ſufficere vt cauſa libertatis ſit cauſa remota, nec requiri vt ſit proxima, dum ne ſit etiam nimis remota. Sed tamen non explicat Bartolus qua ratione in ſpecie propoſita poſſit libertatis cauſa vlla interuenire, ſiue proxima, ſiue remota, cùm lex ponat legatum fuiſſe liberto ſi iurauerit ſe filio patroni operarum nomine decem præſtiturum. Sic enim fit vt ſolum legatum, non item libertas operarum
11 debito cauſam dare videatur: † niſi ponas de eo liberto id intelligendum eſſe, qui eodem teſtamento & libertatem acceperit, & cum libertate legatum ſub ea præſtandarum operarum conditione. Hic enim ſicuti non poteſt accepta libertate quæ ipſi quoque inuito competit, repudiare legatum quod adnexum habet onus operarum, ita videtur operas promittere non ſolùm ex cauſa legati, ſed etiam propter libertatem, quam vtique credibile eſt non fuiſſe daturum dominum, niſi ea lege operarum fi-
12 lio præſtandarum: *arg. l. 5. §. 1. de leg. 2.* † Quod ſi ponas Vlpianum de eo liberto tractare qui libertatem inter viuos acceperit, diſtinguenda erit obligatio operarum ab obligatione pecuniæ operarum nomine præſtandæ. Facilius enim eſt obligari libertum ad præſtandam pecuniam quamuis operarum nomine, accepto ſcilicet in eam rem, & ſub ea conditione legato, quàm ad præſtandas operas, quia non ſicut operarum, ita & pecuniæ pro operis præſtandæ onus afficit perſonam, in qua libertatis ipſius infringi. Et aliàs plerumque alia cauſa eſt operarum, alia pecuniæ pro operis promiſſæ, *l. quia alia 12. l. ſi ita*
13 *39. D. de oper. libert.* † Puto tamen probabiliùs dici poſſe intelligendum Vlpianum de illo caſu, quo aliud liberto legatum ſit ſub illa conditione, ſi iurauerit ſe decem filio operarum nomine præſtiturum, operarum, ſcilicet iam antea & ſuo tempore ritè rectéque, id eſt libertatis cauſa impoſitarum. Id enim probat quod ſequitur *de operis*, alioqui nec pecunia pro operis promiſſa deberetur, ſi
14 nullædum operæ deberentur, *arg. d. l. ſi ita.* † Alia tamen etiam ratio ſuadere videbatur ne hoc iuſiurandum valeret tanquam interpoſitum onerandæ libertatis cauſa. Tunc enim onerari libertas dicitur cùm non ſolæ operæ promittuntur, ſed præter operas aliquid quod faciat, ne ſola operarum præſtatione libertus poſſit liberari *l. vltim. §. vlt. D. qui & a quib. manumiſſ.* Sed in promptu reſponſio eſt, non eſſe prohibitam præſtationem mercedis pro operis, ſed tantùm obligationem, id eſt, non prohiberi patronum quominus mercedem accipiat pro operis, ſi libertus velit, & vltrò pecuniam offerat, quòd fortè id ſibi
15 commodius eſſe arbitretur, *d. l. vlt. § non prohibemur.* † Quemadmodum nec prohibita eſt obligatio operarum vel pecuniæ alternatiuè, quia cùm illo caſu electio ſit debitoris ex reg. *l. plerumque 10. §. vlt. D. de de iure dot.* perinde liberatur libertus operarum præſtatione, ac ſi ſolas operas promiſiſſet meliore gaudẽs conditione in eo quod electionem habet, *d. l. vlt. § ei qui operas, l. 6. §. 1. D. de iur.*
16 *patron.* † In eámque rem textus eſt perelegans *in l. patronus 25 § vltim. D. de oper. libert.* vt ſcribit Iulianus, nonnumquam ipſis libertis poſtulantibus patronos operas locare. Ita enim pretium magis operarum, quàm mercedem eos capere exiſtimandos eſſe. Senſus eſt, prohiberi patronum capere mercedem, at non etiam prohiberi capere mercedem operarum. In quo etiam Donellus errat,
17 qui iſta non diſtinguit: † Prohibetur patronus per legem Æliam Sentiam capere mercedem, quia tunc libertas oneratur, non item cùm operarum pretium accipitur. Hoc ipſum verò cur ita? an non & merces & pretium in pecunia conſiſtit? an non etiam poteſt fieri vt conuene-

rit de mercede quæ ſit minor iuſto pretio? Sic eſt: † ſed 18
mercedem eam intelligimus quæ ſub prætextu & nomine operarum tunc etiam exigitur, cùm alioqui operæ ipſæ aut exigi, aut præſtari non poſſunt, puta non indigente iis patrono, vel non valente illas præſtare liberto. Quod cùm euenit, quantulumcunque illud ſit quod ita exigitur, fatendum eſt onerari libertatem. At non ſimiliter cùm pretium percipitur, quando non priùs de operarum pretio quærendum eſt, quàm ſint illæ in rerum natura, ſiquidem eius rei quæ non eſt nec pretium vllum eſſe poteſt. Atqui non ſunt operæ in rerum natura priuſquàm aut præſtitæ ſint, aut earum dies præterierit in quo præſtari debuerunt, *dict. leg. opera 9. eod. l. 1. De oper. ſeruor.* Rurſum nec earum dies præterit antequàm cedere incipiat, nec denique cedere priuſquàm indictæ ſunt, *leg. ſi quis hac lege 13. §. iudicium. De oper. libert.* ſcilicet quod ad officiales quæ quoniam patrono vt patrono debentur, non ſolùm magis propriè, ſed etiam abſolutè operæ dici ſolent, *l. cùm patronus 22. in princip. l. quoties 24. in fin. & paſſ. eodem tit.* Porrò cùm operæ ipſæ petuntur, & indicuntur, iam non merces earum nomine exigitur, ſed tamen non prohibetur patronus quominùs poſtulanti liberto, vt liceat ſibi pecuniam pro operis dare, conſentiat, quamquam nec conſentire cogitur ſi operas malit habere quàm pecuniam. Itaque hoc caſu non ſolùm non
oneratur libertas, ſed etiam leuatur. † Ergo vt redeamus 19
ad Vlpian. *in d. l. vt iuriſiurandi.* Si quis liberto ſuo fundum legauerit ſub ea conditione, Si iurauerit ſe filio patroni operarum nomine decem daturum, operarum inquam, vt ſupra interpretati ſumus, iam libertatis cauſa rectè impoſitarum (ſupponendi enim ſunt termini habiles, vt vulgò noſtri iactitant) obligabitur libertus, non quidem vt iuret ſi legatum repudiare malit, ſed ita demum ſi agnouerit, quia cùm iurauerit ſponte ad implendam conditionem relicti legati, atque ita legatum conſequatur, eſt quod ſibi potiùs quàm patrono imputet cur in eam præſtandæ pecuniæ neceſſitatem ſemel vltrò conciderit. Proinde quamuis non niſi libertatis cauſa imponi poſſint operæ, idcóque quoties de iis imponendis ſiue per ſtipulationem, ſiue per iuſiurandum cauetur, multùm interſit quam ob cauſam de imponendis illis aut iuretur, aut promittatur, attamen ex quo impoſitæ ſunt, & quidem ita vt libertas contra leges onerata non ſit, parui refert quam ob cauſam iuretur ratione operarum, id eſt, de pecunia pro operis præſtanda: nimirum an ex teſtamento, & legati conſequendi gratia, an alia ratione. Senſus eſt iam non illud requiri vt iuretur vel promittatur libertatis cauſa, cùm non de imponendis operis agatur, ſed de impoſitis æſtimandis, aut aliter atque aliter præſtandis. Illud tamen ſemper requirimus vt vltrò ac ſponte libertus aut pecuniam, aut iuſiurandum de pecunia pro operis præſtanda offerat, quò maius aliquod commodum ſibi comparet, vt in propoſita ſpecie, ne alioqui dum liberto in hoc proſpicere volumus ne libertas eius oneretur, eidem noceamus, vt conditionem ſuam meliorem facere prohibeatur. Et hæc interpretatio mihi longè conuenientior videtur, quàm quæ à nobis ſupra ex Bartolo allata
fuit. † Non ſolùm autem merces ſub prætextu & nomi- 20
ne operarum liberto impoſita exigi non poteſt, tanquam quæ libertatem oneret, ſed nec aliud quicquam eorum omnium, quæ libertatis onerãdæ cauſa impoſita dici poſſunt, *l. 1. §. ſi manumiſero. & § quæ oneranda. D. quar. rer. act. non dat.* Nam cùm libertinus ille ſit qui ex iuſta ſeruitute manumiſſus eſt, & per manumiſſionem pleniſſimam libertatem conſecutus (de illis enim libertis loquimur, qui olim plenam & perfectam libertatem, id eſt, cum libertate ciuitatem Romanam conſequebantur, quales libertinos omnes eſſe tandem Iuſtinianus voluit) quis ferat hominis libertatem eo prætextu onerari quòd impoſitum ſit onus libertatis cauſa? Fecit quidem fauor libertatis vt habenda fuerit ratio, & adprobanda obligatio impoſitorum libertatis cauſa, vt tanto faciliores fierent

domini

domini ad dandam libertatem pro qua viciſſim aliquid
reciperent, ne alioqui carere dominus & ſeruo, & ea re
quam in ſeruo locum habere voluiſſet, *leg. 2. §. vltima. eo-*
dem tit. Sed cum eo colore paſſim abuterentur patroni
ad grauiſſima quæque onera libertati imponenda, æquũ
fuit propterea à prætore, vt eorum perſecutio coërceretur,
propoſito in eam rem edicto, vt ait *leg. 2. De oper. libert.*
21 † Onerandæ autem libertatis cauſa impoſitæ operæ in-
telliguntur, non modò cùm pro operis mercedem pa-
tronus ſtipulatur, vt proximè explicauimus, ſed tunc
etiam cùm ita impoſitæ ſunt, vt libertus ſe alat *leg. im-*
poni 3, eod. minimùm ſi alere ſe libertus non poſſit: Alio-
qui ſuo victu veſtituque operas libertum debere placuit,
aut certè ita exigendæ ſint operæ vt his quoque diebus
quibus operas edat, ſatis ſe operis habeat ad quæſtum
faciendum vnde ali poſſit *leg. ſuo victu. 18 & ſeq. eod.* †
22 Ita niſi fiat, prætor debet patrono denegare ipſam opera-
rum petitionem. Sic enim malo legere quàm *præſtatio-*
nem, in leg. quod niſi 20. eodem. vbi rationem perelegan-
tem Paulus reddit: quia vnuſquiſque quod ſpopondit
ſuo impendio, dare debet, quamdiu id quod debet in re-
23 rum natura eſt. † Probat enim hæc ratio vtrumque, id
eſt, & ſumptu ſuo libertum operas præſtare debere, ſi
habeat vnde ſe alat, & contrà, ſi non habeat, danda ei
eſſe à patrono alimenta. Ratiocinatio hæc eſt: Quòd
operæ patrono deberi priùs nequeant, quàm ſint in na-
tura. Prius autem in natura non ſunt, quàm vel præſtitæ
ſint, vel præterierit dies quo præſtari debuerunt. Porrò
præſtari nec debent nec poſſunt niſi ab eo liberto, qui
viuat: Rurſum nec viuere is poteſt ſine alimentis. Ergo
à primo ad vltimum, vt dicunt Logici, non poteſt videri
libertus debitor eſſe operarum, ex quo incipit non habe-
re vnde ſe alat, quia ex eo tempore verum eſt non ſolùm
in rerum natura non eſſe rem quæ debeatur, id eſt ope-
ras, ſed nec eſſe poſſe niſi patronus ipſe alimenta ſubmi-
niſtret. Ex qua ratione tanto magis apparet verum eſſe
quod diximus in d. l. *quod niſi*, legendum eſſe *petitionem*
non *præſtationem*. Ea namque ratio probat denegandam
eſſe à prætore non præſtationem operarum, quæ per ip-
ſam rerum naturam fieri nequeat rei in natura non exi-
ſtentis, ſed petitionem, quæ alioqui ſummo iure conce-
denda videbatur, propter contractam ab initio inutiliter
24 obligationem. † Itaque hoc caſu non eſt liberto neceſſa-
ria exceptio, *Quod oneranda libertatis cauſa*, cùm ſit tu-
tus ipſo iure, tanquam liberatus hoc ipſo, quòd res de-
bita deſiit eſſe in rerum natura, citra ipſius debitoris mo-
ram aut culpam *leg. ſi ex legati 23. ff. de verbor. obligat.* †
25 Belliſſime autem, inquit Vlpianus *in dict. l. 1. §. quæ one-*
randa, ff. quar. rer. act. non det. onerandæ libertatis cauſa
facta ſic definiuntur, quæ ita imponuntur, vt ſi patro-
num libertus offenderit, petantur ab eo, ſemperque ſit
metu exactionis ei ſubiectus, propter quem metum quid-
uis ſuſtineat patrono præcipiente. Quod tamen non ita
accipiendum eſt quomodo accipit Donellus, quaſi ne-
ceſſe ſit fieri promiſſionem ſub illa conditione, *ſi patro-*
nus offenderit. Nam & idem eſt ſi patronus ſtipulatus ſit
ſine conditione, adiectis tamen fortaſſe verbis illis, *cùm*
volam, aut aliis ſimilibus. Toties enim onerandæ liber-
tatis cauſa videtur pecunia promitti quoties ſua ſponte,
id eſt, liberaliter dominus manumiſit, & propterea tan-
tum vult libertum promittere pecuniam aut aliud quid-
libet, non vt exigat à liberto, ſed vt libertus eum timeat,
26 & obtemperet ei *dict. l. 2. in fin.* † Et verò aliud eſt pe-
ti quid poſſe per patronum, ſi libertus eum offende-
rit, aliud autem deberi patrono ſub illa conditione, ſi
eum libertus offenderit. Petere namque patronus poteſt
quicquid ei promiſſum eſt ſiue purè, ſiue cum adiecti-
one, *quando volam*, aut *quoties volam*, imò & multò
faciliùs quàm ſi promiſſum eſſet ſub illa conditione,
ſi patronum libertus offenderit. Vt enim quod ita promiſ-
ſum eſſet, exigi poſſet, offenſionem factam probari
oporteret, *leg. cùm quidem. 24. leg. cum pater. 77. §. rogo*
filia. 25. in fin. de legat. 2. At cùm nulla conditio adiecta
eſt, ſufficit quòd patronus offenſum ſe putet, idque ni-
mirum eſt quod efficit, vt metui exactionis ſemper ſu-
biectus ſit libertus. Exactionis inquam, ſiue iuſtæ, ſiue
iniuſtæ. Minus enim ei ſuccurrendum eſſet ſi non niſi iu-
ſtam exactionem vereri poſſet, quod eueniret, ſi exactio-
ni cauſam illud vnum præberet, quod patronum verè
offendiſſet. † Sequitur apud Vlpianum *in dict. §. quæ one-* 27
randa, In ſumma ſi quid incontinenti impoſitum ſit liberto,
quod [illegible] *id eſt imminens, oneret libertatem, dicen-*
dum eſt id exceptioni locum facere. Quid autem eſt cuius
exactio magis immineat, quàm quod purè promiſſum
eſt, aut cuius exigendi facultas patroni arbitrio relicta
propoſita ſit? † Planè non poſſum intelligere quid illud 28
ſit quod ex eodem Vlpiano ſubiicitur, *ſed ſi poſt interual-*
lum, habet quidem dubitationem, quia nemo eum cogebat
promittere, ſed idem erit probandum & hic. Tamen cauſa
cognita ſi liquidè appareat libertum metu ſolo vel nimia
patrono reuerentia ita ſe ſubieciſſe, vt vel pœnali quadam
ſtipulatione ſe ſubſcriberet. Facit verò mihi dubitationem
illud primum, quod lex ait, *ſi quid impoſitum liberto ſit*
ex interuallo quod oneret eius libertatem, habere dubitatio-
nem. Neque enim reperio dubitaſſe vnquam prudentes,
An quid vel minimum poſſit imponi liberto poſt ma-
numiſſionem. Id enim pro explorato & omnes & ſem-
per habuerunt, liberto cùm re vera liber ſit, nihil prorſus
imponi poſſe, non magis quàm ingenuo, niſi libertatis
cauſa. Nec rurſum aliud quicquam libertatis cauſa impo-
ſitum videri poſſe, quàm quod in ipſo actu manumiſſio-
nis, aut ſaltem incontinenti poſt manumiſſionem impo-
ſitum probetur. *dict. leg. 1. dict. leg. vt iuriſiurandi. 7. d.*
leg. operis. 31. dict. leg. qui libertinus. 37. & paſſ. Digeſt. de
oper. libert. d. l. vlt. Digeſt. de liber. cauſ. † Libertatis enim 29
cauſa promiſſum intelligitur illud ſolùm, vt iam dixi, cu-
ius contemplatione, & eius conſequendi ſpe dominus li-
bertatem ſeruo dederit quam aliter non fuerat daturus,
non autem id omne quod præſtitæ iam, & competentis
libertatis intuitu, ac pro eius veluti quadã remuneratio-
ne libertus patrono quandocumque promiſerit. Vnde &
iſta tanquam contraria & pugnantia opponuntur, *in leg.*
ſi vero. 64. §. 1. & ſeq. ff. ſolut. matrimon. imponi quid liberto
libertatis cauſa, &, *imponi poſt manumiſſionem.* Itaque
ratio illa dubitandi quæ apud Vlpianum ſic exprimitur,
quia nemo cogebat eum promittere, ridicula eſt. † Quia 30
verò liberum ſit homini libero vt quando & quomodo
velit, oneret ſuam libertatem, dum ne id faciat per vim
aut metum. Imò verò permiſſum nemini eſt vt de liber-
tate ſua diſponat, quippe quam non à ſeipſo habeat, ſed
à natura ipſa, vel à republica, ex quo tempore non mo-
dò inter liberos homines, ſed etiam inter ciues numera-
ri cœpit. Id enim eſt quod ſæpius dicere ſolemus, Nec
eum quidem qui ſui iuris ſit, tamen ſui ipſius dominum
eſſe: quod vtique eſſet neceſſe vt ipſam de ſeipſo diſpo-
nendi haberet facultatem, *leg. liber homo. 13. Digeſt. ad*
leg. Aquil. leg. nec ſi volens. 6. leg. liberos 79. Cod. de liber.
cauſ. Neque ſanè magis permitti poteſt homini libero,
vt libertatem ſuam oneret, quàm vt ſe redigat in ple-
nam ſeruitutem. Vtrumque enim, quamquam non eun-
dem effectum, tamen eandem cauſam habet, ac ex eo-
dem iuris fonte proficiſcuntur. † Falsũ igitur eſt quod apud 31
Vlpianum ſequitur, *ſed idem erit probandum & hic.* Nam
quod liberto impoſitũ eſt ex interuallo ad onerandã eius
libertatem, nullo modo valet, ac pro non impoſito haben-
dum eſt, ita vt neque vlla eo nomine actio competat
ipſo iure, neque iure ciuili quod adeò impensè libertati
fauet, vt nec de iis quæ libertatis cauſa impoſita ſunt, ſi
onerent libertatem, puta de operis, actionem vllam
accommodet, *l. 4. D. ſi a parent. quis manum. ſit*: neque
iure prætorio, quia licèt ex ſolo edicto prætoris competat
perſecutio non tantum operarum ſed etiam cæterorum
libertatis cauſa impoſitorum, non alias tamen impoſitio-
nes tuetur prætor, quàm quæ factæ ſint libertatis cauſa.

In quo genere iam diximus non poſſe cenſeri ea quæ
ex interuallo impoſita ſunt, quantumcumque libertatis
32 iam præſtitæ color quæratur. † At quod incontinenti
impoſitum eſt onerandæ libertatis cauſa, licèt æquè per
prætorem ratum non habeatur, non tamen ipſo iure ir-
ritum conſtituitur, ſed oppoſita exceptione, de qua in
dict. verſ. *in ſumma.* Sicque accipiendum eſt quod Vl-
pianus ait *in d. §. quæ onerandæ*, ea quæ patronus à liber-
to ſtipulatus eſt onerandæ libertatis cauſa exigere il-
33 lum non poſſe. † Aliud enim eſt exigendi ius, aliud
agendi. Agere nihil aliud eſt quàm actionem exerce-
re, ſiue talis illa ſit, quæ poſſit elidi per exceptionem, ſi-
ue nulla exceptione ſummoueatur. At exigere cum ef-
fectu, id eſt ſine metu aut periculo exceptionis, *leg. ſi ſo-
cer. 44. in fin. D ſolut. matrimon. leg. ſucceſſores 16. Cod. ad
34 leg. falcid.* † Cur autem hoc caſu ſit neceſſaria exceptio,
ſi quæratur, ratio illa eſt, quia cùm patronus petit id
quod in ipſo actu manumiſſionis, aut quod effectu
idem eſt incontinenti, poſt manumiſſionem libertatis
cauſa impoſitum fuit, habet pro ſe prætoris edictum, ex
eóque fundatam intentionem, quam elidere non ali-
ter poſſit libertus, quàm ſi probet onerandæ libertatis
cauſa impoſitum id fuiſſe. In eam verò rem exceptio-
nis vſus neceſſarius eſt, quoniam vtrum libertatem
quid oneret, néc ne, in facto non in iure conſiſtit, cùm
pendeat ex animo patroni imponentis, & liberti ſe ſub-
iicientis. Itaque quamuis ita eſſent concepta edicti
verba, vt ipſo iure irrita eſſent omnia quæcumque li-
bertatis onerandæ cauſa impoſita probarentur, non poſ-
ſet tamen liberto conſuli ipſo iure, id eſt, denegata pa-
trono actione, ſed tantùm per exceptionem, quia facti
quæſtio relinquitur ſemper, & locus diſtinctioni, An
libertatem oneret id, quod impoſitum fuit, an non. †
35 Quæ diſtinctio non adhibetur in iis quæ liberto im-
poſita ſunt ex interuallo, quippe quæ ſicuti non poſſunt
impoſita videri cauſa libertatis, ita nec deberi, quin
onerent libertatem. Proinde ſublata facti quæſtione,
ſola iuris ratio quæ ſemper certa eſt, relinquitur, quæ
pati non poteſt, vt de eo, quod nullo iure promiſſum
36 fuit, aliqua actio accommodetur. † Illud verò multò
falſius eſt, quod lex ait idem probandum eſſe in iis
quæ ex interuallo, & in iis quæ incontinenti impoſita
ſunt, cum illa adiectione quæ ſequitur, *tamen cauſa
cognita ſi liquidò appareat.* Hæc enim adiectio facit vt
effectu ipſo perinde ſit ac ſi è contrario ſcriptum eſſet,
aliud hic probandum eſſe. Senſus enim eſt, Si libertus
probare liquidò non poſſit ſe metu ſolo, vel nimia re-
uerentia coactum ea promiſiſſe quæ ex interuallo im-
poſita ſunt, non debere illum recuſare quominùs ea
præſtet, quæ vltro & nemine cogente promiſerit, quã-
uis eiuſmodi illa ſint quæ onerent libertatem. Atqui in
iis quæ libertatis onerandæ cauſa incontinenti impo-
nuntur, longè aliud obſeruatur. Placet enim nullo mo-
modo exigi poſſe, tameſi non probet libertus à ſe ex-
tortam fuiſſe promiſſionem per vim, & metum. Sufficit
namque vt appareat non tam concedendæ quàm one-
37 randæ libertatis cauſa impoſitionem factam fuiſſe. † Et
certè quod dicimus, Ea quæ libertatis onerandæ cauſa
impoſita ſunt, exigi non poſſe, non eam rationem ha-
bet quòd per vim & metum extorta videantur (quod
tamen ſupradicta verba innuere videntur, quorum oc-
caſione ſolent noſtri tam multa hic congerere de metu
reuerentiali,) ſed illam potiùs, quòd ſi eorum impoſitio
valeret, perpetuo metui ſubiectus eſſet libertus, & ni-
hil non faceret præcipiente patrono, ne quid à ſe du-
riùs exigeretur, *d. §. quæ onerandæ, & d. l. 2. in fin. eod. titul.*
38 † Nam quæ per vim & metum impoſita eſſent, licèt in-
continenti & libertatis cauſa, tamen rata per prætorem
non haberentur, etiamſi eſſent eiuſmodi quæ liberta-
tem alioqui oneratura non eſſent, ex generali regula,
l. ſi mulier 21. §. 1. & tot. tit. Quod met. cauſ. in eóque plus
poteſt metus præſens, de quo in illa parte edicti De re-
ſtitutionibus in integrũ, quàm futurus, de quo in *dict.
quæ onerandæ.* † Ergo vt tandem dicam quod ſentio, ap- 39
paret ex ſuperioribus, ni fallor, nihil in tota illa ſenten-
tia eſſe Vlpiani, ac proinde cum nihil etiam ſit quod
imperito interpreti adſcribere poſſis, conſequens fieri
vt ſoli Triboniano totum id tribuẽdum videatur. Quod
vt ſentiam, mouent me præterea verba illa parum ele-
gantia, *ita ſe ſubieciſſe, vt vel pœnali quadam ſtipulatione
ſe ſubiiceret.* Tribonianum decepit proculdubio, quod
Vlpianus de iis tantùm locutus fuerat quæ liberto im-
poſita eſſent incontinenti, quaſi de aliis quæ ex inter-
uallo promitterentur dubitari minùs poſſet, quin valere
deberent, quamuis libertas ex iis oneraretur? Ratione
illa Tribonianus expreſſit, quòd libertus vt ea promit-
teret à nemine cogebatur. Quomodo idem Triboni-
nus ſub Iuſtiniani nomine validam facit interceſſionẽ
mulieris quæ facta ſit ex interuallo biennij à die primæ
interceſſionis in *l. ſi mulier 22. C. ad SC. Vellean.* contra
quam iure vetere obtinuiſſet, *l. doli 19. §. diuerſum. D. de
nouat.* Atqui prorſus contrario propoſito de promiſſis
incontinenti duntaxat egerat Vlpianus, non alia de
cauſa, quàm quia de impoſitis ex interuallo dubitari
nullo modo poſſet, quin indiſtinctè non deberentur, ã-
quam quæ libertatis cauſa impoſita dici nõ poſſent, etſi
maximè vltro, nulloque metu cogente promiſſa & im-
poſita probarẽtur. Nec proinde iã dubito quin verũ ſit
quod ſuprà monui eiuſdẽ Triboniani eſſe totum illum
verſicul. *iurare autem debet poſt manumiſſionem. vt oblige-
tur, & ſiue ſtatim ſiue poſt tempus iurauerit, obligatur* in
l. vt iuriſiurandi 7. §. de oper. libert. Pẽdet enim id ex eo-
dem illo errore Triboniani, quòd exiſtimaui facilius
libertum obligari, ſi ex interuallo, quàm ſi incontinẽti
vel promitteret quidpiam vel iuraret. Adeò verũ etiam
eſt, quod toties inculcare cogimur, fuiſſe illum in iu-
ris noſtri principiis malè verſatum. † Vnus tantùm ca- 40
ſus eſt, quo permittitur liberto, vt vltro promittendo aut
iurando De operis, quæ inuito eo non poſſent imponi,
conditionem ſuam faciat deteriorem. Is eſt in *l. Campa-
nus 47. eod. tit. D oper. libert.* vbi ſcriptum non eſt debe-
re prætorem pati dominum, minus, operas imponi ei qui
ex fideicommiſſi cauſa manumittitur, *l. vt iuriſiurandi.
7. §. reſcriptum. leg. 1. ſi quis hoc. 13. §. eod. l. qui ex cauſa.
29. de bon. liber.* nec ſi is qui fideicommiſſariam liberta-
tem dedit, ea lege dederit, vt operæ promitterentur,
quia non potuit iuri publico derogare, *l. Cerdonem. 42.
D. de oper. libert.* Sed ſi cùm ſciret libertus poſſe ſe id re-
cuſare, obligari paſſus eſt, id eſt, imponi operas ſibi ab
herede ex fideicommiſſi cauſa manumittente, & hanc
manumiſſioni legem dicente († aliud enim eſt ſe obli- 41
gare, aliud pati ſe obligari, licet vtrumque hoc loco
eiuſdem ſit effectus, vnde petendus eſt ſenſus eorum
verborum *Obligatúſve erit, d. l. qui libertinus 37. eod.*)
non inhibẽdam operarum perſecutionem, quia donaſ-
ſe videtur. An quia ex cauſa donationis poſſit libertus
etiam ex interuallo operas promittere? Minimè. Neque
verò ad hunc caſum lex pertinet, quæ de illo liberto
nominatim tractat, vt diximus, non qui ſe obligauerit,
ſed qui tantùm ſe obligari paſſus ſit per legem manu-
miſſioni dictam ab ipſo manumiſſore. Atqui nõ potuit
ea lex manumiſſioni dici, niſi in ipſo actu manumiſſio-
nis. Lex enim contractus illa dicitur, quæ dat formam
contractui, eíque ineſt, *leg. 1. §. ſi conuenerit. D. depoſit.
l. gem. C. de pact.* † Igitur vt maximè verum ſit quod di- 42
ximus, nihil intereſſe an libertus ſe obliget, an ab alio
ſe obligari patiatur, nihil tamẽ aliud inferre poſſis, niſi
quod facilè admitto, valituram promiſſionem operarũ
tãquam ex cauſa donationis factam, ſi eo tempore facta
proponeretur, quo ſciens & volẽs libertus pati poterat
ſe obligari, hoc eſt, in ipſo actu manumittendi, aut in-
continenti poſt manumiſſionem. Quo tempore defen-
ditur donatio ſingulari quodam iure, quia quod placet,
Eum cui libertas fidei commiſſaria præſtatur, inuitum
non

non cogi operas promittere, nec aliud quicquam libertatis cauſa, non ideò ſit, quòd ea ratione libertas oneretur, alioqui nec eiuſmodi promiſſio vtilis, & efficax eſſet, accepta directa libertate, quod falſum eſt, ſed quia ingens illud libertatis beneficium non ab eo accipit qui ex cauſa fideicommiſſi libertatem præſtat, ſed ab eo qui fideicommiſſum dedit. Ceterum ſi vſque adeò gratum ſe velit exhibere, vt ei quoque à quo nihil re vera accipit, beneficij partem aliquam acceptam ferre geſtiat, non eſt prohibendus quemadmodum & ſi talis manumiſſor ſit cui operæ deberentur, etiamſi a defuncto facta manumiſſio eſſet, puta filius eius qui fideicommiſſariam libertatem adſcripſit, operæ imponi iure poſſunt, vt in eleganti caſu *d. l. qui ex cauſa. 29. §. 1. D. de bon. libert.* Denique in liberti poteſtate eſſe debet vt eandem facere poſſit conditionem ſui manumiſſoris, licèt fideicommiſſarij, quàm facere poſſet, imò verò quæ inuito etiam eo fieri poſſet ſi directam libertatem
43 accepiſſet. † At vt ex interuallo promittat operas aliúdve quidpiam quod non poſſit libertatem non onerare, ſiue directò eam ſiue per fideicommiſſum acceperit, in eius poteſtate eſſe nec poteſt, nec debet. † Illud
44 quoque explicandum ſupereſt, quam rationem habeat quod ſcriptum eſt in *l. Labeo 36. D. eod & in d. l. 1. §. ſi libertatis. D. quar. rer. act. non det.* ſocietatem inter patronũ & libertum, quamuis libertatis cauſa contractam ipſo iure nihil valere. Ac in promptu quidẽ eſt, dicere ideo non valere quod fieri nequeat vt non oneret libertatẽ, quandoquidem inter ſocios non modo bonorum omnium communicatio fit *l. 1. §. 1. D. pro ſocio*, ſed multis quoque præſtationibus inuicem ſocij obligantur, præſertim verò ad hoc ne quid alterutrius dolo malo fiat, cuius tamen vel ſola allegatio liberto eſt interdicta, *l. parem. 5. §. vlt. & legib. ſeq D. de obſeq. præſt.* Sed præcipua dubitatio in eo eſt, Cur ipſo iure non valeat hæc ſocietas, vt ex Labeone loquitur Vlpianus in *d. l. Labeo*, id eſt vt idem ille explicat in *d. §. ſi libertatis*, cur ipſo iure tutus ſit libertus aduerſus exactionem patroni, nec ei ſit neceſſaria exceptio. Quod libertatis onerandæ cauſa factum ſit, quam diximus eſſe neceſſariam, quoties de eo agitur, quod onerandæ libertatis cauſa impoſitum
45 fuit. † Duplex tamen iuris huius ratio videtur reddi poſſe: vna, quod tunc demùm neceſſaria ſit exceptio cùm facti quæſtio eſt, an libertatis onerandæ cauſa fuerit impoſitum id quod libertatis gratia impoſitum eſſe conſtat. Nam cùm patronus habeat pro ſe regulam iuris, & formam edicti, liberto incumbit onus probandi oneratam eiuſmodi impoſitione libertatem. Id enim cùm facti ſit, regulariter non præſumitur, niſi probetur. At in propoſito caſu nullus huic diſtinctioni locus relinquitur, quia fieri nullo modo poteſt, vt non oneretur libertas eius qui cum patrono coierit ſocietatem, vt iam diximus, ſicut eueniret ſi quid ex interuallo, tametſi libertatis cauſa, promitteretur. Cùm igitur neque facti quæſtio vlla ſubeſſe poſſit, neque diſtinctio adhiberi an libertatis onerandæ cauſa necne ſocietas coita ſit; Iuris autem certiſſimi ratio faciat, vt ea quæ onerandæ libertatis cauſa etiam incontinenti impoſita ſunt, nullo modo debeantur, neceſſariò conſequens eſt ſocietatem iſtam quantumlibet initam libertatis cauſa inter patronum & libertum, ipſo iure non valere. Alia ratio eſſe poteſt, quòd ſocietatis iudicium ſit bonæ fidei, cui proinde ipſo iure ineſt exceptio, non tantum doli, ſed etiam alia quælibet, quæ ſit ſubſidiaria exceptionis doli, puta in factum, *l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum de leg. 1. iunct. l. non debet 11. in fin. ff. de dolo*, cuiuſmodi ſane illa eſt, Quod onerandæ libertatis cauſa factum ſit. Non enim dolo carere poteſt patronus cum id agit vt ſui liberti oneret libertatem, ac multo magis cùm agit ex ea liberti promiſſione aut iureiurando, *arg. l. 2. §. circa, ff. de dol. mal except.* Nec dubitandum eſt, quin aut doli exceptio accommodari deberet liberto, aut ſaltem in factum adiecta doli mentione, ſi patroni reuerentia pateretur: quæ porrò facere minime poteſt, vt non effectu ipſo æque ſuccurrendum ſit liberto, ac ſi exceptionem doli habere poſſet. Neque verò patroni exiſtimatio vllo modo læditur ita conſtituto iure, vt ſocietas inter patronum, & libertum coita ipſo iure nullius ſit momenti. Etſi enim id fit eâdem prorſus ratione, qua fieret ſi doli exceptio locum haberet, ſufficit tamen quòd doli mentio nulla fiat. † An ergo idem dicemus in cæteris 46
contractibus bonæ fidei, vt ipſo iure non valeant? nec enim doli exceptiones iis minùs inſunt, quàm iudicio ſocietatis. Sed non puto. Valent enim proculdubio nec ſolùm ſi libertatis cauſa & in ipſo actu manumiſſionis, aut incontinenti poſtea initi ſint, quod minorem habet dubitationem, ſed nec ſi ex interuallo, quia non perinde vt ſocietas onerant libertatem, cùm temporis tractum non habeant, vnóque inſtanti ſuam exerant poteſtatem.

Capvt XIX.

De operarum editione, æſtimatione, & indictione.

SVMMARIA.

1 *Libertum ad operarum promiſſarum vel impoſitarum præſtationem præcisè cogi non poſſe, ſed æſtimationis præſtatione liberari.*
2 *Quomodo operæ æſtimandæ ſint ſi eas libertus præſtare nolit?*
3 *Emendatur* l. medicus 26. in prin. ff. de oper. liber.
4 *Cur ad operas præcisè edendas libertus non cogatur ſed earum æſtimatione ſoluta liberetur?*
5 *Præterita die qua opera præſtari debuit operam præteritam amplius præſtari non poſſe, ſed ad eius æſtimationem deueniendum.*
6 *Libertum tamen conſenſu patroni hodiernam operam pro heſterna præſtando liberari.*
7 *Eum qui in ſulam facere promiſit tempore faciendi præterito, quamdiu lis cum eo non eſt conteſtata poſſe facientem liberari.*
8 *Operarum obligationem diuiſionem non recipere.*
9 *Plures operas pluribus perſonis ab vno liberto præſtandas non in partes, ſed numero diuidi.*
10 *Partem operæ quæ officium diurnum eſt, per horas ſolui non poſſe.*
11 *Liberto qui ſex horis antemeridianis præſto fuerit, ſi non toto die præſto fuerit liberationem eius temporis quo præſto fuerit non contingere.*
12 *Reſpondetur ad* l ſi quando. ff. de oper. libert. *& Labeonis ac Pomponi cum Vlpiani, Papiniani, Celſi & aliorum ſententia conciliatur. & n. 16.* (*eſſe.*
13 *Dictionem* operas *in* d. l. *in ſingulari numero legendam*
14 *Operas vel ad* cauſam indictionis *vel* ad cauſam exactionis *deberi.*
15 *Differentia inter officiales & artificiales operas.*
17 *Duplicem eſſe operarum petitionem, vnam iudicialem, alteram extraiudicialem.*
18 *Cur futurarum operarum obligatio & petitio nullam æſtimationis rationem habeat, ad præteritarum verò æſtimationem neceſſariò deueniendum ſit?*
19 *Operam futuram indiuiduam, præteritam verò diuiduam eſſe.*
20 *Excutitur & examinatur verſic.* quòd ſi vnam §. operarum. l. in ſtipulationibus 57. de verb. oblig.
21 *Varia ad eum locum coniecturæ afferuntur & ſimul refelluntur.*
22 *An verſiculus ille de operâ præterita intelligendus ſit?*
23 *Totum illum verſiculum Triboniani eſſe.*

Quod

1 QVod in cæteris faciendis obligationibus euenit, vt debitor non ad factum præcisè cogatur, ſed præſtatione eius quod intereſt, liberetur, *l. ſi quis ab alio 13. §. vlt. ff. de re iud. l. ſtipulationes non diuiduntur 72. verſ. Celſus. l. quoties quis 81. D. de verb. obli.* idem contingit in debito operarum à liberto promiſſarum, aut etiam ei impoſitarū, vt eas ſibi à patrono indictas præſtare cogendus præcisè non ſit, ſed præſtando earum æſtimationem acquirat ſibi liberationem inuito etiam patrono, *l. medicus 26. §. 1. ff. de oper. liber.* Nam & operæ in actu factoque conſiſtunt, *l. 1. ff. de oper. ſeruor.* cùm nihil aliud ſint, quàm diuturnum officium, *l. 1. ff. de oper. libert.* & cùm ideò receptum ſit, ne quis ad factum præcisè cogi poſſit, quòd ea res fieri non poſſet ſine vi & impreſſione quæ directò infringeret ius naturalis, cuiuſque libertatis: æquum fuit non deteriorem hac in re conſtitui liberti conditionem, quàm cæterorum hominum liberorum, cùm ipſe quoque liber ſit.
2 † At quoniam æſtimatio facti, id eſt eius quod fieri debuit, nec factum eſt, nihil aliud eſt, quam idipſum quod intereſt ſtipulatoris, *d. l. ſi quis ab alio, §. vlt & d. l. quoties*, dubitatio illa plerumque occurrit, Si libertus interdictas ſibi operas præſtare nolit, quomodo ſint æſtimandæ, vt in ſpecie *d. leg. medicus.* Placet autem idipſum ſeruandum eſſe, quod in cæteris cauſis ſeruatur, vt non debeat ſpectari quantum interſit actoris extra rem, ſed quantum circa rem, *l. vlt. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. ſi ſterilis 21. §. cum per venditorem. ff. de actio. empt. l. ſi is cui 71. in fi. ff. de furt.* Itaque ſi medicus patronus, cuius liberti quoque medicinam faciebant, iis prohibuerit ne facerent, ratus fortaſſe ita futurum vt haberet multò plures ſibi imperantes, alias verò iis operas indixerit, liberales quidem, ne cauſari poſſent ſe non debere, ſed quas tamen præſtare ipſi noluerint: Reſponſum eſt tanti æſtimandas eſſe operas, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, quòd medicinam facere prohiberentur, commodi patronus
3 eſſet conſecuturus, *d. l. medicus.* † In cuius initio apertum eſt malè ac vitiosè additam eſſe dictionem *libertus*, cùm ſpecies illa ſit de medico patrono qui liberos etiam habebat medicinam facientes, non de liberto. Itaque vel delenda eſt ea dictio, legendúmque ſimpliciter *medi-*
4 *cus*, vel emendanda vt pro *libertus* reponamus *patron.* † Alia tamen ratio etiam adferri poteſt, quæ ad liberti operas ſpecialiùs pertineat, & quæ faciat vt non ad operas edendas præcisè libertus teneatur, ſed earum æſtimatione ſoluta liberetur: ſcilicet quia operæ nihil aliud ſint quàm diuturnum officium, id eſt, eius diei in quem indicuntur: *d. l. 1. de oper. libert.* eáque rerum omnium quæ in diem certum debentur, conditio ſit, vt ante peractum diem peti nequeant, *l. qui hoc anno 42. de verbor. oblig.* excepto ſingulari caſu, *liber homo 118. §. de-*
5 *cem hodie. D. eod.* † Porrò poſtquam præteritus eſt dies, & conſequenter præterita opera, dari iam ampliùs non poteſt, *l. ſi quando 8. in princip. ff. de oper. libert.* id eſt, nec ſi libertus velit, quoniam alia eſſet opera, & alia res quam quæ deberetur, *argument. l. quia aliæ 12. eodem.* cùm ſicut dies quilibet ab alio differt numero, ita & vnius diei operam ab alterius diei opera differre ſit neceſſe. Atqui nemo dixerit liberari debere liberum, ob hoc ſolùm quòd operam præteritam & hoc ipſo debitam ſoluere amplius non poſſit, quandoquidem tantò magis eum teneri æquum eſt, quoniam per eum factum eſt, vt fruſtrà dies præterierit quo ſoluere operam debuit, vtque iam ſolui ea non poſſit, (alioqui ſiue per eum non ſtetiſſet, puta quòd eſſet valetudine aut qua alia iuſta de cauſa impeditus, ſiue per patronum ipſum ſtetiſſet, omnino libertus liberaretur, *leg. libertus 15. in princip. l. hæ operæ 23. §. ſi patron. D. eodem.*) Illud igitur neceſſariò euenire oportet, vt præterito die quo edi opera debuit, ad præſtandam operæ æſtimationem decurrendum ſit, idque inuito non ſolùm liberto, ſed etiam patrono, quia mora debitoris ſua die non ſoluentis, facere non poteſt vt debitor eo magis obligetur ad aliam rem præſtandam quæ nunquam fuerit in obligatione. Proinde cogitur patronus eam ipſam operam petere quæ iam præterita eſt, & quæ amplius dari nequit, quoniam ſola illa debetur, ſoláque in obligatione eſt, & tamen pecuniam operæque æſtimationem etiam inuitus à liberto accipere compellitur, ne alioqui nihil omnino ſuperſit quod ei ſolui poſſit. † Planè ſi patronus & libertus conſen- 6
tiant, vt pro heſterna opera craſtina præſtetur, cōtinget liberatio. At non tanquam ſoluta ea ipſa opera quæ debebatur (id enim non magis eſt in eorum poteſtate quàm facere vt dies heſterna ſit craſtrina,) ſed eo iure quo placet etiam aliam rem pro alia volenti creditori ſolui poſſe, ex eaque ſolutione ipſo etiam iure acquiri liberationem *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum. D. de condict. in diem. l. manifeſti 17. C. de ſolut.* † Cæterarum rerum, 7
quæ in facto conſiſtunt, diuerſa ab operis ratio eſt. Nam ſi inſulam facere promiſeris, licet tranſierit tempus, quo potueris, & debueris facere, ita vt exinde liceat mihi contra te agere in id quod intereſt mea, *l. ſi ita ſtipulatus 14. & ſeq. D. de verb. oblig.* imò verò ex multorum prudentum ſententia ſtatim atque mora cœperit fieri inſulæ fabricandæ, *d. l. ſtipulationes 72. §. vltim. eod.* tamen placet, quamdiu litem conteſtatus nōn ſim, poſſe facientem liberari, *l. ſi inſulam 84. eod. tit.* quia non eo minùs verum erit eandem eſſe hanc inſulam, quæ eſſet ſi intra præſtitum tempus ædificata fuiſſet. Ac proinde idem factum eſt, quod ſcilicet non vt opera æſtimatur ex tempore, cuius continuus & perpetuus fluxus facit, vt in momenta ſingula mutetur, ſed ex idæa illa quæ formam inſulæ ædificandæ præſcriptura ſit. Quæ idæa ſemper eadem manet. † Illud vtique operarum obliga- 8
tioni cum cæteris faciendi obligationibus commune eſt, quod non recipit diuiſionem, *dict. l. ſtipulationes:* Vbi additur ſiue quid faciendum ſtipulatus quis ſit, ſiue operas, aut quid aliud his ſimile, non poſſe induci diuiſionem quin ſtipulatio corrumpatur. Cui non diſſimiliter Vlpianus *in d. l. libertus 15 § 1. de oper. libert.* neque promitti, inquit, neque ſolui, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera. † Vnde infert ex Papiniano, ſi non 9
vna, ſed plures operæ fuerint, & plures heredes exiſtant patrono qui operas ſtipulatus fuit, numero tantùm diuidendam obligationem, item ex Celſo, ſi communis libertus patronis duobus operas mille ſe daturum promiſerit, aut communi eorum ſeruo, quingentas potiùs ſingulis deberi quàm ſingularum partes dimidias. Idque etiam eſt quod Iulianus dicebat operarum ſtipulationem ſimilem eſſe iis ſtipulationibus, in quibus genera comprehenduntur, quamuis opera ſit quid ſpecificum, non genericum: & ideo diuiſionem eius ſtipulationis non cedere in partes, ſed in numerum operarum, *l. in ſtipulationibus 54. §. operarum. D. de verb. obligat.* † Rationem Pomponius reddit *in dict. l. 3. §. 1. de* 10
oper. libert. vbi ait partem operæ per horas ſolui non poſſe, quia id ſit officij diurni, hoc eſt, quia cùm opera nihil aliud ſit, quàm officium diurnum, *d. l. 1. l. cùm patronus 22. eodem.* conſequens eſt, vbi diurnum officium non eſt, ibi nec opera vllo modo ſit, hoc eſt, ne pro parte quidem, ſicuti nec pro parte ſatisfeciſſe obligationi poſſet dici promiſſor inſulæ, qui non niſi ex parte inſulam ædificaſſet, quoniam vnaquæque res æſtimatur ex propria forma quæ ipſa non niſi ex conſummatione contingit, vt eleganter Caius ratiocinatur *in leg. ſi is qui quadringenta 80. §. quædam, ff. ad leg. Falcid.* Quænam autem ſiue operæ, ſiue alterius cuiuſlibet rei propria forma ſit, nec aliunde meliùs, quam ex ipſius definitione ſcire poſſis. Et hoc demùm caſu verè liceat vſurpare quod noſtri paſſim iactitant. Nihil actum videri, quamdiu aliquid agendum reſtat. *l. penul. in fin. C. de his quib. vt indign.* † Quare nec liberto qui ſex horis antemeridianis 11
præſto fuerit, liberatio eius temporis continget, quia nec

nec totius diei contingere poteſt, cum non toto die præ-
ſto fuerit, qui ſenſus eſt *d.§.3.inuitl.l.2. de ann. legat.* licet
dici ſoleat cuiuſque diei maiorem partem eſſe ex hora-
rum primarum non ſupremarum, *l.2.§.1.* vbi ſic omnino
12 legendum eſt *De verbor.ſignif.* † Obſtare tamen valdè vi-
detur quod ex Labeone Pomponius ſcribit *in dict. leg. ſi
quando 8.de oper.libert.* ſi quando duobus patronis iura-
uerit libertus ſe operas daturum, & deberi & peti poſſe
partem operæ, addita etiam ratione illa quam iam dixi-
mus, quòd ſemper præterita opera petatur, quæ dari
amplius non poſſit. Idque contingere ſiue patronis ip-
ſis iuretur vel promittatur, ſiue communi eorum ſeruo,
ſiue compluꝛes vni patrono heredes extiterint. Quod ſi
ita eſt, videntur Labeo & Pomponius ab Vlpiano, Pa-
piniano, Celſo, aliiſque Iureconſultis in duobus diſſenſiſſe.
Primùm in eo quòd volunt operarum in plurali numero
promiſſarum diuiſionem per ſingularum partes non per
numerum fieri debere: deinde in eo quòd aiunt partem
13 operæ, & deberi, & peti poſſe. † Sed tamen quod ad pri-
mùm attinet, dicendum eſt ſubeſſe mendum in verbo
operas, legendúmque in numero ſingulari *operam*, quo li-
brarij & exſcriptoris errore nullus eſt in libris noſtris fre-
quentior. Nam ſequitur ſtatim & deberi & peti poſſe
partem operæ: de quo tractare nihil attineret ſi plures
promiſſæ operæ proponerentur, cùm eo caſu in diuiſione
operarum obligatio numero diuidatur, qui modus diui-
ſionis tameſi neceſſarius non eſſet, vt eſt, tamen vel ob
hoc ipſum eſſet amplectendus, quòd commodior eſſet,
multoque expeditior ad tollendam omnem dubitatio-
14 nem. † Quod verò ad ſecundum ſpectat, diſtinguendum
eſt duplex debitum operarum: vel enim debentur ob cau-
ſam indictionis, id eſt, vt indici poſſint, quia conſtat in-
debitas operas, quemadmodum ſi præſtitæ ſint, condici
non potuiſſe, *dict.leg. ſi non ſortem 16. § libertus. de cond.
indeb.* ita nec poſſe indici vt præſtentur, vel debeantur
ad cauſam exactionis, id eſt, vt non tantùm indici poſ-
ſint, quod fit ex mera patroni voluntate, & cùm ipſe velit,
dict.leg.cum patronus, ſed etiam exigi per iudicem, propo-
ſita in eas certa actione ex edicto prætoris, quod non
prius fieri poteſt quam earum dies ceſſerit, id eſt, quàm
fuerint indictæ, *d.l.ſi quis hac 13. §.1. de iure iur. eod.tit. De
oper. libert.* Priore modo debentur operæ futuræ dum in-
dictæ: indici namque prius earum operas neceſſe eſt, vt poſt-
modum edici poſſint, cùm que in rerum natura non prius
ſint quam fuerint editæ, poteſt videri earum indictio ad
inſtar conceptionis eſſe. exemplo partus. qui ſi nunquam
conciperetur, edi nunquam poſſet. Poſteriore autem mo-
do non niſi præteritæ operæ debentur, ſiue de officia-
libus operis loquamur, de quibus dubitari minus poteſt, *d.
l.cum patronus*, ſiue de artificialibus, *l quoties 14 in princ.
eod.* vbi ratio redditur, quia etſi non verbis, attamen re
ipſa ineſt obligationi tractus temporis, ſicuti cum Epheſi
dari ſtipulamur, dies continetur, *l.2 § qui ita. D.de eo quod
cert.lo. l continuus 137. § cum ita. D.de verbor. oblig.* &
ideò inutilis eſt huiuſmodi ſtipulatio, *operas tuas pictorias
centum hodie dare ſpondes?* quamuis operæ illæ artificiales
edi ex die interpoſitæ ſtipulationis, non vt officiales,
15 ex quo tantum fuerint indictæ, *dict. leg. quoties.* † Itaque
inter officiales & artificiales operas differentia eſt dun-
taxat quatenus futuræ ſunt, ſed quatenus præteritæ, nulla
prorſus, id eſt, Præteritæ omnes eodem modo debentur,
16 vt eodem modo per iudicem exigantur: at futuræ non
item. † Hac poſita diſtinctione quæ natura ſuum intel-
lectum habet, dico Vlpianum, Papinianum & Celſum de
futuris, id eſt, de indictis operis intelligendos eſſe, non
de præteritis, non de futuris. Atque de futuris ſenſiſſe Vl-
pianum *in d.l.libertus 15.§.1.eodem.* ex eo apparet, quod
de illis loquitur, quæ & promittuntur, & ſoluuntur. *Ne-
que promitti*, ait ille, *neque ſolui, nec deberi, nec peti pro par-
te opera poteſt.* Non enim promitti poteſt vel ſolui ea
opera, quæ iam præterita ſit, ſed ea demum quæ futura.
Quamuis autem & deberi & peti vtraque poſſit tam

præterita quàm futura (ſicut † enim diximus duplex eſſe 17
operarum debitum, ita & duplicem quoque earum peti-
tionem eſſe neceſſe eſt, vnam extraiudicialem, cùm indu-
cuntur & poſcuntur, vt loquitur *d lex cum patronus*, alte-
ram iudicialem, cùm earum nomine iudicium exercetur,
d.§.iudicium) tamen quod apud Vlpianum ſequitur, *nec
deberi, nec peti*, non ad alias operas referri poteſt, quàm
ad eas ipſas, de quibus præcedentia poſſunt intelligi, *ne-
que promitti, neque ſolui*, hoc eſt ad futuras. De præteritis
autem ſolis Labeonem & Pomponium ſenſiſſe ratio ip-
ſa qua vſi ſunt, demonſtrat, quæ illa eſt, *cum ſemper præ-
terita opera quæ iam dari non poteſt, petatur.* † Huius por- 18
rò interpretationis ac inter præteritas & futuras differen-
tiæ ratio non obſcura illa eſt, quòd futurarum obligatio
& petitio nullam habet rationem æſtimationis, quomo-
do habet obligatio & petitio præteritarum. Non enim
poſſet patronus cui debitæ eſſent operæ ex iureiurando,
aut promiſſione liberti incidere liberto ferendo opera-
rum æſtimationis neceſſitatem, cum non de ſoluenda
æſtimatione, ſed de operis edendis libertus iuraſſet, aut
promiſiſſet: idque adeò verum eſt, vt etiam quoque cùm
præterita opera petitur, licèt dari iam non poſſit, ob id-
que ad præſtandam æſtimationem neceſſariò decurri
oporteat ipſam tamen operam, non eius æſtimationem
peti neceſſe ſit, ne alioqui male agat patronus ſi id petat
quod non eſt in obligatione, *l ſi ſeruum 91.§.vlt ff de ver-
borum oblig.l.1.§.item ſi ita, ff ad legem Falcidiam l.ſi quis
ſtipulatus 57. ff. de ſolut.* At cum de præteritis operis
agitur, quod euenit quoties operarum iudicium exerce-
tur, quia iam opera ipſa dari non poteſt, quæ debetur, cum
alia res, planéque diuerſa opera futura ſit, vt ſupra expli-
cuimus, neceſſariò deueniendum eſt ad æſtimationem:
non quidem vt æſtimatio peti debeat, quæ certè non eſt
in obligatione, ſed vt appareat patronum qui inuitus, &
ob legem obligationis ita conceptam cogitur eam ope-
ram petere, quæ iam dari nequeat, effectu ipſo nihil
petere niſi operæ æſtimationem. Atqui non ſicut opera
ipſa præſtanda indiuidua eſt, ita & operæ non præſtitæ
æſtimatio indiuidua dici poteſt. Quandoquidem æſtima-
tio omnis conſiſtit in pecunia numerata, cui vel hoc ma-
ximè conuenit, quod & nomen ipſum demonſtrat, vt ex
numero recipiat diuiſionem. † Summa hæc eſt, operam 19
futuram indiuiduam eſſe, præteritam verò diuiduam, quia
vtrum quid diuiduum an indiuiduum ſit, ex eo ſolo di-
gnoſcendum & æſtimandum eſt an recipiat partium præ-
ſtationem. *l.2.let 4.§ Cato.ff de verborum oblig. d.l.ſtipu-
latores 72.eod.l ſtipulatus 9.§ 1.de ſolut.* opera autem fu-
tura quoniam in ſpecie edenda eſt, non recipit partis
præſtationem, præterita recipit, quoniam in ſpecie edi
nec debet, nec poteſt, ſed tantum in æſtimatione. Igitur
non diſſenſit hac in re Labeo aut Pomponius a cæteris.
† At multo difficilius illud eſt, quod ſcriptum video apud 20
Iuſtinianum in *d l.ſtipulationibus 54 §.operarum. verſic.
quod ſi vnam.ff.de verborum obligat.* Si vnam operam ſer-
uus communis ſtipulatus ſit, neceſſe eſſe vtrique domi-
norum partem operæ tantam, quantam in ſeruo habuerit
peti: ſolutionem verò eius obligationis expeditiſſimam
eſſe, ſi æſtimationem operæ malit libertus offerre, aut ſi
conueniant patroni, vt his communiter operæ edantur.
Non enim poſſum intelligere quo ſenſu vera eſſe queat
hæc ſententia, ſiue de futura, ſiue de præterita opera in-
telligatur. Nam ſi de futura, quod ſequentia ſuadere vi-
dentur falſum euidenter eſt, poſſe quemquam ex domi-
nis partem operæ petere, id eſt operam pro parte indicere,
quoniam futura opera, vt iam diximus ex Papiniano, Vl-
piano & Celſo non magis pro parte deberi aut peti po-
teſt quam pro parte promitti, aut ſolui, *dicta leg. libertus
8. §. prim.* ob idque quoties pluribus patronis vna tan-
tum opera debetur, ſiue quòd iis promiſſa ſit, ſiue quòd
communi eorum ſeruo, vt in ſpecie Iuliani, ſiue de-
nique quòd vni patrono plures heredes extiterint:
vel conſentire debent patroni in opera illa ſimul
indicenda,

indicenda, vel nihil agunt, ſi ſinguli pro ſua quiſque parte ſeparatum indicant. Nam quemadmodum operæ in ſtipulationem deductæ diuiſio corrumpit ſtipulationem, *dict.l. ſtipulationes*, ita & partis operæ indictæ expreſſio corrupit indictionem. Cur enim, aut quo fine vel colore licet patrono id liberto indicere faciendum, quod
21 per rerum naturam facere libertus non poſſit? † Dicendum potius eſſet huiuſmodi indictione partis operæ id tantum aſſequi patronum, vt dies partis operæ cedat quidem, ſed tamen hoc ipſo liberetur libertus, etiamſi nihil præſtet, quia non tam per ipſum, quàm per rerum naturam, & per operæ naturalem conditionem fiat, ne partem illam operæ præſtare poſſit, vt in caſu *dict.l.hæ operæ 23.§.primo ff.de operis libert.* Quamquam nec hoc quidem admittendum exiſtimo. Tunc enim obtineret, dum indictio ipſa valeret, puta ſi per omnes patronos ſimul facta eſſet, ac per eos poſtea ſtaret ne ad diem præſtari poſſet opera quæ ritè indicta fuiſſet, veluti ſi in accipienda ea non conſentirent, patronos enim non modò in operis indicendis conſentire oportet, ſed etiam in iis accipiendis, *dict.§.primo, in fin.* At cum nec ipſa indictio valet, vtique effectum illum habere non poteſt vt ex eo die cedat opera, nec proinde vt ex eo die libertus, quamuis per eum non ſteterit, hoc ipſo liberetur, quia naturaliter illud fit vt quod nullum eſt nullũ parere poſſit effectum. Nec rurſum hæc partis liberatio quicquam prodeſſe liberto poſſet, quippe quem neceſſe eſſet manere obligatum alteri patrono, qui non ſimiliter operam pro parte ſibi debita indixiſſet. Cur enim permittetur vni ex patronis alterius ignorantis ius lædere? Et tamen alteri patrono, qui nihildum indixerit, non magis pars operæ ſua præſtari poteſt, quàm huic qui partem operæ perperam indixit, omninóque neceſſe eſt vt ambo conſentiant in vna iſta opera indicenda & accipienda. Ergo illius quoque qui pro parte malè indixit, ſaluum & integrum ius manere fatendum eſt, vt ob ſocij perſonam ius ſuum retineat is, qui alioquin fuerat illud amiſſurus, vt & in *leg. ſi is qui 29.ff. de liber. legat. leg. cùm hereditate 55.ff.de acquirend. hereditat.* Aliter enim poſito iure quomodo fieri poſſet, vt patronus cui nihil imputandum eſſet: cum eo ſocio conſentiret, qui ſocius amplius non eſſet, amiſſa quippe iam ſua portione, quique conſentiendi adhuc neque ius neque cauſam vllam haberet? Niſi fortè mallet quis idem ius hoc caſu inducere quod olim obtinuiſſe legimus, quoties vnus ex dominis communem ſeruum ſolemniter ignorante aut inuito ſocio manumiſiſſet. Nimirum vt ſeruus ille quia neque pro parte liber fieri poterat, neque in eius dominio manere qui quantum in ſe fuerat, per manumiſſionem eum à ſe abdicaſſet, atque alienaſſet, totus acquireretur ſocio, qui manumiſſioni non conſenſiſſet; vt Vlpianus in Fragmentis refert *tit.1.libertin.* Sed neque hoc puto in propoſita ſpecie dici poſſe, cùm nuſpiam ſcriptum ſit, Eum ex patronis qui partem ſibi debitam operæ ſolus, & ſine ſocio indixerit, hoc ipſo partem ſuam amittere, ſicut nec partem quam in communi ſeruo habebat olim dominus, amittebat, ſi eum inter amicos manumiſiſſet. Imò nihil agere dicebatur: ideóque nec ſi ſocius hunc ipſum ſeruum ſolus & ſolemniter manumiſiſſet, quicquam tamen egiſſet, quia perinde requirebatur conſenſus eius qui non obſtante inutili manumiſſione portionis ſuæ dominus remanſiſſet. Illud ergo apertum eſt, Iulianum in *d.§ operarum. verſic. quod ſi vnam*, de futura opera intelligi non poſſe, cùm ait vtrique dominorum competere petitionem partis operæ, quam vnam totámque ſtipula-
22 tus ſit ſeruus communis. † An igitur de opera præterita intelligendus erit? Minimè. Quamquam videtur Bartolus ita intellexiſſe *oppoſit.9.ad d.l.72.e.tit.* Repugnat enim quod ſequitur huius obligationis ſolutionem expeditiſſimam eſſe, ſi æſtimationem operæ libertus offerre malit. Quæ locutio præ ſe fert in arbitrio & electione liberti eſſe an æſtimationem operæ velit præſtare, an operam ipſam. Quod tamen etſi nec in futura opera verum eſt quæ vt diximus in ſpecie præſtari debet, præteritæ, certe multò minus conuenit, quæ cum in ſpecie præſtari amplius nequeat, niſi ambo patroni & inter ſe, & cum liberto conſentiant, neceſſariò æſtimanda & in æſtimationem præſtãda eſt, non ſolum inuito liberto, cuius proinde nulla hæc electio eſt, ſed etiam inuitis patronis, ſi non iis inuicé conſentientibus libertus quoq; conſentiat. Omnium nãque voluntatibus concurrẽtibus iam dixi non minus operam vnã pro alia, id eſt, craſtinam pro heſterna, quam aliud quodlibet indebitũ pro eo quod debitu ſit, vtiliter ſolui poſſe. Quare neque bonũ ſenſũ habere poteſt quod ſequitur apud Iulianũ, *aut ſi conſentiant patroni vt iis cõmuniter operæ edantur*, ſi de opera præterita intelligatur, cùm eiuſmodi patronorũ conſenſus ſicut neceſſarius eſt, ita poſſit quidẽ ſufficere ad operam indicendam, quæ nõdum in rerum natura ſit, nedum præterita, ſed non ad hoc vt operam præteritam communiter patronis edere libertus cogatur ſi nolit. Igitur ſicuti prior huius ſententiæ clauſula falſa eſt in opera futura, vera autem in præterita ita è contrario poſtrema hæc ſententia vt patronis conſentientibus opera communiter edenda ſit, falſa eſt in opera præterita, vera autem in futura. Media verò illa, vt huiuſmodi obligationis expeditiſſima ſit ſolutio ſi libertus æſtimationẽ præſtare malit, id eſt, vt libertus electionem habeat verum operam, an operæ æſtimationem malit præſtare inuitis quoque patronis (ſic enim accipiendum id eſſe oſtendit quod ſequitur, *aut ſi conſentiant patroni, &c.*) omnimodo falſa eſt, ſiue de futuram, ſiue ad præteritam operam referatur. Sic fit vt neque ad futura, neque de præterita commodè intelligi Iulianus poſſit Ergo de nulla, cùm opera nulla ſit prorſus, quæ vel præterita non ſit, vel futura. † Quæ cum ita ſint, cogor dicere totam illam additionem Triboniani eſſe, non Iuliani. Nec enim nouum aut mirum eſt, Tribonianum operam præteritam & 23
futuram confusè ac incautè ſuo more pro eadem accepiſſe, aut à futura ad præteritam in quæſtionis articulo diſcutiendo tranſiſſe, denique ad iuris rationem, in qua, vt ſæpe monui, non valde verſatus fuit, parum attendiſſe. Quorum omnium nihil eſt quod de Iuliano dicere, at nec ſuſpicari quiſquam poſſit. Tribonianum produnt etiam verba illa parum elegantia, *neceſſe eſt vtrique dominorum partem operæ tantam quantam habuerit in ſeruo petere*: item quod ſequitur, *ſolutio autem eius obligationis expeditiſſima eſt.* Non enim ſolent Iureconſulti dicere ſolutionem obligationis, ſed ſolutionem rei quæ ſit in obligatione, huiuſmodi verò ſolutione tolli obligationem: ſed illud omnium apertiſſimè quod cùm de vna tantum opera hic tractetur, ſubiungitur tamen numero plurali, *vt his operæ edantur.* Id enim excidit paſſim Triboniano vt à numero ſingulari tranſeat ad pluralem, quod nec vnquam faciunt prudentes noſtri, nec niſi valde ſtultè fieri hoc loco potuit.

CAPVT XX.

Ad l.frater à fratre.38.D.de condict.indeb.

SVMMARIA.

1. *Nullam inter patrem & filium ciuilem obligationem nullamque actionem eſſe poſſe.*
2. *Huius iuris ratio in* l. ne cum filiofam. 16.ff.de furt. *reddita explicatur.*
3. *Exceptio à ſuperiore regula eiuſque ratio.*
4. *An inter patrem & filiumfam. item inter fratres in eiuſdem patris poteſtate conſtitutos naturalis obligatio contrahatur?*
5. *Obligationem naturalem inter fratres in eiuſdem patris poteſtate conſtitutos contractam patri per filium creditorem acquiri non poſſe.*

6 *Refellitur*

6 *Refellitur Cuiacij reſponſio exiſtimantis naturalem obligationem ipſo iure patri per filium acquiri, ſed adquiſitam non apparere quamdiu pater peculium penes filium remanere ſinit.*

7 *Argumentum pro Cuiacij ſententia ex* d.l. frater à fratre. *deſumptum.*

8 *Hottomani emendatio ad verbum,* repetiturum.

9 *Species & quæſtio* d.l. frater à fratre.

10 *Africani diſtinctio ad propoſitæ quæſtionis deciſionem.*

11 *De priore diſtinctionis membro, quod eſt de ea parte ex qua is qui mutua centum a fratre acceperat patri heres extitit.*

12 *Prima ratio ob quam fratri qui fratri creditori ex naturali obligatione ſoluit, repetitio pro ſuperiore parte diuiſa paterna hereditate danda eſt.*

13 *Obligationem illam naturalem inter fratres ex peculij cauſa contractam poſt mortem patris eorum non amplius peculiarem, ſed hereditariam eſſe.*

14 *Quid in prima illa diſtinctionis parte iuris foret ſi pater teſtatus fratrem creditorem ſolum teſtamento heredem inſtituiſſet?*

15 *Diligenter in hoc tractatu diſtinguendum eſſe inter confuſionem peculij, & confuſionem obligationis naturalis.*

16 *An ſi è contrario frater debitor ſolus heres inſtitutus fratre creditore exheredato proponatur, tota naturalis obligatio confundatur?*

17 *Altera & generalior ratio ob quam pecuniæ fratri creditori ex naturali obligatione ſolutæ repetitio fratri debitori poſt paternæ hereditatis diuiſionem danda eſt.*

18 *Effectus naturalis obligationis in quo potiſſimùm conſiſtat?*

19 *Ius retentionis à retentione ſeparandum eſt.*

20 *Solutione facta eius quòd a fratre fratri naturaliter debebatur, effectum obligationis naturalis ab ipſa obligatione naturali ſeparandum eſſe.*

21 *Effectum naturalis illius obligationis, quatenus in iure retinendi ſoluti conſiſtit, patri eo primùm inſtanti quo naturalis obligatio contrahitur, iure patriæ poteſtatis acquiri.*

22 *Ratio* l. placet 79. ff. de acquir. hered. *& ſimilium.*

23 *Patrem in propoſita legis ſpecie pecuniæ quam frater fratri mutuam numerauit quandocunque ſolueretur tanquam per ſolutionem ſibi acquiſitæ retinendæ ius habuiſſe.*

24 *Fratre debitore pecuniam debitam viuo patre fratri creditori ſoluente totam illam pecuniam patri acquiri.*

25 *Mortuo patre & duobus fratribus creditore ſc. & debitore vel ex teſtamento vel ab inteſtato æqualiter ſuccedentibus pecuniæ ſolutæ dimidiam partem ad fratrem debitorem iure hereditario redire.*

26 *Eiuſdem fratris debitoris conditionem non ideò deteriorem eſſe debere quod poſt mortem patris, fratri ſoluerit.*

27 *Conditionem eo caſu fratri competere ex qua parte patri ſucceſſit in ius quod pater retinendi pecuniam illam habuit.*

28 *Cur* in d.l. frater à fratre. *Africanus ſolutionem poſt patris mortem factam ponat?*

29 *Non ſolùm patri obligationis naturalis filio quæſitæ, ſed & naturalis obligationis quæ ſeruo fuerat quæſita effectum domino acquiri.*

30 *Declaratur* §. eſt autem. leg. ſi noxali 11. ff. de pecul.

31 *Circa quam quæſtionem pars diſtinctionis poſterior verſetur?*

32 *Quantum hæc pars poſterior diſtinctionis à priore differat?*

33 *Mutata ſpecie poſterior diſtinctionis pars declaratur.*

34 *Quo argumento Africanus probet fratrem debitorem, ſi vel nihil vel minus quam quod repetere vult ad fratrem creditorem ex peculio ſuo peruenerit, illud repetere non poſſe?*

35 *Mos argumentandi Africano ſolemnis.*

36 *Eiuſdem ad poſteriorem ſuperioris diſtinctionis partem rationes examinantur & declarantur.*

37 *Poſtrema eiuſdem Africani ratiocinatio quò pertineat.*

38 *Explicatur* §. quæſitum. *eiuſdem legis.*

VVlgati † iuris eſt, inter patrem & filium nullam ci- 1
uilem obligationem, nullámque actionem eſſe poſ-
ſe, obſtante nimirum iure ciuili ex quo actiones om-
nes proficiſcuntur, quod cùm patrem & filium per
ius patriæ poteſtatis ita coniungat, vt eos vnius eiuſdém-
que perſonæ iure cenſeri velit, non magis patitur vt poſ-
ſit agere pater cum filiofamilias, aut vt filiusfamilias cum
patre, aut vt hic vel ille alteri ſe obliget, quàm vt con-
tra ſeipſum quiſquam agere, aut ſe ſibi obligare poſſit,
leg. imperator 50. *D. ad SC. Trebell.* † *leg. ne eum filiofa-* 2
milias 16. *D. de furt.* vbi quod ſcriptum eſt, non iuris con-
ſtitutionem, ſed naturam rei impedimento eſſe ne quid
horum fiat, non ita accipiendum eſt quaſi naſcatur aliun-
de hoc impedimentum quam ex patria poteſtate, quæ
tamen nihil aliud quàm iuris non ſcripti conſtitutio eſt,
§. 1. *Inſtitut. de patr. poteſt.* Sed quia præſuppoſito illo iu-
re patriæ poteſtatis quòd patris & filij eadem perſona eſ-
ſe videatur, nulla opus fuit alia iuris conſtitutione ad pro-
hibendum ne pater contra filiumfamilias agere poſſet,
aut filius contra patrem, ſufficiente natura ipſa rei, quæ
non magis permittit vt cum eo agam qui mecum vna
perſona eſſe exiſtimetur, quàm cum meipſo. † Quæ 3
etiam ratio eſt, *leg. lis nulla.* 4. *Digeſt. de iudic.* vbi Caius
ſcribit, litem nullam nobis eſſe poſſe cum eo quem in
poteſtate habemus, niſi, inquit, ex caſtrenſi peculio. Hæc
enim exceptio addenda fuit, non quòd filiusfamilias per
militiam deſinat eſſe in patris poteſtate. §. *filiusfamilias.*
Inſtitut. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. Sed quia ex im-
peratorum conſtitutionibus filiusfamiliàs non ſolum mi-
les, ſed etiam paganus qui modo miles aliquando fuerit,
ſi caſtrenſe peculium habeat, in eo cenſetur iure patris-
familias, ita vt nullum ius ſit patri in bona filiifami-
lias caſtrenſia, adeò vt nec de iis teſtari prohibeatur, *leg.*
2. D. de SC. Maced. leg. vltim. D. ad. SC. Tertyll. iunct.
l. 2. & l. proponebatur 9. *& tot. tit. D. de caſtrenſ. pecul.*
† Vſque adeò autem verum eſt non obligari patrem fi- 4
liofamilias, aut filiumfamilias patri ciuiliter, vt non de-
ſint qui dubitent an poſſint ſibi inuicem obligari natu-
raliter, itémque fratres in eiuſdem patris poteſtate con-
ſtituti, quaſi iure patriæ poteſtatis hanc quoque obliga-
tionem naturalem impediente, aut ſaltem faciente, vt ſi
qua filiofamiliàs vel contra patrem, vel contra fratrem
acquiſita ſit, eadem per filium creditorem patri ipſi ſta-
tim & ipſo iure acquiratur, ita vt ne momento quidem
temporis in perſona filij conſtitiſſe videatur. Quam
ſententiam inter cæteros mordicus defendit Iacobus Cu-
iacius tract. 9. *Africanum. ad l. frater à fratre* 38. *D. de*
condict. indeb. motus præcipuè, ne dicam duntaxat ex *leg.*
placet 79. *Digeſt. de acquir. hered.* cuius ſententiam vult
ille eſſe generalem, ac pertinere ad omnes caſus, & ad
omnes res, ac proinde ad omnes quoque obligationes,
non minùs naturales quàm ciuiles. In quo tamen quàm
euidenter & pertinaciter erret, conſtat, meo iudicio,
non obſcurè ex iis quæ alibi à nobis explicata ſunt de
naturali obligatione. Nam ſi verum eſt, vt eſt, ex facto
tantùm, non etiam ex iure naturalem obligationem æſti-
mari, *leg. nec ſeruus* 41. *Digeſt. de pecul.* ob idque non
niſi abuſiuè ac impropriè obligationem dici, vt ait *leg. fi-*
deiuſſor, 17. §. *naturalis. Digeſt. de fideiuſſ.* nihil ſanè eſt
quod poſſit impedire quominus inter patrem & filium-
familias, ac multo magis inter fratres in eiuſdem patris

poteſtate conſtitutos obligatio naturalia contrahatur, ſiue
promittendo, ſiue mutuam pecuniam accipiendo, aut ali-
ter quomodocumque contrahendo. Quod tam apertè
ſcriptum eſt *in dict. leg. frater, verſic. naturalem enim obli-
gationem, & in §. 1. verſic. nam manere, & in §. contra ſi
pater. verſic. nam hic quoque*, vt nihil dici poſſit apertius.
5 † Obligationem verò illam naturalem patri acquiri per
filium patria poteſtas non magis facere poteſt, quam vt
cætera quæ facti ſunt ad patrem tranſeant, quæ tamen
certum eſt nec iure dominicæ poteſtatis, quæ potentior
videtur, poſſint tranſire à ſeruo ad dominum, *leg. qui he-
redi 44. in princ. & §. 1. ff. de condic. & demonſtr. leg. le-
gatum 21. ff. de alim. legat. leg. quod ſeruus 24. ff. de acquir.
poſſ.* Quo loco elegantiſſima differentia traditur, & ad
rem noſtram valde pertinens, inter ea quæ meri facti
ſunt, cuiuſmodi eſt violentia & iniuſta poſſeſſio, aut alia
quælibet corporalis, & ea quæ ius admixtũ habet, cuiuſ-
modi eſt poſſeſſio iuſta, quæ & inde nomen habet, quòd
à iure ſit approbata, fieri ergo nequit vt obligatio natu-
ralis, quæ tota facti, nullo modo iuris ciuilis eſt, acqui-
ratur per filium patri. Et verò ſi acquireretur, nec filius-
familias eius ſibi vel acquirendæ, vel etiam conſeruandæ
capax eſſet, ſequeretur vt cum pater à filiofamilias mu-
tuam pecuniam acciperet, atque ita obligaretur ei
naturaliter, quomodo eum obligari diſertè ſcriptum eſt
in d. l. 1. frater. hoc ipſo, & in eodem inſtanti pater fieret
ſui ipſius creditor ex filij perſona. Quo admiſſo fatendum
eſſet concurrente in eandem perſonam iure, debitoris &
creditoris perimi obligationem confuſione, vt aliàs ſem-
per euenit, quoties idem ſit creditor & debitor, non fe-
rente ipſa rerum natura vt ſibi ipſi quis debere aliquid
videri poſſit, *l. debitori 50. iunct. l. heres à debitore 21. § ſi
ſeruo tuo, & § quod ſi ſtipulator. ff. de fideiuſſ. l. Stichum aut
Pamphilum 93. § aditio iunct. l. qui hominem 54. § quidam.
l. ſicut 75 ff. de ſolut.* Nam nec alia ratio eſt propter quam
ciuilis obligatio neque inter patrem & filium, neque in-
ter fratres contrahi poſſit, *§. item inutilis. Inſtitut. de inu-
til. ſtipul.* propterea quòd vox patris tanquam vox filij
ſit, & vox filij tanquam vox patris, in iis rebus quæ pa-
tri per filium acquiri poſſunt, vt Iuſtin. ait *in §. ſi quis
alij, eod. tit. l. eum qui 56. §. qui ſibi. & ſeq. ff de verb. oblig.*
Confuſione autem certum eſt tolli obligationem om-
nem, nec minùs naturalem quàm ciuilem, vt & Cuia-
cius ipſe fatetur, & ſcriptum eſt *in d. §. quòd ſi ſtipulator. l.
21. de fideiuſſ.* cùm ratio quæ inducit liberationem per
confuſionem non minùs ſit naturalis quàm ciuilis, imò
tota pendeat à natura, quæ repugnat vt vna eadémque
perſona in duas diuidi poſſit, quomodo diuidi poſſe
neceſſe eſſet, vt poſſet idem eſſe & debitor & creditor,
quoniam facta diuiſione illa iam non eſſet idem homo,
ſed duo; adeò res iſta implicat naturaliter contradictio-
nem. Cæterùm ea tantùm quæ iuris ſunt, non etiam fa-
cti, acquiri patri per filium poſſe, tum etiam cùm ſtipu-
latio interuenerit, apertè ſcriptũ eſt *in l. quod dicitur 130.
ff. de verb. oblig.* Imò ſi verum amamus, ne quidem con-
fuſione poſſet dici ſublata obligatio naturalis filio quæ-
ſita contra patrem, ſi eadem patri per filium quæreretur.
Ea namq; demùm obligatio confuſione, vt & aliis modis
tolli poteſt, quæ antea fuit, non autem quæ nunquam
fuerit, *leg. Titio vſusfructus 96. D. de cond. & demonſtr. l.
non poteſt videri 20. ff. de reg. iur.* Atqui ſi obligatio natu-
ralis patri quæreretur per filium, neceſſe eſſet eo ipſo mo-
mento quæri quo filio acquireretur, cùm ne momento
quidem temporis in perſona filij poſſit conſiſtere quoties
acquiritur patri per filium, *d. l. placet.* Ergo neceſſe eſſet
tolli confuſione obligationem eo ipſo inſtanti quo indu-
ceretur, quod prorſus impoſſibile eſt. Porrò quæ ratio
facit vt filiofamilias acquiratur obligatio naturalis contra
patrem ita vt non acquiratur patri per filium, eadem fa-
cit vt obligatio naturalis quæ contrahitur inter fratres in
eiuſdem patris poteſtate conſtitutos, non poſſit per fra-
trem creditorem acquiri patri, quia vtrumque proficiſ-
catur ex eodem iure patriæ poteſtatis; quod efficit vt
non minùs fratres inuicem quàm ſinguli cum patre vna
eadémq; perſona eſſe exiſtimentur, ob idque nec magis poſ-
ſunt ciuiliter ſe alter alteri obligare, quàm patri. † Nec 6
eſt quod quis reſpondeat pro Cuiacio, acquiri ipſo iure
obligationem naturalem patri per filiumfamilias, ſed non
apparere acquiſitam, quamdiu pater ſinit remanere pe-
culium penes filium. Nam quantò magis dices acquiri
ipſo iure, tantò magis incurres abſurdum illud quod di-
ximus vt eodem inſtanti naturalis iſta obligatio & con-
tracta, & per confuſionem ſublata intelligatur. Confu-
ſio enim fit ſola iuris poteſtate. † Sed egit præcipitem 7
virum doctiſſimum vnicus ille Africani locus *in dict. leg.
frater a fratre*, vbi non dubitat Africanus quin frater,
qui poſt mortem patris fratri ſuo ſoluit quod naturaliter
ei ex cauſa mutui debebat, repetere poſſit pro ea parte
pro qua idem frater debitor heres extiterit patri. Sic
enim ratiocinatur Cuiacius, quaſi non alia ratione Afri-
canus ita reſponderit, quàm quòd obligatio naturalis eſ-
ſet quæſita patri, & conſequenter per cauſam heredi-
tariam filio debitori, pro qua parte idem patri heres fuit,
vt eo modo concurrente iure debitoris & creditoris in
eandem perſonam, pro illa ſcilicet parte fatendum ſit,
ſublatam confuſione obligationem, qua ſublata nihil
ſit quod impedire debeat repetitionem tanquam indebi-
ti ſoluti. Alioqui difficile ſanè videtur dicere quonam
iure vel colore poſſit competere repetitio fratri qui ſol-
uerit, quod naturaliter debuit. † Tanti certè momenti 8
viſa eſt obiectio hæc Franciſco Hotomanno, vt auſus ſit
ſcribere textum eſſe corruptum, & ita emendandum vt
addita negatione legamus *non repetiturum*. Nam quem-
admodum verum eſt quod Africanus reſpondit, fratrem
debitorem id quod poſt mortem patris ſoluerit, vtique
repetiturum pro qua parte extiterit heres patri: ita fal-
ſum eſt quod vult Cuiacius repetitionis huiuſmodi ra-
tionem ex eo petendam eſſe, quòd obligatio naturalis pa-
tri quæſita eſſet. Quod vt intelligatur, facti ſpecies con-
ſtituenda primùm eſt, deinde omnes reſponſi partes bre-
uiter, quantùm fieri poterit, explicandæ. † Legis ſpe- 9
cies hæc eſt, Cùm tu & ego eſſemus in eiuſdem patris
poteſtate, tu centum aureorum peculium habens, ego
ducentorum, accipi à te mutua centum, & poſt mor-
tem patris tibi ſolui. Diuiſa iam inter nos hereditate, ac-
ceptóque in eam rem familiæ erciſcundæ iudicio, po-
ſtea cùm putarem indebitum à me ſolutum fuiſſe, volui
à te centum integra petere per conditionem indebiti. † 10
Conſultus Africanus quid iuris eſſet, diſtinguit primùm,
deinde ſubdiſtinguit. Diſtinctio in eo eſt vt aliud iuris
conſtituatur pro qua parte ego debitor heres extiti pa-
tri, aliud verò pro qua parte tu heres extiteris. Pono au-
tem fuiſſe nos heredes ex æquis portionibus, ſiue ex te-
ſtamento, ſiue ab inteſtato, nec cuiquam noſtrum fuiſſe
à patre prælegatum peculium, quod & ſequentia Africa-
ni verba demoſtrant. † Quod ad prius diſtinctionis ca- 11
put pertinet, id eſt, pro qua parte ego heres extiti patri,
reſpondit Africanus *vtique me repetiturum*, hoc eſt non
ſolùm ſine dubio, vt Cuiacius interpretatur, ſed quod ma-
gis eſt, ſine vlla diſtinctione. Ergo repetam ſoluti dimi-
diam partem, id eſt quinquaginta, ſiue plus, ſiue minus
fuerit in peculio meo, quàm in tuo. Illa enim ſubdiſtin-
ctio, An plus minúſve in peculio fuerit, ad alterum diſtin-
ctionis caput ſpectat, vt poſteà dicemus. † Cur verò pro 15
ea parte repetitio mihi danda ſit, Africanus non aperit,
adeò putauit ille carere dubitatione id quod inter noſtri
temporis interpretes ignoratione principiorum iuris, nunc
omnium maximè controuerſum eſt. Puto autem adferri
poſſe duplicem rationem, Vnam magis propriam & ſpe-
cialem, alteram generaliorem, ſed vtramque veram. Prior
illa eſt, quod certum ſit peculia ius & nomen peculiorum
amittere, & in hereditate diuidenda ad communioně eſ-
ſe reuocanda, vt ſcriptum eſt *in l. certum 13. iunct. l. ſi fi-
liusfamilias 4. C. famil. erciſc.* Nam quemadmodum filiuſ-
familias

familias per mortem patris incipit eſſe pater familias, *l. pronunciatio 195. §. familiæ 2. D. de verb. ſign.* & neceſſe eſt vt deſinat peculium habere, quippe quod ſoli filijfamilias haberent non etiam patresfamilias, quorum patrimonia, non peculia appellamus. Ita igitur ſit vt quod erat peculium viuo patre conuertatur eo mortuo in cauſam hereditatis, fiatque hereditas, & conſequenter augeat hereditatem quæ in propoſito ea ratione eſt trecentorum aureorum, quam futura erat, ſi peculia in hereditatẽ non veniſſent: ex quibus trecentis aureis non niſi centum à te, ducenti verò à me profecti intelliguntur, quia vt tibi potius aureos, ſic tibi centum aureos in peculio habe-

13 bas, ego verò ducentos. Cum igitur obligatio illa naturalis quæ inter nos contracta fuerat ex cauſa peculiari datis mihi à te mutuis centum, non potuerit non eſſe peculiaris, neceſſe eſt quemadmodum peculium tuum deſinit eſſe peculium, ſitque hereditas, ita & obligatio illa naturalis, quæ tibi, non patri noſtro quæſita fuerat ex peculiari, qualis erat antea, fiat hereditaria, non eo modo & ſenſu quo hereditarias obligationes dicere ſolemus eas quæ a defuncto cœperunt originem, *l. 1. & tot. tit. C. de hered. actio.* ſed eo ſenſu & modo, quod dicimus hereditariarum obligationum loco haberi etiam legata, quamuis ab herede non à defuncto cœperint, *l. hereditarium 40. D. de oblig. & action.* Itémque hereditarium æs alienum etiam id de quo agi cum defuncto non potuit, veluti quod is cùm mereretur daturum ſe promiſerat, aut quod is qui pro ipſo fideiuſſerat, poſt ipſius mortem ſoluiſſet, *l. hereditatem 7. ff. de reb. auctor. iudic. poſſid.* Cui conſequens illud etiam fieri neceſſe eſt, vt pro qua parte patri heres extiti, confuſione tollatur obligatio, quia cùm obligatio illa naturalis ſit hereditaria, quæ in id vſque tempus fuerat tua peculiaris, hereditas ipſa fit creditrix mea, cùm non alius poſſit videri creditor, quàm qui habet actionem, vt loquuntur, obligationem. Cùm verò poſteà eadem hereditas ad me perueniat pro ſemiſſe, ſicuti me pro ea parte fecit heredem, ita & conſequenter creditorem, ſecundum quod euenit, vt quantum ad eam partem attinet, debitor ego ſim & creditor. Debitor ex mea perſona & iure priſtino contractæ obligationis, creditor verò ex cauſa hereditatis, atque ita fit confuſio, & quidem ipſo iure, quæ proinde tollit obligationem illam naturalem, qua demùm ſublata, apparet ſolutum poſtea fuiſſe à me id quod nullo modo, id eſt ne quidem naturaliter debebatur. ſiquidem confuſio quæ tota iuris eſt, nec factum vllum requirit, præſertim verò in ſuis heredibus, qui ipſo iure ac citra aditionem ſunt heredes, *l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit.* præcedit ſolutionem quæ eſt facti, *l. conſilio 6. §. vlt. D. de curat. fur.* nihil igitur cauſæ eſt cur

14 non danda mihi ſit repetitio indiſtinctè. † Quod ſi poneremus patrem teſtatum fuiſſe, téque ſolum teſtamento heredem inſtituiſſe, certum eſſet nullam factum iri confuſionem obligationis naturalis, quia quamuis peculium tuum non eo minùs confuſum eſſet cum hereditate, factùmque hereditas, atque ita deſiiſſes tu eſſe creditor facta iam hereditate creditrice, tamen eadem hereditas quæ faceret te heredem ex aſſe, faceret quoque ipſum te creditorem meum, & quidem in ſolidum ego verò remanerem ſemper debitor: ac proinde neque in tua, neque in mea perſona pro vlla parte concurreret ius debitoris ſimul & creditoris, qui tamen concurſus debiti & crediti in eandem perſonam ſola cauſa eſt confundundæ

15 obligationis. † Ex eóque intelligimus diligenter cauendum eſſe ne confundamus peculij confuſionem cum obligationis confuſione. Nam confuſio peculij ſemper fit mortuo patrefamilias, quia ſemper patrefamilias ſit qui ante filiusfamilias fuit. At confuſio obligationis, ſiue naturalis, ſiue ciuilis, nec nec aliter, nec prius fit quã idẽ factus ſit per acquiſitionẽ hereditatis, ſiue in totum, ſiue ex parte, & debitor creditor. Denique confuſio naturalis obligationis in propoſito caſu nunquam fieri poteſt, niſi præcedat confuſio peculij. At confuſio peculij facile fieri poteſt, etiamſi non ſequatur confuſio naturalis obligatio-

nis, vt in ſupradicto exemplo cernere eſt. † Si verò è 16 contrario poneremus patrem tuum, eundémque debitorem ex aſſe inſtitutum fuiſſe, te autem exheredatum, vel in legitima duntaxat inſtitutum, vtique dicendum eſſet confundi totam obligationem naturalem, concurrente ſcilicet in meam perſonam vtroque iure totius debiti, creditique, quia cùm eſſem debitor tuus ex cauſa mutui, hereditas quæ fuit facta mea creditrix per confuſionem peculiorum, faciendo me heredem ex aſſe, fecit etiam me in ſolidum creditorem: cuius verò, niſi meiipſius? Ergo quemadmodum ſi ſolus tu fuiſſes inſtitutus, nullam omnino haberem repetitionem, quia nulla ex parte facta eſſet confuſio: ita è contrario in hoc poſteriore caſu me ſolo herede inſtituto fatendum eſſet poſſe me repetere totum, tanquam ſublata per confuſionem tota obligatione naturali. Quod etſi Africanus non omnino apertè exprimit, ſatis tamen innuit, nec obſcurè, cùm ait repetiturum me vtique pro qua parte heres extiterim patris, at eadem ſit ratio totius quæ partis. † Altera ratio 17 grauior, tanquam pertinens ad naturalem quamlibet obligationem, id eſt, quæ contracta fuerit inter fratres etiam ex alia quàm peculiari cauſa, illa eſt quòd cù obligatio naturalis contrahitur, eodem ipſo inſtanti incipit poſſe aliquando habere effectum, & quidem poteſtate iuris ciuilis quod non pateretur tractari inter ciues de naturali obligatione, quæ nullum effectum habere poſſet.

† Effectus autem obligationis naturalis in eo potiſſimùm 18 conſiſtit, vt inducat ius retentionis ſoluto quantocunque eo quod naturaliter debebatur, *leg. naturales 10. Dict. de oblig. & action.* In quo tamen rurſum diſtinguen- 19 dum eſt & ſeparanda retentio à iure retinendi. Retentio enim tota facti eſt, non iuris, vt verò retinendi è contrario vt ipſum ſonat, totum iuris non facti, ſicut & ſolutio eius quod naturaliter debebatur, ſeparatum eſt ius ipſum retinendi ab acquiſitione quæ fit vi acceptæ ſolutionis: † ante omnia verò ſeparandus eſt ef- 20 fectus obligationis naturalis ab ipſa obligatione naturali. Nam obligatio eodem naturalis acquiritur fatri, adeò vt nullo modo, nullóque vnquam caſu acquiri poſſit ſuis, tanquam filij ſucceſſori, ſi peculium ſit apud patrem. † Sed effectus illius 21 obligationis quatenus conſiſtit in iure retinendi, acquiritur patri iure patriæ poteſtatis, cum ſit ex iure ciuili ex quo & patria poteſtas eſt, neque verò ſolo facto, vt naturalis ipſa obligatio æſtimetur. Acquiritur autem non eo tantùm tempore quo ſolutio fit, ſed ex eo ipſo inſtanti quo naturalis obligatio contrahitur, quia ſi ut naturalis obligatio ſine iure ſui effectus eſſe non poteſt, ita neque ius illud vel momento vno conſiſtere in perſona filij, cùm ſit ex genere earum rerum quæ patri non relucranti per filium acquiri & poſſunt & debent, *d. l. placet, & d. l. quod dicitur 130. D. de verb. oblig.* id eſt quæ in iure conſiſtunt. Secuta vero ſolutio, etſi frater ipſe, cui naturaliter debitum fuit, pecuniam ſolutam retineat, nemo tamen dubitat quin ea ipſa pecunia ſoluta acquiratur non ipſi filio, ſed patri, quoniã acquiſitio iſta, non alterius rei quàm dominij acquiſitio eſt. Dominium autem ius eſt, ac in iure, non in facto conſiſtit. † Quæ vnica ratio eſt dictæ *l. placet 69. De ac-* 22 *quir. hered.* & cæterarum omnium, quæ volunt per filium acquiri omnia patri iure patriæ poteſtatis, *l. 2. C. de patr. poteſt. l. 1. D. ſi quis à parent. manum. ſit. l. ſiue emancipatio 17. C. de donat.* † Inde igitur fit vt in propoſita ſpecie, cũ 23 tu mihi centum mutua numeraſti, fuerim quidem ſoli tibi, nõ etiam patri noſtro ex ea cauſa obligatus naturaliter, ſed tamen ita vt eodem inſtanti quo tibi fuit quæſita obligatio, quæſitum etiam fuerit patri noſtro ius retinendæ eius pecuniæ, quandocunque tibi per me ſolueretur. Retinendæ, inquam, non quaſi ſibi debitæ, ſed quaſi per ſolutionẽ à me tibi factã acquiſitæ ex tua perſona, vnde cunque tandem illa pecunia à tà ad me, & rur-

ſum à me ad te peruenerit, etiamſi nullum peculium à patre habuerimus, interueniente fortaſſis amico tuo, qui mihi tuo nomine ea centum numerauit, & alio ſimiliter amico meo, qui de ſuo tantundem ſibi meo nomine reddiderit. † Itaque ſi ſoluerim tibi, & reddiderim ea centum viuo patre, dubitari non oporteret, quin tota pecunia illa patri acquireretur, † atque ita mortuo patre, ſiue inſtitu-
24 tis nobis ex ſemiſſibus, ſiue nauis, ab inteſtato tantum in ea pecunia eſſem conſecuturus iure portionis meæ
25 hereditariæ, quantum tu pro hereditaria tua portione, vt proinde nihil iam tibi profuturum eſſet, quod aliquando fuiſſem naturaliter obligatus tibi, non patri, nec rurſum quod ſoli tibi, non etiam patri ſoluiſſem, non magis quàm ſi ſoli patri & debuiſſem, & ſoluiſſem. Quamuis ſi ſoluiſſem patri quod ego non ipſi, ſed tibi debebam, vtique non eſſem liberatus, quia non alia ſolutio poteſt inducere liberationem, quàm quæ fieret ipſi cui debebatur, aut ſaltem eo conſentiente alteri, ſiue naturaliter tantùm, ſiue etiam ciuiliter debitum proponatur, *l. 3. & 4. l. inuito. C. de ſolut. l. ſerui 14. in fin. D. de oblig. & action.* †
26 Eadem igitur ratio facere debet, vt quamuis [illegible] poſt patris noſtri mortem tibi ſoluerim, non ideo [illegible] melior mea conditio eſſe debeat, quam ſi eo [illegible] quo fuerat contracta naturalis obligatio viuo adhuc patre tibi ſoluiſſem. Eſt enim perpetuum, vt quoties de iure & effectu obligationis quæritur, non tam ſolutionis tempus inſpiciendum ſit, quàm obligationis *l. ſi filiusfamilias 78. D. de verb. oblig. l. 1. D. qui potior. in pign. hab.* † Ergo
27 quod tibi ſoluero poſt mortem patris noſtri, repetere potero per indebiti condictionem, tanquam indebitum pro ea parte pro qua ſucceſſi patri, cùm pro ea parte ſucceſſerim in ius, non quidem creditoris, vt male vult Cuiacius (nunquam enim pater meus in ea pecunia fuit meus creditor) ſed in ius quod habuit pater retinendi & acquirendi ſibi pecuniam illam debitam, quandocunque tibi per me ſolueretur. † Neque repugnat quod Africa-
28 nus ponit factam fuiſſe ſolutionem poſt mortem patris: non enim ideò pertinet quaſi putauerit ille alio iure cenſeri me debere ſi viuo patre, alio, ſi poſt patris mortem ſoluerim, ſed quia facta ſolutione viuo patre non poſſet fieri locus quæſtioni De conditione indebiti, inter fratres eiuſdem in patris poteſtate conſtitutos. Siquidem condictio indebiti, vt & alia quælibet condictio, actio eſt, quæ non magis inter fratres filiiſfamilias, quam inter patrem & filiumfamilias exerceri poteſt, vt initio diximus. † Ve-
29 rum autem eſſe, quod dicimus obligationem naturalem quæ filio fuerat quæſita, effectum acquirere patri, ſicut & effectus obligationis naturalis ſeruo quæſitæ acquiritur domino, intelligi ex eo poteſt quod Vlpianus ſcribit in *l. ſed ſi damnum 9. § peculium. D. de pecul.* P[illegible] dominum conuentum actione De peculio ab extraneo filiifamilias, vel ſerui creditore, poſſe deducere non [illegible] quod ſibi debeatur ab eo vel filio, vel ſeruo, ex cuius perſona conuenitur, ſed etiam quod aliis filiis vel conſeruis debetur in eadem poteſtate conſtitutis. Nec enim [illegible] mittitur, quaſi quod iſtis debetur, ipſi patri aut domino debeatur, ſed quia ſi quod debetur ſolutum eſſet creditori naturali, idipſum patri vel domino per eum acquireretur, atque ita effectus obligationis naturalis cederet totus in patris commodum, vel domini: cui proinde æquum eſt accommodari ius deductionis, qui alius effectus eſt eſt obligationis naturalis, vt per eam deductionem tantundem conſequatur pater vel dominus, quantum per ſolutionem conſecuturus fuiſſet. † Quò etiam pertinet
30 quod ſcribitur in *l. ſi noxali 11. §. eſt autem. ff. de pecul.* vbi quærit Vlp. ſi dominus cùm conueniretur de peculio ab extraneo, ſemel deduxerit quod ſibi à ſeruo naturaliter debebatur, & rurſus conueniatur de peculio ab alio, an eximere id debeat, id eſt iterum deducere de peculio, an verò veluti ſolutum ei videatur facta deductione. Et reſpondet, ſi quidem abſtulit hoc dominus de peculio non debere amplius deducere. Si verò eandem poſitionem peculii relinquit, hoc eſt, ſi eiuſdem quantitatis peculium manere voluit cuius erat ante [illegible], debere illum deducere, non quia videatur dominus eam partem in compenſationem deſtinaſſe, vt quidam putant ex *leg. quod Labeo 13 ff. de compen.* quæ indiciorum eo ad rem iſtam omnino non pertinet, ſed quia prior deductio non fuit facta cum effectu, nec proinde dici [illegible] obligationem [illegible] quæ deductione [illegible] dicebat, ſuum effectum habuiſſe, ſiue domino, ſiue [illegible] uo, aut aliis qui in [illegible] poteſtate [illegible] nus hic debuiſſet. Atque [illegible] pars diſtinctionis A[illegible]. † Poſtea [illegible] eam
31 quæſtionem verſatur A[illegible] pro ea parte [illegible] qua in [illegible] meus, idémque creditor [illegible] ſti, poſſim repetere quod tibi ſolui. H[illegible] pars diſtinctionis ſubdiſtinctionem illam [illegible]. Vtrum non minus peculio meo ad te peruenerit, quam quantum illud eſt quod volo repetere: vt ſi non minus ex peculio meo ad te peruenerit, poſſim repetere: ſi verò nihil ad te peruenerit, nihil poſſim pro illa parte repetere. Sin aliquid quidem, ſed minùs, poſſim repetere eatenus quatenus ad te peruenit, ratione illa, quam Africanus adfert quod naturalis obligatio, quæ tibi quæſita fuerat, hoc ipſo ſoluta videatur, quod tu peculij mei partem ſis conſecutus. Præſuppon[endum] enim eſt, id de quo nemo dubitat, & vt recta ſit ratiocinatio, ſublata obligatione quod ſolutum [illegible] reperiri indebitum, & ideo condictione indebiti peti poſſe. † Quantum autem differat hic caſus
32 à ſuperiore, ex eo conſtat quòd pro parte pro qua ego debitor heres exſtiti patri noſtro, ſublata eſt obligatio confuſione, vt iam diximus: in hoc verò caſu veluti ſolutionis poteſtate cum deductio pro ſolutione ſit, *dict. leg. ſi noxali 11. §. eſt autem. D. de pecul.* in illis verbis, *an verò veluti ſolutum videatur ſemel facta deductione.* Sunt autem iſta planè diuerſi modi tollendæ obligationis, confuſio & ſolutio, licèt ad eam tollendam æquè ſint efficaces, *leg. debitori 51. D de ſolut. leg. Stichum aut Pamphilum 95. § aditio. D. de ſolut.* Porro in propoſita ſpecie apparet non minus conſecutum te eſſe ex meo peculio, quam quantum illud eſt quod volo repetere. Ponimus enim peculium meum fuiſſe ducentorum, tuum verò non niſi centum aureorum, atque ita per confuſionem peculiorum factum eſſe vt tu ex meo peculio conſecuturus ſis centum, ego verò ex tuo quod totum conſiſtebat in obligatione illa peculiari centum aureorum quæ mihi credideras, dimidiam duntaxat partem illius obligationis per quam factus ſum creditor mei ipſius, & conſequenter deſi[j] per confuſionem debitor eſſe quinquaginta tantùm. Sentis igitur lucrum ex confuſione peculiorum ad quinquaginta vſque aureos. Ac proinde cùm ea ratione videas [illegible] quinquaginta ſoluiſſe, non potes recuſare, quominus ex centum tibi a me poſtea ſolutis poſſim repetere, nō [illegible] ſolùm quinquaginta, quæ diximus facta eſſe indebita, propter ſublatam confuſione obligationem, pro qua parte heres exſtiti patri, ſed alia etiam quinquaginta quæ [illegible] eſſes retinere, pro ea ſcilicet parte qua tu patri [illegible] heres extitiſti, cùm videantur illa iam fuiſſe tibi per me ſoluta. † Id verò fiet apertius, ſi mutata ſpecie
33 [p]onamus peculia fuiſſe æqualia, id eſt fuiſſe vtrumque peculium ſeparatim centum duntaxat aureorum, téque [illegible] illos tuos aureos mihi totos credidiſſe. Conſul[illegible] enim peculiis per mortem patris tui ex æquis por[tioni]bus heredes extiterimus, euenit vt tu ex peculio meo non niſi quinquaginta conſequaris. Siquidem ea centum quæ mihi numeraſti etiamſi non ſint à me conſumpta, meum tamen peculium augere non poſſunt, cùm peculium non intelligatur, niſi deducto ære alieno, etiam quod naturaliter tantùm debetur, tantum verò tibi ex ea cauſa debeam, quantum eſt in illis centum. Alioqui dicendum erit ex ducentis, quæ erant in vtroque peculio, conflatum fuiſſe peculium trecentorum citra vllam nouam acquiſitionem, quod eſſet abſurdum. Nam

ex

ex vna pa[illegible] licèt pecuniam nol[illegible] [illegible]s quippe qui totam [illegible], non co[illegible] en peculium habes, & qu[illegible] ſu[illegible] ſt, centum aureorum. Hæc [illegible] differe[illegible] quod cu[illegible] an[illegible] in pecu[illegible] nu[illegible]erata co[illegible]ſiſteret, cœpit poſtea conſiſtere in pecul[illegible] obligatione, ex quo tempore debuorem me habuiſti. Non e[illegible]g[illegible] c[illegible]nſequeri[illegible] ex meo peculio niſi quinquagi[illegible] [illegible] pecuniæ numer[illegible]a. Ego vero ex [illegible] [illegible] ne peculiari, quatenus ill[illegible] [illegible] iure heres [illegible] ſe [illegible]iſſe: atque ita faci[illegible] [illegible] quinquagin[illegible]ta qui eran[illegible] [illegible] me ab obligatione natu[illegible] [illegible] quinquaginta: Erg[illegible] ſi poſt [illegible] peculiorum quæ amplius pecul[illegible], qua[illegible] totius hereditatis diuiſionem ſolu[illegible] [illegible] quidem parte pro qua heres extiti, [illegible] quod ſolui: ſed pro alia par[illegible] pro qua [illegible]n heres extitiſti, nulla ratio eſt cur poſſim dicere, quo iure fuerit, aut videri debeat ſublata pro ea parte obligatio mea naturalis. Non enim fuit ſublata confuſione, quia pro ea parte ſemper fui debitor, nunquam creditor, tu verò contrà nunquam debitor, ſed ſemper creditor, quamuis alio atque alio iure, viuo ſcilicet patre, ex propria tua perſona, eodem verò mortuo, iure heredis, ad quem obligati[illegible] illa tua peculiaris facta hereditaria per cauſam hereditatis ad te peruenerit. Multò minus poſſis dicere ſublatam eſſe pro illa parte obligationem naturalem, veluti ſolutionis poteſtate, cùm neque tibi ſoluerim re vera, priuſquam facta fuerit numeratio pecuniæ, de cuius repetitione tractamus. Neque ex peculio meo plus conſecutus ſis, quam ego ex tuo propter quod poſſim videri ſoluiſſe. R[illegible]liquum igitur eſt vt ſuperſit obligatio naturalis quæ ſemel fuit contracta, & nunquam diſſoluta, quæ proinde impediat ſoluti

34 repetitionem. † Probat autem Africanus, non quidem fratrem debitorem poſſe repetere pro qua parte frater creditor heres extitit, ſi non minùs ex peculio fratris debitoris ad eundem fratrem creditorem peruenerit, de quo vix poterat dubitari, ſed quod erat difficilius, non poſſe repetere ſi vel nihil, vel minùs ex peculio ſuo ad fratrem peruenerit creditorem [illegible] probat hoc argumento, quòd ſi pater in propoſita [illegible] mihi deb[illegible] totum peculium meum prælegaſſet, qu[illegible] [illegible]xim[illegible]us fuiſſe ducentorum, officium quidem arbitri familiæ erciſcundæ qui inter nos diuideret hereditatem tale eſſe deberet vt patris noſtri voluntatem ſecutus, iuberet me mihi totum illud peculium retinere ac præcipuum habere, nec pati vt in diuiſionem tecum veniret, ſed tamen futurum, vt poſſes tu æquitate eiuſdem iudicij ex eo peculio deducere quantum tibi à me deberetur, pro qua parte patri noſtro heres extitiſſes, vt ea deductio vic[illegible] ſolutionis cederet, tibique acquireret ius retentionis. Nam cùm prælegatum nihil aliud ſit quam legatum quod vni ex heredibus relinquitur, ac proinde quicquid eſt quod prælegatum fuit, eius neceſſe ſit capi partem iure hereditario partem verò iure legati, id eſt, partem ab eo ipſo, cui fuit prælegatum, partem verò à coherede. *l. qui ſes ad [illegible]rorem 75. [illegible] de l[illegible] 2. l. in quartam 91. ff. ad legem Falcidiam.* Conſequens eſt vt quemadmodum pro qua parte e[illegible]o debitor, id [illegible]mque prælegatarius patri noſtro heres extiti, prælegatum non valeat, quia mihi à meipſo legari non potuit *l. & quidem totum. 18. de leg. 1.* ita pro qua parte heres extitiſti, & valeat & ex tua portione ad me peruenire in[illegible]gatur. Quo præſuppoſito non eſt mirum habere te ius retentionis ob illam obligationem naturalem, quæ pr[illegible] ea parte nunquam fuerit diſſoluta, & in eam rem vti deductione, id eſt, impetrare ab arbitro familiæ erciſcundæ, vt peculium meum quod non obſtante prælegato confuſum eſt in hereditate, factúmque hereditarium, [illegible] proinde commune mihi & tibi, non priùs apud me præcipuum manere iubeatur, quàm tu deduxeris ex ea portione quæ mihi a te iure legati obtingit, quinquaginta illa quæ tibi adhuc ſuperſunt debita ex naturali mea obligatione, quoniam niſi con[illegible]ſties tibi per e[illegible] modi deductionem, nullum ſupereſſet tibi ius, aut potiùs nullus modus retentionis. Quòd ſi eo quoque caſu quo peculium meum mihi prælegatum fuerit, habes contra me ius deductionis, quantò magis habere debet ius retentionis ſi vltro tibi ſoluero quod debeo, cùm non eſſet mihi peculium prælegatum? Hic enim ſolemnis Africani mos eſt argumentandi, vt p[illegible]bet obſcurum per obſcurius, difficilius, quod ſignificat ipſe etiam contextus verborum, *adeò vt ſi prælegatum, &c.* Ex qua ratiocinatione tantò magis apparet verum eſſe quod docuimus obligationem naturalem non fuiſſe quæſitam patri. Nam ſi fuiſſet quæſita, is certe prælegando mihi totum meum peculium, totam illam [illegible]gationem peculiarem in me transfundiſſet, hactenus ſaltem ne poſſ[illegible] [illegible] vllam eo nomine peti ex peculio meo deductionem. † Verum [illegible] Africanus alia ratione ſu[illegible] ex Iuliano quem habuit præceptorem. Nam ſi extraneo cre[illegible] qui quag[illegible]a debu[illegible] quæ tibi deb[illegible], & poſt mortem patris noſtri, non ſolum egiſſet [illegible] contra me tanquam ſibi obl[illegible] ciuiliter, ſed etiam exegiſſet, nondum accepto [illegible] familiæ erciſcundæ iudicio, tantum ego recuperare a te meo coherede per officium arbitri potero, quantum creditor meus actione de peculio a te conſequi potuiſſet, id eſt, quantum in peculio pro parte hereditaria fuiſſet. Quoties enim filiusfamilias cum extraneo contrahit duo fiunt debitores eiuſdem creditoris, filiusfamilias in ſolidum, pater verò de peculio, ita vt vterque ciuili & propria actione teneatur, *l. ſi quis cum filiofamilias 44. D. de pecul.* Itaque cùm non minùs [illegible] in peculio, quàm quantum deberem, & tu tanquam coheres patris ea actione de peculio partem debiti ex parte peculij ſoluere cogi potuiſſes: æquum eſt ſi ego totum de meo ſoluerim, non ob id meliorem fieri tuam conditionem, ſed tantumdem te mihi debere reddere iudicio familiæ erciſcundæ, quantum creditori meo actione De peculio præſtare debuiſſes. Quid enim tua intereſt an præſtares mihi, an extraneo creditori, & an actione De peculio, an iudicio familiæ erciſcundæ, dummodò non plus præſtes vno caſu quam [illegible] † Hinc [illegible] ſuppoſ[illegible] Africanus, ſi re integra, & no[illegible] [illegible]ex[illegible] per [illegible] creditorem quod ei debebam, iudicium familiæ erciſcundæ inter nos accipiatur, æquum eſſe ita peculium diuidi, vt vſque ad eius quantitatem præſtes me indemnem id eſt, vel caueas mihi de indemnitate, vel patiaris ex tua peculij portione in diuidenda hereditate tantum penes me remanere, quantum neceſſe ad ſolutionem creditori meo ſit faciendum, vt non moter in damno. Itaque ſi debebam creditori extraneo quinquaginta, retinebo ego ex peculij mei tua parte, quæ eſt centum aureorum viginti quinque, quæ alioquin fuerant ad te peruentura. Et hoc verò multum idem Africanus infert, ſi æquum eſt defendi me à te, ac in[illegible] [illegible]nem præſtari contra extraneum creditorem, multò magis debere te mihi eandem indemnitatem præſtare in eo quod tibi ipſi debeo. Facilius enim eſt, minúſque tibi onerosum, vt e[illegible] lucro quod tu p[illegible] peculiorum confuſionem, & ex mei peculij communicatione conſequeris (ſemper enim ponimus meum eſſe veriùs tuo) tibi ipſi cogaris ſoluere quod ego tibi debeo quam vt extraneo. Sibi enim ſoluere quis poteſt, & plerumque debet, etiam ſine actione, cùm tamen alij ſoluere nemo cogatur niſi actione interueniente, *l. ſi pupilli 6. § vlt. ff. de negot. geſt. l. quoties 9. § ſicut autem ff. de admin. tutor.* † Quæ poſtrema Africani ratiocinatio, vt appareat, non eodem pertinet quò ſuperior, vt probet non poſſe me repetere quod tibi ſoluerim pro qua parte 37

heres extitiſti, ſi vel nihil, vel minus ex peculio meo ad te peruenerit, ſed vt e contrario probet poſſe me repetere pro ea quoque parte, ſi non minus ex peculio meo ad te peruenerit, quàm ſuperſit in obligatione mea naturali.

li. Quod enim concludit Africanus, longè magis debere me præſtari à te indemnem in eo quod tibi debeo, nihil aliud eſt quàm quod initio dixit dandam eſſe mihi pro ea parte repetitionem. Nulla enim alia ratio eſt qua me poſſis præſtare indemnem poſteaquam tibi ſolui quod amplius non debebam, hoc eſt, quòd habendum erat pro ſoluto, hoc ipſo quod peculij mei partem eſſes conſecutus vberiorem quàm ego tui. Hoc enim ſemper ponendum eſt, quaſi è contrario fingeremus peculia eſſe æqualia, ceſſarent omnes illæ rationes Africani, quibus probare vult dandam mihi eſſe conditionem.† Et hæc ad Afri-
38 canum noſtrum adnotaſſe ſufficiat. Nam quod ſequitur *in §. quæſitum*, de obligatione naturali acquiſita filio contra patrem, & viciſſim patri contra filium, ſicut ad eundem tractatum pertinet, ita ex ſuperioribus intelligi facilè poteſt, probatque euidentiſſimè quàm verum ſit quod nos defendimus, Obligationem naturalem ſic acquiri filio, vt per eundem filium non poſſit acquiri patri, cui alioquin acquireretur contra ſeipſum. Ponendum tamen eſt, vt Africanus ponit, factam fuiſſe ſolutionem ex illa naturali obligatione poſt emancipationem. Alioqui ſi facta eſſet durante patria poteſtate, non poſſet locus eſſe quæſtioni De conditione indebiti, non ob id ſolùm quòd nulla poſſit eſſe lis inter patrem & filium familias extra cauſam caſtrenſis peculij, *leg. 4. ff. de iudic.* ſed etiam quia pecunia filiofamilias ſoluta etiam ab extraneo, nedum à patre, acquireretur patri tanquam [illegible] ctos obligationis naturalis, vt & alia quælibet acquiſitio dominij per filium ad patrem deuolueretur. Remanere verò naturalem obligationem etiam poſt emancipationem probat Africanus hoc argumento, quòd ſi intra annum poſt emancipationem ageret extraneus de peculio contra patrem debitorem filij, etiam quod pater filio naturaliter debuiſſet in peculio computaretur. Nam & deductio illa & computatio, quarum altera minuit, altera auget peculium, effectus ſunt [illegible]tionis naturalis. Reliqua in Rationalibus dicemus, quæ ſi feliciter abſoluere dabit Deus Optimus Maximus, non habebunt iuris ſtudioſi quibus noſtra omnia toto corde vouemus, quod conquerantur, cur hos Coniecturarum libros qui penè in infinitum produci poterant, vigeſimo concludamus.

F I N I S.

Gloria tota Deo qui hæc nobis otia fecit.

INDEX

INDEX PRONVNTIATORVM ET VERBORVM IVRIS INSIGNIORVM,

Quæ in his viginti Antonij Fabri I.C. acutiſſimi & Doctiſſimi Coniecturarum Libris continentur, elementorum ſerie diſpoſitus.

PRIMVS NVMERVS LIBRVM, SECVNDVS Caput, tertius Summarij numerum in margine notatum, quartus Paginam deſignat.

A

Abſens.

ABSENS poteſt emancipari 9.9.15.254

Non poteſt adoptari. ibid. & ſeq.

Abſenti per epiſtolam donari poteſt. 3.12.5.65

Abſens Reipublicæ cauſa quando reſtituatur in integrum. 4 10. & 11.456

Abſentibus quãdo ſuccurrat Prætor. ibid. num. 12

Abſtentio.

Abſtentionis beneficium eſt ex Iuriſdictione Prætoris 2 2.3.27.

Abſtentio eſt loco repudiationis. 9.14.22.169

Acceptilatio.

Acceptilatio eſt modus legitimus tollendæ obligationis [illegible] iure 20 15.7.803

Acceptilationis effectus. 4.18.2.102

Per Acceptilationem liberato reo, liberatur quoque fideiuſſor ibid.

Acceptilatio ſequitur obligationem. 19.3.13.740

Eámque perimit. ibid.

Per acceptilationẽ dos olim frequenter conſtituebatur. ibid. num. 11. & 12

Acceptilatio ſolutioni comparatur. 11.18.5.376

Acceptilatio Aquiliana eſt omnium optima & efficaciſſima liberatio. 17.9.4.629

Acceptilatio eſt ciuilis & imaginaria ſolutio. 17.11.27.636

Eſt eiuſdem poteſtatis, cuius vera & naturalis ſolutio eſt. ibid.

Accreſcendi Ius.

Iuris accreſcendi & ſubſtitutionis differentia. 4.13.9 94

Ius accreſcendi eſt ex lege. ibid.

Iuri accreſcendi inter legatarios quando ſit locus. 6.1.11.131

Ius accreſcendi in portionibus agnatis locum non habere. 9.4.4.54

Accuſatio.

Accuſatione nondum inſtitutã, liberaliter accuſatio remitti poteſt. 2.20.9.49

Non item pecuniâ accepta. ibid.

Ab accuſatione qui deſiſtit, incidit in Senatuſconſultum Turpillianum ibid.

Accuſatores ſubſcriptionis neceſſitas obſtringit. 2.20.3.47

Accuſatio adulterij etiam ante Conſtantinum publica fuit. 2.20.5.48

Acquirere, Acquiſitio.

Acquiſitio alia reuocabilis, alia irreuocabilis. 20.2 2 & 3.777

Irreuocabilis per legati agnitionem inducitur. ibid.

Legatum quod ſemel acquiſitum eſt, amplius repudiari non poteſt. ibidem. & 17.9 11.630

Acquiri alteri per liberam perſonam nihil poteſt. 18 7.4.684. & 11. 18.4.376

Excipitur caſus poſſeſſionis quæ per liberam perſonam acquiri poteſt. 18. 7.4.684

Is ſibi acquirit, qui ex aliena pecunia rem comparat. 5 9.1.113

Non ei cuius ſunt nummi. ibid.

Excipitur miles, ex cuius pecunia qui emit, non ſibi, ſed militi acquirit. ibid.

Maritus non poteſt acquirere vxori. ibidem.

Actio in genere.

Actio eſt ius perſequẽdi in iudicio quod ſibi debetur. 20 9.2.789. & 15.1.2.490

Non ſit generalis illa definitio. 20.9 4.789

Actio dicta eſt ab agendo, id eſt cogendo & compellendo quod per eam agatur & cogatur is qui eſt perfidus in ſua vecordia. 20.9.n.2.789

Actio num vendi poſſit. 12.tot.c.2.11. 398. & ſeq.

Actionum formulæ licèt ſint ſublatæ, earum tamen natura manſit. 20.8.17.788

Actio quæ ſolutione perempta eſt, an ex interuallo cedi poſſit. 11.tot.c.2.9.353. & ſeq.

Actio non datur niſi ei cuius intereſt 20 11.794

Actiones olim nihil aliud erant quàm formulæ certis verbis conceptæ. 20. 11.5.798

Actionum formulæ olim fuerunt diuerſæ. 15.1.21.498

Actionem elidi & tolli differunt. 12. 4. 12.188

Actio amitti poteſt culpa & vitio actoris ſubſiſtente obligatione. 7.16.4 190

Difficiliùs datur quam exceptio. 7. 9 11.188

Actio nulla naſci poteſt ex ſententia quæ non irrogat condemnationem. 16.14. 8.389

Actionem exercendo nemo ſuam conditionem deteriorem facit, ſed meliorem. 16.14 3.588

Actiones poſſunt hodie ab hærede & contra hæredem incipere. 19.19.13.770

Quod olim ſecus erat. ibid.

Actio dei [illegible] incipere à citatione. 20.9.13.790

Actionem cui damus, multò magis exceptionem dari oportet. 20 11.23.796

Actionem ex ſua improbitate nemo conſequi debet. 20.8.6.787

Actio eſt ius, id eſt portio quædam & effectus iuris ciuilis. ibid.

Ex eadem cauſa duæ Actiones interdum competunt 16 4.7.562

Actionum diuiſio in actionem in rem, & actionem in perſonam eſt perfecta 20. 10 2.791

Actionum diuiſio quam proponit Imperator *in §. omnium. Inſtit. de actionib.* examinatur. 19.20.771

Actio nulla poteſt incipere ab executione contra reum inauditum. 20. 9. 13. 790

Alia eſt ordinaria, alia extraordinaria, alia ſubſidiaria. 11.17.9.374

Actionis ſpecies & differentia, & primùm Actio in perſonam.

Actionum realium & perſonalium differentia.

rentia.10.9.2. & ſeq.789. & lib.15.1 2. 490
Actiones perſonales condictiones dicuntur. 16.4 9.562
Actionem in perſonam ſequitur condemnatio: ſecus eſt in actione in rem. 15. 1.2.490
ſolæ Actiones perſonales propriè loquendo actiones dici debent. 15. 1.1. 490
Actioni non eſt locus, quin præcedat efficax obligatio. 1 2.5.201
Actio in perſonam incipit à coactione. 20 9.2 789
Actiones merè pœnales quæ ſint. 4. 19.4. 105
Nulla actio extenditur vltra quadrupl'um.2.3.1.28
Actio de Dolo,eſt merè in perſonam. 16. 18 17.602
ex remedio, leg. *diffamari.* 19. 20. 7. 771
Actionis mandati, & actionis negotiorum geſtorum eadem vis eſt & poteſtas. 8.6.13 209
Actio de conſtituta pecunia plenior eſt & efficacior actione ex ſtipulatu.13.2.17. 423
Actiones in factum ſunt omnes in perſonam 20.16.8.805
in Actione ad exhibendum intendit actor aduerſarium debere exhibere.10.20.9. 771
Actio reſcindens eſt perſonalis.10.10.18. 793
Actio ex vendito eſt in perſonam. 5. 4.4. 110
Actio negotiorum geſtorum ei non competit,qui ſuum negotium geſſit.11 7.3. 390
Actio ex iureiurando. 19.10 2.753
Actio ſerui corrupti. 5 8. 1.3
Actio negotiorum geſtorum quando detur ſideiuſſori. 8.6.13.209
Actionis ex conducto natura. 1.5.6. 31
Actio de peculio non datur in ſolidum, ſed quatenus peculium patitur. 1.8 2 9
Actio de in rem verſo datur in ſolidū.ib.
Competit aduerſus patremfamilias, vel dominum ex contractu inito cum filiofam.vel ſeruo. 11.1.23.337
Actio ex contractu datur etiam in id quod pacto comprehenſum eſt 5.10.4.115
Actio mandati actioni negotiorum geſtorum eſt ſimillima. 16.9.6 5 8
Actio empti competit ad hoc vt venditor vacuam rei venditæ poſſeſſionem tradat. 12.18 3.412
Actio tutelæ eſt bonæ fidei. 11.12.7.360
Actio conſtitutæ pecuniæ qualis.5.3.1.108
Actioni in factum ſubſidiariæ quando locus. 3.13.6.66. & 1.16.4.122
in Actione Quod metus cauſa intendit actor aduerſarium debere reſtituere. 19 20. 6.771
Actio legis Aquiliæ eſt pœnalis.4.1 20.78
Actiones ex delicto vel ſunt merè pœnales vel mixtæ. ibid.
Actiones quæ ex delicto proficiſcuntur non dari aduerſus hæredes in ſolidum, niſi lis ſit conteſtata, Bartolus & alij volunt. 4.1 19.78
Actio ſepulchri violati infamiam irrogat. 4.2.6.79
Actio vi bonorum raptorum eſt mixta. 4. 1.4 76
In actione ſiue iudicio de eo quod metus cauſa, in quantum damnetur reus 16.18 2 & 8.600.& ſeq.
Actio quod metus cauſa an ſit mixta. 20. 10.numer.11.& ſeq.792
Actio ad exhibendum an ſit mixta. ibid.
Actio mixta eo ſenſu quod & in perſonam ſit & in rem,eſt nulla.20.10.num. 8.& ſeqq 791
In actione de eo quod metus cauſa in litem nunquam iuratur. 16.18.78.1.& ſeq.600

Actio in rem.

Actio in rem petitio magis propriè dicitur quàm actio. 20.9 3.789. & libr.15. cap.1.num.2.490
Aut perſecutio rectius appellatur, ſi ſit quidem in perſonam ſcripta, ſed ad rem ipſam conſequendam. ibid.
Actiones in rem ſcriptæ quæ 19.20.num. 4.& ſeqq. 771
Actionem in rem ſcribi, & in rem dirigi ſunt diuerſa. 19.20. 5. ibid.
in actionibus in rem non perſona, ſed res conuenitur. 20.8.17.788. & cap.9. num. 8.789. poſſeſſor eſt aduerſarius non reus: at in actionibus in perſonam idem eſt reus & aduerſarius. 20.9.10. 790
Actio in rem non naſcitur ex vllo negotio.20.8.9.787
ſed tantum ex poſſeſſione detentoris & dominio actoris. ibidem.
Actiones in rem an dentur contra poſſeſſorem. 20.9.num.8.& 9.789
Actionem in rem nemo inuitus patitur aut ſuſcipit. 20.9 10.791
Actio in rem non niſi domino datur. 19. 12.4.756. nunquam contra dominum. ibidem
in actionibus in rem in litem iuratur. 6.17 8.161.& cur. ibidem
In actione in rem aliquando euenit vt poſſeſſorem ſatiſdare oporteat, de re quæ petitur,vbi petitur,aut vbi iudicatur reſtituenda. 12.16.2.406
In act.in rem reſtitutio ſit arbitrio iudicis. ibid.3.765
Actio in rem eſt duplex, directa & vtilis. 10.11.1.794.directa cui detur. ibid.
Vtilis cui detur. num.3
Actio in rem de ſeruitute eſt duplex,confeſſoria,& negatoria. 20.15.1 803
Actio hypothecaria merè in rem eſt. 16. 18.17.602
Actionis hypothecariæ duo ſunt capita. 16.14.12.589
Actio hypothecaria ſeu quaſi Seruiana datur ex nudo pacto. 14.6.2 & 3.745. in id datur vt auocet poſſeſſionem. ibid.
Actio pignoratitia an ei detur, qui rem alienam pignori dedit. 7.19.1.195
Actio reſciſſoria eſt realis. 20.10 17.793. definitur ibid.
Actiones in rem dicuntur arbitrariæ. 12. 16.2.num.3.406 & cur. ibid.
Actionum arbitrariarum natura & definitio. 12.16.3 406
Arbitraria actio multiplex. 15 2. 14.493
Actio de eo quod certo loco eſt arbitraria 12.16.4.406 & cur.ibid propriè & κατ' ἐξοχὴν dicitur arbitraria. 15.2.14 493

Actiones bonæ fidei ſtricti iuris, ciuiles prætoria. &c.

Actiones bonæ fidei vnde oriantur.16.1, 21.555
Actio ex teſtamento an ſit bonæ fidei. 15. 3.22 497. & 12.18.3.412
Actiones ſtricti Iuris ex ſtricto iure obligationis pendent & æſtimantur. 15.2. 1.494
Actio ex ſtipulatione eſt ſtricti Iuris. 14. 18.4.484
Actiones prætoriæ ex æquitate omnes æſtimantur. 15.2.20.494. illarum vſus. 15.2.18.ibid.
Actio de conſtituta pecunia eſt prætoria 15.2.17.ibid.
In actionibus ciuilibus licet ex delicto deſcendant vera ſit litis conteſtatio. 7. 20.9.196
Actio ad ſupplementum legitimæ à Iuſtiniano eſt introducta. 15.10 21.518
Actio Iudicati. 11.9 8.354
Priorem actionem nouat. ibid.
Actio vtilis tantum poteſt, quatenus directa. 19.18.10.769
Actiones vtiles aliæ datiuæ, aliæ natiuæ. 19.19 11.770. & quæ datiuarum, quæ natiuarum ſit natura. ibid.
Actionum aliæ actiuæ,aliæ paſſiuæ.19.15. 1.761
Actiones rei perſecutoriæ contra hæredem in ſolidum tranſeunt. 4.1.20 78
Licèt ſint ex delicto. ibid.
Etiam actiones quæ rei perſecutionem non habent dantur aduerſus hæredes in quantum ad eos peruenit. 4.1.1.76
Actio rerum amotarum rei perſecutionem continet. 4 1.14.& 15.77
Datur aduerſus vxorem quæ mariti res amouit. 3.19.6.74.& 16.11.17.582
An actiones ex ſtrictis fieri poſſint arbitrariæ. 15.2.492

Actor.

Actor debet ſequi forum rei conuenti.20. 7.9.786
Actor dicit, reus contradicit. 19.20.9.771
Actor intendit,reus defendit. ibid.
Actoris intentio eſt actio, rei defenſio eſt exceptio. ibid.
Actor dicitur ille tantùm qui agit,actoris verò partibus fungi ille demum cui incumbit onus probandi.20.13.n.13.800
Actore non probante abſoluitur reus. 19. 4 8.742

Actus.

An in ſeruitute actus, iter quoque contineatur. 1.20.1.& ſeqq.24
Actus eſt ius agendi iumentum vel vehiculum. 1.20 6.ibid.
quid differat ab itinere. 1.20. 5.6. & 8. ibid 8. & ſeq à via. ibid.
Actus latitudo vel eſt à contrahentibus vel arbitrio. 19.14 9.10.& 11
differt à viâ,& ab itinere. 19.14 11.759
Actus non debet operari vltra intentionem,agentis. 11.17.9.374
Actus morientium an poſſint ſuſpendi. 19 16.18.765.
viuentium an ſuſpendantur. ibid.
nihil actum videtur, quandiu aliquid agendum reſtat. 20.19.10.814

Aditio hæreditatis.

Aditio hæreditatis eſt neceſſaria vt teſtamentum poſſit effectum ſuum habere. 19.16.13.765.Non tam legis,quam hominis confirmatio eſt. ibid.
Perſonale factum adeuntis deſiderat.17. 11.8.645
Aditionis hæreditariæ effectū.15.13.14 518.
Adeundi ius pendet ex delatione. 14 1.5. 415
Aditio coacta nihil lucri & commodi affert. 7 17.7 192
In ſuis hæredibus nulla eſt aditio hæreditatis. 10.18.1.327
Non aditâ patris hereditate pupillares tabulæ corruunt. 2.2.1.27

Adiectus ſtipulationi.

Adiecta perſona ſtipulationi quæ dicatur. 19.19 6.770
Eſt ea cuius nomen ſequitur nomen perſonæ in qua conſiſtit ius obligationis. ibid.
Etiam perſona extranea ſolutionis cauſa in ſtipulatione adiici poteſt de adiecto ſtipulationi ſolutionis gratia. 3. 10.2.62

Adiudicatio.

Adiudicatio hypothecæ quid ſit. 16 15. 13.592

Adoptio.

Adoptio eſt actus legitimus. 9.9 17.254
nec diem recipit, nec conditionem. ibidem.
ſit in fauorem adoptātis & adoptati.9. 8.13.ibid.
Adoptari non poteſt is qui eſt in hoſtium poteſtate 9.9.15.& ſeq. ibid.

Aduentitia.

In aduentitiis filiusfamilias hæredem ab inteſtato hodie habere poteſt.10.8.12. 306
Aduentitia non conferuntur. 13.11.25. 434

Adulterium.

Adulterij crimen ſanguinis pœnam non irrogabat

Irrogabat ante Conſtancis & Conſtantij conſt tutionem. 2.20.2.47
Pœna olim erat relegatio. ibid.
de crimine adulterij iure veteri tranſigere & paciſci non licebat. quin actor in Senatuſconſulti Turpilliani pœnam incideret. 2.22.1 ibid.
In princip. nouo iure crimen adulterij eſt capitale 2.20.3.ibid.
Adulterij accuſatio eſt hodie publica. ibidem.

Ædificium, ædificare.

Ædificare ad alterius inuidiam non licet 19.15.13.762
Ita vt vicino duntaxat noceatur, non verò ædificanti potiſſimum conſulatur. ibidem.
Vt prohibere ædificantem non licet. ibidem.
Ædificium an tolli poſſit in infinitum. 19.15.14.762

Æquitas.

Æquitas prætoria nihil differt à iure prætorio. 9.14.11.269
Æquitas ciuilis à iure ciuili proſſus diſcrepat. 9.14.12.ibid.
Æquitatis ciuilis & prætoriæ differentia. ibidem.
Æquitatis naturalis effectum. 8.16.1.224
Æquitas cerebrina. 11.9.2.353

Æſtimatio.

De æſtimatione rei debitæ ineunda. 16.1.5.553
An æſtimatio rei debitæ poſſit creſcere poſt condemnationem, aut poſtquam perempta res eſt. 16.1.5.554
De æſtimatione rerum furtiuarum. 16.1.8.ibid.
Æſtimatio delicti præteriti ex poſtfacto an creſcat. 16.6.13.170
Æſtimatum commodatum dari poteſt, vt periculum omne ad commodatarium pertineat. 7.6.4.& 5.176
Rebus æſtimatis in dotem datis venditionem dotis cauſa factam cenſeri. 7.6.3.176
Hominis æſtimatio incertior eſt, quam fundi. 7.6.6.ibid.
Æſtimatio quaſi venditio eſt. 7.5.1.175
Æſtimatio quæ dotis cauſa fit, an ſit venditio. 7.6.5.176
In æſtimando eo quod intereſt honeſtus modus ſeruandus eſt, non immoderata cuiuſque luxuria ſubſequenda eſt. 5.8.2.133

Affectio.

Affectio perſonarum an poſſit efficere vt alteri per alterum actio acquiratur. 3.4.1.4.
Affectiones immodicas ciuilis legiſlator reprimere ſolet. 2.3.1.28

Agere.

Inuitus agere quis cogatur. 8.17.7.& 8.227
Malè qui agit, cauſa cadit. 10.9.14.790
Non item is qui fruſtra agit. ibid.

Agnatus.

Agnatus proximus eſt quem nemo antecedit. 20.4.6.781
Agnatus ſupremus eſt poſt quem nemo eſt. ibid.
Proximus Agnatus quis dicatur, cùm de ſucceſſione inteſtati agitur. 6.14.1.155
ſi Agnatus proximus delatam hæreditatem repudiaſſet, ſequentis gradus agnati iure veteri non admittebantur. 3.4.21.55
In agnatis non eſt ſucceſſio. ibid. & 10.12.7.314

Alienatio.

Alienationis nomen ad contractus magis quàm ad vltimas voluntates pertinet. 14.7.3.468
An alienatio dicatur tranſlatio dominij, quæ fit per hæredis inſtitutionem. 14.7.4.ibid.
Alienare etiam dicitur is qui non vtendo ſeruitutem amittit. 19.14.4.759

Alienatio eſt actus per quem dominium transfertur. 14.7.4.468
Alienationes oneroſæ poſt contractum capitale crimen an valeant 7.20.14.& ſeqq.197
Alienatione generaliter prohibita, cenſetur excepta cauſa alienationis neceſſariæ. 14.11.6.479
Prohibita alienatione extra familiam, an ſit prohibita extranei hæredis inſtitutio. 14.6.ibid.& ſeq.
Multa ſunt quæ cum alienari non poſſint tranſeunt per vniuerſitatem. 14.7.5.469

Allodialia.

Allodialia bona libera ſunt ab omni onere ſoluendi canonis, vel tributi annui, aut alterius præſtationis, & quorum dominium ſibi vindicare alius nemo poſſit. 20.13.10.794

Ἀναλογίζοι.

Ἀναλογίζοι. qui dicantur apud Iuriſconſ. Græcos. 11.1.2.338

Alternatiuus.

In alternatiuis ſtipulationibus debitoris eſt electio. 8.15.5.41 & lib.7.5.1.175

Annuum.

Annui appellatione quæ ſignificentur. 2.8.4.33

Appellatio.

Appellatio extinguit iudicatum. 7.20.13.197

Apoſtaſia.

Crimen apoſtaſiæ morte non finitur. 7.20.6.196

Aquæductus.

Aquæductus eſt ſeruitus ruſtica. 19.9.15.752
Non poteſt conſtitui ex ſtagno, neque ex lacu non perpetuo. ibidem.
Ex ciſterna conſtitui nequit. ibidem.
Acquiritur longo tempore. num. 16
Aquæductus eſt ſeruitus diſcontinua. 19.11.4.755

Aquæhauſtus.

Aquæhauſtus non poteſt conſtitui ex puteo, niſi habeat aquam perennem. 19.9.15.752

Lex Aquilia.

An lege Aquilia agi poſſit pro damno dato à rebus inanimatis. 5.17.2.183

Aquiliana formula.

Aquiliana formula eſt inſtituta in gratiam poſthumorum alienorum. lib.9.c.7.2.& ſeqq.251
Tractatus de formula Aquiliana & lege Vellea hodie eſt ſuperuacuus. 9.2.10.255

Arbiter, arbitrium.

Arbiter quodammodo iudex eſt, & arbitri ſententiam dicimus ſicut & iudicis. 18.12.13.701
Arbitrium iudicis an ſit ſententia. 16.17.4.597

Arbitrariæ actiones.

Arbitrariæ actiones quæ. 15.1.17.498. & lib. 15.3.2.495
Non oriuntur ex præcedenti obligatione, ſed ex mero iudicis officio pendent. Ibid.& 15.2.1.492
Non dantur aduerſus eum qui ex contractu, aut delicto obligatus eſt. 15.3.2.495
Arbitrariæ actiones vnde dictæ. 16.17.18.598
In arbitrariis actionibus nihil omnino debetur ante condemnationem. 16.19.24.606
In iis omnibus arbitrium iudicis præcedit, vt ſi non pareatur, condemnatio ſequi poſſit. 16.17.num.4.& 5.597
In arbitrariis actionibus iuſtam iudicis de reſtituendo præcedit condemnationem 16.1.20.555
In actionibus arbitrariis an manu militari auferenda ſit poſſeſſio reo, qui non vult reſtituere. 16.17.30.599
An duæ ferantur ſententiæ vt Bartolus & alij ſentiunt. 16.1.4.597
Arbitrariæ actiones propter [illegible] continent quot ſint. 15.2.[illegible]
An in iis cautum ſit per ſatiſdationem. 15.3.495
Arbitrariæ actiones hodie nullas eſſe. 17.34.600
Arbitraria iudicia. 15.1.[illegible]
Neque bonæ fidei, neque ſtricti ſunt. 14.18.15.456
An ſint ex ſtricti s. ibid.
Arbitrariæ actiones, & actiones bonæ fidei in quo conueniant. 15.3.3.495

B

Beneficium.

Beneficium collatum perſonæ, deficit deficiente perſona. 8.13.8.220
Beneficium diuiſionis inter quos locum habeat. 8.13.199
Competit fideiuſſoribus ex Epiſtola Diui Adriani. 11.11.9.358
Ius ſingulare illorum fuit, qui pro aliis ſouerent. 11.12.11.360

Bona.

Bona habent ſoli patres familias. 10.8.11.306
Aliud eſt Bona, aliud Peculium habere. ibidem.
In Bonis rē habere quid ſit. 20.11.12.794
In Bonis noſtris quæ res eſſe dicantur. 19.8.7.750
Bona vacantia ſunt quæ non habent ſucceſſorem, ne quidem ab inteſtato. 17.2.5.615
Bona vacātia an poſſint vſucapi. 7.10.181

Bonorum poſſeſſio.

Bonorum poſſeſſiones introductæ ſunt à prætore iuris veteris cum corrigendi cum confirmandi gratia. 4.4.2.80
Bonorum poſſeſſio alia cum re, alia ſine re. 9.14.n.13.& 14.269
Quid ſit vtraque. ibid.
Bonorum poſſeſſio quomodo ſit acquirendi dominij modus. 7.4.4.174
Per Procuratorem peti poteſt 14.1.18.456
de Bonorum poſſeſſione contra tabulas varia iura condita fuēre. 10.16.13.324
Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur etiam ſi nullus ſit hæres, & ante aditionem hæreditatis. 17.1.3.613
Quomodo differat à querela inofficioſi teſtamenti. ibidem.
Bonorum poſſeſſio non eſt mixti imperij ſed iuriſdictionis. 4.4.2.81
Bonorum poſſeſſio eſt hæredis loco. 17.1.num.16.& 17.614

C

Caduca.

Caduca pertinent ad fiſcum cum oneribus ſuis. 3.16.4.69
Nimirum ex lege Iulia. ibidem.
Caducorum & Vacantium bonorum differentia. ibid.
Caduca hæreditas quæ 3.16.n.2.& 3.69

Calumnia, calumniator.

Calumnia crimen eſt famoſum. 4.2.6.79
Calumniatores prætoris edictum infames facit. 6.6.2.142
vt Calumniator infamia notetur, requiritur vt calumniæ cauſa ſit condemnatus. 6.6.4.143

Capitis diminutio.

Capitis diminutio minima, nihil niſi familiæ ſtatum immutat. 10.19.4.330
Capitis diminutione teſtatoris, quando infirmetur teſtamentum. 10.18.num.6.& ſeq.327

Captio.

Captio in iure ſæpiùs damnum ſignificat 8.10.num.1.2.3.4.213.& ſeq.

Captiuus.

Captiuus eſt ſeruus hoſtiū. 10.12.16.315
Captiui iura omnia ſunt in ſuſpenſo propter ſpem poſtliminij. 10.12.13.316
Captiui ſtatus non pendet. ibid.
Liberorum Captiui ſtatus eſt in pendenti. ibid.

Captiui filius non poteſt teſtari. 10.8.14. 306
Captiuus redemptus an fiat ſeruus redimentis. 11.7.n.15.16.17.349.& 350
Captiui & deportati differentia. 10.12. 3.727

Caſus fortuitus.
Caſus fortuiti ad Dominos regulariter pertinent. 6.10.5.150

Catoniana regula.
Catonianæ regulæ ſententia ab omnibus interpretibus male eſt accepta. 12.19. 5.413
Catoniana regula ad hereditates non pertinet. 12.19.2.ibid.
lege Iulia antiquata fuit. 12.19.12.414
pertinet ad legata pura. 12.19.14.ibid.
non ad conditionalia. ibid.

Cauſa.
Cauſa quid prudentibus ſignificet. 15.1. 13.491
Cauſa perpetua ſeruitutis quæ. 19.9.15. 752
Duæ cauſæ lucratiuæ circa eandem rem & perſonam concurrere non poſſunt. 2.15.1.41

Cautio.
Cautio Muciana. 2.16 per tot.43 & ſeq.
Eius introducendæ cauſa. ibid
Cautio de damno infecto quid contineat. 2.17.1.& ſeqq.45

Cedere Ceſſio Ceſſionarius.
Cedere actionem & ſoluere non idem ſunt. 12.7.5.390
Cedi poſſunt iura omnia. 5.7.1.111
An & fideicommiſſum, ita fideicommiſſarius in alium transferat ius perſequendi fideicommiſſum. ibid.
Cedentis pactum an noceat ceſſionario. 12.2.1.& ſeqq.382
De ceſſione nominis. 12.7.1.& ſeqq.390
Ceſſio fieri poteſt aut commodo periculóque cedentis, aut periculo commodóque ceſſionarij, aut denique vtriuſque gratia. 12.4.1.& 2.385
Ceſſio nominis quomodo differat à delegatione. 12.11.1.191
Ceſſi nominis periculum an ad cedentem ſpectet, an ad ceſſionarium. 11.7. num.1.& ſeq.348
Ceſſione an liberetur debitor, quominus à cedente creditore conueniri poſſit. 12.1.1.382
In Ceſſionarium directæ actiones transferri nullo modo poſſunt. ibidem
An Ceſſionario obſtet exceptio, quæ obſtat cedenti. 12.9.1.191

Cincia lex.
Lex Cincia qua de re fuerit lata. 19.11. 754

Circumuenire.
Circumuenire eſt dolo malo decipere.8. 11.201

Clericus.
An Clericus qui agit contra Laicum coram iudice Laico, poſſit coram eadem iudice à Laico reconueniri. 20.7.8.786
Clericus etiamſi maximè velit, Iudicis ſecularis Iuriſdictionem contra ſe prorogare iure Canonico non poteſt. ibidem num.9.

Codex.
Leges Codicis ad propoſitos caſus accommodabantur. 3.17.16.71
Cui difficiles explicatu. ibidem.
In legibus Codicis multa in facto ſupplenda ſunt, quæ quòd in precibus expreſſa eſſent, in reſcripto fruſtra fuiſſent repetit.. 18.14.35.710

Codicilli.
De Codicillis. 15.15.1.536
Codicilli ante teſtamentum facti an debeant confirmari, vt valeant. ibid.
Originem ſumpſerunt à teſtamentariis. 15 15.3.ibid
De Codicillorum confirmatione. 15.15. num.6.& ſeq.ibid.15.16.num 2.539
Codicilli ex teſtamento frequentiores codicillis ab inteſtato. 15.14.2.531
Ex Codicillis non confirmatis nihil peti poteſt. 5.12.6.118
Codicillis hæreditas adimi non poteſt. 18.16.9.715
Clauſula Codicillaris an in omnibus teſtamentis ſubintelligatur. 15.17.13

Collatio.
Neceſſitas collationis iure Pandectarum ceſſabat facto teſtamento, niſi eam teſtator expreſsè iniunxiſſet. 7.12.9.185

Commodatum.
Commodatum quarum ſit rerum. 19.7. 12.748
In iuribus conſiſtere non poteſt. ibid.
rei Commodatæ & dominium & poſſeſſionem ſemper retinet is qui commodauit. 7.6.5.176
Commodato qui vtitur in alium vſum, aut in aliud tempus furtū facit. 19.8.4.749
Commodatum æſtimatum dari poteſt, vt ſcilicet periculum ad commodatarium pertineat. 7.6.4.176
Commodatæ rei deterioris non factæ præſtatione liberatur commodatarius. ibidem.
Commodati actio in id competit, vt res ipſa reddatur. 7.6.5.176

Commune, Communicatio.
Quod commune eſt plurium in ſolidum non eſt commune. 11.8.5.352
Communicatio quando ſit alienatio. 5. 4 6.110

Compenſatio,
Compenſatio dicitur fieri ipſo iure. 8.2. 6.201
Dicitur exceptio. ibid.
An ſit exceptio, an verò actio.12.9.11. 394
Ipſo iure minuit actiones. 12.9.9.393
Solutionis vim obtinet. ibidem.

Compromiſſum.
Ex Compromiſſo non exceptio, vt ex re iudicata, ſed pœnæ tantùm petitio naſcitur. 11.2.5.338
Compromiſſa iam olim redacta fuerunt ad inſtar iudiciorum. 18.12.13.708

Concubina.
Concubina matrisfamiliàs honeſtatem non retinet. 3.14 1.& 2.66
In Concubina ſtuprum an committatur. 3.14.3.67
Duas Concubinas ſimul habere non licet. 3.14 2.66
An ingenua concubina eſſe poſſit. 3.14. 11.67
Concubinæ & vxoris differentia. 3.14. num.8.ibid.

Condemnare.
Qui Condemnare poteſt, abſoluere etiam poteſt. 15.1.5 536
Condemnari quiſquam non poteſt niſi conueniatur, nec rurſus conueniri ſine actione. 11.17.8.374
Condemnatio in actionibus perſonalibus locum habet, in realibus non habet. 15.14.498

Condicere, Condictio.
Quibus condicenda ſit pecunia. 11.8.10. 332.& lib.8.8.4.212
Nemo poteſt rem ſuam condicere niſi à fure. 16.4.9.562
Non condicit qui rem ſuam repoſcit actione depoſiti aut commodati. ibid.
Condicere nemo poteſt, niſi qui dominiū ad ſe pertinere probauerit. 4.1.3.76
Condictio furtiua ſoli domino datur, cùm tamen ex iuris ratione nunquam domino detur. 16.11.9.581
Condictio furtiua rei perſecutionem habet. 4.1.1.76
Eſt actio ciuilis non prætoria. ibidem.
Datur aduerſus raptorem. 4 1.3 ibid.
Eſt ſimilis actioni rerū amotarū 4 1.14.77
De conditione indebiti ſoluti. 4.2 0 nu. 1.& ſeq.104
Condictio certi ex mutuo competit. 15. 2.16.493
Condictio triticaria ex qua cauſa competat. 16.2.4.557
Condictio triticaria eſt generale nomen actionum omnium perſonalium, ex quibus aliquid petitur, exceptâ pecunia numerata. 16.4.num 4.562
Condictioni locus eſt, ſi ſine impenſarum deductione fundus traditus ſit. 11.20. 3.379
Sitne locus condictioni cùm omiſſa eſt exceptio cedendarum actionum. 11.20. num 1.& ſeqq.378
Condictiones omnes ſunt ſtricti iuris. 16. 4.11.563

Conditio.
Conditionis cuiuſlibet proprium eſt vt ſit indiuiſibilis, & conſequenter in totum implenda, nec ſufficiat impletam eam eſſe ex aliqua parte, niſi cùm ex coniectura voluntatis diuiſio conditionis induci poteſt. 17.5.10.621. & lib. 13.18.16.447
Conditionum omnium ea natura eſt, vt impleri debeant in forma ſpecifica. 9. 9.4 & lib.20. cap.1. num.9.775. & lib. 17.c.14.num.11.641
Conditionum verba naturaliter & propriè, non ciuiliter & fictitiè intelligenda ſunt.17.20.15.663. & lib.20. cap.1. num.9.775
Conditionum aliæ in dando, aliæ in faciendo conſiſtunt.17.15.1.645.& lib.6. cap.11.num.1.151
Conditiones in dando per alium impleri poſſunt. 17.15.1.645
Conditiones aliæ in faciendo, aliæ in non faciendo conſiſtunt. 2.16.3.43. & earum diſcrimina. ibid.
Conditio impoſſibilis eſt cui natura ipſa impedimento eſt, quominus exiſtat.6. 12.2.153
Conditiones impoſſibiles in non faciendo. 2.16.num.3.& 4.43
Conditio turpis ab impoſſibili eſt diſtinguenda. 6.11.8.153
Conditiones impoſſibiles in vltimis voluntatibus adiecta pro non ſcriptis habentur. 6.12.1.153
In contractibus actum vitiant. ibid.
Conditio formalis quæ. 19.1.9.755
Quomodo differat à conditione ſine qua non. ibidem.
Conditio alia tacita, alia expreſſa. 19.10. ibid.
Conditiones aliæ affirmatiuæ, aliæ negatiuæ. 17.18.38.657
Conditiones poteſtatiuæ. 15.7.2.506
Caſuales, mixtæ. ibid.
Conditio alienatiua. 17.5.13.612
Plures conditiones complectitur disiunctiuè tamen propoſitas. ibidem.
Conditiones quæ omnino futuræ ſunt via pro conditionibus habentur. 18.5. 4.& 677.lib.15.c.7.n.17.507
Conditio antequam exiſtat, priuatio tantùm eſt puritatis. 15 7.4.506
Adiecta inſtitutioni, ſuſpendit aditionem. 18 8.n.16.689
Conditionem expletam eſſe oportet, priuſquàm peti poſſit quod ſub conditione relictum eſt. 20.2.5.777
An is qui ſub conditione debet, propriè ſit debitor. 15.7.8.506
Conditio nunquā diſponit. 20.10.16.793
Conditionis & diei conuenientia.4.20.n. 1.& 2.127.128
Differentia. ibid. & lib.6.12.4.153
Conditio natiuitatem obligationis remoratur. 11.3.4.340
Conditio nuptiarum impletur primo inſtanti, quo nuptiæ contrahi incipiunt 19.1.11.756
Conditio quando liberos habuerit expleta cenſetur, ſi prægnante vxore deceſſerit. ibid.n.8 735
Conditiones an retrotrahantur ad tempus quo actus conditionalis interpoſitus eſt.19.1.12.756.& lib.15.7.6 504

Alteriua

Alterius conditionem deteriorem facere non licet. 12.2.11.383
Conditionalia verba diſpoſitionem non inducunt. 17.17.1.650
Conditionalis legatarij & creditoris differentiæ. 15.6.1.504

Coniunctiones.

Coniunctionum vis. 17.19.n.4. & 9.658 659
Coniunctiones conditionales & diſiunctiuæ quomodo ſumantur in iure. 17.18.n.1.& ſeq.653

Conductor.

An ad conductorem rei locatæ periculum pertineat. 2.4.29
Is qui locauerat conductor apud veteres plerumque dicebatur & contrà. 6.9.3.148

Confeſſoria actio.

Confeſſoria actio cui competat. 20.13.1.798
Confeſſoria actio quid ſit. ibid.
Confeſſoriæ & negatoriæ actionis conuenientia. ibid. n.2.

Confideiuſſores.

Confideiuſſores qui dicantur. 8.1.7

Confuſio.

Confuſio in ſeruitutibus quando contingat. 20.12.n.1.3.4.796
Confuſio actionum perſonalium quomodo fiat. 20.12.6.797
Confuſione perimitur omnis propſus obligatio. 7.16.1.190

Conſecutio.

Conſecutio recta à conſtitutione pignoris ad venditionem. 19.6.13.747
Conſecutio non eſt bona à venditione ad pignus affirmatiue. ibidem.

Conſtitutum.

Conſtitutum. 5.5.1.108
Conſtitutæ pecuniæ actio. ibid.
Actio de conſtituta pecunia eſt prætoria 15.5.17.494
Non arbitraria. ibid.
An conſtitutum ſit acceſſio principalis obligationis. 15.5.24.502
Conſtitutum non valet niſi præcedat aliqua obligatio. 15.4.18.499.& c.5.36.503
Per conſtitutum debitum neque augetur neque nouatur. 5.5.2.108
Conſtitutum quid differat à ſtipulatione. 15.5.n.26.& 33.502.503
Conſtitutum eſt pactum de pecunia iam debita ſoluenda interpoſitum. 15.5.23.502

Conſuetudo.

Conſuetudo nihil aliud eſt quàm lex non ſcripta. 13.11.12.433

Conteſtatio.

Per litis conteſtationem mala fides inducitur. 16.3.7.552

Conuentio.

In omni conuentionum genere ſequimur id quod actum eſt. 11.18.2.376
Conuentiones de ſeruitutibus quibus modus fieri poſſint. 19.7.6.748
Conuentio ne pignus diſtrahi poſſit non valet. 19.6.7.746

Contractus.

In contractibus obligatio ſtatim naſcitur, quæ niſi mutuo contrahentium conſenſu diſſolui non poteſt. 7.14.10.188
In contractibus nulla fieri poteſt interpretatio ex ſola alterutrius voluntate. ibid.
In contractibus inſpicitur quid actum ſit vt inter vtrumque contrahentium. ibid.
Contractum non licet contrahenti pro arbitrio interpretari. ibidem.
Contractus quomodo differant ab vltimis voluntatibus. ibid.
Contractus omnes propriam vim & naturam habent ex natura negotij, quod cuiuſque contractus proprium eſt, dependentem. 19.2.9.738
In contractibus impoſſibilis conditio actum vitiat. 6.12.8.153
In contractibus bonæ fidei vnde oritur mus obligationem. 15.1. num.9. & 10.490.491
In contractibus multa admittuntur contra ſubtilem rationem iuris. 19.16.18.725
In contractibus quæ ſimulatè geſta ſunt pro infectis habentur. 5.10.4.115
In contractibus ſtricti iuris vnde oritur obligatio. 15.1.9.490
Contractus omnes non niſi interueniente duorum pluriumve conſenſu perficiuntur. 15.6.12.505
Contractui interdum opponitur donatio. 19.2.9.738
Contractuum differentia in contractus bonæ fidei, & contractus ſtricti iuris vnde fluat. 14.18.4.484
Contractus eo ipſo tempore confirmantur quo fiunt, in quo differunt à teſtamentis. 15.7.2.506
Contractus qui conſenſu perficiuntur, ſuum & proprium nomen habent. 6.9.10.149
Ex contractibus ſucceſſores tenentur ex dolo eorum quibus ſucceſſerunt, non tantùm in id quod ad eos peruenit, ſed in ſolidum. 1.12.1.15
Contractus do vt des, quomodo differat à permutatione. 6.9 149
Ex inutili contractu non datur actio. 7.18.8.185
In Contractibus bonæ fidei an alteri liceat alterum decipere. 12.8.8.392
Contractuum & vltimarum voluntatum differentia. 6.12.1.153

Lex Cornelia.

Lex Cornelia teſtamenta eorum confirmat qui in hoſtium poteſtate deceſſerunt. 10.4.8.294
Lex Cornelia fingit ciuem Romanum qui apud hoſtes deceſſit, primâ captiuitatis hora mortuum. 10.3.1.290

Corpora.

Corporum genera quot ſint. 15.8. num.1.509

Correus.

Correi plures ſiue credendi ſiue debendi quando conſtituantur. 11.19.1.377
Correi debendi dicuntur à Græcis ἀλληλέγγυοι. 11.4.1.338
Correi debendi quando vice mutua fideiuſſiſſe videantur. 11.2.n.1. & ſeq. ibid.
Correo qui ſoluit totum debitum non datur actio mandati aduerſus correum. 11.6.num.1. & ſeqq.346
Correi debendi ſinguli in ſolidum obligantur, & æquè principaliter. 11.1.3.335
Correo debendi qui totum ſoluit, nullam prorſus actionem competere aduerſus correum non ſocium pro ſoluti repetitione. 11.17.n.1.& ſeqq 374
Correo qui totum debitum ſoluit an competat actio negotiorum geſtorum aduerſus correum. 11.7.n.1.& ſeqq.348
Correorum ea eſt conditio, vt vterque in ſolidum obligationem in ſe ſuſcipiat, aut ſibi acquirat. 11.19.8.378
Correorum, fideiuſſorum & mandatorum diſcrimen. 11.20.11.379
Inter correum debendi & fideiuſſorem differentia. 11.1.9.339
Correorum debendi obligatio eſt voluntaria. 11.1.4.335
Ex pluribus correis debendi quis habeatur pro fideiuſſore. 11.1.num.1. & ſeqq.334
De correis teſtamento factis.18.19.n.8. & 9.378

Creditor.

Creditor qui ante diem petit, malè agit. 15.3.6.495
Inuito creditori ante diem ſolui poteſt. 1.1.3.1.
Creditor non poterat olim reum & fideiuſſorem in ſolidū cōuenire. 11.16.380
Creditoris priuilegium cùm bona veneunt debitoris. 5.15.1.122
Creditor non admittitur ad licitationem bonorum debitoris, quandiu alij emptores inueniuntur. 5.15.4. ibid.
Creditorum hypothecariorum potior eſt cauſa quàm chirographariorum. 8.12.8.118
Creditor conditionalis quomodo differat à legatario conditionali. 15.6.1.504
Creditor ei ex correis qui totum ſoluit quando actiones ſuas reddere cogatur. 11.13.n.1.& ſeq.367
Creditor fideiuſſori præſtare actiones quando teneatur. 8.6.14.110
Creditores alij ſunt hypothecarij, alij chirographarij. lib.20.c.16.804
Creditor poteſt pignus vendere aut iure creditoris, aut iure communi. 17.12.8.636

Creditum.

Creditum non niſi re contrahitur. 5.10.8.116
Credita pecunia an nuda pactione fieri poſſit. ibidem.

Crimen.

De publicis criminibus nunquam ciuiliter agi poteſt. 7.20.8.197
Crimina publica an morte finiantur. ibid. & num.9.& 10.ibid.
Cùm de crimine agitur criminaliter nulla propriè ſit litis conteſtatio. 7.20.9. ibidem.
Quia tunc agitur ad vindictam potiùs quàm ad rem. ibid.
Non ex crimine, ſed ex ſententia tantùm quæ de crimine lata eſt, infamia irrogatur.6.cap.6.n.4.143
Crimen publicum non irrogabat infamiam niſi ſententia ſit ſecuta. 4.2.5.79
Morte an extinguantur crimina priuata 7.20.8.197
Criminales cauſæ intra quod tempus debeant terminari. 20.6.5.784

Culpa.

Culpæ nomine indiſtinctè prolato, leuem, non latam aut leuiſſimam culpam Iuriſconſulti intelligunt. 3.5.3.56
Suam cuique culpam nocere æquum eſt, non alteri. 11.18.3.376
Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit non ſentire videtur 11.8.12.352
Cui propria culpa imputari poteſt, ei nulla iuris parte ſuccurritur. 2.21.6.38
Ex leui culpa tutoris defuncti hæres non tenetur. 1.12.4.14

Curator.

Curator furioſi vel prodigi quomodo vtrumque obliget. 8.6.n.4.& 5.108
De curatore qui puellæ nomine cùm nuberet plus promiſit, quàm ex eius bonis præſtare poſſet. 6.18. num. 1. & ſeqq.162

D

Damnum.

DAmni infecti ſtipulatio quando ſit neceſſaria. 2.9.n.1.& 3.34.35

Datiuæ actiones.

Datiuæ actiones quæ dicantur. 19.19.11.170

Debitor.

Debitor etiam inuitus cedi poteſt. 15.16.18.501
Debitor qui cedenti ſoluit ignorans ceſſionem liberatur. 12.4.3.385
Debitoris nomen an generaliter vel ſpecialiter obligari poſſit. 8.15. num.1.& ſeqq.223.
Qui in diem debitor eſt, adeò debitor eſt, vt ſi ante diem ſoluat repetere non poſſit. 18.5.8.628

Debitum.

Debiti diuiſio an & quando ex partis petitione inducatur. 12.1.n.1.& ſeq.383

De debito inter quos diſceptari poſſit. 8. 17.n.4.& 5.628

Delatio hæreditatis.

Delata ſemel hæreditate ab inteſtato, ad cauſam teſtati regreſſus non datur. 9. 16.5.277

Delegare.

Delegare eſt vice ſua alium reum dare. 12.8.5.398

Delegatio eſt nouatio. 18.3.11.666

Delegatio quomodo differat à ceſſione nominis. 12.11.1.& 2.397

Delegatio differt à venditione nominis. 8.16.n.6.& 7.225

Delicta.

De priuatis delictis & ciuiliter & criminaliter agi poteſt. 7.20.8.197

Demonſtratio.

Demonſtratio falſa. 5.2.3.107

Falſa legati demonſtratio legatario non nocet. ibid.

Deportatus.

Deportatus omnia ſua iura cum ciuitate amittit. 10.12.38.317

Deportati bona ad fiſcum deuoluuntur cum ſua omni prorſus cauſa & cum ſuo onere. 17.20.11.663

Deportatus ferè in omnibus pro mortuo habetur. 10.8.15.306

Deportati & captiui differentia. 10.12.31.317

Deportati filius an teſtari poſſit. 10.8 15.306

Deportatus licet amittat ciuitatem, retinet tamen libertatem, & conſequenter matrimonium. 17.20.15.663

Deportatio iure veteri quibus caſibus morti comparabatur, quibus item non comparabatur. 12.17.n.17.410

Depoſitum.

Depoſiti actio in id competit vt res ipſa reddatur. 7.6.5.176

Depoſito vti non poteſt depoſitarius, quin furtum faciat. 19.8.4.749

Deſertio.

Deſertionis crimen an morte finiatur. 7.20.6.196

Deſtinatum.

Deſtinata non habentur pro factis. 14.5.6.464

Dies.

Diei obligationi adiectæ vis & efficacia 16.6.3.569

Qui in diem certam debet, toto medio tempore liberam ſoluendi poteſtatem habet. 2.1.4.1

Diei & conditionis obligationi adiectæ differentia. 16.8.numer.5.576. & lib.6. cap.12.155.& lib.15.4.18.499.& cap. 7.num.7.

Diei incerti & conditionis conuenientia. 4.20.3.104

Qui ante diem ſoluit plus præſtat, quàm debet. 1.1.5.1

Qui in diem incertum debet, ita demum videtur præſtare quod promiſit ſi poſt diei euentum ſoluere paratus ſit. 1.1.4.1.

Dies non impedit ne ſtatim obligatio naſcatur, quamuis ante diem nulla ſit petitio. 12.3.4.341

Ex die hæreditas dari non poteſt. 3.15.2.68

Diei adiectio eſt pro reo, non pro ſtipulatore. 125.1.& lib 15.3.6.495

Quæ in diem certam debentur, ante peractum diem peti non poſſunt. 20.19.4.814

Exceptio. ibid.

Dies incertus tam in teſtamentis, quam contractibus pro conditione habetur. 18.5.4.677

Directa actio.

Directæ & vtilis actionis differentia. 4.7.n.5.& 6.85

Directæ actiones ſunt pleniores quàm vtiles. 12.6.10.383

Directa actio ciuilis eſt ſtricti iuris ratione æſtimatur. 15 2.20.494

Vtilis ex æquitate. ibid.

Directam actionem quis habeat an vtilem, in effectu nihil intereſt. 19.17.4.766

Directa vindicatio competit domino aduerſus vectigalem, emphyteuticarium & ſuperficiarium. 20.11.23.796

Directæ actiones neque peregrinis, neque in peregrinos competunt. 20.5.12.781

Diui.

Diui fratres qui in iure dicantur. 14.3.13.462

Diuiduum.

Diuidua facta quæ. 3.7.1.58

Diſiunctio.

Diſiunctionum vis. 17.19.numer.7.& 8.659

Diſiunctionis proprium eſt vt ponatur inter diuerſa. 16.6.4.566

Diſiunctiua oratio ſæpe pro coniunctiua accipitur, & contrà. 13.20.12.451

Diſſenſio.

Diſſenſio Neratij & aliorum Iuriſconſultorum de prædiis vrbanis & ruſticis 19.15.2.761

Diſtractus.

Diſtractus eadem eſt ratio quæ & contractus. 20.10.18.793

Diuortium.

Diuortia inter Romanos quando libera. 5.19.2.& 3.126

Docere.

Docere eſt probare. 17.8.15.628

Dolus.

Suum cuique dolum nocere æquum eſt, non alteri. 11.18.3.376

In actione de dolo in litem nunquam iuratur. 16.18.num.1.600

Doli exceptio non ex iure proficiſcitur, ſed ex æquitate contra iuris rationem militante. 17.13.3.638

An doli exceptio bonæ fidei iudicium eſſe facit, quod priùs fuit ſtricti iuris. 14.18.1.& ſeqq.484

Dolus pro poſſeſſione eſt. 16.15.11.645

Exceptionis doli effectum. 14.19.7.487

De dolo actio in id datur, quod agentis intereſt. 3.13.3.66

Actio de dolo ſemper eſt famoſa. 4.8.4.79

Ex dolo defuncti heres quatenus teneatur. 1.12.num.1.& 2.15

Dolo facit qui contra bonam fidem bis idem exigit. 4.19.7.103

Dominium.

Dominium acquiri non poteſt niſi tranſlatione aut occupatione. 14.20.10.488

Dominij ſpecies duplex iure Digeſtorum 7.4.4.& lib.20.11.1.794

Dominium ex iure Quiritium. ibid.

Dominium bonitarium quid. ibid.

Dominium ius eſt, ac in iure, non in facto conſiſtit. 20.1.817

Semel acquiſitum dominium magis acquiri non poteſt. 7.4.1.173

Dominium quomodo ex prætoris iuriſdictione acquiratur. 7.4.5.174

Dominium bonitarium fideicommiſſario acquiritur, ſi nimirum ſecuta eſt traditio. ibid.

Dominium rei legatæ rectâ viâ in legatarium tranſire verum eſt de legato vindicationis. 20.12.7.797

non de legato damnationis. ibid.

Dominium rerum ſuarum morte quiſque amittit. 9.9.1.212

Dominium patri per filium olim ex omnibus cauſis acquirebatur. 15.6.4.504

Dominium directum non poteſt vſucapi. 20.11.22.795

Dominium rerum teſtatoris continuatur in perſona heredis. 14.10.8.488

Dominium aliúdne ſit directum, aliud vtile. 20.11.n.11.& ſeq.794

Dominium lege transferri poteſt. 6.1.3.130

Dominium non poteſt haberi niſi continuatione aut acquiſitione. 14.20.10.488

Dominium nauis ex alienis tabulis compactæ cuiuſnam ſit. 6.15.numer.2.& ſeq.157

Ad dominium transferendum & voluntatem & poteſtatem transferendi concurrere oportet. 14.20.1.487

Dominium quod fuerat penes defunctum continuatur in heredem ſtatim à die mortis. 8.9.1.212

De dominio inter quos diſceptari queat. 8.17.5.226

Dominij transferendi modi iure Quiritium quot fini.lib.7.c.4.n.2.173.& lib. 19.c.3.0.3.739

Continuatur dominium cùm vna eadémque eſt perſona. 14.20.8.488

Dominus.

Semel Dominus magis dominus fieri non poteſt. 14.20.1.487

Domino competit directa vindicatio aduerſus vectigalem, emphyteuticarium & ſuperficiarium. 20.11.23.796

Eiuſdem rei plures non poſſunt eſſe domini in ſolidum.lib 20.c.11.793.& lib. 21.c 8.n.5.352

Domini quos vocant vtiles non ſunt bonitarij. 20.12.18 794

Domini bonitarij habebant directam vindicationem. ibid.

Dominus abſolutè & verè dicitur quiſquis habet proprietatem, licet vſusfructus alienus ſit. 15.8.12.510

An quis ſit ſui ipſius dominus. 20.18.30.811

Domini conditio melior per ſeruos, non deterior fieri poteſt. 7.11.1.182

Donatio.

Donatio valere nulla poteſt, quin obligatio inter donantem & donatarium contrahatur. 7.14.6.183

Donare filiofamilias cur olim pater non poſſet. ibid.

Donatio collata in filiofamiliàs pro dote non valet. 13.2.14.422

Donare potuit olim pater filio emancipato, aut naturali tantùm.7.11.num.7.184

Donatio abſoluta quæ. 7.14.n.9.188

An reuocabilis. ibid.

Donationes ambiguas quomodo interpretari conueniat. ibid.

Donatio perfecta nullas conditiones recipit. ibid.

Donationes inter viuos quomodo differant ab vltimis voluntatibus 7.14.10.188

Donare nihil aliud eſt quàm perdere. 7.20.15.197

Donationes mortis cauſa etiamſi factæ ſint ante contractum crimen capitale, non valent ſecuta damnatione.7 20.n.2.ibid.

Donationes poſt contractum capitale crimen factæ an valeant. 7.20.num.1.& ſeqq.196

Donatio iure veteri niſi per traditionem, aut ſtipulationem fieri non poterat. 19.1.16.736

Donationes cauſa mortis proximè accedunt ad vltimas voluntates. 7.20.num.20.197

Donationes quas vir in vxorem contulit ante admiſſum capitale crimen, etiamſi poſtea pœnæ fuerit maritus affectus valent. 7.20.21.197

Donationes

Donationes inter virum & vxorem iure, ciuili ſunt improbatæ. 19.1.5.735
Donationes inter coniuges quomodo confirmentur. 19.3.4.739
Donationes inter virum & vxorem, quæ aliàs iure ciuili non valerent, donatoris morte confirmantur. 2.8.1.33
Ex conſtitutione diui Seueri & Antonini ibidem.
Donatio bonorum omnium præſentium & futurorum cur non valeat. 19.8.10.306
Donatio legitimè conficitur duobus modis, traditione & ſtipulatione. 2.8.7.33
Donatio mutuum donantis & donatarij conſenſum requirit. 3.12.5 64
Donatio fauore nuptiarum facta an poſſit reuocari. 7.15.4.189
De donationibus patronorum latè. 7.14.8.2.187.& c.15.n.1.188
Donatio iure nouo poteſt fieri nudo pacto, adeóque teſtificatione quslibet voluntatis. 19.1.16.636
Donandi facultas inter eos qui futuri ſunt coniuges eſt libera. 19.1.14. ibidem.
Donator an conueniatur in ſolidum. 2.83.n.1.& 2.39 60
Donator vltra facultates non conuenitur. ibid.
Donationes an reuocentur ex liberorum ſuperuenientia. 7.14.n.2.187. & ſeqq.
Donatio non eſt contractus. 7.14 7 ibid.
De donationibus reuocandis. 7.14.n.1.& ſeqq.ibid.
Donationes aliæ rerum, aliæ verborum. 2.8.9.34
Donationes inofficioſæ cur excogitatæ. 5.17.10 & ſeqq.70
Donatio perinde eſt irreuocabilis ac ſi eſſet contractus vltro citróque obligatorius. 7.14.n.7.187
Donatio ſponſalitia quando non valeat. 19.2.n.1.& 3.737
Donatum propter nuptias in dotem ab vxore conſtitui poteſt. 19.5.num.3.& 4.735
Donatio facta à marito conſtante matrimonio non valet, niſi oratione Diui Seueri confirmetur. 19.2.3.737
Abſenti per Epiſtolam donari poteſt. 3.12.5.65
Pecunia vxori à marito donata quatenus condici poſſit. 7.6.1.171
Donatio pura & inter viuos ſic fit ne donator recipiat. 7.14.7.187
Et vt ſtatim res fiat accipientis. ibid.
Inter Donantem & donatarium nullum negotium geritur. 7.14.7.187
Donandi animus non ſufficit ad donandum. 19.2.1.736
Donatio facta à marito futurô augendæ dotis causâ quatenus valeat. 19.2.1.& ſeqq.ibid.
In donatione negotium aliquod non geritur, ſed tantùm liberalitas exercetur. 19.2.9.738
Donatio pura eſt contractui ſimillima. 7.14.10.188
Quod donatum eſt, niſi ex ſtipulatione peti non poteſt. 2.8 7.33
Donationes rerum ſunt quæ ex rei traditione effectum ſumunt. 2 8.9.34
Donatio ante nuptias quàm latè pateat. 19.8.2.735
Donatio ante nuptias quando impediatur 19.1.n.13.& ſeqq.736
Qui rem ſuam donat pauperior fit.7.13.6.186
Donatio precaria. 2.19.3.47

Dos.

Dos an conſtituatur nudâ confeſſione. 19.3.6.739
Dotis ſtipulatio quomodo differat à dotis traditione. 19.1.10.735
Dos olim an conferri debuerit. 7.12.9.184
An dos profectitia ſoluto matrimonio reuertatur ad patrem ſuperſtitibus liberis ex filia defuncta.13.1.19.& lib.1.c.16.418
Dotis aduentitiæ actio an ſit propria filiæfamilias. 13.5.num.1.& ſeqq.425
Pro dote an competat mulieri vindicatio. 8.12.9.218
Pro dote olim tantùm perſonalis actio competebat. ibid.
Ad dotis duplicationem duplex olim erat comparata actio, vna quæ rei vxoriæ ſeu de dote, altera quæ ex ſtipulatu dicebatur. 5.3.10.54
Dos eo animo datur, vt perpetuo ſit penes maritum. 12.8.3.391
Res in dotem filiæ datæ pleno Dominij iure acquiruntur marito, cùm ſit dominus dotis. 17.17.n.7.650
Dotis æſtimatæ periculum eſt mariti. 7.5.2.175
Res Dotales non æſtimatæ mulieri pereunt, & deteriores, viciſsimque meliores fiunt. ibidem.
Dotalis fundus quis. ibidem.
Dotalis res quæ, 5.9.3.113
Fundi dotalis dominium penes mulierem remanet. 7.5.8.175
Dos quæ ab auo per filiam ad nepotem peruenit, profectitia cenſenda eſt. 13.12.n.1.& ſeq.435
Dos ſine matrimonio eſſe non poteſt. 19.1.5.735
Dotalis ſeruus cui acquirat. 8.14.0.2.& ſeqq.221
Dos ibi eſſe debet, vbi ſunt onera matrimonij. 13.1.18.420
Fundus Dotalis iure Pandectarum alienari potuit conſentiente muliere etiam ſine cauſa 8.10.2.214
Multo magis ſi alienatio eſſet neceſſaria. ibid.
Res dotales æſtimatæ ſi factæ ſint deteriores, quatenus reddi poſſint à marito 7.5.n.2.& 3.175
Dotis cauſa eſt perpetua. 13.8 18.410
Dotis ius eſt perſonale. 11.19.2.177
Iudicium de Dote eſt bonæ fidei 8.13.1.219
Dos eſt inalienabilis. ibid.
Dotem promittendo omnes obligantur. 5.3.10.54
Res empta ex dotali pecunia an ſit mariti. 5.9.n.3.& ſeqq 113
Dos profectitia eſt quæ à patre profecta eſt. 13.1.1.418
Dotis ſtipulatio confertur in caſum nuptiarum.19.1.n.11.736
Non in tempus nuptiarum. ibid.
Dotis conſtituendæ cauſa. 1.16.5.19
Dotis aduentitiæ repetitio nulla patri competit, etiamſi ſine liberis filia in matrimonio deceſſerit. 1.16.6. ibid.
Dotis fructus an poſſint in dotem conuerti. 6.20.n.1.& ſeqq.165
Dotis natura. ibid.
Per Dotis traditionem id agitur vt dominium in maritum transferatur.19.3.8.740
Dos legitimè conſtituitur, cùm vxor in dotem tradit rem ſuam, ſiue à marito, ſiue ab alio eam acquiſierit. 19.1.4.735
Dotis contractus re ac traditione perficitur, non ſolo conſenſu. 19 1.17.736
De dote à curatore promiſſa vltra facultates puellæ. lib.6.cap.18.num.1.& ſeqq.162
Qui Dotem marito promiſit an conueniatur in ſolidum. 2.83.num.1.& ſeqq.32
In rebus Dotalibus nihil iuris habet maritus, niſi ratione fructuum. 1.8.6.8
Qui ad eum pertinent. ibid.
Neceſſariæ impenſæ an ipſo iure Dotem minuant. 2.2.2.2
Dotalis prædij alienatio quatenus valeat. 4.11.n.3 & ſeqq.90
Dotis datio eſt valida, quam ſequitur traditio. 19.1.4.735

E

Edictum.

Edictum de alterutro quod. 4.9.3.87. & lib.1.c.3.7.4
Edicti ſucceſſorij beneficium. 3.4.11.55

Emancipatio.

Emancipatio eſt beneficium. 10.85.28.322
Emancipatus filius verè eſt extraneus.p. 30.4.62
Emancipatione an vitietur inſtitutio.10.15.2.320
Emancipatus filius patri ſtipulari non poteſt. 8.4.8.4

Emolumentum.

Emolumentum cum onere coniunctum ſi non detur, nec ipſum onus ſubire eſt neceſſe. 17.3.n.17.626

Emptor, Emptio.

Emptio quid. 6.9.3.147
Emptor quis dicatur. ibid.
Emptionis & locationis differentia. 2.4.n.1.6.7.29 30
Conuenientia. n.9.ibid.
Ad emptorem an pertineat periculum rei venditæ ante traditionem. 2.4.n.8.& ſeq.29.& lib.6.c.10.n.4.150
Emptor niſi nummos accipientis fecerit tenetur ex vendito. 6.9.3.847
Emptio nudo conſenſu perficitur. 2.4.1.29
Ad emptionem perficiendam traditio non requiritur. ibid.
Ad emptorem periculum pertinet poſt traditionem. ibid.
In emendo & vendendo licet contrahentibus naturaliter ſe decipere. 18.12.5.399
Res empta ex dotali pecuniâ an fiat mariti. 5.9.8.113
Res empta ex pecunia militis, militi acquiritur. ibidem.
Emptor bonæ fidei non poteſt videri particeps fraudis. 20.14.1.808
Emptoris an Aliquando ſit melior conditio, quàm venditoris. ibid.

Emphyteuſis, Emphyteuta.

Emphyteuta quis ſit 20.18.5.794
Emphyteutæ & vectigales conductoris differentia. ibid.
Emphyteuſis ius veteribus Iuriſconſultis incognitum fuit. 20.18.6.ibid.
Emphyteuticum contractum primus Zeno Imperator certo nomine & iure donauit. 0.7.ibid.
Emphyteutici contractus & locationis conductionis conuenientia. ibid. num.8.& 9.
Emphyteutici contractus & emptionis venditionis conuenientia. n.7.ibid.
Emphyteutæ & feudatarij conuenientia. n.8.ibid.
Emphyteuticum ius à iure vectigali originem traxit. n.9.ibid.
Emphyteuta non eſt dominus. 19.13 6.757
Emphyteuta an poſſit conſtituere ſeruitutem. ibid.
Emphyteuſeos & feudi diſcrimina. 20.12.2 794
Si Emphyteuta alij emphyteuſin conſtituerit, nihil omnino iuris penes eum remanet. 12.5.6.387

Error.

Iuris Error in vſucapionibus, & ad acquirendum nemini prodeſſe ſolet. 7.13.2.185.

Euictio.

De Euictione pignoris venditi an teneatur creditor. 17.12.2.636

Excommunicatus.

Excommunicatus licet poſſit excipere, non tamen poteſt compenſare. 12.9.5. 393

Exceptio.

Exceptio alia eſt in rem, alia in perſonam 12.9.n.1.& 2.393

Exceptiones omnes quæ rei, non perſonæ cohærent tranſeunt in fideiuſſorem. 8.3.2.202

De Exceptione doli. ibid.n.c.

Exceptioni locus eſſe non poteſt, quin prius locus ſit actioni. 8.2.5.206

Exceptio competens non ſemper opponitur. 17.11.2.632

Pacti exceptio fideiuſſori prodeſt. 11.2.12.359

Exceptio doli bonæ fidei iudiciis ipſo iure ineſſe dicitur. 14.18.1.484

Exceptio doli perpetua eſt. 11.10.3.379

An perſonalis. 8.3.2.202

Omnis exceptio præſupponit actionem 20.7.1.785

Exceptio comparata eſt vt actionem excludat. 7.10.2.281

Exceptio de regula eſſe debet. 11.10.13.380.& lib.20.c.13.798

Executio.

Ab Executione vt incipiatur iuris ratio non patitur. 16.17.1.597

Non debet præcedere condemnationem. ibid.

Exheredatio.

Exheredatione non tollitur ius ſuitatis. 9.10 n.1.& 2.284

Exheredatio non valet, ſi nemo ex teſtamento hæres fuerit. 9.15.1.263

Actio ad Exhibendum.

Actio ad exhibendum ex variis cauſis competit. 16.15.2.593

Actio ad exhibendum non tantum ei qui dominus eſt, ſed omnibus etiā illis quorum intereſt rem exhiberi, datur. ibid.

Actio ad exhibendum maximè propter vindicationem introducta eſt. num.10.22.ibid.

In actione ad exhibendum an iuretur in litem. 16.15.21 593

Actio ad exhibendum vindicationis eſt præparatoria. 16.17.n.17.598

Experiri.

Experiri qui non poſſint. 5.18.7.185

Expreſſa.

Expreſſa nocent, quæ non expreſſa non nocent. 20.17.8.806

Expromiſſor.

Expromiſſor is propriè dicitur qui pro non obligato ſe obligat. 12.8.5.392

Extraneus.

Extranea perſona ſalutionis cauſā ſtipulationi adiici poteſt. 19.19.6.770

Extraordinarium.

In extraordinariis iudiciis actio locum non habet. 4.7.n.7.85

Extraordinaria iudicia illa erant quæ per magiſtratus expediebantur. 4.7.10.86

Extraordinariæ actiones illæ erant, quæ apud Prætorem ipſum extra ordinem exercebantur. 12.17.10.411

Extraordinariæ actiones hodie competunt loco interdictorum. 19.20.11.773

F

Factum.

Facta omnia quæ in ſtipulationem deducuntur, aut ſunt diuidua, aut indiuidua. 19.8.2.58

Facta diuidua quæ. ibid.

Indiuidua quæ. ibid.

Facti dicuntur eſſe, dare, tradere, ſoluere, & cætera, licet iuris effectus aliquis ex iis ſequatur. 17.15.2.645

Ad Factum nemo præciſè cogitur. 10.15.7.803

Clàm facere quis dicatur. 19.10.752

Lex Falcidia.

Lex Falcidia ſtatoit vt hæreditatis quadrantem integrum & illibatum hæres habeat. 6.2.1.134

Lex Falcidia ſingula legata ipſo iure pro quadrante ratā minuuntur. 4.6.1.83

Quarta Falcidia eſt duplex. 6.4.1.138

Falſum.

De crimine Falſi tranſigere non licet. 2.20.8.49

Familia.

Familiæ nomen eſt collectiuum. 14.9.9.475

An qui extra Familiam vendere eſt prohibitus, etiam donare cenſeatur prohibitus. lib.14.cap.13.483

Famoſum.

Famoſa iudicia quæ. 4.2. numer. 4. & 5.72

Felonia.

Felonia quid feudiſtis. 20.11.8.794

Feudum.

Feuda promanarunt à iure emphyteutico. ibid.

Feudorum ius ex moribus Longobardorum totum eſt deriuatum. ibid.

Feudorum ea eſt natura, vt nunquam aſcendant. 14.12.16.482

Fictio.

Fictiones locum non habent, quando extrema non ſunt habilia. 9.7.3.247

Fictio legis Corneliæ. 10.5.1.290

Fictioni non eſt locus, niſi ex neceſſitate. 20.16.1.804

Fictiones reipſa nihil aliud ſunt quàm mendacia. ibid.

Fictio poſtliminij quid efficiat. 10.12.17.315.& lib.10. 3.0.25.293

Fictio breuis manus quid. 3.19.2.73.lib.19.5.1.739

Fides.

Ad bonam Fidem poſſidentis requiritur iuſtus titulus, & iuſtus error facti non iuris. 4.17.9.124

Fideicommiſſum, ſideicommiſſarius.

Fideicommiſſum nunquam induci poteſt abſque verbis precariis aut diſpoſitiuis. 14.1.2.461

Fideicommiſſa iuris vinculum nullum habent. 7.4.1.173

Per Fideicommiſſum an acquiratur dominium. ibidem

Fideicommiſſi nomine actio in rem non competebat ante Iuſtinianum. 7.1.2.169

Sed dabatur fideicommiſſario perſecutio, quæ potiùs eſt actio in perſonam. ibidem.

Fideicommiſſarius ante fideicommiſſi reſtitutionem non eſt eius dominus. ibid.

Fideicommiſſarius poſt hæreditatis reſtitutionem in omnibus hæredis loco habetur. 12.9 3.387

Fideicommiſſo pecuniario grauari non poteſt, qui libertatem ſolam à teſtatore accepit. 17.7.9.615

Fideicommiſſario quomodo dominium acquiratur. 7.4.5.& 7.174

Fideicommiſſi dominium ex conſtitutione Iuſtiniani ſtatim tranſit in fideicommiſſarium. ibid.

At ante non tranſibat, niſi factā reſtitutione. 14.10.13.475

Fideicommiſſa ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione, non lege aliquā aut conſtitutione pendent. 7.4.2.173

Fideicommiſſorum & legatorum diſcrimen ſecundùm ius Pandectarum. 14.10 13.475

Fideicommiſſum tranſmittitur in hæredem fideicommiſſarij. 14.1.6.455

De Fideicommiſſi ademptione. 5.18.72

Fideicommiſſum quod à legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur, ſi legatum ad eum peruenerit. 17.7.3.615

In Fideicommiſſi reſtitutione qui fructus præſtentur. 7.6.pag.169

Fideicommiſſa tacita tunc fiunt & quidem in fraudem legis, cùm quis domeſtica cautione vel chirographo ſe obligat ad præſtandum fideicommiſſum ei qui capere non poteſt. 12.20.11.417

Fideicommiſſi & legati appellationibus cur promiſcuè vtantur veteres. 17.9.1.619

De Fideicommiſſo familiæ relicto. 14.14.n.1.3.& ſeqq.484

Fideicommiſſum perpetuum. 14. 15.8.480

Conditionale. ibid.

In Fideicommiſſis illud eſt ſingulare, vt ex inutili modiſque ſolemni voluntate quam hæres agnouit, debeantur. 7.8.4.178

Fideicommiſſum non obligat acquiſitorem, nec poteſt vnquam illi eſſe damnoſum. 14.1.7.455

Fideicommiſſi vſuræ niſi à die moræ nullæ debentur. 17.7.12.625

Fideicommiſſum eſt onus eius qui rogatus eſt. 17.18.10.654

In Fideicommiſſum vniuerſale detrimenta rerum, quæ fato aut alio modo, ſine lata hæredis culpā perierunt, non veniunt. 5.2.2.110

Non poteſt quis rogari vt ex Fideicommiſſo plus reſtituat, quàm acceperit. 17.7.1.614

Fideicommiſſa ex eius qui rogatus eſt conſcientiā potiſſimum pendent. 7.8.4.178

Fideicommiſſi dominium acquiritur fideicommiſſario: ſi res ei tradita ſit. 7.4.2.173

Fideicommiſſario quæ competat actio pro conſequendo debito per hæreditatis aditionem confuſo. 18.19.num.3.& ſeqq 718

Fideicommiſſum à quocunque debitore hodie relinqui poteſt. 19.18.7 768

An Fideicommiſſum valeat quoties debitor relinquit creditori quod ei debet. ibid.

Fideicommiſſum etiam ab inteſtato poteſt relinqui à quocunque debitore præſtandum. ibidem.

Fideicommiſſum aliud eſt tacitum, aliud expreſſum. 12.20.num.4.416

Diſcrimen vtriuſque. ibid.

Fideicommiſſaria ſubſtitutio. 17. 19. 16. 660

Eius vis. ibid.

Fideicommiſſum non poſſit cedi. 5.7. num.1.& ſeqq 111.

Fideicommiſſarius ſemmo iure non eſt legitimus contradictor in querela inofficioſi teſtamenti. 17.1.8.613

De fideicommiſſorum vſuris & fructibus. 7.3.pag.171.& ſeq.

Rei per fideicommiſſum relictæ domi- niū quomodo acquiratur. 8.19.10.229
Fdeicommiſſariis ſubſtitui poteſt vulgariter. 14.14.4.484
Fideicommiſſum reciprocum.d.cap.14.n. graduale. ibid.
Fideicommiſſum quando à debitore vtiliter relinqui cœperit. 4.11.1.90
in Fideicommiſſum hæreditatis non veniunt fructus ab hærede percepti pendente fideicommiſſi die aut conditione. 5.5.2.110
Fideicōmiſſum graduale. 14.10.n.42.478
ex inutili Fideicommiſſo nequidem æſtimatio debetur. 14 10.20.476
Fideicommiſſi ad pias cauſas relicti fructus debentur à tempore mortis. 7.3.9. 173
Fideicommiſſarius non eſt heres. 17.1.5. 613
Fideicommiſſum an ſit iuſtus acquirendi titulus. 7.4.n.2. & 3. 173
Fideicommiſſario iure Pandectarum non competit vindicatio. 14.10.13.475
Fideicommiſſorum verbis deficientibus an & quando ex voluntate teſtatoris fideicommiſſum induceretur. 14. 2.2. & ſeq. 459
Fideicommiſſi gradualis & reciproci diſcrimen. 14.16.1.& 2.481
Quid vtrumque ſit. ibid.
Fideicommiſſorum ſolemnia verba quæ fuerint. 14.2.1.459
Tacita Fideicommiſſa in teſtamento non ſcribuntur. 17.3.21.619
Fideicommiſſum acquiritur etiam ignoranti. 14.1.6.455
in Fideicommiſſum hereditatis non aliud venire ſolet,quàm quod fuit hereditatis. 19.17.12.767

Fideiuſſor, Fideiuſſio.

Fideiuſſoris obligatio ex debitoris obligatione metienda eſt.16. 10.4.580
Fideiuſſori an mandati actio aduerſus pupillum detur. 8.6.n.1.& ſeqq. 208
vt Fideiuſſor vtiliter & cum effectu obligetur quid ſufficiat. 8.5.3.206
Fideiuſſorem mulierem dare & nullum fideiuſſ.dare idem ſunt. 8.2.4.201
Fideiuſſoria obligatio ſola per ſe ſubſiſtere non poteſt. 17.11.8.634
Fideiuſſor compenſare poteſt id quod debitori creditor debet. 11.2. n.2. 338
Vtrum fideiuſſori proſit reſtitutio in integrum per minorem impetrata. 8. 2. pag.201. & ſeq.
Fideiuſſori quando competat actio negotiorum geſtorum. 8.6.13.209
Fideiuſſori non competit exceptio cedendarum actionum. 11.15. p.370. & ſeq.
Fideiuſſoria obligatio extinguitur, ſi reus fideiuſſorē heredem inſtituerit.1.5.1.5. & ſi reus fideiuſſoris heres extiterit.ibi.
an Fideiuſſor ex ſuâ morâ propriam obligationem perpetuet. 2.12. in princ.38
Fideiuſſoris obligatio non poteſt eſſe durior quàm principalis. 15.8.1.509
Fideiuſſorum, correorum & mandatorum diſcrimen. 11.10.12.379
Qui pro pupillo ſine tutoris autoritate fideiuſſit,obligatur. 8.6.1.208
Fideiuſſoriæ obligationis extinguendæ modus. 117.in princ.& n.1.21
Fideiuſſoria obligatio an tollatur ſi fideiuſſor debitori hæres extiterit.4.7.9.85
Fideiuſſor qui naturali tantū obligationi acceſſit,cōueniri poteſt. 7.17.2.192
Fideiuſſor purè dari non poteſt ab eo qui in diem tantùm debet, aut ſub conditione. 11.3.4.341
Fideiuſſor pro furioſo aut prodigo interuenire an poſſit. 8.6.8.209
Fdeiuſſor non propriæ, ſed alienæ obligationi accedit. 8.4.9.205
Fideiuſſoria obligatio eſt acceſſoria. 8.4. 2.204
Fideiuſſori cur competat actio mandati. 16.9.2.578

Filius, filiusfam.

Filius qui eſt in poteſtate, nec honorarius,nec propriè legitimus,ſed ſuus hæres eſt. 7.7.1.177
Filius à patre inſtitutus, & hæreditatem reſtituere rogatus, non cogitur ſe immiſcere. ibid.
Filius non poterat olim hęres eſſe matris, niſi ex teſtamento. 14.1.23.457
Filius dicitur pars corporis paterni. 7.14. 8.188
Filius fit extraneus per emancipationem. 19.17.4
Pater & filius vna eadémque perſona cenſentur. 7.14.8.188
Filio præterito iniuſtum cenſetur teſtamentum.9.14.10.& inutile. ibid.
Filiusfamilias in aduentitiis hæredem ab inteſtato habere poteſt. 10.8.12.306
Filiusfamiliâs habet perſonam integram nec iuri ciuili incognitam. 7.11.5.183
In Filiumfamiliâs tam ex contractu, quàm ex delicto competit actio iure ciuili. ibid.& lib.13.c.6.n.3.428
Filiusfamilias an veteri iure fuerit acquiſitionis capax. 7.11.n.1.& ſeqq. 182
Filiorumfamilias & ſeruorum comparatio. ibid.differentia. ibid.
Filiusfam. poteſt teſtari de caſtrenſibus. 10.18.4. 327
Filiusfamilias ne quidem conſentiente patre poteſt de aduentitiis bonis,quorum pater nec vſumfr. nec proprietatem habet,teſtari. 13.6.7.428
Filijfamilias perſona non eſt integra, vt per ſe in iudicio ſtare poſſit.13.6.3.ibi.
Filiusfamilias in caſtrenſibus poteſt etiam inuito patre agere. 13.6.n.6.ibid.
Itémque in beneficialibus. ibid.
Filiofamilias quando permiſſum ſit vt per ſe agat. 13.6.4.428
Filijfamilias inuitis parentibus iure veteri non acquirebant. 7.11.1.182
Filiusfam. non habet heredem in peculio caſtrenſi, ſi moriatur inteſtatus. 4.5.2.82
Filiafamilias an poſſit habere heredes liberos in dote donatâ 13.11.n 2.& ſeq. 432.

Fiſcus.

Fiſci tacita hypotheca in bonis eorum qui cum ipſo contrahunt. 2.10.2.36
an Fiſcus in bonis delinquentis habeat ius taciti pignoris à die commiſſi delicti. 7.10.5.196
in causâ pignoris Fiſcus & mulier pari paſſu ambulant. 8.11.3.215
Fiſcus ſuccedens alicui eo ipſo iure vtitur, quo vſurus erat is, cui ſucceſſit. 17.2.n.2 615
res Fiſcales non poſſunt vſucapi. 7.10.1. 181

Formulæ.

de Formulis actionum. 4.7.8. 85. lib 20. ca.10.n.14.& 15.793
Formularum ſcrupuloſa conceptio ſublata. ibid.
Formulæ actionum olim diuerſæ. 15.1.n. 21.& 22.491
Formulæ quam dabat Prætor verba. 16. 3.558

Frater.

Fratres in eiuſdem poteſtate conſtituti an ſibi inuicem obligari poſſint.20.20. 4.817

Fundus.

Fundi inſtructi appellatione quæ contineatur. 1.6.4.6

Fructus.

Fructus appellatione non continetur id quod ſemel remotum non renaſcitur. 1.8.1.7
Fructus alij ſunt naturales, alij induſtriales. 4.17.2.& ſeq.
Ad naturales cura,ad induſtriales cultura pertinet. n.4.ibid.
Naturales Fructus omnes ſua ſponte naſcuntur,& quæ iis ab homine impenditur cura,non tam vt naſcantur, quàm vt conſeruentur,præſtat. 4.17.2.ibid.
Fructus acquirere & fructus lucrari differunt. ibid.
De Fructibus legatorum & fideicommiſſorum. 7.3 pag.172 & ſeqq.
Fructus ſpeciei legatæ an ad eum pertineant,cui eſt leg ta. 7.3.3.ibid.
Fructus pendentes qui dicātur.7.3.10.173
Qui terrâ contineri dicantur. ibid.
Fructus rei eſt vel pignori dare licere. 8. 16.1.225.& lib 19.c.8.749
Fructuum & dominij cauſa ſeparata. 7.4. 8.177
Fructus dotis ad maritū pertinet. 1.8.3.8
Fructus poſsitne eſſe ſine vſu. 1.20.10.25

Fructuarius.

Fructuarius poteſt rem cuius habet vſumfructum dare pignori. 19.8.1.749

Frui.

Frui dicitur qui penſionem percipit. 1.13 8.15

Fugitiuus.

Fugitiuæ leges quæ. 19.1.1.735

Furioſus.

Furioſus nullam prorſus mentem, nullúmque animum habere intelligitur ibid.
Furioſus obligari aut alienare non poteſt curatore autore. ibid.
Furioſus iure veteri hæreditatem ſibi acquirere etiam curatore auctore non poterat. 8.6.10.209
Nec curator ipſius nomine. ibid.
Res Furioſi an poſſit vſucapi. 1.18. in princip.22.& lib.7.c 23
Furioſus rei ſuæ dominium in alium transferre non poteſt. 1.18.3.22

Fur, furtum.

Quæ furta impunita apud Spartanos & veteres Gallos. 3 5.3.56
Ex Furto ſerui Dominus noxali actione tenetur. ibid.
In re Furtiuâ reſtituenda moram ſemper facere fur creditur. 16.12.1.583. & lib. 4.c.1.76
Atque etiam furtum continuare dicitur. 16.12.1.583
Furti actio ei non competit cuius nihil intereſt. 11.1.8.335
Furtum vix ſine culpâ eius cui ſit furtum. 3.5.1.55
Fur in ſingula momenta non ſolùm moram, ſed etiam furtum facere intelligitur. 16 6.12.570
Furti actio, ſi cum fure lis conteſtata ſit, contra hæredem in ſolidum datur. 1. 10.14.455
Furis hæres condictione furtiua tenetur. 4.1.1.76
Res furtiuæ quomodo æſtimentur. 16. c.& ſeq. 11.581.& ſeq.
Æſtimantur ex actoris iureiurando. 16.11.n.16.582

H

Habitatio.

HAbitatio legata à legatario locari poteſt. 19.8.3.749

Hæreſis.

crimen Hæreſeos ad læſam maieſtatem diuinam pertinet. 7.20.6.196
Morte non finitur. ibid.

Hæreditas.

Hæreditas non acquiritur ex ſolâ delatione, præterquàm in neceſſariis hæredibus. 14.1.5.455
Hæreditas defertur quidem ignoranti & inuito,ſed non acquiritur niſi volenti. ibid.
Hæreditas delata eſt quam quis adeundo conſequi poteſt. 17.19.4.658

Hæreditas non adita non tranſmittitur. 6.14.4.155.& lib.14.1.1.455
Exceptio. ibid.
Hæreditas tam per aditionem, quàm per geſtionem acquiritur. 6.14.10.157
Hæreditas adeuntem obligat creditoribus & legatariis ex quaſi contractu. 14.1.5.455
Hæreditas an & cur perſonam defuncti repræſentet. 14.20.n.7.& 9.488
Hæreditatem non defert lex,niſi vel ſcripto hæredi vel proximis agnatis, aut cognatis,non etiam eorum hæredibus. 14.1.5.455
Hæreditatis petitio contra quem detur, 17.1.5.613
Hæreditas ſemel agnita repudiari poſtea nunquam poteſt. 17.2.5.616
Hæreditas eſſe poteſt, etiam cum bona nulla ſunt. 10.8.10.306
Cuius Hæreditatis vigeſima fiſco ſolueretur. 17.4.6.630
Hæreditas quantumuis damnoſa ſit,videtur eſſe ſoluendo,quæ hæredem habet 14.10.15.475.& lib.7.cap.17.nu.7.193
Hæreditas quomodo adimatur. 18.16.9.& lib.6.c.19.164
Hæreditas eſt nomen iuris. 14 18.6 485
Poſt Hæreditatem aditam expirant vulgares ſubſtitutiones 17.19 7.659
Hæreditas ex die cur dari non poſſit. 3.15.2.68
Viuentis nulla eſt hæreditas. 9.1 4 312
Hæreditatem damnoſam adire nemo cogitur. 18.9.14 692
Hæreditas in iure conſiſtit,non in corpore. 18.5.8 677
de Hæreditatis diſtributione in plures aſſes. 5.20.in princ.127
Hæreditatis iure transfunduntur iura omnia defuncti in hæredem. 19.18.5.768

Hæres.

Hæres cum defuncto eadē perſona cenſetur. 7.14 8.188
Interdum plus poteſt Hæres, quàm defunctus,interdum minus. 7.9 2.180
Hæredis inſtitutio ōniſi expreſſis & ciuilibus verbis fieri poteſt.17 19.10.659
Hæredi ex quo tempore acquiratur rerum hæreditariarum dominium.8.19.1.228
Hæreditas nec ignoranti, nec inuito hæredi acquiritur. ibid.num.2
Hæres rogatus de reſtituenda hæreditate etiam poſt reſtitutionem hæres perſeuerat. 17.1.5.613
In hæredem quemlibet tranſeunt omnia iura defuncti. 14.7.18.470
Hæredibus ſine partibus inſtitutis, non aliæ quàm viriles & æquales partes intelliguntur. 21.2.9.668
Hæres an poſſit inſtitui ad tempus, ſub conditione,vel ad cōditionē.9.1.16.233
Hæredis & legatarij differentia. 8.19 nu.1.& ſeq.228
Hæres teſtamēto rogari nō poteſt,vt alterū hæredē inſtituat. 5.18.init.cap.125
Hæredem habere non poteſt is qui nulla bona moriens relinquit. 4.5 1. 81
Hæres quicquid facit tanquam hæres facit iure defuncti. ibid.
Hæres ſignificat & ſucceſſorem & dominum. 4.5.6.83
Hæres qui adiit hæreditatem, non manet hæres ex eo teſtamento quod ſemel ruptum fuit. 17.1.n.3 & 4.613
Hæredi à ſemetipſo legari non poteſt. 17 3.num.3 617
Hæres anomalus quis. 9.20.12.286.
Hæres aut ſuus eſt, aut extraneus, id eſt, alienus. 9.1.n.1.4.& 5.231.& ſeq.
Suus hæres quis dicatur. ibidem.
Hæres neceſſarius quis. 3.4.9.55
Hæredis appellatione dominus propriè ſignificatur. 7.4 2 173
Hæredē cum Prætor facere non poſſit ib.
Qui ſemel Hæres fuit,ſemper hæres remanet. 57.1.111.& lib.3.c.4 54
Qui hæres eſt & iurium & actionum omnium ſucceſſor eſt, quibus poterat defunctus vel experiri, vel conueniri. ibidem.
Hæres poſt aditionē fit dominus omnium bonorum defuncti. 20.12.4.797
Hæres vitiorum defuncti ſucceſſor eſt. 4.1.13.77
Hæres eſt Dominus rei legatæ, quoadiu legati conditio pendet. 19.13.9.758
Pro hærede quis dicatur poſſidere. 17.1.5.613
Hæres inuitus nemo fit præter neceſſarios hæredes. 20.2.n.1 777
Hæres poſt condemnationem, aut litis conteſtationē,defuncto teſtatore,conuenitur ex omnibus cauſis. 4.1.12.77
An aduerſus Hæredem actio in ſolidum detur. 4.1.5.76
Hæredes neceſſarij non poſſunt abſtinere. 7.7.6.177
Hæres quandocunque adeat hæreditatem iam tum à die mortis adiiſſe intelligitur. 7.4.1.173
Hæres qui rem legatam retinet, quoadiu non eſt agnitum legatum, non eſt in mala fide. 7.4.11.175
Hæres non vult eſſe qui ad alium transferre vult hæreditatem. 7.7.5.177
Propter delictum Hæredis,hæreditas nō fit caduca,ſed publicatur. 3.16.3.69
Hæres quibus verbis inſtitui poſſit. 5.20.5
Hæres qui coactus adiit hæreditatem, támque reſtituit,nullum ex ea emolumentum retinere debet 12.17.18.415
Hæres voluntatem teſtatoris neque reuocare,neq; interpretari poteſt 7.9.6.182
Ius habendi Hæredis ex teſtamento eſt honorificum. 15.14.8.531
Si ſuus Hæres delatam hæreditatem repudiaſſet, ſequentis gradus liberi iure veteri non admittebantur. 3.4.11 55
Pœna ex delicto defuncti Hæres teneri non debet. 7.20.nu.7.196
Hæres per aditionem obligatur. 7.11.nu.2.181
Non eſt ſine Hærede qui ſuum hæredem habet quamuis abſtineat. 3.4.3.54
Hæredes tutorum quatenus teneantur. 1.toto cap.12.13 & ſeq.

Hypotheca.

Hypotheca conſtituitur nudo pacto. 19.6.2.745
Et ſine tranſlatione poſſeſſionis. ibid.
Hypothecam vendere creditor non poteſt, priuſquam egerit hypothecariâ ad auocandam poſſeſſionem. 19.8.5.749
Hypotheca tacita tribuitur pupillo in rebus tutoris. 2.10.2.36
Hypothecæ adiudicatio quid. 16 15.13.592

Hypothecaria actio.

Actio Hypothecaria nihil aliud eſt,quàm pignoris perſecutio. 16 15.4.592
Eſt arbitraria. 16.15.num.13.ibid.
Hypothecariæ actionis duo ſunt capita. 16.14.18.589
In actione Hypothecaria quomodo formandus ſit libellus. 16.15.13.592
In Hypothecaria non res ipſa debetur, ſed pecunia. 16.15.4.592
Non agitur de dominio. 16.15.20.593
In actione Hypothecaria nunquam iuratur in litem. 16 15.1.591
Actio Hypothecaria quid differat à ceteris actionibus in rem. 16.15.nu.19 & ſeqq.593

I

Impenſa.

De Impenſarum in rem alienam factarum repetitione. 2.1.num.1.& ſeqq.35
Impenſas voluptuarias bonæ fidei poſſeſſor per doli exceptionem ſeruat. 2.1.5.37
Malæ fidei poſſeſſor tollit, ſi ſine diſpendio id fieri poſſit. ibid.
Impenſæ neceſſariæ tam malæ quàm bonæ fidei poſſeſſor præſtantur. ibid. num.6.38
Impenſæ neceſſariæ dicuntur quæ ſi factæ non ſint,res aut peritura, aut deterior futura ſit. 2.1.6.37.& lib.1.5.2 2
Impenſæ aliæ neceſſariæ,aliæ vtiles, aliæ denique voluptuariæ. 2.1.n.5.& 6.36
Impenſæ neceſſariæ quomodo efficiant fundum deſinere eſſe dotalem. 1.2.3 8
Impenſæ vtiles an dotis repetitionem impediant. d c.2.n.3.ibid.
De Impenſarum in res dotales factarum deductione. 1.3.no.5.& ſeq.4
Impenſarum nec neceſſariarum, nec vtilium maritus exactionem non habet. 1.8.2.8
Impenſas deducere quid ſit.s.1.num 6 & 7.26.tollere. ibid.
Impenſæ in rem communem factæ an ſemper iudicio communi diuidundo repetantur. 3.8.num.1.& ſeqq.58
Impenſæ vtiles per exceptionem retinentur. 1.3.8.4

Imperator.

Imperatoribus ſolemne eſt de æquitate potiùs quàm de ſtricto iure reſpondere. 1.4.nu.4 4
Imperator reſcribendo vel ius nouum facit,vel quid iuris communis ſit, ſignificat. 20 9 6.789

Imperium.

Imperium mixtum nullum eſt quod iuriſdictioni non cohæreat. 4.4.3.81
Imperium merum in quo conſiſtat. ibid.
Imperij mixti diſtinctio interpretum commentitia. ibid.
Imperium merum quid. d.c.4.nu.1.81
Quid. ibid.
Imperium mixtum à iuriſdictione eſt diſtinctum. ibid.num.2

Impoſſibile.

Impoſſibilium nulla eſt obligatio. 17.7.6.625
Impoſſibilis conditio. 6.12.2.153

Improbus.

Improbus eſt qui vult iterum conſequi quod accepit. 4.19.7.108

Incapax.

Incapax cui aliquid relictum erat, ſi ſe deferret, partem rei relictæ conſequebatur. 17.3.7.617
Incapaci quod relictum eſt, fiſco vindicatur. 17.2.6.616

Incertus.

Incertæ perſonæ nihil in teſtamento relinqui poteſt. 9.2.1.234

Indebitum.

Qui indebiti conditione tenetur,ex obligatus dicitur. 8.8.5.250
Quaſi mutuum acceperit. ibid.
Indebiti ſoluti repetitioni quando ſit locus. 8 8.nu.1.& ſeq.249

Indefinita.

Indefinita propoſitio quando æquipolleat vniuerſali. 13.16.8 444

Indiuiduum.

Indiuidua ſtipulatio quæ dicatur.3.7.1.58
Indiuidua facta quæ. ibid.

Infamis.

Infamis factus per ſententiam vnius iudicis eſt vbique infamis. 19.4.3.741

Ingenuus.

Ingenua concubina eſſe non poteſt, niſi aut obſcuro loco nata ſit, aut vulgo quæſtum fecerit, aut teſtatio præceſſerit. 3.14.1.66

Ingenuitas.

Ingenuitatem tribuit natura. 19.4.1.741.
& autoritas rei iudicatæ. ibid.num.2
Cognitio de ingenuitate & libertate eſt iuriſdictionis. 19.4.14 743

Inſtans.

Inſtans mortis vitæ computamus.20.2.4.775.

Inſtigator.

Qui inſtigat ad calumnioſam accuſationem fit in famis. 6.6.2 142

Inſtitutio.

Inſtitutio.

Inſtitutio hæredis aut pura eſt, aut conditionalis. 9.1.14.233
Cur inſtitutio hæredis non valeat ſiue aditione. 14.20.nu.1.& ſeqq.
Iuſtitutio quæ ab initio fuit inutilis, ea poſtfacto conualeſcere nunquam poteſt. 9.14.2.268
an inſtitutio filij vitietur per emancipationem. 10.15.3.320
Inſtitutio precaria. 15.10.14.517
Inſtitui poteſt incapax in id tempus quo erit capax. 12.30.nu.3.416

Inſtitutiones Iuris.

In Inſtitutionibus ea quæ ſunt generalia tradit Iuſtinianus 20. 13. 17. 800. non quæ ſpecialiorem requirunt tractatum. ibidem.

Inſtructus.

Inſtructi fundi appellatione quæ contineantur. 2.6.4.6

Interpellatio.

Interpellatio quomodo requiratur ad moram contrahendam. 6.7.nu.1. & ſeqq. 143
eſt iudicialis, vel extraiudicialis. 16.6.1. 569

Interdictum.

Interdicta quædam ſunt ſimplicia, quædam duplicia. 2.18.1.45
Simplicia quæ. ibid.
duplicia quæ. ibid. & 46
Interdicta ſimplicia ſunt aut reſtitutoria, aut exhibitoria. ibidem.
duplicia ſunt prohibitoria tantùm. ibid.
Interdicta retinendæ poſſeſſionis quæ. ibidem.
Interdicta duplicia ſunt pauciſſima. ibid.
Interdicta ferè omnia ſunt ſimplicia. ibid.
Interdictorum alia reſtitutoria, alia exhibitoria alia prohibitoria. ibid.
Interdictum Saluianum. 2.18.2.46
Vti poſſidetis. num.4
Vtrubi. ibid.
Quorum bonorum. ibid.
Vnde vi, & de vi armata. num.2.
quod legatorum. lib 6.c.1.129
Interdictorum ius eſt ordinarium. 16.20. 17.611
In omnibus interdictis de poſſeſſione agitur, in nullo de proprietate. 16.20.1. 610
Interdicta extraordinariis actionibus comparantur. 12.17.19.411
Interdicta ſunt actionibus in perſonam adſcribenda 19.20.21.773
80 interdictis nunquã in litem iuratur. 16. 20.5.610

Id quod intereſt.

Nihil eſt incertius, quàm id quod intereſt. 15.2.16.495
In eo quod intereſt æſtimando honeſtus modus ſeruandus eſt. 5.8.1.113
Id quod intereſt probationum penuriã ad exiguam ſummam deducitur. 6.17.5. 161

Interpretes.

Interpretes antiquiores ſcrupuloſè & ſuperſtitioſè magis, quàm verè aut verecundè defenderunt nullum eſſe in toto iure locum imperiti interpretis audacia corruptum. 17.5.1.617

Interpretatio.

Legum interpretationem ex iuris ratione meriti oportet, ſicut & legum lectionem. 9.4.1.238

Inteſtatus.

Inteſtatus dicitur is cuius hæreditas adita non eſt. 3.4.9.55
Inteſtati propriè appellantur, qui cùm poſſent facere teſtamentum, teſtati non ſunt. 14.13.5.479
Cùm de inteſtati causã quæritur quodnam tempus inſpici debeat. 9.1.3.232

Iter.

Itineris latitudo eſt à contrahentibus, vel ab arbitrio. 19.14.11.759
Iter quid ſit. 1.20.3.24

Inuentarium.

Inuentarij beneficium implorari cur ſoleat. 7.7.nu.7.178

Inuitus.

Inuitus agere vel accuſare nemo cogitur 19.20.8.771

Iudex.

Iudices non dabantur olim niſi poſt litem conteſtatam. 17.8.13.628
Iudex delegatus quis dicatur. 17.8.num.5. & 6.627
Iudices dabantur à magiſtratibus qui de facto cognoſcerent & ſententiam ferrent. 4.7.1.84
Iudicis officio multa veniunt quæ iure actionis peti non poſſunt. 12.17.9. 374
Iudicis officium mercenarium. ibidem.
nobile. ibidem.
In actionibus in rem iudex competens eſt ille qui præeſt territorio in quo res ſita eſt. 20.9.23.791
Incompetentia iudicis eſt nullitas nullitatum. 20.5.2.782
Iudices dare eſt actus iuriſdictionis. 20.5. 11.783
Iudices dati iuriſdictionem non exercebant. 19.4.14.743. ſed iudicium. ibid.
Iudices non dabantur de ingenuitate & libertate. ibidem.
Iudex competens quis dicatur. 20.5.2. 782
Iudex datus differebat à ius dicente. 20. 5.11.783.
Iudex non poteſt ſententiam ſuam corrigere 20.5.8 782
boni Iudicis officium eſt quantum & quàm cito poteſt lites dirimere. 20. 6.5.784
Iudex ſemel approbatus an poſſit recuſari. 20.6.3.ibidem.

Iudicatum.

Iudicati tempus definitum ætate prudentum. 16.19.17 605
Iudicatis ad ſoluendum dabantur 30.dies ex 12.tab. 7.1.1.169
duo menſes ex poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus. ibid.
ex Iuſtiniani lege quadrimeſtre. ibid.
hodie quantum videtur iudicanti. ibid.
Iudicati faciendi dilatio in quibus iudiciis concedatur. 7.1.3.169
Iudicati faciendi tempus eſt pro condemnato. 15.3.11.496
Iudicati actione nouatur prior contractus. 16.14.1.588
Res iudicata pro veritate habetur. 7.16 8. 191

Iudicium.

Iudicia omnia ſunt abſolutoria, non omnia condemnatoria. 15.1.8 490
Iudicia alia ordinaria, alia extraordinaria. 4.7.1.84
In iudiciis extraordinariis actio locum non habet. 4.7.n.7.85
Iudicia hodie ſunt omnia extraordinaria. 4.7.3.85. imò ordinaria. ibidem.
Iudiciorum vetus ordo qualis. 17.8.13. 628
Iudiciorum præparatoria quæ. 16.11.5. 581
Iudicium quomodo conſiſtat ex tribus perſonis actore, reo, & iudice. 20.9.12. 790
Iudicium ſemper redditur in inuitum. 20. 9.22.791
Iudicia alia bonæ fidei, alia ſtricti iuris. 4.7.11.86
Eorum differentia. 15.1.n.11 &12.491. & lib. 16.1.3.554. & lib. 16.1.1. & lib.4.7.2.85
Iudicia bonæ fidei vnde dicta, & quæ illa ſint. 15.1.n.11.491
Iudicia ſtricta ſeu ſtricti iuris vnde dicantur. 15.1.9.490.& lib.7.c.2.num.2. 171
In iis à die litis conteſtatæ præſtandum eſſe actori omnem cauſam. lib.7.c.2. 171
In iudicio bonæ fidei præſtationes ſunt pleniores. 14.18.2 424
Iudicia arbitraria quæ. 15.1.17.491
In quibus iudiciis iuretur in litem. 16.15. num 14.593
In iudicio vindicationis poſſeſſor ſuccumbens malæ fidei & prædo iudicatur. 20.8.5.787
Iudicium reſcindens & reſciſſorium an poſſint cumulari. 20.10.18 795
Iudicium imperitorum & ruſticorum quale. 18.2.24.670
In iudicio quaſi contrahitur. 16.14.2. 590

Iuriſdictio.

Iuriſdictio cum mixto imperio non eſt confundenda. 4.4.2.82
Iuriſdictio differebat olim à iudicandi poteſtate. 20.5.12 783
Iuriſdictio Eccleſiaſtica eſt omnino ſeparata à ſeculari. 20.7.8.786
Iuriſdictionem mandare quid ſignificet Accurſianis. 17.8.num.6.& 7.627

Iurare.

Iurari in quam quantitatem poſſit. 16. 17. num.10.& 25 598.599
an in immenſum. ibid.
Nunquam iuratur in litem in actione hypothecaria. 16 15.1.592

Iuſiurandum.

Iuſiurandum & tranſactionis & rei iudicatæ vim habet. 16.17.22.599. & probationis. 19.10.2 753
Iuriſiurandi diſtinctio in iuſiurandum affectionis, & iuſiurandum veritatis reſellitur. 16.1.9 554
Iuſiurandum neceſſitatis dici debet illud quod Bartolus appellat iuſiurandum veritatis. 16.13.3.586
Iuſiuraudũ neceſſitatis quod. 16.1 13.555
nullum eſt iuſiurandum in litem quod non ſit affectionis. 16.13 2.585
Iuſiurandum veritatis nullum eſſe contra Bartolum & alios. 16.13.num.1.& ſeq. 585
Iuſiurandum in litem quando locum habeat. 16.15 num 1.& 2.591
Iuſiurandum in litem nunquam defertur niſi ex neceſſitate iuris. 16.18 4.600
de Iuſiurandi taxatione. 16.17 25.599
Iuſiurandum Zenonianum. 16.17.28.ibid.

Iuriſconſultus.

Iuriſconſulti munus proprium erat præſcribere formulas. 9.1.7.232
Iuriſconſultus non de facto ſed de iure tantùm reſpondere & poteſt & debet. 14.3.9 461
Iuriſconſulti veteres quã ratione loquendi vtantur cùm aliquid negare volunt. 17.16.num.17.649
turpe eſt Iuriſconſultos in veterum prudentum reſponſis excutire. 9.2.10. 235
Iuriſconſulti veteres in quæſtionibus infinitis diſſentêre. 2.12 5 39
ſæpè referunt ſententias quas non probant. 1 8.10.14
Iuriſconſulti eſt interpretari, non ſupplere. 9.3.5.236

Ius.

Iuris regulam in his ſequi non poſſumus quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt. 1.18.3.22
contra Iuris rationem receptum non eſt producendum ad conſequentias ibid.num.4.
Iuris poſitiui quæ eſſe dicantur. 16.11.10 581
Iuris conditio eſt vt ſit certum. 9.1.7. 232
Iura vendi poſſunt. 7.15.num.1.188
an poſſint oppignerari ibidem.
Iurium quæ in actionibus conſiſtunt alia ſunt actiua, alia paſſiua. 19.15.1.763
Iura paſſiua prædiorum ſunt ſeruitutes prædiis debitæ.

Iure datoris reſoluto, ius quoque accepturis reſoluitur. 19.13 7.757
Ius ſemel extinctum reuiuiſcere non poteſt. 20.18.8.797
Ius differt à iudicio. 20.5.11.783
Ius dicenti extra territorium impune non paretur. 20.9.11.790
Ius certum de eo quod quotidie accidit debet eſſe. 4.17.2.99
Ius accreſcendi tacita quædam ſubſtitutio dicitur. 13.24.5.438

Iuſtus.

Iuſta cauſa acquirendi quæ. 7.4.3.173

L

Legatarius.

LEgatarius in plus onerari non poteſt quàm acceperit ex teſtamento. 17.7.num.1.& ſeq.624
à legatario olim legari non poterat, ſed tantùm fideicommitti, at hodie poteſt. 14.10.16.475
Legatarij & hæredis differentia. 8.19.num.2 & ſeqq 228
Legatarius conditionalis quid differat à conditionali creditore. 15.6.1 504
Legatarius legatum repudiare poteſt. 8.19.3.228
Inter legatarios iuri accreſcendi quando ſit locus. 6.3.num.6.& 7.130
Legatario qui fructus acquirantur. 7.4.8.178

Legatum.

Legatum non obligat legatarium. 8.10.2.212.nec damno eum afficere poteſt. ibidem
Legandi verbum lex duodecim tabul. vſurpauit pro actu ipſo teſtandi. 14.13.4.483
Legatum facit legatarij rem legatam ſicut hæreditas hæredis res ſingulas 17.17.18.631
legatum etiam ignoranti acquiritur. 8.19.228 & lib.14.1.6.455
legata quibus acquirantur. 8.19.4.228
legatum ſi à legatario agnitum ſit, iam inde ea tempore è aditæ hæreditatis ipſi acquiſitum intelligitur. 7.4.8.178
legatum partis hereditatis & legatum partis bonorum quomodo differant.18.18.num.1.& ſeq.722
quicquid eſt legatum cenſetur hodie ſideicommiſſum, & contrà. 14.10.15.475
legata non priùs valere poſſunt, quàm ſit adita hæreditas. 19.16.13.765
legatorum tamen dies cedere dicitur non ab adita hereditate, ſed a die mortis. ibidem
legatum eſt donatio & liberalitas. 17.10.9.630
quomodo legati dominium cenſetur ſtatim eſſe legatarij à die mortis teſtatoris. 7.3.6.172
legati ad pias cauſas relicti fructus debentur à tempore mortis teſtatoris. ib. num.9
legatorum differentiæ. 6.2.num.2.& ſeq.129
legatorum quatuor genera. ibidem
legatorum per vindicationem & per damnationem differentiæ quatuor. ib. num.2 130
legato generis tacitè inesse videtur legatum optionis. 6.3.3.133
legatum optionis quid. ib nu 14
legatorum omnium an hodie eadem ſit natura & conditio. ibidem.
legata conditionalia non tranſmittuntur in heredem. 15.6.1.504
legatum conditionale quandiu pendet, ne quidem legatum eſſe intelligitur. 20.18.6.805
legati conditionalis pendente conditione hæc à eſt dominus. ibid.
legatorum conditionalium natura. 12.17.num 3.4.1
legati ſub conditione relicti quando dies cedat. 5.14.1.120
legatum rei alienæ quomodo ab hærede præſtandum ſit. 14.10.n.23 & ſeq 476
legatum rei non debitæ, vt debitæ an valeat. 5.4.1.107
falſa legati demonſtratio legatario non nocet. 5.2.nu.2.ibid.
rei Legatæ dominium tranſit rectà via à teſtatore in legatarium. 8.19.n.2.228
legati vſuræ non à die moræ nullæ debentur. 17.7.12.625
legatum non obligat acquiſitorem, nec poteſt vnquam illi eſſe damnoſum. 8.1.7.455
legati interpretatio quomodo fieri debeat. 17.7.11.625
legati acquiſitio quando irreuocabilis. 14.16.455
legatorum & fideicommiſſorum diſcrimen ſecundum ius Pandectarum. 14.10.13.475
legati & fideicommiſſi nomine cur promiſcuè veteres vtebantur. 17.9.2.629
de legatorum vſuris & fructibus. 7.3.nu.1.& ſeqq.172
de legatorum ademptione. 18.16.8.715
de iis quæ in legatorum & fideicommiſſorum falcidias imputantur. 6.4.1.138
legatorum omnium & fideicommiſſorum ſingularium eadem hodie eſt natura. 20.12.16 797. & 7.4.7.174
legatum non agnitum repudiari poteſt. 14.1.455
legatum legatario damnoſum eſſe non debet. 17.7.6.625
legata præſcribuntur ſpatio triginta annorum. 7.4.9.174
legati nomine competit actio inſcm. 7.3.2.169
legati definitio Iuſtinianæa explicata & defenſa. 6.1.19.132
legatorum per vindicationem & per præceptionem differentia. 5.14.8.17
legatum nominis quid contineat. 5.2.3.107
ex inutili legato ne quidem æſtimatio debetur. 14.10.20.476
legatum agnoſcere nemo inuitus cogitur. 17.7.6.625
à legato abſtinere eſt legatum non petere. ibid nu.7
differt ab eo quod eſt legatum repudiare. ibid.
legatum tranſmittitur in hæredem legatarij. 14.1.6.455
falſa cauſa legati aut falſa conditio legatario non nocet. 5.2.3.107
legatæ ſeruitutis perſonalis dies non cedit niſi ab adita hæreditate.19.16.14.765
legato generali an pecunia numerata contineatur. 1.6.9.6
legata quando præſtentur ab eo qui defuncti iudicia reſcindit. 5.1.nu.1.105
de legati peremptione. 4.11.1.95
legatum extinguitur ſi rei legatæ dominium ex lucratiua cauſa ad legatarium peruenerit. 2.15.1.init. cap 41

Legatus.

Legati ciuitatis priuilegia. 14.1.25.457
legatus ciuitatis an cenſeatur Reipublicæ cauſa abeſſe. ibid.

Legiſlator.

Legiſlator ciuilis æquitatem ex hominum vtilitate ſemper metiri ſolet. 13.2.17.434
legiſlator ciuilis contendit ſe habere iuriſdictionem in volentem populum. 20.7.9.786

Lex.

Legis propriam eſt actionem vel coercere vel denegare. 8.4.7.195
legea aliæ ex aliis ſumunt interpretationem. 5.1.1.106
leges ipſe, cùm quæ interpretatio ad rationem iuris accommodari debent, non ratio iuris ad verba legum detorquenda. 19.5.6.744
In Legib. Codicis multa ſupplenda ſunt, quæ ex reſcripti verbis colligi non poſſunt. 1.17.16.78
lege dominium transferri poteſt. 6.1.3.130
legis Æliæ Sentiæ ſanctio.18.13.num.1.3.& ſeqq. 702
lege Lætoria quid vindicaretur. 8.4.6.195
lex contractus quæ dicatur. 20.18.nu.41.812
leges fugitiuæ quæ. 19.1.1.731

Legitima.

Legitima nihil aliud eſt, quàm triens, vel ſemis portionis ab inteſtato contingentis. 13.10.12.318
legitima ab inteſtato deberi non poteſt. ibid.
legitima filio relinquenda eſt titulo inſtitutionis ex lege Iuſtiniani. 14.17.11.484
de legitima competente filio prioris matrimonij. ibid.
in Legitimam non imputantur ea quæ iure aduentitio obuenerunt. 13.11.5.435

Liber.

Liberi hominis non eſt dominium, neque vindicatio. 19.10.12.772
non eſt in commercio. ibid.
an poſſit operas debere. 20.18.4.809
an habeat liberam de ſeipſo diſponendi facultatem. ibidem

Liberatio.

Liberatio quibus modis contingat. 17.9.4.629
de liberatione debitoris pupillaris.17.13.num.1 & ſeqq. 637
liberatio per apocham non aliter contingit, quàm ſi pecunia ſoluta ſit. 12.15.6.404
liberatio non naſcitur ex qualibet ſolutione, ſed ex ea quæ facta eſt ſecundum iuris ciuilis regulas. 17.13.1.637
liberato reo, fideiuſſor liberatus eſſe intelligitur. 11.1.12.349
effectu ipſo lib ratus eſſe intelligitur, qui vtilem habet ſiue doli, ſiue aliam exceptionem. 17.8.1.628
non liberatur qui ſoluit quod debet alij ſoluat quàm cui debet, ignorante aut inuito vero creditore. 8.15.6.224

Liberalis.

Liberalis cauſa eſt cauſa ſtatus. 17.8.8.625

Libertas.

Libertas eſt res infinitæ æſtimationis. 17.8.9.626. & cap.9.num.1.629
pro parte præſtari nō poteſt. 4.11.9.64
libertas directa. 6.16 nu.1.58
fideicommiſſaria. ibid.
vtriuſque differentiæ ibidem num.3.159
libertas prædiorum vrbanorum quomodo poſſit vſucapi. 19.9.4.& 5.750
libertas prædij ruſtici vſucapi non poteſt. ibidem

Liberi.

An liberi poſiti in conditione ſint etiam in diſpoſitione poſiti. 17.18.6.655
liberi qui ſunt in poteſtate petuntur aut præiudicijs, aut interdictis, aut cognitione prætoria. 19.10.17.772
liberorum ſuperuenientiâ an reuocari poſſit donatio. 7.14.num.1 & ſeqq.187

Libertus.

Libertus non poteſt propria bona in fraudem patroni alienare. 7.5.1.188

Libertinus.

Libertinus ille eſt qui ex iuſta ſeruitute manumiſſus eſt. 20.18.20.809

Litis conteſtatio.

Lite conteſtata apud præterem iudices ab eo dabantur. 16.18.2 581
Litis conteſtatio fiebat olim apud Magiſtratum. 17.8.nu.8.627

Litis conteſtatio non poteſt fieri ſine contradictore. 26.9.15.790
poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores ſunt pares, id eſt malæ fidei poſſeſſores & prædones. 16.2.11.557
à tempore litis conteſtatæ omnis cauſa præſtanda eſt. 7.2.n.6.& 7.171

Locatio.

Locatio quarum ſit rerum. 19.7.11.748
Locatæ rei poſſeſſio manet penes locatorem. ibid.
Locatio in iuribus conſiſtere non poteſt. 19.7.12. ibid.
Locator ignorans ſe rem alienam locare in id quod intereſt conductoris tenetur. 2.5.2.30
Locationis & emptionis differentia. 2.4.n.1.& ſeq.29.& c.5.30.conuenientia. ibid.

Lucratiuum.

Duæ lucratiuæ cauſæ circa eandem rem & perſonam concurrere non poſſunt. 2.15.init.cap.41.

M

Magiſtratus.

MAgiſtratus non ſolebant olim iudicare. 5.16.7.123.ſed ius dicebant. 4.7.1.84.
Magiſtratus ipſi vt cognoſcerent, neque Iudices amplius darent quando primum inductum. 5.16.7.123
Maiores Iudices dicuntur. 19.4. nu.14.743. cognoſcebant de libertate & ingenuitate. ib.& lib.4.c.7.84
Magiſtratus ſententias exequi quomodo ſolerent. 5.16.7.123
Magiſtratus populi Romani ſolebant viatorem interdum loco arbitri dare ad exequendum iudicatum. 16.20 17.611
Magiſtratus habent auctoritatem. 18.12.11.700
Magiſtratus in parem, aut ſuperiorem non habet imperium. ib.n.12.

Mandatarius.

Mandatario an competat actio negotiorum geſtorum. 8.6.13.209

Mandator.

Mandatoris, correi & fideiuſſoris diſcrimen. 11.20.n.12.& ſeqq.379

Mandatum.

Mandatum interdum non eſt obligatorium 8.6.14 210
Mandati obligatio cur competat fideiuſſori. 16.9.2.578
de Mandati & aliorum bonæ fidei contractuum differentia in debita re æſtimanda. ibid.
Mandati actio pleniſſimas recipit præſtationes. 16.9.4.578
Mandati actio ex perſona, non ex re naſcitur. 8.6.12.209
Mandati actio non datur, niſi mandatum præceſſerit. 11.6.2.346
Mandati actio an ei competat qui ſuum negotium geſſit. ibid.

Manus breuis.

Manus breuis eſt cùm id quod ſemel tantùm traditur, pro bis tradito habetur. 19.3.2.739.

Manus longa.

Manus longa eſt quoties id quod reuera nunquam traditum fuit, pro ſemel tradito habetur. 19.3.2.Ibid.

Manus militaris.

Manus militaris vſum à priuatorum negotiis abeſſe voluit Legiſlator. 16.17.33.599.

Maritus.

Maritus eſt dominus dotis. 13.1.17.420. & cap.3.num.15.423.
Maritus rei dotalis dominium habet bonitarium. 20.11.12.794
vt Maritus fiat dominus dotis, requiritur vt præcedat traditio. 7.12.3.217
Mariti eadem eſt ratio quæ bonæ fidei poſſeſſoris. 1.8.7.8
Maritus non plus cogitur reddere iudicio de dote, quàm acceperit. 12.15.5.404
Maritus quos ſumptus ex rebus dotalibus deducere poſſit. 7.6.n.5.& 6.176
Marito quomodo ſuccurratur ſi æſtimationem, rerum dotalium, auxerit donationis cauſa. 7.6.3.ibid.ſique pecuniam donauerit vxori, ex qua prædia emerit. ib.num.1.175.
Maritus dotis nomine condemnatur in id tantum quod facere poteſt. 8.13.9.220.& lib.2.cap.14.41.
Maritus an poſſit agere furti aduerſus vxorem. 3.19.3.73
vxori ex officio cibaria & veſtiaria præſtare tenetur. 2.8.4.53

Mater.

Mater nō habet liberos in poteſtate. 19.17.5.766. ſuis liberis eſt extranea. ibid.
Mater filio ſtipulari non poteſt. 1.4.1.4.
eſt heres liberorum eſt ſenatuſconſulto Tertylliano. 13.11.18.434.
Matris heredes ſunt liberi, etiam qui in patris poteſtate ſunt conſtituti. ibid.

Matrimonium.

Matrimonium non ſoluitur deportatione 17.10.14.663. vel aquæ & ignis interdictione. ibid.
ſi nimium vxoris conſenſus duret. ibid.
Matrimonium nonniſi inter ciues Romanos contrahitur. 17.10.15.663
contractum tamen, inter eos quoque retinetur, qui Rom.ciuitatem amiſerunt, dummodo retinuerunt libertatem. ibid.
Matrimonium inter tutorem & pupillam, prohibitum eſſe, quomodo intelligendum. 17.9.21.631

Merx.

Merx eſt ea res quæ pretio æſtimatur. 6.9.3.147.
Merx cum in genere & quātitate conſiſtat, æſtimatur ex pretio. 16.6.30.572 in genere & quantitate, non in ſpecie conſiſtit. 16.10.5.580

Minor.

Minor curatorem habens quomodo obligetur. 8.6.5.208
Minor etſi obligatur in integrum tamen reſtituitur. 11.1.24.337
minor non aliter reſtituitur, quàm ſi læſus probetur. 18.9.14.693
De minoris reſtitutione in integrum. 8.3.pag.202.& ſeq.
De reſtitutione minorum cognoſcebat Prætor. 4.7.4.85
Res empta ex pecuniâ minoris an ſit minoris. 5.9.2.113

Mora.

Mora fieri non intelligitur, vbi nulla eſt petitio. 7.1.7.170.& lib.16.6.21.571
Moræ cauſa duplex, lapſus diei adiectæ & interpellatio. 16.2.5.559
Mora quot modis cōtrahatur. 6.7.1.143
de Moræ differentia. quæ per lapſum diei, & eius quæ per interpellationem contrahitur, in ineunda rei debitæ æſtimatione. 16.6.n.1.& ſeq.569
Mora nonnunquam contrahitur citra dolum, aliquando etiam ſine culpa. 16.13.5.586
Moræ effectus præcipuus eſt vt obligationem perpetuet. 16.1.1n.554
Mora non poteſt augere principalem obligationem. 16.3.11.559
Mora præcedēs facit vt res poſt moram perēpta adhuc debeatur. 16.13.6.586

Mors.

Morte rei & dominiū amittitur. 8.9.1.212
Morte quæ crimina finiantur, quæve non finiantur. 7.20 6.197
Morte filij finitur ius patriæ poteſtatis. 14.1.2.455
Morte teſtatoris teſtamentum confirmatur. 15.7.10.507
id quod Mortis cauſa capitur, non capitur ex teſtamento. 8.7.4.210
Moritur viuens, non mortuus. 20.1.num.4.775

Mulier.

Mulier ſuos heredes nullos habet. 8.13.1.219. ſed tantùm extraneos, etiamſi ſint eius liberi. ibid.
omnes Mulierum obligationes non ſunt improbatæ. 8.2.6.201
ſed eæ tantùm quæ fiunt intercedendi animo. ibid.
Mulieri quæ fideiuſſit neceſſaria non eſt in integrum reſtitutio. 8.2.2.201. ſed ſufficit Senatuſconſulti Velleiani imploratio. ibid.
Mulier illa intercedit quæ patitur ſe delegari ab eo, cuius verè debitrix antea non fuit. 18.1.2.665
de Mulieris priuilegio, quo præfertur anterioribus mariti creditoribus, 8.11 num.1.215
Mulier iis tantùm creditoribus mariti anterioribus præfertur, qui nonniſi tacitam habent hypothecam. 8.12.7.218
in cauſa pignoris Mulier & fiſcus pari paſſu ambulant. 8.11.3.215
Mulierem nō debere manere indotatam quomodo intelligendum. 8.9.4.213
Mulieribus plus æquo fauit Iuſtinianus 8.11.4.216.& 8.14.1.221

Munus.

Munus ſponſalitium quid. 19.1.3.735 quomodo differat à donatione ante nuptias. ibid.

Mutuum.

Mutuum eſt ex eorum contractum numero, qui re perficiuntur. 19.3.6.739

Mutus.

Mutus an teſtari poſſit. 10.20.3.331

N

Naturalis.

NAturalis obligatio ex facto tantùm, non etiam ex iure æſtimatur. 8.6.4.208.& lib.10.c.20.331

Negatio.

Negatio per rerum naturam probari non poteſt. 19.11.9.755

Negatoria actio.

Negatoria actio cui competat. 20.13.n.1.2.798. quid ſit. ibid.

Negotium.

Negotiorum geſtorum actio quando fideiuſſori detur. 8.6.13.209.ex re naſcitur, non ex perſonâ. ibid.

Nexus.

Nexus paſſim ſignificat obligationem. 20.8.16.788.

Nomen.

Nomen debitoris eſt in dominio creditoris. 8.15.1.223
aliud eſt Nomen, aliud res illa quæ debetur. ibid.
Nomen debitoris vendi poteſt. ibid.
ſequi debitoris Nomen eſt proprio ſuo periculo ab eo ſtipulari. 12.8.n.8.392

Noſtrum.

id quod Noſtrum eſt ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt. 8.9.1.212

Nouatio.

Nouatio quando fiat. 3.3.1.53.
Nouatio fit ex iudicato. 16.14.1.588.& per litis conteſtationem. 16.3.12.560
nouatio alia eſt voluntaria, alia neceſſaria. 16.14.1.588
Is cui rectè ſoluitur etiam nouare poteſt. 11.18.8.376. niſi quis ſolutionis causâ ſit adiectus. ibid.

Noxalis actio.

Noxalis actionis conditio. 3.13.1.65
noxalis actio an detur de damno dato à rebus inanimatis. 5.17.2.123

Nunciatio noui operis.

Nunciatio noui operis eſt remedium odioſum. 19.5.2.743
nec niſi neceſſitatè ipſa tolerabile. ibid.

noui operis nunciatio eſt facti. ibid.
noui operis nunciationis proprium eſt, vt poſſeſſorem eum faciat cui nouum opus nunciatur. ibid.nu.5
noui operis nunciationis vis & effectus. ibid.nu.2.
nunciationis noui operis triplex cauſa, naturalis, publica, impoſitiua. ibidem nu.4.744
nunciationem tenere & remitti, contraria ſunt. ibid.n.12
nunciationis remiſſio quando vtilis, quando inutilis. ibidem
nunciatio quæ non teneat. ibid.
nunciari nouum opus aduerſus eum qui vſum ſeruitutis impedit, non poteſt. 19.5.1.743
nunciationem noui operis Dominus ſeruitutis quando habeat dict.cap.5.nu. 8.& ſeqq.744
noui operis nunciatio & damni infecti ſtipulatio quomodo differant.19.8.nu. 8.60.

Nuptiæ.

Nuptiis nihil eſt fauorabilius.7.15.4.138
Nuptiæ contrahi poſſunt nullis præcedentibus ſponſalibus. 19.1.1.735

O

Oblatio.

Oblatio incongruo loco & tempore facta debitori non prodeſt. 1.1.9.8
nec etiam debitori nocet. ibid.
Oblatio congruo loco & tempore facta impedit quidem moram & vſurarum ex morâ debitarum exactionē, aut retentionem. 1.1.9.2.
ſed non earum quæ ex conuentione debentur. ibid.

Obligatio.

Obligatio quid ſit. 19.17.1.776
obligationis ſubſtantia in eo conſiſtit, vt alium nobis obſtringat ad dandum aliquid faciendum. 5.10.2.114
eamque ob cauſam Iuris vinculum dicitur. ibid.
Obligatio eſt propria ciuium Romanorum. 18.8.19.691
ex Obligationibus naſcuntur actiones 15.2.1.490
Obligatio actioni legem dat & condemnationi. 15.3.2.495
Obligationes ad hoc ſunt inuentæ, vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt. 19.17.1.766
Obligatio eſt mater actionum perſonalium. 20.9.5.789
Apud eundem pro eodem nemo obligatus eſſe poteſt. 1.17.21.initio capitis.
Obligationes & actiones ex conſtitutione Iuſtiniani poſſunt ab herede incipere & contra heredem. 19.19.13.170
Obligatio ſemel extincta nunquam reuiuiſcit. 7.18.5.& lib.10.c.15.194
Plus eſt obligationem extingui, quàm actionem amitti. 7.16.4.190
Obligationis tollendæ aut inducendæ modus non eſt tempus. 7.8.1.178
Obligatio nunquam creſcit ex morâ, ſed tantùm quæ antea fuit, perpetuatur. 16.6.16.570
Obligationum diuiſio. 19.20.1.771
Obligationes perſonales difficilius naſcuntur, & difficiliùs perimuntur. 7.9.20.181
obligatio naturalis quid. 8.5.8.207
Obligatio naturalis ſoluti repetitionem impedit. 7.17.1.192
ex obligatione naturali non datur actio, ſed tantum exceptio & retentio. ib.
Obligatio naturalis ex ſolo facto æſtimatur.8.6.4.198.& li.16.c.14.31.590. lib.10.c.20.817. an inter patrē & filiū conſiſtere poſſit.lib.20.cap.20.num.4. 817
Obligari naturaliter & obligari naturali iure differunt. 8.5.8.207
Obligatio naturalis impropriè eſt obligatio. 20.20.4.817
Obligatio eſt triplex, ciuilis tantùm, naturalis tantum, & mixta. 8.6.1.208
Obligatio ciuilis inter patrem & filium conſiſtere non poteſt. 7.6.183
Obligatio illa eſt inanis quæ ex mero debitoris arbitrio pendet. 8.15.4.224
Obligatio re contrahi non poteſt, niſi quatenus res interuenerit.12.15.9.404
In obligatione generali bonorum an futura etiam comprehendantur.20. 17. num.17.807
Nemini res ſua obligari poteſt. 20.17. 3.806
De obligatione in diem contracta. 16. 6.8.569
Obligatione in diem concepta, ante diem ſolui poteſt, peti verò non poteſt. 1.1.4.2.
Obligationibus certo loco præſtari. tacite ineſt tempus intra, quod ad eum locum perueniri poſſit. ib.nu.6
ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel ſub conditione obligari poteſt. 11.3.4.341
ex obligatione conditionali, antequam conditio extiterit, nihil prorſus debetur. 16.8.num.8.576
Obligationes ex ſtipulationibus conditionalibus tranſmittuntur in hæredes, mortuo ante conditionis euentum ſtipulatore. 15.6.1.504
Obligatio principalis ea eſt quâ debitoris eſt, pro quo fideiuſſor interuenit. 8.8.4.9.105
ex obligatione debitoris metienda eſt obligatio fideiuſſoris. 16.10.580
Obligatione principali ſublatâ non poteſt acceſſoria conſiſtere. 7.18.1.194
Obligatio principalis eſt maior fideiuſſoria. 8.4.1.204
Obligatio fideiuſſoris non augetur ex mora rei. 16.6.nu.16.570
Obligatio maior tollit minorem. 4. 7.985
Obligationis vinculum vnde æſtimetur. 15.7.1.506

Obnoxius.

Obnoxius ſignificat obligatum. 20. 5.num.16.788.

Obſignatio.

Obſignatio ritè facta eſt inſtar ſolutionis. 15.2.12.495

Opera.

Operæ nihil aliud ſunt, quàm diurnum officium. 20.19.10.814
Operæ aliæ officiales, aliæ artificiales. 20.19.15.815.
Operarum obligatio non recipit diuiſionem. 20.19.8.814. eſt obligatio faciendi. ibidem.
de Operarum editione, præſtatione & inductione. 10.19.n.1.& ſeq.814
Operæ liberto cur dicantur imponi.19. 18.1.809
Operæ liberto ſtatim poſt manumiſſionem imponi debent, vt valeant. ibidem.
Operarum artificialium promiſſio extraneo facta an valeat. ibid.

Opinio.

Opinio rei quando præferatur. 7.13.4. 186

Ordinarium.

Ordinaria pœna ſeu coercitio quæ. 4. 2.9.30.
Ordinaria iudicia. 4.7.1.84

P

Pactum Paciſci.

PActum nudum inefficax eſt ad actionem producendam.5.10.15.& lib.19.cap.17.766
Pacta in continenti facta etiam ſtipulationibus inſunt. 5.20.6.165
Pactum & ſtipulatio verbis dant. 5.10. 7.156 differunt, quod alius paciſcendi, alius ſtipulandi ſit animus. ibid.
Pactum aut in rem concipitur, aut in perſonam. 21.38.2.376
Pactum perſonale de non petendo non prodeſt fideiuſſori. 17.11.9.634
Pactum de non petendo factum cum vno ex fideiuſſoribus alteri non prodeſt. 11.15.1.370
an pactum vnius ex correis credendi aut debendi proſit, noceatve alteri. 11.38. num.1.& ſeq.376
an pactum cedentis noceat ceſſionario. 12.2.num.1.& ſeq.382.
Pactione nuda ſtatuitur creditum. 5.10.8 156
quæ pacta ſeruanda ſint. 8.16.1.225.
quæ ſint tacita. 14.9.3.513
Pactum non eſt modus tollendæ obligationis. 17.11.26.636
Paciſci non licet de quibus tranſigere non licet. 2.10.9.48
Paciſci etiam abſentes poſſumus & per nuntium, & per epiſtolam. 15.1. num.36.503

Partus.

Partus an vnus ſit, an multiplex non tam ex editione, quàm ex conceptione æſtimandum eſt. 20.1.16.776

Pater.

Pater & filius vna eademque perſona eſſe exiſtimantur. 7.14.8.187
Pater ex officio & neceſſitate dotem promittit.2.14.8.41.eiuſque officium eſt dotare filiam. 7.11.7.185
Pater filiofamiliâs olim cur donare non poſſet. 7.11.6.183
Pater dotem dat filiæ non animo donandi, ſed ex officio. 13.2.8.432
donare filiæfamilias non poteſt. ibid.
inter Patrem & filium nulla ciuilis obligatio, nullàque actio eſſe poteſt.20. 20.5.817
Pater qui dotem promiſit nonniſi in quantum facere poteſt condemnatur. 2.14.3.41
Patri nullum ius eſt in bona filiifam. caſtrenſia. 20.10.5.817
Pater non ſuccedit filio mortuo inteſtato in peculio caſtrenſi. 4.5.1.110
filio emancipato ſtipulari non poteſt.2. 4.1.4

Patronus.

de Patronorum donationibus. 7.14. & cap.15.187 & 188.

Pauliana actio.

de Pauliana actione. 20.14. num.1. & ſeqq. 801. cap.15. num.1. & ſeqq. 803
Pauliana actio aduerſus quem detur.20. 15.1.c.6.10.1.804
Pauliana actio proponenda eſt intra annum vtilem. 20.15.4.803
an detur creditoribus hypothecariis. 20.16.1.804
Pauliana an ſit actio in rem, an in perſonam. 20.16.8.ibid.

Peculatus.

Crimen peculatus morte non finitur. 7. 20.6.196.

Peculium.

Peculium ij ſoli habent, qui in alterina ſunt poteſtate. 10.8.11.306
Peculium caſtrenſe velut proprium filij patrimonium eſt. 4.5.4.82
De peculio caſtrenſi ex Conſtitutionibus filiofamiliâs teſtari licet. 10.8. 11.306
in eo, ſi moriatur inteſtatus patrem heredem non habet. ibid.
occupatur ſi quidem à patre iure peculij 13.4.n.2.434.
In peculio aduentitio filiusfamiliâs nullum heredem iure veteri habuit.10.8. num.11.& 12.306.
Peculium quomodo finiatur. 1.9.7.9
actio de peculio contra patrem aut dominum datur. 11.3.21.343

Penſio.

Penſio vice fructus cedit.1.13.8.5.ita vt frui dicatur qui penſionem percipit.ibid.

Pecunia.

Pecunia eſt rerum omnium menſura. 6.9.5.147
Pecunia ſui natura eſt ſterilis.7.2.3.178

Perduellio.

Perduellionis crimen heredem quoque tenet. 7.20.6.199

Permutatio.

an permutatione rerum emptio & venditio contrahi poſſit. 6.9.1.147
Permutationis, emptionis & venditionis differentiæ. 6.9.3.& n.7.147.& 148.
Permutatio non aliter contrahi poteſt, quàm ſi vtrinque dominium rerum transferatur. ibid.num.7.
Permutatio re contrahitur. 6.9.6.148
cur dicatur contractus innominatus.6.9.num.10.& 11 149.
quomodo differat à contractu do vt des.ibid.num.13.

Perſecutio.

Perſecutionis nomine in perſonam potiùs,licèt rei perſequendæ gratia, quam in rem actio ſignificatur. 7.1.8.169

Perſona

Perſonæ incertæ nihil inſtitutione, vel alio titulo relinqui poteſt. 9.2.1.234
eadem perſona an poſſit duas ſpecies obligationis reſpectu eiuſdem rei ſuſtinere. 8.4.1.204
Perſonæ mutatione quando conditio mutetur. 13.12.5.431

Petitio hereditatis.

Petitio hereditatis eſt vniuerſale iudicium. 17.1.7.613
Petitio hereditatis an ſit actio mixta.20.10.num.11. 792. contra quem detur. 17.1.6.613
an ſit bonæ fidei. 14.18.12.485

Pignus.

Pignus contrahitur re & per traditionem. 19.6.1.745.
transfértque poſſeſſionem in creditorem. ibid.
de pignoris natura eſt vt poſſit diſtrahi. 19.6.7.746
pignus illud eſt inutile, quod alij vendi non poteſt. ibid & 8.19.228
pignorum vtilitas in quo eluceat.16.15.num.17.594
pignoris obligatio rem ipſam obligatã afficit,non perſonam.6.6.num.6. 143
pignori dare licere inter ſocios rei conuenitur. 8.16.1.225
pignoris vinculum acceſſorium eſt ad perſonalem obligationem.7 18.1.194
pignus rei propriæ nõ cõſiſtit.16.15.592
pignus parit actionem in rem. 8. 15.5.224.& lib.20.17.806
pignoris vinculo an tota poſſint obligari. 8.15.1.223
alienæ rei pignus non valet.8.15.1.ibid. exceptio.ibid.7.19.1.195.& lib.20.6.17.806.& lib.19.6.745
an pignus pignori dari poſſit. 8. 15. 2.223.& lib.20 17.806
per pignus rei pigneratæ dominium non transfertur in creditorem. ibid.
inutile eſt pignus quod retineri non poteſt. 8.15.6.224
ius pignoris quamdiu duret. 17. 10.1.631
an ſubmota perſonali actione, duret tamen vinculum pignoris. 7.18.1.194
pignore debitori legato à creditore an ſit legata liberatio. 17.10.1.631
ne pignus diſtrahi poſſit,conuentio non valet. 19.6.7.746
an emptor pignoris diſtracti obligetur creditori,qui pignus vendidit per executorem. 5.16.1.122
pignore creditor vti non poteſt quin furtum faciat. 19.8.4.749
exceptio ibid. 749
inter pignus nominis conuentionale & iudiciale differentiæ complures.8.17.num.1.& ſeq.226
pignorati an poſſint omnia illa quæ vendi poſſunt.8 15.1.223.& li.19.6.13.746
pignorari cur poſſit nomen debitoris. 8.16.1.225

Pigneratitia actio.

pignoratitia competit ad repetitionem pignoris.7.19.1.195.& acceſſione(puta fructus & vſuras)repetendas. ibid.
pignoratitia actio an ei detur qui rem alienam pignori dedit. ibid.

Pœna.

pœna publicationis bonorũ ex priuatis delictis nunquã irrogatur.7.20.6.196
pœna quadrupli eſt omnium earum quas ius ciuile agnoſcit, grauiſſima. 16.18.8.601
pœna quadrupli in actione quod metus cauſà,quomodo accipienda 16.19.num.4.& 5.604
pœna ordinaria quæ.4.2.9. 80.extraordinaria. ibid.

Pœnalis actio.

Pœnalis actio quatenus detur in heredes. 4.1.4.76.& 7.20.7.196
Pœnales actiones,quænam tranſeant ad heredes,quænam non tranſeant.7.20.num.6.& 7.196

Portio.

Portio legitima quæ. 5.17.15.71.debita quæ. ibid.

Poſſeſſio.

Poſſeſſio longi temporis quomodo pariat actionem in rem. 19.12.4.756
Poſſeſſio naturalis ſiue corporalis tota facti eſt. 7.12.4.184
ſine poſſeſſione nulla eſt vſucapio.1.18.222.& lib.19.c 9 num.1.750
Poſſeſſio continua ad vſucapionem requiritur. 19.9.2.750
cauſæ de poſſeſſione tractabatur à Prætore. 12.17.19.411
longi temporis poſſeſſio ex cauſa donationis iam olim procedere poterat. 7.10.3.181

Poſſeſſor.

Malæ fidei poſſeſſor præſcriptione non defenditur Iure Pontificio. 7.4 9.174
Malæ fidei poſſeſſor omnes omnino fructus reſtituere tenetur. 4 17.11.108
bonæ fidei Poſſeſſor quos fructus ſuos faciat. 4.17.1.99
Poſt litem conteſtatam omnes poſſeſſores ſunt pares, id eſt, malæ fidei poſſeſſores & prædones. 16.2 11.557
In pari iure potior eſt cauſa poſſidentis. 14.7 17.470
pro poſſeſſore quis dicatur poſſidere. 17.1.5 613
Poſſidere & tenere differunt. 7.12.2.184

Poſthumus.

Poſthumorum alij ſunt ſui,alieni alij.9.1.1.231
Poſthumi ſui qui dicantur. ibid. alieni qui. ibid.
Poſthumi alieni inſtitutio iure ciuili improbata fuit. 9 2.7.235
Poſthumorum ſuorum inſtitutio ex quo iure deſcendat. 9.2.8.834
poſthumus alienus hodie inſtitui poteſt, perinde ac ſuus.9.2.10. 253. ei poteſt legari & fideicommitti. ibid.
poſthumus à patre præteritus rumpit teſtamentum quod ab initio validum fuit 9.2.2.234.& rumpendo ſuccedit. 17.2.10
in ſuo poſthumo dignoſcendo quodnam tempus reſpiciatur. 9.1.5.132
poſthumus non videtur animal;ſed ſpes tantùm animalis. 9.2.2.234
eſt portio viſcerum matris.ibid.poſthumi perſona eſt incerta. ibid.
poſthumus Velleianus quis.9 17.12.878
poſthumus Cornelianus quis dicatur. 10.num.1.& ſeqq.256
an poſthumus Cornelianus dici poſſet Velleianus. 10.10.pag.310

Poſtliminium.

poſtliminij fictio. 10.3.28.293
poſtliminij iure omnia iura ciuitatis in perſona captiui in ſuſpenſo retinentur. 10.3.29.294

Poteſtas.

patria poteſtas eſt iuris non ſcripti conſtitutio. 20.10.817
Patria poteſtas per quam reſtitutionem recuperetur. 10.8.15.306

Præceptio.

Præceptio eſt legatum quod vel pro parte capitur à coherede, vel etiam totum ea portione alteri reſtituenda deducitur. 17.3.num.3.625

Prædium.

Prædia vrbana à ruſticis quomodo diſtinxerit Neratius. 19.15.2.761
Prædia vrbana à ruſticis alij ea loco,alij ea materia ſeu vſu diſtinguebant.ibid.num.2.
Prædiorum paſſiua iura quæ. ibid.
Prædio cui ſeruitus debetur, per partes vendito omnes fundi partes ſeruitus ſequitur.

Præfectus vrbi. 19.14.1.759

Præfectus vrbi publica crimina coercebat. 4.8.4.110
Præfecti vrbi maius fuit tribunal, quàm prætoris.

Præiudicium. ibid.

Præiudicium quid. 19.20.14.172
Præiudicia propriè actiones non ſunt. ibid.num.16.
Tractantur apud magiſtratum non apud iudicem datum. ibid.
in iis nulla eſt actio,nulla formula præcurrit.

Præiudicialis actio. ibid.

Præiudiciales actiones quæ. 19.8.num.10.& ſeqq.172
ſunt actiones in rem,non in perſonam. ibid.num 11.

Prælatio.

De prælationis priuilegio quod mulieribus competit.8.11.& 12.pag.216.& ſeqq.

Præſes.

Præſes in prouinciã ſua imperium habet maius omnibus poſt principem. 17.8.1.626.
Præſes nõ prætoris tãtùm,ſed etiã præfecti vrbi partibus fungitur. 4.8.4.86
Præſides de quibus olim cognoſcerent. 4.7.1.84
ad Præſidem prouinciæ earũ ſtatus an pertineat. 17.8.1.216
Præſides quibus ipſimet iudicare ſunt iuſſi.

Præſcribere,præſcriptio. ibid.

Præſcribere apud Iuriſconſultos ſignificat excipere. 19.10.1.752. non acquirere.7.9.11.181
qui longo tempore præſcripſerat olim non vtebatur vindicatione ſi poſſeſſionem amiſiſſet. ibid.
Præſcriptio longi temporis etiam poſſeſſionem requirebat. 19.10 3.753
Præſcriptio longi temporis moribus eſt introducta. ibid.
ius Præſcriptionis lõgi tẽporis ad regiones quæ extra Italiam eſſent populo Rom.ſubiectæ pertinebat. ibid.nu.1.
Præſcriptio quantum ad res mobiles annum quantum ad immobiles decennium,inter præſentes, viceennium inter abſentes requirebat. ibid.
Præſcriptio longi temporis bonam fidem exigebat per totum poſſeſſionis tempus. ibid.num.2
præſcriptio multarum erat rerum quæ vſucapi non poterant ibid.& ab vſucapione in multis differebat. ibid.
Præſcriptionis triginta annorum vis. 7.9.11.181
de præſcriptione quadriennij.7.10.num.4.& 5.182
Præſcriptio fori præſupponit Iuriſdictionem conuenientem. 20.7.1.783

Præſcriptio.

Præteritio materna eſt loco exheredationis.

Prætor. 9.14.24.271

Prætor extraordinariam coercitionem non habebat. 4.8.4.86
Prætor merũ imperiũ non habebat.ibid.
Prætores de quibus cognoſcerent.4.7.1.84.
extra ordinẽ nõ cognoſcebãt.4.8.4.86

ad Prætoris officium & iuriſdictionem pertinuit vt nimiam iuris ciuilis aſperitatem temperarent. 8.16.1.225
Prætoris iuriſdictio in quo potiſſimum conſiſtat. 4.4.2.81
à Prætore appellari poterat. 18.12.17.701
Prætor ordinariè non cognoſcebat, ſed lite conteſtata iudices dabat. 12.17.20.415.
Prætor ipſe interdicebat, non in eam rem iudices dabat. ibid.
Prætoris ſolius fuit cognitio concedendæ vel denegandæ reſtitutionis. 14.1.31.457
Prætoris peregrini munus. 20.5.15.783
Ius Prætorium nihil aliud eſt quàm æquitas temperans & corrigens aſperitatem iuris ciuilis. 9.14.51.269
Prætoris actiones, vide actiones. ſupra.

Præuaricatio.

Præuaricationis crimen eſt famoſum. 4.2.9.80

Precarium.

Precariû quaſi rerû valeat. & 19.7.1.447 in iuribus conſiſtere poteſt. 19.7. num. 12.748
Precario facere quis dicatur. 19.10.5.753

Pretium.

pretium quid. 6.9.5.147
Pretium ſemper in pecunia numerata conſiſtere debet. ibid. num. 5. non omnis pecunia numerata pretium eſt. cap. 10. num. 2.150.
Pretium in qualibet re conſiſtere poſſe Sabinus putabat. 6.9.3.147
Pretium non ex pecuniæ quæ datur qualitate, ſed ex vtriuſque contrahentium conuentione æſtimatur. 6.10.2.150.

Prior.

Qui prior eſt tempore, iure quoque potior eſt. 2.10. initio capit. 36

Probare.

Is cui onus probandi incumbit, ſi nihil probet, omnimodò condemnãdus eſt, etiamſi aduerſarius nihil ex parte ſuâ præſtet 17.3.15.618
Probandi onus ei incumbit qui voluntatem mutatam eſſe dicit. 17.3.18. ibid.
Probanda ſunt iudici dato ea quæ ſunt facti, nõ ea quæ ſunt iuris. 17.8.15.627

Procurator.

Procurator nonniſi poſt litem conteſtatam ſit dominus litis. 12.16.11.407

Prodigus

prodigus aut nullo modo, aut ciuiliter obligatur. 8.6.4.208
prodigus nullo caſu ſine curatore obligatur naturaliter. ibid.
prodigus obligari aut alienare non poteſt curatore auctore. 8.6.5. ibid.
prodigus nullam voluntatem habere intelligitur. ibid.

Prohibere.

Qui prohibetur vendere, non prohibetur inſtituere. 14.8.1.470
prohibitus extra familiam alienare, an poſt denunciationem alienare impunè poſſit. 14.15. pag. 480. & ſeq.
prohibitio alienationis alia iuſta, alia nuda. 14.14.1.484
In pari cauſâ melior eſt cauſa prohibentis. 8.7. num. 7.211

Proprietas.

proprietas plena quid. 15.8.4.509.
proprietas à fructuario in perpetuum obligari non poteſt. 19.8.1.749

Promiſſor.

promiſſoris & ſtipulatoris continuus actus eſſe debet. 11.3.8.342
promiſſor liberatur hominis promiſſi interitu ante moram contingente. 2.12 init. capit. 38.

Propoſitio.

propoſitionis negatiuæ natura. 13. 17.4.441
propoſitio quæ ſumitur ex vniuerſo, non aliter vera eſt, quàm ſi in omnibus vera ſit. 13.13. num. 7.446

Propoſitum.

propoſitum in mente retentum nihil operatur. 7.14. num. 11.188.

Proteſtatio.

proteſtationis effectum. 12.5.12.381

Proximus.

proximus agnatus eſt quem nemo antecedit, quamuis neminem ipſe antecedat. 20.4.6.781

Prudentes.

prudentes an & quatenus ius facere potuerunt. 9.1.7.170

Publicatio.

publicationis bonorum pœna ex priuatis delictis nunquam irrogatur. 7.20.10.197
publicationis bonorum pœna hodie rariſſima. ibid.

Publiciana.

publiciana cui detur. 20.11.20.795
aduerſus quem detur ibid.
quâ ex causâ detur. ibid.
publiciana ei tantùm datur, qui ex titulo iuſto rem poſſedit. 1.18.3.22
aduerſus dominum non datur. ibid.
publicianam is exercet qui non eſt dominus, quaſi tamen eſſet dominus. 16.15.20.522.

Pupillus.

pupillus non aliter obligatur naturaliter tantùm, quàm ſi ſine tutoris auctoritate obligetur. 8.5.7.207
pupillus obligatur ciuiliter accedente auctoritate tutoris. ibid.
vel ſi factus ſit locupletior. ibid.
permiſſum non eſt pupillo vt ſoluat. 8.6. num. 3.208.
pupillo non aliter ſolui poteſt vtiliter, quàm ſi vel interueniat auctoritas tutoris, vel nummi ſalui ſint. 17.14.16.641
pupillus ex contractu ſine tutoris auctoritate initio de euictione non tenetur. 7.13.4.186. res pupilli an poſſit vſucapi. ibid. & num. 5.
pupillus hereditatem adire poteſt. 8.6.5.208 accedente tutoris autoritate. 13.14.25.440.
pupillus interdictum eſt capax doli & iniuriæ faciendæ. 8.6.8.208
pupillo interdicta eſt omnis alienatio. 17.13.2.637
pupillus non aliter obligatur ex reſcripto diui Pij, quàm ſi ſiat locupletior. 11.1.24.317
pupillus quando inſtitoriâ actione teneatur. 2.11. num. 1.37
pupillaris debitor ſoluendo pupillo quando liberetur. 17.13. num. 1. & ſeqq. 637
pupillaris ſubſtitutio, quibus caſibus lege Cornelia confirmetur. 10.4. num. 1. & ſeqq. 294

Q

Quadruplum.

Vltra quadruplum nulla actio extenditur. 2.3.1.28

Quantitas.

Quantitas commodari nequit vt quantas. 16.2.8.557

Quarta.

Quartæ vocabulum eſt ambiguum. 3.17.15.75
Quartæ Falcidiæ & Trebellianicæ differentia. 6.3.8.135

Querela inofficioſi teſtamenti.

Inofficioſi teſtamenti querela competit liberis immerentes exheredatis. 7.14. num. 5.187
Impietatis querelam continere dicitur, furoriſque improperium. ibid.
Querelæ color quis ſit. 17.14.613
Querela inofficioſi teſtamenti non ſolet, neque poteſt dari niſi contra heredem, adeóque poſt aditam hereditatem. 17.1.2.612. & 2.4.616.
quomodo differat à bonorum poſſeſſione contra tabulas. ibid.
Querelæ inofficioſi teſtamenti vis. 3.17. num. 2.70.68.1.146
Querelam præcedere & vincere neceſſe eſt vt poſtmodum petitio hereditatis ſequatur. 17.1.35.614
Per querelam inofficioſi teſtamenti teſtamentum rumpitur. 17.1.4.612

querela inofficioſa donationis.

De querela inofficioſæ donationis. 3.17. num. 1. & 2.70. eius vis. ibid. quando ei ſit locus. ibid.

R

Raptor.

RAptor violentus fur improbior nominatur. 16.13.22.588
Aduerſus raptorem etiam condictio furtiua datur. 4.1.3.76
Vi bonorum raptorum agere poſſunt omnes quorum intereſt. ibid.

Raptus.

Raptus crimen ſanguinis pœnam ingerit. 2.20.4.48.

Ratihabitio.

Ratihabitio mãdato cõparatur. 18.7.6.684.

Ratio.

Ratio eius quod contra Iuris certiſſimã rationem conſtitutum eſt ab Imperatoribus fruſtra quæritur. 2.20.5.48.

Reconuentio.

Reconuentionis nomen ſicut & ius, veteri Iuriſprudentiæ incognitum. 20.5. num. 1. 782
Reconuentio quid. 20.8.5.787
Reconuentioni an locus olim fuerit in actionibus perſonalibus. ibid.
Reconuentioni ſitne locus in actionibus in rem. ibid. 20.8.9.
Reconuentionis ius primus induxit Pap. 20.5.1.782
Reconuentionis iura varia. 20.6. num. 1. & 2.784
Reconuentio tollit non tantùm incompetentiam iudicis dati, ſed etiam priuilegium fori. 20.7.6.785
Mutua petitio differt à reconuentione. 20.8. num. 1. & 2.786.
an in cauſâ reconuentionis cogatur ceſſionarius cedentem defendere. 12.10. num. 1. & ſeqq. 394 [784

Recriminatio.

Recriminatio quando permiſſa. 20.6.5.

Redemptor.

Redemptores alienarum litium iure improbantur. 12.12.4.399

Regula.

de Regula Catoniana. 11.19. num. 1. & ſeqq. 413
Regula Catoniana pertinet ad legata 13.19.13.414
non ad inſtitutiones. ibid.

Repetitio.

Repetitioni ſoluti indebiti quando ſit locus. 8.8.1. & ſeqq 199
Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum recepit, licet alius ſoluerit, quam qui ſoluere debebat. 12.11.2.397

Replicatio.

Replicationes nihil aliud ſunt quàm exceptiones, à parte tamen actoris venientes. 14.19.1.486
Replicationes faciunt iudicium bonæ fidei. num. 1. ibid.

Res.

Rei appellatione generali etiam cauſæ & iura continentur. 3.14.8.17
tamen rerum appellatione potiùs corpora ſingula, quàm iura & actiones ſignificantur. ibid.
Rẽ in bonis habere quid ſit. 20.11.12.794
Res opinioni ſeu æſtimationi quando præſtatur. 7.13.4.186
Res ſua nemini ſeruit. 20.12.3.796
Res prouinciales non poterant vſucapi. 19.10.3.753
Res immobiles longo tempore quomodo acquirerentur. ibid.

Reſpoluta.

Reſpublica.

Reſpublica iure ciuili non eſt alia quàm Romana. 14.1.5.457

Reſtitutio in integrum.

Reſtitutio in integrum quatenus detur à Prætore. ibid.num.31

Reſtitutio in integrum minori quando detur, aut abſenti Reipublicæ cauſâ. 14.1.10.455

Vtrum reſtitutio in integrum per minorem impetrata proſit eius fideiuſſori. 8.3.205. & ſeq.

Reſtitutioni in integrum effectum. 14.1.26.457

Reſtitutiones non à iure ciuili cauſam habent, ſed à iure honorario, id eſt, ab æquitate prætoria. 8.4.6.205

Reſtitutio in integrum an ſit mixta actio. 20.10.17.793

Reſtitutio reddit patri non ſolùm liberos, ſed etiam ius patriæ poteſtatis. 10.9.17.309

Reus.

Reus pendente accuſatione rerum ſuarum dominium & adminiſtrationem retinet. 7.20.14.197.

exceptio ibid.

Rei eſt contradicere & defenſionibus ſuis vti. 19.20.9.771

Rei & aduerſarij differentia. 20.9.19.790

Reus in exceptione eſt actor. 19.4.10.742

S

Sanguis.

SAnguinis redimendi ratio quælibet honeſta eſt. 2.10.3.48

Scribonia lex.

lex Scribonia vſucapionem ſeruitutum prohibuit 19.8.7.752

Senator.

Senatorum Sabaudiæ in litigando priuilegium. 20.8.11.788

Senatusconſultum.

Senatusconſultũ Pegaſianum. 6.3.nu.1. & 3.135. eius ratio & cauſa. ibid.

Sententia.

Sententia dici non debet vox quælibet iudicis, ſed ea demum quæ aut abſolutionem continet, aut condemnationem. 16.17.4.597

Sententia diffinitiua ſola ſententiæ nomen meretur. ibid.

Sententia quæ nulla eſt, & contra ius reddita nunquam tranſit in rem iudicatam, nec executioni mandanda eſt. 12.14.4.401.

Non ex crimine, ſed ex ſententia tantùm quæ de crimine lata eſt infamia irrogatur. 6.6.4.143

Sententiæ pro ingenuitate latæ quanta ſit vis. 19.4.num.3.& ſeq.741

Sententia plus eſt quam voluntas, nam eſt voluntatis teſtatio. 14.3.11.461

Seruitus.

Seruitus quibus modis conſtituatur. 19.15.10.761.

Seruitus non minus per legatum conſtitui poteſt, quam per contractum. 19.16.10.764

Seruitus quælibet, excepto vſufructu, eſt indiuidua. ibid.19.16.4.ibid.

Vt ſeruitutes longo tempore acquirantur, quæ debeant concurrere. 19.10.num.5.& ſeq.753.

Seruitutes omnes cauſam debent habere perpetuam. 19.6.5.746

an poſſint ad tempus & ex tempore conſtitui. ibid.num.6.

non poſſunt vſucapi ſine prædiis quibus debentur. 19.6.1.745.& 8.num.1.750

non poſſunt oppignerari. ibid.

nec tradi aut poſſideri. ibid.

Seruitutũ eſt quaſi poſſeſſio.19.10.3.753

Seruitutes omnes habent cauſam impoſititiam. 19.15.12.762

Seruiens ſeruitutis conſtitui non poteſt 5.11.4.117

Seruitutis fructus conſtitui poteſt. ibid. num.6.

Seruitutes nihil aliud ſunt, quam ipſa prædia, qualiter ſe habentia. 19.6.n.1.745

an poſſint vendi. ibid.

Seruitutes ſunt in bonis noſtris. ibid.

Separari à prædiis nullo modo poſſunt. ibid.

Seruitus longâ conſuetudine conſtitui poteſt. 19.9.10.751

poteſt imponi conuentione, legato, conſuetudine vendi. ibid.

Seruitutes dari poſſunt precario. 19.7.11.748

pro parte præſtari non poſſunt. 3.11.9.64

locari non poſſunt. 19.6.8.745

Seruitutis quaſi traditio per patientiam inducitur. 19.10.7.753

Seruitutis per longi temporis poſſeſſionem acquiſitæ nomine competit actio in rem. ibid.num.8.

Seruitutis vindicatio datur cum aliquid fit in præiudiciũ ſeruitutis. 18.5.1.743

ſeruitutis dominus an nouum opus nunciare poſſit. 18.5.num.1.& ſeq.ibid.

Seruitus an poſſit conſtitui ab emphyteuta. 19.13.num.7.& 8.757 & 758

Seruitutes tam perſonales tum prædiales per confuſionem extingui conſtat. 20.11.1.796

Seruitutes interpretibus aliæ ſunt continuæ, aliæ diſcontinuæ. 19.9.13.751

continuæ quæ. ibid.

diſcontinuæ. ibid.

reſutatur relata ſeruitutum diſtinctio. ibid.

Seruitus iam conſtituta pignori dari non poteſt. 18.7.2.747

Seruitus conſtituenda oppignerari poteſt. ibid.

Seruitus quæſita per longum tempus poteſt vindicari etiam contra dominum fundi. 19.10.8.754

Seruitutes prædiorum ſunt reales. 19.8.1.749.

Seruitutes reales aliæ ſunt, aliæ perſonales. 20.11.1.796

Seruitutes reales debentur prædiis principaliter & immediatè, perſonis verò mediatè. ibid.

Seruitutes prædiorum ſiue reales vſucapi, non poſſunt. 19.9.1.750

Seruitutes prædiorum ſine duobus prædiis conſtitui non poſſunt. 19.16.1.764

Seruitus realis non poteſt conſtitui à non domino fundi. ibid.

nec ab vno ex dominis eiuſdẽ fundi. ib.

Seruitutes prædiales vel ſunt vrbanæ, vel ruſticæ. 19.15.1.761

Seruitutes vrbanæ quæ. 19.15.4. ibid.

ruſticæ. ibid.

Seruitutum vrbanarum & ruſticarum differentiæ. 19.15.4.ibid.

Seruitutes vrbanæ vendi non poſſunt, ruſticæ poſſunt. 19.7.num.7.748

Seruitutum vrbanarum quaſi poſſeſſio continua eſt. 19.9.3.750

ruſticarum interrupta. ibid.

Seruitutes vrbanæ circa idem ſubiectum ſunt vt plurimum duplices, vna affirmatiua, altera negatiua. 19.15.6.761

Seruitutes vrbanæ æſtimantur ex prædij ſeruientis ſtatu. 19.9.3.750

Seruitutes ruſticæ æſtimantur ex hominum facto. ibid.

Seruitutes ruſticorum prædiorum ſunt ſimplices & affirmatiuæ. 19.15.6.761

Seruitutes ruſticæ ſolo non vſu amittuntur. 19.8.4.750

in quo differunt à ſeruitutibus vrbanis. ibid.

Seruitutes prædiales aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie conſiſtunt. 19.13.1.757

quæ ſeruitutes in ſolo, quæ in ſuperficie conſiſtant. ibid.

Seruitutes vrbanæ penè omnes in ſuperficie conſiſtunt. ibid.num.4.& 5.

Seruitutum vrbanarum libertas poteſt vſucapi. ibid.num.1.& 2

Seruitutes ruſticæ amittuntur non vtendo. ibid.

Superficiarius an poſſit conſtituere ſeruitutes. ibid.num.6

Seruitus altiùs tollendi quæ. 19.15.num.15 & 16.762

Seruitus altiùs non tollendi diſtinguitur à ſeruitute, ne luminibus officiatur. 19.15.8. ibid.

Seruitus ne luminibus officiatur latiùs patet, quàm ſeruitus ne altiùs tollatur. ibid.

Seruitus luminum, & ſeruitus ne luminibus officiatur diſtinctæ ſunt. 19.15.11.762

Seruitus ne luminibus officiatur & ſeruitus ne proſpectus offendatur, diſtinctæ ſunt

Seruitutes perſonales quo ſenſu iura prædiorum dici queant. 18.15.1.761

Seruitutis perſonalis legatæ dies non cedit, niſi ab aditâ hæreditate. 19.16.14.765

Seruitutes actiuè ſunt iura prædiorum quibus debentur. 19.15.1.761

Seruus.

Serui perſona iure ciuili nulla 7.11.5.183

Serui iure ciuili pro mortuis habentur. ibid.

pro nullis habentur etiam iure prætorio. 18.8.21.690

Seruus caput aut ſtatũ habere nõ dicitur. 10.12.num.16.& 15.314.315.& 316

Serui ſunt incapaces eorum quæ ſunt iuris ciuilis. 6.16.1.158

Seruus nihil propriũ habere poteſt extra peculium, quod eius patrimonium eſt. 8.7.1.110.

Seruus ea ſibi acquirere poteſt, quæ iuris meri ſacti. 7.11.1.182

Seruus non aliter tutor eſſe poteſt, quàm ſi liber primum fiat. 6.16.1.158

Serui dominis etiam inuitis acquirebant. 7.11.1.182

ex capite hereditatis [illegible] ibid.

cum ſeruo nulla eſt actio. 4.1.13.77

Serui etiam inuiti liberi fieri poſſunt. 20.2.4.777

Serui cur heredes inſtitui poſſunt. 3.4.9.[55]

Seruus liber & heres iuſſus deque hereditate reſtituenda rogatus compelli poteſt vt adeat. 7.7.init.capit.177

ſeruus dotalis cui acquirat. 8.14.num.1. & ſeqq. 221

ſeruo pignorato directa libertas dari non poteſt. 15.18.num.36.547

Seruus pœnæ.

ſeruus pœnæ factus cum ciuitate amittit etiam libertatem, & matrimonij iura. 17.20.num.17.663

ſeruus pœnæ pro mortuo habetur, quia ſeruitus adſimilatur morti. ibid.

ſeruus pœnæ per ſententiam nemo hodie fieri poteſt. ibid.num.19.664

Simplum

ſimplum pretium rei, non rem ipſam denotat. 16.19.4.604.

Socer.

ſoceri iudicio de dote non niſi in id quod facere poteſt, condemnatur. 2.14.init.capit.41.

Societas.

ſocietas vniuerſalis bonorum omnium communicationem inducit. 11.18.3.376

non tamen vnius ſocij culpam communem facit. ibid.

ſocietas facit vt quod ab vno petitur ab alio peti videatur. 11.2.2.338

Socius.

ſocij pro peculio ſocij de peculio conueniri poteſt. 1.9.5.9

an ſocius actione de in rem verſo conueniri poſſit. 1.9.1.ibid.

Solutio.

ſolutione omnia perimitur obligatio. 14.3.4.461

nulla alia ſolutio liberationem parit, quam quæ ſit illi ipſi cui debetur. 8. 10.6 114
ſolutione alienari nummos neceſſe eſt. 8. 6.3.108
ſolutione per unum ex correis facta omnis obligatio perimitur. 11.9.1.355
ſolutio quæ non proficit ad liberationem proficere debet ad condictionem. 8.15.6.224
ſolutio facta cedenti prodeſt debitori ne à ceſſionario conueniatur. 12.5.387

Soluere.

ſoluens ante diem plus præſtat, quam ber. 11.5.
inuito creditori ante diem ſolui poteſt. ibid.num.4.
minus ſoluit qui tardiùs ſoluit. 5. 18. 7.125
ſoluis qui delegat. 18.1.11.666
ſolui poteſt pro alio ignotante & inuito. 11.9.4.353
qui exceptione perpetua tutus eſt, ſi ſoluat, poſt repetere. 11.5.10.393

Species.

Cuiuſnam ſit ſpecies ex alienâ materiâ effecta. 6.15.num.1.& ſeqq.125

Spes.

ſpes actionis ex ſtipulatione conditionali in heredem tranſmittitur. 11.3. 4.341

Sponſus.

ſponſus poſſitne ſponſam inre mariti de adulterio accuſare. 3.6.1.57
munus ſponſalitium quid ſit. 19.1. 3.755
quomodo differat à donatione ante nuptias. ibid.

Status.

ſtatum quæ perſonæ habeant. 10.15. 26. 316
Cauſæ ſtatus quæ. 19.20.9.771
Cauſæ ſtatus an ad prouinciæ præſidem pertineat. 17.8.1.686
Incerti ſtatus quis eſſe dicatur. 10.12. 25.316.
ſtatus incertitudo teſtamenti factionem impedit. 10.8.14.106

Stellionatus.

ſtellionatus appellatio ad omnia crimina quæ nomen proprium non habent, ſpectat. 4.2.1.79
ſtellionatus quid propriè. ibid.
an ſtellionatus crimen infamiam irroget. ibid.num.2.
quod in priuatis iudiciis eſt actio de dolo hoc in criminibus eſt ſtellionatus perſecutio. 4.2.7.79
ſtellionatus accuſatio neque publicis, neque priuatis actionibus continetur. ibi num.5.

Stipulatio ſtipulari.

ſtipulationis quanta ſit vis & efficacia. 15. 2. 8. 495.
in ſtipulationem cur deducerent veteres quicquid ſibi ex aliâ cauſâ debebatur. ibid.
ſtipulationem commiſſi eſt diem vel conditionem ſtipulationis cedere. 37. 9.58
ex ſtipulatione agi non poteſt, niſi quatenus verbis expreſſum eſt. 15.3.7. 495
ſtipulatio eſt inuentum iuris ciuilis. 19. 16 num.17.765.
ex ſtipulatione non commiſſâ agi non poteſt. 12.12.8.360
in ſtipulationibus ſtricta interpretatio fieri ſolet. 15.8.num.15.510
actio ex ſtipulatu eſt ciuilis. 15.5.27. 496
ſtipulationis & pacti differentia. 5.10. 7 116
ſtipulantis & promittentis conſonus actus eſſe debet. 11.3.8.342
ſtipulari rem ſuam nemo poteſt. 17. 19.1.377
ex vnius ſtipulatione alteri actio quæri non poteſt. 8.4.14.& lib.19 17.8.766
ſtipulari alter alteri etiam hodie non poteſt. 155. 11.427.
ſtipulari pater filio, aut contrà, quando poſſit vtiliter, quando inutiliter. 19. 17.num.1.& ſeqq.766
ſtipulari qui ſibi poteſt, etiam & heredi. ibid.
ſtipulari poteſt ſeruus domino, & filius patri. ibid.
ſtipulationis ius quomodo ſit commune inter correos ſtipulandi. 11.8.3.352
ſi ſtipulatos reum heredem inſtituerit, fideiuſſoris obligatio permittitur. 1. 17.init. capis.45
ſtipulationes conuentionales pendent ex negotio contracto. 16.9.10.578.
in ſtipulationibus conditionalibus id tempus ſpectatur, quo contrahimus. 15.6.2.504
ſtipulationes aliæ ſunt diuiduæ, aliæ indiuiduæ. 3.7.1.58
ex ſtipulationibus diuiduis heredes in ſolidum non tenentur. 4.1.17.78
in ſtipulationibus alternatiuis electio eſt promiſſoris. 2.25.1. 41
ſtipulationes prætoriæ aut iudiciales ſunt, aut cautionales, aut communes 32.num.1.49
Iudiciales quæ ibid. cautionales. ibid.
communes quæ. ibid.
ſtipulatio duplæ in rerum pretioſarum venditione interponi ſolet. 3.1.8.49
ſtipulatio damni infecti. ibid.n.4.50
ſtipulationes cautionales actionem nouant. ibid.
ſtipulatio de rato. ibid.
ſtipulationes cautionales actionum quas nouant naturam induunt. ibid. num.7.
ſtipulationis pœnalis natura 19. 27. num.1.776
ſtipulatio dotis quomodo differat à dotis traditione. 19.1.10.755
ſtipulatio dotis conditionem illam habet tacitam, ſi nuptiæ ſequantur. 19.1. ibid.

Stuprum.

ſtuprum non contrahitur in ea quæ ſe concubinam eſſe patitur. 3. 14. num. 3 & 4.67

Subſtitutio.

ſubſtitutionis nomen eſt æquiuocum. 15.20.num.14 & 15.517.
ſubſtitutionum quot ſint genera. 15.12. num.41.& ſeq. 526.
an omnis ſubſtitutio ſit vulgaris, aut pupillaris. 15.11.num.1.& 2. 519
ſubſtitutio reciproca & mutua quæ. 15. 11.num. 3.& ſeqq.ibid.
breuiloqua vnde dicatur. Ibid.
de ſubſtitutione reciproca. 13. 14. n. 8. & 9. 419
ſubſtitutio directa eſt vel fideicommiſſaria. ibid.
ſubſtitutionis pupillaris & fideicommiſſariæ differentia. 13.20.num.1.& ſeqq.430
ſubſtitutio fideicommiſſaria poteſt omnibus fieri 13.19.2.448.
pupillaris ſuis liberis. Ibid.
ſubſtitutio militaris. 15.10.num.17.518
fideicommiſſaria ibid.
compendioſa.cap.11 num.1.519.
Vulgares ſubſtitutiones poſt aditam hereditatem expirant. 3.4.2.54
an ſubſtitutioni ſit locus ſi heres poſt aditam hereditatem ſit reſtitutus in integrum. ibid.
pupillaris ſubſtitutio ex lege Cornelia confirmetur. 59.num.1 & ſeqq.61.
ſubſtitutionis & iuris accreſcendi differentia 4.13.9.94
ſubſtitutio nihil aliud eſt quàm ſecundi heredis inſtitutio. 15.10 13.517
Verbum ſubſtitutio an ſit commune, an verò merè directum. ibid.& cap.14. num. 5. 533

Subtilis.

ſubtilis ratio iuris ſæpe negligitur in contractibus. 19.16.18.785

Succeſſio.

ſucceſſio teſtati cum ſucceſſione inteſtati nunquam concurrit. 9.14.13.269
ſucceſſionem non eſſe in ſuis & legitimis heredibus, quid ſit. 3.4.21.55

Succeſſor.

ſucceſſores ex contractibus doloſis eorum quibus ſucceſſerunt, non tantùm in id quod peruenit, ſed in ſolidum tenentur. 1.181.13
ſucceſſores anomali qui. 13.8.22.428

Succurrere.

in iure non ſuccurritur ei cui propria culpa imputari poteſt. 2.11.6. 38

Superficies.

ſuperficiei nomine quid intelligatur apud Iuriſconſultos. 20.11.4 794
ſuperficiariæ ædes quæ. ibid.

Superficiarius.

ſuperficiarius domini appellatione continetur. 2.17 .45
ſuperficiarius non eſt dominus, et tamen competit vindicatio vtilis. 20. 11.3.794.& 19.15.5.757
A ſuperficiario conſtitutæ ſeruitutes an valeant. 19.13.6.ibid.

Suus heres.

ſuus heres quis dicatur. 9 11.831
ſuus heres etiam viuo patreſamilias eſt dominus, tametſi non ſit inſtitutus, niſi per exheredationem id illi dominium ablatum ſit. 9.18.9.280
ſui heredes etiam legitimi dici poſſunt. 10.12.4.314
ſui heredis nomen lege duodecim tabularum eſt vſurpatum in ſucceſſione inteſtati non teſtati. 1.10 3.10
ſuus heres per abſtentionem non deſinit eſſe ſuus heres. 2.2.1.27
tamen iure prætorio non habetur pro herede ibid.
in ſuis heredibus nulla eſt hereditas, nullaque hereditatis aut aditio, aut datio. 14.10.17.420
in ſuis & in agnatis hodie eſt ſucceſſio 9.14.52.
ſuorum heredum an ſint plures gradus. 9.10.24.259
ius ſuitatis exheredatione non tollitur. 9.20.num.1.& ſeq.284.
ſuus poſthumus quis dicatur. 10.10.18 311.

T

Tacitum.

TAcitum quid. 15.9.515
Taciti quàm expreſſi nunquam eſt vis maior. 20.7.1. 786

Taxatio.

de Taxatione iuſiurandi. 16.17.26.599

Tempus.

Tempus ipſum inſtauſque mortis vitæ computatur non morti. 18.5.11. 678
Tempus non eſt modus tollendæ obligationis. 17.11.num.26.636.& lib.7.c.8. 178. nec inducendæ. ibid.
Tempore quæ olim acquirerentur. 19.9. num.18.751
Tempus immemoriale ad acquirendas ſeruitutes an requiratur. ibid. & num. ſeqq.
Tempus quo ſit impleta conditio quando inſpiciatur. 20.2.pag.777.nec non tempus quo conditio impletur. ibid.
qui prior eſt Tempore, potior eſt iure 8.11.2.215
verba illa longo tempore, quid denotent. 7.8.6.179.

Tenere.

Tenere & poſſidere differunt. 7.12.2. 184

Teſtamentum.

Teſtamentum pagani quomodo ſit iuſta ſententia. 13.10.415.6
Teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe oportet, non ex alieno arbitrio pendere.

dere. 5.8.113

ſi Teſtamentum non valeret iure veteri, nec quicquam eorum quæ in teſtamento relicta erant, valere poterat. 12.19.5.434.

in Teſtamentis in quibus extranei heredes inſtituti ſunt tria tempora ſpectantur, teſtamenti mortis, ſi puta ſit inſtitutio, aut euenientis conditionis, ſi conditionalis, & aditæ hereditatis. 10.18.1.327

ex Teſtamento in quo nullus heres ſcriptus eſt nihil quicquam debetur. 18.17.8.716.

Cur teſtamentum non valeat ſine heredis inſtitutione. 14.10.7.488

ad Teſtamenti ſolemnitates pertinet vt ſuus heres inſtituatur vel exheredetur 9.14.8

ex Teſtamento per præteritionem vel exheredationem rupto, legata nihilominus & fideicommiſſa hodie debentur. 9.14.24.170.& ſeqq.

Teſtamenta quæ per capitis diminutionem irrita facta ſunt, an per omnia ſint inutilia. 10.19.n.1. 330. & ſeqq.

quis teſtamentum agnatione rumpat. 9.1.6. 231.

Teſtamentum confirmatur morte teſtatoris. 15.7.n.10.506 & ſeqq.

Teſtamentum quod nullum eſt, rumpi non dicitur. 10.11.1.315

Teſtamento poſteriori an ſemper prius infirmetur. 10.18.n.10.& ſeqq. 318

Teſtamento deſtituto redit res ad cauſam inteſtati. 27.2.n.10. 616

fit ſe locus iis qui ipſo iure ſucceſſuri erant, ſi nullum teſtamentum factum fuiſſet. ibid.

Deſtitui dicitur teſtamentum ex quo hereditas adiri non poteſt. 10. 11. 3.114

Teſtamento deſtituto per extranei heredis repudiationem, inofficioſi querela dari nec poteſt, nec debet. 17.2.11

Teſtamentum nullum eſt ſine inſtitutione. 18.16.8

conualeſcere teſtamentum quando dicatur. 10.9.6.108

Teſtamentum iniuſtum eſt cùm filius natus tempore teſtamenti & in poteſtate præteritur. 8.10.1.129

Teſtamentum quando rumpatur. ibid. 8.20

cùm de teſtamenti validitate quæritur, quæ tempora ſoleant conſiderari. 8.20.num.4.130

Teſtamenti factio publici non priuati iuris eſt. 13.6.8.418

vnum eſt Teſtamentum patris & filij, quando huic pupillariter ſubſtitutum eſt. 10.4.1.294

In Teſtamentis non tam verba, quam ſententia teſtatoris inſpicienda. 4.8.186.

ex Teſtamento nulla naſcitur actio contra teſtatorem, ſed contra eius ſucceſſores. 7.14.10.188

id quod mortis cauſâ capitur, non capitur ex teſtamento. 8.7.6.211

Teſtator Teſtari.

inter Teſtatorem & eum qui ex teſtamento aliquid capit, nullum negotium geritur. 8.7.5.213

Teſtator poteſt ab herede legatum de ipſius heredis rebus relinquere. 5.18.1.125

Teſtator pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe quando intelligatur. 17.14.615

Teſtator facere poteſt vt vſusfructus finitus ad proprietatem non reuertatur. 1.1.1.7.15

qui Teſtatur in id tempus confert effectum ſuæ voluntatis, quo ipſe amplius dominus non erit. 8.9.1.212

Teſtari non poſſunt qui poteſtati alienæ ſunt ſubditi. 10.8.18.306

Teſtandi ius lex duodecim tabularum induxit. 7.4.2.173

Titulus.

Titulus alius vniuerſalis, alius ſingularis. 17.1.7.613

ſolus Titulus quantumuis iuſtus & legitimus non eſt ſufficiens ad dominium transferendum. 14.7.5.469

Traditio.

Traditio nihil aliud eſt, quàm datio & tranſlatio poſſeſſionis. 19.8.5.749

Traditionibus non etiam nudis conuentionibus dominia transferuntur. 20.13.1.798. & 19.12.8.756

Traditio non aliter dominium transferre ſolet, quàm ſi iuſta cauſa præceſſerit. ibid.

Traditio dominium acquirit & vindicationem, non actionem perſonalem. 19. 1.17.741

Traditio alia vera, alia ficta. 19.3.nu.1. & 4.739. ficta vbi neceſſaria ibid.n.5

Traditio vera & realis nihil prodeſt ad transferendum dominium niſi iuſta etiam cauſa præcedat. 19.3.7.740. & lib.7.c.4.171

re aliqua traditâ ex Traditione obligatio confeſtim naſcitur. 6.9.147

Tranſactio.

Tranſactio à pacto quomodo differat. 17.4 2.620

Tranſactio fit de re dubiâ & incertâ, ib.

ex Tranſactiones valent, quæ nec vi, nec dolo, ſed ſponte ac bonâ fide factæ ſunt. ibid.num.3

Tranſactio bonâ fide inita ſub prætextu inſtrumenti poſtea reperti reſcindi non poteſt. 16.17.21.599

Tranſigere.

Tranſigere non licet de crimine falſi. 2.20.4.49.

Citra Senatuſconſulti Turpilliani accuſationem. ibid.

Tranſigere de falſo inſtrumento, & tranſigere de crimine falſi differunt. ibid.

de quibus tranſigere non liceat, nec etiam paciſci. 2.20.9.69

Tranſigere non licet de criminibus ſanguinis pœnam non ingerentibus. 2.20. init. capitis. 47

Tranſigere licet de criminibus capitalibus ſanguinis pœnam ingerentibus, ibid.

excepto adulterio. ibid.

Tranſigere an liceat de crimine raptus. 2.20.1.47.

Tranſlatio.

Tranſlatio dominij à continuatione differt. 14.10.10.488

Tranſmiſſio.

Tranſmiſſio in ſuis heredibus locum habet. 14.1.1.455

Tranſmittitur legatum in heredem legatarij. 14.8.16.456

Trebellianum.

Trebellianum Senatuſconſultum an hodie ſublatum. 5.7.4.122

Tutela.

Tutelæ munus neceſſarium eſt & publicum. 11.1.4.335

Inuito etiam defertur, niſi iuſtam habeat excuſationem. ibid.

Tutor.

Tutor non poteſt hereditatem adire pro pupillo. 8.6.5.209

Tutoris auctoritas interponi debet in ipſo negotio. 7.13.5.186

ex leui culpa tutoris heres eius non tenetur. 8.12.4.16

Tutorem heredes quatenus teneantur. ibid.

V

Vacantia bona.

VAcantia bona ſunt quæ non habent ſucceſſorem, ne quidem ab inteſtato. 17.8.3.615

Vacantia bona pertinent ad fiſcum. 1.16.469

Vacantium & caducorum differentia. ibid.

Vaſſallus.

Vaſſallus eſt feudatarius, id eſt, qui accepit à domino feudum. 20.11.8.794

Vectigalis.

Vectigalis fundi poſſeſſor non eſt dominus. 19.13.11.758

Vectigalia prædia cur vſucapi non poſſunt. 20.11.18.795

Vellea lex.

lex Vellea fuit poſthumorum inſtitutione. 9.4.num 3. & 6.138

Legis Velleæ duo ſunt capita. 9.17.1.277

Velleanus poſthumus quis. 9.17.12.278

Venditio venditor.

Venditio quid. 6.9.3.147

Venditio nominis valet ipſo iure. 8.16.6.225

Venditio nominis differt à delegatione. ibid.

Venditio pignoris dupliciter fieri poteſt iure creditoris, & iure communi. 17.11.1.636

an Venditionis nomine vnquam continetur Donatio. 14.13.1.483

Venditionum publicarum conditio. 5.16. num. 3.122.

Venditio rem non afficit, ſed perſonam eius qui vendit. 20.17.8.806

Venditio rei alienæ cur valeat. ibid.

aliud eſt vendere, aliud vendenti conſentire. 8.9.3.113

rei Venditæ periculum, ſtatim atque nudo conſenſu perfecta eſt venditio ad emptorem pertinet. 12.7.6.390

Vendi poſſunt res alienæ. 20.17.1.806. & l.19.c.6.745

nemini res ſua vendi poteſt. 20.17.3.806.

quicquid vendi poteſt, an poſſit etiam oppignerari. 20.17.1.806

Venditor quis dicatur propriè. 6.9.3.147

is qui emebat venditor apud veteres plerunque dicebatur & contra. ibid.

Venditor quilibet tenetur ad tradendum. 19.8.5.749

an Venditor qui rei venditæ tradendæ poteſtatem habet, ad tradendum præcisè cogi poſſit. 6.17.1.160

Venditor non tenetur rei venditæ dominium in emptorem transferre. 6.9.5.147

Venditor qui pretium accepit, nec rem tradit, pretij reſtitutione non liberatur. 6.9 nu.3. & 4.147

Venditor ignorans ſe rem alienam vendere tenetur in id quod emptoris intereſt. 2.5.1.30

Veneficium.

Veneficij crimen an morte finiatur. 7.20.6.196

Verba.

Verborum differentia. 25.16.24.540

Verba diſpoſitiua. 14.1.8.459

enuntiatiua futuri euentus. ibid.n.15

Verba conditionalia an diſpoſitionem inducant. 17.17.1.650

Verborum alia directa ſunt, quæ & ciuilia & Imperatiua vocantur, alia obliqua quæ & Precaria & Inflexa: communia verò nulla ſunt. 25.10.11.516

Verborum obſeruationem in legatis & fideicommiſſis quis ſuſtulerit. 14.5.11.465

cùm in verbis nulla eſt ambiguitas non eſt admittenda quæſtio voluntatis, 17.18.5.654

Vetuſtas.

Vetuſtas pro lege habetur. 19.9.10.751.

Veritor.

Veritor quis dicatur apud veteres interpretes. 4.19 3.103

Vetitor non eſt vocabulum Latinum. ibid. 22

Via.

Via quid. 1.20.5.24

Via debet eam habere latitudinem per quam vehiculum tranſire poſſit 19.14.11.759.

In omni via longitudo & latitudo eſt. 19.14.10. ibid.

Longitudinem facit neceſſitas fundi dominantis. ibid.

Latitudinem facit conuentio contrahentium, aut legis duodecim tabul. conſtitutio. ibid.

Legitima viæ latitudo quæ. 19.14.10. ibid.

Vindicatio.

Vindicatio non niſi domino competit. 17.17.9.630

non niſi aduerſus poſſeſſorem datur. ibid.

Vindicatio directa nonniſi domino datur. 16.15.2.591

vtiles vindicationes ea qua cauſâ competant. 20.11.5.794

in iudicio Vindicationis reus eſt qui poſſidet, habétque reſtituendi facultatem. 12.14.2.402

Vindicatio non eſt actio bonæ fidei. 16.4.num.7.562

Vindicatio non eſt niſi rei præſentis. 19.20.num.20. 175

Vindicationis rerum corporalium effectum eſt reſtitutio. 20.13.7.799

Vindicatio ſeruitutum non minùs datur poſſeſſori, quàm non poſſeſſori ſeruitutis. 20.13.8.799

Vindicatio rei corporalis nunquam datur poſſeſſori. ibid.

Vindicationes directæ ex dominio oriuntur. 15.1.1.490

Vis.

Vis ſine dolo eſſe non poteſt. 16.13.22.588

Vi facere quis dicatur. 19.20.5.753

Viſio.

Viſionis vocabulum Triboniano eſt familiare, prudentibus verò inſolens. 18.1.24.667.& lib. 18.c.20.2.752.

Viuens.

Viuentis nulla eſt hereditas. 9.1.4.232.

Vocatio in ius.

Vocatio in ius præcedit litis conteſtationem. 16.11.5.518

Vocatio in ius dicebatur principium actionum omnium inſtituendarum. 20.9.3.789

Voluntas.

Voluntas quæ non tranſiit in diſpoſitionem nullius eſt poteſtatis. 14.5.7.464

Voluntas hominis vſque ad mortem eſt ambulatoria. 7.15.4.& 19.18.5.189

voluntates vltimæ morte debent confirmari, aliàs non valent. 19.18.5.768

voluntas militis teſtatoris nonniſi ex teſtamenti verbis petenda eſt. 18.13.26.705

voluntatum diuiſio in directas & precarias. 15.10.11.517

vltimæ voluntates recipiunt interpretationem ex ſolâ coniecturâ voluntatis. 7.14.10. 188.

voluntas legitima quæ. 19.18.5.768

ei qui voluntatem mutatam dicit, incumbit onus probandi. 17.5.11.625

voluntas coacta an ſit voluntas. 7.6.8. 177.

qui capitis pœnam patitur, non poteſt cum vltima voluntate decedere. 7.20. num.20. 198

an velle is dicatur qui alterius dolo, aut impreſſione compellitur. 7.6.8.177

verbum volo eſt precarium. 14.2.1.459

Vſucapio

vſucapio eſt adoptio dominij. 7. 10.2. 181.

ad vſucapionem lex 12. tabul. biennium requirebat. ibid.num.1.

vſucapio non eſt ſine poſſeſſione, nec ſine titulo & bonâ fide. 118.2.22.& 19.9.& 10.751.& ſeq.& lib.20.c.21.793. & ſeq.

vſucapionis & longi temporis præſcriptionis differentiæ 19.10.1.752

vſucapi & tempore acquiri longè differunt. 19.9.12.751

vſucapio lege 12 tab. introducta eſt. 19.9.17.752 fauore boni publici. 1.18. 422

ad puniendam dominorum negligentiam. 20.11.19. 795

& ne dominia rerum in incerto ſemper eſſent. ibid.

vſucapio aliquando procedit ſine titulo. 1.18.4 22.

vſucapi an poſſit res furtiui. ibid.n 1.& 2

qui vſucapere poteſt, Publicianam quoque habere neceſſe eſt. ibid.num.2.

bona fiſco acquiſita an poſſint vſucapi, 7.10.num.1.& ſeq. 181

bona vacantia an poſſint vſucapi. ibid.

res pupilli an poſſit vſucapi. 7. 13. 4. & ſeq. res quam emiſti à pupillo, quæ tamen non eſt pupilli, an a te poſſit vſucapi. ibid.

Vſura.

vſuræ debentur vel ex mora, vel ex conuentione. 1.1.8.2

qui in in futurum vſuras à debitore accepit, tacitè pactus videtur, ne intra id tempus ſortem exigat. 7.9.5.180

vſuræ nudo pacto promiſſæ quando debeantur. 5.10.5.115.

vſuræ vicem fructuum obtinent. 7.2.3. 171

præſertim in legatis & fideicommiſſis. ibid.

de vſuris legatorum & fideicommiſſorum. 7.5.172

vſurarum præſtatio minùs fauorabilis eſt quam fructuum. 7.2.5.171

actione ex vendito vſuræ quæ promiſſæ non ſunt, non aliter peti poſſunt, quàm ſi in ſoluendo pretio mora facta ſit. 5.10.5.115

Vſus.

vſus aliquando ſignificat poſſeſſionem. 19.9.17.252

in vſu minus eſt quàm in fructu. 3.3. 8. 53

vſuarius non poteſt locare, vel vendere, vel oppignerare vſum. 19.8.3 749

Vſusfructus.

vſusfructus eſt ſeruitus perſonalis. 19. 8.1.749

vſusfructus omne rei commodum & emolumentum continet. ibid.

vſusfructus non eſt pars dominij. 15.8. num.2.& ſeqq. 509

non eſt pars fundi. ibid.

aliud eſt vſusfructus, aliud perceptio fructuum. 8.15.1.225

vſusfructus eſt ne duplex, cauſalis & formalis. 15.8.14.511

vſusfructus ſine perſona eſſe non poteſt. 19.16.1.764

vſusfructus cui capitis diminutione perimatur 3.10.7.65

vſusfructus vendi vel locari poteſt. 19. 8.1.749

nec non oppignerari. ibid.

vſusfructus ſemper æſtimatur ex perſona fructuarij, vt eo moriente, finiatur. ibid.

vſusfructus ex tempore & ad tempus conſtitui poteſt. ibid.

vſusfructus & ſeruitutum realium differentia. ibid.

vſusfructus finitus ad proprietatem ex neceſſariò reuertatur. 1.11.7.15

vſusfructus legatus his verbis, cùm morietur, inutiliter legari dicitur. 19.1.12, 736

Vſufructuarius poſſidet naturaliter. 8. 5.num.8.207

Vtilis actio.

Vtiles actiones cui & à quibus debeantur 11.11.5.398207

Vtilis & directæ actionis differentia. 4. 73 85

Vtilis actio tantum poteſt quantum directa. 19.17.4.766

Vtilis actio ex ſtipulatu pro dote inducta eſt à Iuſtiniano. 11.12.9.399

Vtiles actiones dantur ex æquitate. 12, 2.382

Vtilis actio quando præferatur directæ. 19.17.4.766

Vtilis actio coniunctæ perſonæ per continuam an acquiratur. ibid.n.1.

Vtiles actiones cum directis non poſſunt in eadem perſonâ concurrere. 12.2. 10.385

vtiles actiones aliæ datiuæ, aliæ natiuæ. 19.19.11.770

vtiles actiones aliæ ciuiles, aliæ prætoriæ. ibid.

Vtilitas.

Vtilitatis cauſâ recepta quæ dicantur. 3. 8.1.59

quæ vtilitatis gratia recepta ſunt, non debent produci ad conſequentias. 17. 14.12.641

Vxor.

Vxor poſt diuortium, mariti inimica eſſe dicitur. 4.1 19.78

Vxoris & concubinæ differentia, 3.14.2. & 3. 66.67.

Vxoris eſt dare dotem marito, non mariti dotem dare vxori. 19.38.740

INDEX LEGVM IVRIS CIVILIS,

QVÆ IN HIS CONIECTVRARVM LIBRIS ab ANTONIO FABRO aut explicantur, aut emendantur; in hoc verò elencho ſecundùm ordinem librorum & titulorum Iuris diſponuntur.

Ex Digeſtor.lib.1.tit.5.De ſtatu hominum.

l.Arescuſa.15. pag.774.col.2.8
l idem erit.16. 777.1.& ſeq.
l.ingenuum 55. 741.1

Ex tit.21.de offic.eius cui mandat. eſt iuriſdictio.

l.vlt. 81.2

Ex lib.2.tit.1.de iuriſdictione.

l.imperium.3. 81.2

Ex titul.7.ne quis eum qui in ius voc. vi eximat.

l.penult.§.1. 555.2

Ex tit 9.Si ex noxal.cauſ.agat.

l.1.§.vlt. 173.2

Ex titul.11.Si quis cautionib.in iudicio ſiſt.

l.ſi poſt litem 8. 144.2
l.ſi cum.10.§.qui iniuriatum. 51.1

Ex tit.14.de pactis.

l.ſi cum emptore.16. 386.2
l.ſed ſi fideiuſſor.24. 62.2
l.ſi vnus.27. 376.1
l.idem in duobus.58. 339.2
l.tale pactum.40.§.vlt. 187.1

Ex libr.3.titul.2.de his qui not.inf.

l.quid ergo.13.§.vlt. 79.1.
l.ob hæc verba.20. 142.2

Ex lib.3.de procuratorib.

l.ſi deſunctus.15. 406.2.& ſeq.
l.in cauſæ.27.§.vlt. 385.2.& ſeq.
l.28. ibid.
l.ſi quis in rem 34. 393.1.& ſeq.
l.procuratores. 55. 386.1.
l.pater.70. 393.2.& ſeq.
l.ſi reus 73. 407.2

Ex tit.5.de negotiis geſtis.

l.3.§.penult. 349.1
l.Pomponius.9. 89.2
l.nam & Seruius.21. 347.2.& ſeq.
l.ex facto.30. 358.2.& ibid.
l.actio.47. 84.2.& 85.1
l.actio.47. 350.2

Ex lib.4.tit.2.quod met. cauſa geſtum erit.

l.iſti quidem.8.§.vlt. 188.1
l.item ſi cùm 14. 602.& ſeq.
l.ſi mulier.21.§.pen. 686.2

Ex tit.3.de dolo malo.

l.arbitrio.18. 600.2.607.1
l.ſi fideiuſſor. 19. 39.1.& 2

Ex tit.4.de minoribus 25.annis

l.3.§.pen. 81.1
l.ait Prætor.7.§.1. 534.1
l.ait Prætor 7.ſed quod. 55.1
l.in cauſæ.16. 693.1
l in cauſæ.16.§.Idem Pomponius.207.1
l.cum mandatu.13. 200.1.
l.minor 40. 589.1

Ex titul.8.de receptis,qui arbitr.

l.3.§.vlt. 700.2
l.Celſus 23.§.1. 621.1
l.ſi duo 34. 375.2.& ſeq.

Ex lib.5.tit.1.de iudiciis.

l.lis nulla.4. 817.2
l.qui non cogitur.22. 785.1
l.in omnibus.41. 495.1
l.argentarium.45 §.1. 773.1
l. obſeruandum.47. 788.1

l.ſi debitori.21. 406.1
l.non à iudice.64. 600.2
l.proponebatur.76. 510.1
l vlt. 611.1

Ex tit.2.de inofficioſ.teſtam.

l.Papinianus.8.§.penult.& vlt. 546.1
l.Titia.13. 545.1
l.mater,19. 164.2

Ex titul.3.de heredit.petitione.

l.nec vllam.13.§.idem erit. 614.1
l.quòd ſi in diem.16.§ vlt. 501.1
l.item veniunt.20.§. ait ſenatus. 69.1
l.ſed & ſi lege.25.§. quod autem. 671.1
l.ſed & l.ſi lege.25.§.adeò autem. 668.1
l.Ariſto.28.D.de petit. hereditat. 45.2
l.planè.38. 26.1
l.vtiles 39. ibid.2
l.ex facto.45. 648.1

Ex tit.6.de fideicommiſſ.hered. petit.

l.libertates 16. 440.2
l.rogo.21. ibidem.

Ex lib.6.tit.1.De rei vindicat.

l.1.§.per hanc. 172.2
l.officium 9. 596.1
l.Iulianus.17.§.1. 32.1
l.ſi à bonæ fidei 21. ibid. 1
l.fructus 33. ibid.
l.qui petitoria.36. 790.1
l.in fundo 38.§.[illegible]
l. Minicius.61. 157.2.& ſeq.
l.qui reſtituere.68. 403.2
l.qui reſtituere.68. 491.2.
l.qui reſtituere.68. 700.1
l.ſi eius fundi.78. 100.1
l.penult. 91.2
l.vlt. 791.1

Ex titul.2.de Publiciana in rem actione.

l.cùm ſponſus 12.§.in vectigal. 795.2

Ex lib.7.tit.1.De vſufructu.

l.4. 510.2
l. ſi Titio.33.§.1. 509.1 510.2

Ex tit.4.quibus modis vſusfructus amittitur.

l.quid tamen.10.§.in nauis. 858.1

Ex titul.8.de vſu & habitatione.

l.per ſeruum 14.§.1. 25.2

Ex lib.8.titul.1.de ſeruitutibus.

l.3. 717.1
l.Papinianus.18. aliàs l.in omnibus. 796.2

Ex tit.2.de ſeruitutibus vrbanor. prædior.

l.luminum.4. 768.1.
l.hæc autem.6. 750.2
l.cum eo.9. 762.1
l.qui luminibus 11. Ibid.2
l.inter ſeruitutes.15. 744.2
l.ſeruitutes.20. 757.1
l.ſeruitutes 20. 762.2
l.ſi quis ædes.20. 703.2
l.cuius.24. 768.2
l.foramen.28. 751.1
l.ſi ædes.32. 756.1

Ex titul.3.de ſeruitutib.ruſticor. prædior.

l.1.& 2. 18.2.& ſeq.
l.2. 761.2
l.cùm eſſent.33.§.vlt. 185.2

Ex tit.4.Communia prædiorum.

l.ſi ei.9. 7.2
l.vlt. 764.1.& ſeq.

Ex tit.5.ſi ſeruitus vindicetur.

l.loci.4.§ 1. 24.1
l.ſi quis diuturno. 10.751.2.753.2.&c.

Ex tit.6.Quemadmod.ſeruitut. amitt.

l.2. 24.2
l.nam ſatis.6.§.1. 759.1
l.ſi communem.10. ibid.
l.ſi is cui via.11. 758.1
l.aquam.16. 759.1.
l.ſi partem.19.§.1. 228.2

Ex lib.9 tit.1.Ad legem Aquiliam.

l.huic ſcripturæ.15.§.1. 722 2
l.quemadmodum.29.§.ſi nauis tua.123.1

Ex lib.10.tit.2.familiæ erciſcundæ.

l.1. 810.2
l.9. 395.1.397.2
l.Pomponius Philadelphus.35. 184.1.

Ex tit.3.Communi diuidundo.

l.in hoc.14. 51.2.
l.arbor.19. 35.2

Ex lib.11.titul.1.de ſeruo corrupt.

l.Neratius.11. 113.2

Ex lib. 12.tit.1.de rebus credit.ſi cert. [illegible]

l.rogaſti 11. [illegible]
l.ſingularia.15. ibid.& 116.1
l.vinum.22. 557.1.& 559. 1
l ſi & me & Titium 32. 352.2
l.vlt. 21.2

Ex tit.2.lib.12. De iureiurando.

l. ſi duo.13.§.Iulianus. 753.1
l.iuſiurandum.34.§. non ſemper. 585. 1

Ex tit. 3.de in litem iurando.

l.1. 129.2
l.3. 555.1.2
l.nummis.3. 587.1
l.4.§.iurare. 779.1
l.5. ibid.
l.in actionibus.5. 467.2
l.in actionibus.5.§.planè. 585.2
l.ſi tutor.8. 555.2
l.cùm furti.9. 570.1
l.cùm furti. 9.582.1.584.1.

Ex tit.4.de condictione cauſ.dat. cauſ.non ſecut.

l.3.§.vlt. 210.2
l.ſi extraneus.6. 423.1
l.vlt. 150.2

Ex tit.6.de condict.indebit.

l.ſub conditione. 16. 104.1
l.interdum 29. 209.2
l.frater à fratre.38. 817.2
l.ſi quis.39. 213.2
l.quod pupillus.41. 212.2
l.dominus teſtamento.53. 218.2.
l.Iulianus.60. 104.2
l.Neratius.63. 32.2

Ex lib.13.tit.1.de condict.furtiua.

l.ſi pro fure.7.§.vlt. 76.1
l.8.§.1. 560.2
l.in re furtiua.8.§.1. 574.2
l.ex argento.13. 28.2

Ex

Ex tit.3.de condict.triticar.
l.1. 565.2
l.penult. 554.2.557.1.574.2
l.vlt.D.de condict.trit.557.1.& 2.558.1.
562.1.& ſeq.

Ex titul.4.de eo quod certo loco dari oportet.
l.quod ſi Epheſi.4.§.1. 492.2
l.1. ibid.

Ex tit.5.de conſtituta pecunia.
l.3. 499.1
l.qui autem.14.§.ſed & ſi quis. 498.1
l.ſed & ſi.15. ibid.
l.& licet.15. 503.1
l.ſi duo.16.§.1. 494.1
l.ſi duo.16.§.vlt. 498.1
l.item illa.18. ibid
l.quod.19. 499.1
l.id quod ſub conditione.19.§.vlt.502.2
l.promiſſor.21.§.1. 497.2
l.ſi poſt conſtitutam.22. 500.1
l.vtrum.27. 502.2
l.pen. 508.1.& 2

Ex titul.6.Commodati vel contra.
l.3.§.in hac. 556.1.557.1.& 2.

Ex titul.7.de pigneratitia actione.
l.2. 106 2
l.quamuis,6. 227.2
l.ſi conuenerit18. 224.2.& ſeq.
l.ſi conuenerit. 81.390.2
l.ſi conuenerit.18. 386.1
l.ſi pignore,22.§.ſi prædo. 228.1
l,rem alienam.41. 807.2

Ex lib.14.titul.2.de lege Rhodia de iactu.
l.vlt.§.ſi ea conditione. 608.2.

Ex tit.3.lib.14.De inſtitorid. actione.
l.ſi quis.17.§.ſi impubes. 37.2

Ex titul.6. De Senatuſconſulto Macedoniano.
l.ſed Iulianus.7.§.idem ait ſi duo. 301.1
l.filiusfam.17. 19.1

Ex lib.15.tit.1.de peculio.
l.3.§.pen. 77. 1
l.ſi noxali.21.§.eſt autem 820.1
l.hinc quæritur.19.§.1. 221.2
l.ex facto.52. 213.2

Ex tit.3.de in rem verſo.
l.ſi pro patre.10.§.vlt. 337.2.& 351.1
l.ſi rem.13. 9.1
l.14.eod. ibid.

Ex lib.16.titul.1. Ad Senatuſconſult. Velleianum.
l.quamuis.8.§.ſi mulier. 86.1.& 665.1
l.vir vxori.17.§.mulier. 336.2
l.vir vxori.17.§.mulier & Titius. 340.
1.& 2.
l.idem etſi.18. 337.1
l.quidam.29. 360.1

Ex titul.2.De compenſationibus.
l.in rem ſuam.18. 389.1

Ex tit.3.depoſiti vel contra.
l.1.§.ſi pecunia in ſacculo.36. 406.2
l.1.§.antepenult. 358.1
l.ei apud quem.5. 161.2
l.ſi plures.14.in pr. 406. 1
l.ſi plures.14.§.ſiue autem. 608.1
l.licet.17. 352.1
l.Lucius.24. 176.1
l.Publia.26. 4.2
l.Publia.26 768.1.& ſeq.

Ex tit.1.lib.17.Mandati vel contra.
l.ſi mandauero.22.§.interdum. 346. 2
l.inter cauſas.29.§.ſed cùm ſeruus. 56.2
l.inter cauſas.26.§.abeſſe. 666.1
l.ſi fideiuſſor.29.§.penult. 667.1.732.1
l.qui negotia.34. 22.1.2
l.qui negotia.34. 73.2
l.qui negotia 34. 114.1.116.1
l.qui negotia.34. 641.1
l.hominem.37. 572.2.556.2
l.ſi mandatu.45.§.vlt. 56.2
l.qui fide.56. 346.2
l.ſi mandato.59.§.creditor. 1.& ſeq.

Ex tit.2.pro ſocio.
l.cùm ſocietas.69. 109.2

Ex lib.18.tit.1.de contrahenda emptione.
l.ſorte rei 16. 511.1
l.quod ſæpe.35.§.ſi res vendita. 30.1
l.domum emi.57. 409.2
l.ſi cùm fundum.68.§.vlt. 261.1

Ex tit.2.de in diem addictione.
l.4.§.Marcellus. 758.1.
l.4.§.1. 511.1

Ex titul.4.De hereditate vel actione vendita.
l.25.peruenisse. 723.2
l.ſi nomen.4. 390.2
l.5. ibid.

Ex titul.6.de periculo & commod.rei vendit.
l.quòd ſi neque 14. 29.2

Ex tit.7.De ſeruis exportandis.
l.vlt. 462.2.& ſeq.

Ex lib.19.tit.1.De actionibus empti & venditi.
l.3.§ vlt. 455:2
l.ſi ſeruum 4. 59.1
l.tenetur.§.ſed ſi fundum. 746.2
l.ex empto § Caſſius 50.1
l.ex empto.11.§.ſententiam 636.2
l.Iulianus 13 §.ſi fructib. 16.1
l.Iulianus.13.§.ſi procurator. 110.1
l.veteres.19. 147.2
l.20. ibid.
l.ſi ſterilis.21.§.cùm per venditorem.
570.2.
l.cui rei 29. 120.1.2.
l.cui rei,29. 413.1
l.ſi quis.46. 160.2

Ex titul.2 locati conducti.
l.ſi quis domum.9.§.1. 759.1
l.ſi quis domum.9. 31.1
l.& hæc diſtinctio 35. 30.2
l.ſi fundus.36. ibid.
l.locare.44. 748.2
l.cùm apparebit.47. 367.2
l.cùm in plures.60.§.veſtimenta. 335.2

Ex titul.3.de æſtimatoria.
l.1.§.vlt. 175.1

Ex titul.4.de rerum permutatione.
l.1. 147.1.& ſeq.

Ex titul.5.de præſcriptis verbis.
l.naturalis,§.1. 150.1.2.& ſeq.

Ex lib.20.titul.1.de pignoribus & hypothecis.
l.1.in pr. 806.1.2
l.1. 649.1
l.ſi is qui.11.§.vlt. 745.2
l.ſed an viæ.12. 738.1.& ſeq.

l.grege 13.§.etiam. 588.2
l.ſi fundus.15.§.creditor. 403.2
l.ſi fundus.16.§.creditor. 589.1
l.ſi inter.21.§.vlt. 594.1.& ſeq.
l.ſi Titio.22. 807.1.2
l.periculum.30. 225.2
l.lex vectigali.31. 214.1.224.1

Ex tit.4.Qui potior.in pignor.vel hypothec.
l.2. 154 1
l.qui balneum.9. 506.1
l.potior.11. ibid.
l.vlt. 36.2

Ex titul.6.quibus modis pign.vel hypothec.ſoluit.
l.2. 595.1

Ex lib.21.titul.2.de euictionib.
l.ſi vendidero.9. 120.1
l.ſed etſi.18. 50.1
l.fundum 20. 142.2
l.in creditore.38. 733.1
l.ſi per prudentiam.31.§.fin. 379 2
l.ſi dictum.56. 28.2
l.ſi in venditione.60. 29.1
l.ſi in venditione 60. 50.1
l.rem hereditariam.65. 367.1
l.pater.71. 418.2

Ex lib.22.titul.1.de vſuris & fructib.
l.1. 491.1
l.1. 560.2
l.3.in pr. 169.1.2.& ſeq.
l.3.§.in bis quoque. 171.2.& ſeq.
l.cùm de in rem verſo.6.178.1.2.& ſeq.
l.in pecudum.28. 99.1.2
l.32.§.1. 38.2
l.vſuræ.34. 172.2
l.lite conteſtata.35. 171.1
l.Herennius.42. 173.1
l.fructus.45. 99.2

Ex titul.3.de probationibus.
l.3. 617.2
l.cùm de indebito,25.§.penult. 667.1.
731.2,& ſeq.

Ex lib.23.titul.2.de ritu nuptiar.
l.quamquam,63.§.vlt. 631.1

Ex titul.3.De iure dotium.
l.1. 420.1
l.iure ſuccurſum,6. 19.2
l.ſi ego,9.§ 1. 212.1
l.ſi ego.9.§.ſi rei. 806.2
l.ſane.21. 175.1
l.ſi res æſtimata,12.§.1. 176.2
l.ita conſtante,16. 114.1
l.7. ibidem
l.ſi extraneus,33. 39.2
l.promittendo,41.§.ſi à debitore, 391.2.
& ſeq.
l.licet,43.§.1. 739.2
l.quemadmodum.46. 183.2
l.cùm vir.53. 391.1
l.res quæ.54. 113.2
l.ſi is,56.in princ. 608.2
l.ſi is qui Stichum 56.§,2. 2 2
l.ſi mulier,59.§.ex aſſe. 124.1.112.&
477.1.
l.ſi mulier,59.§.vlt. 128.1
l.Titia,61. 49.1
l.ſi Titia,62. 213.2
l.Titia,62. 651.1
l.ſi dominus,72. 511.1
l. cùm in fundo , 78. §. vxor. vice.
214.1.
l.cùm in fundo.78. 461.1

l.cum.

l.auus.79. 43.1
l.penult. 40.2
l.vlt. 295.1.2.& ſeq.

Ex titul. 4. de pactis dotalibus.

l.ſi conuenerit.4. 865.2.& ſeq.
l ſi ita. 9. 767.1
l.ſi mulier.21. 153.2
l.quidam.22. 34.1
l.pater.23. 766.2
l.pater.23. 4.2
l.inter.26.§.1. 420.1
l.inter.26.§.cùm inter. 20.1
l.inter.26.§.cùm inter. 421.2
l.inter ſocerum.26.§.pen. 767.2
l.cùm maritus.29.§.vlt. 324.1
l.Bæbius.30. 420.1
l.vlt. 74.2

Ex titul. 5. de fundo dotali.

l.1. 173.2
l.vlt. 8.1.

Ex lib. 24. titul. 1. de donat. inter vir. & vxor.

l.3.§.pen. 739.1
l.3.vlt. 73.2
l.ſi ſponſus.5.§.circa. 176.1
l.5.§.penult. 135.2
l.quod autem.7. 175.2
l.ſed ſi mors.13.§.1 410.2
l.ſi vxor filio.19. 100.2
l.Papinianus.23. 739.2.& 741.1
l.Papinianus.23. 33.1
l.cùm hic ſtatus. 32. §. ſi inter virum. 738.2
l.cùm hic ſtatus.32.§.ſi oratus. 18.123.2
l.ſi ſtipulata.33. 22.1
l.ſi ſtipulata.33. 741.1
l.vxor marito.55. 114.2

Ex tit. 2. de diuortiis.

l.filia.5. 415.1

Ex titul. 3. ſolut. matrimonio dos. &c.

l.2.§.1. 425.2.& ſeq.
l.fructùs.7.§.Papinianus. 15.1.& ſeq.
l.7.§.ſi vir. 8.1.
l.ſi ab hoſtibus,10. 418.2
l.etiam, 10. 216.2
l.ſi cùm dotem,22.in princip. 422.1
l.ſi cùm dotem.22.§.ſi pater. 87.2
l.ſi cùm dotem.22. 126.2.& ſeq.
l.filiofamiliâs.25.§.1. 584.1
l. poſt dotem.40. 419.2
l.poſt dotem.40. 19.2
l.poſt dotem.40. 430.1.2
l. Caius.45. 425.2
l. Caius.45. 469.2
l.filiæ meæ emancipatæ.59. 419.1
l.ſi verò.64.§.1.& ſeq. 811.2

Ex lib. 25. tit. 1. de impenſis in res dotales factis.

l. 5. 2.2.& 3.1.

Ex tit. 2. de actione rerum amotarum.

l.penul. 582.2
l.3.§.vlt. 77.1

Ex tit. 4. ſi mulier ventris nomine in poſſeſſione cal. cauſa eſſe dicet.

l.1.§.2. 613.2

Ex lib. 26. tit. de teſtament. tutel.

l.2. 526.2
l.ſi hereditas.10.§.vlt. 226.2
l.quæro.32.§.vlt. 226.1

Ex titul. 7. de adminiſtrat. & pericul. tutor. & curatorum.

l.ſi minoris.25. 356.1
l.ſi plures.38. 175.2
l.tutores. 39.§.heres inſtitutus. 518.1
l.impuberi.40. 526.2
l.cùm poſt mortem,43.§.quib. 162.2
l.pupillus.45. 636.1.2.
l.Lucius.46.§.tutelæ. 638.1
l.tres tutores.55.§.1. 335.1

Ex lib. 27. titul. 3. de tutel. & rationib. diſtrahendis.

l.1.§.nunc tractemus. 358.2
l.ſi tutor.9.§.vlt.& l 10. 76.2
l.alterius.20.in princ. 359.2
l.cùm pupillus 21. 356.1

Ex tit. 7. de fideiuſſoribus tutor.

l.4. 14.1
l.penult. 379.1

Ex titul. 9. de rebus eorum qui ſub tutela vel curà ſunt.

l.2. 217.2
l.penult.in fio. 674.1

Ex tit. 10. de curatoribus furioſo dandis.

l.vlt. 411.1

Ex lib. 28. tit. 1. Qui teſtamenta fac. poſſunt.

l.lege Cornelia. 12.291.2.294.2
l.filiusfam.16. 173
228.& ſeqq.

Ex tit. 2. de liber. & poſthumis.

l.ſi primo.8. 230.1
l.ſi primo.8. 411.1
l.ſi quis poſthumos 9.§.1. 285.
l.ſi quis poſthumos. 9.§.ſi filium 315.1. & ſeq.
l.commodiſſimè,10. 807.2
l.in ſuis,14. 285.1
l.ſi filius. 16. 10.2
l.filio,23.§.ſi Titius 283.1
l.poſthuma.24. 243.2
l.Titius,25. §.vlt. 235.1
l.Titius.25. 706.1
l.filius,28.in pr. 68.2
l.Gallus,29. 232.1
l.Gallus,§.quidam rectè 263.1
l. Gallus,§.idem credendum. 264.2
l. Gallus.§.ſi quid tantùm. 236.1.& 320.1.& ſeqq.
l.Gallus,§.quid ſi qui filium. 237.2
l.Gallus,§.ſi eius 244.1
l.Gallus.§.forſitan 253.1
l.Gallus,§.nunc de lege 277.1.
l.Gallus,§.ſequenti parte 288.2
l.Gallus.§.videndum 290.2
l.Gallus,§.ille caſus. 279.1.& 317.1.
l.Gallus,§.in omnibus. 256.1
l.Gallus.§.vlt. 318.2

Ex tit. 3. de iniuſto, rupto & irrit. fact. teſt.

l.3. 266.1
l.nam etſi.5. 230.1
l.ſi quis filio 285.1
l.ſi quis filio,6.§.ſed ſi pater 247.2
l.ſi quis filio,6. §.ſiue autem 249.2
l.verum,8.§.1. 320.1
l.poſthumus,12. 22.2
l.poſthumus,12. 312.2
l poſthumus,12. 272.1.274.1.
l.poſthumus,§.idem 330.2
l.ſi poſthumus,14. 230.1.
l.qui vxorem,15. 307.2.312.2
l.filio præterito,17. 22.2
l.filio præterito,17. 267.1.

Ex titul. 4. de his quæ in teſtament. delent.

l.1.§.pen. 348.2
l.1. 716.1.& ſeqq.
l.2. ibid.
l.3. 714.1.716.2.& ſeqq.
l. 4. 716.77.2.& ſeqq.

Ex titul. 5. de heredib. inſtituend.

l.ſed ſi conditioni.6.§.1. 878.2
l.quoties,9.§.ſi duo 647.2
l.ſi alterius.10. 647.2
l item quod Sabinus.17.§.vlt. 328.1
l.ex facto,27. ibid.2
l.cùm in teſtamento,37. 856.2
l.qui ſoluendo.42. 72.2
l 43. ibid.
l.ſi alienum 49.§.in extraneis. 415.2
l.ſi is qui ſoluendo 57. 703.1
l.qui ſoluendo,60. ibid.
l.in tempus.62. 416.2.
l.in tempus,62.§.1. 127.1
l.ſi quis ita.82. 256.2
l.ſi non ſex,83.§.1. 69.1
l.Lucius,85. 654.1.658.1

Ex tit. 6. de vulgari & pupill. ſubſtitut.

l.2. §.1. 280 2.
l iam hoc iure.4. 519.2
l.4. 547.2
l.verbis ciuilibus,7. 295.2
l.verbis, [illegible]
l centurio.15. ibid.
l.pater filium,26. 240.2
l.lex Cornelia. 28.294.1.295.2.
l.lex Cornelia,28. 61.1
l.ſi pater captus.29. 301.2
l.etſi contra,35. 106.1
l.qui duos,42. 440 2
l.ex facto,43.§.vir.vlt. 142.1
l.Lucius.45. 520.1
l.Lucius,45. 529.2

Ex tit. 7. de conditionib. inſtitutionum.

l.4.§.vlt. 43.1
l.quæ ſub conditione.3.§.quoties 622.1
l.penult. §.vlt. 715.2
l.vlt. 777.1

Ex lib. 29. tit. 1. de teſtam. milit.

l.5. 542.2
l.idem eſt,13.§.cùm miles. 705.1
l.tractabatur,14. 701.2
l.in fraudem,15. 706.1
l.quærebatur.19. 524.2
l.tribunus,20,§.1. 717.1
l.miles filiusfamiliâs,28. 705.1
l.cùm filiusfam.28. 526.2
l.eius militis,34.in fin. 514.2
l.Lucius,40. 549 1
l.miles ita.41.§. nec tutorem 425.2. & ſeq.

Ex tit. 2. de acquir. vel omitt. heredit.

l.is qui heres.13.§.vlt. 283.2
l. Iulianus,24. 28.1

l.cùm qoidam.30. 457.1.2
l.ſi qois her.155.§.1. 550.1
l.cùm hereditate 55 657.1
l.placet.79. 819.2
l.placet.79. 224.2
l.ſi ſolus 80.§.item ſi ſeruus. 550.1.
l.toties.81. ibid.
l.ventre.84 21.1.
l.Pannonius Auitus,86. 430.1
l.Clodius.97. 195.1

Ex titul.4.ſi quis omiſſa cauſ. teſtament. &c.

l.quia autem.6.§ penult. 119.2
l.ſi filius.23. ibid.

Ex titul. 7. de iure Codicillorum.

l.2.§.1. 538.1
l.2.§ codicillorum. 539.2
l.2.§ vlt. 532.1
l.ante tabulas.5. 881.1
l.ant tabulas.5. 532.2
l.conſcribuntur.8.§.ſi factum. 331 1
l.quod per manus.10. 532.1.2
l.illum enim.13.§.1. 532.1
l.ab inteſtato.16 812.1
l.ab inteſtato.16. 533.1
l.penult. 63.1

Ex lib. 30. De legatis & fideicommiſſ. lib. 1.

l.1. 137.1
l.ſi ex toto.8 §.1. 381.1
l.ſi creditor.28. 91.2
l.ſi ex pluribus.33. 132.2
l.ſi planè 34.§.ſi coniunctim. 130.1.& 2
l.cùm res.47.§.ſed Stichus. 42.1
l.ſi res obligata.57. 355.1 & 356.2
l.licet 70 166 2
l.licet: Imperator.74. 97.1
l.licet 74. 708.2
l.ſi ſic legatum.75.§.2. 107.2
l.ſi pecunia.77. 90.1
l.ſi pecunia 77. 225.& 767.2
l.non quocunque. 82.§.fundus. 146.2
l.duobus.85. 132.1
l.ſi tibi 86.§.cùm ſeruus. 172.2
l.quid ergo.90. 5 .2
l.quæſitum 91. §.vlt. 271.2
l.ſi fundum 92.§.vlt. 530.1 & 533.1
l.planè 94. 533.2
l.ſi ſeruus legatus. 108. §.ſi ſeruus alienus.540.2.541.1
l.ſi ſeruus 108.§.pen. 183.2
l.ſi heres.110. 65.2
l.filiusfamil 114. §.cùm quis rogatus. 431.2
l.filiusfam.114 §.qui inteſtato. 616.2
l.filiusfam.114. 674.2
l.filiusfamil.114. §. apud Marcellum. 622.2
l.filiusfamilias. 114. §.vt quis heredem. 825.1.
l.legatum aſt.116. 488.2
l.nihil proponi.120.§.vlt. 173.1
l.ſi heredes.124 378.1
l. ab exheredatati.126. 533.2

Ex lib.31.de legat. & fideicommiſſ. lib.2.

l.Mænius.6.§.fundo. 146.2
l.ſi quis ſeruum.8.§.vlt. 721.2
l.cùm autem.9. ibid.
l.cùm patronus.28. 708.1
l.pater.29.§.quod alicuius.1. 718.1
l.pater meus.29.§.vlt. ibid.
l.pater meus.29.§.quod alicuius. 707.2
l.cum pater 77.§.cùm pater. ibid.
l.ſi quis duos.31. 72.2
l.legatum.36. 232.2

l.Mænio.41.§.1. 3.2
l.ſi ita ſit ſcriptum,43.§. ſi ſub conditione. 676.1
l.cum ab vno.53. 4.1
l.Titia cum teſtamento,§.Lucia. 776.1
l.ſi Titio & Mænio.61.§.Iulianus. 706.2.
l.ſi Titio.61.§.Iulianus. 109.2
l.Mænius.60.§.duorum. 43.1
l.Mænius 66.§.penult. 309.2
l.vnum ex familia.67.§.ſed etſi fundum. 473.2
l.vnum ex familia.67.§.vlt. 439.1
l.peto.69.§.fratre. 472.22
l.Imperator.70.§.ſi certum. 624.2
l.idem ſeruandum.72. 669.1
l.miles ad ſororem.75. 65.1
l.cùm filius.76. 64.2
l.cùm filius.76.§.dominus. 510.1
l.cum pater.77.§ donationis. 64.2
l.cùm pater.77.§.libertis.465. 2. 467. 1. & 2.& 470 2
l.cùm pater 77.§.cùm inter. 480.2
l.cùm pater.77.§.cum dotale. 90.1
l.cùm pater.77.§ à filia. 776.1
l.cum pater.77.§.ab inſtituto. 681.2
l.legatum.80. 132.2
l.debitor.82. 640.1
l.Lucius Largus.83. 710.1
l.creditorem.85. 632.2
l.Titia Seio.87.§. Seia libertis. 444.1. & 1.167. 1.
l.Titia Seio.87. § Seia libertis. 632.2.
l.Lucius.88.§ matre. 479.2
l.Lucius.88.§.vlt. 330. 1
l.penult.§.pen. 482.1
l.pen.§.inſtituto. 479.2

Ex lib. 32. de legat. & fideicommiſſ. lib. 3.

l.1.§.vlt. 97.1 & 706.1.
l.ſi deportati.7. 413.2
l.fideicommmiſſa.11. § hæc verba. 419.1.
l fideicommiſſa 11.§.cùm eſſet. 138.1
l.cùm quis.3.. §.codicillis. ..1.
l.cum quis decedens.37. §.codicillis 709.1.
l. pater.38.§.filiam. 481.1
l.pater,38.§. tandem. & §.Iulius Agrippa. 468.1
l.pater 38. §.Iulius Agrippa. 482. 2.
l.pater 38.§.quindecim. 465.1 & ſeqq.
l.pater filium.38. §. fideicommiſit. 73.1.
l.pater 38.§.pen. 459.1
l.Pamphilo 39. ibid. 460.2.464. 1.
l.poſt emancipationem. 40. §.vltimo 17.1.
l.vxorem.41.§.Seium. 776.1
l.teſtatorem.68.§.1. 459.1
l.qui ſolidum.78.§ prædium. 468.1 & 471.2.
l.coniunctim.80. 132.1
l.re coniuncti.89. 131.2
l.ſi Titius ex patre.96. 444.1
l.vlt.§.vlt. 105.1

Ex lib.33.tit.1.de annuis legat. & fideicommiſſ.

l.Titia.19.§.qui Marco. 459.2

Ex titul. 2. de vſu & vſufr. legat.

l.1. 749.2
l.ſi alij fundum.9. 449.2
l.ſi alij 19. 504.2
l.generali.32. 460. 2
l.generali. 52.§.14 81.2 & 544.2

l.generali.52. §.vxor. 61
l.vlt. 17.1
l.codicillis.34. 433.1

Ex tit 4.de dote prælegata.

l.pater dotem.7.§.pen. 629.2
l.Theopompus. 24. 183.1

Ex titul.3. de optione legata.

l.illud.19. 133.2

Ex tit.7.de inſtructo vel inſtrumento legato.

l.3. 110.2
l.quæſitum.12.§.Celſus. 6.1
l.Seia.20. 7.1
l.prædia.27.§.liberto. 5.2

Ex titul.8. de peculio legato.

l.dominus Sticho.23. 356 2
l.denique.86.§.interdum. 652.2

Ex titul.9.de penu legata.

l.1.in fin. 420.2

Ex lib. 34. tit.4. de liberat. legata.

l.1.§.1. 540.1
l.ſi quis rem.5. 102.1.& 815.1
l.legaui.25. 106.2
l.vxor decedens.26. 810.2

Ex tit.4. de adimendis vel transferend. legat.

l.1. 24.1
l.3.§.ſi duobus. 781.2
l.3.§.ſi quis. 478.1
l.cùm centum.9. 125.2
l.nihil intereſt.16. 713 2
l.alumnæ.30. 439.2
l.pen.§.1. 72.2

Ex titul. 5. de rebus dubiis.

l.qui duos.9. 440 2
l.ſi fuerit.10 §.planè. 780.1
l.ſi is qui ducenta.13.§.verum. 654.1 & 657.2
l.ſi is qui ducenta.13.§.vlt. 418.1
l.quædam ſunt.15. 679.2
l.ſi cognatis.19. 417.2

Ex titul.7.de regul. Catoniana.

l.3. 413.2
l.4. 413.1

Ex tit. 8. de his quæ pro ſcriptis habeantur.

l.vlt. 787.2

Ex tit.1.de his quæ vt indignis auferuntur.

l.in fraudem 10.§.1. 416.2
l.cùm tabulis.16.in pr. 163.2
l.ſi teſtamentum.24. 162.2
l.cùm tabulis.§.quoniam. .. 2

Ex lib. 35. tit.1. de conditionib. & demonſtrationib.

l.4.§.vlt. 681.2
l.hæc ſcriptura.30. 620.2

l.ſi

l.ſi quis.37. 72.2
l.qui heredi.44. 642.1
l.qui heredi.44.§.vlt. 776.2
l.Mæuius,55. 646.1
l.Titio centum,71.§.vlt. 654.1
l.auia,77. 415.1
l.cùm auus,102. 187.1
l.cùm auus,102. 450.1
654.2.
l.aliquando,107. 415.1

Ex tit.2.ad legem Falcidiam.

l.1.§.id quod 93.1
l.verbis,5. 91.2
l.verbis,5.in fin. 640.1
l.pater filium.14.§.vlt. 440.2
l. quod bonis, 15. §. ex donationibus. 724.1.
l. quod bonis, 15. §. ex donationibus. 669.2
l.ſi fundus,23. 83.1
l.in ratione,30.§.tametſi. 134.2,136.1
l.Plautius,49.§.vlt. 84.1
l.ex aſſe,51. 17.2.& 84.2.
l.in lege.62. 372.1
l.in lege.62. 360.1
l.Titia.86. 138.1.139.2
l.Titia,86. 444.1
l.qui fundum,87.§.qui filium. 93.2
l.qui quadringenta.88. 474.2
l.in quartam,91. 138.1
l.in quartam,91. 134.1
136.1.
l.acceptis,93. 137.2
l.acceptis,93. 141.1.139.1.
l.verbis. 651.1
l.1.§.quod ex ſubſtitutione.& §.ſi coheredis. 711.1

Ex tit.3.ſi cui plus quàm per leg. Falcid.licuerit.

l.1.§.interdum 18.2

Trebellianum.
Ex lib.36.tit.1.ad Senatuſc.

l.2.3. 95.1
l.recuſate.6.§.hoc Senatuſconſultum
177.1
l.ſed & qui,5. 700.2
l.ſed cùm ab herede,9. 691.2
l.ſed etſi.10. 675.1
l. apud Iulianum, 11. §. vtrum autem. 683.1.& 68,2.2.
l.apud Iulianum,12.§.Antiſtia. 696.2
l.ille à quo.13.in princ. 687.2
l.ille à quo. 13.§.tempeſtiuum. 699.2
l.nam quod.14. 7.1
l.cogi.16.§.ſi ego heres 695.1
l.cogi,16.§.vlt. 685.2
l.ex facto.17.§.ex facto 662.1
l.in fideicommiſſaria,18. 726.1
l.vbi purè,19.§.1. 86.1
l.mulier quæ.22. in princ. 679.1
683.2
l mulier,22.§.ſed enim 111.1
l.mulier,22.§.Braſidas 696.2
l.nonnunquam,24. 778.1
l.quidam.25.§.ſi quis filium. 543.1
546.2
l.ita tamen,27. §.qui ex Trebellian.386. col.2.
l.recuſare,6.in princ. 688.2
l.ita tamen,27.ſi ex Trebelliano 727.2
l.ita tamen.27. 28.1
l.ex aſſe,18. 3.2
l.ſi quis priore.29. 127.1
l.ſi legatus,30.§.vlt. 700.2
l.ſi cui.31.§.vlt. 151.2
l.ſi eius qui,34. 443.2
l.Papinianus. 416.2
l.poſtulante.44. 684.2
l.ſi res aliena,51.§.1. 713.2
l.ſi res.52.§.1. 693.2
l.non eſt cogendus.53. 684.2.685.2.
l.Titius,54. 670.1
l.ſi patroni.55.§.Imperator. 676.1
678.2.
l. ſi patroni, 55. §. qui fideicommiſſum
23.2.
l. ſi patroni. 55. §. qui fideicommiſſum

695.1.
l.heredes mei.57. 166.2
l.deducta.58. 728.2
l.debitor.59. 189.1.192.1
l.debitor.59.§.vlt. 767.2
l.facta,62.§.ſi ſub conditione. 151.2
l.facta.63.§.ſi heres ſcriptus. 387.1
l.facta.63.§.ſi heres. 448.1
l.facta.62.§.ſi ſub conditione. 689.1.
& 777.2
l facta,63.§.vlt. 701.2
l.eius.64.§.ſi quis. 156.1
l.qui ita.66.§.etiam abſentis. 683.2
l.qui ita. 66.§.1.& §.vlt. 696.2
l.ſi poſtulante,67. 684.2
l.ſi heres,70.in princ. 387.1
l.ſi heres.73. 500.2
l.epiſtolam.75.§.vlt. 681.2
l.Scæuola,76. 530.1
l.Scæuola.76. 514.1.517.2
l.heredibus,77. 646.1
l.vlt. 449.1

Ex tit.2. quando dies legat.cedit.

l.heredis.7.§.penult. 415.1
l.cùm ſine,19.§.cùm ab eo 415.1
l.ſi dies,21.§.1. 415.1

Ex tit.3.Vt legatorum nomine caueatur.

l.poſtquam,5.§.1. 412.1
l.filio.7. 411.2
l.vlt.§.1. 19.1
l.vlt. 419.2
l.vlt. 421.1

Ex lib. 37. tit. 4. de bonorum poſſeſſ. contra tabul.

l.3.§.ſi quis filio. 265.2
l.4.§.vlt. 11.2
l.quod vulgò.6. 23.1
l.ſi duobus,12.§.1. 23.1
l.ſi ex duobus,14. 119.2
l.filium.10.§.quemadmodum. 612.1
l.filium,20. 515.2

Ex titul.5.de legatis præſtandis.

l.nonnunquam,14. 274.2
l.is qui.15. 119.1
l.ſi duo.16. 119.1

Ex titul.6.de collatione bonor.

l.dotem.6. 431.2

Ex tit.7.de dotis collatione.

l.4. [illegible]
l.penult. 649.2
l.vlt. 651.2

Ex tit.8 de coniungend.cum emancipat. liber.

l.1.§.ſi pater. 285.1
323.2.
l.qui duos. 322.1
l.duos 3. 285.1
l.vlt. 323.1

Ex titul.11.de bonor.poſſeſſ ſecund.tabul.

l.ſi ita ſcriptum.8.§.is autem. 721.1
l. qui ex liberis, 11. §. ex teſtamento, 328.1. & 331.1.
l.qui ex liberis,11.§.1. 538.2

Ex lib.38.tit.1.de oper.libertor.

l.3.§.1. 815.1
l.vt iuriſiurandi,7.§.iurare 809.2
l.libertus,15.§.1. 814.2
l.patronus.25.§.vlt. 810.1
l.Campanus,47. 812.2

Ex tit.2.de bonis libertor.

l.3.§.pen. 437.1
l.Labeo.36. 792.2

Ex tit.6.ſi tabul.teſtam.null.extab.vnde liber.

l.ſcripto.7. 284.2
l.ſcripto,7. 313.2
l.1.§.vlt. 2[illegible]

Ex titul.7.vnde legitimi.

l.2.§.ſi quis. 305.1

Ex titul.8.vnde cognati.

l.1.§.ſi quis.proximior. 472.2

Ex tit.9.de ſucceſſor. edicto.

l.vlt. 55.2

Ex tit.16.de ſuis & legit.heredib.

l.2.§.vlt. 155.1
& 776.2.
l.Titius,6. 472.2
l.pen. 299.1

Ex lib.39.tit.1.de noui operis nunciat.

l.ſi priuſquam. 744.1
l.qui viam,14. 743.2
l.prætor,20. 60.1

Ex tit.2.de damno infecto.

l.qui de creditore,11.in fin. 44.2
l.3.§.ſuperficiarium. 45.2
l.ſi finita,15.§.Iulianus. 174.1
l.ſi finita.15.§. ſi de vectigal. & §.Iulianus,5: 791.5
l.damni,18. 34.2
l.ex damni,40. 35.1

Ex tit.3.de aqua & aqua pluu.arcenda.

l.8.§.item Varus. 671.1

Ex tit. 4.de publicanis & vectigalib.

l.Imperatores,7. 789.2

Ex titul.5.de donationib.

l.ſi vir.3 185.1
l abſenti,10. 642.2
l.poſt contractum,15. 195.2
l.dationes,31.§.ſpecies. 184.2
l.donationes,31.§.vlt. 196.2
l.Lucius,32. 46.1

Ex titul.7.de mort cauſ.donation.

l.ſi aliquis,7. 196.2
l.Seia 484.1

Ex lib.40.tit.1.de manumiſſionib.

l.qui pœnæ,8. 196.1.197.2

Ex tit.4. de manumiſſ.teſtament.

l.4.§.vlt. 541.2
l.libertas,17.§.vlt. 154.1
l.qui filium,22. 642.1.& ſeqq.
l.vxorem,29. 543.1
l.cùm ex falſis,47. ibid.

Ex tit.5.de fideicommiſſ.libertatib.

l.Imperator,11.§.1. 515.2
l.generaliter,24.§.ſi quis 159.1
l.generaliter,24.§.ſi quis ſeruo. 541.1
l. cùm verò. 26. §. ſi pro uno ſcripto. 707.2.
l.cùm verò.26.§.vlt. 601.2
l.27. ibid.
l.generaliter.30.§.ſi quis ſeruo. 539.1
l.Paulus reſpondit,39.§.1. 459.1
l.pater,47. 271.2

Ex tit.7.de ſtatulib.

l.3.§ ſed & ſi iuſtum. 211.1
l.cùm heres,4.§.1. 154.2
l.ſi ſtatulibera.6.in princ.& § 1. 249.1
l.ſtatuliberum 9.§.pen. 48.2
l.ſtatuliberum.9.in fin. 696.2

Ex tit. 11.de liberali cauſa.

l.Diui fratres.27.§.1. 741.2
l.duobus,30. 696.2
l.vlt. 809.2 & ſeq.

Ex lib.41.titul. 1.de acquirend.rer.domin.

l.qui bona fide,23. 98.1
l.qui bona,23.§.ſi quis duobus 548.2
l.ſed ſi.26. 157.2
l.quæſitum,40. 172.2
l.quæſitum.40. 175.1
l.bonæ fidei.48. 99.1.& ſeq.

Ex tit.2.de acquirend.vel amitt. poſſeſſ.

l.locus.26. 182.1

Ex tit.3.de vſurpat. & vſucapionib.

l.3. 795.1.& 2
l.4.§.lana. 99.2.& ſeq.
l.ſi aliena.10.§.hoc iure. 752.1
l.quamuis,18. 181.2
l.rerum mixtura,30. 510.1
l.nunquam.31. 96.1

Ex tit.4.pro emptore.

l.2.§.ſi à furioſo. 21.2

Ex lib.42.tit. 1. de re iudicata.

l.2. 412.1
l.3. 490.2
l.4.§.ſi quis condemnatus 412.1
l.ſi Calendis,11. 671.2.576.2
l.à Diuo Pio,15. 122.1
l.Iulianus,17.§.1. 558.2
l.ſicut,21. 38.2
l.Neſennius,41. 39.2
l.ex contractu,44. 54.2
l.ſi quis dolo,51.in pr. 803.2
l.ſi quis dolo.51.§.1. 579.1

Ex tit.2.de Confeſſis.

l.certum.6 §.vlt. 412.2
l.penult. 450.2

Ex tit.5.de reb.auctorit.iudic.poſſid.

l.cùm bona.16. 121.1
l.paterfamiliâs,28. 27.1

Ex tit. 6. de ſeparationibus.

l.1.§.ſed ſi quis ſuſpectam. 690.2
l.3. 281.1
l.4. 504.2

Ex tit.7.de curator. bon dand.

l.2.§ vlt. 515.1

Ex tit. 8. Quæ in fraud. creditor. facta ſunt.

l.quid autem.6.§.apud Labeonem.639.2
l.ſi qui,9. 801.1
l.ait prætor,10.§.quid in fraud. creditorum. ibid.2
l.pupillus,24. 802.1
l.vlt.§.vlt. 805.1

Ex lib.45.tit.1. de Interdictis.

l.2.§.vlt. 46.1

Ex tit.3.quod legatorum.

l.1.§.ſi quis ea mortis. 134.1

Ex tit.4.ne vis fiat ei qui in poſſeſſ.miſſ. erit.

l.3.in pr. 611.2

Ex tit. 16. de vi & vi armata.

l.1.§.rectiſſimè 608.1
l.penult. ibid.

Ex tit.17.vti poſſidet.

l.3.§.vlt. 609.1

Ex tit.18.de ſuperficiebus.

l.1.§.is autem. 794.1
l.2. ibid.

Ex tit.19.de itiner.actúque priuat.

l.vlt. 755.2

Ex tit.20.de aqu.quotid.& æſtiu.

l.5.§.ductus aquæ. 754.2

Ex tit.24. Quod vi aut clam.

l.ſi alius.7.§.belliſſimè. 410.2
l.ſi alius.7.§.eſt & alia 603.1

Ex tit.25. ex remiſſionibus.

l.vnica.§.1. 745.1

Ex tit.26.de precario.

l.3. 746.2

Ex lib.44.tit.1.de exceptionibus.

l.exceptiones,7.in fin. 402.1

Ex titul.2.de exceptione rei iudicatæ.

l.ſingulis,6. 403.2
l.ſi à te.9 § 1. 402.2
l.ſi inter me. ibid.
l.ſi à te,9. 500.1
l.ſi mater,11. 224,1.404.1
l.ſi mater.11.§.ſi quis. 24.1
l.& an eadem.14.§ 1. 509.2
l.ſi quis.18, 400.2
l. ſi cùm argentum. 21. §. ſi fundum. 509.2.

Ex titul.5.de diuerſis temporalib præſcriptionib.

l.1.verſic.planè, 125.2
l.4. 80.1

Ex tit.4. de doli mali exceptione.

l.apud Celſum 4.§.quod ſi is. 386.1
l. apud Celſum, 4. §. apud Iulianum. 397.2.

Ex titul.5.quarum rer.actio non datur.

l.1.§.quæ onerandæ. 810.2
l.1.§.ſi libertatis. 813,2

Ex titul.7.de oblgationib.& actionib.

l.1.in pr. 751.2
l.maieſtitiæ.15. 145.2
l.cùm quis.25. 578.1
l.actionum,25. 792.1
l.obligationes.27. 217.1
l.conſtitutionibus,33. 197.1
l.in honorariis,35. 76.2
l.in eui.42. 504.2
l.nihil aliud,31. 782.1

Ex lib.45.tit.1.de verbor. obligationib.

l.4.§.Cato, 57.2
l.4.§.vlt. 59.2
l.ſi ita ſtipulatus eſſem,14. 344.1
l.quoties,19. 558.2
l.Stichum,16. 41.1
l.ſcire debemus.29. 33.1
l.ſtipulatio iſta,38.§.alteri, 766.1
l.quodcunque.45.§.ſi quis ita. 769.1
l.49.§.vlt. 58.2
l.eum qui,56.§.qui ſibi. 62.2
l.qui vſumfructum.58. 24.1.& 54.1
l.qui vſumfructum,58. 510.1
l.quoties,59. 171.1.575.1
l.ſtipulationes 72.§.vlt. 144.1
l.78. 508.2
l.ſi filiusfam 78. 505.1
l.inter ſtipulantem,83.§.1. 742.1
l.inter,83.§.ſacram 158.1
l.ſi ſeruum,91. 410.1
l.exiſtimo,98.§.vlt. 144.1
l.liber homo.118.§.decem hodie. 497.2 498,2.
l.ſi fundum,114. 495.2
l.ſi qui Romæ,122.in pr. 1.2
l.qui Romæ,122.§.Agerius. 214.2
l.qui Romæ 122.§.duo fratres 681.1
l.ſi ita quis,135.§ Seiam. 144.2
l.continuus.137 §.cùm ita. 1.2

Ex tit.2.de duobus reis conſtituend.

l.bis verbis,8. 344.2
l.eandem,9. 377.1
l.reos.21. 344.2
l.ſi ex duobus,12. 559.1 340.2.
l.ſi id quod, in fin. 377.1

Ex titul.3.de ſtipulat. ſeruor.

l.ſi ſeruus,25. 80.1
l.vſusfructus,26. 764.2

Ex lib.46.titul.1.de fideiuſſorib.

l.Græcè,8.§.1. 590.2
l.2.Græ.è.§ & poſt litem. 580.1
l.cùm reus,14. 5.1.& 230.1.
l.ſi ſtipulatus.15.§.1. 369.2
l.heres,21 §.quod ſi ſeruus 21.1
l.Marcellus,25. 206.2.208.1
l.cum is.56. 552.2
l.vt fideiuſſor.59. 254.1.& 2.
l.ſi fideiuſſor,41.§.1. 368.2
l.cùm lex.46. 207.2
l.ſi Titius.48. 200.2 201.2.
l.inter.61.in pr. 544.2
l.inter eos.51.§.duo rei. ibid.
l.inter eos.53.§.1. 381.2
l.ſi plurea.27.§.vlt. 545.2
l.tutor datus.69. 546.2
l.ſi à reo.70 §.ſi reo. 509.1
l.Grauius.71. 501.1

Ex tit.2.de nouationibus.

l.9.§.vlt. 25.1
l.doli.19.§.diuerſum. 667.2.& 812.2
l.ſi is cui.26. 537.1
l.fundum Cornelianum,28. 569.2
l.aliam,29. 53.2
l.aliam,29. 588.2
l.ſi rem.31.§.ſi duo. 54.1

Ex tit 3.de ſolutionib.& liberat.

l.ſi decem,21. 22.2
l.cùm quis.38.in pr. 62.2
l.cùm quis,38.§.2. 73.2
l.cùm quis,38. 640.2
l. cùm quis.38.§.qui hominem. 32.1
l.cùm quis,38.§.vlt. 390.2
l.ſeruus decem.68. 642.1
l.qui decem.72.§.Stichum. 41.2
l.Modeſtinus,76. 552.2
l.ſi pecuniam,79. 739.1
l.ſi cùm Cordelius,81. 641.1
l.ſolidum.85. 93.2
l.egiſti.86. 81.2
l.Stichum.95. 62.2
l.Stichum,95 §.1. 38.2
l.Stichum,95.§.quod vulgo. 203.2.204.1.
l.Stichum aut Pamphilum,95.§.ſi mandato. 555.1
l.pupilli.96.§.ſoror. 390.2
l.qui res.98 §.rem autem 680.1
l.qui res,98 §.mihi decem. 1,2.in fin.

Ex titul. 4. de acceptilationib.

l.per iuſiurandum,15.§.1. 24.1

Ex titul.5.de ſtipulationib.prætor.

l.4. 47.1
l.1. 145.1

Ex tit.9.Rem pupilli ſalu.fore.

l.non quaſi.4.§.ſed enim. 560.1
l.cùm pupillus,9. 58.1
l.vlt. 560.2

Ex titul.7.Iudicat.ſolui.

l.vlt. 409.2

Ex lib.47 tit.1.de priuat.delict.

l.1. 197.2
l.2.§.quæſitum. 561.2
l.2.§.quæſitum. 581.1.582.2

Ex tit.2.de furt.

l.quamuis,6. 570.2
l.ei qui furti,9. 569.2.585.2
l.in furti actione,10. 570.2 582.1.584.1.
l.5. 56.2
l.inficiando,67.§.infans. 570.2
l.ſi vendidero,80.§.1. 585.2

Ex tit.8.vi bonor.rapt.

l.2.§.vlt. 76.1

Ex titul.10..de iniur.& famoſ.libell.

l.ſi quis iniuriam,35. 86.1

Ex tit.12.de ſepulch.violato.

l.2. 80.1

Ex titul.20.de crimine ſtellionatus.

l.1. 79.1

Ex lib.48 tit.1.de public.iudic.

l.infamem,7. 79.2

Ex tit.5.ad legem Iuliam de adulteriis coerc.

l.caſtitati,9. 47.2
l.ſi vxor.13. 57.2

Ex tit.16.ad Senatuſconſ.Turpillian.

l.1. 48.2
l.4.& 5. ibid.

Ex lib.49 tit.14.de iure fiſci.

l.3 §.quando autem. 416.1
l.Lucius.9.in fin. 196.2
l.denique.19. 789.2
l.28. 56.1
l.in fraudem,45.§.qui pro alio 537.2
l.Statius Florus,48. 616.2
l.vlt. 670.1

Ex tit.15.de captiu.& poſtlim.reuerſ.

l.pater 10.in princ. 594.1.& ſeq.
l.pater.10. 60.2
l.quod ſi filius,11. 298.2
l.quod ſi filius,11 §.vlt. 301.2
l.in omnibus.18. 292.2
l.de hereditate,19.§.pater. 82.2
l.bona,22.§.1. 521.2
l.bona eorum,22. 297.1
l.Diui,25. 250.1
l.pater.§ vlt. 296.1

Ex tit.17.de Caſtrenſi peculio.

l.2. 85.2

Ex lib.50.titul.8. de adminiſtrat.rer. ad ciuitat.pertin.

l.2.§.ius Reipublicæ. 359.1

Ex tit.15.de cenſib.

l. cùm poſſeſſor. 5. 10 princip. & §. 15 789,2.
l.cùm poſſeſſor. 5. 536.2

Ex tit.16. de verborum ſignific.

l.2.§.1. 814.2
l.rectè dicimus.25. 510.1
l.alienationis,28.in fin. 654.1
l.aliquid aliud,86. 504.1
l.120. 307.1
l.virilis.145. 481.2
l.pecuniæ.178.§.actionis. 789.2
l.inter hæc verba.179. 124.2

Ex titul.17.de regulis Iuris.

l.cùm tempus,17. 496.2
l.quæ legata.18. 508.2
l. in ambiguis. 85. §. non eſt nouum. 640.1.

Leges Codicis

Ex lib. 1. tit. 14. de legibus, & Conſtit. Princip.

l.1. 294.2

Ex lib.2.tit.5.de pactis.

l.ſi creditores,18. 381.1

l.ſi

l.pen. 781.2
Ex tit.4.de tranſactionib.
l.2. 619.2
l.3. 829.1
l.tranſigere.28. 47.2
Ex tit.33.ſi aduerſ.ſolut.à tutor.
l.1. 638.2
Ex tit.51.de reſtitut.milit.& cor.
l.1. 458.1
Ex lib.3.tit.1.de Iudiciis.
l.nulli.10. 785.1
Ex tit.3 de pedan.Iudicibus.
l.2. 627.1
Ex titul.8.de ordine Iudicior.
l.1. 627.8
Ex tit.28.de inoffic.teſtament.
l.1. 718.2
l.3. 272.2
l.omnimodo.§.imputari. 435.2
l.ſi heredem 10. 613.2
l.quoniam Nouella.29. 435.1
l.omnimodo.30. 518.1
l.ſi quis filium.34. 379.2.280.2
Ex tit.29.de inoff.donationib.
ll.1.2.3.4.5.6.7.8.9. 69.2
Ex titul.31.de petit.hereditatis.
l.2. 688.2
Ex tit.32.de rei vindicatione.
l.domum. 213.2
Ex tit.33.de vſufruct.& habit.
l.intereſt.6. 74.2
Ex titul.34. de ſeruitut.& aqua.
l.1. 762.2
l.2. 754.2
l.vlt.§.cum autem. 757.2
Ex tit.36.famil erciſcunda.
l.filium,24. 138.2
l.filium,24. 141.2
Ex lib.4.tit.2.ſi certum petat.
l ſi rem communem. 348.2
l.ſi non ſinguli.5. ibid.
l.ſi ex pretio.6. 814.1
Ex tit.9 de condict ex lege.
l.1. 479.2
Ex tit.10.de obligat. & actionib.
l.1. 381.2
Ex titul.18.de conſtitut.pecun.
l.vlt. 579.1
Ex titul. 29. ad Senatuſconſult. Velleian.
l.mulier 16. 665.2
l.ſi mulier. 812.1
Ex titul.31.de compenſationib.
l.vlt. 393.2
Ex tit.32.de vſuris.
l.creditor,7. 180.2
Ex tit.35 mandat.
l.per diuerſas,22. 398.2
Ex tit.49.de actionib.empti.
l.ſi traditio,4. 161.1
Ex tit.64.de rer.permutatione.
l.quoniam. 149.2
l emptionem.7. ibid.
Ex tit.66.de iur.emphyteutico.
l.1. 794 2
Ex lib.5.titul.3. de donat.ant.nupt.
l.1. 734.1.737.2.739.1
l.quod ſponſæ.4. 735.2
Ex titul.9.de ſecund nuptiis.
l.hac edictali 482.2
l.generaliter. 419.2
Ex tit.11.de dot.promiſſ.
l.ſi voluntate.4. 404.2
l.ad exactionem,6. 405.1
Ex tit.12.de iur.dotium.
l.cùm patrem,19. 766.2
l.ſi genero,26. 4.2
l.ſi genero.26. 766 1
Ex tit. 13.de rei vxor.act.
l.vnica.§.& hoc ex rei vxor. 426.2
l.vnica. 360.2
l.vnica.§.ſoleat. 20.2
Ex tit.14.de pact.conuent.
l.pactum.4. 766.2
l.pater.7. 4.2
l.pater.7. 170.1
Ex tit.15.de dot.caut.non numerat.
l.1. 736.2.& 7.38.2
l.2. 33.2
Ex tit.16.de donat.int.vir.& vxor.
l.res vxoris 24. 198.2
l.res vxoris,24. 410.2
Ex tit.18.ſolut.matrim.
l.4. 19.1
l.dos à patre,4. 421.2
Ex tit.27.de naturalib.liber.
l.vlt. 647.1
Ex tit. 37.de adminiſtration. tutor.
l.ſancimus,25. 638.1
l.conſtitutionem,27. ibid.2
Ex tit.51.arbitr.tutel.
l.3. 213.2
Ex titul.54.de heredib. tutor.
l.1. 23.2
Ex tit.57.de fideiuſſorib.tutor.
l.2. 379.1
Ex tit.56.de contrar. iudic.tutel.
l.1. 353.1
l.2. 357.2
Ex tit.75.de magiſtratib.conueniend.
l.2. 13.2
Ex lib.6.tit. 3. de oper.libertor.
l.ſi quando,8. 815.2
Ex tit.7.de libert.& eor.liber.
l.vlt. 481.2
Ex tit.20.de collationib.
l.illam. 19.2
l.ſi ſoror,8. 285.1
l.illam.19. 421.1
l.illam.19. 419.2
Authent.quod locum. 428.2
Ex tit.21.de teſtament.militis.
l.in teſtamento,6. 119.2
l.in teſtamento,6. 125.2
Ex L.23.de teſtamentis.
l.quoniam indignum,15. 465.2
Ex tit.25.de inſtitut. & ſubſtitutionib.
l.generaliter.9.in pr. 653.1
l.generaliter,6. 517.2
l.vlt. 518.1.504.1.
Ex tit.26. de impuber. & al.ſubſtitut.
l.quoniam.4. 547.2
l.precibus.8. 516.2
l.precibus.8. 535.1.536.2
l.penult. 448.1
Ex tit.27.de ...
l.quidam,5.§.cum igitur. 156.2
Ex tit.28. de liber.præterit.
l.maximum vitium.4. 159.2
Ex tit.29.de poſthum heredib.inſtit.
l.vlt. 239.2
Ex tit.30.de iur.deliberand.
l.ſi infanti,18. 455.1
Ex tit.36.de Codicillis.
l.non ideirco. 529.2
l.hac initio.6. 118.2
Ex tit.38.de verbor.& rer.ſignif.
l.penult. 637.2
Ex tit. 42. de fideicommiſſis.
l.1. 178.1
l.voluntas.4. 483.2
l.poſt mortem.12. 676.2
l.ſi in perſona.21. 473.1
l.cùm acutiſſimi.10. 186.2
Ex tit.43.communia.de legat.& fideic.
l.1. 174.1
l.2. ibid.
l.2.cùm hi. 797.2
l.2. ibid.
l.2. 475.2
l.vlt. 134.1
Ex tit.47.de vſur. & fructibus legat.
l.2. 172.1
l.vlt. 168.1.172.1
Ex tit.49.ad Senatuſc.Trebellian.
l.non iuſtam.4. 156.2
l.non iuſtam.4. 707.2
l.pen. 702.2
l.vlt.§.cùm autem. 156.1
Ex titul.51.de caduc.tollendis.
l.vnica. 620.2.
l. vnica. §. pro ſecundo. & §.ſui autem. 707.2.
Ex tit.53.quando dies legat.
l.2. 471.2
l.cùm vxori.4. 431.2
Ex tit.55.de ſuis & legitim.
l.apud hoſtes,8. 308.2
Ex tit.61.de bon.quæ liber.
l.2. 424.2
l.2. 431.2
l.3. ibid.2
l.vlt. 427.2
Ex lib 7.tit 7 de fideicommiſſ.libertat.
l.etſi non ad ſcripta,9. 158.2
Ex titul.14.de ingen.manumiſſ.
l.diffamari.5. 771.1
Ex tit.16.de liberal.cauſa.
l.vlt. 771.2
Ex tit.19.de ordin.cognition.
l.cùm ſtatus.5. 627.2
Ex tit.33.de præſcript.long.tempor.
l.vlt. 754.2
l.ſuper longi 11. 206.1
Ex tit.31.de vſucap.transformand.
l.vnica. 736.2
Ex tit.39.de præſcript.30 vel.40. annor.
l.ſi quis emptionis.8. 755.1
Ex tit.45 de ſentent. & interlocut.
l.cùm Papinianus.14. 782.1
784.1.
Ex tit.53. de execut.rei iudicat.
l.3. 222.1
Ex tit.54.de vſur.rei iudicat.
l.vlt. 588 2
l.vlt. 171.1
l.vlt. 564.2
Ex titul.73.de priuileg.fiſc.
l.pecunia.5. 790.1
Ex tit.74.de priuileg.dot.
l.vnic. 218.2
Ex tit.75.de reuocand. iis quæ in fraud.
l.vlt. 730.1
Ex lib. 8. titul. 4. vnde vi.
l.ſi quando. 587.2.599.2
Ex titul.10.de ædific.priuat.
l ex quo.14. §. 1. & § & hoc quidem.7 762.2.
Ex titul.14.de pignorib.
l.2. 155 1
Ex tit.17.quæ res pig.oblig.poſſ.
l.nomen... 282.1.335.2
l.vlt. 807.2
Ex tit.18.qui potior.in pign.habeat.
l.aſſiduis.12. 215.1
Authentic.ſi quid. 220.2
Ex tit.23.ſi in cauſa iudicat.pig. capt. ſit.
l.2. 122.1
Ex tit. 31. de luitione pignoris.
l.2. 294.1
Ex tit. 34.de iur.domin. impetrand.
l.vlt.§.ſin verò. 122.1
Ex titul. 36. de exceptionibus.
l.3. 485.1.486.2
Ex tit. 37. de litigioſ.
l.3. 399.2
l.vlt. ibid.
Ex tit. 38. de contrah. & committ. ſtipulat.
l.ſcrupuloſam.11. 678.2
Ex tit.40.de duob.reis ſtipul.& promitt.
l.1. 374.1
l.8. 346 1
l.2. ibid.
Ex tit.41.de fideiuſſorib.
l.cùm alter.11. 353.2
l.vlt. 21.2
l.vlt. 379.1
l.vlt. 381.2
Ex tit.42. de nouationib.
l.3. 383.1
l.3. 388.1. & 391.1
l.non abſtulit.4. 389.2
Ex tit. 43.de ſolutionib.& liberation.
l.Stichum aut Pamphilum.91. §. vſumfructum. 639.2
Ex tit.49. de emancipationib. liberor.
l.iubemus.5. 254.1

Ex tit.51.de poſtlim.reuerſ.
l.1. 250.1
l.captum.9. 293.2

Ex tit.52.de infantib.expoſit.liber.
l.1. 26.2

Ex tit.54.de donat.
l.vlt. 188.2.

Ex tit.56.de reuoc.donation.
l.ſi vnquam.8. 186.2
l.ſi vnquam. ibid.& 188.2

Ex lib.9.tit.9. ad leg. Iuliam de adulter.
l.propter.7. 57.1

Ex tit.49. de bon. pro ſcriptor.
l.ſi quis poſthac.9. 196.2

Ex tit.51.de ſentent.paſſ.
l.vlt. 317.1

Ex lib.12.tit.36.de re militar.
l.defunctorum.4. 196.2

Ex tit.63.de primipilo.
l.3.tit.pen. 218.1

Ex Novellis.

Nouell.de heredib.& Falcidia. 112.2
Nouell.22.de nuptiis. 44.2
Nouella 22.de nupt. 483.1
Nou.53.de exhibendis reis. 219.1
Nduell.92. 69.2
Nouell.96. 784.1
Nouell.97. 428.2
Nouell.97. 216.1.& 217.1
Nou.99. 343.2
Nouell.109. 215.2
Nouell.115. 484.1
Nouell.108.de reſtit. 671.2
Nouella 119. 480.1
Nou.131.de eccleſ. 173.1
Nou.159. 471.1.& 480.1

Ex Institutionibus.

Ex tit.quib.mod.ius patr. poteſt.ſolu.
§.ſi ab hoſtib. 316.1

Ex tit.de rer.diuiſ.
§.certe. 26.1
§.ſi quis à non domino. 99.2

Ex tit. de ſeruit.ruſtic. & vrban.præd.
princip.tit. 24.2

Ex tit.de vſucapion.
§.res fiſci. 181.2

Ex tit.de exhaeredat.liberor.
§.2. 259.2

Ex tit.de pupill.ſubſtit.
§.vel ſingulis. 439.1.2

Ex tit.quib.mod.teſtam.infirmant.
§.ſed & ſi quis. 127.2
§.non tamen. 329.2

Ex tit.de legat.
in princ. 133.2
§.ſi cui fundus alienus. 146.1
§.an ſeruo. 416.1

Ex tit.de fideicommiſſ.heredit.
§.1. 700.2
§.ſed quia heredes. 135.1
§.ſi quis vna. 139.1

Ex tit. de ſingul. reb. per fideicomm. relict.
§.libertas. 540.2

Ex tit.de codicillis.
§.ſed cùm ante. 118.1
§.non tantùm. 535.2

Ex tit.de empt.& vend.
§.cùm autem. 29.2

Ex tit.de locat.conduct.
§.adeò autem. 594.2

Ex tit.de actionib.
§.1. 788.2
§.omnium. 771.1
§.æquè. 817.1
§ item ſi quis. 805.2
§.præiudiciales. 172.1
§.quædam actiones. 791.2
§.omnes autem. 28.2
§.præterea. 491.2

Ex tit.de perpet.& temp.actionib.
§.1. 14.1

Ex tit.de offic.iudicis.
§.ſi verò,2. 99.2

Ex Vlpiano in fragmen.
tit.de dotib.22. 19.2
tit.de dotib. 419.1
tit.de caduc. 69.1
tit.22.quid hered. 234.2
tit.22. 259.2
tit.de legat. 129.2

Ex Caio in Inſtitut.
tit.de legat. 129.2.& ſeq.

INDEX LEGVM
QVAS ANTONIVS FABER TRIBONIANO interpolatas eſſe oſtendit.

L.actio,47.C.de neg.geſt. 85.1.2
L.53.D.de legat.2. 4.1
L.caſtitati,9.D.ad l.Iul.de adult. 47.2
L.in tempus,62.D.hered.inſt. 127.1
L.ſi cùm dotem,2.D.ſol.matr. 126.2
L.89.D.ad SC.Treb. 147.1
L.ſi ex pluribus,53.D.de legat.1. 132.1
L.ſi cui,D.ad SC.Treb. 151.2.
L.facta,63.D.eod. ibid.
L.43.D de admin.tutor. 161.1
L.3.D.de condict.cauſ dat. 110.1
L.dominus,D.de cond.indeb. 212.2
L.ſi ego,9.D.de tut.dat. ibid.
L.13.D.de peculio 221.1.2
L.6.D.de pign.action. 223.1
L.13 D.de re iudicat. 227.2
L.Gallus, .de lib.& poſtb. 239 1
L.8.D.de iur Codicil. 331.2
L.60.D.locati. 335.2
L.20.D.de tutel.& rat.diſtrah. 360.1
L.quæ annas,C.de duobus reis. 422. 1.& 3.
L.15.D.de duobus reis. 378.3
L.51.D.de fideiuſſoribus. 381.1.& ſeq.
L.27.D.de procurat. 385.2
L.21.D.de iudiciis. 406.1
L.1.§.36.D.depoſiti. Ibid.
L.73.D.de procurat. 406.2
L.vlt.D.iudicat.ſolui. 409.1
L.57.D.contrah.empt. ibid.2
L.13.D.de donationib.inter vir. & vxor. 410 1.& 2.
L.7.Quod vi aut clam. 410.2
L.vlt.D.de curat.fur. 411.1
L.fin, .de pen.legat. ibidem.
L.13.D.de reb.dub. ibid.
L.7.D.vt legator nom.caueat. ibid.
L.2.& 4.D.de re iudic. Ibid.2.
L.3.D.de iur.fiſci. 416.1
L.5.D.ſolut.matrim. 426.2.846.2
L.86.de acquir hered. 456.2
L.21.D de pecun.conſtit. 497.1
L.22.eod.tit. 500.1
L.70.D.de fideiuſſ. 503.2
L.2.D.de iur. Codicil. 539.1
L.24.D.de fideicomm.libert. 541.2
L.4.D.de manum.teſtam. ibid.
L.29.D.de manum.teſt. 544.1
L.9.D.de furt. 583.2
L.34.D.de iureiur. Ibid.
L.16.D.de pignoribus. 590.1
L.68.D.de rei vindic. 591.1
L.4.& 5.D.de in litem iurand. ibid
L.14.D.quod met.cauſ. 601.2
L.1.D.de vſufr.legat. 609.2
L.filiusfamilias,114.D.de legat.1.622.2
L.1.D.de liberat legat. 631.2
L.ſi quis reum,1.D.de liber.legat. 633.2
L.7.D de minorib. 639.1
L.ſeruus,68.de ſolutionibus 645.1
L.17.D.ad Senat.Trebel. 663.1
L.16.D.eodem. 696.1
L.25.D.de petit.hered. 668.1
L.66.ad Sen.Trebel. 697.2
L.13.D.eodem. 699.1
L.10.D.de vſucapion. 752.2
L.45.de verb.oblig. 769.1
L.Areſenſa,15.D.de ſtat.hominum.776. 1.779.1.
L.16.D.de ſtat.hom. 777.1
L.ſi fuerit, 10. Digeſt. de rebus dubiis 781.2.
L. 28. Digeſt.quæ in fraudem creditorum. 802.2
L. 1. D. quarum rerum actio non detur 809.1.812.2
L.7.D. de oper.libertor. 717.1
L.54.D.de verb.oblig. 816.2

INDEX IVRIS INTERPRETVM, QVORVM opiniones referuntur, vel confirmantur, vel etiam refelluntur.

Accurſius.
Accurſij interpretationes reiiciuntur aut refelluntur. 3.1.4.1.6.1.7.2.8.2.9.1.13.1.2.16.1.17.1.2.19.1.22.1.27.2. 28.1. 30.1.31.1.32.2.33. 2.35.2.36.1.40.1. 43.1.45.1.46.1.51.2.53.1.56.2. 59.2. 60.2. 61.1. 62.1.2. 65. 2. 68.2. 69.1. 70.1.71.2.73.1.76.1. 79.1.81.1.82.2. 90.2.92.1.104.2.106.2. 110.1. 113 1. 117.1.118.2.119.1.120.2. 123.2.125. 1.2.128.2.196.1.230.2 236. 1.238.1. 250.1.263.2.264.1.275.2. 299. 1.317. 2. 323. 2. 324. 2.341. 1.345.2.373.1. 348.1.412.1. 471.1.474.2.478.2.480. 1.505.1.539.2. 581 2. 584. 1. 589.1. 1.594.2.600.2.637.2.651.1.694.1. & ſeq. 731. 2. & ſeq.& aliis locis innumeris.
Accurſius malæ latinitatis auctor.668.1
Accurſij interpretationes probatæ.24.1. 33.2.32.1.61.2.64.2.67.2.210.1.235. 2.& 577.2.&c.
Alciatus.
Alciati emendatio reiecta. 238.1.334.2 807.1.
Alciati error. 273.2.269.2.
Alciati ſententia probata. 275.2
Alexander.
Alexandri ſententia probata 654.2
refutata. 390.1
citatus Alexander. 387.2.445.1.451.2
Aretinus.
Refertur. 484.2.480.1
refellitur. 440.2
Ant. Auguſtinus.
Auguſtini interpretatio reiecta. 668.1
error 128.2
Azo.
Azonis ſententia reprobata 341.1.478.1
refertur. 667.2.
576.1.750.1.
Ioannes Bachetus.
Bacheti commendatio. 108.1
Balduinus.
Balduini lapſus in regula Catoniana interpretanda. 413.2
Baldus.
Baldi ſententia refertur. 199.1.458.1.483. 1.refellitur.2. 32.2. & ſeq.383. 319. 427.431.432.2.434.1.& 2.440.2.449.1.
Baldus dicitur nihil ignoraſſe. 385.2. 470.2.
rectè reprehendit Bartolum. 385.3
notatur à Caſtrenſi. ibid.2
Baldi ſententia probatur. 382.2.383.1. 385.2.482.1.
Eguinarius Baro.
Eguinarij Baronis ſententia de actione Pauliana reiicitur. 805.1
Baronis emendatio improbata. 50.1
Bartolus.
Bartoli interpretationes reiectæ & refutatæ 225.2.236.1.& 2.238.1. 141. 1. 262.2.299.1.315.2.328.1.387.1.388. 1.390.2.392.1.& 2.398.1.440.1.444. 2.448.1.450.& ſeq.458.2.465. 1.484. 2.480.2.385. 2. 586. 1. 587. 1.588.2. 689.1. 594. 2. & ſeqq. 600. 2. & aliis pluribus locis.
Bartoli ſententia probatur. 369.1.576.1 651.1.& alibi.
Bulgarus.
Bulgari ſententia refellitur. 19.1.20.1. refertur. 419.1.298.1.
Butrigarius.
Butrigarij interpretatio reiicitur. 4.1
Paulus Caſtrenſis.
Caſtrenſis ſententia probatur. 382.2. 388.1.392.2.437.2.refellitur. 257.2. 264.1.387.389.1.390.2.391.1.392.1. 396.2.401.2. 420.1.433.1. 717. 1. & ſeqq.
Franciſcus Connanus.
Connani emendatio improbatur. 200.1
Antonius Contius.
Contij error. 800.1
Contij interpretatio reiecta. 437.2.
ſententia probata. 734.2
Ioannes Coraſius.
Coraſij viri aliàs non ineruditi inſcitia. 316.1.refellitur ibid. 505.1.800.1.
Didacus Couarruuias.
Couarruuias vir præſtantiſſimi iudicij. 539.1. refertur. 146.1.445.1.probatur. 185.2.444.1.refellitur.185.2.186. 1.439.1.
Aymo Crauetta.
Aymonis Crauettæ commendatio in præf. lib.20
Franciſcus Crauetta.
Franciſci Crauettæ laus in præf.lib.20.
Iacobus Cuiacius.
Cuiacius primus ætate noſtra ſine controuerſia iuris Magiſter. 484.2
Acutiſſimus & ingenioſiſſimus iuris omnium interpres. 109.2. ætatis noſtræ alter Papinianus. 118.2
Authoris iudiciū de Iacob. Cuiacio.168.
Cuiacius nihil ferè intactum in iure reliquit. 299.1
Cuiacij emendationes probantur. 39.2. 65.2.87.1.& 2.285.1.303.2.

improban

improbantur. 255.2.266.1.289.1.419.1.425.2.
interpretationes Cuiacij reiiciuntur. 194.1.200.1.235.2.238.1. 241. 1. 247. 2. 249.1.463.1.464.1.466.2.469.2.478.1. 481. 482. 483. 484. 485. 2.487.1. 495.1.503.1.517.1.522.2.528.1. & 2. 600.2. 606.1.608.2. 609.2. & aliis in locis innumeris.

Cynus.

Cyni error. 286.2
refertur Cynus. 413.2

Decius.

Decius refertur. 440.1.445.2

Hugo Donellus.

Donellus terſus & elegans Iuriſconſultus. 620.2
Donellus vir doctus, elegans, nec inargutus. 809.2
Donelli ſententia improbatur. ibid. & 620.2.
emendatio reiicitur. 781.2

Dorotheus.

Dorotheus Græcus Iuris interpres. 484.2.

Franciſcus Duarenus.

Duareni ſententia reprobatur. 34.1.59.1.79.2.152.2. defenditur 747.2

Dynus.

Dyni ſententia reiecta. 436.1.753.2
refertur 453.2.480.2

Petrus Faber.

Petri Fabri commendatio 126. 1. emendatio probata 65.2

Ioannes Faber.

Ioannis Fabri ſententia reiecta. 763.1

Arnaldus Ferrerius.

Ferrerij interpretatio probatur. 142.1

Æmilius Ferretus.

Ferreti emendatio & interpretatio. §. eque. Inſt. de actionib. probatur. 800.2

Fulgoſius.

Fulgoſij ſententia reiicitur. 437.2

Dionyſius Gotofredus.

D. Gothofredus vir doctiſſimus & de libris noſtris, ſtudioſiſque Iuris optimè meritus. 625. 1. emendatio Gothofredi ibid.

Antonius Goveanus.

Goveanus clariſſimus & ſubtiliſſimus Iuriſconſultus 4.1. in emendandis legibus fœliciſſimus. 18.2
vir nunquam ſine præfatione laudis nominandus. 527. 1. de ingenio & eruditione Goveani quid ſentiat auctor in præfat. lib. 7. Conject.
Goveani elogium 81.1
Goveani ſententia improbatur 238.1.239.2.255.2.260.1.2. 281. 2. 288.1 289.1.293.2.304.1.319.2.413.2.425.2.427.1.605.1.& pluribus aliis locis.

Haloander.

Haloander improbatur. 197.1.667.1

Franciſcus Hotomanus.

Hotomani emendatio reiicitur. 313.2 317.2.321.1.577.2.
Hotomani lapſus 317.1

Hugolinus.

Hugolini ſententia refellitur. 740.2

Imola.

Imolæ ſententia refertur 444.1.2

Ioannes.

Ioannes primi nominis gloſſator. 338.1 vetus gloſſator & inter primos præcipuus. 538.1
Ioannis ſententia probatur. 26.1.338.1.421.2.
Ioannis diſſenſio à Martino. 179.1. ſententia reiicitur 667.1

Irnerius.

Irnerij ſententia refertur. 378.2.428.1 refellitur. 557.1

Ioannes Antonius Manutius.

Manutius præceptor auctoris. 22.2. eius commendatio. 142.2.174.1

Martinus.

Martini ſententia probatur. 19.1.419.1.421.2.
diſſenſio à Ioanne. 160.1

Carolus Molinæus.

Molinæus vir parum ſubtilis. 350.2.278.1 & ſeqq. acriter reprehenditur ab auctore. ibid.
refellitur 98.1.100.1. 248.1.349.2.350.2.& ſeq. 353. 8.2.369.2.372.2.378.1. & 2.437.2.

Odofredus.

Odofredi ſententia reiicitur. 74.1

Guido Papa.

Guidonis Papæ ſententia refertur. 178.2

Æmilius Perrotus.

Æmilij Perroti ſententia. 236.2

Petrus Pithæus.

Petri Pithæi commendatio. 570.2
emendatio improbata. ibid.

Iacobus de Ravenna.

Iacobi de Ravenna ſententia refertur 241.1.

Ripenſis.

Ripenſis ſententia reiicitur. 439.1
refellitur. 441.1.444.1

Ioannes Robertus.

Roberti emendatio improbatur. 177.2
ſententia refellitur. 415.1.2.458.1
diſſenſio à Cuiacio examinatur. 87.2.88.1.

Rogerius.

Rogerij ſententia reprobatur. 6.2 478.1.

Salicetus.

Saliceti ſententia refertur. 481.1

Salomonius.

Salomonius refertur. 284.1

Socinus.

Socinus refertur. 444.2

Stephanus.

Stephanus Græcus Iuris interpres. 582.1.
eius ſententia reiicitur. ibid.

Thalelæus.

Thalelæus Græcus Codicis interpres. 4. 2.
eius interpretatio probatur. ibid.

Theophilus.

Theophili ſententia refertur & comprobatur. 159.1.234.2

Matthæus Vveſembecius.

Vveſembecij interpretatio. §. omnium. Inſtit. de action. reiicitur. 771.2

Hermannus Vulteius.

Vulteij commendatio. 172.1. ſententia reiicitur. ibid. & 798.2.800.1

Vldricus Zaſius.

Zaſi error. 398.1

F I N I S.

4021646